



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر



كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور عقد نقل التكنولوجيا في نقل المعرفة الفنية

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه
تخصص: قانون خاص

إشراف:

أ.د. بو عزة ديدن

إعداد الطالبة:

بن عزة أمال

لجنة المناقشة

- | | | | |
|--------------|-------------------|-----------------------|-------------------|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر قسم "أ" | د. بسعيد مراد |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان | أستاذ التعليم العالي | أ.د. بو عزة ديدن |
| مناقشا | جامعة سيدي بلعباس | أستاذة محاضرة قسم "أ" | د. كريم زينب |
| مناقشا | جامعة سعيادة | أستاذ محاضر قسم "أ" | د. بوكلي حسن شكيب |

السنة الجامعية: 2017-2018

إهداء

أهدي هذا العمل...

إلى من وهبوني الحياة والأمل

والنشأة على شغف الاطلاع والمعرفة... أبي وأمي

إلى... أخوي

إلى سندي ورفيقي في هذه الحياة...

زوجي...

وإلى عائلته الكريمة...

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعانني على إنجاز هذه الرسالة وسخر لنا من كان عوناً وسنداً

أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى كل من مَدَّ يد العون لإخراج هذا العمل إلى النور

وأخص بالذكر الأستاذ المشرف "بوعزة ديدن" وفاء وتقديراً لعمله

والشكر موصول لأعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة وتكبدهم عناء قراءتها

أولاً- باللغة العربية:

- د.س.ن: دون سنة نشر
- د.م.ن: دون مكان نشر
- ص: الصفحة
- ق.ت.أ: القانون التجاري الأردني
- ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري
- ق.ت.م: القانون التجاري المصري
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي
- ق.م.م: القانون المدني المصري
- ق.م: القانون المدني

ثانياً- باللغة الفرنسية:

- C.N.U.C.E.D: Conférence des nations Unies sur le Commerce et le développement
- Ibid.: au même endroit
- Op. cit.: ouvrage précité
- P: page
- S.D: sans date
- V: voir

مقدمة

في خضم الثورة الصناعية والصحة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، أصبحت التكنولوجيا تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، حيث عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبيئتها القانونية، مما أدى إلى ظهور عقود جديدة تجمع في طياتها عدة مزايا اقتصادية وتجارية ومن بينها عقد نقل التكنولوجيا¹، الذي ظهر كنتيجة حتمية لزيادة العلاقات الاقتصادية الدولية والتوسع في مجال الاستثمار الذي عرفته غالبية الدول لاسيما الدول النامية، وهو من العقود الجديدة في الوسط القانوني، نظراً للفوائد والانعكاسات التي يؤديها في الأسواق الدولية والمحلية، حيث كان له تأثير كبير على قرارات الشركات الكبرى².

ويعتبر عقد نقل التكنولوجيا من المواضيع الصعبة التي تنتمي لأكثر من فرع من فروع القانون، لاحتوائه على عدد من العقود المركبة، والتي غالباً ما تلعب المعرفة الفنية فيها الدور الأساسي خاصة على المستوى الدولي.

لكن وعلى الرغم من انتشار استعمال مصطلح نقل التكنولوجيا إلا أن الفقه لم يستقر حتى الآن على تعريف موحد معتمد من الجميع، ذلك أن تعريف التكنولوجيا كان وما يزال موضع جدل، فوضع تعريف جامع مانع هو من الأمور الصعبة لتعدد مجالات التكنولوجيا واستخداماتها.

إذ تعتبر التكنولوجيا الجانب التطبيقي للعلم، فهي وسيلة لتحويل النظريات العلمية إلى اختراعات وابتكارات تزيد الإنتاج وتقلل تكلفته، ولا تقتصر التكنولوجيا على ذلك فقط بل تشمل تسخير العلم في السيطرة على جميع مجالات الحياة الإنسانية والطبيعية³.

أما المقصود بنقل التكنولوجيا ككل فهو تلك العملية الفكرية التي تقوم بين مانح للتكنولوجيا ومتلقي لها⁴، لذا يجب على الأول أن يتيح فرصة للثاني تمكنه من الوصول إلى معلوماته وخبراته وتوفيرها له. ويكون هناك نقل للتكنولوجيا عندما يقوم الطرف الذي يسيطر على عملية إنتاجية أو على عملية إدارية تنظيمية بتمكين طرف آخر من القيام بشكل مستقل بهذه العملية. ونقل التكنولوجيا لا يعني بالضرورة نقل ملكيتها بل نقل الحق في استخدامها، فيعتبر نقلاً للتكنولوجيا عندما يتمكن الطرف

¹ نموذج لعقد نقل التكنولوجيا، أنظر: منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص327.

² أمال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا "دراسة تحليلية في القانون المصري والأمريكي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص18.

³ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص12.

⁴ سيتم استبدال مصطلح المورد الواردة في القوانين المختلفة بالمانح، وكذا مصطلح المستورد بالمتلقي وذلك لتوحيد المصطلحات الواردة بالرسالة.

المتلقي لها من تنفيذها وذلك في مرحلة أولى، ثم إعادة إنتاجها وذلك في مرحلة ثانية، وأخيراً الوصول بها إلى مرحلة التجديد⁵.

لكن وبالرغم من كل ذلك لم تهتم كثير من التشريعات بوضع تعريف لنقل التكنولوجيا من الناحية القانونية باعتبارها فكرة ليس لها تصور قانوني محدد، أو أنها ذات مفهوم واسع يصعب تحديد مبناه ومعناه مما يتنافى مع ما يتطلبه التعريف القانوني.

والواقع أن البحث عن تعريف لنقل التكنولوجيا⁶ ليس بالأمر اليسير نظراً لطبيعة العقد المركبة، لأنه لا يوجد اتفاق حول تكوينه وطبيعته، فالتكنولوجيا ليس لها مدلول ثابت ومحدد إذ يختلف هذا المدلول بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها، كما أن وضع مفهوم لنقل التكنولوجيا يعتبر ضرورة منهجية تسمح بوضع إطار للعملية القانونية التي يتم بمقتضاها نقل التكنولوجيا وتوضيح آثار هذه العملية⁷.

هذا وقد خص مشروع التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا⁸ فصلاً خاصاً للتعريف بنقل التكنولوجيا إذ عرف بلفظة الطرف المانح، والطرف المتلقي ثم بعبارة النقل الدولي للتكنولوجيا. كما تجدر الإشارة هنا إلى أن التقنين عرف هذه العبارات بالإشارة إلى مدلولها، حيث جاء فيه أنها: "الاتفاقات أو غيرها من الأعمال الواردة فيما يلي والمتصلة بتحويل وبيع ونقل ترخيص المعارف أو الخدمات المتصلة

⁵ آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص28؛ منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، المرجع السابق، ص9؛ ذكرى عبد الرازق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية Know-How في ضوء التطورات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص9.

⁶ يعبر مفهوم النقل من الناحية القانونية عن انتقال الأموال أو الحقوق بين أشخاص قانونية طبيعية أو معنوية فهو يشمل النقل الكلي أو الجزئي للانتقال الفعلي بالأموال أو الحقوق أو هما معاً، لذلك فإن نقل التكنولوجيا عبارة عن عملية انتقال أساليب وطرق تشغيل التقنيات أو حق استعمال هذه التقنيات من شخص إلى آخر.

⁷ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص24.

⁸ أخذ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "United Nations Conference on Trade and development" على عاتقه مهمة وضع نظام قانوني لنقل المعارف الفنية منذ سنة 1970 ولكن توقفت أعمال المؤتمر في حدود سنة 1981. ويعتبر المشروع من بين أهم الوثائق الدولية في المجال التكنولوجي، حيث تظهر أهميته كمرشد أو دليل للدول النامية تهتدي به لخلق تشريعاتها الخاصة بنقل التكنولوجيا، كما فعل المشرع المصري حين صياغته لمشروع قانون نقل التكنولوجيا، ومن ثم لقانون التجارة الجديد، لكن هذا التقنين الدولي لم يصل إلى مراحلته النهائية وظل مجرد مشروع لا يتمتع بصفة الإلزام لأن أوجه الخلاف ما بين الدول المتقدمة والدول النامية كانت قائمة على مجموعة من النقاط التي تعد من صلب التقنين ومثالها الخلاف على نطاق تطبيقه، وعلى تحديد الشروط المقيدة الواردة في عقود نقل التكنولوجيا، وعلى تحديد تعريف المسؤوليات والالتزامات والقانون الواجب التطبيق.

بالإنتاج أو الإدارة والاتجار ونقل المعارف أو الخدمات ذات الطابع الفني"، ثمّ عدد النّص صور نقل التّكنولوجيا⁹ وهي:

1. تحويل بيع أو نقل ترخيص لكل أشكال الملكية الصناعية بما في ذلك براءات الاختراع والنماذج والرّسوم الصناعية والعلامات التّجارية وعلامات الخدمات والأسماء التّجارية.
 2. نقل المعرفة الفنية والمعلومات الفنية في صورها المختلفة كدراسات الجدوى أو الخرائط أو الرّسوم والنماذج الصناعية أو تعليمات أو تركيبات أو إرشادات أو المواصفات وأجهزة التّدريب كتقديم المستشارين الفنيين وتدريب العاملين.
 3. نقل المعارف الفنية بما في ذلك تقنيات الاتجار والإدارة والخدمات الفنية من تقديم الفنيين والاستشاريين وكذلك تدريب الأشخاص.
 4. نقل دراسات الأساس بالخدمات الفنية وتقديم أشكال التّعاون الفني لإرساء وتشغيل منشآت صناعية بالصورة التي تحمل اسم تسليم المفتاح.
 5. المظاهر التّكنولوجية لبيع وتأجير الآلات والمعدات أو أيّة صورة أخرى لحياتها وذلك بشرط أن يمثل كل ذلك جزءاً متكاملاً من عملية نقل التّكنولوجيا.
- كما سعى القانون التجاري المصري¹⁰ المنظم لعقد نقل التكنولوجيا لتعريف هذه الأخيرة بصفة غير مباشرة، فقد أورد أنّها: "نقل المعرفة المنهجية اللازمة لإنتاج أو تطوير منهج ما، أو لتطبيق وسيلة أو طريقة أو لتقديم خدمة ما، ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو استثمار السلع...". وعرفت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري التّكنولوجيا بأنّها: "التّطبيق العملي على نطاق تجاري أو إنتاجي وخدمي للاستكشافات والاختراعات المختلفة التي يتمخض عنها البحث العلمي والخبرة للمساعدة في التّوسع السّريع في الإنتاج وتحسين مستواه وخفض تكاليفه وإتاحة مجموعات متزايدة من السلع على نطاق واسع وبأسعار معقولة".

كما عرّف مؤتمر الأمم المتحدة للتّجارة والتّمية التّكنولوجيا بأنّها: "كل ما من شأنه أن يكون محلاً لبيع أو شراء أو تبادل وعلى وجه الخصوص¹¹:

- العلامات التّجارية وبراءات الاختراع.
- المعرفة الفنية غير المشمولة ببراءة اختراع أو علامات خاصة والقابلة لهذا المنح وفقاً للقوانين التي تنظم براءات الاختراع والعلامات التّجارية.

⁹ سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة التّقنية "know-how" بين مشروع التّقنين الدولي ومشروع القانون المصري، ب.م.ن، 1986، ص61-63.

¹⁰ رقم 17 لسنة 1999.

¹¹ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص27.

- المهارات والخبرات التي لا تتفصل عن أشخاص العاملين.

- المعرفة الفنية المجسدة في أشياء مادية وبصفة خاصة المعدات والآلات".

هذا وقد أظهر ضعف القدرة العلمية والتكنولوجية للدول النامية وكذلك ندرة رؤوس الأموال في استثماراتها غير المباشرة قصور نظرية نقل التكنولوجيا والتي تعتبر السبب الحقيقي وراء تخلف تلك الدول، مما أدى بهذه الأخيرة للسعي في محاولة جادة للتصدي للاستراتيجية التي رسمتها الشركات متعددة الجنسيات الموردة للتكنولوجيا بغرض كسر هذه التبعية والدخول في صيغ عقدية تضمن لها جزءاً من المنافع التكنولوجية وقدرًا من الاستقلال القانوني¹².

وعلى ذلك يبدو أنّ الواقع العملي قد أفرز مجموعة كبيرة من عقود نقل التكنولوجيا، حاول الكثير من الفقهاء تصنيفها إلى فئتين أساسيتين ومستقلتين¹³، تشمل أولها مجموعة عقود تداول وتسويق التكنولوجيا؛ والتي تقتصر على إحداث أثر معين في المجال التكنولوجي ومن بينها عقد تسليم المفتاح باليد والذي ظهر كنموذج للعقد المركب الذي يجمع محله عدة أداوات تهدف في النهاية إلى تسليم وحدة إنتاجية جاهزة للتشغيل، كما ينتمي إلى هذه المجموعة عقد الفرانشيز الذي تلعب فيه المعرفة الفنية دوراً محورياً لمجموعة أداوات خادمة هي تقديم المساعدة الفنية والعلامة التجارية والشعار.

أما المجموعة الثانية فتشمل عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية، والتي تسعى لتمكين المتلقي من الاستيعاب الفعلي للتكنولوجيا المنقولة ومنها عقد التعاون التقني والذي يقوم على رصد القدرات المالية والبشرية والتكنولوجية المتوفرة لدى المتعاقدين بغية تحقيق هدفهم النهائي، وعقود الخدمات على تنوعها المرهونة بجملة معطيات في مقدمتها ظروف الطرف المتلقي ذاته.

وفي نفس السياق فقد سعى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الإنكتاد) إلى عرض المسائل التي يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التكنولوجيا، وقد أورد مشروع التقنين عناصر الملكية الصناعية كالرسوم والنماذج وبراءات الاختراع كأحد هذه العناصر، أما الأسماء والعلامات التجارية فإنّ التعاقد عليها لا يعدّ نقلاً للتكنولوجيا ما لم يقترن ذلك بالتعاقد على حق من حقوق المعرفة الفنية، وأن تكون الأسماء والعلامات التجارية من بين العناصر الداخلية في حق المعرفة، كالاتفاق على نقل المعلومات والمعارف الخاصة بإنتاج سلعة معينة والترخيص ببيع السلعة وهي تحمل علامتها الأصلية¹⁴.

¹² وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص257.

¹³ نفس المرجع، ص258.

¹⁴ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص157.

لكن الاهتمام الكبير الذي يلعبه عقد نقل التكنولوجيا كأحد القنوات التي يتمّ بها نقل المعرفة الفنية جعل مسألة الاهتمام بمحل هذا العقد يتساوى مع أهمية العقد نفسه، وذلك ناتج عن أهمية التكنولوجيا ودورها البارز في ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية¹⁵، وذلك نظراً لاعتبارها "مجموعة من المعارف والطرائق والتقنيات والمعلومات التي تهيء لإنتاج صناعي فعال لمنتج أو باستغلال خط إنتاج أو وسيلة صناعية معينة والتي تتمتع بالجدة والسرية"¹⁶.

فالعقد نقل التكنولوجيا هو أحد عقود التوزيع الذي يلتزم بموجبه المانح بتمكين المتلقي من الاستفادة من النجاح الذي حققه في استخدامه لحقوق الملكية الفكرية الخاصة به وأهمها اسم المانح وشعاره وعلاماته التجارية، وكذلك الاستفادة من خبراته ومهاراته وأنظمة عمله ومعرفته الفنية للقيام بأحد الأنشطة الاقتصادية سواء كانت تجارية أو صناعية أو خدمية¹⁷، كما يحصل على التدريب والمساعدة طوال فترة التعاقد، وذلك نظير مبلغ مالي يدفعه المتلقي.

وبهذا الشكل يستفيد المانح من انتشار نشاطه وترويج لسلعه وخدماته داخل البلد وخارجه دون استثمار مباشر منه¹⁸ مما يكسبه شهرة لعلامته التجارية، وبالتالي كلما أقدم على إبرام عقود جديدة كلما اتسع نطاق تلك الشهرة وكلما ازدادت قيمة العلامة التجارية وازداد الطلب على الخدمة أو السلعة التي تحملها العلامة مما يؤثر على الاقتصاد الوطني والدولي بزيادة الأنشطة التجارية في السوق، وبالتالي زيادة في الإنتاج وفائض في الأرباح يعمّ على المانح بالدرجة الأولى، ويليه في ذلك المتلقي. هذا الأخير الذي يستفيد أيضاً من التحول إلى أسواق جديدة والاعتماد على وسائل المانح دون تكبد عناء البداية من الصفر مما يقلل من أعبائه المالية ومخاطر الاستثمار التي يمكن أن تواجهه في حال قيامه بالمشروع منفرداً.

وقد لاقى هذا الأسلوب انتشاراً واسعاً في أغلب الدول من خلال الشبكات التكنولوجية، غير أنّ هذا الانتشار لم يقابلته تنظيم قانوني ملائم لمثل هذه النوعية الحديثة من الاتفاقات لا سيما في الدول العربية، بالرغم من المنافع الجمة التي يؤديها كأداة تساعد على الإنماء الاقتصادي والتجاري، وانعكاسه الإيجابي على الأسواق المحلية والتبادلات التجارية الدولية.

¹⁵ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 64.

¹⁶ سعيد يحيى، المرجع السابق، ص 22.

¹⁷ فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، الطبعة الأولى، مطبعة الحسين الإسلامية، ب.م.ن، 1990، ص 17.

¹⁸ تمّ خلق عقد نقل التكنولوجيا بصفته آلية تعاقدية تمكن المانح من الاستثمار في مناطق متعددة من خلال نشر شبكات تظهر وكأنّها فروع له، دون أن تقوم هذه الشركات بأيّ نفقات لتمويل هذا الاستثمار الجديد مجنباً نفسها مخاطر الفشل.

وفي غياب الاهتمام بعقد نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، فإنّ التّجربة العملية أثبتت أنّ هذا النّظام يعاني من ثغرات في البنيان التّعاقدية كنتيجة حتمية للتّباين في القوة الاقتصادية بين المتعاقدين، ناهيك عن اختلاف الخبرة والمعرفة بينهما، فالمانح رجل أعمال له خبرة واسعة اكتسبها من خلال نجاحه في عمله التّجاري، أما المتلقي فهو مبتدئ يسعى ليصبح صاحب مؤسسة قانونية معتمداً في ذلك على النّجاح الذي حققه المانح خلال سنوات استثماره¹⁹.

وقد برزت أهمية عقد نقل التكنولوجيا بشكل كبير بعد قيام الثورة الصناعية وما نشأ عنها من ابتكارات وتطور تكنولوجي، وتزداد أهميته في الوقت الحاضر لإحاطته بسياسات الحماية ضماناً لمنتجي هذه التكنولوجيا. وهو ما أدى لظهور براءات الاختراع لحماية أنواع محدودة من المعارف التكنولوجية، أما تكنولوجيا الطريقة الصناعية فيفضل صاحبها الاحتفاظ بها سراً في إطار ما يعرف بالمعرفة الفنية²⁰.

ولهذا لم ينل عقد نقل التكنولوجيا بوصفه وسيلة من وسائل نقل المعرفة الفنية الأهمية اللازمة في القانون الجزائري خاصة، وفي القوانين العربية والأجنبية عامة، لذا فإنّ الدراسات القانونية العربية تعاني من فقر شديد في هذا المجال، ومن ثمّ فإنّ أهمية هذه الدّراسة تتجلى في اعتبار هذا العقد وسيلة مبتكرة للتعاقد تتميز بطابعها الخاص من الناحية العملية والاقتصادية والقانونية مما يحتم ضرورة الاهتمام به، لإبراز مزاياه وعيوبه، خاصة مع حداثة استخدامه في البلدان النامية، باعتباره من أهم عقود الاستثمار التي تخلو من تنظيم قانوني لها.

كما تظهر أهمية هذه الدّراسة من خلال الاهتمام الدولي الكبير بهذا النوع من العقود، وبالتالي الاهتمام بالمتلقي كمؤسسة داعمة لهذا الأسلوب أمام الانفتاح الذي تعرفه التجارة العالمية من جهة، والتّباين الذي تعرفه القوانين المطبقة على هذا النوع من العقود من جهة أخرى.

وبمناسبة الحديث عن الاهتمام الدولي بهذا العقد وما يؤديه من فوائد لكل من المانح والمتلقي بصفة خاصة، وعلى التجارة بصفة عامة، فقد أدى الانتشار المتنامي لهذا العقد إلى شيوع المعرفة الفنية والتي تعتبر أحد مقوماته، هذه الأخيرة باتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية، لا سيما الشق المتعلق بعملية نقلها، وذلك بالنظر لتعدد العلاقات الناجمة عن عقد نقل التكنولوجيا، واختلاف الطريقة الذي يتمّ من خلالها تحرير هذا العقد وتدوين بنوده. ففي مثل هذا الفرض تنور

¹⁹ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص7.

²⁰ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص3.

مجموعة من الأسئلة المحورية والمتمثلة أساساً في: إلى أي مدى تتحقق فرضية الاستقلال الحقيقي بين طرفي عقد نقل التكنولوجيا؟ وكيف يمكن للحدود التي يرسمها عقد نقل التكنولوجيا أن تجسد مبدأ التبعية بين المانح والمتلقي؟

وبقدر ما لهذا العقد من أهمية تثير دراسته صعوبة تتجم أولها عن التفاوت الكبير بين المراكز القانونية لطرفي العقد من الناحية القانونية والاقتصادية والتي تستند لقوة المانح المالك للمعرفة الفنية والتي بإمكانه استثمارها أينما يشاء. أما الثانية فتتعلق بحدثة العقد ذاته، والذي وإن لم يكن حديثاً في دول أخرى، فهو حديث العهد في الدول العربية إن لم نقل غير موجود في بعض الدول ومنها الجزائر. كما أن تشعب هذا الموضوع اقتضى اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني من الأنظمة الداخلية للدول المختلفة مثل القانون المدني والتجاري والجنائي، وإلى العديد من القوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية. وذلك في ظل غياب تشريع ينظم عقد نقل التكنولوجيا في الجزائر، فكان لزاماً البحث والتقيب في القواعد العامة المضمنة في قانون الالتزامات والعقود للإجابة على التساؤلات المشار إليها.

وقد تمت هذه الدراسة من خلال الاعتماد على المنهج الاستقرائي، التحليلي والمقارن، والذي يعتمد على رصد وتتبع كافة الجوانب الفقهية التي تعرضت إلى هذا الموضوع بالدراسة، سواء بشكل عام أو خاص، مع تحليل لكل جزئية من الجزئيات للوصول إلى الجانب القانوني الذي لم يسبق له التّعرض إلى هذا النوع من العقود حتى وقتنا الحاضر وبخاصة قوانين الدول العربية، ومقارنة هذه القوانين وبيان مدى تطابقها فيما بينها وأوجه اختلافها مع ما هو مطبق على أرض الواقع.

ولهذا ارتأينا وتماشياً مع موضوع الدراسة تقسيمها إلى بابين: نعالج في الباب الأول المقاربة بين دور عقد نقل التكنولوجيا والمنافسة، وفي الباب الثاني الحدود النازمة لنقل المعرفة الفنية بين المانح والمتلقي "أي تجسيد للتبعية؟".

الباب الأول

المقاربة بين دور عقد نقل

التكنولوجيا والمنافسة

بعد انفتاح الدول الكبرى على اقتصاد السوق، حاولت تكييف نظمها الاقتصادية على نمط المنافسة، والذي نتج عنه عدة تحولات مسّت مجموعة كبيرة من العقود المستحدثة في الميدان التجاري.

إذ وبعد فترة طويلة من الركود، لم يكن بوسع الشركات التجارية الفرار من المنافسة الدولية، فالانتساع المذهل لرقعة ونطاق الأسواق الوطنية والدولية، واتجاهها نحو العولمة، وتنامي الشركات متعددة الجنسيات وتطورها عن طريق الاستثمار المباشر أو غير المباشر بغض النظر عن ما يخلفه هذا التوسع من آثار سلبية، يجعل مسألة التراجع إلى الوراء شبه مستحيلة¹⁸. وفي هذا الإطار شهدت التكنولوجيا انسياقاً وراء المجال التنافسي، وذلك بعد فتح الاستثمارات الخاصة، وتحرير التجارة الخارجية من القيود والمعوقات.

ومن ثمّ كانت مسألة خلق البيئة التكنولوجية القائمة على المنافسة الفعالة قاعدة أساسية وحيوية لنمو الميدان التجاري بصفة خاصة، والاقتصادي بصفة عامة، كما أنّها تعدّ حافزاً للشركات التجارية من أجل رفع قدراتها التنافسية، فضلاً عن اعتبارها ضماناً أساسية من تأثيرات السيطرة السلبية للمؤسسات العملاقة ذات الوضع الاحتكاري للسوق في مواجهة المستثمرين الراغبين للدخول في هذا المجال¹⁹.

إذ تعتبر التكنولوجيا اليوم من أكثر أسلحة المنافسة تأثيراً وفاعلية في الأسواق الدولية والوطنية، وهي بهذا المعنى تشكل واحداً من أهم الأصول المالية للمشروعات، ولذلك فمن الطبيعي أن تتجه الشركات المنتجة للتكنولوجيا إلى الحفاظ عليها، ومن ثمّ البحث عن الأطر القانونية التي تكفل لها الحماية القانونية لاحتكارها الفعلي للمعرفة الفنية والاستثمار بها²⁰.

ومن هنا ظهرت فكرة عقد نقل التكنولوجيا القائمة أساساً على تبني سياسة اقتصادية رشيدة لمواجهة طغيان التكنولوجيا الحديثة، وذلك تزامناً مع تغير طبيعة الممارسات التجارية، ووفقاً لما تشهده المعاملات في وقتنا الحاضر من غزارة لإنتاج السلع وتهافت لتقديم الخدمات سعياً لتحقيق أعلى نسب التسويق واختراق للأسواق العالمية²¹.

¹⁸ تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص13.

¹⁹ نفس المرجع، ص13.

²⁰ وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص309.

²¹ بن عزة أمال، حماية المرخص له في عقد الترخيص التجاري "الفرانشيز"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2012، ص1.

ومع تعاضد الدور الذي يلعبه عقد نقل التكنولوجيا في مجال المنافسة، تسابقت كل من الجهات الدولية والإقليمية المختصة إلى تحليل وتفصيل ذلك الدور، إذ يظهر هذا العقد أكثر تكيفاً مع مرحلة انتقال السوق من الاحتكار إلى المنافسة.

فمن الناحية النظرية ينتج التداخل بين طرفي هذا العقد نقلاً للمعرفة الفنية وتوسيعاً لآليات تفعيل وجودها، غير أن الواقع العملي يثبت تعارضاً بينهما رغم تقاطع الأهداف، وهو تعارض ناتج عن رغبة المانح في الرقابة المستمرة على مشروع المتلقي بحجة الحفاظ على سرية المعرفة الفنية. وبهذا الشكل يستفيد المانح من الانتشار الدولي لمشروعه وترويج لسلعه وخدماته داخل البلد وخارجه دون استثمار مباشر منه، مما يكسبه شهرة لعلامته التجارية، وبالتالي كلما أقدم على إبرام عقد لنقل التكنولوجيا كلما اتسع نطاق تلك الشهرة وازدادت قيمة العلامة التجارية، مما يؤثر على الاقتصاد الوطني والدولي بزيادة الأنشطة التجارية في السوق، وبالتالي زيادة الإنتاج مما ينجم عنه في الأخير زيادة في الأرباح، تتعكس على المانح والمتلقي في نفس الوقت باعتباره عضواً في الشبكة التكنولوجية.

غير أن التباين في القوة الاقتصادية والخبرة المهنية بين كل من المانح والمتلقي ما يلبث أن يظهر إلى الوجود، مما يؤثر على العلاقة بينهما وبالتالي يؤثر على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فتراجع استقلالية المتلقي لتفسح المجال لتدخلات المانح. إذ نرى أن الاستقلالية الممنوحة لمشروع المتلقي لا تعدو أن تكون مجرد مظاهر شكلية تبناها عقد نقل التكنولوجيا في إطار ما يسمى بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية. فالتحليل المعمق لعقد نقل التكنولوجيا يدفع إلى القول أن نقل المعرفة الفنية عن طريق هذا العقد ليس غاية في حد ذاتها، وإنما وسيلة لتجسيد الهيمنة الاقتصادية للمانح والتي تهدف أساساً للتنمية الشاملة لهذه المعرفة، إذ أن المشروع الجديد ليس إلا إعادة توسيع للقالب القانوني للمشروع القائم.

ومن هنا فإن استقلالية كل من المتلقي عن المانح في مختلف مراحل إبرام عقد نقل التكنولوجيا تمثل صلب إشكالية المنافسة، حيث تعتبر تارة أداة لنقل المعرفة الفنية وتارة أخرى أداة لتحقيق هيمنة اقتصادية، ومع تزايد هذه الهيمنة نتساءل عن مدى الوجود الفعلي للاستقلالية بين الطرفين، وما مدى انعكاسها على الدور الذي يلعبه عقد نقل التكنولوجيا؟ وعن آثار هذه الهيمنة في مواجهة الغير؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول التأسيس النظري لفكرة استقلال المتلقي عن المانح، وفي الفصل الثاني انعكاس هيمنة المانح على علاقة المتلقي بالغير.

الفصل الأول

التأصيل النظري لفكرة استقلال المتلقي عن المانح

يتلخص عقد نقل التكنولوجيا في كونه عملية يسمح بموجبها المانح صاحب النجاح التجاري؛ للطرف الآخر وهو المتلقي بتكرار خبراته الصناعية والتجارية الناجحة، بهدف الوصول إلى ما حققه المانح. فالأمر متعلق بتعاون بين المانح والمتلقي، هذا الأخير الذي يرغب في تطوير نفس النشاط عن طريق استخدام المعرفة الفنية للمانح؛ والتي تتوج بإبرام العقد.

وكغيره من العقود فإنّ عقد نقل التكنولوجيا يخضع من حيث تنظيمه للمبادئ العامة، وعلى رأسها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فيُضمن كل من المانح والمتلقي هذا العقد ما يشاءون من الشروط لتحكم علاقتهم وتنظيمها.

غير أنّ التطورات العلمية والتكنولوجية التي ظهرت في الميدان التجاري والاقتصادي وما واکب ذلك من سرعة فائقة في إبرام العقود أدى إلى تعدد الطرق والوسائل التعاقدية، ما جعل أمر إجراء دراسة متأنية أو مفاوضة موضوعية لأمر التعاقد صعب التحقق، وهو ما ينطبق على عقد نقل التكنولوجيا نظراً للمنافسة بين المؤسسات الكبرى في هذا المجال.

فإذا كانت الاستقلالية بين كل من المانح والمتلقي هي العلامة البارزة وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنّها من جانب آخر تعدّ نقطة تحول رئيسية للنظام القانوني لهذا العقد، نظراً للخصائص التي ينفرد بها، والتي يتميز بها عن غيره من العقود. فنجدّه مشتملاً على بعض الشروط التي تحول دون استفادة كلا الطرفين وعلى وجه عادل من مزايا هذا النظام، ويكون لها أثر في ظهور اختلال في التوازن العقدي.

ويرجع السبب الرئيسي في وجود هذا الاختلال بين كلا الطرفين لرغبة المانح الشديدة في فرض رقابة على ما يعرف بالحزمة التكنولوجية أو محل العقد والمتمثل في ثلاث عناصر جوهرية وهي: المعرفة الفنية، المساعدة الفنية، عناصر الملكية الصناعية، والتي يرسم لها حدوداً لا يجب على المتلقي تجاوزها.

ونظراً لأهمية هذه النقاط في إبراز فكرة الاستقلالية، ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على أن نتطرق في المبحث الأول لاختلال مراكز أطراف عقد نقل التكنولوجيا، ثمّ لحدود استغلال المتلقي لمحل عقد نقل التكنولوجيا في المبحث الثاني.

المبحث الأول: اختلال مراكز أطراف عقد نقل التكنولوجيا

إنّ عدم التكافؤ الذي عرفته المجتمعات البشرية منذ نشأتها هو عدم تكافؤ طبيعي، بينما عدم التساوي بين الطرفين في التعاقد شيء جديد عرفه التقدم التكنولوجي مما أدى إلى اختلال في نقطة التوازن في العلاقات التعاقدية²². إذ يؤثر الشكل التنظيمي لعقد نقل التكنولوجيا في الخطوات الضرورية اللازمة لانعقاده، فإذا كان هذا العقد يسعى إلى توسيع دائرة المعرفة الفنية، فإنّ هذا التوسع يلقي الضوء على عدة مشاكل تظهر آثارها في المراحل التعاقدية، أبرزها مسألة استقلال المتلقي عن المانح وما ينجم عنها من آثار سلبية (المطلب الأول)، وثانيها تعسف المانح في تقدير مهنية المتلقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأثر السلبي لاستقلال المتلقي عن المانح

إنّ المراكز القانونية في عقد نقل التكنولوجيا تقتضي الاستقلال بين طرفيها كمظهر من مظاهر التوازن العقدي، الذي أضحي يؤثر سلباً على المتلقي في كونه ينفرد وحده بتحمل تبعات هذا العقد تحت مسمى النفقات العقدية (الفرع الأول)، مما يستدعي النظر إلى المراكز الموضوعية لإعطاء الوزن النسبي لها من خلال تدخل المشرّع في محاولة منه لإعادة التوازن لها مع ما يفرضه عقد نقل التكنولوجيا من تقدير للكفاءة طوال مدة تنفيذ هذا الأخير، وذلك في ظلّ أخفاق الشروط الشكلية للعقد في حماية المتلقي من تعسف المانح في تقدير كفاءته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انفراد المتلقي بتحمل النفقات العقدية

يظهر جلياً اختلال مراكز الأطراف في طبيعة وحجم النفقات الملقاة على عاتق المتلقي، فجنده يتحمل وحده عبء العملية الاستثمارية، لا سيما أنّ المانح يقتضي مقدماً ثمن هذه الأخيرة مقابل تقديم معرفته الفنية²³. وعلى ذلك يلتزم المتلقي بنوعين من النفقات تتمثل أساساً في نفقة حيازة المعرفة الفنية (البند الأول) ونفقة استغلال المعرفة الفنية (البند الثاني)، حيث يلتزم المانح بتقديرها وفقاً لما يراه ثمناً مناسباً لاستغلال معرفته الفنية في مدة العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى وفقاً لمتطلبات مباشرة النشاط.

²² خولة كاظم محمد راضي، الايجاب في عقد الادعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة السادسة، ص375.

²³ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص117.

البند الأول: نفقة حيازة المعرفة الفنية

يلعب عقد نقل التكنولوجيا دوراً هاماً في تحديد الطابع المميز لعناصر النفقة، بحيث تعبر هذه الأخيرة بطريقة صريحة عن الطابع الاحتكاري لها وسيطرة المانح في تحديدها وذلك باعتبار هذا العقد يخضع لنظام خاص من حيث متطلبات الشبكة. فانضمام المتلقي لهذه الأخيرة يُحمله مجموعة من الالتزامات، التي يقتضي القيام بها تعدد النفقات التي يسيطر المانح بصفة عامة في تحديدها؛ باعتباره مالكا للمعرفة الفنية التي تعتبر كأداة محورية في عقد نقل التكنولوجيا والتي يستعملها المانح في السيطرة على المتلقي.

ونفقات حيازة المعرفة الفنية تنقسم إلى قسمين: نفقات عامة من حيث الغرض الذي توجه إليه، ونفقات خاصة بمشروع عقد نقل التكنولوجيا.

أولاً- النفقات العامة:

باعتبار عقد نقل التكنولوجيا يخضع لنظام خاص تحكمه العلاقة التجارية بين المشروعين فلا بدّ له من مجموعة نفقات تتمثل أساساً في:

1- نفقات تهيئة المشروع:

فقبل بداية أي مشروع يجب اجراء دراسة للموقع، حيث يتحمل المانح مسألة القيام بدراسة موقع المنشأة طالبة الانضمام لشبكة عقد نقل التكنولوجيا وذلك من حيث الانتاج والتسويق. اذ يعتمد المانح على دراسة الجدوى استناداً إلى خبرته المتحققة من خلال عقد نقل التكنولوجيا، والتي يكتسبها بناءً على تجاربه السابقة وفي مدة سنتين على الأقل يدرس فيها تغيرات السوق في دورتين اقتصاديتين على الأقل²⁴، كما يدرس أيضاً كل العوامل المساعدة على مباشرة النشاط كالرقعة الجغرافية، وتوفر اليد العاملة... الخ.

حيث يقوم بها المانح للتمكن من تطبيق المشروع وضمن نجاحه وذلك عن طريق دراسة الاستثمارات المتاحة في المنطقة، والمؤثرات الخارجية والعائد المتوقع ضمن حدود المنطقة الجغرافية للمتلقى الراغب في الانضمام للشبكة، ودور القوانين في تلك الدولة وتأثيرها على المنافسة والتطور التقني.

²⁴ محمد محسن ابراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري (Franchise) دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007،

ص 26؛ محمد حسان، ما خطوات إدارة تنفيذ المشروعات الهندسية؟، 18 جوان 2015، <https://www.bayt.com>

كما تساعده هذه الدراسة في فهم نظام المشروع المقترح واستراتيجية العمل وأولوياته، ومدى التغيير الذي سيحدثه المشروع ضمن الشبكة²⁵.

2- نفقات التخطيط الاستراتيجي:

المقصود بالتخطيط هنا هو تخطيط العملية الانتاجية في شتى فروع النشاط الاقتصادي، إذ لا يقتصر دور المانح على دراسة الجدوى وإنما يمتد إلى تخطيط العملية الانتاجية²⁶ التي تمكنه من معرفة أفضل المجالات التي يمكن أن يعمل بها المشروع في السنوات القادمة، إذ يعتمد في ذلك إلى دراسة السوق والعوامل الخارجية المؤثرة وقدرة المنافسين والعملاء والعائد المالي المتوقع والامكانيات المتوفرة. حيث يمكن أن يستعين المانح في ذلك بخبراء استشاريين لاختصار الكثير من الوقت على المؤسسة والشبكة، وذلك في حال ما لم يلبّ مشروع المتلقي متطلبات عقد نقل التكنولوجيا²⁷.

هذا ولا تقتصر مسألة التخطيط على الفترة السابقة على إبرام العقد، وإنما يمكن أن تمتد بامتداد العقد وذلك لقيامها على عدة عناصر أهمها:

- أ. تحديد نوع عقد نقل التكنولوجيا²⁸، والذي يساعد المانح وسائر أعضاء الشبكة في فهم آلية عمل المشروع، ويمثل في ذات الوقت نقطة البداية.
- ب. اختيار المانح الوسائل المادية للإنتاج من آلات ومواد خام ونصف مصنعة، أو تحديد مصادر التزوّد بها لمباشرة المتلقي نشاطه، كما يستطيع فرض مصادر معينة يحددها لتوريد هذه الوسائل بما يتلاءم ومستوى جودة الإنتاج²⁹.
- ت. الاشراف المباشر والمستمر على سائر أعضاء الشبكة بما في ذلك تأهيل المستخدمين.

3- نفقات تدريب العاملين:

يشرف المانح على تدريب العاملين في شبكة التكنولوجيا الموردة وفق سياسات فنية موحدة، والتي تضيي نوعاً من التبعية بين مشروع المتلقي والمانح، غير أنّ هذا الأخير يظلّ ملتزماً بتدريب

²⁵ أنظر الموقع: دراسة الجدوى/ <https://ar.m.wikipedia.org/wiki/>

²⁶ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 418.

²⁷ أنظر الموقع: تقييم الفرص الاستثمارية: <https://ar.m.wikipedia.org/wiki/>

²⁸ إذ توجد عدة أنواع في الواقع العملي نذكر منها: عقود تراخيص التكنولوجيا، عقود تداول التكنولوجيا (عقد تسليم مفتاح باليد، عقد تسليم إنتاج في اليد، عقد الفرانشيز)، عقود نقل السيطرة التكنولوجية (عقد التعاون الصناعي، عقود الخدمات) للمزيد أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 257.

²⁹ محمد محسن ابراهيم النجار، المرجع السابق، ص 25.

المتلقي والكوادر الادارية التابعة له وفقاً لما يراه مناسباً لخدمة المشروع من جهة وخدمة الشبكة من جهة أخرى.

ومن الملاحظ أنّ هذه النفقة تقع على عاتق المتلقي والذي يلتزم بدفعها وفقاً لما يحدده المانح على أساس نوع التدريب والتأهيل اضافة إلى كافة الوسائل التعليمية³⁰، وإلى غاية أن يقرر كفايته³¹ وقابلية العاملين لديه لممارسة مهامهم تبعاً لما هو مرجو من التكنولوجيا المنقولة.

4- نفقات الصيانة:

فيعد أن يباشر المتلقي نشاطه لايد من متابعة من قبل المانح لمعرفة مستوى نجاح المشروع مستورد التكنولوجيا، وتمتد هذه المتابعة إلى صيانة مختلف الآلات والوسائل التي يستغلها المتلقي في مشروع، سواء إن كان سيقوم بذلك بنفسه أو بواسطة الغير الذي سيقوم بتحديده. وإن حدث وأن قام المتلقي بطلب الصيانة من قبل الغير فيمكن للمانح أن يعترض على ذلك على أساس سرية المعرفة الفنية. هذا ويتقاضى المانح نفقة الصيانة من قبل المتلقي إن قام بذلك بنفسه، أو يمكن أن يتقاضى عمولة إن كان الغير قد قام بالصيانة.

ويرد هذا الالتزام في عقد نقل التكنولوجيا كعنصر من عناصر المساعدة الفنية، بحيث يمكن أن يكون مستقلاً أو مندمجاً في الأقساط الدورية التي يتقاضاها المانح³².

5- نفقة حماية المعرفة الفنية:

تقع مسألة حماية المعرفة الفنية محل عقد نقل التكنولوجيا على عاتق المانح الذي يتولى القيام بأي إجراء قانوني لحمايتها، غير أنّ هذه المسؤولية لا تقع على المانح فقط وإنما واجب الحماية يمتد إلى المتلقي وكل أعضاء الشبكة وذلك على أساس العقد المبرم بينهم، لذلك يتحمل المتلقي نفقات حماية المعرفة الفنية كل في حدوده الاقليمية³³.

³⁰ الوسائل التعليمية تتمثل في شرائط الفيديو والمطبوعات والمجلات...

³¹ Dominique BASCHET, Le savoir-faire dans le contrat de Franchise, La Gazette du Palais, 2 Juin 1994, p 693

³² محمد محسن ابراهيم النجار، المرجع السابق، ص28.

³³ هذا ما يستدعي ضرورة وجود حماية دولية للمعرفة الفنية في إطار عقد نقل التكنولوجيا لضمان عدم تفاوت درجات الحماية من دولة إلى أخرى بالنسبة للمتلقين الأعضاء في الشبكة الواحدة.

ثانياً- النفقات الخاصة:

سميت بالنفقات الخاصة لكونها موجهة إلى المشروع متلقي التكنولوجيا بصفة أساسية دون غيره من أعضاء الشبكة، وذلك باعتباره راعياً في حيازة المعرفة الفنية، وهي بذلك تختلف من عضو إلى آخر في الشبكة ذاتها؛ وهي أنواع:

1- نفقة الإيجار:

لا يقتصر المتلقي وهو بصدد إبرام عقد نقل التكنولوجيا على جلب الكوادر الإدارية والعاملين والآلات وإنما لابد له من محل لمباشرة نشاطه، وفي هذه المسألة يكون لدينا حالتين:

- إما أن يباشر المتلقي نشاطه في مكان يملكه وفي هذه الحالة لا يتكبد أية نفقات إضافية.
- وإما أن يباشر نشاطه في مكان مستأجر فيتحمل نفقات الإيجار، والتي تدخل ضمن عناصر نفقة المتلقي، إذ بدون هذا المكان تفقد المعرفة الفنية المستوردة قيمتها في الاستغلال، كما أن المكان يمثل عنصر بقاء كمرکز يعتاد العملاء ارتياده³⁴.

2- النفقات الإدارية:

حيث يتحمل المتلقي وهو بصدد مباشرة نشاطه جميع النفقات الإدارية، كالرسوم الخاصة بالتسجيل في السجل التجاري، ونفقات استخراج التراخيص، الضرائب... إلخ.

البند الثاني: نفقة استغلال المعرفة الفنية

يضاف إلى عناصر النفقة السابق ذكرها³⁵، نفقات أخرى تخرج عن جوهر العقد، ينفرد المانح بتحديداتها وتحديد الوجهة التي تذهب إليها وينفرد المتلقي بتسديدها تحت مسمى مقابل حق الدخول.

أولاً- مفهومها:

يتميز عقد نقل التكنولوجيا عن غيره من العقود بوجود التزام على المتلقي، مؤداه أن يدفع مبلغاً في مقابل انضمامه إلى الشبكة التكنولوجية.

³⁴ ولقد اهتم المشرع الجزائري بهذا الجانب حيث أفرد له بعض المواد في القانون التجاري الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، ومنها المادة 169 التي جاء نصها كما يلي: " تطبق أحكام الإيجارات التجارية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري سواء كان هذا الأخير مملوكاً لتاجر أو لصناعي أو لحرفي أو لمؤسسة حرفية مقيدتين قانوناً في السجل التجاري أو في سجل الحرف والصناعات التقليدية حسب الحالة..."، للمزيد أنظر: عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د.ت.ن، ص219.

³⁵ ارجع إلى البند الأول، ص12.

1- تعريفها:

تسمى مقابل حق الدخول أو الاتاوة، العمولة، الدخل، الإيراد، المصاريف ويطلق عليه أيضاً الثمن، التسعير، التعويض العوائد، الأجر، الأتعاب أو التكلفة³⁶، إذ لا يوجد اتفاق بشأن التسمية التي تطلق على هذا المقابل.

والمقابل هو ثمن التكنولوجيا التي يحصل عليها المتلقي من المانح والتي تتأثر باختلاف عوامل تقديرها³⁷، لأنّ المانح عند تحديده لهذا المقابل يضع أمامه مدى الحاجة للتكنولوجيا المطلوبة، وهل يوجد بديل لها أم لا، ومدى التقدم التكنولوجي الذي يطمح إليه، ومقدار المنفعة التي ستعود على المتلقي، أما هذا الأخير فيدخل في مقارنة بين المبلغ الذي سيدفعه والمنفعة التي سيحققها من استغلاله للتكنولوجيا، أي ينظر للفائدة المرجوة وهل ستساهم في التنمية الاقتصادية ومقدار تلك المساهمة، وما هو الوقت الذي سوف تستغرقه لتظهر النتيجة³⁸.

2- طبيعة حق المانح في النفقة:

يقع على المانح واجب اقتضاء نفقة استغلال المعرفة الفنية مقابل التزام المتلقي بتقديمها، ولكن ما يبرر مصدر هذا الحق هو قيام المانح بالإففاق على التجارب والأبحاث للوصول إلى نتائج تكنولوجية مميزة في السوق التنافسية³⁹، سواء قام بذلك بنفسه أو بواسطة مستخدمين تابعين له، ونظراً لكونه يقدم هذه النتائج إلى المتلقي لاستغلالها بموجب عقد نقل التكنولوجيا، فإنّ ذلك ينشئ له حقاً في اقتضاء نفقة الاستغلال، يقدّر عناصرها بطريقة تقييدية وتحكّمية ليس فقط بمقدار ما تكبده من خسائر ونفقات على الأبحاث، وإنما يضيف لها كل ما يراه مناسباً لزيادة أرباحه وسيطرته على السوق كنفقات إعداد العقود النموذجية لأعضاء الشبكة، نفقة المفاوضات⁴⁰، شهرة العلامة التجارية، سمعته التجارية... إلخ.

ثانياً- الطبيعة القانونية لنفقة الاستغلال:

لقد اختلف الفقه والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية لنفقة الاستغلال أو ما يعرف بمقابل حق الدخول، حيث تضاربت الآراء بين اعتبار هذا المقابل غرامة مالية أو تعويض يفرضه المانح على

³⁶ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 461.

³⁷ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 418.

³⁸ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 461.

³⁹ Didier FERRIER, Franchise, Encyclopédie Dalloz, France, 1991, p3.

⁴⁰ محمد محسن ابراهيم النجار، المرجع السابق، ص 30.

المتلقي في مقابل استفادته من التكنولوجيا المنقولة. إذ يتميز المقابل في عقد نقل التكنولوجيا عن غيره من العقود الأخرى التي لها نفس الطابع، وهو ما يستدعي تحديد طبيعته القانونية، ومن أجل ذلك لا بد أن نشير إلى الطبيعة القانونية للغرامة والتعويض مبرزين أهم صفاتهم والآراء التي قيلت فيهم.

1- المقابل غرامة مالية:

الواقع أن عقد نقل التكنولوجيا يمرُّ بمرحلتين رئيسيتين؛ إحداهما تخطيطية والأخرى تنفيذية، ففي المرحلة الأولى يستكمل التعاقد جميع مقوماته الفنية والموضوعية التي تجعل منه أداة لتحقيق المصالح العادلة والمشروعة للمتعاقدين، أما في المرحلة الثانية فيتمُّ تنفيذ الالتزام العقدي وفقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وفي حدود ما رسمه القانون من ضوابط في هذا الشأن⁴¹.

إذ أن الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، ويعني التزام المتلقي بأداء ما التزم به فعلاً، وبمعنى آخر أداءه لموضوع التزامه ذاته ووفق الطريقة المحددة له قانوناً أو اتفاقاً. والأصل أيضاً أن يقوم المتلقي بتنفيذ التزامه طوعاً، فإذا رفض ذلك يحق للمانح اللجوء إلى القضاء من أجل إجباره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً⁴² (المادة 164 ق.م.ج)⁴³.

ومن بين وسائل التنفيذ العيني وهي الغرامة المالية وهي وسيلة غير مباشرة يلجأ إليها الدائن عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه القائم على الاعتبار الشخصي تنفيذاً عينياً وطوعياً. والأصل أنه لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا كان التنفيذ العيني المباشر غير ممكن. وهي عبارة عن مبلغ من المال، يفرض على المدين في حال تأخره عن تنفيذ التزامه، لكل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو عن كل مرة يقوم بعمل مخل بالتزامه. ويقصد منها التغلب على ممانعة المدين المتخلف، ولهذا أجاز للقاضي في المادة 2/174 ق.م.ج أن يزيد فيها إزاء تلك المخالفة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود⁴⁴.

⁴¹ بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص2.

⁴² فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية "دراسة قانونية مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، ص10.

⁴³ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، والمتضمن القانون المدني؛ إذ جاء في نص المادة: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

⁴⁴ فواز صالح، المرجع السابق، ص13، 14؛ أنظر أيضاً: حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص104.

ويمكن تعريف الغرامة على أنها: "مبلغ مالي يحكم به القاضي على سبيل التهديد عن كل فترة زمنية كيوم أو أسبوع أو شهر، بقصد إجبار ودفع المدين على تنفيذ حكم القضاء بالتنفيذ العيني"⁴⁵.

وبالتالي يتضح أنّ الغرامة تهدف للتغلب على ممانعة المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه، فهي تجعل الدائن في مأمن من الإجراءات القضائية المعقدة وتكاليفها الباهظة، كما أكدت محكمة التمييز اللبنانية على دور الغرامة في حمل المدين على التنفيذ العيني، إذ قضت في أحد أحكامها: "من المسلم به علماً واجتهاداً أنّ الغرامة هي تدبير يتفق عليه الفريقان أو يتخذه القاضي، يقصد منه حمل المدين على تنفيذ الموجب الذي التزم به عيناً، وحثه بالتالي على الإسراع بتنفيذه دون أي تلوؤ أو تباطؤ بالنظر للأضرار التي قد تصيب الدائن من جراء التأخير في التنفيذ، أو التقاعس عن إتمامه..."⁴⁶.

وفي هذا الشأن نص المشرع الجزائري في المادة 174 ق. م. ج. على الغرامة التهديدية بقوله: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة اجبارية إن امتنع عن ذلك.

وإذا رأى القاضي أنّ مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".

نخلص من هذا كله أنّ مقابل حق الدخول الذي يفرضه المانع في عقود نقل التكنولوجيا مختلف تماماً عن نظام الغرامة التهديدية المطبق في القانون المدني الجزائري، وبالتالي تختلف طبيعتهما القانونية عن بعضهما البعض، ويترتب عن التمييز بينهما النتائج التالية:

أ. يهدف مقابل حق الدخول إلى تعويض المانع عن التكنولوجيا التي تحصل عليها المتلقي، في حين أنّ الغرامة التهديدية لا تهدف إلى ذلك، وإنما تهدف إلى إكراه المدين وحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً.

ب. يشمل المقابل عناصر التكنولوجيا المتحصل عليها ومن ثمّ فإنّ المقابل يجب أن يكون متناسباً مع التكنولوجيا المطلوبة من حيث المبدأ، وبالتالي فإنّ المانع عند تقديره لها يضع أمامه مدى الحاجة للتكنولوجيا المطلوبة ومقدار المنفعة التي ستعود على المتلقي. أما في الغرامة التهديدية

⁴⁵ بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص50.

⁴⁶ قرار محكمة التمييز اللبنانية لسنة 1999: "من المسلم به علماً واجتهاداً أنّ الغرامة الاكراهية هي تدبير يتفق عليه الفريقان أو يتخذه القاضي، يقصد منه حمل المدين على تنفيذ الموجب الذي التزم به عيناً، وحثه بالتالي على الإسراع بتنفيذه دون أي تلوؤ أو تباطؤ بالنظر للأضرار التي قد تصيب الدائن من جراء التأخير في التنفيذ، أو التقاعس عن إتمامه..." أنظر: نفس المرجع، ص52.

فلا يشترط أن يكون هناك تناسب بين مبلغ الغرامة وبين الضرر الواقع؛ لأنها ليست تعويضاً، وبالمقابل فإنّ مبلغ الغرامة يتناسب مع درجة تعنت المدين وإصراره على عدم تنفيذ التزامه. ت. يتمّ تقدير مقابل حق الدخول من قبل المانح مراعيّاً في ذلك كافة عناصر المعرفة الفنية المنقولة بواسطة عقد نقل التكنولوجيا، في حين أنّ الغرامة التهديدية يتمّ تقديرها من قبل القاضي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو عن أيّ مدة زمنية تقاعس فيها المدين عن تنفيذ التزامه.

2- المقابل تعويض:

يقصد بالتعويض في مجال المسؤولية المدنية اصلاح ما اختل من توازن بحالة المضرور نتيجة وقوع الضرر، وذلك بإعادة هذا التوازن إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر⁴⁷.

ويعرّف التعويض بأنه: "الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، ولو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين"⁴⁸.

ويعرّف أيضاً بأنه: "مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار"⁴⁹.

فالتعويض باعتباره أثراً لقيام المسؤولية بعد توافر أركانها، تتمّ المطالبة به عن طريق دعوى التعويض التي تعدّ الوسيلة القضائية التي يحصل بها المضرور حقه، فهو أداة للتنفيذ بمقابل يمكن بواسطتها جبر الضرر الذي لحق المضرور عندما لا يكون التنفيذ العيني ممكناً⁵⁰.

وقد عالج المشرع الجزائري التنفيذ بطريق التعويض في المواد من 176 إلى 187 ق.م.ج، وباستقراء تلك المواد فإنّ التعويض له طابع مالي يساوي قيمة الضرر الذي لحق المضرور، إلا أنه يجوز تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يكون عينياً، أي يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، إلا أنه غالباً ما يتعذر الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية لذلك يتمّ اللجوء إلى التعويض النقدي.

⁴⁷ أنواع وشروط وخصائص وتعريف التعويض في القانون المدني، على الموقع: www.arabsi.org، ص1.

⁴⁸ حازم ظاهر عرسان صالح، المرجع السابق، ص09.

⁴⁹ بيرك فارس حسين ومنار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية "دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم

القانونية والسياسية، العدد 6، السنة 2، 2010، ص81.

⁵⁰ نفس المرجع، ص81-82.

والأصل هو التعويض النقدي، فقد يطلب المضرور تنفيذاً عينياً، غير أنّ القاضي لا يلزم بالاستجابة إلى طلبه، ويرى الأنسب هو التعويض النقدي؛ ويخضع ذلك لظروف الحال⁵¹.

والغالب في التعويض النقدي أن يكون مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة للمضرور، غير أنّ القاضي قد يرى وفقاً لظروف الحال تقسيط هذا المبلغ، أو جعله في صورة إيراد مرتب لمدة محدودة أو لمدى الحياة.

والقاعدة العامة في تقدير التعويض النقدي ووفقاً للمادة 182 ق.م.ج. أنه يشتمل على ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، وبصرف النظر عما إذا كان الضرر متوقعاً أو غير متوقع⁵².

ورغم أنّ سلطة القاضي في تقدير التعويض تقديرية؛ إلا أنها ليست مطلقة، بل هي مقيدة بالعديد من المعايير والقواعد التي يتعين الأخذ بها، وتتعلق بعض هذه القواعد بعناصر الضرر الذي يجب الاعتداد بها في حساب التعويض التي تختلف باختلاف أنواع الضرر وبوقت تقدير التعويض.

ومبلغ التعويض إما أن يتحدد عن طريق القضاء أو بالاتفاق، فإذا تحدد عن طريق القضاء فلا يعتبر التحديد نهائياً إلا إذا كان الحكم قطعياً، وإذا حدد بالاتفاق فيثبت الحق بالتعويض بمجرد الاتفاق.

هذا وقد أعطى المشرع الحق لطرفي العقد في تحديد مقدار التعويض المستحق في حال أحلّ أحد المتعاقدين بأي من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي والذي يكون قبل وقوع الضرر سواء بالاتفاق عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق⁵³.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من التعويض في المادة 183 ق.م.ج. حيث نصت على: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..."، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري في المادة 223 منه.

⁵¹ أنواع وشروط وخصائص وتعريف التعويض في القانون المدني، على الموقع: www.arabsi.org/، ص1.

⁵² نفس المرجع، ص3.

⁵³ حازم ظاهر عرسان صالح، المرجع السابق، ص19.

وحتى يستحق التعويض الاتفاقي⁵⁴ لابد من توفر شروط استحقاقه وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. أما الخطأ فالذي يحدده هو طبيعة الالتزام المتفق عليه في العقد، أما الضرر فهو مفترض في ظل وجود التعويض الاتفاقي⁵⁵، وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة من نص المادة 183 ق.م.ج.، وكذلك الحال بالنسبة لعلاقة السببية.

ومع أن القانون أعطى لإرادة طرفي العقد القدرة على تحديد مقدار التعويض، إلا أنه لم يجعل مثل هذا الاتفاق محصناً وبعيداً عن سلطة القاضي في تعديله، وهذا ما يستفاد من نص المادة 2/184 من ق.م.ج. والتي جاء فيها: "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فتتص على: "ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

وعند المقارنة ما بين مقابل حق الدخول في عقد نقل التكنولوجيا والتعويض كصيغة من صيغ جبر الضرر لمحاولة إيجاد طبيعته القانونية، نجد اختلافاً كبيراً بينهما يمكن إبرازه كالتالي:

- أ. يهدف التعويض إلى جبر الضرر وإصلاحه، في حين أن مقابل حق الدخول هو مبلغ للانضمام إلى شبكة عقد نقل التكنولوجيا والاستفادة من مزايا هذا العقد.
- ب. يشمل التعويض ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، ومن ثم فإن التعويض يجب أن يكون متناسباً مع الضرر من حيث المبدأ، إذ لا يمكن الحكم بتعويض أكبر من الضرر الذي لحق بالدائن أو أقل منه، أما بالنسبة لمقابل حق الدخول في عقد نقل التكنولوجيا فإن تقديره يكون من طرف المانح وبطريقة تقديرية يراعى فيها التكنولوجيا المنقولة، ومدى التقدم التكنولوجي الذي يطمح إليه؛ وفي ذات الوقت سيحققه المتلقي من جراء هذا العقد.
- ت. يشترط من أجل تطبيق التعويض الاتفاقي إخلال المدين بالتزامه الأصلي أو التأخر في تنفيذه، أما عن مقابل حق الدخول ومن حيث المبدأ فإن العقد يكون قائماً والتنفيذ يكون سارياً غير أن المانح يفرض هذا المقابل للاستفادة من مزايا الشبكة.
- ث. أجاز المشرع للقاضي تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي تخفيضاً وزيادة، في حين أنه لا يمكن تخفيض مبلغ مقابل حق الدخول بناءً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

⁵⁴ للمزيد من المعلومات عن استحقاق التعويض الاتفاقي في عقود نقل التكنولوجيا؛ أنظر: مراد محمود المواجه، المسؤولية المدنية في عقود

نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص365.

⁵⁵ نفس المرجع، ص20؛ أنظر أيضاً: بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص45.

3- المقابل ذو طبيعة خاصة:

لا شك أنّ محاولة إيجاد تكييف قانوني لمقابل حق الدخول في عقد نقل التكنولوجيا ليس بالأمر الهين. إذ يبدو المقابل أول وهلة؛ بمثابة تعويض يفرض على المتلقي كنتيجة حتمية لاستفادته من التكنولوجيا المستوردة.

وعلى الرغم من هذا الشبه بين مقابل حق الدخول والتعويض وبخاصة ما يسمى بالتعويض الاتفاقي، إلا أنّ مقابل حق الدخول للشبكة لا يعدّ تعويضاً وفقاً للقانون المصري الذي قام بمعالجة عقد نقل التكنولوجيا، ذلك أنّ التعويض يهدف لجبر الضرر وإصلاحه في حين أنّ المقابل هو التزام يقع على المتلقي ببرره استغلال هذا الأخير للمعرفة الفنية.

أما عن اعتبار مقابل حق الدخول بمثابة غرامة مالية وفي معرض الردّ على هذا الرأي والذي تمّ اللجوء إليه لتبرير قيام المانع بفرض هذه الإتاوة على المتلقي، بالرغم من تلقية لنفقة استعمال المعرفة الفنية للتكنولوجيا المستوردة، فهو لا يعتبر غرامة مالية وذلك حسب ما أوردناه سابقاً⁵⁶. إذ يبدو أنّ مقابل حق الدخول للشبكة ليس سوى ثمن للمجهودات التي قام بها المانع وأثمرت ما يعرف بالمعرفة الفنية، وبغية استرداد ما خسره هذا الأخير في إنجاح مشروعه فإنّه يقوم بفرض المقابل على كل شخص يودّ الانضمام للشبكة التكنولوجية كدليل على رغبته في الاستمرار في المشروع هذا من جهة، وكضمان لعدم إفشائه لسرية المعرفة الفنية من جهة أخرى.

نخلص مما سبق أنّ مقابل حق الدخول يكتسي طابعاً خاصاً، لا يمكن الجزم مطلقاً بأنه تعويض أو غرامة مالية. فبالرغم من أنّ معظم التشريعات المقارنة لم تفصل في الطبيعة القانونية لهذا المقابل بصفة خاصة ولا في عقد نقل التكنولوجيا بصفة عامة، فنحن نكفّ طبيعة هذا المقابل بأنه ذو طبيعة خاصة بعقد نقل التكنولوجيا يتمّ الفصل فيه بالرجوع إلى إرادة الطرفين المتمثلة في بنود العقد وذلك وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الثاني: تراجع إرادة المتلقي أمام البنود العقدية

يعدّ الرجوع إلى القواعد العامة أحد أهم المحاور الأساسية في هذه الدراسة، نظراً لوجود أحكام كثيرة يمكن أن تطبق في هذا المجال، خاصةً في الدول التي تغيب عنها القوانين الخاصة التي تحكم عقد نقل التكنولوجيا.

⁵⁶ أنظر: ص 17.

إذ يمكن العودة إلى المبادئ الواردة في القانون المدني في كثير من المسائل التي لم يرد بها نص خاص. إذ مما لا شك فيه أنّ الحكمة من تطبيق القواعد العامة هي إقامة توازن في الرابطة العقدية والتي يكون أحد طرفيها ضعيفاً، وهو ما يكشف عنه التطبيق العملي لمثل هذا النوع من العقود في ظلّ التطور المتلاحق لحركة الاقتصاد الرأسمالي. وعليه يمكن تقسيم هذا الفرع إلى بندين؛ يشمل الأول إخفاق المركز الواقعي للمتلقّي أمام الواقع الاقتصادي، والثاني التناقض بين الحماية القانونية والعلاقة التعاقدية.

البند الأول: إخفاق المركز الواقعي للمتلقّي أمام الواقع الاقتصادي

للعقد أهمية كبيرة في احتلاله مركز السبق في ترتيب مصادر الالتزامات، فهو الأداة التي يستند إليها لتسهيل التبادل سواء على المستوى الداخلي أو الدولي⁵⁷، وأيضاً لحماية المعرفة الفنية نظراً للحرية الواسعة التي يتمتع بها الأفراد في تحديد مدى التزامهم مما يعطي لعقد نقل التكنولوجيا فاعلية ومرونة كبيرة، فالمانح يستطيع فرض ما يشاء من شروط على المتعاقدين معه، سواء كانوا من العاملين أو المتلقين للتكنولوجيا. وتكمن أهمية العقد أيضاً في استخدام المانح له كآلية تمكنه من فرض أفكاره الوطنية على المتلقّي، من خلال تضمينه شروطاً صريحة يكون من آثارها التمتع بالحماية التي يتلقاها في قانونه الوطني⁵⁸.

وبطبيعة الحال، فإنّه إذا كانت المعرفة الفنية تحميها طبيعتها السرية، والتي تعتبر الأداة الرئيسية لاحتكار التكنولوجيا، وهي شرط ضروري لإسباغ الحماية القانونية عليها والتي تتحدد قيمتها تبعاً لذلك، فيكون استمرار السرية استمراراً للحصول على ما يقابلها⁵⁹ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الشروط التعاقدية تعتبر أساساً للالتزام كل طرف فيما تعهد الالتزام به إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنّ هذا المبدأ هو أساس التزام الطرفين.

فالعقد يستمد قوته الملزمة من إرادة أطرافه وليس من القانون، إذاً للعقد قدرة على إيجاد قواعد قانونية فردية مردها إرادة الأطراف وحدها ودورها في وضع القواعد الكفيلة بقيام هذا التنظيم دون الرجوع إلى أيّة قاعدة قانونية⁶⁰.

⁵⁷ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 20، العدد 1، مارس 1996، ص133.

⁵⁸ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص191.

⁵⁹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص204 وما بعدها.

⁶⁰ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص193.

لكن ورغم خصوصية عقد نقل التكنولوجيا والتي تتراوح ما بين نشاطات صناعية أو خدمية أو توزيعية، إلا أنّ كثيراً من التشريعات لم تتضمن مفهوماً أو تحديداً لهذا الأسلوب مما يقتضي العودة لتطبيق المبادئ العامة الواردة في القانون المدني.

فالقانون المدني هو الشريعة العامة لكافة فروع القانون الخاص، باعتباره أكثر القوانين تنظيماً واستيعاباً للقواعد القانونية، وبخاصة القواعد التي تحكم العقود، إذ يتضمن إلى جانب الأحكام الخاصة التي تحكم العقود المسماة أحكاماً عامة تحكم العقد بوجه عام.

وباعتبار عقد نقل التكنولوجيا من العقود الدولية⁶¹ التي لا تحكمها تشريعات خاصة في أغلب الدول، فنكون أمام تطبيق المبادئ العامة للعقود، فببداً أهم مبدأ بالظهور ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة. إذ يتجاوز مرحلة ما قبل التعاقد؛ يقترب الطرفان بخطوات جادة وموضوعية من مرحلة إبرام العقد، حيث يستجمع هذين الأخيرين رغبتهما في التعاقد، وقد أعدّ كل منهما العدة لتقوية مركزه وإضعاف مركز صاحبه. وبطبيعة الحال، فإنه غالباً ما يكون المتلقي هو ضحية هذه العلاقة، لأنّ رضاه في كثير من الحالات لا يكون معبراً عن حقيقة مصالحه، في الوقت الذي يحقق فيه المانع كل أهدافه بسبب تفوقه الاقتصادي، وسابقة خبرته في مجال التكنولوجيا⁶².

ويتأسس مبدأ سلطان الإرادة على المذهب الفردي الذي بمقتضاه تنطلق حرية الإرادة لتضفي القوة الملزمة على العقد، حيث يعتبر هذا الأخير شريعة علاقتهم⁶³.

وقد ساهم في بناء أفكار هذا المبدأ فلاسفة أمثال جان جاك روسو، وكانت، وبورتاليس والذين رأوا أنّ حرية الإرادة مطلقة من كل قيد، وأنه لا وجود للالتزام بغير إرادة الفرد، وبالتالي فهو يمثل مصالح أطرافه. كما أنّ التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية يؤدي إلى القول بأنّ أطراف عقد نقل التكنولوجيا أحرار في إبرام العقد، وتضمنه ما يشاؤون من شروط التي تضمن تحقيق مصالحهم، على أساس أنّ العقد هو شريعتهم، مما يترتب عن ذلك تحرير الإرادة من كل قيد والتسليم بمبدأ الرضائية، مما يؤدي إلى تشجيع التجارة⁶⁴.

⁶¹ Barthélémy MERCADAL , Droit des Affaires 1995- 1996 (Contrats Biens et Droit de l'entreprise), 4 édition, Editions Francis Lefebvre, France, 1995, p572.

⁶² عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص303.

⁶³ نفس المرجع، ص306.

⁶⁴ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر-، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص10.

كما أنه إذا تم إبرام العقد فعلى المتعاقدين احترام شروطه، فلا يستطيع كل من المانح والمتلقي الخروج على هذه الشروط وعليه احترامها كاحترامه لأحكام القانون. فالمصلحة العامة تقتضي تنفيذ الالتزامات حرفياً كما اتفق عليها الأطراف، ومهمة القاضي في ذلك هي ضمان سلامة هذا التنفيذ⁶⁵.

ولعل العديد من النصوص القانونية تؤكد على ذلك، فالمادة 106 ق.م.ج. تقرر بأن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"⁶⁶. أي أنّ اتفاق الطرفين هو قانونهما الخاص فما تمّ مناقشته من قبل الطرفين يعدّ معبراً عن الرضا الكامل بالشروط والالتزامات التعاقدية، وبالتالي يعتبر متوازناً من الناحية الشخصية بصرف النظر عن التوازن الموضوعي.

هذا وإنّ صح القول بوجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية، فإنّ الأمر بعكس ذلك من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فقد أصبح المتعاقد القوي هو من يفرض قانونه على الطرف الضعيف، وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط⁶⁷.

ذلك أنّ التطورات التي صاحبت عقد نقل التكنولوجيا أظهرت خطأ وخطورة التّماذي في الاعتماد على مبادئ الحرية التعاقدية بصفة مطلقة والتّعاضي عن تفاوت المراكز الواقعية للمتعاقدين بين القوة والضعف⁶⁸، وذلك راجع للهيمنة الاقتصادية التي تسبب فيها انقسام العالم إلى دول متقدمة اقتصادياً وأخرى متخلفة.

إنّ العلاقة بين كل من المانح والمتلقي تكشف عن التوسع في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة وتراجع إرادة المتلقي لصالح المانح، حيث لا يملك المتلقي في مواجهة المانح سوى الانصياع لشروط هذا الأخير، وذلك لشدة احتياجه لهذه التكنولوجيا، مما أظهر نوعاً من التبعية الاقتصادية في العلاقة بين الطرفين⁶⁹، إذ ساعد انتشار النظام الرأسمالي إلى التوسيع في مبدأ سلطان الإرادة، وأصبح هذا المبدأ من أهم قوانين النظام الاقتصادي لإزالة العقبات أمام حرية الإرادة وتشجيع الأنشطة التجارية والاقتصادية في جميع الميادين، ورفض أي نوع من أنواع التدخل في تنظيم العقد من حيث الشكل أو

⁶⁵ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص194.

⁶⁶ هو نفس ما جاءت به المادة 1/147 ق.م.م.

⁶⁷ بودالي محمد، المرجع السابق، ص11.

⁶⁸ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص196.

⁶⁹ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص282؛ ابراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002، ص260؛ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص207.

المضمون بحجة إعادة التوازن المفقود في عقد نقل التكنولوجيا، إذ لا يعدو أن يكون التنظيم التشريعي - إن وجد - لمثل هذا العقد مكملاً لإرادة المتعاقدين وليس مقيداً لها⁷⁰.

هذا وقد جاءت اتفاقية فيينا لسنة 1980⁷¹ في المادة 6 منها لتشير إلى هذا المبدأ صراحة، وتجعله يعلو على الاتفاقية ذاتها حتى ولو كانت هذه الأخيرة واجبة التطبيق وفقاً للمعايير التي وضعتها. ويعني هذا أن نصوص الاتفاقية ليست آمرة بل هي نصوص مكملة لإرادة الطرفين، ويجوز لهم الاتفاق على استبعاد أحكامها من التطبيق أو تعديل آثارها أو الاتفاق على ما يخالفها⁷².

وترتيباً على ذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة يمكن المتعاقدين من الاتفاق على ما يشاؤون غير مقيدين بتنظيم قانوني، مما أدى لظهور مشكلات اختلال التوازن العقدي⁷³، نظراً لأنّ الدول النامية ضعيفة وليست لها إرادة كاملة للمفاوضة في مواجهة الدول القوية من الناحية العلمية والفنية⁷⁴.

ويتضح مما تقدم أنّ عقد نقل التكنولوجيا يخضع لمبدأ سلطان الإرادة مطلقاً - لانعدام تنظيم قانوني له - إذ يمكن للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم على أن يخضع ذلك لمطلق شريعتهم التعاقدية، فلا يجوز لا للقانون ولا للقاضي التدخل في ذلك، مادام أنّ مبدأ سلطان الإرادة هو ما يحكم تكوين العقد في ظلّ التأثير بمخلفات التنمية الاقتصادية.

البند الثاني: التناقض بين الحماية القانونية والعلاقة التعاقدية

من عوامل حماية المتلقي في ظلّ التطورات التكنولوجية والمستجدات العلمية التي صاحبت الإنتاج والتقدم في شتى المجالات، تلك الجوانب المتعلقة بإرادته، فالإرادة الحرة للمتعاقدين هي التي تخلق العقد، وبمعنى آخر فإنّ الالتزامات العقدية لا تنشأ إلا إذا توجهت الإرادة إلى إنشائها، ومن موجبات ذلك أنّ التنظيم التشريعي للتعاقد لا يمكن إلا أن يكون مكملاً لإرادة المتعاقدين، حيث يمكن لهما أن يتعاقدا على أي محلٍ متى توافرت شروطه ولأي سببٍ متى كان مشروعاً⁷⁵.

⁷⁰ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص208.

⁷¹ وتعرف أيضاً باتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، والتي صادقت عليها مجموعة من الدول بعد أن أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة المشروع، للمزيد أنظر: طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص93-94.

⁷² أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص208.

⁷³ Sophie le GAC- PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, L.G.D.J, P.D, p53.

⁷⁴ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص209.

⁷⁵ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص308.

فالأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة⁷⁶ والذي مفاده أن: "كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة أولاً، ولا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدراً للالتزامات بل هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار ثانياً، إذن فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام"⁷⁷.

لذلك فإن من أبرز نتائج مبدأ سلطان الإرادة مبدأ الحرية التعاقدية والذي يعدّ مبدأ الرضائية من أهم مظاهره، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعني أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، إذ يرجع إلى هذه الإرادة في تعديل هذا الالتزام أو التخل منه، ولكن إذا حدث ما يؤدي إلى عدم قدرة هذه الإرادة على تعديل الالتزام لسبب أو لآخر، فإن ذلك يعدّ إسهاماً في إضعاف هذه الإرادة الأمر الذي ينال من المبدأ بشكل عام⁷⁸، وهو ما سنحاول تفصيله في مراحل تكوين وتنفيذ العقد.

أولاً- مرحلة تكوين العقد:

إنّ التّقدم الحاصل في المجالات المختلفة أدى بصورة مباشرة إلى اتسام المعاملات وخاصة العلاقات التعاقدية بالسرعة الفائقة، مما أنشأ أنواعاً جديدة من العقود ساهمت بشكل أو بآخر في تقييد مبدأ سلطان الإرادة⁷⁹، لذلك سوف نحاول إبراز أهم مظاهر تقييد هذا المبدأ والتمثلة عموماً في عقود الإذعان، ومدى انعكاس ذلك على عقد نقل التكنولوجيا بشكل عام، وتأثيره على حماية المتلقي بشكل خاص.

1- عقد نقل التكنولوجيا كعقد إذعان:

إنّ التطور العلمي والتكنولوجي الذي حققه العالم في النصف الأخير من القرن العشرين أثر بصورة غير مباشرة على المبادئ التقليدية للتعاقد، والتي كانت قد افترضت وجود تكافؤ بين مركزي الطرفين في مرحلة تكوين العقد⁸⁰، ذلك أنّ الأطراف لم يتعاقدوا إلا لمراعاة الحقوق والالتزامات المتقابلة والمتفق عليها بينهما، الأمر الذي يفترض معه أنّ هناك طرفان على قدم المساواة لهما القدرة على مناقشة بنود العقد بحرية تامة.

⁷⁶ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد -دراسة مقارنة-، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.ت.ن، ص20.
⁷⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام، مصادر الالتزام-، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص122.

⁷⁸ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص322.

⁷⁹ فلقد مسّ مبدأ سلطان الإرادة الكثير من الاستثناءات، نتيجة لتغير الظروف، واختلاف المعطيات، واختلال المراكز القانونية للأطراف، ظهور الاحتكار، واتساع الفوارق الاقتصادية، أنظر: السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص20 وما بعدها.

⁸⁰ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص333.

غير أن الواقع هو بعكس ذلك إذ يوجد من الأسباب ما يؤدي إلى تقييد الحرية التعاقدية، فمنها ما ينال من حرية أحد المتعاقدين في تكوين قراره بالتعاقد، ومنها ما يسلبه حريته في تحديد مضمون العقد، وخير تطبيق لهذه الأسباب هو ذلك الواقع الذي تخلفه العقود التي تتم بطريق الإذعان⁸¹.

فعقد الإذعان هو من العقود الشائعة في العمل، إذ أصبح يمثل الطريقة العادية للتعاقد في وقتنا الحاضر وذلك لأسباب تكنولوجية واقتصادية في نفس الوقت⁸²، إذ يمثل إحدى حالات الضعف التي تعترى أحد طرفي العقد في مواجهة الطرف الآخر.

هذا ولم يهتم المشرع المدني بوضع تعريف يحدد المقصود بعقد الإذعان، وإزاء غياب النص التشريعي الذي يحدد ماهية هذا العقد، فقد تكفل شراح القانون بالقيام بهذه المهمة، ولذلك فإن هناك تعريفات عديدة لهذا العقد من أهمها⁸³:

أنّ عقد الإذعان هو: "العقد الذي يقوم على اتفاق يضعه أحد طرفي العقد ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقاً أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد...".

كما عرفه آخرون أنه: "العقد الذي يضع أحد طرفيه مشروعاً بصفة عامة ويقبله الطرف الآخر دون أن تكون له حرية مناقشته أو طلب تعديله".

ففي دائرة عقود الإذعان يكون القبول مجرد إذعان لما يُمليه المُوجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من المُوجب لا يملك إلا القبول أو الرفض.

ويرجع مصدر الخطورة في هذا النوع من العقود إلى أنّ الإيجاب فيها على حدّ قول الدكتور السنهوري: "يغلب أن يكون في صيغة مطبوعة، تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة المُوجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وتارة أخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغمّ فهمها على أوساط الناس"⁸⁴، وكل هذا راجع إلى تميّز عقد الإذعان بخاصيتين أساسيتين هما⁸⁵:

⁸¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص308.

⁸² محمد حمد الله حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص46.

⁸³ حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص34 - 35.

⁸⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص191.

⁸⁵ محمد حمد الله حمد الله، المرجع السابق، ص47.

- تنظيم العقد بطريقة منفردة من جانب المُوجب إذ يوجد في شكلٍ نمطي مفصل، ويضم قائمة من الشُّروط.
- تمتع المُوجب بقوة اقتصادية تجعله ينفرد بتحرير العقد⁸⁶.
- ولما كان عقد نقل التكنولوجيا يدخل تحت عباءة عقود الإذعان⁸⁷ فإنَّ الطرف الضعيف لا يستطيع أن يجد للشروط التَّعسفية مخرجاً، إذ أنَّ الاختلال الاقتصادي⁸⁸ بين كل من المانح والمتلقي يعطي الغلبة للإرادة الأقوى فيخرج اتفاق الإيرادتين في صورة نظام يكرس هيمنة إحداهما على الأخرى⁸⁹.

هذا وتعتمد السياسة الاحتكارية للتكنولوجيا والتي يلجأ إليها المانح عادة على عدة عناصر أهمها:

- إثارة حاجات متجددة لدى الأفراد والمؤسسات مع الزعم بأنَّ التكنولوجيا الحديثة هدف لإشباعها.
- إثارة الانبهار والثقة المطلقة في التقنيات الحديثة مما يؤدي إلى تبنيها دون تمحيص أو تجريب أو نقد.
- تعمد جعل التقنيات الحديثة غير قابلة للتحليل ببسر بالإضافة إلى تغييرها المستمر⁹⁰.

ولذلك نجد أنَّ الطرف الأقوى يتمتع دائماً باحتكار قانوني أو فعلي وسيطرة اقتصادية يستطيع من خلالها أن يملئ ما يشاء من الشُّروط -باعتبار أنَّ المتلقي لا يستطيع أن يجد البديل-، وذلك لتميز السوق التكنولوجية بالطبيعة الاحتكارية، وبالتالي تصبح المعرفة الفنية ركيزة جوهرية للعقد استناداً إلى استحواد المانح على التَّقنية الحديثة لها⁹¹، بحيث تُسهّم عقود الإذعان في خلق جوٍّ من عدم التَّوازن في العلاقة بين طرفي العقد المراد إبرامه، والتي قد يستغلها الطرف القوي في فرض شروطٍ مجحفة أو تعسفية تضرُّ بمصالح الطرف الضعيف الذي لا يستطيع إلا أن يقبلها دون مناقشة أو مفاوضة في

⁸⁶ إذ يقول الدكتور جمال خالد أحمد أنَّ الإذعان يتخذ صورة جديدة أيضاً تتمثل في إذعان طرف ضعيف من حيث الذراية والعلم للطرف الآخر، أنظر: جمال خالد أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التَّعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن، ص122.

⁸⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص35.

⁸⁸ وذلك لوجود مركز مسيطر اقتصادياً يتفوق على الطرف الآخر من خلال إساءة استغلال مركزه ومن ذلك أمثلة كثيرة، أنظر: سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التَّجارية (القانون رقم 3 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص106.

⁸⁹ سمير عبد السميع الأودن، تسويق الشُّهرة التَّجارية (الفرانشيز) ودور التَّحكيم في منازعاتها، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص13.

⁹⁰ آمال زيدان عبد الله، المرجع السابق، ص215.

⁹¹ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص37.

ضوء حاجته للسلعة أو الخدمة⁹²، وهو ما عبرت عنه المادة 70 ق.م.ج. بقولها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروطٍ مقررة يضعها المُوجب ولا يقبل المناقشة فيها". وعلى هذا فإنّ الطرف الضعيف يكون مُجبراً أو مُكرهاً على القبول، ولكن هذا الإيجاب أو الإكراه ليس هو الإكراه المعروف في نظرية عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية⁹³.

2- حماية المتعاقد المُذعن (المتلقي):

ذهب الدكتور السنهوري إلى القول أنّ حماية الطرف المُذعن لا يكون من خلال إنكار صفة هذا العقد، بل من خلال العلاج الناجح في العمل على تقوية الطرف الضعيف منعاً من استغلال الجانب القوي له⁹⁴، وبالطبع فإنّ اكتساب هذه القوة لا يتمّ إلا بتدخل المشرع⁹⁵.

وقد عمد المشرع في عقود الإذعان عموماً إلى توفير حماية للطرف المُذعن ذات طبيعة قضائية تجد مقوماتها في منح القاضي سلطات تقديرية واسعة في تعديل هذه الشّروط أو الإعفاء منها، وقد قرر البطلان كجزاء لى الاتفاق على ما يخالف ذلك، وهو ما جاء في نص المادة 110 ق.م.ج: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشّروط أو أن يعفي الطرف المُذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أنّ تطبيق الحماية وفقاً لنص المادة 110 ق.م.ج للطرف الضعيف في عقد نقل التكنولوجيا تعتريه صعوبة تتمثل في اختلال التوازن الاقتصادي بين كل من المانح والمتلقي هذا من جهة، وبين دولة المانح ودولة المتلقي من جهة أخرى، فذلك يجعل من السّلطة القضائية في دولة هذا الأخير واقعة تحت وطأة الضغوط الاقتصادية، ولذلك فإنّ المتلقي يضطر إلى التواطؤ مع المانح مرتضياً لنفسه الخضوع لعقد غير متوازن عن عدم وجوده⁹⁶.

وعلى هذا الأساس نجد أنّ أولى مظاهر عدم التوازن القائم في عقد نقل التكنولوجيا تتمثل في الخبرة الفنية والقانونية والعملية للفريق المتخصص الذي يسخره المانح ليهتم بوضع بنود هذا العقد والتي من شأنها مواجهة أي احتمال ممكن -كل هذا في مواجهة طرفٍ ضعيف الخبرة-، وهي بالطبع

⁹² محمد حمد الله حمد الله، المرجع السابق، ص44.

⁹³ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص42.

⁹⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص193.

⁹⁵ Sophie le GAC- PECH , Op. Cit., p55.

⁹⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص38.

أمر تعكس تفوقاً علمياً وفنياً في مجال المعاملة، وبالتالي تنشأ علاقة عقدية غير متكافئة شأنها في ذلك شأن العلاقة التي تنشأ في عقود الإذعان والتي تتميز بغياب النقاش بين طرفي العقد.

إذ يرى الدكتور نعيم مغبغب أن المتلقين في عقود نقل التكنولوجيا (عقد الفرانشيز بالتحديد) ليسوا كلهم من الأشخاص الممتهنين والتجار، وبالتالي يمكن استغلالهم بحيث يصدف أن يكون المتلقي غير متمول أو لا يتمتع بمعرفة مهنية وتقنية عالية كأقدام الموظفين المتقاعدين على الدخول في هذا المجال⁹⁷.

وثاني هذه المظاهر أن أفراد طرف محترف بحق وضع الشروط العقدية في ضوء الحرية التعاقدية التي يتمتع بها، يؤدي بالضرورة إلى أن تكون هذه الشروط مُصاغة لتحقيق مصالحه وأهدافه على حساب الطرف الآخر، مما يستقيم معه أن هذه العقود غير عادلة وتعدُّ مجالاً لنمو الشروط التعسفية⁹⁸.

وبالتالي يجب أن يتحقق التوازن في العلاقة التعاقدية بين القانون الموضوعي الذي يعطي الحق للمتلقي في أن يعدل من الشروط التعسفية، وبين الحقوق الذاتية لهذا الأخير لتحقيق مصلحته في إبرام هذا العقد.

وأخيراً يمكن أن نخلص إلى أن التطور الحاصل في مجال العقود جعل من الطبيعي أن تظهر صور غير مألوفة في التعاقد (عقد الإذعان)، إذ غالباً ما يجد المتلقي نفسه غير محقق لمصالحه وواقع ضحية لهذه العقود في ظلّ تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع هذا التطور من جهة، وغياب التظليل القانوني لهذه المساحة من جهة أخرى.

ثانياً- مرحلة تنفيذ العقد:

تشهد الحياة العملية الكثير من حالات استغلال أحد الأطراف المقبلة على التعاقد للطرف الآخر، وبذلك تكون الحرية التعاقدية قد تخلت عن دورها في تحقيق متطلبات العدالة العقدية، بل أصبحت في ضوء المعاملات المعاصرة عبئاً يقف أمام تحقيق هذا الهدف وذلك بالنظر إلى ما تحمله هذه المعاملات

⁹⁷ نعيم مغبغب، الفرانشيز "دراسة في القانون المقارن"، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص68. في دراسة أجريت من قبل معهد (Sondage) في (Lille) سنة 1989 فإن متلقي واحد من بين ثلاثة لم يمارس التجارة من قبل، أنظر: Christine MATRAY, Le Contrat de Franchise en droit Belge, De Boeck & Larcier, Bruxelles, 1996, p101.

⁹⁸ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص330.

من فرص للاستغلال⁹⁹، لذا سنحاول الوقوف على أهم المبادئ التي يمكن أن توفر قدرًا من الحماية للمتلقى في ظل ما يعرفه هذا العقد من غياب لدور المشرع في تنظيمه.

1- مبدأ حسن النية:

إنّ العقد شريعة المتعاقدين فمضمونه المحدد بكل حرية من قبل الأطراف يشكل ما انفقوا عليه¹⁰⁰، إلا أنه في ضوء المتغيرات الاقتصادية والصناعية، باتت الحرية التعاقدية ذات طبيعة نظرية، ويؤيد ذلك ما تشهده المعاملات في الوقت الحاضر من استغلال الطرف الأكثر قوة لنظيره الآخر سواء تمثلت هذه القوة في مجالات تفوقه الاقتصادي أم الفني، فراح يفرض شروطه ويشكل بنود العقد وفق مصالحه، مما أصاب هذه العلاقات بعدم التوازن رغم أنها مازالت في مهدها. لذلك لم يعتبر المشرع مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الوحيد الذي تقوم على أساسه فلسفة التشريع، فأوجد إلى جانبه العديد من الاعتبارات الأخرى مثل العدالة وحسن النية والصالح العام يقيناً منه بفشل وتضاؤل مبدأ سلطان الإرادة مع مرور الوقت¹⁰¹. لذلك فقد نصّ المشرع على ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية وفقاً لنص المادة 107 ق.م.ج: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

إنّ حسن النية هو معيار شخصي¹⁰² يرجع فيه القاضي لسلوك المتعاقدين، وهو يقتضي عدم التعسف في استعمال الحق، فطرفا عقد نقل التكنولوجيا يجب عليهما التعامل طبقاً لهذا المبدأ، وألا يستغل أحد الأطراف ظروف ووضع الطرف الآخر لإرهاقه والإجحاف بحقوقه، لذلك فالمناح يجب أن يراعي ذلك في وضعه المسبق لشروط العقد.

فقد أجمع الفقه على أنّ مبدأ حسن النية هو مبدأ شامل لجميع مراحل التعاقد، الأمر الذي يمكن معه اتخاذ هذا المبدأ وسيلة لتدخل القاضي لتحقيق التوازن بين المناح والمتلقي.

⁹⁹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 497.

¹⁰⁰ وهو ما جاء في المادة 106 ق.م.ج: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

¹⁰¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 306.

¹⁰² هو مبدأ قانوني وليس مجرد فضيلة أخلاقية؛ أنظر: بلال عبد المطالب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص 64.

2- مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين:

يعتبر عقد نقل التكنولوجيا بمثابة عقد إذعان بحيث يكون فيه المتلقي مرتيناً لمصلحة المانع الأقوى والأقدر وصاحب الإمكانيات الأوفر مما يجعل الالتزامات غير متوازنة بينهما¹⁰³، وعلى هذا الأساس فإن الحماية التي قررها القانون للطرف المذعن لا تقف عند تخويله الحق في أن يطلب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد أو حتى إعفائه كليةً من هذه الشروط، وإنما قرر له القانون مظهراً آخر من مظاهر حمايته، والمتمثل في وجوب تفسير الشك إن وجد في مصلحة الطرف المذعن¹⁰⁴، ومن أجل هذا جاءت المادة 112 ق.م.ج: "يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

ويتضح من هذا النص أنه إذا كانت القاعدة العامة هي أن الشك في تفسير العقود يفسر في مصلحة المدين فإن الشك في عقود الإذعان يجب أن يفسر دائماً في مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً.

وبناءً عليه، إذا تضمن عقد من عقود نقل التكنولوجيا شرطاً غامضاً، ولم يستطع القاضي تبديد هذا الغموض بوسائل التفسير الممكنة بل يظل الشك قائماً حول ما أراده المتعاقدون من عبارة هذا الشرط، ففي هذه الحالة يجب على القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة المتلقي وذلك دائماً وفي كل الأحوال حتى ولو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة المانع "المشترط" كما لو كان من شأن الشرط الذي ساوره الشك وأحاط به أن يشدد من مسؤوليته العقدية¹⁰⁵. ويمكن تبرير هذا المبدأ على اعتبار أن الطرف القوي (المانح) هو الذي وضع شروط التعاقد وكان يستطيع أن يفرض على المتلقي شروطاً واضحة لا غموض فيها، فإذا لم يفعل ذلك فإنه يؤاخذ بخطئه وتقصيره ويتحمل هو تبعه هذا الغموض الذي تسبب فيه.

ويلاحظ أخيراً أن تفسير العقد يعتبر مسألة موضوعية إذ يعتمد القاضي أساساً على وقائع وظروف العقد وبصفة خاصة العبارات التي استعملت فيه، كما يجب عليه أن يستند في ذلك إلى معيار حسن النية في المعاملات والعادات التجارية¹⁰⁶.

¹⁰³ نعيم مغنغب، المرجع السابق، ص 258.

¹⁰⁴ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 195.

¹⁰⁵ نفس المرجع، ص 196.

¹⁰⁶ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 27.

3- مبدأ الاستقلالية:

ظهر عقد نقل التكنولوجيا كنظام للتسويق يقوم على التعاون القائم بصفة مستمرة بين المشاريع التي تسعى للتوسع في الأسواق الدولية دون أن تتكبد عناء المصاريف الاستثمارية المرتفعة، خاصة بعد اتساع مجال الأسواق العالمية واستمرار التقدم التكنولوجي وزيادة الإنتاج السلعي، مما اضطر هذه المشاريع لضرورة تصريف منتجاتها لضمان استمراريتها، عن طريق رسم إستراتيجية تجارية ومالية قائمة على التعاون بين كل من مشروع المانح ومشروع المتلقي. إذ لا يترتب على هذا التعاون تنازل المانح عن حقوق ملكيته الصناعية أو معرفته الفنية، بل يقوم أساساً على الاشتراك في استغلال هذه المعرفة تحت إشراف ورقابة المانح، على أن يظل الأمر في إطار احتفاظ طرفي العقد باستقلالهما.

واستناداً إلى ما سبق يمكن القول أن عقد نقل التكنولوجيا يمثل إطاراً تعاقدياً للعلاقات القانونية بين المانح والمتلقي يخضع على إثرها للقانون التجاري¹⁰⁷ الذي ينظم هذه العلاقة، والتي تتوفر فيها كافة شروط القيام بالعمل التجاري، وشروط التمتع بصفة التاجر بالنسبة للمانح الذي يعتبر تاجراً يعمل باسمه ولحسابه، فهل الأمر كذلك بالنسبة للمتلقي؟.

حتى يتمتع المتلقي بالصفة التجارية يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة.

- أن يحترف الأعمال التجارية.

- أن يمارس الأعمال التجارية بصفة مستقلة.

وعلى ذلك سنركز اهتمامنا على الشرط الثالث باعتباره أحد أسباب توافر الحماية. إذ وبسبب الشروط التي يفرضها المانح على المتلقي، فإن هذا الأخير أصبح تابعاً للمانح اقتصادياً¹⁰⁸، فهل يعني ذلك عدم تمتعه بالاستقلالية؟.

تتولد غالباً التبعية الاقتصادية¹⁰⁹ التي يعاني منها المتلقي نتيجة لعدم التكافؤ بين الطرفين، فهذه التبعية تجعل المتلقي يوفر كل جهوده وطاقاته الاقتصادية للمانح، وبالتالي يلتزم بنشاط واحد لا يتعدى

¹⁰⁷ دعاء طارق بكر البشتاوي، عقد الفرشايذ وآثاره، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فلسطين، 2008، ص35.

¹⁰⁸ عمر فارس، الأشكال الجديدة للتوزيع وتشريع الإيجارات التجارية، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، فرنسا، 2004، ترجمت من الفرنسية إلى العربية سنة 2008، ص18.

¹⁰⁹ حالات التبعية الاقتصادية؛ أنظر: خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن، ص45.

حدوده، ولا يستطيع الخروج عن سوق العمل الحصرية، مما قد يسبب له خطورة اقتصادية في حالة توقفت هذه العلاقة¹¹⁰.

إن فكرة التبعية الاقتصادية مستمدة من القانون الألماني¹¹¹، والتي ظهرت في فرنسا بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 1986/12/01، حيث أشارت المادة 2/8 من المرسوم المذكور لحالة التبعية الاقتصادية للمتلقي في علاقته بالمانح، فيرضخ الأول للثاني ويكون تابعاً له، بحيث يكون بمقدور المانح فرض شروطه معتمداً على مركزه الاقتصادي فيحد من الحرية الاقتصادية للمتلقي¹¹². ولعل من أهم هذه الشروط هو شرط عدم المنافسة، وشرط الخضوع لرقابة المانح، وكذا إتباع أساليبه المحاسبية والإعلانية...¹¹³.

لكن وعلى الرغم من توافر التبعية الاقتصادية للمتلقي في عقد نقل التكنولوجيا، إلا أن الأمر لا يتجاوز حد الارتباط مع المانح بعقد عمل، إذ في هذه الحالة نكون أمام تبعية قانونية كذلك التي تربط العامل برب العمل. فمنذ ظهور عقد نقل التكنولوجيا أثبت المتلقي في الواقع العملي أنه قادر على أن يتحمل وحده مخاطر النشاط التجاري من ربح أو خسارة. وعلى أساس ذلك فالمتلقي تاجر متميز قانوناً عن المانح، له شخصية قانونية وذمة مالية مستقلة، يتعاقد مع المانح باسمه الشخصي ولحسابه الخاص ولكن تحت العلامة التجارية لهذا الأخير¹¹⁴.

وبناءً على ذلك جاء القرار الفرنسي الصادر بتاريخ 1991/02/21 والذي دخل حيز التنفيذ في 1991/07/01 ليلزم المتلقي بإعلام الجمهور بأنه تاجر مستقل في ممارسة نشاطه عن المانح الذي منحه الترخيص التجاري، إذ نصّ على أن: "كل شخص يبيع منتجات أو يقدم خدمات ويربطه اتفاق ترخيص تجاري بالمانح، يجب أن يُعلم المستهلك بصفته كشركة مستقلة، بطريقة ظاهرة وواضحة، وبمجموع وثائق المعلومات ذات الطبيعة الدعائية الخاصة، داخل موقع البيع وخارجه على حد سواء"¹¹⁵.

¹¹⁰ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص10.

¹¹¹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص43.

¹¹² عمر فارس، المرجع السابق، ص18.

¹¹³ أنظر: علي سيد قاسم، عقد الالتزام التجاري، مجلة القانون والاقتصاد التراث القانونية والاقتصادية، العدد1، السنة الرابعة والخمسون،

1984، مطبعة جامعة القاهرة، ب.م.ن، 1986، ص42.

¹¹⁴ عمر فارس، المرجع السابق، ص11.

¹¹⁵ أنظر: نعيم مغيب، المرجع السابق، ص73.

وخلاصة القول أنه إذا كان التعاون ضرورياً بين المانح والمتلقي، فإنّ هذا التعاون يجب ألا يؤدي إلى أية رابطة تبعية قانونية، وذلك حتى يتسنى لنا وصف المتلقي بأنه تاجر مستقل قانوناً، بحيث يكون هذا الاستقلال مقررًا لصالح الطرفين ولصالح شبكة نقل التكنولوجيا ككل.

المطلب الثاني: تعسف المانح في تقدير مهنية المتلقي

حرر مبدأ حرية التعاقد إرادة كل من المانح والمتلقي في إنشاء عقد نقل التكنولوجيا وذلك في إطار يكفل نقل المعرفة الفنية بصورة سليمة، ويحافظ في الوقت ذاته على التوازن العقدي بين كل منهما. غير أنّ الواقع العملي أثبت عكس ذلك، إذ يبدو جلياً وجود تعسف من قبل المانح في إتمام هذا النوع من العقود - باعتباره الطرف المالك والقوي اقتصادياً - والذي وصل به حدّ التّدخل في كل أمور المتلقي مبرراً ذلك بضمان وحدة شبكة التكنولوجيا من جهة، والمحافظة على سرية معرفته الفنية من جهة أخرى، وهو ما ينتج عنه قيام المانح بالتكفل بصياغة العقد فيلغي بذلك الحماية التي كانت ستضمنها الشروط الشكلية (الفرع الأول)، بالإضافة إلى احتفاظه بتقدير مهنية المتلقي مما يؤثر سلباً على استقلال هذا الأخير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إخفاق الشروط الشكلية في حماية استقلال المتلقي

تعتبر الشكلية أساس إثبات الحقوق وتبيين الالتزامات الناتجة عن العقود، فهي ترمي إلى حماية طرفي العقد. لكن ومع ظهور الصيغ الجديدة في التعاقد تضاعف دور هذه الاجراءات في حماية بعض الأطراف، خاصةً إذا كنا بصدد عقد يحمل طرفين غير متكافئين اقتصادياً كعقد نقل التكنولوجيا. وأمام هذا التراجع الذي عرفته الشكلية في حماية الطرف الضعيف - المتلقي - ظهرت إشكالية السير نحو الطرق الجديدة في إبرام العقود الناقلة للتكنولوجيا (البند الأول)، والتي يتم صياغتها بحسب الغاية منها (البند الثاني).

البند الأول: المنحى الجديد للكتابة في عقد نقل التكنولوجيا

تلعب الكتابة دوراً هاماً في عقد نقل التكنولوجيا باعتبارها وسيلة تقليدية في الإثبات، أو شرطاً للانعقاد إذا نص القانون على ذلك، ولهذا أصبحت هذه العقود تتخذ أشكالاً مختلفة بحسب المنظور القانوني لها خاصةً مع التّقدم الإلكتروني في الميدان التجاري.

أولاً- أشكال الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا:

تتخذ الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا أشكالاً متعددة من حيث الأثر الذي تؤديه فقد تعتبر تارة ركناً للانعقاد، وتارة أخرى شرط إثبات للعقد، وبين هذا وذاك يثور التساؤل عن دورها في حماية

استقلال المتلقي، ومدى مساهمتها في الحفاظ على سرية المعرفة الفينة خاصةً مع دخول الكتابة الإلكترونية لمجال التجارة الدولية.

1- الشكل القانوني:

إنّ القاعدة العامة في العقود هي أنها رضائية إذ يكفي التراضي لانعقادها، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. فقد يشترط هذا الأخير أن يتمّ التعبير عن الإرادة في شكلٍ محدد، ويكون هذا الشكل في الغالب محرراً رسمياً.

والحقيقة إنّ كتابة عقود نقل التكنولوجيا هي من الأمور المسلّم بها نظراً للقيمة المالية والمعنوية التي تتمتع بها المعرفة الفنية والتي تشكل ضماناً أساسياً يمكن أن يحتج به المانح في مواجهة الكافة. وإزاء هذا الأمر نجد المشرع المصري¹¹⁶ قد سارع إلى إضفاء حماية قانونية لمثل هذه العقود، حيث أوجب إفراغ هذا التصرف القانوني في قالب شكلي لوضع حدٍ لأيّ تجاوز يمكن أن يعرفه هذا النوع الجديد من العقود، وهو ما أكدته المادة 1/74 ق.ت.م: "يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوباً وإلا كان باطلاً". ويرجع أمر اشتراط الكتابة لطول الفترة الزمنية التي تمرُّ بها مثل هذه العقود، فتكون الكتابة بمثابة وسيلة جوهريّة لإثبات الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.

وحسب نص المادة فالكتابة شرط شكلي لانعقاد العقد والتي لا يكون جائزاً بدونها، وإلا كان الجزاء على ذلك البطلان¹¹⁷، ومعنى ذلك أن تفرغ إرادة المتعاقدين في قالب شكلي خاص وهو الكتابة، مما يتطلب تحديد عناصر المعرفة الفنية بدقة¹¹⁸. ولعل مقصد المشرع من ذلك هو توعية الأطراف لمدى أهمية العقد المراد إبرامه وضرورة إفراغه في محررٍ مكتوبٍ تجنباً للخلافات التي تطرأ أثناء فترة التنفيذ، وكذا لإتاحة فرصة فرض رقابة على الشروط الواردة فيه، وهو ما يجعل هذا الشرط يصب في مصلحة المتلقي من حيث اعتباره وسيلة رسمية للإثبات يمكن الاحتجاج بها.

¹¹⁶ كما اشترط المشرع الأمريكي والألماني أيضاً الكتابة واعتبرها شرطاً لانعقاد العقد، أنظر: محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص42.

¹¹⁷ منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، العقود التجارية (عقد نقل التكنولوجيا، الوكالة التجارية، عقد السمسرة، عقد النقل)، طبقات القانون رقم 17 لسنة 1999، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص11.

¹¹⁸ وهو ما ورد بالمشكرة الإيضاحية للقانون المصري؛ أنظر: محمد شتا أبو سعود، التعليق على نصوص قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999، معلقاً عليها بآراء الفقهاء وأهم مبادئ النقض الصالحة للتطبيق في ظل القانون الجديد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص433-434.

وفي ذات الوقت كان مشروع قانون نقل التكنولوجيا الذي اقترحتة الأكاديمية المصرية في الثمانينات يشترط إضافةً إلى الكتابة تسجيل العقد، والذي جاء فيه: "يتمّ التعاقد على نقل التكنولوجيا بما لا يخالف الأحكام والضوابط الواردة في هذا القانون، ولا يعتبر العقد نافذاً إلا بعد تسجيله..."¹¹⁹.

ولذلك كان من الأجدر بالمشروع المصري النص على هذا الشرط ضمن نصوص قانون التجارة الجديد حتى يتسنى له فرض رقابة شاملة على هذا النوع من العقود، وحتى يوفر حماية لطرفيه وبالأخص الطرف الأضعف "المتلقي".

هذا ويجب أن يذكر في العقد مصدر حيازة المانع للتكنولوجيا المراد إبرام العقد بشأنها، هل هو مبتكرها أو متلقيها. أما إذا كان محل العقد قائماً أساساً على براءة الاختراع فيجب أن يذكر بيانات هذه البراءة، كتاريخ الحصول عليها، وبلد تسجيلها، ومدتها، والدعاوى القضائية المقامة عليها¹²⁰، وذلك حتى يتمّ تقاضي أي إشكالات أثناء تنفيذ العقد من باب حماية المتلقي ودرايته بكافة التفاصيل.

لهذا يحرص أطراف عقد نقل التكنولوجيا على أن يكون هذا الأخير ذا وصفٍ مفصل بالملاحق والوثائق التي تشرح التكنولوجيا المراد إبرام العقد بشأنها، وأيضاً الرسوم والتصاميم الخاصة بها. وعلى ذلك تنص المادة 2/74 ق.ت.م: "ويجب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التي تنتقل إلى مستورد التكنولوجيا، ويجوز أن يرد ذكر هذا البيان مصحوباً بدراسات الجدوى والتعليقات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءاً منه". وما هذه الفقرة إلا دليل على تأكيد المشرع المصري على وجوب الكتابة لتحديد الالتزام بنقل التكنولوجيا، وهو لا يشمل العقد فقط وإنما كل ما هو من مقتضياته من وثائق وبيانات والتي ترفق بالعقد الأصلي.

أما في الجزائر فإنّ التشريع يخلو من أيّ تنظيم لعقود نقل التكنولوجيا وبالتالي يجب العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة، وللقانون التجاري باعتبار العقد من العقود التجارية.

2- الشكل الاتفاقي:

ينشأ عقد نقل التكنولوجيا بتلاقي إرادتي كل من المانع والمتلقي، فيعبران عن إرادتهم الحرة في إنشاء هذا العقد، وهذه الإرادة لا يحكمها سوى مبدأ الرضائية.

¹¹⁹ وهو ما نصت عليه المادة الخامسة من مشروع القانون المصري؛ أنظر: جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل

الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص24.

¹²⁰ نفس المرجع، ص26.

فإذا كانت الرضائية تشكل القاعدة العامة في العقود، فإنّ الشكلية هي الاستثناء، حيث فرض المشرع هذه الأخيرة على بعض التصرفات القانونية والتي لا تكتمل بدونها.

غير أنه قد يحدث في الواقع العملي أن يتفق الأطراف على إظهار إرادتهم في شكل خاص لم يفرضه المشرع، فهل يعدّ هذا الشكل دليل إثبات أو ركناً للانعقاد؟ خاصةً ونحن بصدد دراسة عقد نقل التكنولوجيا مع غياب تنظيم تشريعي له في الجزائر.

في الحقيقة تضاربت آراء الفقه حول هذه المسألة، فمنهم من يرى أنه لا يتصور وجود شكلية إلا إذا كان هناك شكل محدد يجب التقيد به، ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه إيرنغ والذي يرى: "أنّ الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه"¹²¹.

أما البعض الآخر فهم يوسعون من مفهوم الشكلية، ويرون أنّ التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكل بالمعنى القانوني، واستند أصحاب هذا الاتجاه في ذلك إلى أنّ الإرادة شيء خفي لا يمكن أن تظهر للواقع إلا عن طريق شيء مادي ملموس وهذا بالتعبير عنها، وإعطاء شكل للتصرف القانوني¹²². وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 1/60 م.ق.م.ع: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

وبالتالي إذا أخذنا بهذا الاتجاه في إبراز معنى الشكلية في العقود، فإنّ كل تعبير عن الإرادة يصدر في شكل معين، يعتبر شكلاً قانونياً يفرضه المشرع، غير أنّ الواقع هو بعكس ذلك.

وبحسب الاتجاهين السابقين فإنّ الشكل الاتفاقي إذا نظرنا إليه من ناحية الاتجاه الأول فهو لا يعتبر شكلاً قانونياً لأنه غير مفروض من قبل المشرع، وإنّما الأطراف ارتضوا إفراغ تصرفهم القانوني في شكل معين، أما إذا نظرنا إليه وفق المفهوم الموسع للاتجاه الثاني فيعتبر الشكل الاتفاقي شكلاً بالمعنى القانوني.

وبين هذا وذاك نستنتج أنّ الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني، إذ لم يفرضه المشرع، ولهذا يبقى التصرف رضائياً رغم صدوره في شكل مادي ارتضى الطرفين له ذلك.

¹²¹ وسن قاسم الخفاجي، الشكلية الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة الثالثة،

2011، ص10.

¹²² نفس المرجع، ص10.

وعليه فإنّ الشكل الاتفاقي يتميز بخصائص تجعله يبتعد عن المعنى المفترض للشكلية القانونية يمكن إجمالها في:

- أ. الشكل الاتفاقي مصدره إرادة الطرفين.
- ب. لا يتمتع الشكل الاتفاقي بصفة الالزام، فالأطراف غير ملزمين بذلك الشكل بحيث يمكنهم العدول متى أرادوا ذلك، ما دامت إرادتهم قد قررت.
- ت. يعتبر الشكل الاتفاقي أحد تطبيقات مبدأ الرضائية، ذلك أنّ للمتعاقدين حرية اختيار الشكل الذي يعبران به عن إرادتهما¹²³.

ومع خلو التشريع من تكييف قانوني للشكل الاتفاقي والذي يتخذ الأطراف لتحديد آثار التصرف القانوني، فيجب العودة إلى إرادة الأطراف لتحديد القصد من اشتراطه، والأمر هنا لا يخلو من أحد الفرضيتين:

- أ. توضيح الأطراف قصدهم من الشكل المتفق عليه، سواء أكان معداً للإثبات أم للانقضاء، وهنا الأمر لا يثير أية صعوبة.
- ب. إهمال الأطراف إيضاح قصدهم من اشتراط الكتابة هل هي معدة للإثبات أو للانقضاء، وفي هذه الحالة على القاضي أن يتحرى قصد المتعاقدين، فإن لم يستطع فعليه الاستئناس بما هو سار في الفقه والقضاء¹²⁴.

والحقيقة فإنّ بعض التشريعات القانونية قد رجحت مسألة اعتبار الشكل الاتفاقي عند الشك مطلوباً للانقضاء، فمثلاً قانون الموجبات والعقود اللبناني نص في المادة 3/220 على: "إذا اتفق المتعاقدان من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلاً، فإنّ العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين، إلا حينما يوضع في تلك الصيغة".

أما القانون الفرنسي فلا يوجد فيه مثل هذا النص، لذا ينبغي الرجوع إلى الأحكام العامة في هذا الشأن والتي ترى ترجيح اعتبار التصرف عند الشك مطلوباً للإثبات لا للانقضاء. وهو ما اتبعه الفقه والقضاء المصري إعمالاً منهم للمبادئ العامة في العقود والتي ترى أنّ الأصل في العقود الرضائية، وبالتالي

¹²³ وسن قاسم الخفاجي، المرجع السابق، ص12.

¹²⁴ نفس المرجع، ص14.

فسرت الأمر على أنّ الشكل المتفق عليه مطلوب للإثبات فقط¹²⁵، وهو نفس رأي المشرع الجزائري بموجب نص المادة 323 مكرر ق.م.

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 65 ق.م. على: "إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أنّ لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتفاق عليها، فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة". وبالتالي إذا اتفق الطرفان في عقد نقل التكنولوجيا على جميع المسائل التفصيلية في العقد مثل نقل المعرفة الفنية باعتبارها العنصر الأساسي، المساعدة الفنية، المقابل، العلامة التجارية... إلخ، ولم يتمّ إفراغه في الشكل الكتابي فإنّ العقد يكون مبرماً وينتج أثره فيما بينهم. وإذا حدث وأن قام نزاع بشأن الكتابة فإنّ أمر الفصل فيه تعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والتي لا تخرج عن أحد الأمور الواردة في نص المادة أعلاه.

يبدو أنّ الشكلية الاتفاقية هي مجرد دليل للإثبات بين المتعاقدين، إذ لا تغني عن كون العقد لا يزال رضائياً، كما أنّ الجزاء المترتب عليها لا يرقى للبطلان المفروض من قبل المشرع¹²⁶ على تخلف ركن الشكلية، ذلك أنّ الشكل الاتفاقي لا يتوقف على تخلفه ترتيب آثار العقد وإنما يعتبر العقد قائماً بمجرد توفر أركانه وهي: الرضا والمحل والسبب، وهو ما ينطبق على عقود نقل التكنولوجيا في ظلّ عدم وجود تنظيم تشريعي لها.

3- الشكلية الإلكترونية:

إنّ وجود إرادتين متطابقتين يكفي لانعقاد العقد بصفة عامة، إذ أنّ كتابة بعض العقود يعدّ ركناً شكلياً لا يقوم العقد إلا باستيفائه، وهو ما يثير التساؤل حول مدى إمكان استيفاء هذه الشكلية بنفس الطريقة التي يبرم بها العقد الإلكتروني¹²⁷، أي استيفائها بدعائم ومحركات إلكترونية¹²⁸، وهل ينطبق الأمر على عقد نقل التكنولوجيا؟.

¹²⁵ وسن قاسم الخفاجي، المرجع السابق، ص 15-16.

¹²⁶ حيث نص المشرع الكويتي في المادة 66 من القانون المدني على: "إذا اشترط المتعاقدان لقيام العقد، اتباع شكل معين في إبرامه، فإنّه لا يجوز لأحدهما، بدون رضا الآخر، أن يتمسك بقيامه ما لم يأت في الشكل المتفق عليه"، إذ نجد هذا التشريع بالإضافة إلى قانون الموجبات اللبناني في المادة 3/220 السالفة الذكر يساوي بين الشكل الاتفاقي والشكل القانوني من ناحية الجزاء المترتب على تخلف الكتابة؛ أنظر: نفس المرجع، ص 20.

¹²⁷ يمكن تعريف العقد الإلكتروني وفق ما جاءت به المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 بما يلي: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً".

¹²⁸ خالد ممدوح إبراهيم، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية: <http://www.kenanaonline.net>

ففي فرنسا وبعد صدور القانون رقم 230/2000 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني¹²⁹، والذي ذهب إلى أنّ الشكالية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو التوقيع لا يمكن بأي شكل من الأشكال الاستغناء عنها وتعويضها بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني، وبالتالي فإنّ التعديل الفرنسي لنص المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي¹³⁰ تتحدث عن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات فحسب¹³¹.

بينما ذهب البعض الآخر إلى توسيع مجال الكتابة الإلكترونية، إذ لم تعد قاصرة على الإثبات فقط، بل اعتبرها ركناً لصحة التصرف، وذلك بالنظر إلى نص المادة 1/1316 ق.م. فرنسي والذي جاء عاماً، بحيث يجب عدم تحريفه وتخصيصه، وذلك في ظلّ التنظيم الأوروبي رقم CE/31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية¹³² والتي حظرت على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام العقود الإلكترونية¹³³ عن طريق إقرار تشريعات لذلك، ومما لا شك فيه أن عدم الاعتراف بالآثار القانونية للكتابة الإلكترونية، هو من جملة المحظورات بالنسبة للجماعة الأوروبية¹³⁴.

أما المشرع المصري فقد قرر أنّ الكتابة المطلوبة كركن في العقد تتحقق مع الكتابة الإلكترونية، وذلك بنصه في المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 على: "للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية، التجارية والادارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ووفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، والنص جاء واضحاً على ذلك إذ أقرّ إمكانية استيفاء الشكالية التي يقررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المستندات الإلكترونية متى التزمت بالشروط المحددة من قبل المشرع

¹²⁹ والصادر في 13 مارس 2000؛ يعرف القانون النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".
¹³⁰ تنص المادة 1/1316 ق.م.ف على: "ينشأ الاثبات الخطي بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات لها دلالة قابلة للإدراك، وذلك أياً كانت دعامتها أو الوسائل المستخدمة في نقلها؛

"La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission".

¹³¹ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006، ص151.

¹³² المؤرخ في 08 جوان 2000 والساري المفعول في 17 جوان 2000.

¹³³ للمزيد حول موضوع العقد الإلكتروني أنظر: رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013، ص98 - 99.

¹³⁴ خالد ممدوح إبراهيم، الشكالية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية: <http://www.kenanaonline.net>؛ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص150.

في اللائحة التنفيذية للقانون. وقد أقرّ هذا المبدأ أيضاً كل من التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية في المادة 7، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة 1359.

وباعتبار أنّ الشكلية الإلكترونية تعدّ أحد أهم الدعائم الأساسية لإبرام العقود إلكترونياً، وأنّ مجال تطبيقها ينصرف إلى كافة أنواع العقود¹³⁶ - إذ أخذت مختلف التشريعات العربية المقارنة بهذا المبدأ. ومع غياب نصوص قانونية تجسد أعمال هذه الآلية على عقد نقل التكنولوجيا، فمن باب أولى أن يخضع هذا الأخير لهذا النوع من الشكلية.

ويرى الأستاذ خالد ممدوح إبراهيم أنّه يجوز إبرام كافة العقود إلكترونياً ولو كانت الشكلية مطلوبة للانعقاد، لاسيما مع ظهور مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية وهي مهنة الموثق الإلكتروني، وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، على أن تركز وظيفته في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها¹³⁷.

هذا وقد اعتمد التنظيم الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 مسمى أعم لهذه المهنة وهي مقدم خدمة التوثيق (Provider certification service) والذي يعتمد التوقيع الإلكتروني ويتأكد من مدى مطابقتها للمستندات التي ترد عليها.

ومن كل هذا نخلص إلى أنّ عقد نقل التكنولوجيا يمكن أن ينعقد عبر الوسائل الحديثة، وفق دعامات ومحركات إلكترونية، فهو لا يختلف عن العقود الأخرى التي دخلت عالم التجارة الإلكترونية¹³⁸. ووفق ما سبق ذكره من مواد قانونية بخصوص مسألة الاعتداد بالشكلية الإلكترونية، فإنّ الأمر بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا لا تعدو أن تكون وسيلة للإثبات لأنّ بعض عقود نقل التكنولوجيا تحتاج في مرحلة تنفيذها والقيام بها إلى الدعامات الورقية وذلك كعقد المفتاح في اليد وعقد المنتج في اليد وعقود المساعدة الفنية.

¹³⁵ الصالحين محمد أبو بكر، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية، الجزء الرابع، كلية القانون، جامعة فاريونس، بنغازي، ليبيا: www.startimes.com

¹³⁶ باستثناء العقود الواردة في المادة 324 مكرر 1 والتي أمر فيها المشرع الجزائري بتحرير العقد لدى الضابط العمومي لإعطاء العقد الصيغة الرسمية.

¹³⁷ خالد ممدوح إبراهيم، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية: <http://www.kenanaonline.net>

¹³⁸ فهذه العقود تعتبر إلكترونية متى تمت بوسائل إلكترونية، وذلك حسب تعريف المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، والمادة الثانية من قانون إمارة دبي للمعاملات التجارية الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002، والمادة 14 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 575 لسنة 2004 والتي جاء فيها ما يلي: "كل نشاط اقتصادي يعرض بموجبه شخص أو يضمن عن بعد وبطريقة إلكترونية تأدية خدمة أو سلعة"، أنظر: رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 97.

ثانياً- موقف المشرع الجزائري من كتابة عقد نقل التكنولوجيا:

أخذ المشرع الجزائري على عاتقه مسألة إبراز الشكلية في العقود وقام بمعالجتها على حسب الحالة أو الطرف الذي يوجد فيه العقد. إذ بتحليل مواد القانون المدني والقانون التجاري نجد المشرع قد أخذ بنظام الإثبات المختلط، حيث قام بذكر الكتابة في المادة 333 ق.م كوسيلة إثبات معترف بها قانوناً، ولا يمكن للأطراف الخروج عنها، ولا الاتفاق على مخالفتها بأي شكلٍ من الأشكال، كما أن القاضي ملزم بها عند بناء حكمه، أما في القانون التجاري فقد جعل المشرع الإثبات حراً وأعطى للأطراف حرية تنظيم حجية المستندات والوثائق التي يتعاملون بها، إذ أجاز وبنص صريح الإثبات بكافة الطرق والوسائل بموجب نص المادة 30 ق.ت.

وتعقيباً على نص المادة 333 ق.م فإنّ الكتابة في هذه الحالة مرتبطة بالنظام العام، كونها جاءت لحماية الطرف الضعيف وإرادة المستهلك بشكل عام، وذلك لتجنب فرض شروط تعسفية من قبل أحد الأطراف، ويقابل هذا النص في القانون الجزائري نص المادة 60 من قانون الإثبات المصري والمادة 1341 ق.م.ف.

لكن الكتابة تختلف من حيث تقديمها كدليل للإثبات في كونها قد تكون مطلوبة لإبرام العقد وانعقاده انعقاداً صحيحاً بحيث لا يقوم العقد بدونها، ولا يكون له وجود قانوني إلا إذا تمّ في الشكل الذي يتطلبه القانون، عندئذ يكون العقد شكلياً، وتكون الكتابة عنصراً جوهرياً فيه¹³⁹. إذ يمتاز الدليل الكتابي عن غيره من الوسائل في مسألة الإثبات إذ يمكن إعداده منذ نشوء الحق أي قبل قيام النزاع، كما أنه يوفر للأطراف ضمانات تتمثل أهمها في ضبط الحقوق القائمة سواء قبل النزاع أو بعده، إضافةً لكون الكتابة أقل عرضةً لتأثير عوامل الزمن¹⁴⁰. وهو ما لا ينطبق على عقد نقل التكنولوجيا والذي لم يقم المشرع الجزائري بتنظيمه وتسميته حتى هذه اللحظة؛ وتبقى مسألة إبرامه خاضعة لإرادة المتعاقدين، إذ يضمنونه ما يشاؤون من البنود التي تهدف إلى نقل المعرفة الفنية في الصورة الصحيحة.

هذا وإنّ التشريع الجزائري وعلى غرار غيره من التشريعات المقارنة، لم يقف موقفاً سلبياً من التطورات التي عرفها نظام الإثبات، خاصةً مع وجود التقنيات الحديثة، وهو ما يستخلص من نص

¹³⁹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، www.arablawninfo.com، ص51.

¹⁴⁰ محمد أشفيح، الإثبات في العقد الإلكتروني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، 02-04-2016، <http://www.fsjes-agadir.info>

المادة 323 مكرر، إذ منح للمحرر الإلكتروني نفس حجية المحرر الورقي في الإثبات، وهو ما يساعد في استقرار المعاملات، وحسن سير العدالة¹⁴¹.

إذ نجد المشرع الجزائري في هذه المادة قد كان أكثر جرأة من حيث مساواته بين الطرق التقليدية في الإثبات والطرق الحديثة. حيث اعتبر المحررات والدعائم الإلكترونية دليلاً كتابياً للإثبات، وهو بهذا قد حذا حذو المشرع الفرنسي في القانون رقم 525/80¹⁴² وارتقى بالقواعد الإلكترونية لمستوى القواعد العامة. وبالتالي يجب إبرام العقد الإلكتروني مثل إبرام العقد التقليدي حتى تكون له حجية مطلقة بين أطرافه من خلال الكتابة والتوقيع، وهو ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني في العقود الإلكترونية، ولكن تبقى مسألة من توكل له مهمة التأكد من صحة المحرر الإلكتروني والتوقيع الموجود عليه؟.

للإجابة على هذا السؤال نجد أنّ هذه المهمة قد أوكلت لأشخاص أكفاء ومهنيين في هذا المجال، يتولون مهمة التأكد من صحة المحررات والتوقيعات الإلكترونية الموجودة عليها. وفي هذا السياق أصدر قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي مهنة "مراقب خدمات التصديق الإلكتروني" والذي يعين بموجب قرار من رئيس مجلس الوزراء¹⁴³.

وهو نفس ما جاء به المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 162-07¹⁴⁴ حيث أنّ ممارسة هذا النشاط يتطلب الحصول على رخصة تمنحها سلطة البريد والمواصلات السلطوية واللاسلكية، على أن يكون الترخيص مرفقاً بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤيدي الخدمات والمستعمل¹⁴⁵.

¹⁴¹ محمد أشفيق، المرجع السابق.

¹⁴² الصادر في 12 جويلية 1980.

¹⁴³ المادة 20 من القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 2006، المؤرخ في 2006/01/30.

¹⁴⁴ المرسوم التنفيذي رقم 162-07 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل والمنتم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلطوية واللاسلكية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 07 جوان 2007، ص12.

¹⁴⁵ الأشخاص الذين يجوز لهم ممارسة هذا النشاط يجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط للممارسة نشاط تقديم الإنترنت في الجزائر وفقاً لنص المادة 3 من المرسوم 07-162؛ ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 28-29 أكتوبر 2009، ص13.

هذا ولا يقتصر دور جهات التوثيق الإلكتروني على تحديد هوية المتعاملين إلكترونياً والتأكد من أهليتهم وإنما تقوم بالإضافة إلى ذلك بالتحقق من مضمون هذا التصرف وسلامته وجديته وبعده عن الغش والاحتيال¹⁴⁶.

ومن هذا كله نخلص إلى إمكانية إبرام بعض أنواع عقود نقل التكنولوجيا في الجزائر إلكترونياً ما دام المشرع قد ساوى بين المحرر الإلكتروني ومنحه نفس امتيازات المحرر العادي، غير أن الأمر لا يعدو بالنسبة لهذا العقد التكنولوجي الإلكتروني من كونه وسيلة لإثبات التصرف سواء بين كل من المانح والمتلقي، أو في مواجهة أعضاء شبكة التكنولوجيا ككل، أو حتى في مواجهة الغير. غير أن الواقع العملي هو بغير ذلك إذ نجد أغلب العقود لازالت تقليدية نظراً لتخوف المتعاقدين من المسائل الإلكترونية، لذلك نرى ضرورة تعديل قوانين الشهر والتوثيق بما يتماشى مع المحررات الإلكترونية المستحدثة وذلك بإنشاء جهة مؤتمنة لحفظ وتسجيل هذه الأخيرة، وكذلك تعميم مهنة الموثق الإلكتروني بما يتلاءم ومقتضيات المصلحة العامة في الجزائر لتفادي الاجراءات الشكلية المعقدة، خاصة في الميدان التجاري الذي يتطلب السرعة والاطمان في إبرام العقود.

البند الثاني: صياغة عقد نقل التكنولوجيا

تعتبر مرحلة صياغة عقد نقل التكنولوجيا من أصعب الأمور القانونية بالنظر إلى مختلف الاعتبارات التي تكتنف هذا النوع من العقود، إضافةً للتعقيدات الفنية والتطبيقية التي تواجه رجل القانون عند صياغته، والتي لا يقتصر أثرها خلال مرحلة تنفيذ العقد فحسب، وإنما يمتد مداها لما بعد انتهائه.

إذ وبعد انتهاء عملية المفاوضات، وتلاقي الإيجاب والقبول تبدأ مرحلة تنفيذ العقد فيقرر خلالها ميلاد هذا الأخير على نحو قانوني، والتي تستمد أهميتها من مضمونه. وتشتمل مرحلة تنفيذ العقد على العديد من المسائل الجديرة بالبحث إلا أننا اقتصرنا ذلك على صياغة عقد نقل التكنولوجيا والتي تعتبر وسيلة إثبات خاصة بالنسبة للطرف الضعيف فيها - حيث يمكن أن يتجلى من خلالها قدر من الحماية للمتلقى -.

إذ تتطلب عملية صياغة عقد نقل التكنولوجيا بصفة عامة القدرة الجيدة على تجسيد رغبة الطرفين بطريقة صحيحة وواضحة مع اختيار الألفاظ المناسبة للتعبير بدقة عن المعنى المطلوب، فهو عبارة

¹⁴⁶ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 62.

عن محصلة لعملية التفاوض¹⁴⁷، بحيث لا يثير الأمر أدنى شك أو يستدعي البحث خارج وثيقة التعاقد عن حلول لأي نزاع محتمل بين المتعاقدين.

إن الخطوة الأساسية لنجاح صياغة العقد تكمن في الوقوف على غاية أطراف التعاقد من أجل تقوية العلاقات التجارية القائمة بينهما¹⁴⁸. غير أنه لا يخفى على أحد أن عقد نقل التكنولوجيا هو من العقود التي يمكن أن يكون لها طابع دولي والتي يلعب فيها الجانب الفني والتقني أهمية خاصة عند صياغتها. ولذلك ينبغي أن يتولى الأمر خبراء قانون أصحاب كفاءات عالية ودراية كافية بالقواعد القانونية المحلية والدولية الواجبة التطبيق على العقد، بالإضافة إلى الإلمام بالأهداف الحقيقية للأطراف والتي يمكن استخلاصها خلال مرحلة تكوين العقد.

فدقة صياغة العقد تلعب دوراً هاماً في تحديد مضمونه الذي يتوجب أن يذكر فيه التزامات الطرفين بكل وضوح، حتى يمنع أي خطأ يستدعي ترتيب المسؤولية العقدية. ولذلك يتوجب على المتلقي أخذ الحيطة والحذر في هذه المرحلة من إبرام العقد، حتى يتجنب بعض الشروط التعسفية والتي غالباً ما تكتب بخط صغير عابر وفي موضع هامشي لا يمكن أن ينتبه لوجودها، ولا يتمكن حتى من قراءتها¹⁴⁹.

ومن ناحية اختيار لغة العقد فيجب أن يحرص المتلقي على عدم تعدد اللغات والاكتفاء بلغته الأصلية ولغة الطرف الآخر مع الترجمة إلى اللغة الانجليزية، وذلك لتفادي اختلاف مدلول الكلمات والمصطلحات القانونية، مما يفتح المجال أمام المانع لمزيد من التلاعب.

أما عن محتوى عقد نقل التكنولوجيا فإنّ الواقع العملي يثبت أنه يمكن تقسيمه إلى أربعة أقسام، وهي كالتالي:

أ. الديباجة:

تعتبر كمقدمة في بداية العقد، يذكر فيها أهداف هذا العقد ودواعي إبرامه، ومن هنا طرفا العقد وعناوينهم، وعلاقة العقد باتفاق التفاوض ومدى خبرة المانع في مجال النشاط محل عقد نقل التكنولوجيا. وتعتبر الديباجة مصدراً تفسيرياً للالتزامات الطرفين في حالة وقوع أي نزاع بينهما لأنها

¹⁴⁷ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض - دراسة في القانونين المصري والفرنسي -، القاهرة، 1995، ص 4.

¹⁴⁸ بروك مايكل، إدارة التراخيص وحقوق الملكية، ترجمة خالد العامري، الطبعة الأولى، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008،

ص 161.

¹⁴⁹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دم.ن، 2009، ص 135.

تقوم بدور استظهار نية الطرفین عند تفسير العقد وتنفيذه، فهي جزء لا يتجزأ من العقد ومتممة له إذ تتمتع بالقوة الملزمة¹⁵⁰.

وفي هذا الأمر يرى الأستاذان (Boen et Goffin) في مؤلفهما عقود تسليم المفتاح في اليد أن الديباجة وبالرغم من أنها ليست من مضمون العقد، إلا أنها ذات أهمية في تحديد موقع الأطراف في مرحلة المفاوضات بعد إتمام الإجراءات المبدئية والتي تمكن الطرفين من الارتباط تعاقدياً، كما توضح إجراءات التنفيذ لإعطاء القيمة القانونية الصحيحة للعقد ولمنع ارتكاب الأخطاء اللاحقة والتي يمكن أن تتسبب في إبطال العقد¹⁵¹.

ب. التعاريف:

يذكر عادةً في بداية عقد نقل التكنولوجيا مجموعة من التعاريف لتحديد معاني المصطلحات التي قد تثير بعض الغموض في معناها؛ مع بيان عوامل إنشاء هذا المشروع، وأهميته وأهدافه، بحيث تكون هذه التعاريف مكتملة للديباجة، ويجب بدل العناية الكافية عند تحريرها¹⁵².

وقد ذهب الأستاذ (Jean Marie DELEUZE) إلى ضرورة إعداد مجموعة من التعريفات التي توضح معاني الألفاظ المستخدمة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا¹⁵³، وفي هذا الشأن قد يتم الاستعانة بمجموعة التعاريف التي تتولى وضعها الهيئات الدولية المتخصصة مثل دليل Incoterms الذي وضعته غرفة التجارة الدولية¹⁵⁴، وكذا دليل التراخيص¹⁵⁵.

ت. موضوع العقد

تعتبر أحكاماً للعقد نفسه فهي أهم أقسامه حيث تتضمن شروط العقد المعبرة عن الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين، إضافةً إلى القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع أو جهة التحكيم، إذ يجب أن تكون الصياغة متميزة وبعبارات واضحة ولا تحمل أكثر من معنى¹⁵⁶. فهي تشمل مواضيع مختلفة ولا تدخل ضمن إطار معين بذاته؛ ولذلك فلا مجال للحصر، إذ

¹⁵⁰ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص141.

¹⁵¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص157.

¹⁵² دعاء طارق بكر البشتاوي، المرجع السابق، ص72.

¹⁵³ Jean Marie DELEUZE, Le Contrat de Transfert de processus technologique (know- How), 3^e édition, Masson, Paris, 1982, p53.

¹⁵⁴ International commercial termes.

¹⁵⁵ دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو)، دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية، جنيف، 1978.

¹⁵⁶ دعاء طارق بكر البشتاوي، المرجع السابق، ص73.

قد تتعدد التزامات المتعاقدين الواردة في المتن وتختلف بحسب الشكل الذي يتخذه عقد نقل التكنولوجيا، والتي يترك أمر تحديدها لإرادة الطرفين، على أن لا تخلو من طريقة نقل المعرفة الفنية والتي تشكل أساس العقد.

ث. الملاحق

وهي ما يرفق بالعقد من وثائق وتتضمن أحكاماً تفصيلية تتعلق إما بالعلامة التجارية أو الشعار أو غيرها من عناصر الملكية الصناعية والمتعلقة بالعقد، أو أي وثيقة تتعلق بمسألة التنظيم والتسويق، أو عقود الإيجار... هذا ويتولى إعداد هذه الوثائق فنيون وخبراء في هذا المجال¹⁵⁷، أما بخصوص المعرفة الفنية فإنّ طريقة نقلها تعود للسلطة التقديرية للمانح.

وفي الأخير نخلص إلى أنّ عقد نقل التكنولوجيا يتم صياغته بدقة من قبل خبراء في هذا المجال خاصةً إذا كان عقداً دولياً، غير أنّ الأمر لا يخلو من تدخل المانح باعتباره الطرف الأكثر قوة والمالك الشرعي للمعرفة الفنية وما العقد إلا وسيلة لحمايتها، فنجدّه يضع كل الشروط التي تصب في مصلحته وتضعف من مصلحة المتلقي، هذا الأخير الذي يرتضي لنفسه الإقدام على استيراد هذه التكنولوجيا، في ظلّ تعسف المانح على أن لا يبقى بدونها. الأمر الذي يزيد من هيمنة المانح وتعسفه فيصبح المتلقي خاضعاً من حيث تقدير مهنيّة للسلطة التقديرية للمانح، والتي تتجر عنها آثار في المستقبل، وهو ما سنشير له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: أثر احتفاظ المانح بتقدير مهنية المتلقي

نظراً لما يتمتع به المانح في عقد نقل التكنولوجيا من سيطرة اقتصادية، فإنّه يسعى من خلال مركزه المسيطر للاحتفاظ بتقدير مهنية المتلقي والعزم على اختيار متلقٍ دون سواه لضمان انتشار معرفته الفنية على أوسع نطاق، ولعل أبرز صورة لذلك تكمن في فرض الشروط التعاقدية وصياغتها بما يتلاءم مع مصالحه.

وأمام هذه الحقيقة فإنّ هذه الشروط تعدّ في كثير من الأحيان مقيدة ومجحفة بالنسبة إلى المتلقي، لما لها من آثار على المبادلات التجارية والسلعية والخدمية بين الجهات المختلفة، فهي تقيد من حرية الاستعمال والاستفادة من محل العقد، وبالتالي تقيد مهنية المتلقي، وذلك فيما يعرف بالشروط المقيدة أو التعسفية (البند الأول)، ولكن الأمر في غالب الأحيان لا يتوقف عند هذا الحد وإنما يتجاوزها لفرض عقود نموذجية (البند الثاني)، والتي تعطي خيارين للمتلقي إما القبول أو الرفض.

¹⁵⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 138.

البند الأول: الشروط المقيدة في عقد نقل التكنولوجيا

يعتبر شرطاً مقيداً كل شرطٍ تعسفي يحدّ من إمكانية المتلقي في ممارسة نشاطه، فهي ترتبط أساساً بالظروف الاقتصادية والاجتماعية ونوع النشاط الذي يعبر عنه عقد نقل التكنولوجيا.

أولاً- مفهوم الشروط المقيدة:

لم يتفق الفقه والقضاء على تعريف جامع للشروط المقيدة لتعددتها وتنوعها، فقد اعتبروا أنّ هذه الشروط يفرضها المانح على المتلقي في العلاقة التعاقدية، نظراً لسيطرته واحتكاره للسوق التجارية¹⁵⁸ ومركزه التفاوضي القوي خاصةً إذا كان المتلقي منتمياً إلى إحدى البلدان النامية¹⁵⁹، فهي تشكل ضرراً بالغاً على حرية التجارة الدولية بحيث تؤدي إلى تقييد قدرة المتلقي على المنافسة هذا من جهة، وإلى الإضرار بالاقتصاد الوطني للدولة التي ينتمي إليها من جهة أخرى. والواقع أنّ هذه الشروط تحقق للمانح ضماناً لاستغلال المعرفة الفنية على نحو يحقق معه توجهاته التجارية والاقتصادية.

وقد عرّف بيان لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (C.N.U.C.E.D)¹⁶⁰ الشروط المقيدة على أنّها: "الممارسات المقيدة للأفعال والتصرفات التي تمارسها الشركات والمشروعات عن طريق التعسف وإساءة استغلال مركزها القوي والاحتكاري في السوق، والتي يكون من شأنها الحدّ من النفاذ إلى الأسواق وتقييد المنافسة فضلاً عما ترتبه من آثار سلبية وضارة بحركة التجارة الدولية". وعرّفت أيضاً بأنّها: "الشروط التي تعيق حرية المنافسة وتقييد إمكانية النفاذ إلى الأسواق وتكرس رقابة ذات طابع احتكاري من قبل أحد طرفي العقد أو الاتفاق"¹⁶¹.

كما عرّفها الدكتور عمر محمد عبد الباقي بأنّها: "الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف". وذهب البعض الآخر إلى أنّه ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح ذلك الذي يفرضه على المتعاقد الآخر الذي لا خبرة له، أو ذلك المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الاقتصادية والقانونية والفنية في مواجهة الطرف الآخر¹⁶².

¹⁵⁸ لم يتمّ تعريف إساءة استغلال المركز المسيطر وإنّما تمّ ذكر أمثلة عن ذلك، لأنّ القانون لا يجرم هذا المركز وإنّما يجرم أفعال الإساءة التي يقوم بها صاحب المركز المسيطر؛ أنظر: سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 106. الوسائل المؤدية لخلق المركز المسيطر في المشروع؛ أنظر: خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 84.

¹⁵⁹ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 216.

¹⁶⁰ La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement.

¹⁶¹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 396.

¹⁶² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 401.

غير أنه وبالرغم من كل التعريفات السابقة للشروط المقيدة إلا أنه من الصعب إيجاد تعريف لها نظراً لتعددتها واختلاف طبيعتها، إذ يمكن القول أنها مجموع الشروط التي يفرضها المانح على المتلقي للحد من استخدامه للمعرفة الفنية من جهة، ومن توسعه التجاري من جهة أخرى لضمان احتكار السوق واستبعاد المتلقي من المجال التنافسي.

فهي بنظر المانح وسيلة فعالة لخلق مزايا احتكارية لمصلحته، من خلال فرض التزامات على المتلقي للحصول على أعلى عائد مالي فضلاً عن التحكم بالمشروع. إذ من النادر جداً وجود عقد نقل للتكنولوجيا وبخاصة تلك العقود المبرمة مع الدول النامية خالية من إحدى الشروط المقيدة، إذ أصبحت وسيلة لتكريس وتعميق التبعية في كافة النواحي الدولية، لأن انتشار هذه الشروط يجعل من مشاريع تلك الدول أقل فائدة، ولذلك استطاعت الشركات متعددة الجنسيات باعتبارها الطرف القوي في العقد المبرم مع المتلقي تحديد الصياغة العقدية، فتضمن العقد ما تشاء من قيود وشروط إما صراحةً أو ضمناً، وهذا يعني أن إدراج الشروط المقيدة يخضع غالباً لمنطق التفوق المعرفي التجاري، فهو وسيلة لتحقيق الاستراتيجية الإنتاجية والتجارية والاقتصادية للمانح¹⁶³.

وعليه يمكن القول أن الشروط المقيدة ماهي إلا تعبير عن فلسفة رأسمالية احتكارية ناتجة عن سلوك مضر بحرية التجارة والمنافسة، تتميز بالتنوع والتعدد الأمر الذي يجعل لها أهدافاً مختلفة تكون وراء إصرار المانح على إيرادها في العقد، وهي تنقسم إلى نوعين:

1. الشروط المقيدة للاستقلال الاقتصادي والتجاري للمتلقي

تعتبر هذه المجموعة من الشروط نتيجة غير مباشرة لممارسة حقوق الملكية الصناعية، فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعمليات نقل التكنولوجيا، إلا أنها لا تخرج عن كونها نتيجة حتمية لعدم تكافؤ القدرة التفاوضية لأطراف العلاقة التعاقدية. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المجموعة من الشروط لا تنصب فقط على محل العقد، وإنما تمتد أيضاً لتشمل المحيط الذي سيستثمر فيه المتلقي نشاطه لتحقيق أهدافه التجارية والاقتصادية¹⁶⁴، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

أ- الشروط التي تفرض رقابة على إدارة وتسيير مشروع المتلقي:

يكشف هذا النوع من الشروط عن رغبة المانح لفرض رقابة على مشروع المتلقي عن طريق السيطرة الاقتصادية والتجارية عليه، وذلك لضمان احتفاظه بالميزة التنافسية الناتجة عن احتكاره

¹⁶³ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 397.

¹⁶⁴ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 225.

للمعارف الفنية وعناصر الملكية الصناعية الأخرى من أجل تكوين علاقة تبعية دائمة¹⁶⁵، وأهمها شرط الشراء الإلزامي حيث يشكل تقييداً لمشروع المتلقي خاصة في الدول النامية. حيث يلتزم المتلقي بموجب هذا الشرط بشراء العناصر اللازمة للإنتاج مثل المواد الأولية والآلات من المانح أو من يحدده لهذا الغرض¹⁶⁶، إذ يسهم هذا الشرط في زيادة الأعباء المالية للمتلقي من جهة، وزيادة تبعيته التجارية للمانح من جهة أخرى.

ب- الشروط التي تؤثر على كمية المنتجات:

كأن ينص في عقد نقل التكنولوجيا على حق إطلاع المانح على وثائق تثبت الكمية المنتجة والأسعار التي تسوق بها. كما تتضمن الشروط التي تهدف للحد من المجالات الاقتصادية التي يرغب المتلقي في بيع إنتاجه داخلها إما كلياً أو جزئياً وذلك بتحديد مجال جغرافي معين لتوزيع إنتاجه داخله والذي لا يمكن حتى للمانح تجاوزه أو استعماله¹⁶⁷، وذلك ليضمن المانح تقسيم السوق جغرافياً من خلال تحديد منطقة لكل طرف لا يجوز له تجاؤها أو البيع خارج نطاقها¹⁶⁸، أو يشترط التصدير إلى دول معينة، أو إعلامه قبل التصدير.

ت- الشروط المقيدة لحرية تسويق الإنتاج:

تتضمن هذه الشروط اتفاقيات البيع وعدم المنافسة، والدعاية والإعلان، وتحديد الأسعار¹⁶⁹، فهي ذات طبيعة تجارية وتنسم بطول المدة، وبالتالي توفر استمراراً للمزايا الاقتصادية والتجارية. وتتمثل الغاية من هذه الشروط في منع المتلقي من منافسة المانح في الأسواق التي تتواجد فيها مشاريع هذا الأخير¹⁷⁰.

¹⁶⁵ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص271.

¹⁶⁶ Laurent GIMALAC & Stéphane GRAC, La Franchise Guide juridique et pratique, Editions du puits fleuri, France, p93.

¹⁶⁷ Karim TORBEY, Les Contrats de Franchise et de Management à L' épreuve du Droit des Sociétés – Étude de droit Français et de Droit Libanais, France Quercy, France, 2002, p60.

¹⁶⁸ وليد عزت الدسوقي الجلاذ، حماية المستهلك وحماية المنافسة رفع الممارسات الاحتكارية، دار الحكيم للطباعة، القاهرة، ب.ت.ن، ص71.
¹⁶⁹ إذا قام المانح بتحديد أسعار إعادة بيع المنتجات فإنّ العقد باطل؛ أنظر: Barthélémy MERCADAL, Op. Cit., p622. أما القانون الأوربي فاعتبرها شروطاً تعسفية معاقب عليها؛ أنظر: Karim TORBEY, Op. Cit., p19. ويرى الدكتور "Yves GUYON" أنّ المانح لا يستطيع أن يفرض على المتلقي ثمناً للبيع ولكن يستطيع أن ينصحه عن كيفية تحديده؛ أنظر:

Yves GUYON, Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés, Tome 1, 9 édition, Delta, Paris, p868.

¹⁷⁰ فبهذا الشكل يقترب عقد نقل التكنولوجيا من الاتفاقات غير المشروعة بين الأشخاص المتنافسة؛ أنظر: وليد عزت الدسوقي الجلاذ، المرجع السابق، ص38.

2. الشُّروط المقيدة للاستقلال الذاتي للمتلقي:

إنّ هذه المجموعة من الشُّروط تؤثر بشكل كبير على المتلقي وحرية في الاستفادة من محل العقد، وتكون نتيجة للاحتكار القانوني الذي يمارسه المانح بواسطة الحماية المشروعة للملكية الصناعية، فهي تعبير عن سيطرته على محل العقد والتي تمتد آثاره لما بعد انقضائه، ومنها:

أ- الشُّروط المرتبطة بالحقوق محل العقد:

تلتزم هذه الشُّروط المتلقي بالامتناع عن إيداء أيّة منازعة بشأن صحة حقوق الملكية الصناعية المنقولة إليه، إذ يمكن القول أنّه تعبير عن شرط عدم الضمان للعيب القانوني المرتبط بمحل العقد. فهذا الشرط يسمح للمانح بتقوية مركزه الاستثنائي لهذه الحقوق، كما يضمن له أنّ المتلقي سيستمر بأداء المقابل المالي المحدد في العقد حتى لو ثبت عدم صحة هذا الحق أو بطلانه أو انقضائه¹⁷¹.

ب- الشُّروط المفروضة على تطوير محل العقد:

تكون هذه الشُّروط غالباً في شكل التزام على المتلقي برد التّحسينات الواردة على محل العقد إلى المانح، إذ يطلق عليها أحياناً شروط النقل العكسي للتكنولوجيا والتي يمكن أن تأخذ أشكالاً مختلفة فقد تكون تبادلية أو غير تبادلية، حصرية أو غير حصرية، إلزامية أو اختيارية لذلك يتوقف الأثر القانوني لهذه الشُّروط على الشكل الذي تتخذه¹⁷². ويرمي المانح من وراء هذه الشُّروط إلى الحدّ من الحق المشروع للمتلقي بشأن حماية التّحسينات التي يدخلها على محل العقد، وبالتالي يكون هذا السلوك تعسفياً من قبله، بينما يمكن اعتباره تعاوناً صناعياً إذا حصل ذلك بمقابل مادي أو نتيجة لمفاوضات.

ت- الشُّروط المقيدة بعد انتهاء مدة العقد:

إنّ هذه الشُّروط لا تنتج آثارها إلا بعد انتهاء الفترة التّعاقدية مما يترتب عليها أضراراً تلحق بالمتلقي، ومن أهمها شرط عدم استخدام المعلومات والمعارف الفنية محل العقد إلا بعد الحصول على ترخيص صريح بذلك. وكنتيجة لهذه الشُّروط يتم إخضاع المتلقي لتبعية دائمة وحمية مما يترتب على ذلك في كثير من الأحيان خسارة مادية لهذه المشاريع خاصة في الدول النامية¹⁷³.

¹⁷¹ ماجد عمار، عقد الامتياز التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص98؛ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري،

الطبعة الثانية، الجزء الأول، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ب.ت.ن، ص234.

¹⁷² السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص419.

¹⁷³ نفس المرجع، ص422.

ثانياً- آثار الشروط المقيدة:

للشروط المقيدة آثار كثيرة على مشروع المتلقي كونها تلحق ضرراً بالغاً بحرية المنافسة من خلال الأهداف¹⁷⁴ التي يسعى المانح إلى تحقيقها من جراء تلك الشروط. غير أنه إذا كانت هذه الشروط تتفق من ناحية الأهداف، فإنها تختلف من ناحية النتائج التي تلحقها بالمتلقي من جهة، وبالذات المتلقية من جهة أخرى.

فعند قيام المانح في إطار عقد نقل التكنولوجيا بفرض مجموعة من الشروط المقيدة على المتلقي فإنه يرغب في تشديد السيطرة عليه وذلك بعدم تمكينه من الاستفادة من محل العقد بصفة كلية وإبقاء رقابته الكاملة عليه. وبالتالي يمكن القول أن آثار الشروط المقيدة لا تتوقف بالضرورة عند مشروع المتلقي باعتباره طرفاً مباشراً في العقد، بل تشمل أيضاً اقتصاد وتنمية البلد الذي ينتمي إليه هذا الأخير، إذ تمنعه من السيطرة الاقتصادية على محل العقد هذا من جهة، ومن تطويره من جهة أخرى¹⁷⁵.

إذ يمكن القول أن هذا النوع من الشروط بدل أن يساعد على تعديل هيكل التجارة الخارجية من خلال إسهام المشاريع التكنولوجية في ذلك، فإنه يؤدي إلى تكريس الضعف الاقتصادي وبالتالي زيادة تبعية هذه المشاريع للمانح، ولذلك تتجه أغلب التشريعات إلى منع هذه الشروط وحظر إدراجها في العقد وهو ما نادى به أغلب الاجتماعات والندوات التي عقدت بخصوص عقود نقل التكنولوجيا ومن بينها "المنتدى القانوني للفرانشيز"¹⁷⁶ (Franchising legal symposium) المنعقد في ولاية أيداهو (Idaho) الأمريكية بتاريخ 2000/04/21، حيث يعتبر أول منتدى قانوني تناول الشروط المقيدة الضارة بمصلحة المتلقي¹⁷⁷.

¹⁷⁴ لمعرفة الأهداف التي يتوخاها المانح من فرض الشروط المقيدة، أنظر: بن عزة أمال، الشروط المقيدة في عقد الفرانشيز، مجلة الاتحاد، العدد الرابع، السنة الخامسة، منشورات دار المحامي، سيدي بلعباس، ديسمبر 2014، ص106 وما بعدها.

¹⁷⁵ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص263.

¹⁷⁶ والذي يعتبر أحد أنواع عقود نقل التكنولوجيا.

¹⁷⁷ جاء هذا المنتدى على خلاف بقية الاجتماعات والمنتديات التي كانت تتناول الجوانب الاقتصادية والفنية فقط، حيث نتج عن هذا المنتدى وثيقة تتضمن مجموعة من الشروط ينبغي على المتلقي تجنبها حفاظاً على مصلحته، حيث وضعها الأستاذ "Joseph.A" في قائمة تحتوي على عشرة شروط، يمكن العودة إليها من خلال الموقع:

Joseph A. Thomson, dangerous contract terms from a franchisee's perspective, <http://www.a-franchise.com>

كما قررت المحكمة الأوروبية بموجب قرار برونوبتيا (Pronuptia) الصادر بتاريخ 1986/01/28¹⁷⁸ والذي أسس نقطة البداية للقانون الأوربي للمنافسة في مجال الفرانشيز أن بعض الالتزامات الموجودة في عقود الفرانشيز لا تقع تحت طائلة المنع المذكور في المادة 81 (المادة 85 سابقاً) من قانون روما¹⁷⁹، فهي في بعض الأحيان ضرورية لصحة هذا العقد، ومنها¹⁸⁰:

1- إذا تضمن عقد الفرانشيز:

- التزاماً بتدريب المتلقي وعماله على عمليات الفرانشيز.
- الترخيص للمتلقي بعلامة تجارية مشهورة.

2- فرانشيز التوزيع.

كما اعتبر المشرع الفرنسي من جهته أن الرقابة على الشروط المقيدة مستبعدة من قبله خشيةً من تحكم القضاء في مثل هذه العقود، وبالتالي أصبح القضاء لا يملك إلا الحكم ببطلان هذه الشروط والتي تكون مخالفة لنصوص القانون¹⁸¹.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أجاز إبطال أي شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد الاستعمال أو التطوير أو الإنتاج، وهو ما جاء في المادة (75) من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، والبطلان هنا نسبي يجعل المتلقي يقف موقفاً وسطاً فإذا أضرَّ الشرط بمصالحه أمكنه استخدام حقه في البطلان، أما إذا كان محققاً لمصالحه فإنه يجيزه¹⁸²، وبالتالي يستمر العقد.

وفي الأخير يمكننا القول، أن معظم القوانين التي تناولت الشروط المقيدة تعتبرها باطلة حماية للتوازن العقدي بين الطرفين. فالشروط المقيدة المفروضة في عقود نقل التكنولوجيا سيكون لها أثر سلبي على التجارة الدولية المبنية على فكرة التبادل، فهذا العقد القائم أساساً على الثقة بين الطرفين

¹⁷⁸ Arrêt de la Cour du 28 janvier 1986. - Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. - Demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof - Allemagne. - Concurrence - Contrats de franchise. - Affaire 161/84.

¹⁷⁹ جميع العقود ذات الصفة الدولية تخضع لاتفاقية روما الصادرة بتاريخ 1980/06/19 والمعدلة باتفاقية "Funchal" بتاريخ 1992/05/18 وتخضع لها الدول المنضمة مثل اسبانيا- البرتغال- ايطاليا- وفرنسا وغيرها؛ أنظر: Barthélémy MERCADAL, Op. Cit., p573. نصت الفقرة الأولى من المادة 85 من اتفاقية روما والتي أصبحت بعد التعديل الذي تم في مستريخت عام 1997 المادة 81 حيث جاء فيها: "تعتبر الأمور التالية متناقضة مع السوق المشتركة ويحظر بموجب هذه المعاهدة إبرام أي اتفاق بين الشركات أو اتخاذ أي قرار باندماجها أو أي ممارسات متضاربة يحتمل أن تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء ويكون غرضها أو نتائجها منع أو تقييد المنافسة داخل السوق المشتركة أو الإخلال بها...". هذا وقد جعلت الفقرة الثانية من المادة السابقة البطلان العقوبة الواجب تطبيقها على كافة العقود التي تدخل في نطاق الفقرة الأولى حيث قررت أن: "أي اتفاقات أو قرارات محظورة عملاً بهذه المادة تعتبر باطلة"؛ أنظر أيضاً: ياسر سامي قرني، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، القاهرة، 2005، ص25 وما بعدها.

¹⁸⁰ Fabio BORTOLLOTTI, Franchise et droit de la concurrence, Le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p37.

¹⁸¹ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص40.

¹⁸² السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص437؛ الشروط المقيدة بعقد نقل التكنولوجيا، www.aladalacenter.com

والتجانس في عملية تسيير المشاريع، يجب أن يكون قائماً على التعامل بحسن نية بين طرفيه هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب على المانع عدم التّماهي في وضع هذه القيود حتى لا يجعل المتلقي في تبعية دائمة تبعث على إعادة تكييف عقد نقل التكنولوجيا إلى عقد عمل.

البند الثاني: العقد النموذجي

في ظلّ التطور الذي تعرفه عقود نقل التكنولوجيا والسرعة في إتمام المعاملات التجارية فمن الطبيعي أن يتمّ توقيع هذه العقود بصورة تلقائية ودون التدقيق في شروط التعاقد، مما أصاب مبدأ الرضاية وبصورة غير مباشرة بشيء من الخلل أعلن عن ظهور صور جديدة من العقود -العقد النموذجي- لم يألفها الفقه القانوني¹⁸³.

إذ أن أهم ما يميز العقود النموذجية عن غيرها أنها تعدّ مسبقاً وتحدد شروطها سلفاً¹⁸⁴ وفق نمط معين وبصورة تتمكن فيها من مواجهة الظروف الموحدة للتعاقد وتتلّام والسرعة التي تتميز بها المعاملات في الوقت الحاضر وذلك بهدف توفير الوقت وتقليل النفقات¹⁸⁵، فقد تكون عقداً خاصاً أعدّ مسبقاً لحالة بعينها، وقد تكون من العقود العامة التي تضعها جماعات مهنية وهيئات دولية أو جمعيات¹⁸⁶، فكيف يتمّ صياغتها؟.

أولاً- العقد النموذجي الخاص:

ويسمى أيضاً بالعقد النموذجي الفردي نظراً لافراد شخص بذاته بتحرير مضمونه ووضع شروطه، فهذا النوع هو ضرورة فرضتها الحياة التجارية والاقتصادية، إذ لا يمكن المناداة بالتخلي عنه لأنّ له أثر بالغ في الوقوف على مدى الجدوى الاقتصادية للمشروع موضوع المعاملة، كما أنّه يمثل عنصراً فعالاً في السيطرة على الآثار القانونية والاقتصادية للعقد، إضافةً إلى ما يؤدي إليه من سرعة وسلامة في المعاملات¹⁸⁷.

غير أنّ الواقع العملي أثبت أنّ الشروط التي تتضمنها هذه العقود أصبحت تتسم بعدم العدالة نظراً لعدم التّكافؤ في العلم والمعرفة بين المانع والمتلقي، فأحدهما محترف ذو خبرة فنية عالية يفرض شروطه وفق مصالحه ويشكل بنود العقد بحسب أهدافه ومصالحه، مقابل طرف ضعيف يسعى إلى

¹⁸³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص316.

¹⁸⁴ « Le contrat trop détaillés risquent d'enfermer les deux partenaires dans un carcan qui peut se révéler gênant s'ils ne sont pas ensuite capables de faire preuve de souplesse » ; v : Gérard DELTEIL, Choisir sa formule en franchise, éditions rebondir, 1997, p73.

¹⁸⁵ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص325.

¹⁸⁶ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص101.

¹⁸⁷ نفس المرجع، ص102-103.

إبرام هذا العقد للاستفادة من خبرات نظيره، الأمر الذي أسهم في عدم التوازن بين التزامات الطرفين ونال من اعتبارات العدالة التي يجب أن تتسم بها العلاقات العقدية في إطار مبدأ سلطان الإرادة وذلك للأسباب التالية:

- يتولى إعداد هذه العقود مجموعة من الخبراء في مجال نقل التكنولوجيا والذين يقومون بتضمينها عدداً من الشروط التي تحقق للمناح أقصى انتفاع ممكن، كما تعمل على التخفيض من قدر المسؤوليات الملقاة على عاتقه مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة في المراكز بين المتعاقدين.

- غياب الرقابة الإدارية والقانونية لدى إعداد هذه النماذج، إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تعدّ من أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة طالما كان هناك محل معين وسبب مشروع¹⁸⁸. كما تجدر الإشارة إلى أنّ التدخّل التشريعي لتنظيم العقود بشكل معين إنّما يمثل نوعاً من أنواع تقييد الحرية التعاقدية¹⁸⁹، وينال من اعتبار أنّ الإرادة هي القوة الملزمة للعقد وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أنّ ذلك لم يمنع المشرع الكويتي على سبيل المثال من أن يعتمد إلى ضبط أبعاد هذه المسألة بموجب المادة 51 ق.م لدى تنظيمه للعقد النموذجي، فقد ورد بالمذكورة الإيضاحية لهذا القانون والمعدّلة بالقانون رقم 15 لسنة 1996، أنّه يفترض علم كل من المتعاقدين بأحكام هذه العقود، إلاّ أنّه أجاز لكل منهما أن يثبت عدم علمه بها كلها أو بعضها، فإن أفلح في إقامة الدليل فإنّه لا يسري عليه ما لم يعلم به من أحكام العقد النموذجي. على أنّ المشرّع حرص على ألا يقرر البطلان إلاّ إذا كانت الأحكام التي لم يحصل العلم بها أساسية، فإن كانت ثانوية فلا يبطل العقد ويتولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقاً لمقتضيات العدالة والعرف¹⁹⁰.

ثانياً- العقد النموذجي العام:

وهي العقود النموذجية التي تعدّها الهيئات الدولية والجمعيات المهنية، فهي وسيلة لتدوين القواعد عبر الدولية، إذ تمثل نموذجاً لمشروع عقد¹⁹¹، فهي خير وسيلة للتوحيد والتوفيق بين المصالح المتضاربة هذا من جهة، وأداة للتّماشي مع سرعة الحياة التجاريّة من جهة أخرى. ومن أهمها ذلك العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية (CCI)، حيث كلفت مع نهاية سنة 1993 مجموعة من

¹⁸⁸ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص324؛ أنظر أيضاً ما يمكن أن تتضمنه هذه العقود من التزامات في:

Daniel MAINGUY, Contrats spéciaux, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2010, p410.

¹⁸⁹ « Il est rare que le franchisé puisse véritablement négocier son contrat, et encore moins participer à son élaboration, tout simplement parce que les règles de fonctionnement de la chaîne qu'il rejoint ont été élaborées avant son arrivée » ; v : Gérard DELTEIL, Op. Cit., p74.

¹⁹⁰ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص325 وما بعدها.

¹⁹¹ طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص50.

الأشخاص - خبراء في هذا المجال - بصياغة عقد نموذجي للفرانشيز كباقي العقود الأخرى (عقد الوكالة، عقد التوزيع...)، وهو عبارة عن وثيقة تتكون من 27 صفحة مع الملحقات، مقسمة إلى 13 قسماً و 33 مادة¹⁹².

ومن مميزات هذا العقد أنّ الجهة التي نظمتها هي هيئة مستقلة ذات خبرة عالية، هدفها الأساسي هو تعزيز التعامل في مجال التجارة الدولية وجعله أكثر استقراراً وفق قواعد معروفة للأطراف. ولذلك فإنّ وضع شكل نموذجي لعقد نقل التكنولوجيا يعتبر - عند الاتفاق على استعماله - قانوناً استقر أطراف العقد على اختيار شروطه لتنظيم تعاملاتهم.

فهذا العقد النموذجي جاء ليراعي حقيقة نشاط نقل المعرفة الفنية في الحياة العملية¹⁹³، محاولاً البحث عن حلول للمشاكل التي تصادف كلا الطرفين، مع مراعاة مطابقة هذه الحلول لاحتياجات التجارة الدولية، إذ يعتبر بدايةً كأنه عقد تعاون، بحيث تصبح هذه الوثيقة بمثابة دليل للأطراف يتمّ الاسترشاد به، فتوجب على المتعاقدين التعامل على أساس أنّ لديهم مصلحة مشتركة بصفة عامة، ولذلك قام محرروا العقد النموذجي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بوضع الأساسيات التالية¹⁹⁴:

- العقد النموذجي هو عقد متوازن يتضمن فوائده قانونية للمانح والمتلقي.
- العقد النموذجي مخصص للتجارة الدولية دون أي تحديد جغرافي.
- العقد النموذجي يأخذ بعين الاعتبار مختلف النصوص التي جاء بها تقنين السلوك الأوروبي، إذ يوجد فيه مجموعة من المبادئ ذات أهمية كبيرة يمكن استخدامها في صياغة دليل لغرفة التجارة الدولية، هذه الأخيرة التي تحتفظ بخصوصيتها في هذا المجال.
- العقد النموذجي يسلط الضوء على أساسيات عقد نقل التكنولوجيا وبالتحديد المسألة المتعلقة بالتوزيع.
- يوضح العقد النموذجي أهمية الشبكة التكنولوجية.
- العقد النموذجي يمثل اتفاقية وحيدة وخاصة.
- العقد النموذجي يمنح المتلقي حقوقاً حصريّة.

¹⁹² Claude VERBRAEKEN, Contrat modèle de franchise internationale de la CCI: les obligations du franchisé, le contrat de franchise, séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p143.

¹⁹³ Daniel MAINGUY, Op. Cit., p416.

¹⁹⁴ Didier MATRAY, Introduction générale, Le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p13.

لمعرفة المزيد حول ما جاء به العقد النموذجي أنظر: بن عزة أمال، المرجع السابق، ص127 وما بعدها.

وأخيراً يمكن القول أنّ العقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية يعطي حلاً مسبقاً للصعوبات التي يمكن أن تحدث خلال مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بخلاف العقود الأخرى التي تعطي إحالة للقضاة بحيث يمكن لهم الرجوع إليها للاستئناس بها¹⁹⁵. فهو نظام يعطي سلطة غير قابلة للنزاع، ويمنح فرصة لوضع خصائص عقد من عقود نقل التكنولوجيا -الفرانشيز- وتأمين الحلول المتوازنة، ولذلك يتساءل الأستاذ (Didier MATRAY) فيما إذا ظلّ هناك محل لتدخل المشرع مع وجود العقد النموذجي لغرفة التجارة الدولية¹⁹⁶.

ونخلص من هذا كله أنّ استئثار المانع بفرض شروطه المقيدة وصياغة عقود نموذجية لنقل التكنولوجيا ينتج عنه آثار تعسفية على مهنية المتلقي، تحد من قدراته واستقلاليته في مباشرة النشاط المقبل عليه. ولكن وفي المقابل نجد التشريعات المقارنة قد تصدت لهذا النوع من الشروط والتي اعتبرتها باطلة. أما من جهة العقود النموذجية فإنّ المانع يجد نفسه في مواجهة العقد النموذجي لغرفة التجارة الدولية إذا كان بصدد إبرام عقد فرانشيز، والذي عالج كافة الجوانب التي تمس بهذا العقد. وإلى غاية إصدار غرفة التجارة الدولية لعقد نموذجي خاص بعقود نقل التكنولوجيا ككل، ومعالجة المشرع الجزائري لهذا النوع من العقود الذي اكتسح عالم التجارة يبقى المتلقي تحت رحمة المانع.

المبحث الثاني: حدود استغلال المتلقي للحزمة التكنولوجية

إنّ تقرير مهنية المتلقي يخضع للمعايير التي حددها المانع، نظراً لقدرته على استيعاب عوامل مباشرته للنشاط وكفاءته في ذلك، وبالتالي يتوجب عليه تنفيذ تعليمات المانع والتي تكون مرتبطة بإدراكه للمعرفة الفنية محل العقد. وهنا يكشف استقلال الأطراف عن وجهه الحقيقي الذي يبدو جلياً في هيمنة مشروع المانع وإسهامه في تخلف المتلقي عن مواكبة المستوى الفني للشبكة التكنولوجية. وعلى ذلك يطرح عقد نقل التكنولوجيا التساؤل حول حرية المتلقي في استغلاله لمحل العقد، فتبرز بذلك الآليات المباشرة (المطلب الأول)، وغير المباشرة (المطلب الثاني) التي يكرسها المانع لفرض رقابته على المتلقي، والتي تفقد الصيغة العقدية أثرها في تأمين حماية فعالة لهذا الأخير¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Didier MATRAY, Op. Cit., p15.

¹⁹⁶ Ibid, p14.

¹⁹⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 49-50.

المطلب الأول: الآليات المباشرة لخضوع المتلقي للرقابة

تظهر هذه الآليات من خلال قدرة المانح على تقرير مهنية المتلقي وإسهامه في الحدّ من حريته، والتي تعدّ قيداً اتفاقياً تملّيه طبيعة العقد، فتغلّ يد المتلقي عن اللجوء لغير المانح في التزود بالمقومات المادية للتكنولوجيا وذلك في ما يعرف بالحصريّة (الفرع الأول)، ومن ناحية أخرى يفرض المانح رقابة على أسعار إعادة البيع (الفرع الثاني) والتي تحول القوانين دون تطبيقها.

الفرع الأول: خضوع المتلقي لمنطق الحصريّة

يقصد بالحصريّة أو ما يعرف بشروط القصر¹⁹⁸ في نطاق عقود نقل التكنولوجيا تلك الشروط التي يفرضها المانح على المتلقي دون غيره، ومؤداها أن يتقيد المتلقي بالحدود المادية لاستخدام التكنولوجيا المنقولة إليه (البند الأول)، أو بالتصرف في الانتاج الذي يحصل عليه من خلال هذا الاستخدام وذلك في حدود اقليمية معينة (البند الثاني)، على أن يكون هذا الشرط مشروعاً قانوناً (البند الثالث)، وفي هذا النطاق نطرح التساؤل التالي: هل خضوع المتلقي للحصريّة يعبر عن استقلالية في العمل؟.

البند الأول: الحصريّة المادية

تعتبر الحصريّة بالنسبة للمانح شرطاً جوهرياً في عقد نقل التكنولوجيا يتحدد بالنظر لمضمونها المتميز في العقد، والذي يبرز كأثر للمحل المتميز له¹⁹⁹. فلا يكاد يخلو عقد من عقود نقل التكنولوجيا من الشروط الحصريّة، غير أنّ ما يعنينا هنا هي تلك الشروط التي تحصر قدرة المتلقي واستغلاله للمقومات المادية لمزاولة نشاطه.

¹⁹⁸ ورد ذكر شرط القصر كترجمة لمصطلح Clause Exclusive واستعملها عدة مؤلفين؛ أنظر: علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 207؛

ماجد عمار، المرجع السابق، ص 14.

¹⁹⁹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 53؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 234.

أولاً- حصرية التزود بالمقومات المادية:

تحدد حرية المتلقي في التزود بالمقومات المادية بالنظر إلى بنود العقد، فهذه الحصرية أو ما يعرف بشرط الشراء الاجباري²⁰⁰ "Clauses d'achat Lie" يلتزم بموجبها المتلقي بشراء عناصر الانتاج مثل المواد الأولية والمنتجات الوسيطة والآلات أو حتى تكنولوجيا إضافية من المانح نفسه أو من مصدر يقترحه هذا الأخير، وذلك كشرط أساسي لإتمام عملية نقل التكنولوجيا²⁰¹. وبالتالي فإنّ مثل هذا الشرط ينشأ التزاماً إضافياً على المتلقي، بمقتضاه يلتزم بالحصول على مواد وخدمات لا يرغب في الحصول عليها إما لعدم فائدتها أو لإمكانية الحصول عليها من مصدر آخر وبتكلفة أقل. إذ يتميز هذا الشرط بما يسمى بالرقابة الشاملة والتي يتحتم على المتلقي الخضوع لها رغماً عن إرادته، حيث تنتقل فيها إدارة وتسيير المشروع للمانح وذلك طوال مدة سريان العقد. ويبقى الإشكال المطروح يتعلق بما مدى اشتراط حصرية التزود بهذه المقومات؟، وللإجابة على هذه الاشكالية ندرج صورتين أساسيتين هما:

أ- الشرط الذي يلزم المتلقي بالتعاقد على تكنولوجيا إضافية أو مكملة لا يكون في حاجة إليها، كشرط الحصول على التكنولوجيا المرغوب فيها، فيجبر المانح بذلك المتلقي على شراء تكنولوجيا أخرى من أجل الحصول على التكنولوجيا المراد استغلالها، وهذا راجع للمركز التفاوضي القوي الذي يتمتع به المانح²⁰² فيستغله لتحقيق أرباح إضافية.

ب- الشرط الذي يهدف إلى تحديد مصادر التزود بعناصر الانتاج من مواد وسلع وخدمات وغيرها، وفي هذه الحالة يفرض المانح التزاماً على المتلقي مفاده عدم التزود بمختلف عناصر الانتاج التي يحتاجها في مشروعه إلا منه أو من مصدر يعينه²⁰³.

وحصرية التزود بهذه العوامل سواء كانت بضائع أو آلات أو غيرها من الأشياء المهمة لقيام العقد لا تفترض، وإنما يجب النص عليها صراحةً في الاتفاق المبرم بينهما، والذي بموجبه تكتسب المشروعية استجابةً للتطور المرحلي في الاقتصاد الدولي²⁰⁴. غير أنه قد يوجد هذا الشرط ضمناً وذلك

²⁰⁰ أو ما يعرف أيضاً بشرط التعامل القصري؛ أنظر: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص170.

²⁰¹ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص226.

²⁰² وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص270.

²⁰³ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص227.

²⁰⁴ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص54.

في إطار العلاقات التي تنشأ بين الشركة الأم وشركاتها الوليدة داخل مجال الشركات متعددة الجنسيات²⁰⁵. ويؤدي هذا الشرط في الغالب لزيادة التكاليف الاقتصادية للمتلقي، ناهيك عن إقصاء استخدام الخبرات الفنية المحلية والإنتاج المحلي، والتي كان من الممكن توفيرها دون اللجوء للاستيراد.

أما على الصعيد المتوسط والبعيد فإنّ هذا الشرط يزيد من تبعية المتلقي في مواجهة المانح، إلى درجة يصبح فيها هذا الأخير يقوم بدور الرقابة المباشرة في استغلال المتلقي للحزمة التكنولوجية²⁰⁶.

هذا وتختلف المقومات المادية التي تدخل في عقد نقل التكنولوجيا بحسب نوع النشاط محل التعاقد، فمدخلات الإنتاج في عقد الفرانشيز الإنتاجي تكون منتجات غير كاملة الصنع، ونفس الأمر بالنسبة لعقد المفتاح في اليد. بينما تكون مدخلات الإنتاج في عقد الترخيص للتوزيع بضائع كاملة بحيث لا يقوم المتلقي بأي نشاط مادي يغير من طبيعة هذه البضائع، إذ يقتصر دوره في استغلال تقنيات المانح المتعلقة بالتسويق دون الإنتاج²⁰⁷.

ومن خلال تنظيم المجتمع الاقتصادي الأوروبي²⁰⁸ المؤرخ في 1999/12/22 والذي يتضمن مجموعة من القيود العمودية، فحصرية التزود بالمقومات المادية تتحقق عندما يجبر المتلقي على الشراء من المانح أو من شخص يعينه أكثر من 80 % من مجموع مشترياته²⁰⁹.

إذ يرتبط هذا الشرط عادة بالضمانات التي يقدمها المانح، حيث ينص في العقد على توقف سريان هذه الضمانات إذا خالف المتلقي الشرط، كأن يقوم مثلاً باستخدام آلات أو مواد لم يتم شراؤها من المانح أو لم يحصل على موافقة هذا الأخير²¹⁰.

²⁰⁵ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص220.

²⁰⁶ نفس المرجع، ص228.

²⁰⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص55.

²⁰⁸ La Communauté économique européenne.

²⁰⁹ مقدم توفيق، علاج الممارسات المقيدة للمنافسة (التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في مجال الاتصالات)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص154.

²¹⁰ M. REBBAH, Technologie et développement dans un pays du Tiers-monde, L'exemple de l'Algérie, Thèse de doctorat, Université de Dijon, 1981, p334.

يمكن القول أنّ شرط التزود بالمقومات المادية مرتبط إلى حد كبير بالواقع السائد لسلوك المانح على الصعيد الدولي، والذي يعمل على الحد من نفاذ المتلقي والمشروعات الأخرى إلى الأسواق وتقييد حرية المنافسة، وبالتالي ترتيب آثار تضر بحركة التجارة الدولية. ومن هنا تنشأ الاختلالات الاقتصادية والتي تميز وضعية المانح عن المتلقي²¹¹، وتكتسي بذلك طابعاً خاصاً على مستوى العلاقات التكنولوجية الدولية.

فالمناح ومن وراء فرضه للشروط الحصرية التي تشكل ضرراً بالغاً على المنافسة، يهدف إلى تحقيق استراتيجية إنتاجية وتجارية وتكنولوجية، إذ أنّ تقييد المنافسة بالنسبة له لا يعتبر غاية في حد ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق أهدافه. فزيادة حجم وأهمية شركته على المستوى الدولي يسهم في نجاحها وإقصاء جميع منافسيها والسيطرة على أحد الأسواق دون التعرض لأية منافسة، مما يترتب على ذلك بروز ظاهرة التركيز الاقتصادي، فيقوم المانح باستغلال مركزه الاحتكاري في السوق من خلال اتخاذ مواقف تختلف عن تلك التي كان سيتخذها في حالة وجود منافسة له²¹².

أما إذا لم يتضمن عقد نقل التكنولوجيا شرطاً يفيد بضرورة التزود بالبضائع من قبل الجهة التي يعينها المانح، فإنّ المتلقي في هذه الحالة يتمتع بحرية اختيار الجهة التي تمده بهذه البضائع على أن يلتزم بالمستوى العام للجودة داخل الشبكة التكنولوجية، ودون أن يترتب على ذلك ضرر بالسمعة التجارية للمانح. ولا يعني ذلك تحرر المتلقي من حصرية التزود بالمقومات المادية أنه متحرر من كل رقابة، وإنما يبقى للمانح سلطة تقرير مطابقة البضائع لمعايير الجودة، بل ويتعدى ذلك بحيث يكون له حق الاعتراض على كل بضاعة يمكن أن يترتب عليها ضرر لعلامته التجارية²¹³. وهذه السلطة الواسعة المقررة للمانح تقلص من حرية المتلقي في اختيار مصدر التزود بالبضائع، فيبقى كل قرار باختيار مصدر البضائع رهناً بقبول أو اعتراض المانح.

إذ يعمل المانح في الغالب على منع انتشار التكنولوجيا المملوكة له خارج مجاله الداخلي حيث يعمد لممارسة رقابة صارمة على المتلقي نتيجة لاعتبار التكنولوجيا المنقولة مهمة على الصعيد

²¹¹ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 219.

²¹² نفس المرجع، ص 218.

²¹³ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 55.

السياسي والاقتصادي والتجاري. وبالتالي فالمانح يرغب في دمج المتلقي في استراتيجيته خصوصاً عندما يكون هذا المشروع عبارة عن كيان قانوني واقتصادي مستقل²¹⁴.

وعليه فإنّ تحديد المانح للجهة التي يتزود منها المتلقي بمقوماته المادية من بضائع وتجهيزات ومعدات وآلات... إلخ، يضع حاجزاً بين المتلقي وحرية الاختيار، وبالتالي يخضع لرقابة مباشرة تفرضها طبيعة محل العقد على الرغم من أنّ هذه المقومات ليست عنصراً جوهرياً في العقد.

وبتفحص عقود نقل التكنولوجيا نجد أنّ شروط حصرية التزود بالمقومات المادية تبدو كعناصر إضافية في العقد، والتي من شأنها أن تؤدي للرقابة المباشرة على المتلقي وإلى ارتفاع تكاليف التكنولوجيا المنقولة، ناهيك عن عرقلة المتلقي لتطوير قدراته التكنولوجية الذاتية، وعن السير قدماً نحو تحقيق أهدافه التجارية والاقتصادية.

وفي هذا الشأن يبدو أنّ العقد المبرم بين الشركة الجزائرية Sonelec والشركة الأجنبية Standard Electrica يتضمن إشارة صريحة إلى أنه في حالة القيام بتصدير المحركات فإنّ المانح يحتفظ بإمكانية إلغاء حق الاستغلال الممنوح للمتلقي وذلك في حال عدم مطابقة مواصفات المنتج لمعايير الجودة المحددة من قبل المانح²¹⁵.

وعلى ذلك يظلّ المتلقي دائماً خاضعاً لإرادة المانح في تحديد الجهة المزودة بالبضائع أو وسائل الإنتاج، أو مستجيباً لرفض الجهة المعترض عليها. وبين هذا وذاك يمكن القول أنّ شرط الحصرية هو من الشروط التعاقدية التي تقتضي ضرورة تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية.

ثانياً - مراحل إنجاز المشروع:

تمثل الحصرية المادية بالنسبة للمانح أداة فاعلة لتنظيم ما يصطلح عليه "بالتقسيم الدولي للعمل" كون آثارها لا تنصب فقط على التكنولوجيا المنقولة من خلال حصر التزود بالعناصر المادية، بل تمتد لتشمل المحيط الذي سيقوم فيه المتلقي باستخدام هذه التكنولوجيا واستغلالها لتحقيق أهدافه التجارية والاقتصادية. فيمكن القول وبشكل عام أنّ تدخل المانح في هذه المرحلة لا ينتج بشكل مباشر عن

²¹⁴ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 226.

²¹⁵ M. REBBAH, Op. Cit., p334.

ممارسة حقوق الملكية الصناعية، وإنما يرتبط بآليات نقل المعرفة الفنية المحمية بعقد نقل التكنولوجيا²¹⁶.

حيث تدفع حاجة المتلقي للحصول على التكنولوجيا للبحث الدائم عنها في الأسواق الدولية، والتي غالباً ما تكون متعلقة بطريقة الصنع أو بالمنتجات التي يجب صنعها. حيث يتولى المانح مسؤولية توريد التكنولوجيا المطلوبة بنفسه أو عن طريق أشخاص يوكل لهم هذه المهمة، على أن يلتزم وفقاً للشروط التعاقدية بأن يجعل من الطرق المنقولة متلائمة مع ظروف مشروع المتلقي المحلية²¹⁷.

إذ تهدف عقود نقل التكنولوجيا خاصة عقود إنجاز المجمعات الصناعية والتي يتم من خلالها نقل المعرفة الفنية، لمنح لمتلقي ترخيصاً بطريقة الصنع، والتي تمثل أداءً متميزاً يسهل تفرقة عن الأداءات الأخرى الناشئة من عقد نقل التكنولوجيا، على أن يحتفظ لنفسه بأمر إنجاز الدراسات الهندسية. غير أنه توجد مشاكل واجهت ذوي الخبرة العملية والمهتمين بمجال الملكية الصناعية، والتي تمثل أساساً في تطبيق طرق التصنيع خاصة ما تعلق منها بالمعارف الفنية التي لم تكن محلاً لحماية قانونية منظمة. وقد بدأ ذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، على اعتبار عدم جدوى السيطرة على معرفة طريقة صنع غير محمية قانوناً، طالما لم يعرف كيفية تطبيقها وطرق صنعها، فأسلوب الإنتاج يأتي مباشرة من المانح أو المقاول العام المنشئ للمجمع الصناعي، فغالبية عقود نقل التكنولوجيا تنص على أن استعمال المعرفة الفنية قد منح بصورة نهائية للمتلقي، غير أن عملية مراقبة استعمالها بعد المدة المحددة يثير عدة مشاكل تتعلق جلها بعدم تقبل المتلقي لتدخل المانح في مشروعه²¹⁸ وفرض رقابة مباشرة عليه.

وعلى إثر هذه الرقابة يقوم المانح بإجراء دراسات هندسية، يعهد بها إلى رجال أو شركات متخصصة في هذا المجال، والتي تنتوع بحسب رغبة المتلقي فيما إذا كان يريد بناء مجمع كيميائي، أو وحدة إنتاج للحديد مثلاً. غير أن هذه الدراسات يمكن أن تكون مجرد استشارات خاصة بالمشكلات المتعلقة بالتنظيم والتدريب؛ فهي مجرد أداءات ذهنية، أو تكون بمثابة أعمال هندسية تجارية وذلك مثل

²¹⁶ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 270-271.

²¹⁷ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 172.

²¹⁸ نفس المرجع، ص 176 و 183.

تقديم الخدمات، وتوريد طرق التصنيع، فهي مرحلة غير ذهنية تعتمد على الإعلان وطلب المعدات²¹⁹، ولذلك تمرّ بعدة مراحل نبرز أهمها:

- الدّراسة الأولية وتكون قبل إبرام العقد، حيث يكلف المانح الشركة بإجراء دراسات هندسية على اختلاف مجالاتها الاقتصادية واجتماعية ومالية، والتي تقيد في الوقوف على مدى نجاح المشروع من عدمه.

- الدّراسات التمهيديّة حيث تعالج المشاكل التي يطرحها المتلقي، إذ تتضمن دراسات للسوق، ومراحل الإنجاز، والتكلفة التقريبية للمشروع، وطرق التمويل، على أن يتمّ في الأخير وضع مشروع تمهيدي.

- دراسة تفصيلية والتي تقدم للمقاول لياشر عملية الإنشاء²²⁰ وذلك بعد الموافقة النهائية من قبل المانح على المشروع التمهيدي.

وبعد الانتهاء من الدّراسات الهندسية تأتي مرحلة التنفيذ والتي تتطلب عملية شراء للمعدات والآلات اللازمة لإقامة المشروع، على أن تكون عملية الإنجاز والتنفيذ مطابقة لمشروع المانح على المستوى الفني والمالي، حيث يتولى هذا الأخير عملية الإشراف والمراقبة في إدارة المشروع جملة وتفصيلاً حتى يصل به لمرحلة التشغيل الأولى²²¹، إذ يُكسب بذلك المتلقي القدرة على التّحكم والسيطرة على التكنولوجيا المنقولة إليه.

وخلاصة ما سبق أنّ الأعمال التي يقوم بها المانح ماهي إلا تجسيد للرقابة المباشرة على مشروع المتلقي، حتى يجعل منه أداة فعالة في مجال نقل التكنولوجيا.

البند الثاني: الحصرية الإقليمية

ومؤدى هذه الحصرية أن يلتزم المتلقي بعدم منافسة المانح داخل حيز مكاني معين، وقد يكون هذا المكان جزء من الدولة أو الدولة كلها أو عدة دول، وهذا الشرط الذي يمكن أن يكون صريحاً أو

²¹⁹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص184.

²²⁰ عودة محمد الأغا، أهمية الدراسة الأولية لتنفيذ المشاريع، 21 فيفري 2009،

elagha.net/files/pictures/20090221_10_5054.doc

²²¹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص187.

ضمنياً يحدد نطاق العقد²²²، إذ وفي هذه الحالة تقتصر فاعلية عقد نقل التكنولوجيا على منطقة جغرافية معينة، فيكون للمتلقي وحده الحق في التصرف في تلك المنطقة التي تستغل فيها المعرفة الفنية أو يتم تسويق الانتاج فيها دون منافس²²³، وتطلق المنظمة العالمية للملكية الفكرية²²⁴ على المكان الذي يشملته العقد بالإقليم الاستثنائي (Territoire exclusif)²²⁵، إذ يلعب هذا الأخير دوراً بالغ الأهمية في انتشار الشبكة²²⁶. وبوجود هذا الشرط داخل الشبكة يجد المانح نفسه حكماً بين المتلقين، فيحول دون تجاوز أحدهم لنطاقه الاقليمي على حساب الآخر²²⁷.

ويعتبر شرط الحصرية الاقليمية إحدى الوسائل لضمان توزيع جغرافي للسوق الدولي يتناسب مع الاستراتيجية التي وضعها المانح والمبنية على فكرة التخصص. غير أنّ هذا الشرط ما يلبث أن يؤثر على استقلال مشروع المتلقي في استخدام التكنولوجيا المنقولة سواء من الناحية الاقتصادية أو التجارية، إذ يقوم هذا الأخير وفي كل مرة يرغب فيها بتصدير إنتاجه لطلب إذن أو ترخيص من المانح، وقد يكون الجواب على طلبه بالرفض المطلق أو بترخيص تصدير إنتاجه إلى دولة دون أخرى، أو أن يقتصر الأمر فقط على الشبكة التجارية والتسويقية للمانح²²⁸.

إذ يشكل هذا الوضع وسيلة ملائمة بالنسبة للمانح تمكنه من استغلال مزايا الاحتكار القانوني الذي يمارسه على تكنولوجيا معينة، كما يشكل في الوقت نفسه أداة فعالة لاختراق مجالات اقتصادية جديدة والتي يتم تحديدها ضمن العقد²²⁹، وبالتالي فإنّ هذا الشرط يحدّ من القدرة التنافسية للمتلقي في الأسواق الداخلية والدولية.

وكمثال على ذلك ما تضمنه أحد عقود التعاون الصناعي المبرم سنة 1984 بين شركة مغربية MMA بوصفها متلقية للتكنولوجيا، وشركة فرنسية SE.B، حيث أوردت هذه الأخيرة في متن العقد

²²² السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص188.

²²³ أشرف رسمي أنيس عمر، الوكالة التجاري الحصرية في الفقه الاسلامي والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2012، ص75؛ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص224.

²²⁴ L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ou World Intellectual Property Organization (WIPO).

²²⁵ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص162.

²²⁶ Didier FERRIER, Droit de la distribution, Litec, 1995, p324.

²²⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص51.

²²⁸ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص274.

²²⁹ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص232.

بنداً مفاده عدم بيع الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار خارج المغرب سواء بشكل مباشر أو غير مباشر²³⁰.

ونظراً لارتباط الشروط بالسياسة الخارجية للمانح؛ فيمكن تشبيهها بشرط عدم المنافسة، فهي بذلك تشكل وسيلة فعالة لتنظيم التقسيم الدولي، وترتبط باستراتيجية زيادة ومضاعفة الأرباح والعائدات المالية المحققة من طرف هذا الأخير²³¹.

إذ تشير بعض الدراسات التي أجريت على عقود نقل التكنولوجيا أنّ من بين 451 عقداً في دول أمريكا اللاتينية الأعضاء في ميثاق الأندين²³²؛ هناك 307 عقداً اشتملت على شرط يمنع المتلقي صراحة من تصدير المنتجات المصنوعة باستخدام المعرفة الفنية المنقولة، أي ما نسبته 68% من مجموع العقود. في حين بلغت هذه النسبة في الأرجنتين وحدها 74%، أما في الهند فقد اشتمل 36 عقداً من بين 455 عقداً على شرط منع المتلقي من تصدير منتجاته منعاً كلياً، وأنّ 149 عقداً تضمنت شرط الإذن المسبق من المانح، وأنّ 197 عقداً حددت شروطاً تفيد بتقييد الدول التي يحق للمتلقي تصدير منتجاته إليها، وأنّ ما يقارب 42 عقداً من مجموع هذه العقود تمنع التصدير لدول معينة وهو نفس الوضع في كل من الفلبين والمكسيك²³³.

ومن الملاحظ أنّ هذه الشروط تختلف بحسب رغبة المانح إذ يمكن أن يكون المنع مطلقاً كما هو الحال في المادة الثانية من عقد ترخيص حصري مبرم سنة 1977 بين شركة مغربية وفرنسية، حيث جاء فيها: "يجب على المتلقي أن يقيد نشاطه الانتاجي داخل الاقليم المحدد في ذات المادة، ومن ثمّ يمتنع عليه أن يبيع خارج هذا الاقليم، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، عربات جديدة أو مسجلة أو مستعملة منذ أقل من ستة أشهر"²³⁴. وفي عقد آخر تنص أنّ أحد مواده على: "في حالة ما إذا اقترح المتلقي تصدير منتجاته إلى دول أخرى يتمتع داخلها بوضعية أفضل من وضعية المانح، فإنّ هذا

²³⁰ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 274.

²³¹ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 233.

²³² هي اتحاد جمركي يضم دولاً في أمريكا الجنوبية وهي إكوادور، كولومبيا، بوليفيا، التشيلي والبيرو تأسس سنة 1969، ثمّ انضمت فنزويلا

سنة 1973؛ أنظر: <http://www.comunidadindina.org>

²³³ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 275.

²³⁴ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 234.

الأخير سيقوم بدراسة هذا الاقتراح ويعطيه موافقته ويقدم المساعدة إلى المتلقي ما لم يرى أن ذلك يتعارض مع مصالحه أو مصالح متلقين آخرين²³⁵.

أما إذا كانت الحصرية الإقليمية جزئية، فيمكن أن يتعلق المنع ببعض المناطق فقط دون الأخرى، ومثاله العقد المبرم سنة 1984 بين شركة Simaf المغربية وشركة Loroy الفرنسية والذي يمنح بموجبه للمتلقي إمكانية تصدير إنتاجه من محركات كهربائية إلى دول إفريقيا وآسيا وأوروبا باستثناء الدول التي يكون للمانح فيها فروع إنتاجية تابعة له أو الدول التي سبق له أن منح فيها للغير تراخيص بالصنع أو البيع قبل إبرام هذا العقد²³⁶.

وبالتالي يعتبر شرط الحصرية الإقليمية وسيلة أخرى لمراقبة المتلقي من خلال تقييد تصدير إنتاجه حيث ينصب أثره في الغالب على تقييد حرية المتلقي في اختيار المجالات الاقتصادية التي يرغب في تصريف منتجاته إليها، محلياً أو إقليمياً أو دولياً. ويلجأ المانح إلى إبرام مثل هذا الشرط من أجل ضمان عدم اختراق المتلقي لأسواق جديدة، وإسهامه في تنظيم السوق التي يسمح للمتلقي بتصدير إنتاجه إليها، الأمر الذي يمنح المانح رقابة أكثر للعملية الانتاجية والتسويقية للمشروعات المتلقية طوال مدة سريان العقد²³⁷.

البند الثالث: مشروعية الحصرية

تعتبر الأدوات القانونية الموجهة لمحاربة الشرط الحصري - المادي والإقليمي - عنصراً فعالاً في عملية تقدير الطابع غير المشروع له خاصة في مجال نقل التكنولوجيا، إذ تستهدف التشريعات الشروط التي تعيق حرية التجارة والمنافسة على حدٍ سواء وتقوم بمحاربتها ومنع وجودها على الصعيد العملي لما لها من آثار سلبية، إذ تخضع هذه الشروط في الغالب لمنطق التفوق التجاري للمانح، طالما أنّ الشرط الحصري لا تبرره فقط المعايير الفنية المرتبطة بالتكنولوجيا ذاتها محل العقد، وإنما تشمل أيضاً محيطها التجاري والاقتصادي. إذ يمكن التأكيد على أنّ وجود شرط الحصرية في عقود نقل التكنولوجيا يعبر عن حالة من عدم التوازن في العلاقات التعاقدية، ويصبح هذا الشرط أكثر خطورة إذا

²³⁵ M.Rebbah, Op. Cit., p334.

²³⁶ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص235.

²³⁷ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص274.

تعلق الأمر بعقود تشتمل على عناصر تكنولوجية تكون محمية بواسطة حقوق الملكية الصناعية. هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ استخدام شرط الحصرية لا يقتصر فحسب على العلاقات التكنولوجية الدولية، وإنما يمتدّ نطاقها ليشمل جميع فروع التجارة الدولية. غير أنّها في إطار عقود نقل التكنولوجيا تكتسب أهمية خاصة، إذ بموجبه تتحدد المكانة التي يحتلها السوق الدولي للتكنولوجيا وطريقة تسييره وفقاً لمصالح أطراف العقد. ومن جهة أخرى؛ ليس من الضروري أن يرد شرط الحصرية صراحةً في اتفاق شكلي، لأنّه قد ينص أيضاً على هذه الشروط ضمناً وكمثال على ذلك الشرط الحصري الذي ينشأ في إطار العلاقة بين الشركة الأم والشركة الوليدة في نطاق الشركات متعددة الجنسية. ولذلك فإنّ الحدّ من عدم مشروعية شرط الحصرية يعتبر هاجساً مشتركاً لأطراف عقود التجارة الدولية، غير أنّه يظلّ لكل طرف مبرراته الخاصة في إدراج هذا الشرط ضمن عقود نقل التكنولوجيا، حيث تختلف مدى صحة هذه الشروط على طبيعة القانون الواجب التطبيق، وعلى المحيط الاقتصادي المرتبط بالعقد، ذلك أنّ حصر الأمر في نطاق الدولة التي ينتمي إليها المانح سيكون من أثره اعتبار الشرط صحيحاً ومشروعاً نظراً لعدم إلحاقه لأي ضرر بحرية المنافسة. وبخلاف ذلك فإذا حصر الشرط في نطاق دولة متلقي التكنولوجيا، يصبح من الضروري مواجهة هذا الشرط والحكم بعدم صحته ومشروعيته كونه يؤثر على الاحتياجات الخاصة لمشروع المتلقي من جهة، وأهداف التنمية للدولة متلقيّة التكنولوجيا من جهة أخرى²³⁸.

ونظراً لخطورة شروط الحصرية حاولت العديد من الدول التّدخل في مجال نقل التكنولوجيا وذلك بفرض سياسات تشريعية يتمّ إقرارها على مستوى كل دولة أو في إطار التجمعات الإقليمية وهذا من أجل مواجهتها. ففي بداية السبعينيات أخذت الدول تقيم نظام رقابة على اتفاقات نقل التكنولوجيا حيث صدرت العديد من التشريعات التي تبنت نظام التسجيل الإلزامي لهذه العقود في سجل وطني يعدّ لهذا الغرض، قصد فرض رقابة على محتواها، إذ كانت أساليب الرقابة تركز على دراسة شروط العقد للتأكد فيما إذا كانت تتضمن شرطاً يحدّ من استقلالية المتلقي التكنولوجية والاقتصادية²³⁹.

وعلى هذا الأساس قامت بعض الدول بتنظيم شروط الحصرية في إطار قانون المنافسة وقوانين خاصة بعقود نقل التكنولوجيا من خلال حظر إدراجها في العقود، مما يسهم في دعم القدرة التفاوضية

²³⁸ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 219-223.

²³⁹ نفس المرجع، ص 292.

للمشروعات وتحسين ظروف تلقي هذه التكنولوجيا لتفادي سيطرة المانح على هذه الأخيرة، فنجد الدول تسعى نحو وضع نصوص وأحكام قانونية آمرة لمواجهة هذه الشروط، فكانت دول أمريكا اللاتينية سباقة في هذا المجال إذ سعت لطرح الأشكال وإيجاد الحلول من خلال وضع نظم تشريعية وطنية أو اقليمية²⁴⁰. وكمثال على ذلك فقد قامت تشريعات كل من دولة المكسيك والبرازيل والأرجنتين بحظر إدراج هذه الشروط في العقد واعتبارها غير مشروعة كونها تقيّد حرية المتلقي ولا تستمد مشروعيتها من حقوق الملكية الصناعية²⁴¹.

هذا كما قامت الدول الأوروبية بحظر الحصرية في العقود، غير أنه سرعان ما تبدد هذا الحظر سواء كان في التشريع أو القضاء²⁴²، حيث اعتبرت بعض التشريعات هذه الشروط مشروعة لأنها تعتمد على جزء من حقوق الملكية الصناعية التي أسس عليها العقد، ومنها ألمانيا حيث جاء في المادة 21 من قانون مكافحة تقييد المنافسة الصادر في 27 جويلية 1957 مايلي: "يعتبر منح التراخيص الحصرية جزءاً من حقوق تحديد ميدان الاستخدام الذي تخوله التشريعات الخاصة بحقوق الملكية الصناعية"²⁴³.

فالحصرية بهذا الشكل تعتبر غير مشروعة بحسب الأصل، غير أنها في عقد نقل التكنولوجيا جاءت إستثناءً من القاعدة العامة، إذ أوجبت الولايات المتحدة الأمريكية مجموعة من الشروط حتى تعتبر أنّ الحصرية غير مشروعة وهي:

1. أن تتضمن عملية البيع منتجين منفصلين.
2. أن تكون الحصرية مرتبطة بعملية تتضمن ترخيصاً باستغلال العلامة التجارية.

²⁴⁰ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص292.

²⁴¹ صدر في المكسيك قانون نقل التكنولوجيا واستخدام البراءات والعلامات بتاريخ 30 ديسمبر 1972 وأصبح نافذاً في 29 جانفي 1973، وفي الأرجنتين صدر قانون نقل التكنولوجيا في 12 أوت 1977 وأصبح نافذاً في 25 من ذات الشهر، أما في البرازيل فقد صدر القانون رقم 15 بشأن القواعد والمبادئ الأساسية التي تحكم تسجيل العقود المتضمنة نقلاً للتكنولوجيا في 11 سبتمبر 1975 وأصبح نافذاً بعد خمسة أيام. بالإضافة إلى المكسيك والأرجنتين والبرازيل فقد قامت بعض الدول الأخرى بمحاربة شروط الحصرية ومنها كولومبيا وهندوراس والهند والفلبين وإسبانيا؛ أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص255. حيث تحظر التشريعات السابقة الذكر كل من شروط الحصرية المادية والإقليمية، وكمثال على ذلك تمنع المادة 7 من القانون المكسيكي والمادة 10 من القانون الأرجنتيني والمادة 2 من القانون البرازيلي إدراج شرط الشراء الاجباري في عقود نقل التكنولوجيا؛ ولید عودة الهمشري، المرجع السابق، ص295-296.

²⁴² Didier FERRIER, Op. Cit., p323.

²⁴³ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص255.

3. أن يتمتع المانح بقوة تنافسية في السوق.

4. أن تتأثر التجارة عبر الولايات المتحدة بالحصرية²⁴⁴.

أما في إطار الاتفاقيات والقرارات الدولية فقد شكلت أغلب شروط عقود نقل التكنولوجيا تحدياً أمام منظمة الأمم المتحدة، فنشأت عدة خلافات بشأنها حالت دون إتمام تقنين السلوك الدولي، وكانت أبرز تلك الخلافات ما ثار بين الدول الصناعية والدول النامية حول مضمون هذه الشروط ونطاقها وأثرها، حيث طالبت هذه الأخيرة بضرورة التوسع في عدد هذه الشروط وفي آثارها وذلك بتقرير البطلان المطلق عند وجودها، وهو ما رفضته الدول الصناعية التي سعت للحدّ من نطاق هذه الشروط وجعلها 14 شرطاً، على أن تبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في أمر ابطالها أو اجازتها²⁴⁵.

غير أن الأمر انتهى في الأخير بالاتفاق على ادراج عشرين شرطاً في مشروع تقنين السلوك الدولي، مع معارضة الدول الصناعية لسته شروط كانت قد اقترحت من قبل الدول النامية²⁴⁶، وكان من بين هذه الشروط شرط حصرية التوريد بالمقومات المادية أو ما يعرف بشرط الشراء الإجمالي، وكذلك الشرط الذي يحصر المتلقي في تصريف منتجاته أو ما يعرف بشرط الحصرية الإقليمية²⁴⁷.

أما في نطاق اتفاقية روما المبرمة بين دول السوق الأوروبية فقد نصت المادة 43 منها على أنه: "يجوز الترخيص لبراءة من البراءات إما بكاملها أو في جزء منها، وذلك في كافة الأقاليم التي يسري مفعولها عليها أو في جزء منها، ويجوز أيضاً أن يكون الترخيص حصرياً أو غير حصري"، وفي هذا الإطار فقد خالفت اللجنة الأوروبية هذه المادة واعتبرتها من الشروط المحظورة الواردة ضمن المادة 3/85 من اتفاقية روما²⁴⁸، حيث أوردت هذه الأخيرة ما يعرف بالقائمة السوداء والتي تضم مجموعة شروط تبطل في حدّ ذاتها ودون التّقدم بطلب لإبطالها كونها تعسفية ومجحفة في حق المتلقي والتي جاء من بينها شرط الحصرية الإقليمية وذلك إذا منع المانح المتلقي من القيام بالتصدير الموازي إلى

²⁴⁴ Larry HEFTER, Mid-Winter Meeting Antitrust Regulatory Aspects of Franchising including licensing of trademark in the U.S.A, The Common Market, and Japan, Aipla bulletin, p592.

²⁴⁵ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص288.

²⁴⁶ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1983، ص26.

²⁴⁷ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص290.

²⁴⁸ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص225.

إحدى الدول الأعضاء، كما تضم القائمة أيضاً شروطاً رمادية تدور بين الصحة والبطلان حسب ظروف كل عقد ومن بين تلك الشروط شرط حصرية التزود بالمقومات المادية²⁴⁹.

وعن مجموعة دول الأندين وفي القرار رقم 24 للجنة اتفاق قرطاجنة الصادر سنة 1969 والمتعلق بالنظام المشترك لمعاملة الرساميل الأجنبية والعلامات والبراءات والتراخيص والإتاوات فقد منعت صراحةً وبموجب المادة 20 منه إبرام العقود التي تتضمن شرط حصرية التزود بالمقومات المادية وشرط تقييد تصدير المنتجات المصنوعة بواسطة التكنولوجيا المنقولة²⁵⁰.

أما في الدول العربية فقد كانت مصر السبابة لمعالجة عقود نقل التكنولوجيا حيث تضمن قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 فصلاً خاصاً بهذا العقد وتمت معالجة أحكامه في المواد من 72 إلى 87، حيث اعتمد التشريع المصري معياراً عاماً للتعامل مع الشروط الحصرية في نطاق عقود نقل التكنولوجيا، من خلال المادة 75 من القانون المذكور أعلاه والتي أجازت إبطال العديد من الشروط التي يدرجها المانع ضمن العقد، إذ نصت على: "يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المتلقي في استخدامها أو تطويرها أو تعريف الانتاج أو الاعلان عنه، وينطبق ذلك بوجه الخصوص على الشروط التي يكون موضوعها إلزام المتلقي بأمر مما يلي: ...

د. تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.

ه. اشتراك المانع في إدارة منشأة المتلقي أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها.

و. شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المانع وحده أو من المنشأة التي يعينها دون غيرها...

وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية المنتج، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمانح التكنولوجيا".

ومن الملاحظ على هذه المادة أن المشرع المصري قد استهلها بعبارة "يجوز إبطال" وبالتالي أخضعها للبطلان النسبي، وهو بخلاف ما ورد في مشروع تقنين السلوك الدولي الصادر عن منظمة

²⁴⁹ وليد عودة الهشري، المرجع السابق، ص 292-293.

²⁵⁰ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 302.

الأمم المتحدة الذي أبطل العقد بطلاناً مطلقاً، كما قلص المشرع من عدد الشروط القابلة للإبطال والتي كانت عبارة عن عشرين شرطاً، وهو ما يبرز موقفه بعدم موافقته للدول النامية في كافة مطالبها التي تقدمت بها ضمن مشروع تقنين السلوك الدولي.

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط فنجده يقف في ذلك موقفاً محتشماً ويحذو حذو الدول الأوروبية ويحارب شروط الحصرية في العقود بصفة عامة وليس عقود نقل التكنولوجيا بصفة خاصة وفقاً لقانون المنافسة²⁵¹، إذ نجد المادة السادسة تحظر كل الاتفاقات الصريحة أو الضمنية التي تهدف إلى عرقلة مبدأ حرية المنافسة وتقييده وذلك عندما يتعلق الأمر بالسوق ذاته أو في جزء جوهري منه، حيث جاء نص المادة شاملاً لشرطي الحصرية الإقليمية وحصرية التزود بالمقومات المادية في الفقرة الأولى والثانية والثالثة من نفس المادة المذكورة أعلاه إذ نصت على: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لا سيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الانتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل...".

وفي ذات السياق تحظر المادة السابعة من قانون المنافسة السابق الذكر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد فرض حصرية إقليمية أو حصرية للتزود بالمقومات المادية أو كما ذكر المشرع اقتسام مصادر التمويل. حيث اعتبر المشرع أن أي عقد مهما كانت طبيعته أو موضوعه يسمح لمؤسسة ما بالاستئثار في ممارسة نشاط من الأنشطة المذكورة في مجال تطبيق هذا الأمر؛ تعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها وبالتالي يتم حظره، إذ تدخل جلّ هذه التصرفات في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة.

²⁵¹ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة (الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 20/07/2003)، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت سنة 2010 (الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18/08/2010).

وعليه؛ فإنّ الفعل غير المشروع الذي يقوم به المانح والمحظور وفقاً لقانون المنافسة الجزائري لا يتمثل في مجرد الاحتكار أو الهيمنة على سوق ما وإنما في سوء استغلالهما، إذ يحظر القانون التعسف في استعمالهما، ولعلّ الحكمة من هذا الحظر هو تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في الوضعية التفاوضية ومن بينها عقد نقل التكنولوجيا، الذي يشكل فيه المانح مؤسسة قوية من ناحية الإنتاج والتوزيع ضمن شبكة تجارية تكنولوجية تحتوي على متلقين متضررين من الشروط المفروضة عليهم وبالتالي يجب حمايتهم من مثل هذه الوضعيات²⁵².

وتجدر الإشارة أنّ حالات الحصرية الناتجة عن استعمال الهيمنة على السوق والمنصوص عليها في المادة 7 من قانون المنافسة، هي نفس الحالات المذكورة في المادة 6 من قانون المنافسة والمتعلقة بالاتفاقات المحظورة. وفي جميع الأحوال، ينبغي التأكيد على أنّ الوضعيتين الواردتين ضمن المادة 6 و7 يشكلان في مجموعهما ضرراً وخطراً على المتلقين ولهذا قام المشرع بحظر هذه الشروط. ومثاله أن تقوم شركة مختصة في مواد التجميل بالاتفاق مع شبكة من المتلقين، وتتفق معهم بصفة صريحة أو ضمنية على وضع شرط الحصرية الإقليمية في منطقة جغرافية معينة، وبذلك تتمكن هذه الشركة من مراقبة جزء كبير من السوق. وبالتالي فإنّ مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً وفقاً لقانون المنافسة، باعتبار أنه يحدّ من الدخول الشرعي إلى السوق ويمثل عقبة أمام المتلقين في الشبكة ذاتها²⁵³.

كما يلاحظ أنّ المشرع قد ظهر أكثر حسماً في المادة 10 من قانون المنافسة رقم 10-05 أين اعتبر شرط حصرية التزود بالمقومات المادية تعسفياً.

وبالتالي يبقى أن نشير إلى نقطة مهمة أنّ الحصرية بنوعها سواء الإقليمية أو المادية ليست عنصراً جوهرياً في العقد، إذ يمكن تصور قيامه بدونها، ومع ذلك يظلّ المتلقي دائماً خاضعاً لإرادة المانح من جهة، وخاضعاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من جهة أخرى²⁵⁴، وفي هذا الشأن يتساءل

²⁵² تيورسي محمد، المرجع السابق، ص217.

²⁵³ نفس المرجع، ص205.

²⁵⁴ مقدم توفيق، المرجع السابق، ص207-209.

الفقيه Didier FERRIER عن جدوى هذه الحصرية بالنسبة للمانح، حيث تتمثل مصلحته في تسويق منتجاته أو خدماته أو علامته، مما يحقق له أرباحاً متزايدة²⁵⁵.

وبناءً على ما سبق يجب على النظم التشريعية في الجزائر أن تتبنى مسألة نقل التكنولوجيا، لخدمة الفوائد والمنافع التي تتجم عن عملية النقل مع التركيز عند التعامل مع الشروط العقدية والاقتداء بما خلصت إليه التشريعات السابقة في هذا المجال، وذلك لمواجهة ما تعرضت له مختلف الدول من آثار سلبية انعكست عليها اقتصادياً وتجارياً.

نخلص من هذا كله أنّ هناك اهتمام دولي كبير بشأن شروط الحصرية المقامة في عقود نقل التكنولوجيا، والتي من شأنها عرقلة نقل المعرفة الفنية والحدّ من استقلالية المتلقي في ممارسة نشاطه، لذلك سعت كل الدول إلى محاربتها وذلك لما لها من آثار سلبية على مبدئي حرية التجارة والمنافسة.

وعلى ذلك، وحتى تعتبر الحصرية غير مشروعة ويحظر وجودها في العقود كان ولا بد أن ينجر عنها آثار سلبية ويترتب عنها ضرر²⁵⁶، هذا الأخير الذي يصعب تحديده خاصة إذا وجد تداول بين العلامة التجارية والمنتج بحيث يتعذر الفصل بينهما²⁵⁷.

الفرع الثاني: تحديد أسعار إعادة البيع

تتهض المنافسة على انفتاح السوق²⁵⁸ أمام العديد من المشاريع، بحيث لا يمكن لأي منهم أن يؤثر أو يتأثر بمفرده في السوق، إذ يلعب ميزان العرض والطلب دوراً جوهرياً في هذا المضمار²⁵⁹،

²⁵⁵ Didier FERRIER, Op. Cit., p339.

²⁵⁶ إنّ المنازعات التي يمكن أن تثور في هذا الشأن تتعلق أساساً في ما مدى التزام الغير بالشروط الحصرية المتضمنة في عقود نقل التكنولوجيا، حيث ذهب القضاء إلى أنّ مخالفة شرط الحصر من قبل الغير لا يعد خطأ موجباً للتعويض على اعتبار هذا الالتزام يصطدم بمبدأين جوهريين هما: أولاً- مبدأ اقتصادي، يتمثل في حرية ممارسة التجارة، داخل الدولة وهو أمر مكفول للجميع، ثانياً- مبدأ قانوني، يتمثل في مبدأ نسبية آثار العقد، ومقتضاه عدم التزام الغير بشرط عقدي لم يكن طرفاً فيه، هذا من جهة الغير. أما من ناحية المتلقي فيجوز القضاء له المطالبة بالتعويض تأسيساً على دعوى المنافسة غير المشروعة، إذا كانت مخالفة الحصرية مرفوقة بأعمال تدخل في مفهوم أعمال المنافسة غير المشروعة؛ أنظر: أشرف رسمي أنيس عمر، المرجع السابق، ص83-84.

²⁵⁷ Larry Hefter, Op. Cit., p592.

²⁵⁸ السوق هي ذلك الفضاء الذي تتواجه فيه العروض والطلبات المتعلقة بالسلع أو الخدمات القابلة للاستبدال، والتي يعتبرها المشترون أو المستعملون كبديلة فيما بينهم، دون أن تكون قابلة للاستبدال مع غيرها من السلع أو الخدمات المعروضة؛ أنظر: مقدم توفيق، المرجع السابق، ص7.

²⁵⁹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص4.

بحيث تساهم هذه الأخيرة في تحديد أسعار المنتج أو الخدمة وهكذا تتغير الأسعار صعوداً وهبوطاً إلى أن يتم التوازن بين ما تم عرضه من سلعة أو خدمة وما طلب منها وذلك عند سعر معين يرتضيه الجميع²⁶⁰.

وفي الواقع، فإن قيام المانح بتحديد الأسعار في مشروع المتلقي يؤدي للسيطرة على هذا الأخير وبسط نفوذه الاقتصادي على هذه السوق، فمناطق المقدرّة الاقتصادية التي يمتلكها المانح تؤكد وجود المشروع في حالة المركز المسيطر على السوق، وتمنحه القدرة على منع المنافسة وتحديد الأسعار والتوزيع²⁶¹.

إذ توجد استقلالية المانح والمتلقي في قلب قانون المنافسة، ولكن يعتبر السعر العامل الرئيسي لهذه الاستقلالية حيث يتجسد من خلال قدرة المتلقي في تحديد أسعار البيع بصفة مستقلة، فيقوم بتوقع الاستراتيجيات الممارسة من قبل منافسيه وتتبع سياسته الخاصة به دون وجود تواطؤ بينه وبين المانح، إذ يعتبر جزءاً مهماً ممارسة المنافسة من خلال الأسعار، وأي تقييد لهذه الأخيرة يؤدي بالضرورة للمساس بالمنافسة²⁶².

فإلى جانب الشروط السابقة الذكر²⁶³ والمتعلقة بالحصريّة المادية والإقليمية لمشروع المتلقي، تشكل عملية تحديد الأسعار أداة فعالة في تقييد استقلال مشروع المتلقي، حيث تعبّر عن تحكم المانح في نشاط هذا الأخير الذي يجد نفسه ورغماً عنه مدمجاً في الاستراتيجية التجارية العامة للمانح²⁶⁴.

البند الأول: مفهوم تحديد الأسعار

وفي هذا الإطار، يقصد بشرط تحديد الأسعار كل: "تواطؤ أو إجبار على تحديد سعر بيع سلعة أو أداء خدمة للمستهلك النهائي"²⁶⁵، أو هو "كل اتفاق يكون غرضه أو أثره رفع أو تحديد أو تقييد أو تثبيت أسعار المنتجات والخدمات"²⁶⁶.

²⁶⁰ تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 243.

²⁶¹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 6

²⁶² هو اتفاق أفقي منافي للمنافسة؛ أنظر: لاكمي نادية، شروط حظر الممارسات والأعمال المدبرة في قانون المنافسة (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري، الفرنسي والأوروبي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 83.

²⁶³ الفرع الأول، ص 60.

²⁶⁴ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 236.

وبالتالي فإنّ شرط تحديد السعر يقوم بدور مقيد لحرية المتلقي التجارية، إذ يتمّ تحديد سعر بيع المنتج المصنوع بواسطة التكنولوجيا المنقولة وذلك خدمةً لمصالح المانح، وتسمح هذه الشروط بتقليل أو إلغاء المنافسة التي قد تنشأ بسبب المنتجات المماثلة، نظراً للمزايا التنافسية التي قد يتمتع بها المتلقي كوفرة المواد الأولية مثلاً²⁶⁷.

ومن بين الوسائل التي يستخدمها المانح لتحديد الأسعار هي جعلها متماثلة، بأن يشترط على المتلقي مماثلة أسعاره مع باقي عناصر الشبكة تحت طائلة عدم إبرام العقد²⁶⁸، كما يمكن أن يتمّ تحديد الأسعار عن طريق تسقيفها بغرض تجنب انخفاضها، أو من خلال تبادل المعلومات حول الأسعار وذلك في السوق الواحدة مما يساهم في التشجيع المصطنع لارتفاعها أو انخفاضها²⁶⁹، ويأتي ذلك في إطار حرص المانح على تقييد حرية المتلقي في منافسته، وعدم تمكينه من التكنولوجيا المنقولة، بالإضافة إلى الأبعاد الاقتصادية أو السياسية خاصةً إذا كان المتلقي أحد رعايا الدول النامية أو مؤسساتها²⁷⁰، وبالتالي فإنّ مثل هذا الاتفاق يعتبر مساساً حقيقياً بحرية المتلقي في تحديد أسعاره²⁷¹، وبهذا يتمكن المانح من تقسيم الأسواق الأجنبية والسيطرة عليها في إطار تكتلات احتكارية وتنظيم النشاط الإنتاجي للمتلقي²⁷².

وتساهم المدة الطويلة لعقد نقل التكنولوجيا في الغالب، وكذا استمرار سريان الالتزامات التعاقدية لما بعد انتهاء العقد في إطالة أمد هذه القيود، والتي يكون لها تأثير على الفوائد الاقتصادية والتجارية التي يتوقع المتلقي تحقيقها من جراء إبرام هذا العقد²⁷³، مما يؤثر على مبدأ حرية المنافسة وتنظيم

²⁶⁵ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 62.

²⁶⁶ لاکلي نادية، المرجع السابق، ص 83.

²⁶⁷ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 238.

²⁶⁸ عیاد کرافة أبو بکر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والأعمال السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 62-63.

²⁶⁹ لاکلي نادية، المرجع السابق، ص 84-85.

²⁷⁰ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 238.

²⁷¹ إنّ قاعدة حرية الأسعار قد يشوبها استثناءات تنظيمية تتبناها الدولة لاعتبارات خاصة بها قد تتعلق باستراتيجية بعض المواد أو الخدمات أو ظروف السوق أو المنافسة ذاتها، وفي ذلك نصت المادة 5 من القانون 10-05 على: "...يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم؛ أنظر: مقدم توفيق، المرجع السابق، ص 123.

²⁷² وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 281.

²⁷³ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 236.

الأسواق والأسعار باعتبارها أداة تحقيق التقدم الاقتصادي، إذ من شأن هذا الشرط أن يكرس الضعف الاقتصادي للمتلقى.

كما أنّ المانح بإدراجه لهذا الشرط قد يحرص على زيادة ما قد يحصل عليه من مقابل للتكنولوجيا خاصة إذا كان هذا الأخير محدداً على أساس سعر المنتج، كما يفرض سعراً مرتفعاً لبيع المنتجات إذا كان المقابل يتحدد بنسبة المبيعات²⁷⁴. لكن ما يمكن قوله في هذا الشأن أنّ فرض حدٍ أدنى للسعر أو أقصى والذي لا يجوز للمتلقى تجاوزه، يعدّ ممارسة مقيدة للمنافسة أيّاً كان المبرر التجاري والاقتصادي، لأنّ هذا الشرط من شأنه حرمان المتلقي من تحقيق المزايا المتوقعة من إعادة التصدير، وبالتالي ينعكس ذلك على نفقة التكنولوجيا المنقولة، كأحد الآثار السلبية للمردود المالي المعول عليه من جانب المتلقي²⁷⁵.

ويتضح لنا مما سبق أنّ الشروط الدّارجة في عقد نقل التكنولوجيا يحرص المانح على إيرادها ضمن العقد ويفرضها على المتلقي، لتسهم في سيطرته واحتكاره للمعرفة الفنية وعملية نقلها ككل، ولكن التساؤل المطروح يثور حول علاقة تحديد الأسعار بمحل عقد نقل التكنولوجيا، وهل يعتبر جزءاً من محل العقد؟.

وللإجابة عن هذا السؤال يمكن القول بعدم وجود صلة بين السعر الذي يفرضه المانح والحزمة التكنولوجية المنقولة، فالذي انتقل هنا هو المعرفة الفنية والعناصر الداخلة فيها بالإضافة لطريقة تحديد السعر والتي لا تعتبر مخالفة لقانون المنافسة إذ يمكن اختلافها من مشروع لآخر ومن نشاط لآخر.

فقد أثبت الواقع العملي إمكانية استبعاد الأسعار من العناصر الجوهرية للحزمة التكنولوجية لصعوبة إيجاد أسعار موحدة في عموم الشبكة نظراً لتباين الأقاليم بين أعضاء الشبكة الواحدة، وتباين أنماط الاستهلاك الذي يعيق انتشار الشبكة، وربما يعطي في بعض الأحيان نتائج سلبية عند تجربة النشاط لأول وهلة، وهو ما حدث في السوق الألماني عندما قامت إحدى شركات تجهيز الأغذية السريعة بالترخيص لمتلقي لمباشرة نشاطه مما حقق معه نجاحاً سريعاً، فقرر المانح توسيع المجال

²⁷⁴ دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المرجع السابق، ص85.

²⁷⁵ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص285.

الإقليمي للعقد وذلك بالترخيص لمتلقين آخرين في باقي المدن الألمانية، غير أنّ التجربة باءت بالفشل²⁷⁶.

كما دافع البعض عن هذا الشرط بحجة أنّ المانح لا يمكنه أن يسمح للمتلقي بالدخول في السوق ومنافسته، خاصةً وأنه هو من سلمه سلاح هذه المنافسة التي تمكنه من الدخول في الأسواق المحلية والدولية وفي نفس الوقت لا يعقل أن يسمح له بالتصدير إلا إذا كان فرضاً سيطرته الكاملة على التكنولوجيا وضامناً عدم قدرة المتلقي على منافسته بأي وضع في السوق الخارجية، أضف إلى ذلك ولمحاربة هذه الظاهرة فإنّ المانح سيقوم برفع ثمن مقابل التكنولوجيا إذا أصرّ المتلقي على أن يتمّ السماح له بالتصدير²⁷⁷.

فمن الواضح ابتداءً، أنّ السعر يبقى عاملاً أساسياً في المنافسة، فقد يحاول المانح أن يكتسي وضعاً مهيمناً²⁷⁸ للتغلب على قيود السوق بفرض أسعاره بشكل تعسفي وذلك بإخضاع المتلقي لشروط صارمة، بحيث يقدر السعر تعسفياً والذي يمكن أن يعرف عن طريق التفاوت الظاهر بين هذا السعر وبين قيمة الخدمة المؤداة²⁷⁹.

فقد أثبتت الممارسة العملية لعقود نقل التكنولوجيا أنّ بعض الشروط التي يفرضها المانح تؤدي إلى انهيار اقتصاديات المشروع المتلقي على نحوٍ يخلّ معه التوازن الاقتصادي للعقد²⁸⁰، ومن بينها شرط تحديد سعر إعادة البيع الذي يؤدي إلى تقليص قدرة المتلقي على التصدير وذلك إذا كان السعر الذي عينه المانح مرتفعاً بحيث لا يقوى على منافسة منتجات المانح في الأسواق الأجنبية²⁸¹.

²⁷⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص61.

²⁷⁷ Jack N BEHRMAN ; Susan S HOLLAND, Council of the Americas Codes of conduct for the transfer of technology : a critique, New York : Council of the Americas and Fund for Multinational Management Education, 1976, p237.

²⁷⁸ وهي في مفهوم المادة 82 من اتفاقية روما القوة الاقتصادية التي تمتلكها مؤسسة ما والتي تمنحها القدرة على وضع حواجز للمحافظة على المنافسة الفعلية داخل السوق المعنية، وإمكانية القيام بتصرفات مستقلة بالنظر إلى منافسيها؛ أنظر: مقدم توفيق، المرجع السابق، ص53.

²⁷⁹ نفس المرجع، ص128.

²⁸⁰ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص266.

²⁸¹ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص113.

وفي هذا الشأن يرى الفقيه (Didier FERRIER) أنّ المتلقي حر في تحديد أسعار إعادة البيع وتقديم الخدمات وليس عليه الالتزام بالأسعار التي يحددها المانح²⁸²، كما أنّ تحديد السعر حسب الأستاذ السنهوري أو قابليته للتحديد يجب أن يكون متفقاً عليها بين الطرفين، فلا يستقل بها أحد دون الآخر²⁸³، إذ الغالب في العمل أنّ السعر يتمّ تحديده بحرية من طرف كل مشروع²⁸⁴ وأيّ تحديد له يعتبر محظوراً بطبيعته لمخالفته لنظرية العرض والطلب.

البند الثاني: حظر الاتفاقات حول الأسعار

إنّ روح التّعاقّد عامةً هي حرية إرادة المتعاقدين، ومتى تمّ إبرام العقد أصبح حجةً على طرفيه لأنّ إرادتهما أملت قانونه، ورغم ذلك تقف شروطه عائقاً في سبيل هذه الحرية، والتي كان من أثرها اعتراض تشريعات كثير من الدول عليها²⁸⁵ وذلك بإصدار أحكام قانونية لمواجهة، ومن بينها شرط تحديد سعر إعادة البيع، والذي يخضع لمنطق التفوق الاقتصادي للمانح كونه لا ينصب فقط على محل العقد وإنّما يشمل أيضاً محيطه التجاري والاقتصادي، لذا اعتبر هذا الشرط أحد أهم محاور الجدل في إطار التشريعات الوطنية والدولية وليس فقط حول مضمونه.

لذلك وحماية للمتلقي سارعت العديد من الدول لسن القوانين الخاصة بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، وحظر أيّة اتفاقات تقع بين المانح والمتلقي والتي يكون من شأنها أن تفضي إلى الحدّ أو حظر أو منع المنافسة. فحظر المشرع الاتفاقات التي ترمي إلى تحديد الأسعار، فهو يحظر كل أشكال التواطؤ والتحالف، والتوافق بين المؤسسات والتي من شأنها أن تؤثر على عنصر أساسي لعمل آلية السوق الخاضعة للمنافسة، والمتمثل في استقلالية المؤسسات في اتخاذ قراراتها²⁸⁶.

وعلى هذا الأساس فقد حاربت منظمة الأونكتاد²⁸⁷ التابعة للأمم المتحدة وفي إطار المصالح التجارية والعلاقات الدولية المتبادلة بين الدول المتقدمة والدول النامية وجود شرط تحديد أسعار إعادة

²⁸² Didier FERRIER, Op. Cit., p386.

²⁸³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء الأول العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص370.

²⁸⁴ مقدم توفيق، المرجع السابق، ص127.

²⁸⁵ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص265.

²⁸⁶ عياد كرافة أبو بكر، المرجع السابق، ص3.

²⁸⁷ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية أو ما يعرف بالأونكتاد (UNCTAD)، وهو إختصار لـ:

United Nations Conference on Trade and Development.

البيع في عقود نقل التكنولوجيا والذي يأتي ضمن السياسة التي تتخذها الدول المتقدمة للحد من المعارف الفنية واحتكارها، وعدم تمكين المشروعات المتلقية من الميزة التنافسية لإحكام سيطرتها عليها، بما يضمن لها النفاذ للأسواق الأجنبية وتنظيم سوق التكنولوجيا وفقاً لمصالحها. حيث قامت المنظمة بحظر وجود هذا الشرط ضمن مشروع تقنين السلوك الدولي، والذي يفرض على المتلقي أسعاراً محددة لبيع السلعة أو الخدمة التي استعملت التكنولوجيا المنقولة في إنتاجها في السوق المحلي²⁸⁸.

أما على صعيد اتفاقية روما وبمقتضى المادة 85 من هذه الأخيرة فتتص على عدم مشروعية مسألة تحديد الأسعار بقولها: "يعتبر غير مشروع كل اتفاق على تحديد أسعار للشراء أو البيع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"، كما أضافت المادة 86 من نفس الاتفاقية: "فرض الأسعار يعتبر عملاً تعسفياً"، وبالتالي فإنّ المادة 85 من اتفاقية روما تمنع الاتفاق على تحديد الأسعار على مستوى الشبكة الواحدة، لما فيها من ضرر على المنافسة بصفة عامة، وعلى مصلحة المتلقي بصفة خاصة.

أما في إطار نظام اللجنة الأوروبية الصادر سنة 1996²⁸⁹ فقد أبطلت شرط تحديد أسعار السلع والمنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها وأوردته ضمن القائمة السوداء²⁹⁰.

كما نص اتفاق قرطاجنة في القرار رقم 24 لسنة 1971 وبالتحديد في المادة 18 على وجوب إنشاء هيئة وطنية في كل دولة عضو في المجموعة تكون مهمتها فحص عقود نقل التكنولوجيا الأجنبية، وتقييمها والنظر في مدى مساهمتها في التقدم والتطور التكنولوجي لبلادها. أما في المادة 20 فقد منع إبرام أي عقد لنقل التكنولوجيا يكون من شأنه أن يؤثر سلباً على التكنولوجيا المنقولة وعملية استيرادها وذلك إذا تضمن شرطاً لتحديد الأسعار بالإضافة إلى مجموعة شروط أخرى²⁹¹.

أما على المستوى الدولي فتحظر التشريعات الأوروبية والأمريكية على الأطراف فرض أو الاتفاق على أسعار إعادة البيع، ومنها الأمر الفرنسي رقم 86/1243 الصادر في 1 ديسمبر 1986

²⁸⁸ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 287-289.

²⁸⁹ وتمّ ذلك في 31 جانفي 1996.

²⁹⁰ القائمة السوداء هي مجموع الشروط التي تبطل في حد ذاتها ودون طلب أي تبرير لإبطالها كونها تعسفية وغير مبررة؛ أنظر: وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 292.

²⁹¹ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 299.

والذي حظر تحديد الأسعار واعتبر أنّ كل اتفاق أو ارتباط يمثل حائلاً دون تحديد الأسعار وفقاً لآليات السوق يكون باطلاً²⁹². وفي المادة 34 من نفس الأمر يؤكد المشرع على منع هذا الحظر من خلال فرض الغرامة المالية على كل من وضع حداً أدنى لأسعار تكلفة السلع أو أداء الخدمة أو حدد هامشاً للربح سواء أكان هذا التحديد بشكل مباشر أو غير مباشر²⁹³، ومن الملاحظ أنّ المشرع قدم مصلحة المستهلك والشبكة على مصلحة المانح، فعدم تحديد مستوى أدنى للأسعار يحافظ على المنافسة.

وفي حكم لمحكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 10 مارس 1989 ذكر أنّ: "المتلقي إذا وجد نفسه ملزماً بتطبيق قائمة أسعار أعدها المانح، وكانت هذه الأسعار معمة على سائر أعضاء الشبكة مما يؤدي لخلق سعر موحد، فإنّ ذلك يمثل مخالفة من ثلاثة نواحي:

- انتهاك المانح للاتفاقات الخاصة بالتعاون.
- عدم الاعتراف بالاستقلال القانوني للمتلقي.
- خرق قواعد المنافسة²⁹⁴.

أما في أمريكا فقد كرس القضاء الأمريكي عدم مشروعية هذا الشرط إذا كانت له آثار سلبية على التجارة، مستنداً في ذلك للمادة 1 من قانون شيرمان (Sherman Act) والمادة 5 من قانون لجنة التجارة الاتحادية (Federal Trade Committion Act). غير أنّه سرعان ما خالف هذا الرأي حين استثنى تحديد سعر إعادة البيع وذلك في قضية أقامتها الحكومة الأمريكية ضدّ شركة جنرال إلكتريك (General Electric) سنة 1962 حيث قضت المحكمة العليا آنذاك: "بوسع المانح مالك التكنولوجيا أن يحدد السعر الذي يبيع به المتلقي"، غير أنّ هذا الاستثناء لم يلق قبولاً من المسؤولين. إلا أنّ المحكمة العليا تداركت الأمر في دعوى أخرى بين الحكومة الأمريكية وشركة (Hack Manufacturing) وقضت بأنّه: "حيث يوجد تحديد أسعار في إطار تبادل التراخيص فإنّ الأمر يعتبر انتهاكاً للمادة 1 من قانون شيرمان"²⁹⁵.

²⁹² المادة 9 من نفس الأمر.

²⁹³ « Est puni d'une amende de 5000 à 10000 f le fait par toute personne d'imposer directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

²⁹⁴ Thierry GRANIER, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique, 1^{er} année, 1991, p359.

²⁹⁵ « Where There is Price fixing in the context of cross licencing article 1 of the Sherman Act is vilated »

ولأنّ المعرفة الفنية غير محمية قانوناً فقد أخضها القضاء الأمريكي لمعايير مكافحة الاحتكار، حيث ذكرت المحكمة العليا في حكمها بين الحكومة الأمريكية وشركة (E.T.Dupont de Nemours and co) مايلي: "لأنّ الترخيص بالمعرفة الفنية يفتقد للحماية المخصصة لبراءات الاختراع وقوتها التشريعية، فإنّ الترخيص بالمعرفة الفنية يخضع عموماً لمعايير مكافحة الاحتكار وأنّ هذه المعايير هي أكثر صرامة". وبالتالي فإنّ القضاء الأمريكي قد تميز في موقفه بإحالة النزاعات التي تنشأ بين المانح والمتلقي لقوانين مكافحة الاحتكار²⁹⁶ وذلك للحدّ من الشروط التي يفرضها المانح على المتلقي والتي يكون من شأنها قلب موازين القوى والحدّ من المنافسة.

أما في الدول العربية فقد أجاز المشرع المصري وبموجب المادة 75 من القانون التجاري الجديد لسنة 1999 إبطال الشرط الذي يقيد ثمن الإنتاج ويحدده والذي يتمّ إدراجه من قبل المانح في الاتفاق الذي يربط بين هذا الأخير والمتلقي.

أما المشرع الجزائري فاتبع في الغالب سياسة تحرير الأسعار وأخضعها للمنافسة طبقاً لما تقتضيه حرية السوق، فعادةً ما يحدد السعر حسب قانون العرض والطلب وليس من قبل المانح، ولذلك حظر المشرع الاتفاقات التي تسعى لتحديد الأسعار والتي تهدف لعرقلة المنافسة أو الحدّ منها أو الاخلال بها وذلك على أساس الأثر الاحتمالي على المنافسة²⁹⁷.

وعلى هذا يتبين من خلال المادة 1/4²⁹⁸ من القانون رقم 10-05 أنّ الأسعار تحدد بكل حرية بشرط احترام قواعد المنافسة وأسسها، خاصةً ما تعلق منها بالنزاهة، فالمنافسة الحرة هي إحدى طرق التنظيم الاجتماعي الذي يفرض على الأعوان الاقتصاديين وفق منهج ومفهوم محدد قانوناً، والتي تهدف إلى تشجيع التّقدم الصناعي والتكنولوجي وتحسين طرق الإنتاج وتوزيع المواد²⁹⁹.

أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص278.

²⁹⁶ نفس المرجع، ص279.

²⁹⁷ لطيفة بوخاري، تدخل الدولة لتحديد الأسعار وآثاره على المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013، ص09.

²⁹⁸ والتي تنص: "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقاً لقواعد المنافسة الحرة والنزاهة".

²⁹⁹ لطيفة بوخاري، المرجع السابق، ص11.

ومن تحليل المادة 6 من القانون رقم 10-05 يتبين ضرورة وجود اتفاق يحدد بمقتضاه سعر إعادة البيع، وأن يكون الهدف منه عرقلة المنافسة أو الحد منها³⁰⁰:

أ- وجود اتفاق: حيث يقصد بالاتفاق التعبير عن الإرادة من طرف المانح والمتلقي سواء كان صريحاً أو ضمناً، هادفاً لعرقلة المنافسة أو الاخلال بها. فتعريفه وبيان عناصره لم يرد في قانون المنافسة إنما اكتفى بمنعه، فلا يشترط القانون أن يكون في صورة عقد بل أي صورة كانت.

ب- الاخلال بالمنافسة: أي إلى جانب وجود الاتفاق يجب البحث عن آثاره على المنافسة، سواء تقييدها أو الاخلال بها أو الحد منها، وهنا يكفي توافر نية تقييد المنافسة دون تحقق ضرر، وهو ما يستخلص من مصطلح "يمكن أن تهدف"، لذلك فإن كل الاتفاقات التي لا تهدف لذلك تخرج عن نطاق هذا الحظر.

أما عن كيفية إثبات هذا الاتفاق فإن الأمر يتعلق بالإثبات الاقتصادي من خلال القيام بتحليل اقتصادي للتصرفات المستتبهة في السوق، والذي تواجهه صعوبة جوهرية تكمن في إخفاء الأطراف هذه الممارسة من خلال استبعاد الاتفاقات غير الشكلية³⁰¹.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لا يسمح بتحديد الأسعار إلا عن طريق التنظيم حيث ينص: "... يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم"³⁰²، فيما يعرف بالأسعار المقننة والتي يتقرر لها جزاء عند مخالفتها³⁰³.

وفي صلب شفافية الممارسات التجارية التي تناولها المشرع الجزائري، فقد فرض على الأعوان الاقتصاديين التزاماً بالإعلام بأسعار السلع والتعريفات وبشروط البيع والتي تعتبر من النظام العام، وكذلك طالب بضرورة الفوترة رغم أن هذه الأخيرة لا تعطي أي معلومة عن السوق باعتبارها وثيقة

³⁰⁰ لطيفة بوخاري، المرجع السابق، ص 40-41.

³⁰¹ لاكللي نادية، المرجع السابق، ص 83.

³⁰² المادة 05 من القانون رقم 10-05.

³⁰³ تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 257.

متبادلة بين الطرفين، إلا أنها تساهم بشكل فعال في استثاب شفافية السوق³⁰⁴، وهذا حفاظاً على المسار التنافسي الطبيعي في السوق الوطنية والدولية.

إذن ما ينبغي التأكيد عليه في هذا المقام، أنه إذا كانت المنافسة الحرة وحرية التعاقد بين كل من المانح والمتلقي مبادئ مستقرة في التشريع، فهي بغير ذلك في الأسواق الاحتكارية أو ظروف الاساءة والتعسف في استعمال الحق، وبالتالي تبقى تلك المبادئ مجرد نظرية نسبية في الواقع الاقتصادي لأنه لا يتحقق معناها العام من تحقيق التوازن بين الطرفين وذلك نظراً لتفاوت القوى الاقتصادية³⁰⁵.

المطلب الثاني: الآليات غير المباشرة لخضوع المتلقي للرقابة

بعد أن تناولنا الآليات المباشرة لخضوع المتلقي للرقابة والناجمة عن وضعية هيمنة المانح على الحزمة التكنولوجية والسوق في آن واحد، ارتأينا الخوض في الآليات غير المباشرة وأهم المظاهر التي قد تتخذها؛ وما تخلفه بالضرورة على استغلال المتلقي لمحل العقد، وأهم هذه الآليات والتي تتعكس على مشروع المتلقي وهي: الحصرية الموضوعية (الفرع الأول)، وسياسات العمل الموحدة التي يعتمد عليها المانح ضمن الشبكة الواحدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحصرية الموضوعية

تشكل الحصرية الموضوعية أحد أهم مبررات تراجع استقلالية المتلقي، باعتبارها آلية غير مباشرة يرسمها المانح ويجسد تنفيذها من خلال شروط العقد ليقصر استغلال المتلقي للحزمة التكنولوجية.

فإذا كانت الحصرية على نحو ما سبق تتحدد من خلال النطاق المادي والاقليمي، فإنها من ناحية الموضوع تتحدد باستبعاد كل ما هو غير جوهرى من محل العقد، مما يعكس طابعاً متماسكاً تعبر عنه الشبكة التكنولوجية³⁰⁶. فبموجب هذه الحصرية يلتزم المانح وبمقتضى حسن النية ومضمون العقد بتقديم الحزمة التكنولوجية اللازمة لتحقيق مشروع المتلقي واستخدام التكنولوجيا على نحو يتماشى مع

³⁰⁴ مقدم توفيق، المرجع السابق، ص124.

³⁰⁵ تيورسي محمد، المرجع السابق، ص250.

³⁰⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص71.

المستوى الأكثر حداثة في المجال محل التعاقد³⁰⁷، ولكن الاشكالية المطروحة تتمثل في ماهي العناصر المكونة لمحل العقد؟ وهل يمكن للمتلقي أن يتزود بمكونات محل العقد من شخص آخر غير المانح؟

وللإجابة على هذا التساؤل يرى الدكتور محمد محسن إبراهيم النجار أن محل عقد نقل التكنولوجيا يتكون من المعرفة الفنية والمساعدة الفنية، والتي تنعكس للعامّة عن طريق العلامة التجارية والشعار، فيرتبطون معاً مكونين حزمة تكنولوجية ذات شقين، شقّ غير ملموس يتمثل في المعرفة الفنية؛ وانعكاس لها والمتمثل في العلامة التجارية والشعار بحيث تربط بين الشقين المساعدة الفنية، هاتاه العناصر الأربعة التي تعكس في الواقع العملي صورة عن نجاح المانح. غير أن المعرفة الفنية هي التي تعبر عن هذا النجاح التكنولوجي والتي تساهم في اجتذاب المتلقين والمستهلكين من خلال العناصر المعبرة عنه³⁰⁸.

وفي هذا السياق عدد القضاء العناصر المكونة لمحل العقد، وقد جاء في حكم لمحكمة كولمار حصر للعناصر المعنوية والمتمثلة في المعارف الفنية والشعار والعلامة التجارية المبتكرة والتي يمكن نقلها لتحقيق نجاح المتلقي، كما وضح الحكم أن هذا الأخير لا يمكنه التزود بأيّ من العناصر السابقة الذكر من غير المانح وإلا فقد العقد وصفه، فمضمون الحصرية الموضوعية يتحدد بالنظر إلى العناصر الجوهرية في محل العقد لا من خلال المقومات المادية من بضائع ومعدات. فيمكن القول أن هذه العناصر الأخيرة مستبعدة أصلاً من محل عقد نقل التكنولوجيا باعتبارها ليست سبباً له ولا من مستلزماته، إذ تلعب الطبيعة القانونية للعقد دوراً هاماً في استبعاد المقومات المادية من مجال الحصرية الموضوعية، لتفسح المجال لتراجع استقلال المتلقي أمام استئثار المانح باستغلال نشاطه في تنمية الشبكة³⁰⁹.

³⁰⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص226.

³⁰⁸ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص72.

³⁰⁹ لم يذكر الحكم البضائع وغيرها من العناصر المادية؛ (Colmar 9 Juin 1982 D 1982 J553, R T D C1982) نقلاً عن: نفس المرجع، ص76 وما بعدها.

وعلى هذا الأساس يبدو أنّ عقد نقل التكنولوجيا هو عقد ذو محل متماسك تلعب فيه المعرفة الفنية دوراً محورياً مقارنة بالعناصر الخادمة الأخرى³¹⁰ وهي المساعدة الفنية، العلامة التجارية والشعار، هذه العناصر التي يمكن تصور كل منها كمحل لعقد مستقل كعقد ترخيص علامة تجارية مثلاً...³¹¹.

ولتسهيل عملية نقل المعرفة الفنية والتي تعتبر من متطلبات العقد يجب أن يقوم المانح إلزامياً بتقديم مساعدة فنية للمتلقي بصفة محددة ومستمرة، والتي تكفل له الرقابة على مشروع هذا الأخير والسيطرة عليه من خلال قدرته على منح أو منع استغلال معارفه³¹²، ويمكن تقديم هذه المساعدة بعدة طرق منها:

- قيام المانح بالمساعدة في اختيار مكان المحل الجديد والذي سيباشر فيه المتلقي نشاطه.
 - مراقبة مدى تماشي المتلقي مع التخطيط والمظهر الموحد للشبكة.
 - قيام المانح بنقل تقنيات الانتاج إلى المتلقي وتزويده بالآليات المحاسبية التي يستعملها.
 - تطبيق الضوابط المتبعة في مجال اختيار العملاء والمستخدمين.
 - اختيار مكان البيع وتحديد مواعيد فتح المحل من واقع خبرته في السوق³¹³.
- ولضمان نجاح هذه العملية تفرض لجنة F.T.C³¹⁴ على المانح تنفيذ مجموعة من المتطلبات تساعد في القيام بالمساعدة الفنية على أكمل وجه والتي تتمثل في:
- نقل برامج التدريب على البيع وطرق خدمة ما بعد البيع.
 - إعداد أنظمة محاسبية خاصة للمتلقي.
 - دراسة السوق وتقديم الاستشارات في مجال الإدارة.
 - اختيار أماكن المؤسسة.
 - دراسة مدى صلاحية المتلقي لتقديم خدمة.
 - رقابة المخزون.

³¹⁰ وهي العناصر المكونة للحزمة التكنولوجية.

³¹¹ للمزيد من المعلومات؛ أنظر: وفاء مزيد فلووط، المرجع السابق، ص382.

³¹² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص72.

³¹³ Olivier GAST, Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique, 1982, p 228

³¹⁴ لجنة فيدرالية تقوم على مراقبة حسن تطبيق القوانين ذات الطابع التجاري والتوزيعي في الولايات المتحدة الأمريكية Aperçu Général de la loi Américaine sur le Franchising.

- نقل طريقة عرض البضائع³¹⁵.

أما بخصوص الشق الثاني من محل العقد والمتمثل في العلامة التجارية والشعار فإن كلاهما يعتبران وسيلة لاجتذاب الزبائن، فالعلامة التجارية تعدّ لصيقة بالسلعة فتنتقل معها وتصل إلى الزبون في كل مكان توزع فيه، أما الشعار فهو مرتبط بالمؤسسة والمشروع وهو ما يحدد مكانه³¹⁶.

لذلك فإن دور العلامة التجارية في عقود نقل التكنولوجيا يختلف بحسب نوع العقد، فمثلاً في عقود الالتزام التجاري (Concession) والذي يقوم على تسويق وتوزيع بضاعة المانح يستلزم العقد بالضرورة تزويد المتلقي حصرياً بالبضائع فهي سبب قيام العقد، غير أنّ الأمر مختلف في عقود الفرانشيز³¹⁷ والذي يكمن وجودها في تسويق نجاح المانح، وهو شيء معنوي تعبر عن وجوده العلامة التجارية من خلال شهرتها³¹⁸، ففي عقد الفرانشيز يكون المتلقين شبكة توزيع للمعرفة الفنية، أما في عقد الالتزام التجاري فيكونون شبكة توزيع لبضائع المانح.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أنّ الحصرية الموضوعية هي ما يحدد نطاق عقد نقل التكنولوجيا لكن ما يهمننا في هذه الدراسة هو التركيز أساساً على جوهر هذا العقد والمتمثل في المعرفة الفنية، أما العناصر الخادمة الأخرى فسنتناولها بالدراسة في الباب الثاني كمعبر عن وحدة الشبكة التكنولوجية التي يترأسها المانح.

البند الأول: جوهر الحصرية الموضوعية

في إطار الحصرية الموضوعية التي يفرضها المانح بصورة غير مباشرة، يبدأ الحديث عن المضمون الحقيقي للمعرفة الفنية كمحل في عقد نقل التكنولوجيا في محاولة لتوضيح معناها، خاصة وأنّ هذا النوع من الحصرية يعبر عن ظاهر العقد.

³¹⁵ Olivier GAST, Op. Cit., p228.

³¹⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص74.

³¹⁷ قد ورد تعريف عقد الفرانشيز في المادة الأولى من القرار الإداري الفرنسي رقم 88/4087 والذي بدأ العمل به في 1989/2/1 حيث اعتبره: "الاتفاق الذي يعطي بموجبه المانح مشروعاً للمتلقى نتيجة تبادل ومقاصة مالية لحق استثمار مجموعة حقوق ملكية صناعية أو فكرية تتناول الماركات والأسماء التجارية، الشعارات، العلامات... المعرفة الفنية"؛ أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص383.

³¹⁸ Didier FERRIER, Op. Cit., p318.

ولهذا فقد احتلت المعرفة الفنية مجالاً واسعاً من الدراسات والأبحاث كمحل في عقد نقل التكنولوجيا وذلك للأهمية التي تتمتع بها، خاصة وأنّ هذا العقد يقوم على أساس الثقة والاعتبار الشخصي، حيث يتعاون أطرافه للمحافظة على سرية المعرفة الفنية التي ينقلها المانح وفي ذلك مصلحة لكليهما³¹⁹.

فقد ترد المعرفة الفنية على المعلومات الفنية التي يتمّ التوصل إليها من خلال البحوث والدراسات، وتضم الأشكال والأساليب السرية والعمليات المرتبطة ببراءات الاختراع التي تخول صاحبها استغلالها في المجالات الصناعية والخدمية، فهي تشمل الخبرة الفنية والنماذج والخرائط والارشادات والتعليمات والتركيبات والرسومات الهندسية وأجهزة التدريب والخدمات الاستشارية والمعلومات الفنية اللازمة لتركيب أو تشغيل الأجهزة والآلات أو المعدات³²⁰.

وبالرجوع إلى مفهوم المعرفة الفنية نجد أنّ هذه العبارة قد استخدمت للمرة الأولى في مجال الملكية الصناعية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1916 بعبارة Know-How³²¹، ثمّ انتقلت بعد ذلك لبقية الدول الأخرى³²²، إذ تمّ التعبير عنها في حكم صادر عن محكمة استئناف Douai الفرنسية بتاريخ 16 مارس 1967 بمعنى تقنيات التطبيق والتشغيل³²³.

وفي هذا الصدد قام الفقه³²⁴ بتعريفها محاولين ايجاد معنى لها يتماشى وطبيعتها، فعرّفها Mac DONALD على أنّها: "معلومات فنية سرية، تمنح صاحبها ميزة تنافسية..."³²⁵.

³¹⁹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص99.

³²⁰ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص225.

³²¹ إنّ عبارة Know-How ذات أصل أمريكي كانت شائعة في اللهجة الدارجة كاختصار لعبارة Know How to do it بمعنى معرفة كيف تعمل ذلك أو تؤدي ذلك. ثمّ انتشر هذا المصطلح بين رجال الأعمال مع تحمليه معاني متعددة من ذلك المهارات المكتسبة عن طريق الممارسة في أداء مهنة معينة والعوامل الذهنية والتي في مقدمتها الخبرة المعتمدة على المعرفة العلمية؛ أنظر: سعيد يحيى، المرجع السابق، ص15؛ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص39؛ محمد مرسي، الأسس القانونية لوصول الدول النامية لمرحلة السيطرة التكنولوجية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص59. Paul DEMIN, Le contrat de Know-How, Etude de sa nature juridique et du régime fiscal des redevances dans les pays du marché commun, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1968, p11.

³²² وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص385.

³²³ وفي حكم محكمة استئناف Douai في 2 ماي 1969 جاء فيه أنّ المعرفة الفنية تقوم على مجموعة معلومات فنية سرية عن تطبيق أسلوب معين وأنّ هذه المعلومات ليست خاصة بالتقنيات الصناعية الشائعة وإنما تتضمن خاصية جديدة. إنّ الحكم السابق قد أقرته محكمة النقض الفرنسية بحكم صادر بتاريخ 22 مارس 1971 مما يؤكد استقرار التعامل بهذا المصطلح؛ أنظر: سعيد يحيى، المرجع السابق، ص18-19.

³²⁴ أنظر لمجموع التعاريف الفقهية التي أوردها:

وفي فرنسا عرفها الفقيه BERTIN بأنها: "جميع المعارف الفنية التي تتسم بالجدة والمطبقة في الصناعة بواسطة مالكيها، الذي يحرص على الاحتفاظ بسريرتها..."³²⁶.

كما عرفها الفقيه Jean Marie DELEUZE باعتبارها: "عناصر سرية لها قيمة اقتصادية وغير مشمولة بحماية قانونية خاصة"، حيث اعتبر DELEUZE أن عنصر السرية هو محور العلاقة القانونية الذي يضفي على المعرفة الفنية قيمتها الاقتصادية³²⁷.

هذا ويعرف الفقيه PLAISANT المعرفة الفنية بأنها: "مجموعة المعارف ذات الطبيعة الفنية المستعملة في الصناعة غير القابلة لمنح براءة عنها والتي يحتفظ بها مشروع معين سراً لاستعماله الخاص"³²⁸.

أما من جهة الفقيه ROUBIER فيرى أن مضمون المعرفة الفنية هو: "ابتكار جديد في المجال النفعي لحقوق الملكية الصناعية وإن كان لا يعطي صاحبه حقاً كما هو شأن الحق الناشئ عن براءة الاختراع، فهو يضعه في مركز قانوني يعطيه الحق في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة"³²⁹.

وفي ألمانيا فقد قام الفقيهان الألمانيان "Ludeche" و "Fischer" بتعريف المعرفة الفنية على أنها: "جمع التجارب والجهود والوقت والمال، بحيث تغدو من قبيل المعلومات ذات الصفة التجريبية"³³⁰.

Alexandre KREIS, La transmission de Know- How entre entreprises industrielles, Une coopération technologique personnalisée en vue d'exploitations commerciales conjointes, Litec, Paris, 1987, p16- 20 ; « Le savoir- faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui- ci. Il est secret, substantiel et identifié » ; v : Laurent GIMALAC et Stéphane GRAC, La franchise guide et pratique, éditions du puits fleuri, France, p215.

³²⁵ Mac DONALD, Know-How Licensing and the Untitrust laws, the trade reporter, 1964, p252- 253

نقلًا عن وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص385. أما قضائياً وفي أمريكا فكانت أول محاولة لتعريفه سنة 1917 واعتبر أنه الطرق الجديدة والسرية التي تستخدم في الصناعة؛ أنظر: محود الكيلاني، المرجع السابق، ص82.

³²⁶ Bertin M.A, les secret en Matière d'inventions, 1965, p28.

نقلًا عن: يوسف عبد الهادي الإكيابي، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص125. أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن الحقوق المعنوية هي تلك المسجلة كبراءة أو غير المسجلة ما دامت إرادة صاحبها تذهب لأن تبقى سراً لديه، أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص387.

³²⁷ Jean Marie DELEUZE, Le Contrat de Transfert de processus technologique (know- How), 3^e édition, Masson, Paris, 1982, p26.

³²⁸ R .PALISANT, Le Know-How, B.D.P.I , No 48, 1977.

نقلًا عن سعيد يحيى، المرجع السابق، ص21.

³²⁹ Paul ROUBIER, Droit de la propriété industrielle, Tome II, Paris, 1954, p368.

نقلًا عن سعيد يحيى، المرجع السابق، ص21.

أما على المستوى الدولي فزخرت الساحة الدولية بعدد هائل من المعاهدات والأدلة والأنشطة والمؤتمرات والقرارات الخاصة بالمعرفة الفنية والتي قامت بها هيئات متخصصة في المجال التكنولوجي³³¹، كما بذلت غرفة التجارة الدولية عدة مجهودات بهدف تنظيم المعرفة الفنية، حيث شكلت لجنة خاصة اهتمت بالمعرفة الفنية والتعريف بها³³².

وفي هذا الشأن عبرت اتفاقية التربس عن المعرفة الفنية بشكل غير مباشر تحت مسمى المعلومات غير المصح عنها Undisclosed Information في المادة 39 والذي يشمل كافة المعلومات السرية أيًا كانت طبيعتها³³³.

كما وضعت اللجنة الأوروبية في 1969/04/25 كتيباً "Guide" عن كيفية تحرير بعض عقود نقل التكنولوجيا، حددت خلاله دلالة المعرفة الفنية³³⁴.

بالنظر إلى مختلف التعريفات³³⁵ والمفاهيم السابقة لم يكن هناك تحديد تشريعي لمدلول المعرفة الفنية، ويبدو أنّ ذلك سببه الغموض الذي يحيط بالفكرة من الناحية القانونية، رغم استقرارها من الناحية الاقتصادية وهو ما يؤكد عدم وجود تنظيم تشريعي لها، إذ يمكن تعريفها بأنّها: "مال منقول

³³⁰ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 387.

³³¹ وذلك مثل اتفاقية باريس 20 مارس 1983 لحماية الملكية الصناعية، ومعاهدة جنيف للتسجيل الدولي للاكتشافات العلمية 7 مارس 1978، ميثاق هافانا 1946 والذي حاول منع الاحتكارات الدولية غير أنّه لم يوضع حيز التنفيذ، الاتفاقية الدولية للتعرفة الجمركية 1948، إنشاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة سنة 1953 والذي دعم الهيئات المهتمة بنقل التكنولوجيا مثل اليونسكو -منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم- والتي تهدف لتحسين التبادل الدولي للمعلومات التكنولوجية بين الدول الأعضاء، وتقديم خدمات استشارية لمساعدتهم في صياغة وتطبيق السياسات والأطر القانونية لنقل التكنولوجيا، الويبو والتي قدمت أنشطة فعالة في مجال نقل التكنولوجيا وكان أهمها إصدار "دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات الدول النامية" والذي ساهم في إعداد حوالى 99 شخصاً مشاركاً من 47 بلد والتي كان من بينها سوريا، وقد أعد هذا الدليل لمساعدة الدول النامية في حيازتها العقدية وغير العقدية للتكنولوجيا مع تفصيل في المسائل القانونية، للمزيد أنظر في ذلك: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 25-29؛ دليل التراخيص المعد لصالح الدول النامية؛ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 8-11.

³³² يوسف عبد الهادي الإكياي، المرجع السابق، ص 112.

³³³ محمد مرسي، المرجع السابق، ص 60.

³³⁴ يوسف عبد الهادي الإكياي، المرجع السابق، ص 120.

³³⁵ عرفتها أيضاً الدكتورة وفاء مزيد فلحوط على أنّها: "أموال معنوية معرفية ذات صفة عملية تجريبية، تتسم بالشمولية وقابلية الاستغلال والتداول، ما دامت أصلية وسرية بالقدر الكافي لتأكيد ميزتها التنافسية والدافع لحمايتها بموجب النصوص العقدية ما لم تكن محمية بموجب النصوص القانونية ذات الصلة"؛ أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 405؛ أنظر أيضاً في تعريف المعرفة الفنية: مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 207؛ مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 155 وما بعدها؛ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 93؛ محمد مرسي، المرجع السابق، ص 81.

معنوي، يتصف بالأصالة والشمولية، يعبر عن مجموعة تجارب ودراسات علمية وعملية، تحيط بها السرية وتميزها".

ومع تعاضد الدور الذي تلعبه المعرفة الفنية في تحديد نطاق عقد نقل التكنولوجيا وحصرية مشروع المتلقي كان ولا بد أن تتمتع بمجموعة خصائص تتماشى والطابع الخاص الذي يتميز به هذا النوع من العقود، وهذا في ظل التطور الذي تشهده هذه المعارف لتتماشى مع عصر السرعة، ولذلك يمكن إجمال هذه الخصائص كالتالي:

أ. مال منقول معنوي:

إنّ المعرفة الفنية قابلة للتقويم بالنقود من الناحية الاقتصادية، فهي عبارة عن أفكار قابلة للاستغلال الصناعي بمعناه الواسع³³⁶، كما تعتبر مالا معنويا لإمكانية تجسيدها في سندات مادية ووثائق لحمايتها³³⁷. إذ يشترط في المعرفة الفنية الخاصة بالصناعة، أي أن تكون قابلة للتطبيق والاستثمار، فهي تعطي لصاحبها حقاً مانعاً، لذلك يجب أن تكون هذه المعرفة قابلة فعلاً للاستثمار وذات صلة بشيء مادي ملموس يمكن أن تتجسد به على أرض الواقع.

ب. سرية المعرفة الفنية:

ولا يشترط في ذلك السرية المطلقة، إذ تكفي السرية النسبية، كأن يتوصل عدد من المشاريع لنفس المعرفة الفنية في آن واحد، مع عدم إمكانية بقائها متاحة لمشروعات أخرى تعمل في ذات المجال³³⁸. إذ أنّ السرية المطلقة قد اختفت من الوجود خاصة بالنسبة للمعرفة الفنية وهذا ما يمثل مكنم الضعف والخطورة في عقود نقل التكنولوجيا، وأسحت المجال للسرية النسبية وذلك لسببين:

- إنّ الأبحاث اليوم يتمّ تنفيذها عن طريق العمل الجماعي، كما قد يتوصل أكثر من مشروع لنفس المعرفة الفنية في وقت واحد.

- إنّ مرحلة اختيار المنتج تتطلب عدة أشخاص³³⁹.

³³⁶ أي كل ما يتعلق بالصناعة والزراعة والعمليات الاستخراجية والإنتاجية...؛ أنظر: مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص162.

³³⁷ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص392.

³³⁸ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص4؛ محمد مرسى، المرجع السابق، ص56؛ جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها (دراسة في القانون الأمريكي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، ص46-47.

³³⁹ آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص45.

ففي قضية Noddings Investment Group ضد شركة Kelley وجدت المحكمة أنّ كشف المعلومات المتعلقة بالمعرفة الفنية لأربعة أو خمسة أشخاص من كبار المستخدمين في الشركة كان كافياً كخطوة أولى للحفاظ على سرية وحصرية المعرفة الفنية³⁴⁰، كما أنّ السرية اللازمة للمعرفة الفنية يمكن أن تتجسد في عدة معطيات منها:

- مدى معرفة المعلومات خارج نطاق المشروع المتلقي.
 - مدى معرفة المعلومات عن طريق المستخدمين أو المتعاملين مع المتلقي.
 - مدى الاجراءات التي يتخذها المتلقي للحفاظ على سرية المعلومات.
 - الصعوبة أو السهولة التي عن طريقها يتم الحصول على المعلومات عن طريق الآخرين³⁴¹.
- ت. قابلية المعرفة الفنية للنقل:

تمتاز المعرفة الفنية بخاصية النقل والتداول الأمر الذي يطرح فارقاً جوهرياً بينها وبين المهارة الفنية التي تعدّ لصيقة بصفة الشخص بحيث لا يمكن نقلها إلا بنقل ذلك الشخص³⁴²، إذ يلتزم المانع في عقد نقل التكنولوجيا بنقل كافة المعلومات والوسائط التي يتكون منها حق المعرفة الفنية إلى المتلقي، وتسليمه كافة العناصر المادية الملحقة بالتكنولوجيا، والمستندات التي تشرح كيفية تصنيع المنتج وتجميعه ووصف أجزائه وصيانته والرسومات البيانية والتنفيذية والمواصفات والمعلومات الخاصة بالمواد الخام وجودتها ومصادرها وأسعارها، ويلتزم المانع أيضاً بتسليم كافة الأموال المادية المتعلقة بالتكنولوجيا المنقولة كالأجهزة والآلات والتعليمات والإيضاحات³⁴³.

ث. جودة المعرفة الفنية:

والمقصود من ذلك إضافة ميزة تنافسية بإضفاء عنصر الجودة المطلوبة، هذا الأخير الذي يختلف عن براءات الاختراع التي تتطلب الابتكار بالمعنى الموضوعي. وفي عقود نقل التكنولوجيا يمكن الاكتفاء غالباً بالأصالة الناجمة عن تطبيق "غير معروف" أو معروف لدى القلة³⁴⁴.

³⁴⁰ أنظر الحكم: (Noddings Investment Group, Inc.V. Kelley, 1994 U.S.Dist.lexis 3246 (N.D.I II.March 17th, 1994).

نقلًا عن أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص43.

³⁴¹ نفس المرجع، ص43.

³⁴² وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص395.

³⁴³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص225.

³⁴⁴ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص394.

ج. عدم خضوع المعرفة الفنية للتسجيل:

إذ لا يصدر بخصوص المعرفة الفنية براءات اختراع وذلك لضمان بقائها سرية³⁴⁵، ولأنها تتنافى مع عملية الإفراغ التي تتم في نظام البراءات وتحديداً مسألة الاعتراف للمخترعين باحتكار فعلي على اختراعاتهم. فتسجيل المعرفة الفنية يؤدي لتدمير سريتها والتي تعتبر من أهم خصائصها وأساس حمايتها، حيث أنّ عملية التسجيل تؤدي للكشف العلني عن المعلومات، إلا أنّ ذلك لا يحول دون إدخال المعرفة الفنية في نطاق براءة اختراع مثلاً طالما أحيطت بالسرية³⁴⁶، ذلك أنّ الحق المعترف به لحائز المعرفة لا يسري في مواجهة المتلقي، أما الغير فإن تمكنوا من التوصل لنفس المعرفة وبمجهودهم الذاتي فلهم استغلالها، وهذا ما قد يشجع حائز المعرفة الفنية على طلب تبرئتها³⁴⁷.

كما أنّ تضمين المعرفة الفنية مع براءة الاختراع لا تضيع عند تطبيق نظام البراءة فتسجيلها لا يفرض تضمين وصف المعرفة الفنية في المنتج المحمي تحت براءة الاختراع³⁴⁸.

ومع إجمال الخصائص السابقة الذكر يتبين أنّ المانع يعتمد عليها ليستفيد من مزايا تنافسية وحصرية تخوله فرض رقابة على مشروع المتلقي دون أن يمكنه من المعرفة الفنية والتي يقوم باستردادها وحرمانه منها بعد انتهاء مدة العقد المبرم بينهما.

وفي الأخير ورغم تعدد المفاهيم التي قيلت عن المعرفة الفنية ما بين مضيق لها وموسع، إلا أنّ هناك عدة نقاط اجتمعت حولها المفاهيم السابقة الذكر، وهي ضرورة تمتعها بالسرية وأن تمثل قيمة اقتصادية للمشروع المتلقي لها³⁴⁹، وهو ما يعزز عنصر الحصرية بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا والتي يفرضها المانع بصيغة غير مباشرة تماشياً مع متطلبات هذا النوع من العقود.

³⁴⁵ « Le Know- How présente par rapport au brevet deux caractéristiques qui lui sont bien particulières : La première concerne le secret, la seconde sa complexité de composition » ; v : Alexandre KREIS, Op. Cit., p11.

³⁴⁶ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص45.

³⁴⁷ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص397.

³⁴⁸ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص45.

³⁴⁹ محمد مرسي، المرجع السابق، ص81.

البند الثاني: وسائل تعزيز الحصرية الموضوعية

يحرص أطراف عقود التجارة الدولية على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط، خاصة في عقد نقل التكنولوجيا وما يتضمنه من كشف للأسرار الصناعية والمعرفة الفنية التي لا تتمتع بحماية قانونية خاصة³⁵⁰، فيعتمد مالكيها على الكتمان وإحاطتها بسياج من السرية عن طريق الاتفاق الذي يجمعه بالمتلقي.

وعلى هذا الأساس فقد تخضع المعرفة الفنية في عقود نقل التكنولوجيا لنوعين من الرقابة هما: رقابة سابقة ورقابة لاحقة. فالرقابة السابقة تمارس قبل إبرام العقد وتتجسد بملاحظة مدى ملاءمة المعرفة الفنية لاقتصاد الدولة وحاجاتها، أما عن الرقابة اللاحقة فتتم ممارستها على المتلقي وهي لا تقتصر فقط على إبرام العقد والتحقق منه ولكنها تمتد إلى ما بعد إبرامه وخلال مدة الاستغلال للتحقق من تنفيذ المستفيد لشروط العقد على الوجه الأكمل. وتكمن الفائدة من الرقابة في الواقع، في أن أحد أطراف عقد نقل التكنولوجيا قد يكون من الدول النامية³⁵¹ وأن الرقابة هي نوع من الحماية القصد منها الاستفادة من المعرفة الفنية محل عقد نقل التكنولوجيا والتي يتم إبرامها وتنظيمها في هذه الدول³⁵²، فنقل التكنولوجيا يعبر عن عملية فكرية تقوم بين المانح والمتلقي، الذي يتيح فرصة لهذا الأخير ويمكنه من الوصول إلى معلوماته وخبراته وتقريبه منها، وهذا يقتضي تعاوناً وتبادلاً بينهما لتيسير عملية النقل³⁵³.

ومن هنا تتبع أهمية حماية المعرفة الفنية وضرورة توفيرها لنتماشى مع مسألة دفع عملية التنمية الاقتصادية³⁵⁴. ومع عدم تسجيل المعرفة الفنية وخشية إفشاء سريتها من قبل المتعاقدين مع المانح وفي ظل غياب نظام قانوني يضمن هذه الحماية، يتم اللجوء غالباً إلى مجموعة من الطرق والأساليب لتعزيز حصرية المعرفة الفنية واقتصار استخدامها على الأشخاص الذين يعينهم المانح ومن هذه الأساليب:

³⁵⁰ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص482.

³⁵¹ عملت منظمة اليونيدو (منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية) على مساعدة الدول النامية إما بشكل مباشر بواسطة متخصصين في تقديم دراسات الجدوى والمساعدة الفنية، أو غير مباشر عن طريق التعاقد مع المشاريع المصدرة للتكنولوجيا لحساب الدول النامية... أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص25 وما بعدها.

³⁵² علاء عزيز الجبوري، عقد الترخيص دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص49-50.

³⁵³ آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص29.

³⁵⁴ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص111.

أ. ملكية السند المادي:

ذلك أنّ المعرفة الفنية ماهي إلا معلومات فنية معنوية يمكن إفراغها في وثائق مادية يرد عليها حق الملكية، ومن هنا تلعب ملكية السند دوراً هاماً في حماية المعرفة الفنية³⁵⁵. وهو ما يبرر احتفاظ المانع بالوثائق التي توضح تقنيات المعرفة الفنية، والمطالبة باسترداد النسخ الموجودة في حيازة المتلقي بعد انتهاء العقد.

ب. الحماية بموجب قواعد المسؤولية العقدية:

ويتطلب الأمر وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية. ويتوفر الخطأ كلما قام المتلقي بإنتاج سلع مماثلة دون إذن أو قام بإحداث اضطراب في مشروع المانع من خلال تحريض عمال هذا الأخير على ترك العمل أو ما شابه ذلك...³⁵⁶، وهي المخالفات التي تسبب ضرراً للمانع ويلزم المتلقي بتعويضه عنها وذلك في حال كان هذا الخطأ هو السبب في وقوع الضرر.

ت. الحماية العقدية للمعرفة الفنية:

إنّ العقد هو من أهم وسائل تطبيق الحصرية الموضوعية أضف إلى ذلك فهو آلية لحماية المعرفة الفنية من مختلف أشكال الاعتداء الذي يمكن أن تتعرض له سواء من قبل المتلقين أنفسهم، أو من العاملين لديهم، ولذلك نجد المانع يحرص في هذا المقام إلى فرض شروط تعزز حصرية التعامل مع المعرفة الفنية التي يستأثر بها، ومنها شرط الالتزام بالسرية وشرط عدم المنافسة³⁵⁷.

إنّ الأسلوب المستخدم في صياغة بنود عقد نقل التكنولوجيا يقتضي تسليم الوثائق الخاصة بالمعرفة الفنية محل العقد، ويقوم الأطراف غالباً بتحديد حجم وفعاليات المعارف والمعلومات الفنية الواجب تسليمها بمقتضى العقد من خلال النص على أنّ التسليم ينصب على المعارف التي توجد في حيازة المانع على أن تكون كافية بالنسبة للمتلقي للحصول على إنتاج معين. إذ لا يخول عقد نقل التكنولوجيا للمتلقي سوى حق مؤقت للانتفاع بمحل العقد دون أن يترتب عنه نقل ملكيتها من المانع للمتلقي، إذ أنّه بانتهاء مدة العقد يجد المتلقي نفسه مجرداً من كل سند قانوني للاستمرار في نشاطه الانتاجي أو الصناعي باستعمال المعرفة الفنية محل عقد نقل التكنولوجيا. غير أنّ الملاحظ في الواقع

³⁵⁵ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص399.

³⁵⁶ حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1987، ص158.

³⁵⁷ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص405.

العملي أنّ طرفي عقد نقل التكنولوجيا يفضلون عدم تحديد المعارف الفنية الواجب تسليمها بشكل تفصيلي، فيكتفون بالإشارة إلى وجودها وبشكل تلقائي في ملف الوثائق الفنية³⁵⁸.

ث. الحماية الجنائية للمعرفة الفنية:

أورد المشرع الفرنسي حماية جنائية للمعرفة الفنية في المادة 418 من قانون العقوبات حيث نصت على: "يعاقب بالحبس ولمدة سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة... كل مدير أو عامل من عمال الصناعة أخبر أو حاول إخبار الأجنبي أو الفرنسيين المقيمين في دول أجنبية، بأسرار الصناعة التي يعمل بها...". وبالتالي فإنّ الجريمة تقوم على إفشاء عنصر السرية المتواجد في المعرفة الفنية والذي يكون محصوراً في المانح بدايةً ثمّ ينتقل للمتلقي عن طريق العقد، وهو ما يعبر عن الركن المادي، أما بخصوص الركن المعنوي فيتمثل في تعمد إفشاء المعرفة الفنية وذيوها بين العامة³⁵⁹. وفي هذا المقام يمكن تطبيق ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 302 من قانون العقوبات³⁶⁰، حيث عاقب على جريمة إفشاء أسرار المؤسسة في انتظار أن يصدر المشرع قانوناً خاصاً بنقل التكنولوجيا والمعارف الفنية.

بالإضافة لما سبق من طرق تعزيز حماية المعرفة الفنية فإنّه يمكن حمايتها أيضاً بالطرق التشريعية وذلك وفقاً للحماية المقررة للأسرار الصناعية والتجارية في الولايات المتحدة الأمريكية، والحماية المقررة للسّر الصناعي في فرنسا، والمعلومات غير المفصح عنها في مصر³⁶¹، أو على أساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية أو العقدية في الجزائر.

ولعلّ ما يسعى إليه المانح من خلال الحماية التي يوفرها للمعرفة الفنية أو الحصرية التي يفرضها عليها بموجب عقد نقل التكنولوجيا لا يشكل أكثر من مطالبة لتنظيم عملية نقل المعرفة الفنية

³⁵⁸ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 137 وما بعدها.

³⁵⁹ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 403.

³⁶⁰ الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات ج. ر عدد 49 الصادرة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون 16-02 المؤرخ في 19 جوان 2016، ج. ر عدد 37 الصادرة في 22 جوان 2016، والذي تنص فيه المادة 302 على: "كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنبي أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخولاً له ذلك يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دينار.

وإذا أدلى بهذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 1500 دينار..."

³⁶¹ محمد مرسي، المرجع السابق، ص 80.

بما يكفي للتصدي إلى محاولات نشرها والاستفادة منها دون مقابل، وذلك في إطار السياسة الموحدة التي يرسمها لتعزيز الشبكة.

وللتذكير، فإنّ نجاح برنامج المانح في نقل المعرفة الفنية لن يكون إلا إذا ترافق ذلك بحماية لهذه الأخيرة في أيّة صيغة كانت، باعتبارها عصب العقد وقاعدته.

الفرع الثاني: توحيد سياسات العمل

كأثر متميز لمحل عقد نقل التكنولوجيا تؤدي وحدة المظهر والتي تعتبر أحد مقومات انسجام الشبكة، إلى تحول العلاقات الداخلية في مشروع المتلقي لتعبر عن سياسة موحدة في العمل بحيث تحل سلطة المانح محل سلطة المتلقي في إدارة مشروعه، فيؤدي ذلك لتراجع استقلالية المتلقي مما يثير التساؤل عن دور المتلقي وعن حدود استقلاله؟.

البند الأول: التناقض بين السلطة الإدارية والسلطة الفنية

إنّ الحفاظ على المظهر العام للشبكة هو التزام يقع على عاتق المتلقي في مواجهة المانح وسائر الأعضاء الآخرين، لأنّ الضرر إن حدث فهو يقع على الجميع بمن فيهم المانح والمتلقين المكونين للشبكة التكنولوجية. غير أنّ المانح وباعتباره قمة الشبكة يكون مسؤولاً عن تقويم الخلل الذي لحق بعمال أو مستخدمين أحد المتلقين من ناحية الدّراية الفنية، وذلك بالرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية بين المانح والعمال، إلا أنه يكون ملتزماً في مواجهته لضمان المستوى العام للشبكة³⁶².

لقد أظهر الواقع العملي أنّ اتباع سياسة موحدة هي من العوامل الأساسية لنجاح استراتيجية المانح، إذ يبرز عنصري الإشراف والإدارة في معرض مباشرته لعملية نقل المعرفة الفنية، فمن جهة تقوم الرابطة الإدارية بين المستخدمين والمشاريع المنضمة تحت لواء الشبكة التي يترأسها المانح، ومن جهة أخرى يخضع المتلقي للرقابة الفنية والتي تملئها ضرورة تجانس أعضاء الشبكة التكنولوجية³⁶³، فيقوم المانح بتقديم المساعدة الفنية إضافة للمعرفة الفنية حتى يتمكن المتلقي من تطبيق هذه التكنولوجيا.

³⁶² Jean Paul CLEMENT, La Franchise commerciale et industrielle, La Franchising, le Franchisage, 2^{ème} édition, Entreprise Modern d'édition, 1983, p33.

³⁶³ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص79.

فصلاحيات المانح تزداد كل ما كان المتلقي غير مستوعب للمعرفة الفنية المنقولة، إذ يقوم المانح في هذه الحالة بتقديم المساعدة الفنية ويقرر كفاية عمال المتلقي من عدمه واستيعابهم للتدريب وإلا تقرر عدم صلاحيتهم ومن ثم خروجهم من علاقة العمل التي لا يكون المانح طرفاً فيها. فبهذا المعنى تنحصر السلطة الإدارية للمتلقي لصالح المانح فيصبح أداة لتنفيذ قراراته خاصة ما تعلق منها بعقد العمل، بينما يترك له أمر توقيع الجزاءات التأديبية الخاصة بحضور العمال والمستخدمين؛ وتوقيت العمل واحترامه؛ وسلوكهم أثناء أداء العمل³⁶⁴، إذ يمكن أن يلجأ المتلقي لضبط المسائل المتعلقة بالإدارة عن طريق نظام داخلي³⁶⁵ يمكنه من تطبيق تعليمات المانح.

ومما لا شك فيه أنّ لاختلال التوازن العقدي دور في اختلال التوازن داخل بناء الشبكة التكنولوجية، إذ تطغى السلطة الفنية للمانح على السلطة الادارية للمتلقي، ومن هنا يتراجع أثر رابطة العمل ليفسح المجال لصالح عقد نقل التكنولوجيا، والذي يربط العلاقات فيما بين أعضائه بمجموعة من المقومات والروابط الفنية الموحدة، فيصبح عقد العمل الذي يربط العامل بالمتلقي مجرد همزة وصل تؤمن دخول العامل لنظام الشبكة، بينما ينظم عقد نقل التكنولوجيا ظروف مباشرة النشاط وتسييره، وبالتالي يصبح العامل خاضعاً لعقد ليس طرفاً فيه، ويكون المانح مشرفاً على تنفيذ عقد عمل ليس طرفاً فيه أيضاً³⁶⁶، فيتراجع دور المتلقي ليصبح مساهماً بأمواله لإتمام المشروع الذي يتحكم فيه المانح.

لكن ورغم خضوع عمال المتلقي للسلطة الإدارية له غير أنهم يفقدون بعض الضمانات القانونية المقررة لهم لطغيان سلطة المانح الفنية على عقد نقل التكنولوجيا، وبالتالي يصبح كل من العمال والمتلقي خاضعين للسلطة الفنية للمانح³⁶⁷. غير أنّ الملاحظ في هذا العقد هو صعوبة الفصل بين

³⁶⁴ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص82.

³⁶⁵ إخلف مختارية، النقابات القانونية والاقتصادية للمؤسسة وتأثيرها على علاقات العمل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012، ص53. النظام الداخلي حسب المادة 77 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 الجريدة الرسمية رقم 17 المؤرخة في 1990/04/25 هو: "وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم لزوماً القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل، والوقاية الصحية والأمن والانضباط....".

³⁶⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص83.

³⁶⁷ Jean Paul CLEMENT, Op. Cit., p33.

السلطة الإدارية التي تربط العمال بالمتلقي والقائمة على رابطة العمل، وبين السلطة الفنية التي تربط كل من العمال والمتلقين الأعضاء في الشبكة الواحدة بالمانح والتي تقوم على المساعدة الفنية.

هذا ويرجع أساس حق المتلقي في اختيار عماله إلى الرغبة في تطوير التكنولوجيا المستوردة وليس فقط إنتاج السلع وتسويقها، فهو يقوم بتدريب عماله على هذه التكنولوجيا والعمل على إتقانهم لها، لذلك يتمتع بالحرية الكاملة في اختيار العمال الذين يعملون لديه، ولكن لا يعدّ انتقاصاً أو مخالفة لهذا المبدأ تزويد متلقي التكنولوجيا بالفنيين المتخصصين لتدريب عماله لأنّ هذا يندرج في إطار الالتزام بتقديم المساعدة الفنية. وبخلاف ذلك فلا يجوز للمانح أن يفرض عماله على متلقي التكنولوجيا، وليس له أن يشترط موافقته السابقة أو اللاحقة على العمال الذين يستخدمهم لأنّ في ذلك انتقاص للحق الطبيعي للمتلقي في اختيار العاملين لديه ولا يجوز أن تتعدى السلطة الفنية أو ما يعرف ببند المساعدة الفنية إلى السلطة الإدارية المخولة للمتلقي في إدارة مشروعه، ولذلك يقع باطلاً كل مخالفة لمبدأ حرية المتلقي في اختيار العاملين لديه³⁶⁸.

فاذا اشترك المانح في إدارة مشروع المتلقي أو تدخل في اختيار العاملين فيجوز إبطال هذا الأمر إن ورد على شكل بند في العقد لأنّ فيه نوع من السيطرة على مشروع المتلقي، مما يمثل عائقاً للاكتساب الحقيقي للتكنولوجيا، أما إذا كان التدخل فقط لتقديم المساعدة الفنية فإنّ الشرط يصبح جائزاً³⁶⁹.

وعلى أساس ما سبق وضع التشريع حداً لتدخل المانح في مشروع المتلقي واعتبر أنّ أيّ شرط يلزم المتلقي بقبول العمال الذين يختارهم المانح يعتبر شرطاً مقيداً³⁷⁰، فقد نص التشريع البرازيلي في المادة الثانية من القانون رقم 15 لسنة 1975 بعدم جواز تضمين عقد نقل التكنولوجيا أي شرط يكون من شأنه تنظيم أو تحديد أو تقييد العمال، ويرفض التشريع المكسيكي في المادة السابعة من القانون الصادر في 1972/12/28 تسجيل أي عقد يتضمن شرطاً يفرض على المتلقي استخدام عمال معينين، أما القانون النيجيري فيرفض تسجيل العقد إذا تضمن شرطاً يلزم المتلقي باستخدام عمال يعينهم المانح بصفة دائمة أو لمدة طويلة وذلك بموجب المادة 2/6 ط من مرسوم إنشاء المكتب الوطني للملكية

³⁶⁸ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص258.

³⁶⁹ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص115؛ محسن شفيق، المرجع السابق، ص29.

³⁷⁰ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص289.

الصناعية، وهو نفس ما جاء به قانون مكافحة تقييد المنافسة الألماني فقد حظر على المانح بأن يقوم بالتدخل في تنظيم أعمال المتلقي³⁷¹.

كما حظرت المدونة الدولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا³⁷² كل الشروط التي تلزم المتلقي باستخدام العاملين الذين يختارهم المانح، ولم يستثن سوى العمال اللازمين في المراحل الأولى من عملية تشغيل المشروع لحين توفر العمال المحليين الذين يتم تدريبهم فنياً بموجب المساعدة الفنية³⁷³.

أما بخصوص الدول النامية فإنّ مثل هذه الحصرية إن صح القول؛ والمتمثلة في تدخل المانح بدعوى انسجام الشبكة، ماهي إلا تطبيق للاستقلال الاقتصادي للدول النامية في مواجهة الدول المتقدمة، لذلك فاستقلال وحرية المتلقي في إدارة مشروعه دون تدخل من المانح يعد من المبادئ العامة في عقود نقل التكنولوجيا وهذا حسب رأي الدكتور Charles COOPER³⁷⁴.

نخلص من ذلك كله أنّ السلطة الإدارية في العلاقة التي تربط بين المانح والمتلقي لا تتعدد للمانح، فتوافر سلطة الإشراف الفني أو ما يعرف بتقديم المساعدة الفنية لا يكفي للقول بوجود علاقة عمل بينهما تكفي لوجود السلطة الإدارية³⁷⁵.

³⁷¹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 256 وما بعدها.

³⁷² نشأت فكرة المدونة الدولية لقواعد السلوك من فكرة إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، حيث صدر قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1713/د16 في ديسمبر 1961 بشأن طلب إعداد دراسة عن آثار براءات الاختراع على اقتصاديات الدول النامية. وفي عام 1972 أصدر مؤتمر الأونكتاد قراره بدراسة الأسس الممكنة لإعداد مشروع دولي بشأن تنظيم التكنولوجيا. وفي عام 1973 أصدر ذات المؤتمر قراراً لدراسة إمكانية وضع مدونة دولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا، وصدر في نفس السنة قرار مؤتمر رؤساء دول وحكومات عدم الانحياز باعتماد مدونة دولية لقواعد السلوك لتنظيم عمليات نقل التكنولوجيا. ثمّ دعت اللجنة الاستشارية للأمم المتحدة لتطبيق العلم والتكنولوجيا في دورتها 19 لسنة 1973 بالإسراع في استكمال المدونة. فأنشأ مؤتمر الأونكتاد خبراء لإعداد مشروع المدونة الدولية لتنظيم عقود نقل التكنولوجيا الذي تمّ تقديمه في الاجتماع الرابع في نيروبي (كينيا) عام 1975؛ للمزيد أنظر: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 348؛ أنظر أيضاً: سعيد يحيى، المرجع السابق، ص 88.

³⁷³ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 259.

³⁷⁴ Charles COOPER, Science Technology and production in the underdeveloped countries, The journal of development studies (London), N 01, October 1972.

³⁷⁵ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 81.

البند الثاني: تراجع استقلالية المتلقي أمام انسجام الشبكة

لعلّ أهم تحدٍ يواجه المتلقي هو الدخول في شبكة نقل التكنولوجيا ومحاولة مسايرة السياسة العامة التي يفرضها المانح، فيكون في مرحلة التوفيق بين النهوض بمشروعه الاقتصادي من جهة، وضرورة المحافظة على استقلاليته كمؤسسة تجارية ناشئة من جهة أخرى.

إذ يثير عقد نقل التكنولوجيا نمطاً معقداً من العلاقات القانونية، فتتداخل العلاقة بين المانح والمتلقي وبين هذا الأخير وعماله؛ لتخلق نوعاً من التساؤل حول ما مدى اعتبار عقد نقل التكنولوجيا يقوم على أساس رابطة العمل التي يحكمها عقد العمل، وهل يعتبر تدخل المانح في عمال المتلقي ومشروعه مجرد تطبيق لسياسة العمل الموحدة أم هي قيد على المنافسة؟.

وللإجابة على هذا التساؤل يبدو أنّ المانح يؤثر ويتأثر بصفة غير مباشرة بمشروع المتلقي، فمن جهة يقوم المانح بتحديد ساعات العمل والعطلات الأسبوعية تماشياً مع ما هو متبع ضمن المشروع الأصلي أو وفقاً لدراسات أجريت خصيصاً على سوق المتلقي، غير أنّ هذا لا يعني وجود تطابق تام بين مشاريع أعضاء الشبكة الواحدة، فقد يكون هناك تفاوت بينهم، يمكن أن يحدده المانح على حسب الاختلافات الاقتصادية والاجتماعية وقوانين العمل المحلية للمتلقي³⁷⁶.

هذا ويرى الدكتور محمد محسن إبراهيم النجار أنّه يمكن تكييف العلاقة التي تربط بين المانح وعمال المتلقي على أنّها علاقة يحكمها عقد الوكالة، فهو في معرض تدخله في عمال المتلقي لا يكون سوى وكيلاً عنه لتنفيذ قراراته، غير أنّ هذا التكييف قد يعترض عليه من عدة جوانب، وقد ردّ عليها:

أ. أنّ الوكالة لا تفترض وإنما تقوم بالاتفاق الصريح بين الطرفين، وهو ما يستخلص بموجب عقد نقل التكنولوجيا عند إدراج شرط إجبارية خضوع المتلقي لأنظمة المانح الفنية، وبالتالي سلطة تقرير الكفاية الفنية والإشراف على العمال. وعليه فالوكالة تستشف من بنود العقد لا بموجب عقد وكالة مستقل.

ب. أنّ الوكيل يستمد سلطته من الأصيل، ومن ثمّ لا يعدّ المانح وكيلاً باعتباره ينفرد بالسلطة الفنية فقط - وهذا راجع لطبيعة عقد نقل التكنولوجيا - ولكون سلطة الوكيل أقل من سلطة الأصيل،

³⁷⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 86.

فهذا الأخير أيّ المتلقي يحتفظ بحقه في تشغيل العامل أو تسريحه وهي سلطة إدارية فقط، وذلك حتى لو توافرت له القدرة الفنية فيما بعد.

ت. يمكن إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة، لكن الأمر يستتبعه إنهاء عقد نقل التكنولوجيا بالإرادة المنفردة.

ث. إنّ الوكالة هي حكمية يفرضها المانح بموجب العقد المبرم مع المتلقي، والتي تمنح المتلقي إمكانية استثمار نجاح المانح في إقليم معين، في حين يستفيد هذا الأخير من الانتشار المتزايد للشبكة ويجني ثمار هذا النجاح³⁷⁷.

وبناء على ما سبق يبدو أنّ علاقة العمل تتداخل مع عقد نقل التكنولوجيا³⁷⁸، من جهة استقلال المتلقين في الشبكة الواحدة وخضوع العمال لهم دون المانح، ومن جهة أخرى في تحديد درجة استقلال المتلقي عن المانح ومدى خضوعه للتبعية الناجمة عن تطبيق قواعد عقد العمل.

بدايةً تنبغي الإشارة أنّ عقد العمل هو تعهد من قبل أحد الأشخاص بأن يعمل في خدمة متعاقد آخر وتحت إدارته وإشرافه في مقابل أجر يتعهد به هذا الأخير ومهما كان نوعه، وبالتالي فإنّ عقد العمل يقوم على عدة عناصر أهمها: الإدارة والإشراف³⁷⁹، فهل ينطبق الأمر على عقد نقل التكنولوجيا، وهل يمكن اعتبار هذا الأخير تجسيداً لعناصر عقد العمل؟.

تقوم أغلب علاقات العمل على أساس تعاقدية، انطلاقاً من مبدأ حرية العمل وحرية التعاقد، وذلك اعتماداً على الوسيلة المعروفة وهي "عقد العمل" الذي يبرم بين العامل وصاحب العمل وفقاً للشروط والأحكام التي تحددها القوانين والنظم المتعلقة بتنظيم علاقات العمل³⁸⁰. كما يخضع عقد العمل كغيره من العقود لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي تلزم بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه العقد بحسن نية.

³⁷⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص84.

³⁷⁸ تكييف عقد الفرانشيز (أحد عقود نقل التكنولوجيا) على أنه عقد عمل؛ أنظر: عروسي ساسية، المرجع السابق، ص84 وما بعدها.

³⁷⁹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص78.

³⁸⁰ إخلف مختارية، المرجع السابق، ص9.

لهذا يمكن اعتبار أنّ رابطة العمل لا تكون سوى بتوفر عنصرين اثنين، أحدهما يتمثل في تخصيص العامل وقته لصالح رب العمل، والثاني يتبلور حول الأجر الذي يتقاضاه العامل والذي يفترض فيه أن يكون المصدر الوحيد لدخله. فإذا ما تمّ تطبيق الأمر على عقد نقل التكنولوجيا وما يحمله من تداخل في العلاقات، يمكن القول أنه بتوافر هذين العنصرين لا حاجة لقيام الرابطة الإدارية بين العامل ورب العمل، إذ ينتفي العنصر الثاني والمتمثل في الأجر في كل من علاقة المتلقي بالمانح، وعلاقة هذا الأخير بعمال المتلقي إذ يتقاضى العامل أجره من المتلقي باعتباره صاحب المشروع وليس من المانح، بينما يخصص العامل وقته لخدمة مشروع في شبكة يترأسها المانح³⁸¹.

مما لا شك فيه أنّ عقد العمل الذي يربط بين المتلقي وعماله لا يعود بالنفع عليه فحسب، وإنما على المانح وسائر أعضاء الشبكة وبطريقة غير مباشرة، كما أنّ العامل في هذه الحالة تنتفي علاقة التبعية بينه وبين المانح، إذ ينبغي أن يكون العامل تحت سلطة المتلقي ويخضع لإشرافه وتوجيهه في تنفيذ العمل³⁸²، وبما أنّ المتلقي يخضع أيضاً لإشراف المانح، فهل يمكن اعتبار أنّ هذا العامل والمتلقي في نفس الوقت يعملون لدى المانح؟.

تفرض التبعية الموجودة في عقد العمل خضوع العامل لأوامر وتعليمات المتلقي لما له من سلطة إدارية ورقابية على مشروعه، كما تنص المادة 8 من قانون علاقات العمل رقم 90-11 على: "تتسأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب، وتقوم هذه العلاقة على أي حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، وتتسأ عنها كافة الحقوق والالتزامات المحددة في القوانين والنظم والاتفاقيات الجماعية".

وما ينبغي ملاحظته والوقوف عليه؛ أنه وباستقراء المادة 8 من قانون علاقات العمل الجزائري فإنّ علاقة العمل هي ما ينشأ بين المتلقي والعامل سواء كانت بعقد مكتوب أو غير مكتوب، أما العلاقة التي تربط المتلقي بالمانح فهي عبارة عن عقد لنقل التكنولوجيا؛ إذ لا تتوفر فيها عناصر عقد العمل المنصوص عليها في القانون 90-11.

وتماشياً مع السياسة الموحدة للشبكة يلتزم المتلقي باستخدام عمال أكفاء قادرين على تطبيق التكنولوجيا المستوردة، وعلى هذا الأساس تنص المادة 79 ق. ت. م.: "يلتزم المتلقي بأن يستخدم في

³⁸¹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 81.

³⁸² علي حسن عوض، الوجيز في شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة للطباعة والنشر، ب.م.ن، 1982، ص 187.

تشغيل التكنولوجيا عاملين على قدر من الدراية الفنية، وأن يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين، على أن يكون اختيار هؤلاء العاملين أو الخبراء من المصريين المقيمين في مصر أو في الخارج كلما كان ذلك متاحاً.

يهدف المشرع المصري من وراء إلزام المتلقي باستخدام عمال أكفاء للنهوض بمشروع هذا الأخير، وللحفاظ على الجودة ومسايرة مشروع المانح الذي يعود بالنفع على الشبكة ككل، كما أن هذا الالتزام يساعد على تعميق فكرة اكتساب التمکن التكنولوجي، إذ من شأن استخدام المتلقي لعمال على درجة عالية من الدراية والمعرفة المساعدة على سرعة تلقي التكنولوجيا وتطبيقها وحتى تطويرها وإدخال التحسينات عليها³⁸³.

تتعرض سياسات عمل المتلقي بما لا يتعارض مع المظهر العام للشبكة وإرادة المانح، إذ تتوقف حرية المتلقي عند هذين الاعتبارين³⁸⁴، غير أن المانح غالباً ما يتجاوز هذه الحدود بحجة المساعدة الفنية، فيخرج عن الإطار العقدي ليطغى الطابع التعسفي على العلاقة، ويتحكم في مشروع المتلقي من الناحية الإدارية والفنية، ويتدخل حتى في وجود العمال.

ولا شك أن تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تشكل ضماناً قوية لاستقرار العامل، وحماية له من تعسف المتلقي أو المانح في تعديل البنود العقدية. غير أن الواقع العملي - خاصة مع السرعة التي تحدث في الميدان التجاري - كثيراً ما يفرض على أطراف علاقة العمل تعديلها جزئياً أو كلياً، دون أن تكون لهم رغبة في ذلك إذ أن مصلحة الشبكة هي ما يفرض هذا التعديل، فهو مجرد قبول أو رضوخ لأمر مفروض³⁸⁵.

إذ يعمد المانح وفي إطار تطبيقه لسياسة العمل الموحدة للتدخل في شؤون المتلقي الإدارية فيقوم بإنهاء مهام بعض العمال تعسفياً؛ ويستند عادة في ذلك إلى سبب اقتصادي³⁸⁶، فيعد مشروعاً في كل الأحوال، وبالتالي لا يمكن منازعته طالما لم يكن العقد محدد المدة، أو كان كذلك وكان هناك سبب يؤدي لإنهاء العلاقة فيقتصر دور القاضي في هذه الحالة للحكم بالتعويض دون إعادة العامل إلى مكان

³⁸³ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص75.

³⁸⁴ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص87.

³⁸⁵ إخلف مختارية، المرجع السابق، ص9.

³⁸⁶ للمزيد حول مفهوم السبب الاقتصادي في تسريح العمال؛ أنظر: نفس المرجع، ص69 وما بعدها.

عمله، غير أنّ ما يثير الجدل في هذه المسألة أنّ التعويض يدفعه المتلقي كما لا يستطيع أن يعترض على قرار إقصاء العامل من مشروعه حتى ولو كان هذا الإقصاء غير مشروع³⁸⁷، وما يبرر ذلك هو الخوف من الاصطدام بالمانح وإلغاء العقد المبرم بينهما بحجة عدم احترام معايير المظهر العام للشبكة.

وفي نفس السياق، وتماشياً مع السياسة التي يفرضها المانح لوحدة الشبكة فإنه إذا أخل المتلقي بهذه السياسة كان مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي لحقت المانح وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية التي تنظمها إرادة الأطراف وتمليها بنود العقد³⁸⁸، غير أنه يجب توافر أركان ثلاثة لانعقاد هذه المسؤولية وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

فخطأ المتلقي في هذا المجال ما هو إلا تقصير في المسلك الذي رسمه المانح وخروج عن السياسة العامة في العمل، فهو لا يقع من شخص آخر وجد في نفس الظروف. إذاً فمسؤولية المتلقي عن خطئه الشخصي تتعدّد في حالة إخلاله بالتزام من الالتزامات التي تمسّ بالشبكة ومظهرها العام الذي على أساسه يبنى عقد نقل التكنولوجيا ونجاح المانح على حد سواء، لأنّ المتلقي يتعين عليه بذل جهد لضمان الوفاء³⁸⁹.

أما وقوع الضرر فهو الركن الثاني لتحقيق المسؤولية، والضرر إما أن يكون مادياً أو معنوياً، وأياً كان نوع الضرر الذي لحق المانح فإنّ الفقه والقضاء يسويان بين نوعي الضرر من حيث وجوب التعويض عنهما³⁹⁰، ولوقوع الضرر وتحققه يجب أن يتوافر فيه شروط وهي:

أ. أن يكون الضرر محقق الوقوع أو مؤكداً:

فلا يكفي مجرد وقوع الضرر، وإنما يجب أن يكون محققاً؛ بما يعني ألا يكون محتمل الوقوع أو مفترضاً بل يجب أن يكون الضرر قد وقع فعلاً أو مؤكداً وقوعه مستقبلاً³⁹¹.

³⁸⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 83.

³⁸⁸ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص 169.

³⁸⁹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 310.

³⁹⁰ نفس المرجع، ص 319.

³⁹¹ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص 177.

ب. أن يكون الضرر مباشراً:

ويقصد به الضرر الناتج طبيعياً عن إخلال المتلقي بأحد التزاماته، وعلى هذا الأساس يلتزم المتلقي الذي يخرج عن السياسة التي وضعها المانح لتوحيد الشبكة من خلال عقد نقل التكنولوجيا، بتعويض المانح.

أما عن علاقة السببية فيجب أن يكون الخطأ الذي قام به المتلقي هو المسبب للضرر الذي على أساسه تنعقد المسؤولية العقدية ويجب التعويض.

وفي الأخير يمكن القول، أن عقد نقل التكنولوجيا يخلق نوعاً من التناقض بين أطرافه، بحيث تقتصر العلاقات على عنصرين متوازيين: أولهما خضوع أعضاء الشبكة للمانح، والثاني تمتعهم بالاستقلال؛ هذا العنصر هو ما يميز هذا العقد عن عقد العمل. وبالتالي فإن الإشراف والمساعدة الفنية التي يقدمها المانح للمتلقي لا ينبغي أن تؤثر على استقلال المتلقي، باعتبار هذا الأخير هو من يتحمل مخاطر مباشرة النشاط والاتصال بالعملاء في حين يهدف المانح لتنمية الشبكة بتداخل هذين العنصرين المعبران عن جوهر العقد، وهو أثر مباشر لتداخل العناصر المكونة للحزمة التكنولوجية³⁹².

³⁹² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 85.

الفصل الثاني

انعكاس هيمنة المانح على علاقة المتلقي بالغير

إنّ صلاحية المانح في الحق الذي يملكه على المعرفة الفنية تمكنه من التسلط والاستئثار به، غير أنّ هذه النظرة إلى الحق ليست هي الوحيدة، بل يجب النظر إليه من زاوية أخرى، وهي النظرة إلى الحق من قبل الغير. فذلك الاستئثار هو على قيمة معينة في مواجهة الغير، بمعنى أنّ ذلك الحق يسري في مواجهة الغير وإلا أصبح دون معنى³⁹³. إذ تؤثر العلاقات في عقد نقل التكنولوجيا وتتأثر بدخول أطراف خارج العلاقة التعاقدية، مما يجعل الأمر أكثر تعقيداً، ذلك أنّ التداخل الذي يعرفه عقد نقل التكنولوجيا في المكونات العقدية أو ما يعرف بالحزمة التكنولوجية³⁹⁴ يشكل كياناً واحداً في مواجهة الغير، بالرغم من أنّ هذه المقومات منها ما هو مملوك للمانح ومنها ما هو مملوك للمتلقي، غير أنّ هذا التداخل ما يلبث أن يزول بمجرد تعرض مشروع أحدهم للخطر³⁹⁵.

هذا وغالباً ما يتولى المانح تنظيم عقد نقل التكنولوجيا من خلال فرضه سلوكاً نموذجياً على المتلقي، وذلك بغرض تنمية وتطوير الشبكة، لا سيما وأنّ هذا العقد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والتي يكون للمتعاقدین فيها ولعنصر الثقة المتبادلة بينهما الاعتبار الأكبر، غير أنّ التدخل المستمر في تلك العلاقة يخلق نوعاً من الهيمنة على مشروع المتلقي ويحدّ من منافسته. ولذلك يصبح الوجود القانوني للمتلقي يعبر عن تناقض في القواعد القانونية، فمن جهة يعترف له بالشخصية القانونية ومن جهة أخرى تكون هذه الشخصية ناقصة على اعتبار عدم تمكنه من اكتساب العناصر الجوهرية المكونة لهذا العقد³⁹⁶.

وعلى ضوء ما سبق، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، على أن يكون المبحث الأول خاصاً بتراجع مصالح المتلقي كأثر لهيمنة المانح، والمبحث الثاني متعلقاً بتباين الاعتبار الشخصي للمتلقي في علاقته مع الغير.

³⁹³ علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص30.

³⁹⁴ ما يعرف بالعناصر الخادمة أو المقومات المعنوية؛ أنظر: وفاء مزيد فحوط، المرجع السابق، ص381.

³⁹⁵ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص93.

³⁹⁶ نفس المرجع، ص96.

المبحث الأول: تراجع مصالح المتلقي كأثر لهيمنة المانح

إنّ رغبة المانح في تطوير نجاحه عبر عقد نقل التكنولوجيا، وإيقائه على مركزه القوي كمشروع يتزعم الشبكة التكنولوجية تجعله يؤكد على ضرورة وضع إطار عام أكثر حزمًا للعمل مع المتلقي، مما يعني استمرار الهيمنة الاقتصادية، والتي تؤدي بدورها لتراجع مصالح المتلقي، بحيث تظهر بصورة أوضح كلما نظرنا لمشروع المتلقي والذي يتميز بالإزدواجية من حيث المظهر والتسيير (المطلب الأول) هذا من جهة، ومن جهة أخرى يبرز الالتزام بالضمان كأحد آثار هذه الهيمنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر الإزدواجية على مشروع المتلقي

إذا كان المانح يخول للمتلقي بموجب عقد نقل التكنولوجيا حق استعمال المعرفة الفنية ضمن مشروعه، فإنّ مشروع هذا الأخير يظهر في مواجهة الغير بمظهر مزدوج، فهو تارة ملك للمانح نظراً لسلطاته الواسعة على المشروع والتي يستمدّها من العقد المبرم بينهما، وتارة أخرى ملك للمتلقي باعتباره صاحب الفكرة في استيراد المعرفة الفنية، غير أنّ كل هذا يؤثر على العلاقة مع الغير من ناحيتين: أولاً ما تعلق منها بملكية المتلقي لعناصر مشروعه (الفرع الأول)، والثانية في الإلتزام الذي يمنحه المتلقي للغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقلص ملكية المتلقي للمقومات المعنوية

يظهر المتلقي وهو بصدد مباشرة نشاطه بمظهر المالك، وتتصرف هذه الملكية بحسب مظهرها إلى كافة العناصر المكونة للمشروع، إذ لا يستطيع أجنبي عن العقد تبين خلاف ذلك إلا إذا تمعن في العلاقة التي تربط بين المتلقي والمانح، والتي يمتلك فيها هذا الأخير كل المقومات المعنوية والتي تمثل البنيان القانوني لمشروع المتلقي³⁹⁷.

³⁹⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص95.

إذ يخول حق الملكية الذي يتمتع به المانح على المقومات المعنوية -خاصة المعرفة الفنية- صلاحية استعمالها واستغلالها والتصرف فيها³⁹⁸، وهو الأمر الذي لا يتاح للمتلقي بعد أن اكتسب هذه المقومات ضمن مشروعه لاستخدامها وتطويرها.

ومن الثابت أنه لتحديد مدى تقلص ملكية المتلقي لمقوماته المعنوية من عدمه يجب الرجوع للأحكام العامة التي تعالج الملكية والحقوق المتجزئة عنها.

فموجب المادة 78 من ق.ت.ج. التي تنص على: "تعدّ جزءاً من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري. ويشمل المحل التجاري إلزامياً عملاءه وشهرته. كما يشمل أيضاً سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الايجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك". ومن ثمّ يتضح من نص هذه المادة أنّ المحل التجاري يتكون من مجموعة الأموال المنقولة اللازمة للإستثمار التجاري، بحيث يمكن تقسيم عناصره لمجموعة عناصر مادية مثل البضائع والمعدات والآلات، وعناصر معنوية والتي تضم الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والحق في الايجار والاسم التجاري والعنوان التجاري وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية. إنّ هذه العناصر الأخيرة هي التي تقوم عليها مشكلة التنازع في مشروع المتلقي، باعتباره لا يملك منها إلا القليل إن صحّ التعبير، إذ وتطبيقاً لعقد نقل التكنولوجيا فإنّ المتلقي يستورد كافة هذه العناصر من المانح وذلك تجسيداً لنجاحه في بلد آخر، غير أنّ عدم امتلاك هذه العناصر ضمن المشروع يثير التساؤل عن ماهي الحقوق التي يكتسبها المتلقي على مختلف العناصر المعنوية³⁹⁹ التي يبنّي عليها مشروعه، فهل يعتبر ذلك كحق ملكية أو مجرد حق انتفاع؟.

البند الأول: حق المتلقي على المقومات المعنوية لمشروعه

إنّ حق الملكية ينطوي على عناصر ثلاثة: هي استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وهذه العناصر إذا تثبتت مجتمعة في الملكية التامة لشخص واحد هو المالك، وقد تثبتت منفردة عندما ينزل

³⁹⁸ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص82.

³⁹⁹ إذ تعتبر هذه العناصر عن جوهر المشروع لأنّ أهميتها تفوق العناصر المادية، لذا فهي تلعب دوراً هاماً في تحديد مدى نجاح المشروع من عدمه.

المالك لغيره عن إحدى سلطاته في الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف وبذلك تتجزأ الملكية إلى أجزاء يكون كل جزء منها حقاً عينياً مستقلاً بذاته⁴⁰⁰.

فالملكية إذن حق يخضع شيئاً مادياً لسلطة شخص معين تسلطاً حاجزاً ومانعاً لكل تسلط مماثل من قبل الآخرين⁴⁰¹، إذ يمنح حق الملكية سلطات واسعة على الشيء المملوك.

هذا وقد عرّف المشرع حق الملكية في المادة 674 ق.م.ج. على أنه: "حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة". وعلى ذلك فقد عرّف المشرع هذا الحق من جهة الصلاحيات المخولة لصاحبه ومن جهة طبيعته المقيدة. وعلى هذا الأساس يكون لصاحب حق الملكية مجموعة من السلطات على الشيء المملوك له تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه، فصلاحيّة الاستعمال تمكن الشخص من أن يستفيد من هذا الشيء عن طريق استعماله مادياً، فيتحصل على منافعه التي أعدت له، دون المساس بجوهره. ويتمثل استعمال الشيء في استخدامه فيما أعد له عن طريق الأعمال المادية دون الأعمال القانونية. أما عن الاستغلال فيقصد به استثمار هذا الشيء من قبل المالك للحصول على ثماره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبصفة منتظمة ودون المساس بجوهره. ويراد بصلاحيّة التصرف استعمال الشيء استعمالاً يستنفذ معه سلطات أو حق المالك كلياً أو جزئياً. وقد تتمثل صلاحيّة التصرف في عمل مادي أو عمل قانوني يترتب عنه انقضاء حق المالك⁴⁰².

أما من ناحية المزايا والخصائص التي يخولها حق الملكية لصاحبه، فهو حق جامع⁴⁰³ ينطوي على كل السلطات التي يمكن للشخص امتلاكها على شيء ما، فيخوله سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، فهو خالٍ من كل قيد، فلا يلزم المالك لهذا الحق سوى اثبات ملكيته وفق الطرق المقررة قانوناً لذلك، في حين يتحمل الغير اثبات العكس. وهو حق مانع يستأثر مالكة بجميع مزايا الملكية دون غيره، ولا يشارك المالك فيه أحد وليس لأي كان أن يتولى شؤون ملكية غيره. كما يعتبر حق الملكية

⁴⁰⁰ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية 2، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص340.

⁴⁰¹ حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، الطبعة 4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص59.

⁴⁰² علي فيلاي، المرجع السابق، ص80 وما بعدها.

⁴⁰³ حسن كيرة، المرجع السابق، ص64.

حقاً دائماً دوام الشيء المملوك، ولا ينقضي إلا بانقضائه، وبالتالي فلا يمكن تقييد حق الملكية بمدة معينة وذلك نظراً للطبيعة التي يتميز بها⁴⁰⁴.

وبناء على ما سبق فمن كان له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله واستغلاله وحق التصرف فيه، وبذلك تستجمع بيده كل السلطات التي يمنحها القانون عليه، وهو ما لا يتأتى للمتلقي الذي لا يمتلك العناصر المعنوية لمشروعه والتي تعتبر أساساً لهذا العقد، فهو لا يستطيع التصرف فيها وفق الصلاحيات المخولة قانوناً هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ ملكية هذه العناصر تعود للمانح وهو الوحيد الذي يكون له حق التصرف فيها، وماهي بيد المتلقي إلا بموجب عقد نقل التكنولوجيا الذي يخوله سلطة الاستعمال والاستغلال فقط.

وبالتالي يتولد هذا الحق كانعكاس للواجب⁴⁰⁵ الذي يتحمله المتلقي بمقتضى القواعد التي يملئها المانح بموجب عقد نقل التكنولوجيا، فلا يستند المتلقي إذاً لحق ملكية على محله أو مشروعه، فالعناصر المعنوية المكونة له مملوكة للمانح هذا من جهة، كما أنّ وجود المحل مرهون بالمدة المحددة في العقد من جهة أخرى⁴⁰⁶.

البند الثاني: المقاربة بين حق المتلقي وحق الانتفاع

يجب التنويه بداية إلى أنّ عقد نقل التكنولوجيا وكأصل عام لا يزيل حق المانح في المعرفة الفنية والعناصر المعنوية الأخرى رغم تمكين المتلقي منها، فهو عقد لا ينزع حق الملكية من صاحبها أو الحقوق المتفرعة عنها⁴⁰⁷. إذ يستعمل المتلقي الحقوق التي تخولها العناصر المعنوية التي يتحصل عليها من المانح، وذلك في الحدود المبينة في عقد نقل التكنولوجيا، إذ تخوله الحق في الاستغلال، وبهذه الصورة يطرح التساؤل هل يمكن اعتبار الحق الذي يتمتع به المتلقي هو حق انتفاع؟.

نظراً للعلاقة التي تربط المانح بالمتلقي بموجب عقد نقل التكنولوجيا؛ فإنّ هناك علاقة أخرى تنشأ بصفة مباشرة بين كل من المتلقي والعناصر المكونة لهذا العقد بموجب حق الانتفاع، إذ يقتصر

⁴⁰⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها.

⁴⁰⁵ أنظر في ذلك النظرية الخالصة للقانون والتي بموجبها يرى Kelsen أنّ الحق هو انعكاس للواجب؛ نفس المرجع، ص 18.

⁴⁰⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 98.

⁴⁰⁷ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص 122.

دور المانح على إمداده فقط بالمقومات دون أن يكون وسيطاً في استغلالها⁴⁰⁸. فتقرير أحد هذه الحقوق يؤدي إلى توزيع سلطات صاحب الشيء لصالح صاحب الحق العيني فيصبح كل من الاثنین يتمتعان بنوع من الملكية الناقصة على الشيء⁴⁰⁹.

إنّ حق الانتفاع يشمل سلطتي الاستعمال والاستغلال دون التصرف، فهو حق متفرع عن حق الملكية والذي بموجبه تبقى سلطة التصرف للمالك⁴¹⁰. فهو حق عيني يخول المتلقي حق استعمال هذه المعرفة وباقي العناصر المعنوية الأخرى واستغلالها مع المحافظة عليها وردها للمانح عند انتهاء الحق، وبمعنى آخر عند انتهاء العقد.

هذا ويتوجب على صاحب حق الانتفاع أن يستعمل الشيء بحسب الحالة التي تسلمه بها وأن يديره إدارة حسنة⁴¹¹، وأن يستغله بحسب ما ورد في العقد، أضف إلى ذلك أن يبقي مواصفاته سرية وهذا تطبيقاً لعقد نقل التكنولوجيا.

كما أنّ من خصائص حق الانتفاع⁴¹² أنه يعطي للمنتفع ميزة استعمال الشيء المملوك للمالك واستغلاله؛ لكن بالمقابل لا يمكن له التصرف فيه، لأنّ ميزة التصرف تبقى للمالك، وبذلك يتجزأ حق الملكية عند نشوء الانتفاع إلى جزئين، جزء يختص به المنتفع ويشمل الاستعمال والاستغلال، وجزء آخر يظلّ للمالك. وعلى هذا يجوز لصاحب حق الانتفاع النزول عن هذا الحق أو التصرف فيه، كما يجوز لمالك الشيء التعاقد على الرقبة وحدها دون حق الانتفاع⁴¹³.

وتطبيقاً لذلك على عقد نقل التكنولوجيا يبدو وجود تشابه بين حق المتلقي على المقومات المعنوية للمشروع وحق الانتفاع، لأنّ كليهما يتمتع فيه الشخص باستغلال شيء معين مع بقاء الملكية للآخر، في حين يستفيد المتلقي أو المنتفع من استثمار موضوع العقد أو حق الانتفاع خلال تلك

⁴⁰⁸ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص93.

⁴⁰⁹ مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية، الجزء الأول، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، دس.ن، ص77.

⁴¹⁰ حسن كيرة، المرجع السابق، ص266. تناول المشرع حق الانتفاع في المواد من 844 إلى 854 ق.م.ج لكنه لم يقد بتعريفه، غير أنّ الفقه عرفه على أنه: "حق الاستعمال وحق الاستغلال دون التصرف"، للمزيد من التعريفات أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، المعارف، 2002، ص73.

⁴¹¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص92.

⁴¹² حسن كيرة، المرجع السابق، ص266 وما بعدها.

⁴¹³ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص362.

المدة⁴¹⁴. وعلى المتلقي أو المنتفع أن يحافظ على العناصر المنتفع بها، وأن يبذل في إطار تنفيذ ذلك عناية الرجل المعتاد⁴¹⁵. وبالتالي فإن استغلال المتلقي للمعرفة الفنية ومختلف العناصر المعنوية لمشروعه يجب أن يوثي ثماره، أي يجب أن تجسد هذه المعرفة في شكل تقنيات ومنتجات، إذ أن ذلك هو ما يحولها بالفعل لمال بالمعنى الاقتصادي⁴¹⁶.

وعلى نقيض ما سبق ذكره، يلتقي حق الانتفاع والحق الذي يكتسبه المتلقي على المعرفة الفنية بموجب عقد نقل التكنولوجيا من حيث أن كلاهما ينتفع بشيء لا يملكه ولمدة معينة، ولكن في الحقيقة فهما يختلفان في عدة جوانب منها:

- إن حق المنتفع هو حق عيني، في حين أن حق المتلقي هو حق شخصي.
- يستطيع المنتفع أن يباشر سلطة مستقلة على الشيء المنتفع به دون وساطة مالك الرقبة، فالمطلوب من هذا الأخير هو ترك المنتفع لمباشرة حقوقه دون أن يلتزم في مواجهته بأي التزام، في حين أن المتلقي - باعتبار أن حقه مرتبط بالمانح - لا يستطيع أن يباشر حقه على المعرفة الفنية إلا عن طريق المانح، فهذا الأخير ملزم بمقتضى عقد نقل التكنولوجيا بالالتزام إيجابياً (المساعدة الفنية) هو أن يمكن المتلقي من الانتفاع بالمعرفة الفنية وأن يقدم له كل ما يستلزم ذلك.
- يكتسب حق المنتفع بالتصرف القانوني وبالتقادم، في حين أن المتلقي لا يكتسب حقه إلا بالعقد.
- قد يكون حق المنتفع بعوض وقد يكون بغير عوض، في حين أن حق المتلقي هو دائماً بمقابل وإتاوة دورية.
- ينقضي حق الانتفاع بموت المنتفع⁴¹⁷، غير أن الأمر ليس كذلك في عقد نقل التكنولوجيا، فحتى ولو كان هذا الأخير يستند لحق شخصي إلا أنه يجوز أن ينتقل هذا الحق لورثة المتلقي بعد وفاته خاصة إذا كان الورثة قد استمروا في إدارة المشروع، كل هذا ما لم يوجد نص في العقد يقضي بخلاف ذلك⁴¹⁸.

⁴¹⁴ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص105.

⁴¹⁵ المواد من 846 إلى 849 ق.م.ج.

⁴¹⁶ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص266.

⁴¹⁷ حسن كيرة، المرجع السابق، ص266.

⁴¹⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص106.

- للمنتفع أن يقوم بجميع أعمال الإدارة، فله أن يؤجر الشيء المنتفع به، كما يحق له أن يرهنه وأن ينزل عنه، ثم إن له الحق في مباشرة الدعاوى التي تكفل حمايته، في حين أنه لا يتأتى للمتلقي ما سبق ذكره نظراً للطابع الخاص للمعرفة الفنية محل العقد، وفي ذلك تنص المادة 81 ق.ت.م. على أنه: "لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها"، والحقيقة أن هذا النص ماهو إلا تجسيد للواقع القائم والذي يعتبر أن المانع هو الشخص الأقدر على تحديد الطرف الذي تنتقل إليه معلومات التكنولوجيا أو يصرح بها. وذلك على أساس أن هذا العقد هو قائم على الاعتبار الشخصي، لأن أي محاولة يقوم بها المتلقي لإدخال طرف في العقد يؤدي لهدم هذا الاعتبار إلا إذا أذن له المانع بذلك صراحة في العقد، على أن يلتزم المتلقي الجديد بكافة الالتزامات الواردة في العقد الأصلي خاصة مسألة السرية⁴¹⁹.

وتظهر أهمية هذا الشرط عندما تكون التكنولوجيا في شكل معرفة فنية تتميز بالسرية فيعدّ التزام المتلقي بعدم الترخيص من الباطن امتداداً طبيعياً لالتزامه بالسرية⁴²⁰. ومن هنا يظهر جلياً أن حق المتلقي على عناصر مشروعه هو حق مقيد، إذ لا يستطيع بموجب حق الاستغلال الذي منح له أن يقرر حقوقاً للغير إلا بموافقة المانع.

وفي الأخير يمكن القول أنه قد يعترض على تكييف حق المتلقي على العناصر المعنوية لمشروعه على أنه حق انتفاع كون المانع لا يتخلى بموجب عقد نقل التكنولوجيا عن حقه في الاستغلال، وإنما يصبح الاستغلال مزدوجاً بالنسبة للطرفين في العقد ذاته، ومشاركاً بالنسبة لأطراف الشبكة ككل. ولذلك فإن حق الانتفاع يعدّ تكييفاً مقبولاً للإزدواجية المستعملة على عناصر عقد نقل التكنولوجيا⁴²¹، غير أنه حق مقيد بموجب الأحكام الخاصة التي تملئها طبيعة العقد.

⁴¹⁹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص166.

⁴²⁰ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص76-77.

⁴²¹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص94.

الفرع الثاني: حدود ائتمان المتلقي

يقتضي عقد نقل التكنولوجيا ووفقاً لما سبق بيانه⁴²² وجود استقلال بين أطرافه -المانح والمتلقي- غير أنّ هذا الاستقلال ما يلبث أن يتراجع نظراً لتضارب مصالح الطرفين، والذي يعتبر نتيجة حتمية للهيمنة التي يفرضها المانح على هذا العقد، والتي تؤثر بشكل مباشر على ائتمان المتلقي فتضعفه، ولهذا نتساءل عن التكييف القانوني لائتمان المتلقي مع العلم أنّ العناصر المعنوية له مملوكة للمانح؟ وماهي حدود هذا الإئتمان؟.

البند الأول: الضمان العام للدائنين

يتحدد ائتمان المتلقي بناء على ملكيته، لكن وباعتبار المتلقي لا يملك سوى حق انتفاع على عناصره المعنوية، فإنّ ذلك يطرح التساؤل عن حماية الغير ضمن هذا الوضع، وهل يمكن أن يقدم المانح كفالة حتى يضمن هذا المتلقي في مواجهة أي خطر؟.

تعتبر أموال المتلقي جميعها ضامنة للوفاء بديونه فهي الضمان العام للدائنين⁴²³، فإذا لم يتم المتلقي بالوفاء جاز للدائنين التنفيذ على أمواله جبراً، ويترتب على ذلك حرية الدائنين في استيفاء حقوقهم بالتنفيذ على أيّ مالٍ مملوك للمتلقي وقت نشوء الدين أو بعد ذلك، شريطة أن يكون من الأموال القابلة للحجز عليها، فإذا أراد الدائنين الحجز على مشروع أو محل المتلقي فكيف سيتم ذلك؟ إذ أنّ الوضع الظاهر يثبت ملكية عناصره للمتلقي في حين أنّ الأمر بخلاف ذلك.

ومن جهة أخرى؛ ثمة دلائل تضاف إلى ما تقدم، ففي بعض الأحيان يوجد الدائن في مركز متميز يمكنه من استيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين، حيث يخوله المشرع رفع دعوى مباشرة ضد مدين مدينه، ويصبح بمقتضاها دائناً شخصياً لمدين مدينه، وله أن يستأثر بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين، وبالتالي يمكنه وبصورة مباشرة وشخصية من استيفاء حقه من مدين المدين، فإن طبقنا الأمر على عقد نقل التكنولوجيا وتأسيساً على ما سبق يصبح للدائن حق مباشر وشخصي على

⁴²² تمّ التعرض لذلك في الفصل الأول من هذا الباب، ص10 وما بعدها.

⁴²³ كما أنّ الدائن حر في اختيار ما يشاء من أموال المدين للتنفيذ عليها، فالقانون لا يفرض على الدائن مالاّ معيناً للتنفيذ عليه؛ أنظر: عثمانى عبد الرحمان، الأبعاد الحقيقية لقاعدة الضمان العام ومدى ارتباطها بفكرة السند التنفيذي في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، مجلة الاتحاد، العدد الرابع، السنة الخامسة، منشورات دار المحامي، سيدي بلعباس، ديسمبر 2014، ص189.

المانح باعتباره مديناً للمتلقي والعكس. كما يستطيع الدائن أن يحبس المال الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفي حقه المرتبط بهذا الشيء فهو ضمان خاص للدائن، والذي يكون مديناً في ذات الوقت لمدينه⁴²⁴.

فلو فرضنا أن المتلقي وهو بصدد بيع البضاعة التي تحمل العلامة التجارية للمانح قد تقاعس في تنفيذ التزامه فقرر الدائن حبس البضاعة الموجودة في مخازنه، فماذا سيكون موقف المتلقي في مواجهة المانح؟ خاصة أنه قد يسبب له ضرراً بالغاً باعتباره يتعامل بعناصره المعنوية التي منحت له بموجب عقد نقل التكنولوجيا.

إن العناصر المعنوية التي يقدمها المانح للمتلقي لا تدخل ضمن ائتمانه إلا في الحدود التي نص عليها العقد أو جرى عليها العرف أو ما يفرضه حسن النية في التعامل، وإن حدث ذلك فإنه يعتبر بمثابة كفالة عينية، على أساس أن المانح يبقى محتفظاً بهذه العناصر المعنوية، أما استناد المتلقي لهذه العناصر في الضمان فإنه يعتبر التزاماً مستقلاً عن العقد الأصلي، وبالتالي يمكن القول أن الحق الذي ينشأ للمتلقي على هذه العناصر يمكن أن يكون بموجب العقد أو باتفاق لاحق، إذ يلعب الائتمان دوراً مهماً في العقود بصفة عامة وفي عقود نقل التكنولوجيا بصفة خاصة - نظراً للطابع الخاص لمحل العقد-، ولا يمنح المانح هذا الائتمان إلا للمتلقي الموثوق به. أما عن العناصر المعنوية المنتفع بها فلا يمكن أن يرد عليها سوى حق انتفاع واحد، وبالتالي فإن المتلقي لا يستطيع التصرف في المعرفة التكنولوجية وكافة العناصر المعنوية للمشروع لأنه صاحب حق شخصي فقط، ولا يستطيع السماح لغيره باستغلالها ولا أن يتنازل عنها ما لم يتفق على خلاف ذلك في العقد⁴²⁵.

وأمام ضعف الضمان العام الذي يقدمه المتلقي وعدم كفايته، يمكن للمانح أن يضم ذمته إلى ذمة المتلقي لضمان الوفاء بحق الدائن، فتصبح بذلك المسؤولية متعددة وتضامنية؛ ويتعدد بالتالي الضمان العام للدائنين، فإذا لم يستطع المتلقي الوفاء بالدين جاز للدائن الرجوع على المانح، وما يقوم به هذا الأخير لا يكون سوى تأميناً لعدم الإضرار بمصالحه باعتباره مشتركاً مع المتلقي في العناصر المعنوية هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليتوقى الإضرار بمصالح الشبكة. كما أن التزام المانح بتقديم المساعدة

⁴²⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 273-274.

⁴²⁵ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 107.

الفنية ماهو إلا إجراء لمراقبة تصرفات المتلقي، والتي يمكن أن تؤدي لإضعاف الضمان؛ وبالتالي فقدان الائتمان.

وعلى هذا الأساس يمكن أن يلزم المانح المتلقي أحياناً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك بهدف تعزيز الائتمان أو تفادي التصرفات التي تسيء للمركز المالي للمانح، ولعل أبرز تلك الصور، أن يرد في عقد نقل التكنولوجيا شرط المنع من التصرف، كأن يشترط عدم بيع البضاعة إلى غاية تسديد القسط الدوري مثلاً. كما يمكن أن يقدم المانح خطابات الثقة إلى الدائنين وذلك بقصد تعزيز الثقة بهم، على أن يتعهد فيه وبعبارة مطمئنة بأنه سيقوم عند الاقتضاء بمساعدة المتلقي على الوفاء أو حثه على ذلك⁴²⁶. وما تصرف المانح على هذا النحو إلا دليل على خوفه من عدم قيام المتلقي بعمله على أكمل وجه، مما يؤدي للمساس بسمعته التجارية، خاصة وأن المتلقي يتعامل بعناصره المعنوية، وبالتالي فإن ذلك يعكس ازدواجية المظهر الذي يضطلع به مشروع المتلقي.

البند الثاني: رهن المحل التجاري

تعتبر القواعد العامة في الوفاء أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وأن جميع الدائنين متساوين في هذا الضمان، ومع ذلك قد لا يتوفر ضمان كافي للدائن مما يجعل المدين يسعى لزيادة هذا الائتمان وتعزيزه وذلك عن طريق تقديم ضمانات كالرهن⁴²⁷.

فالإئتمان يعني الثقة ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة محددة، ولا يمنح الدائن هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه، وتتبع هذه الثقة في المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات للوفاء⁴²⁸.

إذ يُقدم المتلقي عادة على رهن محله التجاري⁴²⁹ -المكون من المنقولات المادية والمعنوية- رهنًا حيازياً، وذلك حتى يستفيد من التسهيلات الائتمانية التي تمنحها البنوك مقابل هذا الضمان، فهل يمكن أن يقوم المتلقي برهن محله على سبيل الضمان؟.

⁴²⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 285-287.

⁴²⁷ عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 112.

⁴²⁸ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 267.

⁴²⁹ للمزيد حول إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون؛ أنظر: عمورة عمار، المرجع السابق، ص 213.

الرهن هو حق عيني تبعي؛ يخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين، بحيث يستطيع حبسه والتنفيذ عليه لاستيفاء دينه⁴³⁰. وللدائن المرتهن الحق في تتبع الشيء المرهون في أي يد ينتقل إليها إذا خرج هذا الشيء من يده دون إرادته أو دون علمه، واسترداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة. وبالتالي على الدائن المرتهن الالتزام باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، كما لا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون تقديم مقابل إلا بإذن الراهن، فإذا طالب هذا الأخير بأن يستثمر الشيء المرهون فعلى الدائن المرتهن تنفيذ ذلك وأن يستعمل جميع الحقوق المتعلقة به لحساب الراهن، وأن يقبض قيمته وأرباحه الناتجة عنه عند استحقاقها، على أن يخصم الدائن المرتهن من قيمة ما قبضه من مبالغ ما يكون قد أنفقه في سبيل المحافظة على هذا الشيء، وما تبقى يخصم من أصل الدين المضمون بالرهن، ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك⁴³¹، وهو ما تؤكد المادة 953 ق.م.ج. بقولها: "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاده، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون".

إذا قام المتلقي برهن محله التجاري فإن ذلك يؤدي لانتقال الملكية إلى الدائن المرتهن، وبالتالي حرمان المتلقي منه لحين سداد الدين أو يجري عليه التنفيذ⁴³²، ولكن الإشكال الذي يطرح في هذا المجال أن المحل المرهون يحتوي على عناصر معنوية ملك للمانح، فهل بالإمكان رهنها؟.

قضت المادة 118 ق.ت.ج. على أنه: "يجوز الرهن الحيازي للمحلات التجارية، دون حاجة لغير الشروط والاجراءات المقررة بموجب الأحكام التالية: لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديداً لها". إذ كان بإمكان الدائن المرتهن وفي فترة سابقة أن يحبس الشيء المرهون ضماناً لدينه فإذا حلَّ أجل الاستحقاق وتخلف المدين عن الوفاء كان للدائن الحق في تملك الشيء المرهون، ولكن هذا الحل ألغي نظراً لما فيه من إجحاف في مواجهة المدين، كما أن قيمة الشيء المرهون غالباً ما تفوق قيمة الدين⁴³³.

⁴³⁰ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص113.

⁴³¹ عمورة عمار، المرجع السابق، ص56-66.

⁴³² فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص214.

⁴³³ نفس المرجع، ص230.

كما أنّ نقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن قد يتعارض مع المصالح التي يرغب بها أطراف عقد نقل التكنولوجيا، لأنّ الأمر لا يخلو من الإضرار بمصالحهم، فذلك سيحرمهم من عنصر من عناصر الإنتاج له أهمية كبيرة في هذا المجال، ويترتب على رهنه وقف النشاط⁴³⁴.

وبالتالي فلا يترتب على رهن المحل التجاري انتقال حيازته للدائن المرتهن، بل يظلّ المدين الراهن على رأس تجارته مما يمكنه من الاستمرار في استغلال محله⁴³⁵. والحكمة من عدم انتقال حيازة المحل التجاري المرهون تتمثل في تيسير الائتمان التجاري، لأنّ في انتقال الحيازة ما يحرم المدين الراهن من استغلال عنصر من عناصر الانتاج المفيدة في حياته التجارية⁴³⁶.

هذا وقد نصت المادة 119 ق.ت.ج بأنّ رهن المحل التجاري يشمل عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الاجارة والزيائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وبوجه عام جميع حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية التي ترتبط بالمحل. وهذه العناصر التي أجاز المشرع رهنها ورد ذكرها على سبيل الحصر، ويجوز أن يشملها الرهن كلها كما يجوز أن يتفق الطرفان على رهن بعض منها، ولا يقيد ذلك إلا أن تكون هذه العناصر غير مجتمعة لتقيد في وقوع الرهن على المحل التجاري، وإلا عدت من قبيل الرهن على المنقولات⁴³⁷.

ويتضح من ذلك أنّ رهن المحل التجاري يشمل عناصره المادية والمعنوية، لكن من الملاحظ أنّ المشرع لم يذكر البضائع كعنصر من العناصر المادية للمحل التجاري باعتبارها من مقوماته، فهل يجوز رهنها؟ وإذا نظرنا لهذه المادة من ناحية مشروع المتلقي الذي لا يملك العناصر المعنوية لمحلها فهل يمكن له رهنها؟.

⁴³⁴ عزيز العكلي، المرجع السابق، ص113.

⁴³⁵ عمورة عمار، المرجع السابق، ص210.

⁴³⁶ سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص349.

⁴³⁷ نفس المرجع، ص358.

1- العناصر المادية:

يمكن للمتلقي وبموجب المادة 119 ق.ت.ج. أن يقوم برهن المقومات المادية لمحله التجاري والتي تشمل الأثاث التجاري والمعدات والآلات، حتى يتسنى له تعزيز ضمانه، غير أنّ المشرع قد استثنى البضائع من رهن المحل التجاري نظراً لسرعة تلفها فهي معدة للبيع.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يُضمن قانون التجارة المصري نصاً يحظر رهن البضائع، إلا أنّ المادة 9 منه عددت العناصر التي يجوز رهنها ولم تكن البضائع واحدة منها، بما يدلّ على أنّ المشرع قد استبعدها من الرهن. غير أنّ ذلك لا يعني استبعادها مطلقاً، فمتى كانت مستقلة عن المشروع جاز رهنها باعتبارها منقولاً مادياً، إلا أنّ ذلك يبرز محدودية دورها في الضمان إذ لا يمكن الاعتماد عليها إلا إذا كانت مقترنة بالمحل التجاري⁴³⁸.

وقد أشارت المادة 2/32 ق.ت.ج. إلى: "يعتبر الدائن حائزاً للبضاعة متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سفنه، أو في الجمارك أو في مستودع عمومي أو كان بيد الدائن قبل وصول وثيقة الشحن أو أي سند نقل آخر معادل لها"، وبالتالي فإنّ المشرع الجزائري هو الآخر يتماشى مع قاعدة المنع النسبي إذ يجيز بموجب هذه المادة إمكانية رهن البضائع متى كانت مستقلة عن المحل التجاري وموجودة في الحالات المذكورة في المادة أعلاه.

2- العناصر المعنوية:

بموجب المادة 119 ق.ت.ج. يجوز للمتلقي رهن العناصر المعنوية لمشروعه والاستفادة منها في الضمان، غير أنّ المشكلة التي تواجهه هي عدم امتلاكه لهذه العناصر فما لديه هو مجرد حق انتفاع على العناصر المعنوية التي هي في الأصل ملك للمانح كلها أو جزء منها. وبالتالي فإنّ عدم امتلاك المتلقي للعناصر المكونة لمشروعه يؤدي لاستبعاد هذه الأخيرة من الإئتمان في مواجهة الدائنين، وبهذا المعنى يعتري قيام المتلقي برهن عناصر مشروعه صعوبتان تتمثل أساساً في طبيعة محل العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى في طبيعة حق المتلقي على هذا المحل⁴³⁹.

⁴³⁸ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص106.

⁴³⁹ نفس المرجع، ص99.

وفي حالة سكوت العقد عن بيان العناصر التي يشملها الرهن فإنه لا يرد إلا على العناصر المعنوية للمحل التجاري دون غيرها⁴⁴⁰. وأراد المشرع بذلك ألا يقع الرهن على العناصر المادية حتى يزيد من الإئتمان التجاري للتجار باعتبارها تمثل الضمان العام للدائنين وحتى لا يحرمه من مباشرة عمله التجاري⁴⁴¹.

وعلى النقيض من ذلك فقد أجازت المادة 2/270 ق.م.ج. للمرتهن حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون، وكقاعدة عامة فإن الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير ولا يكون للدائن المرتهن أن يتقدم على بقية الدائنين إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يقومان بتعيينه وذلك إلى غاية انقضاء الرهن⁴⁴².

غير أن ما سبق ذكره لا يتماشى مع الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا فلا يملك المتلقي من المحل التجاري الذي يريد رهنه كضمان سوى المقومات المادية، ولذلك فهو لا يستطيع أن يستند عليها للإقدام على الاقتراض، كما أنها تضعف ائتمانه في مواجهة الدائنين الذين يريدون التنفيذ على مشروعه. وعلى هذا الأساس يظهر المتلقي في مواجهة الغير بمظهر المالك لمشروعه، غير أنه لا يملك منه إلا بعض المقومات المادية التي لا تؤثر في الوجود القانوني له⁴⁴³.

أما من ناحية العناصر المعنوية فقد اعتبر القضاء الأمريكي والفرنسي أن عناصر الفرانشيز - أحد عقود نقل التكنولوجيا- تدخل ضمن ائتمان المتلقي مستنديين في ذلك على الوضع الظاهر لمشروعه⁴⁴⁴، إلا أننا نخالف هذا الرأي فرهن المتلقي لمشروعه لدى البنك⁴⁴⁵ يتطلب منه الإدلاء بكافة

⁴⁴⁰ المادة 2/119 ق.ت.ج.

⁴⁴¹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص359.

⁴⁴² عمورة عمار، المرجع السابق، ص63.

⁴⁴³ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص99.

⁴⁴⁴ Cass. Com, 17 Octobre 1995 (Sté uni- inter c/ MmeX..) MM bézard, prés- Gomz, rapp Rayaund, av. gémmes capron bertrand, av. Rejet du pourvoi contre TGI Valenciennes, 3 Novembre 199, n246, Recueil Dalloz, n8, 20 Février 1997, p57, 102، المرجع السابق، ص

⁴⁴⁵ أضاف المشرع المصري شرطاً موضوعياً يقضي بضرورة أن يكون الدائن المرتهن أحد البنوك، إذ يعتبر هذا الشرط من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته وأي خروج عن ذلك يؤدي إلى بطلان الرهن؛ أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص355.

المعلومات حول النشاط الذي يمارسه وطبيعته، وهو ما يتعارض مع السرية التي تتطلبها المعرفة الفنية.

وكخلاصة لما سبق فمن الواضح ووفقاً للقواعد العامة أنّ ائتمان المتلقي يرتكز فقط على العناصر المملوكة له سواء كانت مادية أو معنوية، دون العناصر المملوكة للمانح، غير أنّ المتلقي لا يفقد حقه في الاستناد للعناصر التي يملكها المانح في الضمان والتي يمكن إضافتها لمجموع العناصر المادية⁴⁴⁶.

المطلب الثاني: امتداد الالتزام بالضمان

إنّ انضمام المتلقي إلى الشبكة التكنولوجية راجع لمعرفته بنجاح وكفاءة هذه الأخيرة، وهو ما ينطبق على المستهلك، الذي يرغب في اقتناء السلع من شبكة تحظى بمنتجات وتجارب تجارية ناجحة، فكل من المانح والمتلقي يجمعهم المظهر الموحد للشبكة، أما المستهلك فقد اجتمع معهم لأجل تحقيق هدف اقتصادي. لكن وباعتبار الشبكة عبارة عن حلقات مترابطة يكمل كل منها الآخر، فمن يلتزم بالضمان في مواجهة المستهلك النهائي؟ هل هو المانح باعتباره مالكا للعناصر المعنوية التي تجذب المستهلك أم هو المتلقي باعتباره صاحب المشروع؟. وللإجابة على هذا التساؤل سنتعرض لأساس الالتزام بالضمان (الفرع الأول)، وكيفية تنفيذ هذا الالتزام ضمن عقد نقل التكنولوجيا (الفرع الثاني) الذي يتميز بالحدثة في الميدان التجاري.

الفرع الأول: أساس الالتزام بالضمان

إنّ أساس الالتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا يرجع للطبيعة الخاصة لهذا العقد وما يترتب عنه من آثار والتي من بينها نقل المعرفة الفنية، فما هي صور الالتزام بالضمان في إطار عقد نقل التكنولوجيا؟ وما هي طبيعته القانونية؟.

⁴⁴⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص104.

البند الأول: صور الالتزام بالضمان

لا يكفي أن يقوم المانح بما يلزم لنقل المعرفة الفنية للمتلقي، بل يتعين أن يطمئن المتلقي لحيازة المعرفة الفنية المنقولة حيازة هادئة ومستقرة، فلا يجوز أن يتعرض المانح للمتلقي لأنه مكلف بضمان تعرضه الشخصي -المادي والقانوني- وضمان تعرض الغير⁴⁴⁷، كما يجب عليه ضمان العيب الخفي ومطابقة المعرفة الفنية وكافة العناصر التكنولوجية الأخرى، هذا إذا نظرنا لهذه الالتزامات من جهة المانح، فهل يلتزم المتلقي بنفس الأمر في مواجهة المستهلك؟.

أولاً- ضمان التعرض والاستحقاق:

يلتزم المانح بنقل المعرفة الفنية والقيام بواجب الضمان لكي يحقق للمتلقي استخدامها بصورة نافعة وعدم استحقاقها من قبل الغير⁴⁴⁸، لذا عليه أن يكون مالكا لها وله حق التصرف فيها قانوناً، وبالتالي يجب عليه أن يضمن للمتلقي تعرض الغير واستحقاقه بالدفاع عنه أثناء الاستغلال. إذ يشكل هذا الالتزام عبئاً على المانح لما فيه من صعوبات تستوجب تسليم العناصر التكنولوجية محل العقد إلى المتلقي خالية من أي حق أو ادعاء يرد عليها للغير⁴⁴⁹.

ولذلك على المانح أن يضمن التعرض الصادر منه شخصياً أو من الغير، مع الإشارة إلى أن هذا الأخير هو الغالب في عقود نقل التكنولوجيا، أما إذا أخفق في ضمان هذا التعرض وحكم بالاستحقاق، فيتمّ فسخ العقد وتحمل المانح تبعه ذلك، كالتعويض وردّ المقابل⁴⁵⁰.

فالتزام المانح بضمان تعرض الغير مبني على أساس تملكه للمعرفة الفنية ومختلف حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية إذا كان يعلم بهذا الحق أو لا يمكن له أن يجهله وقت إبرام العقد. وبالتالي

⁴⁴⁷ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص181.

⁴⁴⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص299.

⁴⁴⁹ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص97.

⁴⁵⁰ تجدر الإشارة أن قيام المانح باستغلال المعرفة الفنية بالموازاة مع المتلقي لا يعتبر تعريضاً، إلا إذا ورد ذكره صراحة في العقد؛ مرتضى

جمعة عاشور، المرجع السابق، ص299.

على المتلقي أن يثبت أن المانح كان يعلم بوجود هذا الحق أو الادعاء وأنه لا يمكن أن يجهل وجوده أو كان من الواجب أن يعرفه⁴⁵¹.

غير أن هذا الالتزام لا يقتصر على المانح فقط بل يمتد ليشمل المتلقي أيضاً، فهو ضامن لعدم التعرض المادي أو القانوني للمستهلك في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه⁴⁵²، أي يتوجب عليه الامتناع عن أي عمل من شأنه أن يحول دون انتفاع المستهلك من البضاعة، أو تمتعه بالحقوق التي نتجت عنها. ويتمثل التعرض المادي في أي فعل مادي يصدر من المتلقي يكون من شأنه الاعتداء على حيازة المستهلك للبضاعة، أو أن يحول دون الانتفاع والاستفادة من الفائدة المرجوة منها. ويكون للمستهلك في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء من أجل ردّ هذا التعرض، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تفرض غرامة تهيديّة عن كل يوم تأخير لإرغامه على إنهاء التعرض، وكذلك للمستهلك المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر. أما عن التعرض القانوني من قبل المتلقي فيكون بادعاء هذا الأخير بوجود حق له على البضاعة التي باعها للمستهلك ويكون من شأن ذلك حرمان هذا الأخير من سلطاته على الشيء المباع.

ولكن هل يقتصر هذا الالتزام على المتلقي شخصياً فيلتزم به وحده، أم أنه يمتد إلى غيره من الأشخاص سواء أثناء حياته كالمناح أو بقية المتلقين في الشبكة الواحدة، أو بعد وفاته كالورثة؟.

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أن هناك اتجاه يرى بأنّ هذا الالتزام شخصي، يلتزم به المتلقي شخصياً وبالتالي لا يجوز لغيره أن يلتزم به، بينما يرى اتجاه آخر أنّ هذا الالتزام يشمل كل الأشخاص التابعين له، على أساس أنّ القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي للتهرب من هذا الالتزام. وكذلك الحال بالنسبة للورثة ومدى التزامهم بعد وفاته، فهناك اتجاه يرى بأنّ هذا الالتزام خاص بالمتلقي وحده ولا يتعداه إلى ورثته من بعده وذلك لكونه التزاماً شخصياً قاصراً على المورث دون الوارث، في حين أنّ الاتجاه الآخر يرى التزام الورثة بهذا الالتزام⁴⁵³.

⁴⁵¹ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص98.

⁴⁵² على أن يرد هذا الالتزام في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق؛ أنظر: محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، دار

الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.س.ن، ص10.

⁴⁵³ للمزيد أنظر: هادي مسلم يونس البشكاوي، بيع المتجر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015،

ص252-253.

يبدو من خلال ما سبق أنّ هذا الالتزام هو ذو طبيعة خاصة بعقد نقل التكنولوجيا إذ تنشأ عنه عدة التزامات أخرى خاصة ما تعلق منها بالسرية، وتبقى هذه المسألة تقديرية ولمحكمة الموضوع أمر الفصل فيها سواء تعلق ذلك بالتدخل في تجارة المتلقي أثناء حياته أم بعد وفاته، سواء من المانح أو المتلقين الآخرين الأعضاء في الشبكة أو من الورثة.

ثانياً- ضمان العيوب الخفية:

إنّ التزام المانح في عقد نقل التكنولوجيا بضمان العيوب الخفية يعني التزامه بتسليم المعرفة الفنية محل العقد- بكافة عناصرها خالية من العيوب التي تجعلها غير ذات جدوى. غير أنّ المانح يلتزم فقط بضمان العيوب التي تبث وجودها فعلاً بالمعرفة الفنية قبل تسليمها، إذ أنّ العيب الواقع بعد التسليم لا يضمنه المانح ونفس الأمر إذا كان العيب ناتجاً عن سوء استعمال، ويشترط لذلك أن يكون العيب مؤثراً وقديماً وخفياً وغير معلوم للمتلقي⁴⁵⁴.

فإذا لم تتوافر في المعرفة الفنية وقت التسليم الصفات التي تكفل المانح بوجودها، أو إذا كان بها عيب وقت التسليم ينقص من قيمتها بحسب الغاية المقصودة منها، فعليه أن يلتزم بالضمان ولو لم يكن عالماً بوجوده⁴⁵⁵.

فالعيب في محل العقد عبارة عن خلل في هذا الأخير يجعله غير نافع أو أقل نفعاً، حيث لو عرف به المتلقي لما أقدم على التعاقد أو لكان دفع مقابلاً أقل⁴⁵⁶، أما بالنسبة للعيب الموجب للضمان في عقد نقل التكنولوجيا فهو لا يختلف عن ذلك المتعارف عليه في القواعد العامة⁴⁵⁷، ولكي يكون الضمان قائماً يجب أن تتوافر شروطه⁴⁵⁸ وهي:

⁴⁵⁴ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص301.

⁴⁵⁵ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص237؛ عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود - نحو نظرية عامة-، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن، ص117.

⁴⁵⁶ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص184.

⁴⁵⁷ أنظر العيب الخفي وشروطه؛ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص531.

⁴⁵⁸ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص9.

1- حدوث خلل في العناصر التكنولوجية:

إنّ الضمان يرد على الآلات والمعدات التي يوردها المانح للمتلقي؛ وبالتالي فإنّ الخلل الذي يحدث لها يؤثر على تحقيق النتائج المرجوة التي تعاقدها عليها الطرفان، إذ قد يكون الخلل كلياً يصيب كافة العناصر كتوقفها عن العمل، أو قد يكون جزئياً كأن يتعلق بأحد العناصر دون الأخرى.

2- أن يؤثر الخلل على صلاحية هذه العناصر التكنولوجية:

إذ يغطي الضمان كافة أنواع الخلل مهما كان بسيطاً ما دام أنه يؤثر على صلاحية هذه العناصر، فالصلاحية للأداء هي المعيار الذي يستند إليه للتدليل على وجود الخلل من عدمه.

3- حدوث الخلل في العناصر التكنولوجية خلال مدة الضمان:

وتختلف هذه المدة بحسب طبيعة المشروع والنتائج التي ينبغي تحقيقها، والتي يمكن أن تتعدد من فترة لأخرى، فمثلاً يمكن أن يكون الضمان في الفترة الأولى كاملاً أو قاصراً على نوع معين من العناصر التكنولوجية، وفي فترة لاحقة يقتصر فيها الضمان على قطع الغيار فقط.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في العيب، وأخطر المتلقي المانح بها في الوقت الملائم كان له أن يرجع عليه بالضمان⁴⁵⁹. غير أنّ مشكلة الخفاء تثير صعوبة بالنسبة للمعرفة الفنية نظراً لافتقار المتلقي للمقومات التي تمكنه من تحديد عيوبها، إذ أنّ محاولة الكشف عن العيب الخفي يؤدي للتطبيق العملي لهذه المعارف وهو أمر من الصعب حصوله نظراً للسرية التي تحيط بها وللوقت الطويل الذي تستغرقه⁴⁶⁰، ولهذا أوجدت التزامات أخرى خاصة بطبيعة هذا العقد بالإضافة للالتزام بالضمان، كالالتزام بالصيانة⁴⁶¹ والذي يرتبط غالباً بالالتزام بتقديم المساعدة الفنية.

⁴⁵⁹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص238.

⁴⁶⁰ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص302.

⁴⁶¹ هناك صيانة وقائية للمحافظة على المعدات والآلات والاحتفاظ بكفاءة تشغيلها وحمايتها، وهناك صيانة إصلاحية ترمي لإصلاح كل عطل

طارئ؛ أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص242.

ثالثاً- ضمان المطابقة:

وفقاً لما سبق بيانه فإنّ المعرفة الفنية عبارة عن مال منقول معنوي والتي تجتمع عناصرها لتكوّن عند انتهاء تطبيقها إنتاجاً معيناً، لذلك ينبغي أن تكون هذه العناصر مطابقة تماماً للمواصفات المتفق عليها أو التي تقتضيها قواعد المهنة وعرف التعامل⁴⁶². وهو ما جاءت به المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش والتي تنص على: "يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون ما يأتي: المطابقة: استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به"⁴⁶³. لذا يضمن المانح للمتلقى مطابقة المعلومات التي قدمها للمعارف الفنية المطلوبة والمبينة في العقد بموجب الرسومات والتصاميم... إلخ، كما يضمن له تقديم المساعدة الفنية بصورة كاملة وأن يسمح له بالقيام بالزيارات وطلب الشرح المفصل كما هو مبين في العقد⁴⁶⁴.

وعلى هذا الأساس تتحدد المطابقة في عقد نقل التكنولوجيا بموجب معيار الكفاءة الكلية، وهذا يعني مطابقة كافة العناصر محل العقد للمعرفة الفنية الأصلية على نحو يؤكد أنّ هذه العناصر سوف تحقق النتيجة التي يريدها المتلقي⁴⁶⁵.

وفي هذا الشأن أشارت المادة 1/85 ق.ت.م. على أن: "يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد، كما يضمن إنتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك".

والملاحظ من هذه المادة أنّها أضافت حماية واسعة للمتلقى، إذ بجانب بقاء المانح ملتزماً بمطابقة التكنولوجيا للعقد والوثائق والشروط الواردة به، فإنّ القانون قد جعل المانح ضامناً لإنتاج السلع أو أداء الخدمات في العقد طبقاً لما ورد به من مواصفات، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك⁴⁶⁶. غير أنّ المشرع المصري قد فتح المجال أمام المانح للتهرب من هذه المسؤولية، إذ لم يجعل النص أمراً وأجاز

⁴⁶² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص240.

⁴⁶³ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج.ر. رقم 15 لسنة 2009.

⁴⁶⁴ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص302.

⁴⁶⁵ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص93.

⁴⁶⁶ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص52.

مخالفته، ومنه يمكن للمانح وضع شرط عقدي يفيد بإعفائه من الضمان، فيتحمل المتلقي بمفرده كافة المخاطر.

ومن خلال ما سبق نجد تقارباً بين العيب الخفي وعدم المطابقة، فما الفرق بينهما؟. العيب الخفي هو نقص بمعنى تلف طارئ أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته أو يؤثر على مظهره الخارجي، أما عدم المطابقة فهي تفترض قيام المانح بتسليم شيء خال من العيوب، ولكنه يختلف في جوهره أو عناصره الأساسية عن ما تم الاتفاق عليه في العقد⁴⁶⁷. أما المطابقة وفقاً للمفهوم الجديد فهي لا تعني عدم التطابق المادي فقط، وإنما لها مدلول ومعنى وظيفي، يتمثل في التزام المانح بأن يضع تحت تصرف المتلقي شيئاً صالحاً للاستعمال؛ وهو ما لا يتم التحقق منه إلا بالاستعمال بعد التسليم⁴⁶⁸. ولهذا يجب أن يمتد الضمان ليحمي المتلقي ضد عدم تطابق محل العقد أو من العيوب التي يمكن أن يكتشفها فيما بعد، وبالتالي على المانح أن يضمن للمتلقي استقباله للمعرفة الفنية بصفة فعلية حتى يتم استيعابها من طرف عماله⁴⁶⁹.

وكخلاصة فإنّ المانح يلتزم بالضمان في مواجهة المتلقي، كما يلتزم هذا الأخير بالضمان في مواجهة المستهلك، على أن يشمل كافة صور الضمان ومنها ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة. بالإضافة لهذه الصور من الضمان توجد ضمانات يلتزم بها المانح دون أن يكون هناك حاجة لكي يتضمنها العقد، وضمانات أخرى أوجب المشرع ذكرها ضمن العقد، وجزاء الاخلال بها يقع تحت طائلة القواعد العامة، وذلك لخلو القانون من جزاءات خاصة وهي:

1- الضمانات القانونية:

- أ. التزام المانح بالكشف عن أية أخطار قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا المتعاقد عليها خاصة ما يتعلق منها بالبيئة والصحة، ويلتزم بتقديم أحدث العناصر التكنولوجية لتفادي تلك الأخطار.
- ب. يلتزم بالكشف عن وجود قيود أو عقبات قد يكون لها تأثير على الحقوق الناشئة عن استعمال التكنولوجيا.

⁴⁶⁷ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص741.

⁴⁶⁸ عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص120.

⁴⁶⁹ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، 296؛ أنظر أيضاً: معيار التمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفي؛ عبد القادر أقصاصي، المرجع

السابق، ص126.

- ت. تزويد المتلقي بقطع الغيار وأية مكونات أخرى لاستعمال التكنولوجيا، على أن يمتد ذلك طوال مدة العقد من أجل تشغيل مشروعه وتحقيق الغرض من التعاقد.
- ث. الاعلام بالتحسينات التي تدخل على التكنولوجيا خلال مدة العقد.
- ج. تزويد المتلقي بكافة الوثائق والمعلومات اللازمة لاستعمال التكنولوجيا.
- ح. ضمان ما ينشأ عن استخدام التكنولوجيا من أضرار قد تصيب الأموال والأشخاص عند استخدام المتلقي لها⁴⁷⁰.

2- الضمانات العقدية:

- أ. تدريب المانح لعمال المتلقي بتوفير خبراء لهذا الغرض⁴⁷¹.
- ب. لا يجوز للمتلقي النزول عن التكنولوجيا للغير إلا بموافقة المانح⁴⁷².
- ت. تقديم المانح للخدمات الفنية اللازمة للتطبيق والانفعا بالتكنولوجيا المتعاقد عليها.
- ث. المحافظة على سرية البيانات والمعلومات المقدمة⁴⁷³.

البند الثاني: طبيعة الالتزام بالضمان

ترجع أهمية الوقوف على الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان بالنظر إلى أثر ذلك فيما يتعلق بمسؤولية المانح عن الضرر الواقع للمتلقي، ويتعاضم أمر تحديد هذه المسألة بسبب التفاوت الاقتصادي الواضح بين الطرفين، ولهذا يتبادر إلى ذهن التساؤل عن مضمون هذا الالتزام في عقد نقل التكنولوجيا، وهل يختلف عن ذلك الالتزام الموجود في عقدي البيع والايجار أم لا؟.

ينطوي مفهوم الضمان على مدلولين أحدهما واسع والآخر ضيق، أما عن الضمان بمفهومه الواسع فيعني المسؤولية بشقيها التعاقدية وغير التعاقدية، ويشمل ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية وأخطار المهنة والسلامة والهلاك وغيرها. أما عن الضمان بمعناه الضيق فيشمل حالات عدم تنفيذ الالتزامات العقدية أو ضمان الاستحقاق فقط⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ نداء كاظم محمد المولي، الآثار القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 94-95.

⁴⁷¹ المادة 79 من القانون التجاري المصري.

⁴⁷² المادة 81 من القانون التجاري المصري.

⁴⁷³ المادة 83 من القانون التجاري المصري.

⁴⁷⁴ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 178.

ولكن اختلف الفقه⁴⁷⁵ بشأن تطبيق الالتزام بالضمان على عقد نقل التكنولوجيا بين مؤيد ومعارض، فمنهم من يرى أنّ هذا الالتزام خاص بعقدي البيع والايجار وذلك من خلال ضمان العيوب الخفية، ويشير إلى عدم تطبيق هذا الالتزام على عقد نقل التكنولوجيا، إلا إذا ذكر ذلك صراحة في العقد، تأسيساً على أنّ هذا الأخير ينصب على شيء معنوي متمثل في المعرفة الفنية، وبالتالي لا يمكن وصفه بأنه يتضمن عيباً خفياً. أما الرأي الغالب في الفقه فيذهب لقبول فكرة الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ومنهم الدكتور مرتضى جمعة عاشور الذي يرى أنّ الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا ليست عقبة في تطبيق هذا الضمان لأنّ أحكام هذا الأخير يمكن تطبيقها على كافة عقود المعاوضة التي تستوجبها، أما عن وضعها في عقد البيع فقط فذلك راجع لتأثير المشرعين بأحكام هذه العقود.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل الالتزام بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية؟ وأين يقع الالتزام بالضمان من هذين الاتجاهين، أم أنّ له طبيعة خاصة في ظلّ عقد نقل التكنولوجيا؟.

لمعرفة طبيعة الالتزام بالضمان وما إذا كان متعلقاً ببذل عناية أم تحقيق نتيجة فإنّه يتعين الرجوع للعقد، فإذا ورد في نصوص العقد شرط يلزم المانح بالضمان فإنّه يتعين الوفاء به ولا تبرأ ذمته إلا بتحقيق نتيجة، وعند عدم نص العقد على بيان ذلك وجب تفسيره بالنظر إلى الغاية التي استهدفها كلا الطرفين، وما اتجهت إليه إرادتهما. فإذا لم يتضمن العقد صراحة ما يشير إلى ضمان النتيجة الواجب تحقيقها ولم يستبعدا أيضاً، فإنّ أغلب الأحكام القضائية ستكون في صالح المتلقي وستقرر الالتزام بضمان تحقيق النتيجة حتى عند عدم وجود نص في العقد، ويتمّ الالتزام بذلك في الحالات التالية:

1- عندما تكون الطريقة الفنية المستغلة من قبل المتلقي قد أظهرت عيباً في التصنيع.

2- عندما يكتشف المتلقي عيباً في تصميم الطريقة الفنية.

3- إذا لم تكن الطريقة الفنية ملائمة لظروف المنطقة التي شغلت فيها.

⁴⁷⁵ ومن بينهم عبد الرسول عبد الرضا؛ حسن عبد الباسط جمعي؛ أنور سلطان؛ نقلاً عن: مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 296-

ولأنّ ضمان تحقيق النتيجة ذو أهمية بالغة في عقد نقل التكنولوجيا فإنّ الطرفين يحرصون على ذكره في العقد وتوضيح شروطه، وبعبكس ذلك إذا أسقط العقد الضمان فلا يبقى للمانح غير بذل عناية⁴⁷⁶.

وعموماً فإنّ الالتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا هو التزام بتحقيق نتيجة لأنّ هذه الأخيرة ترتبط إيجاباً وسلباً بصلاحيّة المعرفة الفنية لتحقيق هذه النتيجة، ولأجل ذلك فإنّ هذا الضمان لا يكون احتمالياً⁴⁷⁷، لأنّ لديهما غاية واحدة من وراء هذا التعاقد وهي استخدام المعرفة الفنية والوصول إلى نتائج نقلها، فالمتلقي لا يسعى للحصول على المعرفة الفنية لما فيها من أفكار، إنّما هو يريد استعمالها في الإنتاج الذي يدر عليه فوائد تعوضه عن المقابل الذي دفعه للمانح. وبالتالي يمكن القول أنّ الالتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا يكون مصدره القانون أو العقد بحيث يجوز زيادته أو انقاصه أو إسقاطه، فإذا وجد نص يلزم المانح به فيتعين عليه الوفاء وتحقيق النتيجة المطلوبة أما إذا أسقط عنه فلا يلتزم إلا ببذل عناية⁴⁷⁸.

كما أكدت الدول النامية في ظلّ جهود الأمم المتحدة بأنّ التزام المانح في إطار عقد نقل التكنولوجيا هو التزام بتحقيق نتيجة⁴⁷⁹. فإذا كانت التكنولوجيا عبارة عن وسيلة إنتاج فيجب أن تحقق النتائج المطلوبة من حيث حجم الإنتاج ونوعيته وجودته، فإذا لم تحقق هذه النتائج اعتبر أنّ المانح قد أحلّ بالتزامه على الرغم من وفائه بالتزامه الرئيسي المتمثل في نقل المعرفة الفنية. أما الدول الصناعية أو المتقدمة فقد اعتبرت التزام المانح بالضمان هو التزام ببذل عناية باعتباره غير مسؤول عن تحقيق النتائج، وقد سعت لتقنين ذلك⁴⁸⁰. وبالتالي فإنّ المانح لا يقبل عادة بأيّ التزام بالضمان،

⁴⁷⁶ وتتشأ مسؤولية المانح إذا لم يقم بالعناية اللازمة وذلك إذا أثبت المتلقي أنّ حدوث الضرر كان بسبب العقد المبرم بينهما، فضلاً عن وجوب إقامته الدليل على خطأ هذا المانح، والمتمثل في عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة لتلافي وجود العيب؛ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص190.

⁴⁷⁷ نفس المرجع، ص187.

⁴⁷⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص304-306.

⁴⁷⁹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص39.

⁴⁸⁰ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص50-51.

وإذا قبله فإنه يشدد بالمقابل من التزامات المتلقي⁴⁸¹، بإضافة بعض الشروط التي تعتبر في بعض الأحيان مقيدة.

فمثلاً تؤدي مطابقة العناصر التكنولوجية بما تمّ الاتفاق عليه إلى تحقيق التزام المانح، وهو التزام بتحقيق نتيجة، حيث أنّ المتلقي يمكن أن يكون من الدول النامية الغير قادرة على استيعاب التكنولوجيا ولا شكّ في علم المانح بذلك، ولهذا يجب أن يكون التزام هذا الأخير بتقديم المساعدة الفنية من مستلزمات تحقيق النتيجة، كما أنّ اغفال ذكرها في العقد لا يعني تنازل المتلقي عنها لأنّ المقابل يكون شاملاً لها⁴⁸². ونفس الأمر بالنسبة للعيب في المعرفة الفنية فهو موجب للضمان إذا كان سبباً في عدم تحقيق النتيجة ويلتزم المورد بتعويض المتلقي عن عدم تحقيق النتيجة لأنّ في ذلك ضرراً يصيبه ويتعين جبره بالتعويض⁴⁸³.

وبهذا الصدد ذكرت الأستاذة سميحة القليوبي أنّ الأساس القانوني لهذا الضمان هو طبيعة عقد نقل التكنولوجيا والهدف المرجو منه، والذي يختلف في مداه اختلافاً جوهرياً بالنسبة لالتزام المانح بالضمان، وإن كان كل منهما يلقي على عاتق المانح التزاماً بنتيجة. وما تفسير ذلك سوى أنّ المتلقي في هذا العقد إنّما تعاقّد مع المانح لتحقيق انتاج معين سبق لهذا الأخير انتاجه بطرقه ووسائله ومعرفته الفنية، وهذا الانتاج بأوصافه ومزاياه وخصائصه هو أساس وسبب التعاقد، لذلك يعدّ الاخلال بهذه النتيجة المحددة إخلالاً بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد⁴⁸⁴.

وكخلاصة لذلك فإنّ أساس التزام المانح بالضمان يرجع للطبيعة الخاصة لهذا العقد والتي يضمن بمقتضاها نقل المعرفة الفنية المتفق عليها، دون النص عليه في العقد، فهو التزام مفترض يمكن أن لا يكون منصوص عليه صراحة⁴⁸⁵. وبالتالي يمكن القول أنّ التزام المانح بالضمان ينبع من مسؤوليته في ضمان التكنولوجيا محل العقد، غير أنّ تقدير نطاق هذا الالتزام غير محدد قانوناً بدقة وإنّما ذلك متروك لتقدير المحكمة، نظراً للغموض الذي يشوبه في ظلّ غياب النصوص التشريعية المنظمة له.

⁴⁸¹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 77.

⁴⁸² مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص 94.

⁴⁸³ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 193.

⁴⁸⁴ سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود التكنولوجيا، محاضرة في ندوة أكاديمية للبحث العلمي، 19- 25 فيفري

1986، مجلة مصر المعاصرة، العدد 46، مصر، 1986، ص 575، نقلاً عن: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 194.

⁴⁸⁵ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 92.

الفرع الثاني: تنفيذ الالتزام بالضمان

يشكل الضمان أحد أهم الالتزامات التي تمكن المتلقي من الانتفاع بالشيء محل العقد، إذ يجوز للأطراف وضعه في العقد، كما يمكن لهم إسقاطه فهو ليس من النظام العام، ولهذا تكمن أهميته (البند الأول) في أساسه القانوني القائم على الالتزام بتسليم شيء غير مملوك للغير وليس لأحد حقوق عليه وتمكين من تسلمه من الاستمتاع بحيازته حيازة هادئة ومستقرة ونافعة. غير أنّ التزام المانح لا يتوقف على ضمان الحيازة الهادئة بل يمتدّ إلى تحقيق الحيازة النافعة، لأنّه إذا وجد عيب في المعرفة الفنية ينقص من نفعها وجب على المانح إزالته، وإلا اعتبر مخالفاً بالتزامه بضمان الحيازة النافعة مما يحمله عبء هذا الإخلال⁴⁸⁶ وتقوم آنذاك مسؤوليته (البند الثاني).

البند الأول: أهمية الالتزام بالضمان

إنّ أحكام الضمان ليست من النظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على إعفاء المانح منه، لكن يقع باطلاً هذا الإعفاء إذا كان الهدف منه تعمد إخفاء سبب استحقاق الغير، أو أيّ إعفاء يكون من شأنه استبعاد الفعل الشخصي للمانح من الضمان⁴⁸⁷، ولكن وأمام الطبيعة الاتفاقية لهذا الالتزام، فإنّ عبء إثباته يقع على من يتمسك به⁴⁸⁸.

وتأسيساً على ذلك يمكن تقسيم الضمان إلى قسمين: الضمان بموجب نص قانوني، فلا حاجة لوجوده كبند في العقد لأنّ القانون قد حلّ محلّ الإرادة، ذلك أنّ الغرض الأصلي من هذا الضمان هو الحيازة الهادئة للمتلقي بما يمكنه من الانتفاع من المعرفة الفنية والتمتع بها، فيلتزم المانح بأن يمتنع عن كل تعرض، كما يتعين عليه أن يدافع عن المتلقي لحماية حقه في مواجهة الغير⁴⁸⁹، أما عن النوع الآخر من الضمان فهو الضمان المشروط والذي يجب أن يرد ضمن العقد ويشترطه الطرفان حسب اتفاقهما.

⁴⁸⁶ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 179 و 185.

⁴⁸⁷ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 300.

⁴⁸⁸ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 11.

⁴⁸⁹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 179.

غير أنّ الواقع العملي قد أشار إلى حرص المانح على استغلال أحكام الضمان، بالشكل الذي أدى إلى انصرافه إلى غير الأهداف المأمولة منه، وبما يتعارض مع ضرورة حماية المتلقي -الطرف الضعيف في العقد- ولذلك برز الفقه والقضاء والتشريع لترجيح كفة هذا الأخير، من خلال الحيلولة دون ترتيب الآثار الضارة لمثل هذه الاتفاقات من خلال تقرير بطلانها إذا ما انحرفت عن تحقيق الغاية المنشودة منها. لكن ورغم إجازة المشرع لشروط التخفيف أو الاعفاء من الضمان، إلا أنه جعل أمر صحتها متوقفاً على حسن نية المانح، ويترتب على ذلك أن يصير شرط الحدّ من الضمان أو الاعفاء منه غير صحيح حال ثبوت سوء نية المانح الذي يظلّ رغم وجود هذا الشرط ملتزماً بالضمان، كما يظلّ حق المتلقي في الرجوع بالضمان قائماً⁴⁹⁰، وعلى هذا الأساس هل يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الضمان كلياً؟.

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الضمان، وذلك اعتماداً على النصوص التشريعية ومنها المادة 1/557 ق.م.عراقي، والمادة 1/446 ق.م. مصري والتي تقابلها المادة 378 ق.م.ج.

والملاحظ من هذه المواد والتي يبدو أنها اعتبرت باطلاً كل اتفاق على الاعفاء كلياً من الضمان متى استحق المبيع بفعل المانح. غير أنّ هذه المادة قد شملت حالة التعرض القانوني دون المادي. لأنّ الاستحقاق إنّما يترتب على التعرض القانوني سواء أكان صادراً من المانح أو الغير، أما التعرض المادي الصادر من المانح فلا يترتب عليه استحقاق المبيع له، وإنّما يؤدي إلى عدم الانتفاع به، لذلك يجوز الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض المادي مادام أنه لا يؤدي لاستحقاق المبيع⁴⁹¹.

أما بخصوص اتفاقات تقييد الضمان فيجب عدم التوسع في تفسيرها حتى لا تتال من المبدأ العام باعتبارها وردت عليه، خاصة وأنّ هذه الشروط قد تكون في الغالب مفروضة من قبل الطرف القوي - المانح- في العقد إضراراً بمصالح المتلقي، ولهذا يجب مراعاة ما يلي:

⁴⁹⁰ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 589-590.

⁴⁹¹ هادي مسلم يونس البشكاري، المرجع السابق، ص 254-255.

1- ضرورة التحقق من وجود هذه الاتفاقات بين الطرفين، وأن تكون خالية من العبارات الغامضة، وتكون غير صحيحة إذا تبين أنّ المتلقي لم يتمّ إبلاغه بشرط تخفيف الضمان إلا بعد إبرام العقد.

2- يجب إهمال شرط الاعفاء إذا كان لا يتلاءم مع الالتزام الأساسي بنقل المعرفة الفنية، فلا يمكن القول بإجازة الشرط الذي يعفي المانح من مسؤوليته إذا تخلفت صفة أو خاصية كان من المقصود ضمان تحققها، لأنّ القول بخلاف ذلك من شأنه إفراغ العقد من مضمونه.

3- ينبغي أن تنحصر فاعلية اتفاقات تقييد الضمان على المجال التعاقدية، بحيث لا تتعداه إلى الحالات التي يطالب فيها المتلقي المانح بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنّ أحكام هذه الأخيرة تتعلق بالنظام العام.

4- لا تسري هذه الاتفاقات على الخطأ التدليسي بمفهومه العمدي⁴⁹².

كل ما سبق بيانه هو بشأن الضمان الذي يربط كل من المانح بالمتلقي، أما الالتزام بالضمان بين المتلقي والمستهلك فإنّ الوضع الظاهر يؤدي إلى اعتبار المانح مديراً لمشروع المتلقي، وبالتالي تقوم مسؤوليته في الضمان باعتباره طرفاً مباشراً في العقد المبرم مع المستهلك⁴⁹³، فيكون بذلك المانح والمتلقي مسؤولان في مواجهة المستهلك وعلى وجه التضامن عن أيّ اخلال، على أن تتحدد حدود التضامن وفقاً لاتفاق الأطراف⁴⁹⁴.

ولهذا تتضمن عقود البيع عادة بياناً بالجهات التي يمكنها تقديم الضمان للمنتج والتي ينبغي أن تحدد في العقد ذاته أو في وثيقة مرفقة به⁴⁹⁵، فإذا تضمنت عقود بيع منتجات المتلقي مثل هذا الضمان فيمكن للمستهلك الرجوع على المانح، وعلى سائر المتلقين في الشبكة الواحدة متى ما ورد اسمهم في البيان، دون أن يمتد ذلك للمتلقين الذين انضموا لاحقاً للشبكة ولم يرد اسمهم في البيان الذي يعتبر بمثابة شرط تعاقدية، أما إذا لم يتضمن العقد ذلك الشرط فإنّ نسبية أثر العقد تعود على المتلقي فقط

⁴⁹² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 579-580.

⁴⁹³ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 119.

⁴⁹⁴ يتجه القضاء الفرنسي لاعتبار أنّ التضامن لا يفترض وإنما يتولد استناداً إلى نص في القانون أو اتفاق بين الأطراف سواء أكان صريحاً أو

ضمنياً؛ Olivier GAST, Op. Cit., p235

⁴⁹⁵ مثل الكتيبات التي يوزعها المانح أو المتلقي.

دون غيره. أما إذا انتهى الوجود القانوني للمتلقي قبل انتهاء مدة الضمان، فلا ينتقل هذا الأخير للمانح لأنه ليس طرفاً في العقد، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك. كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام يختلف عن الالتزام بالضمان الذي يربط بين المانح والمتلقي والذي ينشأ بمناسبة تسليم البضاعة محل عقد نقل التكنولوجيا كعقود تسليم المنتج في اليد، وعليه فإذا ما تم الرجوع على المانح في هذا الشأن فإنما يكون فقط لضمان المستوى العام للجودة على مستوى الشبكة⁴⁹⁶.

البند الثاني: الإخلال كسبب لتطبيق المسؤولية

بناء على ما سبق يلتزم المانح بدفع التعرض الصادر من الغير، وبخلاف ذلك يتحمل المسؤولية الكاملة باعتباره مخرلاً بالتزامه، بحيث لم يتمكن من ضمان حيازة هادئة ووقاية المتلقي من التعرض⁴⁹⁷. والجزاء الذي يترتب على المانح في هذه الحالة يختلف بحسب نوع التعرض فإذا كان قانونياً يجوز للمتلقي ردّ دعواه لأنّ المانح ملزم بالضمان ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، كما يمكن للمتلقي طلب فسخ العقد على أساس إخلال المانح بأحد التزاماته فضلاً عن المطالبة بالتعويض. أما إذا كان التعرض مادياً فيمكن للمتلقي طلب إلزام المانح بتنفيذ التزامه عيناً عن طريق إجباره على الكفّ عن التعرض والتعويض إن أصابه ضرر⁴⁹⁸. ونفس الأمر إذا كان التعرض صادراً من المتلقي في مواجهة المستهلك، فإذا ثبت أنّ المتلقي قد ارتكب خطأ في التصنيع أو التصميم فإنّ مسؤوليته تنشأ عن كل طارئ يلحق بالمنتج أثناء وجوده لديه، غير أنّ ذلك تعثره صعوبة من ناحية اختلاف الضمان وتنوعه تبعاً لاختلاف عقود نقل التكنولوجيا هذا من جهة، ومن جهة أخرى بناء على اختلاف نوع النشاط محل العقد، ولذلك يتسع ضمان المتلقي ويتقلص ضمان المانح⁴⁹⁹.

وكمثال على أحد صور الضمان، قد يكون الإخلال بالالتزام بالمطابقة في التصميم المعيب سواء تعلق الأمر بالعناصر التكنولوجية أو بالمنشآت والأبنية التي تقام من أجل مباشرة المتلقي لمشروعه، فإذا حدث أيّ مشكل في هذا الشأن فإنّ المانح يسأل مدنياً عن هذا الإخلال، وهو ما حدث فعلاً في حكم

⁴⁹⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص112.

⁴⁹⁷ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص132.

⁴⁹⁸ هادي مسلم بونس البشكاوي، المرجع السابق، ص256.

⁴⁹⁹ فإذا قام المانح بتوريد بضاعة للمتلقي قامت مسؤولية المانح على أساس هذا التوريد، أما إذا عين الجهة المزودة بالبضائع - شرط الشراء الاجباري - فإنّ مسؤوليته تقوم باعتباره ضامناً للشراء ومسؤولاً عن مستوى جودة البضائع التي عينها؛ أنظر: محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص113.

صدر عن محكمة النقض الفرنسية والذي يتعلق بنزاع بين شركتين احدهما سويدية والأخرى فرنسية، حول التزام الشركة الأولى بإنشاء مجمع لحفظ الدقيق في إقليم BRETAGUE بفرنسا، حيث ظهر عيب في التصميم، فأعلنت المحكمة مسؤولية المانح كلية. ولقد كانت وقائع هذا الحكم تتلخص في أنّ المتعاقدين قد أبرما عقد تسليم المفتاح بينهما من أجل نقل المعرفة الفنية لإنشاء مجمع لحفظ الدقيق، إلا أنّه وبسبب العاصفة هلك جزء كبير من الألواح العازلة التي اقتلعت من مكانها، وأدى ذلك لعدم صلاحية المجمع لما أنشأ له، وقالت الشركة الفرنسية أنّه يوجد اخلال في التنفيذ والتصميم عن طريق فحص التربة التي أقيم عليها المجمع وأيدت المحكمة ذلك⁵⁰⁰.

ولكن يمكن للمانح إذا أخلّ بالتزامه بالمطابقة أن يقوم بعلاج هذا الإخلال، وبالتالي لا يعدّ مرتكباً له، سواء أكان ذلك قبل التسليم أم بعده بشرط أن لا يترتب على استعمال هذا الحق ضرر أو مضايقة للمتلقي. وبالتالي تجنب فسخ العقد خاصة إذا كان الإخلال ناتجاً عن نقص في العناصر المسلمة، إذ يمكن تفادي ذلك عن طريق زيادة هذا النقص حتى يصل إلى الحدّ المطلوب، أو تخفيض المقابل إلا إذا كان هذا النقص يؤدي إلى عدم صلاحية العناصر التكنولوجية المسلمة⁵⁰¹. غير أنّ المانح يستطيع للتصل من المسؤولية أن يثبت خطأ المستهلك في استعمال السلعة، وفي هذه الحالة لا ينفي مسؤوليته فحسب، وإنما مسؤولية المتلقي أيضاً⁵⁰².

كما يمكن إثارة مسؤولية المانح في الضمان بصورة غير مباشرة مستنديين في ذلك إلى التزامه برقابة الجودة، فكلما أخلّ المتلقي بجودة المنتج فإنّ ذلك يعبر عن إخلال المانح بالتزامه برقابة الجودة⁵⁰³، والذي يؤدي لنتيجة حتمية مفادها تراجع المبيعات في إقليم المتلقي مما ينجم عنه خسائر فادحة هو في غنى عنها إذا التزم بالضمان، لكن المستهلك في هذه الحالة لا يستطيع الرجوع مباشرة على المانح طالما كان المتلقي متواجداً في مركزه القانوني.

⁵⁰⁰ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1987، ص286.

⁵⁰¹ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص92 و95.

⁵⁰² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص122.

⁵⁰³ نفس المرجع، ص113.

غير أنّ الاخلال بهذا الالتزام لا يقتصر على المانح فحسب بل يشمل الغير الأجنبي عن العقد، فالغير بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا هو شخص مستقل لا يمسّه أثر هذا العقد فهو خارج دائرته أو نطاقه، ولا شك في أنّ هذا الاستقلال مبني على أساس مبدأ نسبية أثر العقد، ويعدّ وجهاً من أوجه استقلال مبدأ الإرادة، حيث أنّ المانح والمتلقي يقومون بإبرام العقد بموجب إرادتهم، لكن هذا الأخير تنعكس عليه هيمنة المانح فتصبح إرادته مسايرة لشروط المانح، فإذا التزم بموجب عقد نقل التكنولوجيا كان لزاماً عليه أن يقوم بتنفيذه حيث أنّ اتفاقهم يعدّ بمثابة القانون، أما من لم تشترك إرادته في ذلك فهو مستقل عنه. ولا شك أنّ عنصر أجنبية الغير يفرضه مبدأ نسبية أثر العقد بحيث لا يجوز بموجب هذا المبدأ أن يلزم الغير ولا أن يكسب بموجبه حقاً، ولذلك يمكن أن يكون الغير أحد الأشخاص التالية⁵⁰⁴:

1. قد يكون الغير أجنبياً عن عقد نقل التكنولوجيا لا تربطه بالمتلقي أية صلة، وأنّ السبب الذي قام به وأدى إلى عدم تنفيذ الالتزام يعدّ سبباً أجنبياً تنتفي به علاقة السببية بين اخلال المانح والضرر.
2. قد يكون الغير تابعاً للمانح أو تلقى عنه حقاً يتعارض مع حق المتلقي، فالغير في هذه الحالة لا يكون مكلفاً بتنفيذ الالتزام، ولكن المانح يسأل مسؤولية شخصية بموجب التزام الضمان.
3. قد يكون هذا الغير مكلفاً بتنفيذ التزام المانح وذلك بموجب الاتفاق أو القانون، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية عقدية عن إخلال الغير الذي أدى إلى عدم قيامه بتنفيذ التزامه العقدي بحيث يسأل كل من المانح والمتلقي عما يقوم به عمالهم من أفعال أدت إلى الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي.

ويعدّ اخلال الغير في عقود نقل التكنولوجيا نوعاً من أنواع السبب الأجنبي، والذي يعني الفعل الذي يأتيه شخص آخر فيدخل بين السبب والمسبب، فإذا كان إخلال الغير هو السبب المنفرد في إحداث الضرر فإنّ المانح لا يعدّ مسؤولاً، ويقصد من ذلك أن يكون قد وقع اخلال من الغير بمناسبة عقد نقل التكنولوجيا، ووقع اخلال آخر من المانح فيكون من شأن كل منهما احداث ضرر للمتلقي، إلا أنّ الفعل الذي حدث من الغير يعدّ سبباً أجنبياً مما يقطع العلاقة السببية بين اخلال المانح والضرر

⁵⁰⁴ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص272.

الذي لحق المتلقي، أي أن إخلال الغير هو السبب الوحيد في الضرر، ولهذا يتطلب أن تتوفر فيه شروط وهي⁵⁰⁵:

1- أن يشكل فعل الغير إخلالاً:

أي يجب أن يرتكب الغير انحرافاً عن السلوك المعتاد مع علمه بوجود عقد نقل التكنولوجيا، ومع ذلك تصرف بصورة تحول دون تنفيذ الالتزام الذي نشأ بموجب هذا العقد. وقد يكون هذا الإخلال المرتكب من قبل الغير عمدياً إذا تحققت نية الإضرار بالمتلقي، وقد يكون غير عمدي إذا وقع نتيجة إهمال، ولذلك يشترط في إخلال الغير:

- أ. أن يكون هناك واجب قانوني يفرض على الغير احترام عقد نقل التكنولوجيا، ولا شك أن هذا الواجب موجود بوجود العقد.
- ب. يجب ألا تتصرف حجية عقد نقل التكنولوجيا إلى الغير.
- ت. أن يكون الغير عالماً بوجود عقد نقل التكنولوجيا، وهذا العلم يعدّ عنصراً جوهرياً للاعتداد بالإخلال.

2- أن ينتج عن إخلال الغير ضرر:

قد ينشأ الضرر في الحقيقة عن إخلال المانح بتنفيذ التزامه في مواجهة المتلقي، بعد أن قام بالتعاقد مع الغير الذي يمكن أن يكون متلقي آخر في الشبكة، ولكن حتى يعتدّ بهذا الالتزام الأخير يجب أن يكون سابقاً على الالتزام الذي يربط بين المانح والمتلقي - ضمن عقد نقل التكنولوجيا-.

3- توافر علاقة السببية بين إخلال الغير والضرر الذي لحق المتلقي:

يجب أن تتوافر علاقة السببية بين إخلال الغير والضرر الذي نشأ بسبب إخلال المانح، حتى يمكن أن يلتزم هذا الأخير بالتعويض، أما إذا كان الضرر ناتجاً عن فعل الغير وحده فلا تترتب عليه أية مسؤولية.

⁵⁰⁵ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص273.

ومن بين الأمثلة التي توجد في الواقع العملي عن صور إخلال الغير⁵⁰⁶ مايلي:

1- إخلال الغير السبب الوحيد للضرر:

إذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد لحدوث الضرر للمتلقي دون اشتراك أي إخلال من جانب آخر بما فيهم المانح، فإنّ الغير هو الذي يتحمل المسؤولية ويعفى المدين منها.

2- اشتراك إخلال الغير مع إخلال آخر في وقوع الضرر:

قد يقع إخلال من المانح بالتزامه بالضمان ويقع إخلال آخر من الغير عن عقد نقل التكنولوجيا بحيث يكون من شأن كل منهما إحداث الضرر، فتبقى في هذه الحالة السلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتعيين المسؤولية ومن يجب عليه التعويض.

وفي الأخير يمكن القول أنّ تغليظ مسؤولية المانح في الضمان، ترجع بصفة أساسية لحاجة المتلقي في علاقته بالمانح إلى عناية خاصة؛ تهدف إلى تحقيق التقارب بين الطرفين في مجال المعرفة الفنية، فضلاً عن معالجة الاختلال الواقع بينهما في ميزان القوة الاقتصادية.

المبحث الثاني: تباين الاعتبار الشخصي للمتلقي في علاقته مع الغير

تكون في عقد نقل التكنولوجيا شخصية المتلقي محل اعتبار نظراً لارتباط هذا الأخير بسلسلة من المتلقين الآخرين الأعضاء في الشبكة الواحدة، وذلك بالرغم من كون شخصية المانح محل اعتبار عند إبرام العقد. غير أنّ فكرة الاعتبار الشخصي للمتلقي ما تلبث أن تتراجع بمجرد تدخل الغير في العلاقة القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بفقدان أطراف العلاقة التعاقدية وجوده القانوني والذي لا يتأتى إلا عن طريق الاندماج أو الانحلال أو الإفلاس. وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول دور الغير في تحويل المراكز القانونية لطرفي العقد، والثاني سيكون حول فاعلية الإفلاس في التأثير على سياسات العمل.

⁵⁰⁶ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص 277-278.

المطلب الأول: دور الغير في تحويل المراكز القانونية لطرفي العقد

إنّ التصرفات القانونية التي تمرّ بها مشاريع كل من المانح والمتلقي لها تأثير بالغ على عقد نقل التكنولوجيا بصفة خاصة، وعلى الشبكة التكنولوجية بصفة عامة. غير أنّ أثر هذه التصرفات يختلف بحسب الطرف الذي قام بها وينعكس سلباً وإيجاباً على مشروعه، خاصة مع وجود طرف ثالث وهو الغير الذي يتدخل في العقد بصفة أو بأخرى، فماهي الآثار التي يمكن أن تتجر عن وجود أطراف خارج علاقة نقل التكنولوجيا؟. للإجابة عن هذا السؤال سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول، تدخل الغير في العلاقة التعاقدية، وفي الثاني أثر انتفاء الاعتبار الشخصي.

الفرع الأول: تدخل الغير في العلاقة التعاقدية

يتدخل الغير في عقد نقل التكنولوجيا بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بإرادة الأطراف أو دون ذلك (البند الأول)، غير أنّ هذا التدخل غالباً ما ينجر عنه انقضاء الشخصية المعنوية للشركة وزوالها سواء تعلق الأمر بالمانح أو المتلقي (البند الثاني).

البند الأول: صور تدخل الغير

يمكن أن يصبح الغير طرفاً في العقد بحيث تؤول إليه الحقوق والالتزامات التعاقدية لأحد أطرافه - المانح أو المتلقي - وذلك إما عن طريق الاندماج أو البيع، كما يمكن أن يكون الغير دائناً أو مديناً لأحد الأطراف ويدخل في العلاقة التعاقدية بمجرد انحلالها والقيام بإجراءات التصفية.

أولاً- الاندماج:

برزت عقود الاندماج بين الشركات لتوسيع نشاطها وحماية نفسها من الظروف التي قد تعيق تقدمها، حيث تلجأ له الشركة عند شعورها بوضعية صعبة، فتحقق من الاندماج مزيداً من الضمان العام نتيجة لاتحاد رؤوس الأموال.

ويقصد بالاندماج بالمفهوم الفقهي ضمّ شركتين أو أكثر في شركة أخرى من ذات شكلها القانوني أو شكل آخر⁵⁰⁷، ولهذا عرّف بأنه: "اتفاق بمقتضاه يتمّ إما مزج شركتين أو أكثر بحيث يؤدي ذلك إلى انقضائهما معاً أو انتقال جميع حقوقهما والتزاماتهما إلى شركة جديدة تنشأ على انقضائهما، أو اتفاق يضمّ شركة أو أكثر إلى شركة أخرى بحيث تنقضي الشركة المضمومة وتنتقل حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة التي تبقى قائمة"⁵⁰⁸.

ويستخلص من التعريف السابق أنّ الاندماج قد يتمّ بطريق المزج أو بطريق الضم؛ فإذا ما كان الاندماج بطريق المزج، فإنّه سيؤدي إلى انقضاء الشركات المندمجة جميعاً وانتقال ذمتها المالية إلى الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج، أما إذا كان الاندماج بطريق الضم فإنّه سيؤدي إلى انقضاء الشركة أو الشركات المندمجة، وتبقى الشركة الدامجة محتفظة بشخصيتها المعنوية.

وبالنسبة لرأي الفقه⁵⁰⁹ حول مسألة الاندماج وباعتباره أحد المصادر التفسيرية للقانون فهو يرى أنّ الاندماج ذو طبيعة عقدية فهو عبارة عن عقد يربط بين شركتين أو أكثر لتعديل نظامها الأساسي، غير أنّ هناك من كيفه على أنّه مشروع أو عقد تمهيدي يعقبه عقد نهائي بعد تصديق الجمعيات العمومية، أما الرأي الآخر فقد اعتبره عقد معلق على شرط موافقة هيئات الرقابة والشركاء، كما أنّ هناك من يرى عدم كفاية النظرية العقدية لوضع أساس لهذه العملية الاقتصادية والتي تمّ تأسيسها بناء على فكرة المجموع الواقعي الذي يعتبر تطبيقاً لنظرية حوالة الحق وحوالة الدين، إذ يمكن للغير بموجب هذا التفسير الاعتراض على هذه الحوالة بسبب انتقال حقوقهم وديونهم كأثر للاندماج، ولكن انتقد هذا الرأي نظراً لقيام حوالة الحق المدنية على الأثر النسبي.

غير أنّ الاندماج بالنسبة لشركات المانح والمتلقي والذي يربط بينهم عقد نقل التكنولوجيا يثير صعوبة في مواجهة المتلقي تتمثل في انقاص الضمان من خلال إعادة استعمال الاسم التجاري، والذي

⁵⁰⁷ عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية، مقارنة الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 525.

⁵⁰⁸ خليفة سليمان فرج العبد الله، آثار الاندماج في قانون الشركات التجارية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية القطرية، العدد 5، قطر، 2002، ص 130. لم يعرف المشرع الجزائري اندماج الشركات التجارية، غير أنّه قد اعتبره سبباً من أسباب الانقضاء نظراً لتحويل الشركة إلى شركة أخرى، وهو نفس ما جاء به المشرع الأردني في المادة 28 من قانون الشركات الأردني.

⁵⁰⁹ من بينهم أحمد محمد محرز وغيرهم؛ أنظر: زكري إيمان، آثار اندماج الشركات التجارية بالنسبة للغير، مجلة دراسات قانونية، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013، ص 164.

ينعكس بصورة أخرى على الشعار والعلامة التجارية والتي تعتبر محورياً لعقد نقل التكنولوجيا، وبالتالي فإنّ هذه الوضعية الجديدة تمكن المانح من التوصل من التزامه عن طريق قيامه بالاندماج مما يجعل الغير يؤثر بشكل مباشر على العلاقة التعاقدية القائمة.

ولهذا تتأثر حقوق دائني الشركة المندمجة- المتلقي في هذه الحالة - تأثراً بالغاً بالاندماج، نظراً للارتباط الوثيق بين هذه الحقوق ونشاط الشركة المندمجة، كما أنّ مديني هذه الأخيرة يصبحون مدينين للشركة الدامجة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج باعتبارها خلفاً عاماً للشركة المندمجة، ولذلك يجوز للشركة الدامجة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج مطالبتهم مباشرة بالوفاء دون حاجة إلى الحصول على موافقتهم⁵¹⁰.

ثانياً- الانحلال والبطان:

قد ينتهي عقد نقل التكنولوجيا قبل انتهاء أجله وذلك بطلب من أحد الأطراف، وهذا بخلاف القاعدة الأساسية التي تحكم العقود المستمرة المحددة المدة بالنسبة لانقضائها، وهي أن تظلّ هذه الرابطة قائمة، إلى أن ينتهي الأجل المحدد لها. فهذه القاعدة ليست مطلقة دائماً، فهناك حالات في الواقع يكون فيها لأحد المتعاقدين وضع حد لهذه الرابطة التعاقدية⁵¹¹.

أما البطان فيتجلى حين يختلط عقد نقل التكنولوجيا بعقد الشركة فيصبح الاستقلال بينهما صورياً. فإذا كان عقد الشركة باطلاً فإنّه يعتد بالتصرفات التي أقامتتها الشركة في الفترة قبل الحكم بالبطان باعتبارها شركة فعلية وبالتالي يكون الطرفين أمام احتمالين:

- إما أن يصحح البطان ويستمر في عقد نقل التكنولوجيا دون عقبات.

- إما أن ينتهي الأمر بالحكم ببطان الشركة وتؤول للتصفية⁵¹².

⁵¹⁰ آلاء محمد فارس حماد، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندمجة - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بير زيت، الأردن، 2012، ص170.

⁵¹¹ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص228.

⁵¹² سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص190-192.

والبطلان يمكن أن يلحق احدى الشركتين؛ فبطلان شركة المانح يترتب عليه عجزه عن الاستمرار في العقد، وهنا يتعدى أثر البطلان شركة المانح ليشمل المتلقي أيضاً وينقضي عقد نقل التكنولوجيا لا لعيب فيه وإنما بسبب بطلان في عقد آخر⁵¹³. أما عن بطلان شركة المتلقي فستصبح شخصيتها القانونية منعدمة، وتنقضي جميع التصرفات القانونية التي قامت بإبرامها، فما أثر هذا الانقضاء على المانح؟. يكون للمانح حرية التوقف عن تنفيذ العقد وقت صدور الحكم ببطلان الشركة، أما إذا تجاوز المتلقي أسباب البطلان وعادت الشركة لمباشرة نشاطها فللمانح الحق في الاستمرار في العقد، وكان سبب البطلان لم يكن⁵¹⁴.

ويتمثل تدخل الغير في هذه الحالة باعتبارهم دائنين سواء للمانح أو المتلقي فيضطر كل من الطرفين للتزام مع جماعة الدائنين في حالة حل الشركة أو الحكم ببطلانها، وانتظار انتهاء اجراءات التصفية والقسمة.

ثالثاً- بيع المشروع:

يستطيع أي مالك لمشروع ما التصرف فيه نظراً لتمتعه بحقوق الملكية عليه، غير أن الأمر بخلاف ذلك لكل من المانح والمتلقي إذ أن التصرف ببيع المشروع قد يصيب أحد الطرفين بضرر خاصة بتدخل الغير في العلاقة التعاقدية والذي يتمثل في هذه الحالة في المشتري. فبإمكان المانح الاعتراض على بيع مشروع المتلقي لما فيه من تنازل عن المعرفة الفنية، حيث لا يجوز للمتلقي النزول للغير عن العناصر التكنولوجية التي حصل عليها إلا بموافقة المانح طبقاً للمادة 81 ق.ت.م.⁵¹⁵، إذ يسلب وجود المعرفة الفنية في محل العقد سلطة المتلقي في التصرف في مؤسسته، فلا تنتقل ذمته المالية مثقلة بعناصر عقد نقل التكنولوجيا إلا بموافقة المانح.

أما بالنسبة للمانح فيتضح أن مدى نفاذ عقد البيع الذي يبرمه مع الغير وذلك في مواجهة المتلقي متوقف على مايلي:

- قيام عقد جديد ينشئ التزامات وحقوق لنفس العناصر التكنولوجية، وينقل ملكيتها للغير.

⁵¹³ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص138.

⁵¹⁴ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص194.

⁵¹⁵ نص المادة 81 ق.ت.م.: "لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها".

- ثبوت تاريخ عقد نقل التكنولوجيا قبل العقد الجديد الناقل للملكية.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أنّ أغلبية التشريعات المقارنة تخلو من شرط علم الغير - الخلف الخاص- بعقد نقل التكنولوجيا وقت إبرام عقد البيع مع المانح، فهذا الشرط ليس ضرورياً طالما أنّ هذه العناصر سوف تنتقل مثقلة بحق المتلقي الشخصي في الانتفاع طبقاً للقواعد العامة. ومتى ما توافرت شروط النفاذ في حق المالك انصرفت آثار العقد إليه من تاريخ التصرف الناقل للملكية، وإذا لم تتوافر تلك الشروط فلا يعتبر عقد نقل التكنولوجيا نافذاً في حقه، ويترتب على ذلك انقضاء عقد نقل التكنولوجيا؛ على أن يقوم المالك الجديد بتبنيه المتلقي بضرورة ردّ عناصر العقد. أما إذا توافرت شروط النفاذ فلا يجوز للمالك الجديد إلغاء العقد بل عليه الوفاء بالتزامات المانح السابق لما تبقى من مدة العقد، وبخلاف ذلك يكون المانح ملزماً بتعويض المتلقي عن ما أصابه من ضرر، ما لم يتفق على غير ذلك، ويتعين على المتلقي في هذه الحالة قبول الغير محل المانح في جميع حقوقه طبقاً لعقد نقل التكنولوجيا⁵¹⁶.

البند الثاني: زوال الوجود القانوني للمشروع

لا يؤدي الاندماج إلى انقضاء الشركة المندمجة بشكل كامل لأنّ انقضاءها لا يكون إلا بالتصفية وقسمة موجوداتها، في حين أنّه لا يلزم في الاندماج تصفية الشركة المندمجة، وإنّما تفقد الشركة المندمجة شخصيتها المعنوية بالنسبة للغير فقط⁵¹⁷، وذلك كما هو مبين في نص المادة 744 ق.ت.ج.⁵¹⁸.

ولهذا يترتب على الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، لكن لا يعني ذلك تحللها من العقود التي أبرمتها قبل الاندماج، لأنّ الشركة الدامجة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج تحل محلها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، ومن ثمّ تظل كافة العقود التي كانت قد أبرمتها الشركة

⁵¹⁶ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص 231-232.

⁵¹⁷ آلاء محمد فارس حماد، المرجع السابق، ص 132.

⁵¹⁸ إذ تنص على: " للشركة ولو في حالة تصفيتها، أن تندمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج...".

المندمجة قبل الاندماج قائمة ومستمرة على أن تطبيق هذه القاعدة يختلف من عقد إلى آخر بحسب طبيعة كل عقد وخصائصه⁵¹⁹.

وفي هذا الشأن استقرت أحكام محكمة التمييز الأردنية على أن الاندماج يؤدي إلى انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها الاعتبارية، حيث قضت في قرارها رقم 3779/2009 بما يلي: "يستفاد من المادة 222/أ من قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته أنها نصت على أنه باندماج شركة مع شركة أخرى تسمى الشركة الدامجة تنقضي الشركة المندمجة فيها وتزول الشخصية الاعتبارية منها، وعليه فإن شخصية شركة مزرعة الاتحاد العالمية الاعتبارية قد زالت منذ اندماجها مع شركة حجازي وغوشة الخلف القانوني لها ولم يعد لشركة مزرعة الاتحاد العالمية أي وجود قانوني. وحيث أن محكمة الجمارك الاستئنافية لم تراعى ذلك في حكمها محل الطعن فيكون حكمها قد صدر بمواجهة غير ذي خصم، ويعتبر بالتالي حكماً باطلاً لا ينتج عنه أي أثر"⁵²⁰.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية رقم 182/1994، أكدت فيه المحكمة أن: "الشركة المندمجة تنقضي ولا تعود أهلاً للتقاضي، حيث جاء فيه ما يلي: "اندماج الشركة المدعية وشركة أخرى ينشأ عنه شخصية اعتبارية جديدة، وتنقضي بذلك شخصية الشركة المدعية (المندمجة) ولا تعود أهلاً للتقاضي"⁵²¹.

كما واستقرت أحكام محكمة النقض المصرية على القضاء بزوال الشركة المندمجة وانقضاء شخصيتها المعنوية، ومن الأحكام الصادرة بهذا الصدد، الطعن رقم 625، حيث قضت فيه أن: "اندماج الشركات بطريق الضم وإن كان يترتب عليه أن تنقضي الشركة المندمجة وتمحى شخصيتها الاعتبارية ودمتها المالية، إلا أن الشركة الدامجة تحل محلها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها خلافة عامة"⁵²².

⁵¹⁹ آلاء محمد فارس حماد، المرجع السابق، ص184.

⁵²⁰ تمييز حقوق رقم (3779/2009)، هيئة خماسية، الصادر بتاريخ 2010/02/14، منشورات مركز عدالة؛ نقلاً عن: آلاء محمد فارس حماد، المرجع السابق، ص133.

⁵²¹ تمييز حقوق رقم (182/1994)، هيئة خماسية، الصادر بتاريخ 1994/09/14، منشورات مركز عدالة؛ نقلاً عن: آلاء محمد فارس حماد، المرجع السابق، ص134.

⁵²² آلاء محمد فارس حماد، المرجع السابق، ص135.

وبناء على ما سبق نستخلص أنّ الاندماج ينتج عنه انقضاء للشخصية المعنوية للشركة المندمجة وزيادة في الحقوق والالتزامات للشركة الدامجة، ويختلف اسقاط هذا الأمر بحسب نوع الشركة، فإذا كانت شركة المانح هي الشركة المندمجة فإنّ ذلك سيؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية وانتقال حقوقها والتزاماتها المثقلة بعقد نقل التكنولوجيا المبرم مع المتلقي إلى الغير، وهو نفس الوضع بالنسبة للمتلقي، مع اختلاف في الآثار المترتبة.

أما إذا كان المانح شركة دامجة فإنّ الاستمرار في تنفيذ العقد يظلّ قائماً ولا مجال للقول بانتهاء الشخصية القانونية، على اعتبار عدم وجود علاقة بين الشرط الجديد الموجود في عقد الاندماج والشرط السابق المتضمن في عقد نقل التكنولوجيا⁵²³. وفي المقابل يحتفظ المتلقي بشخصيته القانونية على إثر اندماجه بطريق الضم إن كان شركة دامجة، إلا أنّ ذلك لا يحدّ من سلطات المانح في التدخل لفرض رقابته على عملية الاندماج، فتصبح العملية إدارية أكثر منها تجارية، الأمر الذي يجعل عقد نقل التكنولوجيا قابلاً للإبطال⁵²⁴.

أما إذا تعلق الأمر بالانحلال وبطلان كل من شركة المانح والمتلقي فإنّ ذلك سيؤدي حتماً إلى التصفية والتي تنتهي بقسمة الموجودات، غير أنّ كلا الشركتين تحتفظان بشخصيتهما المعنوية بالقدر اللازم لإتمام إجراءاتها⁵²⁵ فتظلّ العقود التي أبرمتها الشركتين قائمة إلى غاية إقفال التصفية، غير أنّ الأمر يثير عدة صعوبات منها⁵²⁶:

- مدة التصفية أقصر من مدة عقد نقل التكنولوجيا.
- الضرر الذي يلحق المانح في سمعته التجارية يتأثر به المتلقي وكافة أعضاء الشبكة.
- تتأثر العلاقة بين المانح والمتلقي بسبب صعوبة الوفاء بالالتزام بالمساعدة الفنية.
- تأثر المعرفة الفنية كنتيجة لطرح موجودات شركة المانح للتصفية، مما ينجر عنه تهديد لمصالح المتلقي.

⁵²³ محمد محسن ابراهيم النجار، المرجع السابق، ص128.

⁵²⁴ نفس المرجع، ص144.

⁵²⁵ المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

⁵²⁶ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص193.

- سقوط سلطة المانح بحلول المصفي محله.
 - انقضاء شركة المانح بمجرد اتمام عملية التصفية.
- وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن:
- أنّ عقد نقل التكنولوجيا لا ينقضي بمجرد بدأ عملية التصفية وبالتالي لا يستطيع المانح التوصل منه.
 - كنتيجة لعملية التصفية فإنّ محل عقد نقل التكنولوجيا يتعرض للهلاك الكلي والذي يؤدي لفسخ العقد بقوة القانون، أو الهلاك الجزئي والذي يمكن للمتلقي على إثره طلب الفسخ⁵²⁷.

الفرع الثاني: أثر انتفاء الاعتبار الشخصي

تبرز فكرة انتفاء الاعتبار الشخصي للوجود بمجرد دخول الطرفين في علاقات مع الغير، والتي يمكن أن تتجسد في الواقع العملي عن طريق الاندماج أو بيع المشروع أو التصفية، أو أيّ عقد يبرمه الأطراف مع الغير وتكون له صلة بعقد نقل التكنولوجيا، فينتج عنه آثار تتمثل في الحق في طلب إنهاء العقد (البند الأول)، وانتقال الذمة المالية (البند الثاني).

البند الأول: الحق في طلب إنهاء العقد

الأصل ألا ينقضي عقد نقل التكنولوجيا باعتباره نوعاً خاصاً من العقود بسبب زوال شخصية أحد الطرفين، فإذا زالت شخصية أحد الأطراف فمن الممكن إذاً أن يستمر عقد نقل التكنولوجيا مع خلفه العام أو الخاص حسب الأحوال، غير أنّ هذا الأصل يرد عليه استثناءات:

- يجوز بعد زوال شخصية المانح إلغاء العقد بعد التنبيه في ميعاد مناسب للخلف وذلك في حالة ما إذا أبرم العقد لاعتبارات في شخصية المانح
- قد يثبت الغير أنّ الالتزامات التي ترتبت عليه أصبحت مرهقة، وبالتالي يجوز له طلب إنهاء العقد⁵²⁸.

⁵²⁷ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 193.

فبحسب الاستثناء الأول وبعد انقضاء شخصية المانح القانونية تبعاً للاندماج أو البيع تثار مسألة حق المتلقي في طلب الفسخ مؤسساً ذلك على الاعتبار الشخصي، والذي يمكن معالجته بحلول الشخصية القانونية الجديدة محل شخصية المانح، غير أن استرداد هذا الأخير لكافة عناصر عقد نقل التكنولوجيا المملوكة له يثير صعوبة في تطبيق هذا الحل مما يؤكد على طلب الفسخ. ولذلك يتحدد حق المتلقي في طلب إنهاء العقد بناء على المركز القانوني للمانح في عملية الاندماج أو البيع، فإما أن يتمسك بالاعتبار الشخصي كأساس لطلب الفسخ على أثر تغيير الشخصية القانونية للمانح، وإما أن يظل العقد قائماً مع المتلقي إذا كان المانح شركة دامجة مثلاً، ولهذا يتباين وضع المتلقي في الشركة الجديدة بين إمكانية طلب إنهاء العقد تطبيقاً لفكرة الاعتبار الشخصي، وبين الإبقاء على العقد والاستمرار، ويرجع ذلك الاختلاف لوضعية المانح القانونية بين اعتباره تارةً شركة مندمجة، وتارةً أخرى شركة دامجة. وعليه فإنّ الحق في طلب إنهاء عقد نقل التكنولوجيا يتقرر لمصلحة المتلقي فلا يستطيع المانح طلبه، إذ يعدّ ذلك إنهاء بالإرادة المنفردة لأنّ القانون منح هذا الحق للمتلقي على أساس الضرر الذي أصابه من جراء عملية الاندماج أو البيع، غير أنّ الصعوبة التي تثيرها عملية إنهاء العقد تكمن في عودة جميع عناصر عقد نقل التكنولوجيا للمانح، وبالتالي يُمنع على المتلقي الاعتماد على هذه العناصر في مزاولته نشاطه وذلك بناء على شرط عدم المنافسة⁵²⁹.

وفي المقابل يحق للمانح طلب إنهاء العقد إذا كان الاندماج أو البيع من جهة المتلقي وترتب عن هذه العملية ضرر لمعرفته الفنية، كما يحق له ذلك باعتباره دائناً للمتلقي عن طريق عقد نقل التكنولوجيا وذلك خوفاً من تعرض المتلقي للإفلاس. غير أنّ هذا الحق الممنوح للمانح ليس مطلقاً إذ اتجه القضاء الأمريكي إلى رفض طلب المانح في الانهاء المبتسر للعقد على اعتبار أنّ ما أجراه المتلقي من تغيير لم يصل للحد الذي يهدد مصلحة المانح أو يترتب عليه مساس بالمعرفة الفنية⁵³⁰.

فالاعتبار الشخصي يعدّ قيدياً على علاقة المتلقي بالغير وعلى استقلاله، فلا يحوز على ثقة المانح للدخول في الشبكة إلا إذا توافرت فيه مقومات شخصية تجعله يظفر بهذا الاستحقاق، على اعتبار أنّه

⁵²⁸ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص 238-239.

⁵²⁹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 130.

⁵³⁰ نفس المرجع، ص 147.

يستفيد من المعرفة الفنية والعناصر المعنوية الأخرى للمانح⁵³¹ وذلك في مجمل العلاقات التي يدخل فيها وتكون على صلة بعقد نقل التكنولوجيا، على اعتبار أنّ الاستقلال الذي يطالب به المتلقي يحكمه الاعتبار الشخصي الذي يعتبر أساساً للدخول إلى الشبكة والقائمة على مجموع الاعتبارات الثقافية، أو الاحتراف في الانتاج، والكفاءة العالية والتي تمكنه في مجملها من دفع نفقات الانضمام للشبكة هذا من جهة، وتحمل نفقات مشروعه من جهة أخرى⁵³².

إنّ فكرة الارتباط والتقابل بين الالتزامات في عقود نقل التكنولوجيا بوصفها من العقود الملزمة لجانبين ينتفي وجودها في الواقع العملي، وبالتالي فالإخلال بتنفيذها لا يؤثر في توازن هذا العقد فحسب، باعتبارها تسهم في تحقيق الهدف العملي الذي يقصده المانح والمتلقي وتعمل على أن تتوافر في هذا العقد كافة آثاره النافعة، بل ويتعداها إلى الفسخ في حالة غيابها. غير أنّ عدم تنفيذ هذه الالتزامات ينبغي أن يكون على جانب معين من الأهمية يبرر معه فسخ هذا العقد⁵³³.

فإذا كان الالتزام الجوهرى في عقد نقل التكنولوجيا قد نفذ في جانبه الأكبر وما تبقى منه دون تنفيذ يعدّ قليل الأهمية، فإنّ للقاضي أو المحكم أن يرفض فسخ هذا العقد ويحكم بالتعويض إن كان له مقتضى⁵³⁴.

إنّ يقتضى نظام فسخ العقود بصفة عامة اعتبار العقد كأن لم يكن أصلاً؛ ويترتب على ذلك إعادة المانح والمتلقي إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام هذا العقد، فإذا تعذر على الدائن بفعله أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد امتنع عليه طلب الفسخ، أي أنه لا يكفي حتى يطالب الدائن بالفسخ ألا يقوم المدين بتنفيذ التزامه العقدي، بل لا بد أن يكون الدائن الذي يطالب بتفعيل نظام الفسخ قادراً على رد ما أخذه، وتبقى لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في هذا الشأن. كما لا يجوز للدائن في عقد نقل التكنولوجيا أن يطالب بفسخ العقد إلا بعد أن يقوم بإعذار المدين، وتكمن فائدة الاعذار في

⁵³¹ Jean paul CLEMENT, Op. Cit., p24.

⁵³² سمير عبد السميع الأودن، تسويق الشهرة التجارية، المرجع السابق، ص193.

⁵³³ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص314-316.

⁵³⁴ بحسب ما ورد في المادة 122 ق.م.ج.

اثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامه العقدي، وهذا ما يدفع القاضي أو المحكم للاستجابة لطلب الفسخ⁵³⁵.

وفيما يتعلق بالالتزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية فالفسخ ليس هو الجزاء الأمثل على مخالفته لأنه غير ذي جدوى. فماذا يجني المانح من إعادة المعرفة التكنولوجية إليه بعد أن فقدت سريتها وصارت بضاعة في متناول الجميع، لذلك فإنّ التعويض هو وحده الكفيل بجبر ضرر المانح⁵³⁶.

البند الثاني: انتقال الذمة المالية

يترتب على عقد نقل التكنولوجيا حقوق والتزامات شخصية تتعلق بذمة المتعاقدين، ولا ترد هذه الالتزامات مباشرة على العناصر التكنولوجية التي انتقلت إلى الغير، ولكنها قد تنتقل إليهم وذلك إذا ما كانت من مستلزمات محل العقد، وكان الخلف الخاص يعلم بها⁵³⁷.

ولعلّ أول أثر ينتج عن الدمج هو ذلك المتعلق بانقضاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة وفقدانها صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات مما ينعكس على الدائنين، الذين حرص المشرع على توفير الحماية لهم. فعندما يكون الغير دائناً للشركة المندمجة ينتقل هذا الدين إلى الشركة الدامجة وتصبح هي المسؤولة عن وفائه. أضف إلى ذلك فإنّ المشرع لم يعتبر أنّ الدمج هو تجديد للدين بتغير المدين بل اعتبره انتقالاً شاملاً لخصوم وأصول الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة. ولم يشترط المشرع عرض مشروع الدمج على دائني الشركة كما لم يتطلب الحصول على موافقتهم، ويسري هذا الحكم على جميع دائني الشركة بمن فيهم المتلقي، على أن تراعى جميع شروط عقد نقل التكنولوجيا والتي تشترط التسديد الفوري للديون في حالة الدمج⁵³⁸.

فاستمرار المشروع الاقتصادي للشركة المندمجة رغم انقضاء شخصيتها المعنوية كأثر للاندماج هو الذي يفسر الانتقال الشامل لذمة هذه الشركة بأصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو الشركة الناتجة

⁵³⁵ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص322، المادة 119 ق.م.ج.

⁵³⁶ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص383.

⁵³⁷ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص231.

⁵³⁸ زكري إيمان، المرجع السابق، ص172-173؛ طبقاً للمادة 756 ق.ت.ج.

عن الاندماج، وهو الذي يفسر لماذا تستمر بعد الاندماج العقود التي سبق وأن أبرمتها الشركة المندمجة، ذلك لأنّ المشروع الاقتصادي ينتقل بجميع أصوله إلى الشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج، والتي تستمر في استغلاله لتحقيق الحكمة من الاندماج في تحقيق التركيز الاقتصادي. وبالمقابل فإنّ خصوم الشركات المندمجة تنتقل إلى الشركة الدامجة أو الجديدة انتقالاتاً شاملاً فتصير هذه الشركات مسؤولة عن جميع هذه الخصوم، فلا يجوز للشركة الدامجة أو الجديدة أن تتحلل من دين على الشركة المندمجة بحجة أنه لم يرد في قائمة خصوم هذه الشركة⁵³⁹.

ولا يحول دون انتقال الذمة المالية سوى اتفاق الأطراف ضمن عقد الاندماج على عدم الانتقال. إذ أجاز المشرع أن يتضمن هذا الأخير اتفاقاً⁵⁴⁰ يحدّ من الانتقال الشامل للذمة المالية، وبهذا الشأن يتوقف مصير عقد نقل التكنولوجيا على ما يرد ضمن عقد الاندماج. كما يمكن أن يعيق هذا الاندماج الاعتداد في العقد بالاعتبار الشخصي، فقد يقوم المانح بوضع شرط في عقد الاندماج يحول دون انتقال عقد نقل التكنولوجيا، مما يجرّد المتلقي من كل ضمانات توفر له الحماية من الأثر السلبي للاندماج، والمتمثل في نشوء شركة جديدة تحمل اسم شركة المانح مما يضرّ بمصالحه، وبالتالي يحق له المطالبة بالفسخ متمسكاً بالاعتبار الشخصي المنتفي بموجب الاندماج⁵⁴¹.

ولذا يظلّ حق المتلقي متعلقاً بالذمة المالية التي انتقلت عن طريق الاندماج، باعتباره قد اكتسب مركزه القانوني بصفته كدائن قبل وقوع الاندماج، غير أنه سيجد نفسه دائماً عادياً ليتزاحم مع بقية الدائنين، وبالتالي لا يستطيع الاعتراض على واقعة الاندماج. ويزداد الأمر تعقيداً عند تغيير المركز القانوني للمانح كأثر للاندماج، فقد تزول شخصية المانح القانونية إذا تمّ الاندماج بطريق المزج أو الانفصال لتنتقل حقوق المتلقي المرتبطة بموجب الذمة المالية للشخصية القانونية الجديدة. أما الاندماج بطريق الضم فلا يخلو الأمر من أحد الاحتمالين، فإما أن يكون المانح شركة مندمجة وبالتالي فإنّ هذه الحالة شبيهة بصور الاندماج السابقة الذكر. أو يمكن أن يكون المانح شركة دامجة وبالتالي لا تزول شخصيته القانونية، وإنما يترتب على ذلك تغيير فقط في الذمة المالية زيادة أو نقصاناً، مما يدفع

⁵³⁹ آلاء محمد فارس حامد، المرجع السابق، ص136.

⁵⁴⁰ إنّ هذا الشرط يجرّد المتلقي من كل حماية من شأنها أن تحدّ من الأثر السلبي لاندماج المانح.

⁵⁴¹ سمير عبد السميع الأودن، تسويق الشهرة التجارية، المرجع السابق، ص189.

بالمنتقي في بعض الأحيان بالمطالبة بإنهاء العقد والتعويض عما أصابه من ضرر خاصة إذا تسبب ذلك في ذبوع المعرفة الفنية التي تعتبر أساساً للعقد⁵⁴².

وعلى هذا الأساس فالاندماج يستوجب انتقال ذمة الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة وتحلّ الأخيرة محل الشركة المندمجة في تلقي الحقوق وتلتزم بالالتزامات. وما انتقال ديون الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة إلا تعبير عن تغيير المدين الأصلي وحلول مدين آخر محله، ولا يمكن تصور هذا الانتقال دون تدخل دائني الشركة المندمجة لأنّ تغيير المدين أمر له أهمية كبيرة في نظر الدائن، حيث يتوقف الأمر على قيمة الالتزام وعلى ملاءته وما يبيديه من يسر في الوفاء. فانتقال ذمة الشركة أو الشركات المندمجة بأصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو إلى الشركة الجديدة، يجعل من الشركة الدامجة أو الجديدة بمثابة خلف عام للشركة المندمجة وتسلّ بالتالي عن كافة ديونها. ومن هنا فإنّ الاندماج بمعناه القانوني سيحقق انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة دون حاجة إلى تصفيته وفساد ما عليها من ديون⁵⁴³. وقد جاء المشرع الجزائري ليؤكد هذا المنحى حين نص في المادة 2/749 على: "...إنّ رأسمال الشركة المستوعبة أو المندمجة يؤول إلى الشركة المدمجة أو الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج في الحالة التي تكون عليها في تاريخ تحقيق العملية النهائية".

ولهذا عنيت التشريعات بحقوق دائني الشركة المندمجة والدامجة في محاولة لإيجاد نوع من التوازن بين مصالح الشركات في تحقيق الاندماج ومصالح دائنيها في الوفاء بحقوقهم، ومن ذلك ما تمّ منحه للدائنين من إمكانية الاعتراض على الدمج، فقد منحوا هذا الحق خلال مدة 30 يوم من نشر الدمج على ألا يكون له أثر في استمرار تنفيذ الدمج، فإذا ما تمّ قبوله من المحكمة فإنّه يؤدي للتنفيذ العيني أو تقديم ضمانات للوفاء في أجل الاستحقاق على اعتبار أنّ هذا الدمج سيؤدي للإضرار بالدائن واضعاف الضمان، فقد جعل المشرع الشركة الدامجة خلفاً للشركات المندمجة وتحل محلها، فإذا لم تقدم الضمانات أو لم تقم بتسديد الديون عدت موجودات هذه الأخيرة ضامنة للوفاء بالدائن⁵⁴⁴.

⁵⁴² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص127.

⁵⁴³ طاهري بشير، اندماج الشركات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، 2015-2016، ص178 و182.

⁵⁴⁴ لينا يعقوب الفيومي، الآثار الناشئة عن دمج الشركات المساهمة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص122-125، يجوز طبقاً للمادة 117 ق.ت.ج لدائني مقدم المحل التجاري كحصة في رأسمال الشركة وخلال 15 يوماً التالية لآخر إجراء من إجراءات النشر أن يصرحوا في الموطن المختار عن صفتهم كدائنين وعن مقدار هذا الدين على أن يتسلم كل دائن وصلاً من الكاتب عن تصريحه. فإذا

أما في فرنسا ومصر فقد عالج المشرع مركز الدائنين ويظهر ذلك من الحلول التي تبناها، حيث نظر إلى الاندماج باعتباره انتقالاً شاملاً لأصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، كما يظهر من هذه الحلول أنه قد حرص على توفير الحماية للدائنين، خاصة دائني الشركة المندمجة، ولم يعالج هذه القضية في قانون الشركات القديم لأنه كان يعتبر أن هذا الاندماج يترتب عليه تجديد الدين نتيجة تغير المدين الأمر الذي كان يتطلب معه ضرورة صدور موافقة دائني الشركة⁵⁴⁵، لذلك كان عقد الاندماج يتضمن في الغالب كيفية سداد ديون الشركة المندمجة حفاظاً على حقوق الدائنين.

وفي المقابل فإنّ مدينوا الشركة المندمجة يصبحون مدينين للشركة الدامجة والتي تستطيع مطالبتهم بالوفاء مباشرة لما في الاندماج من انتقال شامل لذمة الشركة، أما مدينوا الشركة الدامجة فلا تنور أي مشكلة في مواجهتهم باعتبار أنّ ما يطالبون به هو الوفاء فقط⁵⁴⁶.

ومن ناحية المسؤولية فلم يتعرض المشرع الجزائري صراحة لتأسيس مسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة على فكرة الخلافة⁵⁴⁷، غير أنّ المادة 756 ق.ت.ج. تقرر هذه المسؤولية دون أن توضح أساس مسؤوليتها حيث تنص في فقرتها الأولى على: "تصبح الشركة الدامجة مدينة لدائني الشركة المندمجة في محل ومكان تلك دون أن يترتب على هذا الحلول تجديد بالنسبة لهم..."، أما في القانون التونسي وبالتحديد في المادة 423 من مجلة الشركات التجارية، فقد نصت على مسؤولية الشركتين الدامجة والمندمجة في مواجهة الغير، فتبقى كل شركة مسؤولة تجاه دائنيها.

وبناء على ما سبق، يستطيع المانح الاعتراض على بيع مشروع المتلقي، والذي يعتبر منهيّاً لعلاقة نقل التكنولوجيا إذ يتضمن هذا العقد الجديد نزولاً عن المعرفة الفنية، فلا تنتقل ذمة المتلقي المالية إلا بموافقة المانح، إذ يمكن أن يؤدي ذلك لزوال شخصية المتلقي أو إعساره بما يهدد مصلحة المانح الذي يتمسك من جهة بفكرة الاعتبار الشخصي والضرر الناتج عن فقدان هذا الاعتبار بالإضافة

انقضت المهل المحددة ولم يطلب أيّ من الشركاء إبطال الحصة المقدمة، أو إبطال الشركة كانت هذه الأخيرة ملزمة بأموالها الخاصة وبالتضامن عن تسديد الديون المصرح عنها. أما إذا أهمل الدائن التصريح عن دينه أو تأخر في ذلك فإنه يفقد حقه بتضامن الشركة، غير أنه يبقى كدائن للشريك مقدم المحل وفقاً للواعد العامة؛ أنظر: عمورة عمار، المرجع السابق، ص204.

⁵⁴⁵ ابتسام فهيم، النظام القانوني لاندماج الشركات التجارية على ضوء الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، ط1، المغرب، 2013، ص193.

⁵⁴⁶ زكري إيمان، المرجع السابق، ص176.

⁵⁴⁷ للمزيد من المعلومات أنظر: طاهري بشير، المرجع السابق، ص203.

إلى ما يؤدي إلى كشف سرية التكنولوجيا والتحسينات المدخلة عليها⁵⁴⁸. وبالتالي يتقيد حق المتلقي في التصرف بالبيع أو الاندماج طوال مدة عقد نقل التكنولوجيا وذلك وفقاً لنص المادة 83 ق.ت.م. والذي يعطي حماية واسعة للمعرفة الفنية، غير أن التوسع في مفهوم هذا النص يؤدي لتقييد حرية المتلقي في التصرف في مشروع.

المطلب الثاني: فاعلية الإفلاس في التأثير على سياسات العمل

لا تزول شخصية المفلس القانونية إلا إذا تمت عملية تصفية المشروع، مما يخلق نوعاً من تدخل الغير في عملية الإدارة والتسيير التي توكل للوكيل المتصرف القضائي مما يهدد الاعتبار الشخصي لأطراف عقد نقل التكنولوجيا، ويتعارض مع الطبيعة الخاصة للمعرفة الفنية، التي تتطلب نوعاً من السرية، وهذا ما يؤثر على المراكز القانونية للأطراف (الفرع الأول) بصفة خاصة، وينعكس على العقد بصفة عامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تأثير المراكز القانونية بواقعة الإفلاس

من أجل تيسير الالتزامات التعاقدية بين كل من المانح والمتلقي يلجأ الطرفان لكتابة بنود العقد وفقاً لما يتماشى مع مصالحهم الشخصية، ويضعهم في مراكز قانونية هم من يحدونها، خاصة بالنسبة للمانح الذي يحوز على الأولوية في فرض شروطه باعتباره مالكا للمعرفة الفنية. غير أن هذا الاستقرار ما يلبث أن يزول بمجرد تعرض أحدهم للإفلاس فتتأثر مراكزهم القانونية من جراء هذه الواقعة التي تحدث بإرادتهم أو بدونها، فما هي هذه الآثار؟. للإجابة على هذا السؤال سنعرض لإجراءات الإفلاس (البند الأول) وكيف ستؤثر على طرفي العقد، ثم إلى اختفاء الاعتبار الشخصي (البند الثاني) الذي يعتبر أساسياً بين كل من المانح والمتلقي.

البند الأول: إجراءات الإفلاس

كقاعدة عامة تعتبر أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فإذا عجز عن تسديد ما بذمته كان لدائنيه استيفاء حقوقهم عن طريق التنفيذ على أمواله، فذمة المدين هي الضمان العام الذي يؤمن لجميع

⁵⁴⁸ أوجبت المادة 83 ق.ت.م. التعويض عن الضرر الحاصل كنتيجة لكشف سرية التكنولوجيا؛ أنظر: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص195.

الدائنين الحصول على حقوقهم إذا أخلّ مدينهم بتنفيذ التزامه⁵⁴⁹. غير أنّ الأمر في عقد نقل التكنولوجيا قد يسبب ضرراً بالغاً على السمعة التجارية للمانح وذلك بمجرد توقفه عن الدفع وعجزه عن تسديد ديونه.

فإذا حدث وتوقف المانح عن دفع ديونه وجب شهر إفلاسه، فيخضع إلى إجراءات شهر الإفلاس وتغلّ يده عن إدارة أمواله من تاريخ الحكم الصادر بشهر الإفلاس⁵⁵⁰.

فالتوقف عن الدفع هو عجز المانح -المدين التاجر- عن الوفاء بديونه التي حلت آجالها على أن تكون هذه الديون تجارية. وهو من أهم الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن الحكم بشهر إفلاس المانح، بل يعدّ جوهر فكرة الإفلاس وذلك لأهمية الآثار المترتبة عنه⁵⁵¹، وقد أوردت المادة 215 ق.ت.ج ذكر هذا الشرط، فكيف يمكن تطبيق ذلك على المانح؟.

إنّ الإفلاس نظام جماعي للتنفيذ على أموال المفلّس لذا رتب المشرع على صدور حكم الإفلاس تكوين جماعة الدائنين بقوة القانون، ومنع الدائنين من اتخاذ إجراءات فردية ضد المانح -المدين المفلّس-، بل يتعين عليهم الخضوع للإجراءات التي يتخذها الوكيل المتصرف القضائي باعتباره ممثلاً عنهم⁵⁵².

وبعدّ حكم الإفلاس بعد صدوره ذو حجية مطلقة على الناس كافة، فمتى ما صدر الحكم فإنّ المدين لا يعدّ مفلّساً بالنسبة للدائن فحسب وإنّما يعدّ كذلك بالنسبة للدائنين جميعاً حتى ولو لم يكونوا طرفاً في دعوى الإفلاس. وهذه الحجية المطلقة لحكم الإفلاس سواء من حيث الأشخاص أو الأموال تبررها غاية الحكم وهي إجراء تصفية شاملة لأموال المدين لتوزيع ما نتج عنها على جماعة الدائنين⁵⁵³.

⁵⁴⁹ عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس والصلح الوافي "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص7.

⁵⁵⁰ المادة 225 ق.ت.ج.

⁵⁵¹ بن داوود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص44.

⁵⁵² عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص116.

⁵⁵³ نفس المرجع، ص63 و70.

ومن أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الإفلاس ذلك المتعلق بغلّ يد المدين المفلس⁵⁵⁴ عن إدارة أمواله منذ صدور الحكم بشهر الإفلاس، وذلك حماية للدائنين من تصرفاته التي يمكن أن تنقص من ضمانهم العام⁵⁵⁵، على أن يشمل ذلك كافة أمواله الحاضرة والمستقبلية. وما هدف المشرع من وراء ذلك سوى المحافظة على مبدأ المساواة بين جميع الدائنين، كما أنّ عملية غلّ اليد ماهي إلا إجراء وقائي يتوخى منه ردع المدين المفلس، حتى لا يقع في تصرفات تمكن غيره من إدارة أمواله - الوكيل المتصرف القضائي- والحلول محله لإتمام جميع التصرفات القانونية اللازمة لقفل التفليسة والوصول بها إلى الحل المناسب الذي يضمن حقوق الدائنين.

وغلّ اليد مؤداه أن تنتقل العلاقة بين المتلقي والمانح إلى علاقة بين المتلقي وإدارة التفليسة ويضع ذلك الواقع مستقبل العقد في خطر، نظراً لانتقال المعرفة الفنية للوكيل المتصرف القضائي الذي يهدد وجودها، لإمكانية سقوطها ضمن الأموال المباعة لإتمام إجراءات التفليسة.

لكن ماهو جار به العمل وما أقره الاجتهاد القضائي أو الفقهي الحديث أنّه يجب الأخذ بعين الاعتبار وضعية التاجر المالية ومدى إمكانية سداد ما عليه من ديون، كأن تكون له حقوق على الغير لكن لم تحن آجالها أو له عقارات لم يتمكن من بيعها، وهذا ما جعل من التوقف عن الدفع غير كاف إذ لا بد وأن يكون دالاً على عدم القدرة على الوفاء مما يعني فقدان الائتمان التجاري. وفي ذلك ورد لمحكمة النقض المصرية قولها: "التوقف عن الدفع هو الذي ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتعرض بها حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال، فليس كل امتناع عن الدفع يعتبر توقفاً إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذراً طرأ على المدين مع اقتداره، وقد يكون لمنازعة في الدين من ناحية صحته أو مقداره أو حلول أجل استحقاقه أو انقضائه بسبب من أسباب الانقضاء"⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ أنظر في تكييف غلّ اليد؛ بن داوود إبراهيم، المرجع السابق، ص130.

⁵⁵⁵ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص11.

⁵⁵⁶ مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997،

ص521.

ولا يترتب على الحكم بشهر الإفلاس انقضاء شخصية المانح المفلس وإنما فقد أهليته في إدارة مشروعه مع انتقالها إلى إدارة التفليسة، وباعتبار العقد قائماً على الاعتبار الشخصي فإن ذلك سيؤثر سلباً على طبيعة العقد مما يدفع المتلقي للمطالبة بالفسخ.

البند الثاني: اختفاء الاعتبار الشخصي

إن موضوع الإفلاس وثيق الصلة بالاعتبار الشخصي لأطراف عقد نقل التكنولوجيا، إذ أن إفلاس أحد الأطراف يؤدي إلى ضرر كبير على مشروع الطرف الآخر، حيث يرتبط التعامل بينهم على مبدأ الثقة والائتمان، فإذا انتهى الوفاء في الآجال المتفق عليها نتيجة للإفلاس فلا تتأثر العلاقة المباشرة بين الطرفين فقط، بل يتعدى هذا الأثر إلى سائر العلاقات التي تربط أطراف الشبكة الواحدة.

إذ يجد المتلقي نفسه بعد الحكم بشهر الإفلاس متعاملاً مع إدارة التفليسة مما يهدد مصالحه والمتمثلة أساساً في استيعاب المعرفة الفنية⁵⁵⁷، وتبقى مسألة غل يد المانح قائمة طالما بقيت التفليسة مستمرة ولا يزول إلا بانتهائها، ولذلك تظل يده مغلوطة حتى وقت قفل التفليسة لعدم كفاية الأموال اللازمة لسيرها.

ولا يعتبر غل يد المانح من قبيل نزع الملكية لأنه يظل مالكاً لأمواله، ولا يترتب على صدور حكم الإفلاس انتقال ملكية أمواله إلى الدائنين على الرغم من انتقال حيازتها للوكيل المتصرف القضائي بوصفه وكيلاً عن الدائنين. فغل اليد يعني عدم نفاذ التصرفات التي يجريها المفلس في مواجهة جماعة الدائنين وذلك بمجرد صدور الحكم، خاصة إذا تعلقت بالأموال المحجوزة مع بقاء هذه التصرفات صحيحة بين طرفيها، والوكيل المتصرف القضائي وحده الذي يحق له التمسك بعدم نفاذ هذه التصرفات، وله أن يتمسك بصحتها في حالة ما إذا كانت تحقق مصلحة لجماعة الدائنين⁵⁵⁸.

بمجرد الحكم بشهر إفلاس المانح وتولي الوكيل المتصرف القضائي إدارة التفليسة محله، يجد المتلقي نفسه في وضع صعب إزاء فكرة الاعتبار الشخصي، فيضطر للخيار بين أمرين:

- الاستمرار في تنفيذ العقد.

⁵⁵⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص155.

⁵⁵⁸ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص86-87.

- طلب الفسخ والتعويض عن الضرر الحاصل⁵⁵⁹.

وهذا كنتيجة حتمية للوضع الراهن، إذ تعاقد المتلقي مع المانح لكفاءته وخبرته، فيجد نفسه وبموجب أمر خارج عن إرادته يتعامل مع الغير -الوكيل المتصرف القضائي-، والذي لا يمكن أن يقوم بأي حال من الأحوال مقام المانح.

الفرع الثاني: مخاطر الإفلاس وانعكاسها على العقد

ينعكس استقلال أطراف عقد نقل التكنولوجيا في تحمل كل منهم لمخاطر التصرفات التي يقوم بها، غير أن المانح يسعى دائماً إلى نقل المخاطر إلى المتلقي، مما يجعله مهدداً بكافة الوقائع القانونية التي تعترض المانح ومنها الإفلاس، والتي تلحق ضرراً بمحل العقد وتؤدي في ذات الوقت للعجز عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁵⁶⁰، وبالتالي ضياع بعض الحقوق (البند الأول) وتقويت بعض الفرص، مما تتجر عنه مسؤولية (البند الثاني) في مواجهة الطرف المتسبب بها.

البند الأول: حقوق المتلقي على إثر الإفلاس

بعد صدور الحكم بشهر إفلاس المانح، وزوال الاعتبار الشخصي له يحلّ الوكيل المتصرف القضائي محله، فيجد المتلقي نفسه مخيراً بين تنفيذ العقد مع الوكيل أو المطالبة بالفسخ.

أولاً- تنفيذ العقد:

قد يقوم الوكيل المتصرف القضائي بتنفيذ ما أبرمه المانح المفلس من عقود والتي من بينها عقد نقل التكنولوجيا مع المتلقي، ولن يكون ذلك إلا لمصلحة جماعة الدائنين، طالما أن يد المانح قد غلّت عن التصرف في ممتلكاته وإدارة أمواله. ولكن هذا الاستمرار لا يمكن أن يقرر بقوة القانون وبصفة تلقائية بل لابد من الاقرار الصريح من طرف الوكيل المتصرف القضائي⁵⁶¹.

ولهذا راعى المشرع مسألة الاستمرار في تشغيل مشروع المفلس لما في ذلك من فائدة له ولجماعة الدائنين سواء انتهت التفليسة بالصلح أو الاتحاد. فإذا انتهت التفليسة بالصلح مع الدائنين وعاد

⁵⁵⁹ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص190.

⁵⁶⁰ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص154.

⁵⁶¹ بن داوود إبراهيم، المرجع السابق، ص150.

المفلس لإدارة مشروعه فإنّ ذلك سيعود بالنفع عليه، وسيكون من السهل عليه استئناف نشاطه والعكس. أما إذا انتهت التفليسة بالاتحاد، فإنّ المشروع يحتفظ بقيمته التجارية وزبائنه، مما يؤدي إلى مضاعفة قيمته عند بيعه فيعود بالنفع على جماعة الدائنين، ويضاف كل ما ينتج من عملية الاستغلال من أرباح ليتمّ اقتسامها حسب ديون جماعة الدائنين⁵⁶².

إنّ الاستمرار في تشغيل المشروع قد تقضي به المصلحة العامة، كما لو كان هذا المشروع يقدم خدمات حيوية للزبائن والتي لا يمكنهم الاستغناء عنها، بالإضافة للأضرار التي تعود على العمال والمستخدمين بعد توقف المشروع مما يتسبب في بطالتهم، ولذلك لا يجوز للمحكمة أن تسمح للوكيل المتصرف القضائي بانفراده باستثمار المشروع إلا بعد الحصول على تقرير القاضي المنتدب وفقاً لما تقضي به المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة للدائنين طبقاً للمادة 277 ق.ت.ج.⁵⁶³.

كما يجوز وفقاً للقانون التجاري أن يعين المفلس لإدارة مشروعه، ولا تتعارض هذه الخطوة مع مبدأ غلّ اليد، لأنّ المفلس في هذه الحالة يعمل بصفته أجيراً لا مالكاً للمشروع، والأجر الذي يحصل عليه يعتبر بمثابة إعانة مالية له ولأسرته، كما يمكن أن يعين شخص آخر للقيام بهذه المهمة مقابل أجر⁵⁶⁴. وتعتبر خطوة المشرع في جعل المفلس يتولى إدارة وتسيير مشروعه مهمة من الناحية العملية باعتباره أقدر من غيره على إدارة المشروع، كما أنّ هذه الطريقة تعود بالنفع على المفلس إذا ما انتهت التفليسة بالصلح وعاد المفلس لممارسة تجارته. وما يجب توضيحه في هذا المقام أنّه لا خوف على مصلحة الدائنين من تولي المفلس إدارة المشروع طالما أنّ ذلك يتمّ تحت إشراف القاضي المنتدب والوكيل المتصرف القضائي⁵⁶⁵.

غير أنّ ما يعيق هذه المرحلة من وجهة نظرنا هو الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا، وما يمكن أن ينجرّ عن ذلك من إنشاء لأسرار المعرفة الفنية، مما تفقد معه قيمتها المالية لتصبح بضاعة في متناول الجميع، وحتى بعد انتهاء التفليسة وإجراءاتها سواء بالصلح أو الاتحاد فهل يمكن للطرفين في هذا العقد

⁵⁶² عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 238.

⁵⁶³ تقابلها المادة 2/355 ق.ت.أ.؛ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 239.

⁵⁶⁴ يمكن للمدين المفلس في التسوية القضائية وبمساعدة الوكيل المتصرف القضائي وإذن القاضي المنتدب متابعة استغلال مؤسسته التجارية والصناعية وهذا بموجب المادة 1/277 ق.ت.ج.، أما في الإفلاس فلا يمكن للمدين المفلس مباشرة الاستغلال وإمّا توكل هذه المهمة للوكيل المتصرف القضائي طبقاً للمادة 2/277 ق.ت.ج.

⁵⁶⁵ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 239.

سواء المانح أو المتلقي أو حتى بالنسبة لبقية المتلقين الأعضاء في الشبكة العودة إلى الحال التي كانت قبل وقوع الإفلاس وتكليل النجاحات السابقة؟.

ثانياً - فسخ العقد:

لا يستطيع المتلقي عند الحكم بشهر الإفلاس طلب إنهاء العقد نظراً لعدم زوال الشخصية المعنوية للمانح والتي تستمر طوال مدة التصفية⁵⁶⁶ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الانتهاء يصبح أمراً طبيعياً بمجرد إتمام الإجراءات وقسمة الموجودات على جماعة الدائنين - بحيث يصبح المتلقي واحداً منهم-. كما أنّ المتلقي يكتسب بموجب عقد نقل التكنولوجيا حق انتفاع على العناصر التكنولوجية، وحق ملكية على التحسينات التي يدخلها على هذا العقد، ولذلك فإنّ هذه الحقوق لا تسقط بموجب الحكم بشهر الإفلاس. غير أنّ ما يشوب هذا المبدأ من نقص يتمثل في كون عقد نقل التكنولوجيا الذي أبرمه المانح المفلس قد يستغرق وقتاً للتنفيذ، فإذا أشهر إفلاسه قبل تنفيذه فما هو أثر هذا الإفلاس على الحقوق والالتزامات المترتبة عن هذا العقد؟ وهل يحق للمتلقي الانضمام لجماعة الدائنين والمطالبة بحقوقه؟.

بموجب الالتزامات المتقابلة في ذمة كل من المتعاقدين يصبح كل من المانح والمتلقي دائناً ومديناً في ذات الوقت، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ والتحلل من الالتزام المقابل المذكور في العقد، ويعتبر هذا مبدأ عام وارد ضمن المادة 119 ق.م.ج.، فإذا كان العقد صحيحاً ثمّ أشهر إفلاس المانح قبل التنفيذ فما الحكم في هذه الحالة؟.

الأصل أنّ هذا العقد يجب تنفيذه ما دامت تتوفر فيه جميع شروط الصحة ولم ينله البطلان، ذلك أنّ أشهر إفلاس المانح لا يعتبر في حدّ ذاته سبباً قانونياً لعدم تنفيذ الالتزام وبالتالي الفسخ، إلاّ أنه ووفقاً لقاعدة غلّ اليد والمترتبة عن الإفلاس والتي تمنع المانح من إدارة أمواله والتصرف فيها، فيحول ذلك دون تنفيذ الالتزام، فيكون بالمقابل للمتلقي الامتناع عن تنفيذ الالتزام وفقاً للعقد المبرم بينهم وله أن يدفع بعدم التنفيذ، أو أن يطالب بالفسخ إذا رأى أنّ مصلحته تقتضي التحلل من الالتزام مع إمكانية

⁵⁶⁶ المادة 766 ق.ت.ج.

المطالبة بالتعويض لما أصابه من ضرر من جراء عدم التنفيذ، لذا يحق له التقدم للمحكمة للمطالبة بالفسخ لعجز المانح عن تنفيذ التزامه على أن يستند في ذلك للقواعد العامة⁵⁶⁷.

كما تقضي القاعدة العامة بضرورة حبس الشيء الواقع تحت اليد إذا كان ملزماً بأدائه حتى استيفاء حقه، وبالتالي يحق لمن أبرم عقداً من العقود أن يطلب الفسخ إذا لم يقيم الطرف الثاني بتنفيذ التزامه، وفي المقابل يحق للمانح استرداد الأشياء المملوكة له والموجودة لدى المتلقي.

وتطبيقاً لهذه القاعدة يحق لمن يحوز شيئاً مملوكاً للمفلس حق حبسه إذا كان هذا المفلس مديناً له بدين ناشئ عن العقد أو مرتبطاً به، بحيث يمكنه الاحتجاج في مواجهة جماعة الدائنين، ولا يستطيع الوكيل المتصرف القضائي استعادة الشيء المحبوس إلى التفليسة إلا بعد دفع ما بذمة المفلس للحابس. يتضح من هذا الأمر أن للمتلقي الحق في حبس المقابل والأداءات الدورية وكذا مختلف التحسينات التي يدخلها على المعرفة الفنية حتى يفى المانح بالتزامه⁵⁶⁸.

ومادام سبب الفسخ هو عجز المدين عن تنفيذ التزامه كنتيجة طبيعية لغلّ اليد، فيمكن للمحكمة ألا تحكم بالفسخ إذا أبدى الوكيل المتصرف القضائي رغبته في تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد على المانح المفلس وذلك بعد الحصول على ترخيص من القاضي المنتدب، وبالتالي يزول سبب طلب الفسخ. ولا يقدم الوكيل المتصرف القضائي على هذه الخطوة إلا إذا وجد أن التنفيذ في مصلحة جماعة الدائنين. ولا يجوز للمتعاقد مع المفلس في هذه الحالة الاعتراض على التنفيذ⁵⁶⁹، غير أن ذلك يرد عليه استثناءات تتمثل في إمكانية الامتناع عن التنفيذ متى ما كان العقد يقوم بطبيعته أو استخلاصاً من نية المتعاقدين على الاعتبار الشخصي، وهو واقع الحال في عقد نقل التكنولوجيا، لذلك فإن افلاس المانح يستوجب بالضرورة فسخ العقد بقوة القانون.

⁵⁶⁷ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص154.

⁵⁶⁸ ونفس الأمر ينطبق على المانح وذلك تطبيقاً لنصوص القانون المدني، إذ يحق له حبس معرفته الفنية وعدم تسليمها للمتلقي طالما أن هذا الأخير لم يسلمه المقابل، وبالتالي يحق له أن يحتج بهذا الحق في مواجهة جماعة الدائنين، بحيث لا يستطيع الوكيل المتصرف القضائي استعادة الشيء المحبوس إلا إذا تم دفع المقابل.

⁵⁶⁹ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص155.

ولكن لا يمكن القيام بفسخ العقد من قبل المتلقي بصفة منفردة لأنّ من شأن ذلك الاخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين⁵⁷⁰ وعرقلة عمليات التصفية الجماعية وزيادة مصاريف التفليسة، ولهذا نص المشرع على عدم رفع الدعاوى أو اتخاذ إجراءات انفرادية ضد المدين بعد صدور الحكم بشهر الافلاس. كما لا تشمل هذه القاعدة مجرد الإجراءات والدعاوى التي ترفع بعد صدور حكم الافلاس، وإنما تسري على كافة الدعاوى التي رفعت والإجراءات التي اتخذت قبل صدور الحكم والتي أدرکہا الحكم وهي لا تزال قائمة، ولا يكون بذلك للدائنين سوى التقدم للتفليسة للحصول على حقوقهم والاشتراك في القسمة بعد انتهاء التصفية⁵⁷¹.

ولا يحتاج المتلقي الانتظار لزوال شخصية المانح القانونية لطلب إنهاء العقد وإنما يمكنه الرجوع إلى القواعد العامة وطلب الفسخ لإخلال المانح بالتزام تعاقدي، فالضرر الذي يلحق المانح المفلس وبالتبعية سمعة الشبكة يجيز للمتلقي طلب الفسخ دون انتظار انقضاء الشخصية القانونية للمانح المفلس، ذلك أنّ وقوعه في الافلاس قد نتج عن خطئه مما أسفر عنه عدم قدرته على اتمام الالتزامات التعاقدية. غير أنّ المانح يستطيع إثبات العكس بنفي خطئه والضرر، كما يستطيع الوكيل المتصرف القضائي درء دعوى الفسخ بسبب تهديد تلك الدعوى للضمان العام للدائنين، إلا أنه تبقى للمحكمة السلطة التقديرية في الموازنة بين مصالح الأطراف⁵⁷².

وللمتلقي في هذه الحالة المطالبة بالتعويض لجبر الضرر عما أصابه من جراء الفسخ، لأنّ عدم التنفيذ في هذه الحالة يعدّ خطأ تعاقدياً من جانب المانح يجيز التعويض على أن تبقى لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك.

وطالما أنّ هذا التعويض يعتبر بمثابة دين مترتب على الاخلال بالتزام تعاقدي فيخوّل ذلك للمتلقي أن ينضم في مطالبته بالتعويض لجماعة الدائنين⁵⁷³.

⁵⁷⁰ بن داوود إبراهيم، المرجع السابق، ص25.

⁵⁷¹ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص117.

⁵⁷² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص159.

⁵⁷³ بن داوود إبراهيم، المرجع السابق، ص154.

البند الثاني: مسؤولية المانح عن إفلاس المتلقي

إن إفلاس المانح يستتبعه بالضرورة إفلاس المتلقي خاصة إذا كان مشروع قائماً ومرتبباً فقط بعقد نقل التكنولوجيا، فبزوال المعرفة الفنية وكافة ملحقاتها، تزول معها إمكانيات مشروع المتلقي فلا يستطيع مزاوله نشاطه مما يستتبع ذلك وقوعه في الإفلاس، فما مدى مسؤولية المانح عن ذلك؟.

يتأثر المتلقي بجرائم التفليس التي يقوم بها المانح وهي التفليس البسيط⁵⁷⁴ أو التفليس بالتدليس⁵⁷⁵، وعليه فإنّ البحث عن تحديد مسؤولية المانح بالنسبة للمتلقى يوجب النظر في جرائم الإفلاس بالموازاة مع عقد نقل التكنولوجيا الذي يربط بين الطرفين ويعبر عن استقلالهما الظاهر في العمل، والذي ينتج عنه اعتبار أنّ كل طرف مسؤول في مواجهة دائنيه، ولا يتدخل في خصومة للطرف الآخر مع الغير إلا إذا تعلقت بالعقد الذي يجمع بينهم.

ومع ذلك يحمل القضاء الفرنسي المسؤولية للمانح عن إفلاس المتلقي، وفي ذلك استندت محكمة الاستئناف الفرنسية في حكمها إلى أنّ المانح قد احتفظ بالوثائق المالية والحسابية اللازمة لإدارة مشروع المتلقي، كما أعد كافة الوثائق الادارية والمستندات الحسابية وعين المستخدمين، ولعلّ هذه الأسباب السالف ذكرها هي التي أدت بمحكمة الاستئناف لاعتبار المانح هو المدير الفعلي لمشروع

⁵⁷⁴ وفق أحكام القانون التجاري الجزائري يوجد نوعين من التفليس البسيط (التفليس بالتقصير) وهما: التفليس بالتقصير الوجوبي: إذ يعدّ المانح مرتكباً للتفليس بالتقصير إذا قام وهو في حالة توقف عن الدفع بإحدى الحالات التالية الواردة بالمادة 370 ق.ت.ج وهي: - إذا أفرط في مصاريف تجارته أو مصاريفه الشخصية - إذا استهلك مبالغ جسيمة في عمليات وهمية أو نصيبية - إذا كان قد قام بمشتريات لإعادة البيع بأقل من سعر السوق بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع أو استعمل بنفس القصد وسائل مؤدية للإفلاس ليحصل على أموال - إذا قام بإفشاء أحد الدائنين إضراراً بجماعة الدائنين - إذا كان قد أشهر إفلاسه مرتين وأقفلت التفليستان بسبب عدم كفاية الأصول - إذا لم يكن قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظراً لأهمية تجارته - إذا كان قد مارس مهنته مخالفاً لحظر منصوص عليه في القانون". أو التفليس بالتقصير الجوازي: وفيه يبقى المجال مفتوحاً أمام السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الحكم به، وهو ما يستشف من مصطلح يجوز الواردة في بداية المادة 371 ق.ت.ج، والتي أوردت ذكر مجموعة من الحالات تضاف إلى ما ورد ضمن المادة 370 ق.ت.ج، بحيث إذا وجد المانح في إحدى هذه الحالات يجوز أن يعتبر مفلساً بالتقصير، وهي على التّوالي: - إذا كان قد عقد لحساب الغير تعهدات ثبت أنّها بالغة الضخامة مقارنة مع وضعه عند التعاقد، ومع ذلك لم يتقاضى مقابلها شيئاً - إذا كان قد حكم بإفلاسه دون أن يكون قد أوفى بالتزاماته عن صلح سابق - إذا لم يقم بالتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة عن حالة التوقف عن الدفع في مهلة 15 يوم دون مانع مشروع- إذا لم يحضر لدى الوكيل المتصرف القضائي في الأحوال والمواعيد المحددة دون مانع مشروع- إذا كانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام".

⁵⁷⁵ وتكون فيها إرادة المفلس قد اتجهت إلى الإضرار بالدائنين حسب ما هو موضح في نص المادة 374 ق.ت.ج، بحيث يعدّ بموجب هذه المادة مرتكباً للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقرّ بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته.

المتلقي. وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها بتاريخ 9 نوفمبر 1993، بعد أن لاحظت احتفاظ المانح لنفسه بسلطة اتخاذ القرارات المصيرية⁵⁷⁶.

ينتج عن قيام مسؤولية المانح، إلزامه شخصياً بتسديد المبالغ المستحقة على عاتق الشخص المعنوي الذي يتولى إدارته بصفة تضامنية مع هذا الشخص، فهل يكون المانح في هذه الحالة مسؤولاً عن دفع مبالغ المتلقي المفلس؟.

يمكن القول أن مسؤولية المانح هي مجرد مسؤولية استثنائية بدليل الاستقلال السوري بين الطرفين، فالقول بوجود هذه المسؤولية يستتبعه تقييد نطاق تطبيقها مما يؤدي إلى خطورة النتائج المترتبة على إطلاق مثل هذا الحكم دون تحديد لمدى قيامها بشروط واضحة وحصرية، وبالتالي نتساءل عن حدود قيام هذه المسؤولية وعن الشروط والأسباب التي من شأنها إثارة هذه المسؤولية؟.

تتنفي مسؤولية المانح طالما كان استقلال الأطراف قائماً، ولا يسأل المانح عن إفلاس المتلقي ولا يكون ضامناً في مواجهة جماعة الدائنين، وبذلك يكون له حق استرداد عناصر نقل التكنولوجيا من تلقية المتلقي، أما إذا قامت مسؤولية المانح فإن ذلك يكون بناء على اعتبار هذا الأخير صاحب المشروع ومدنياً مباشراً⁵⁷⁷.

فالأصل أن للمانح أن يسترد أمواله الموجودة في حيازة المتلقي المفلس عند شهر الإفلاس متى ما أثبت ملكيته لها وكانت ضمن أموال المفلس. ولكن هذا الحق في الاسترداد يصطدم مع حقوق جماعة الدائنين الذين تعاملوا مع المدين قبل اشهر الإفلاس معتمدين على وجود هذه الأموال وحيازتها كضمان ظاهر دفعهم للتعامل معه. لذا نظم المشرع هذه المسألة وأجاز للمالك استرداد أمواله من التلقية مع بعض التحفظات قصد التوفيق بين مصالح الأطراف المتعارضة، فنص في المادة 431 ق.ت.أ. والمادة 306 ق.ت.ج. على قاعدة عامة أجاز بموجبها لكل مالك استرداد أمواله من التلقية

⁵⁷⁶ Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique, AV- Juin, 1994, p320

نقلاً عن: محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص161.

⁵⁷⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص162.

بشروط اثبات ملكيتها ووجودها عيناً في أموال التفليسة. فإذا ما أثبت المانح ذلك جاز لوكيل التفليسة بعد الحصول على إذن من القاضي المنتدب رد المال إلى مالكه⁵⁷⁸.

إن قبول المانح لمهام التسيير والادارة عادة ما يصاحبه خطر قيام المسؤولية الشخصية إما مدنياً أو جزائياً، فمسؤوليته المدنية تؤسس بناء على العقد الذي يربط بينهما ولذلك تقوم مسؤوليته العقدية إذا ثبت خطأه وتقصيره في تنفيذ التزاماته مما يسفر عنه افلاس للمتلقي، فيكون الضرر في هذه الحالة موجباً للتعويض، أما مسؤولية المانح الجنائية فتقوم إذا تواطأ مع المتلقي في اقتراه جريمة الافلاس بالتدليس فيعتبر شريكاً وتقوم مسؤوليته الجنائية تبعاً لمسؤولية المتلقي.

وفي الأخير يمكن القول، أن المتلقي يكتسب بموجب عقد نقل التكنولوجيا حق انتفاع على العناصر التكنولوجية، وحق ملكية على التحسينات التي يدخلها على هذا العقد، ولذلك فإن هذه الحقوق لا تسقط بموجب الحكم بشهر الافلاس، فيبقى له الخيار بين تنفيذ العقد أو المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا ثبت من واقع الحال أنه أبرم العقد لاعتبارات شخصية في المانح. أما عن مسؤولية هذا الأخير عن افلاس المتلقي فتسقط عنه طالما أثبت استقلاله عن المتلقي بموجب العقد الذي يربط بينهما، ذلك أن تقرير مسؤولية المانح التضامنية عن تسديد الديون من شأنه تعزيز وتعميق عدم الاستقلالية.

⁵⁷⁸ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص167.

الباب الثاني

الحدود الناظمة لنقل المعرفة

الفنية بين المانح والمتلقي

"أيّ تجسيد للتبعية؟"

أخذت مفاهيم الحرية التعاقدية اتجاهاً مختلفاً لما كانت عليه في السنوات السابقة بعدما أمّن لها التطور السريع في المجال التجاري إمكانيات هامة، كنتيجة لحاجة الأطراف المستمرة للتعامل والتواصل المستقبلي، ولذلك أضحت الاتفاقات التي تهدف إلى إقامة تنظيم لعلاقة مستمرة تتعدد تطبيقاتها بحيث يصبح كل تطبيق محكوماً بقواعد متفق عليها⁵⁹⁴.

غير أن إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، قد ساهم في تغليب سلطة القوي على الضعيف، وبالتالي تكريس قانون الأول على الثاني، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال بروز معالم انعدام التوازن بين المانح والمتلقي، حيث يسعى الأول إلى السيطرة على قدرات واقتصاديات المتلقي باعتباره مالكا لعناصر النجاح مستخدماً في ذلك آليات اقتصادية بالإضافة إلى الآليات القانونية.

ففي عقد نقل التكنولوجيا ونظراً لتباين وعدم تماثل المستوى التكنولوجي لكل من الطرفين واختلاف طبيعة المعرفة الفنية المطلوبة، فإن الأمر يقتضي وجود اختلاف في الأداة العقدية، تتراوح تارة بين نقل مادي للتكنولوجيا، وتارة أخرى بين نقل حقيقي لها عن طريق السيطرة التكنولوجية. ويمكن تفسير هذا الاختلاف إذا وضع بعين الاعتبار طبيعة الطرف المتلقي من جهة، وما ينشده من عملية نقلها من جهة أخرى، مما ينعكس بشكل مباشر على البنية القانونية للعقد، أي التنظيم الداخلي له وما يشمل من التزامات على عاتق طرفيه بشقيها الأساسي والتبعية⁵⁹⁵.

إلا أن الواقع العملي قد أثبت عكس ذلك فيخرج اتفاق الارادتين في صورة نظام يكرس هيمنة إحداهما على الأخرى ويعطي الغلبة للأقوى، فعقد نقل التكنولوجيا يبرز كآلية تتحكم في النشاط، بحيث يجد أحد الأطراف نفسه تابعاً في وجوده أو بقائه للعلاقة المنتظمة ذات الامتياز التي أقامها مع المانح، هذا الأخير الذي يستطيع فرض تبعيته الاقتصادية على المتلقي مستغلاً في ذلك احتكاره للمعرفة الفنية وانفراده بسرّيتها، وعلى هذا الأساس يتمتع باحتكاره القانوني والفعلي والسيطرة الاقتصادية⁵⁹⁶.

غير أنه ورغم الاختلاف الموجود بين الطرفين فلا مجال لإنكار أن عقد نقل التكنولوجيا يقلل من المخاطر التي تواجه المتلقي، والذي يباشر النشاط منفرداً باعتباره عضواً في الشبكة التكنولوجية، هذه الأخيرة التي تشكل تركزاً اقتصادياً تمكنه من تجنب المنافسة والتي تنعكس بصورة ايجابية على

⁵⁹⁴ بن عزة أمال، حماية المرخص له في عقد الترخيص التجاري "الفرنشايز"، المرجع السابق، ص73.

⁵⁹⁵ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص132.

⁵⁹⁶ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص36-37.

العناصر الموحدة للتكنولوجيا بصفة عامة، وعلى المعرفة الفنية بصفة خاصة⁵⁹⁷، لكن يبقى حق المتلقي مرتبطاً بالذمة المالية للمانح مهما كان نوع التصرف القانوني الذي يقدم عليه.

فالمعرفة الفنية هي إحدى القيم الاقتصادية للمشاريع الصناعية، والتي أصبحت تحتل أهمية خاصة في مجال عقود نقل التكنولوجيا الحديثة - وهذا راجع لطبيعة الحزمة التكنولوجية من جهة، وللمعرفة الفنية من جهة أخرى -، إذ يجب أن تكون المعرفة الفنية قابلة للاستغلال وتؤدي نتيجة مادية محسوسة⁵⁹⁸؛ ولذا يحاول المانح دائماً إحاطتها بنوع من السرية، خوفاً من ذبوعها وفقدان قيمتها، وذلك في ظل غياب تنظيم قانوني لها، مما يستوجب رسم حدودها عن طريق العلاقة التعاقدية.

إلا أنه لا يمكن حصر عملية نقل المعرفة الفنية بالطرق العقدية فقط إذ يمكن أن تتم هذه العملية عن طريق المساعدة الفنية التي يقدمها المانح من خلال الزيارات الميدانية والخبراء الذين ينفذون تعليمات هذا الأخير لتطوير مشروع المتلقي صناعياً وفنياً.

ولهذا يعبر هذا الباب عن ارتباط المعرفة الفنية بعناصر أخرى لتجسيد حقيقة العلاقة التعاقدية، ويعكس استخدام المانح لها في تحقيق مصلحته، والتي تبرز للواقع العملي في صورة تبعية المتلقي للمانح عن طريق عقد نقل التكنولوجيا - وما يثبت ذلك هي الزاوية التي ينظر بها لمشروع المتلقي -، فما هي حدود المعرفة الفنية ضمن عقد نقل التكنولوجيا؟ وكيف سخرها المانح لرسم تبعية المتلقين في الشبكة التكنولوجية؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول الأداءات الخادمة للمعرفة الفنية وانعكاسها على المصالح المتعارضة لطرفي العقد، وفي الفصل الثاني مقتضيات التجانس كمعبر عن المظهر العام للشبكة.

⁵⁹⁷ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 194.

⁵⁹⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 264.

الفصل الأول

الأدوات الخادمة للمعرفة الفنية وانعكاسها على المصالح المتعارضة لطرفي العقد

لا يقتصر محل عقد نقل التكنولوجيا على المعرفة الفنية فقط، وإنما تلعب هذه الأخيرة دوراً محورياً فيه بحيث تكون العناصر الأخرى المكوّنة للمحل انعكاساً لها، أو تكون معبرة عن مضمونها؛ وما هذا إلا نتاج التزام المانح بتقديم الأفضل لاستخدام المتلقي للتكنولوجيا ولتحقيق المشروع على نحو متطور يتماشى مع المستوى الأكثر حداثة في مجال العقد⁵⁹⁹.

فالمعرفة الفنية عبارة عن مجموع المدركات التي ابتكرها المانح واستأثر بها -ولم يحصل على براءة اختراع بموجبها- فأكسبته ميزة تنافسية دفعت الغير لطلب الترخيص باستغلالها، لتحقيق النجاح الذي وصل إليه المانح هذا من جهة، ولدفع عجلة التنمية الاقتصادية من جهة أخرى.

ويعتبر غالبية الفقه أنّ المعرفة الفنية المكوّنة لعقد نقل التكنولوجيا مع بقية العناصر الأخرى⁶⁰⁰ أدوات رئيسية لسيطرة أيّ مشروع صناعي على سوق إنتاجي معين. فتحكم مشروع في السوق لا يتأتى إلا بالعلبة التكنولوجية التي تتجسد في السيطرة على المعرفة الفنية، هذه الأخيرة التي تعدّ ابتكاراً ولد داخل مشروع يكتسب من خلاله منفعة اقتصادية تستغل في تحقيق نجاحات على مستوى الفن الصناعي وذلك بحفظ سرّيّتها⁶⁰¹.

فالمانح الذي يتوصل إلى معرفة فنية جديدة يفضل الاحتفاظ بها بدل الحصول على براءة اختراع بشأنها، وذلك بهدف الاستئثار بها أطول فترة ممكنة، مما يؤثر على المتلقي الذي ينضمّ إلى شبكته التكنولوجية، فيجعل مصالحه محدودة في نطاق عقد نقل التكنولوجيا ويلغي استقلالته العقدية والتنافسية.

وترتيباً على ذلك سوف نستعرض في هذا الفصل كلاً من محدودية مصالح المتلقي ضمن شبكة عقد نقل التكنولوجيا كمبحث أول، ووسائل تعزيز تبعية المتلقي لشبكة محورها المانح كمبحث ثاني.

⁵⁹⁹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص226.

⁶⁰⁰ كافة عناصر الحزمة التكنولوجية، كالعلامة التجارية والشعار والسمعة التجارية وبراءات الاختراع...

⁶⁰¹ محمد مرسي، المرجع السابق، ص1-2.

المبحث الأول: محدودية مصالح المتلقي ضمن شبكة نقل التكنولوجيا

إنّ الدور المحوري للمانح على رأس الشبكة يكسبه قوة في مواجهة المتلقين، ومن ثمّ تبرز الحاجة إلى إيجاد توازن بين مصالح الأطراف داخل الشبكة الواحدة. إلا أنّ التوازن الحقيقي لا يتأتى إلا بقدره المتلقي على استنباط نظام اقتصادي يكون أساسه الممارسة القانونية السليمة (المطلب الأول) في ظلّ تعارض المصالح، والتي يهدف المانح من خلالها إلى استغلالها في تكريس تبعية المتلقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم الممارسات والاتفاقات

يخلق عقد نقل التكنولوجيا القانون الذاتي له ويخضع لأحكامه في غياب تظليل تشريعي لهذا العقد، إذ يقوم الأطراف بوضع الأحكام الفنية والقانونية والتجارية والشروط الخاصة بتنظيم هذه العملية وتضمنين العقد كافة الحلول للمشاكل التي يمكن أن تدور بينهم. وبما أنّ نجاح هذا العقد يبقى مرهوناً بتنفيذه فإنّ الأمر يستلزم بالضرورة وضع نظام حمائي يقوم على فلسفة إعطاء أولوية لتنمية التجارة والاستثمار (الفرع الثاني) من جهة، ووضع آلية تنظيمية من جهة أخرى. غير أنّ هذا النظام لن يفي بمتطلبات حماية المتلقي إلا إذا أحاط بالمرحلة السابقة على التعاقد (الفرع الأول) والتي تعتبر أساساً لتنفيذ العقد.

الفرع الأول: المظاهر العامة للحماية قبل التعاقدية

في عقد نقل التكنولوجيا يتمّ التفاوض بين المانح والمتلقي بصدد المشروع المرخص به ومناقشة تفاصيله الاقتصادية والتجارية والقانونية لإقامة رابطة عقدية متوازنة تحقق المصالح المشتركة لأطرافها، عن طريق التمهيد لهذه العملية التي يتمّ خلالها تبادل الأفكار وتحديد اتجاهات الإرادة. فتبدأ المرحلة التمهيدية بعملية المفاوضات (البند الأول) التي تقارب بين وجهتي نظر المتعاقدين عبر الخضوع للحوار والمناقشة والتفاعل بين الطرفين أو بين ممثليهم، من أجل إتمام الموضوع محلّ التعاقد والتوفيق بين المصالح المتعارضة، وأيّ اخلال بما ترتب عن هذه المرحلة يؤدي إلى ترتيب المسؤولية (البند الثاني).

البند الأول: نظام مرحلة المفاوضات

تفترض مرحلة التفاوض وجود مناقشة مشتركة بين طرفين يسعيان إلى إبرام عقد في المستقبل، خاصةً بعد ظهور العقود المركبة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة في التعامل، والتي تتسم بالتعقيدات القانونية والفنية والاقتصادية وتستغرق الكثير من الوقت والدراسة. أضف إلى ذلك أنّ

التفاوض يلعب دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد⁶⁰²، إذ يمكن من التعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكاناته وتحديد مضمون العقد والإعداد الجيد له بحسب ما تقتضيه المصالح المشتركة.

وتزداد أهمية هذه العملية بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا كونه غالباً ما ينعقد بين شركات كبرى ذات نشاط دولي وبين شركات تابعة للدول النامية، حيث تسعى هذه الدول لتحقيق أهداف تنموية على الجانبين الاقتصادي والاجتماعي. وفي هذا الشأن تلعب إرادة الأطراف عبر التشاور والتّحاور فيما بينها دوراً أساسياً لغياب إطار قانوني يمكن إتباعه⁶⁰³.

ولكن ينبغي الإشارة إلى أنّ هناك مشكلة تثور خلال مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، تكمن في اعتبار هذا الأخير من عقود الإذعان الذي لا يكون أمام أحد طرفيه سوى قبول شروط العقد أو رفضها بسبب ضعف مركزه الاقتصادي وحاجته للسلعة أو الخدمة التي يسيطر عليها الطرف الآخر، وبالتالي لا يكون هناك مجال كبير للتفاوض. إذ يعمد المانح لإعداد مضمون العقد بشكل يحدد مصالحه دون مراعاة لمصلحة المتلقي، والسبب في ذلك يعود لكون المانح طرف قوي ومحترف يتمتع بخبرة عالية تمكنه من الخوض في منافسة اقتصادية عالمية⁶⁰⁴.

إذ يكون أطراف العقد أحراراً بالدخول في مفاوضات بهدف إبرام العقد، وللمتفاوض في ذلك حرية كاملة في إتمامها أو قطعها أو العدول عنها قبل التوصل إلى أيّ اتفاق⁶⁰⁵. لكن هذه الحرية وبالذات في العقود الدولية قد تفتح المجال لمفاوضات مغرضة لا تبتغي سوى الدعاية أو تقوية فرص التّعاقد أو التعرف على حجم نشاط الطرف الآخر، وبخاصة في عقد نقل التكنولوجيا مع ما يحمله من معلومات سرية غير مشوبة بالحماية. ولذلك بدأ التفكير في ارتباط طرفي التّفاوض بعقد أو اتفاق مبدئي يحدد التزامات كل طرف في شأن عملية التّفاوض⁶⁰⁶، يسمى اتفاق التّفاوض⁶⁰⁷. وهو دليل على حسن نية الطرفين⁶⁰⁸ في مواصلة إبرام العقد، إذ غالباً ما يحرر في صورة مكتوبة كوسيلة للإثبات،

⁶⁰² حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتّفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، المنصورة، القاهرة، 2004، ص38.

⁶⁰³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص29.

⁶⁰⁴ نفس المرجع، ص31.

⁶⁰⁵ حياة محمد محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص9.

⁶⁰⁶ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص144.

⁶⁰⁷ تنتوع أسماء هذا الاتفاق ومنها: الاتفاق على الاتفاق - الاتفاق المرهلي؛ أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التّفاوض - دراسة في القانونين المصري والفرنسي -، القاهرة، 1995، ص6.

⁶⁰⁸ فالتّفاوض يرتب التزاماً بحسن النية على المتفاوضين وإنّ مخالفته ترتب جزاءً بالتعويض من خلال المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ التقصيري ولذلك يلزم: عدم قطع المفاوضات بسبق الإصرار، والحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها الأطراف أثناء التّفاوض؛ أنظر: طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص65.

وإقامة الدليل على المسؤولية العقدية لمن يخلّ بالالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق، ويثور التساؤل هنا حول الطبيعة القانونية لاتفاق التفاوض.

يمكن القول أنّ اتفاق التفاوض لا يلزم المانح والمتلقي بإبرام العقد⁶⁰⁹، إذ يستطيع كل منهما العدول عن المفاوضة دون التعرض للمسؤولية طالما تمّ ذلك بحسن نية، لأنّ الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة⁶¹⁰. حيث يلتزم فيه المانح وخلال مدة معينة والتي تدوم عادة ما بين شهرين إلى ثلاثة أشهر⁶¹¹، وفي منطقة جغرافية محددة بعدم عرض المعرفة الفنية لأشخاص آخرين غير المتلقي⁶¹²، هذا الأخير الذي يستفيد من هذه الفترة لاتخاذ قراره. ولهذا يترتب على مرحلة المفاوضات بعض الالتزامات كدليل على حسن نية المتفاوض والمتمثلة على وجه التحديد في التزامين أساسيين هما:

أولاً- الالتزام قبل التعاقد بالإعلام⁶¹³:

يعتبر هذا الالتزام مصدراً لحماية المتلقي في مرحلة المفاوضات (المرحلة قبل التعاقدية)، إذ أنّ أهم ما يميز هذه المرحلة هو إقدام المتلقي على التعاقد دون معرفة كيفية تحقيق ذلك، خاصة عندما يكون في مواجهة مانح قوي اقتصادياً ولديه خبرة طويلة في هذا المجال، الأمر الذي يخلق عدم توازن بين كلا الطرفين.

ولذلك وفي سبيل حماية المتلقي في مواجهة مرحلة المفاوضات أوجد هذا الالتزام ليكشف مدى ملاءمة العقد بالنسبة للمتلقي هذا من جهة، ومعرفة ظروف التعاقد والنقاط الأساسية التي توجهه من جهة أخرى. وعلى إثر ذلك يجب أن يستند هذا الالتزام على مبدأ حسن النية الذي يسود المعاملات،

⁶⁰⁹ إذا أراد الأطراف استبعاد كل قيمة قانونية لما تبادلوه أو حرروه من أوراق أو اتفاقات فيمكن لهم إدراج بند الأركان الأربعة (Clause de quatre points) في العقد النهائي، فيصبح هذا الأخير هو الحاكم لكل ما قد ينشأ من منازعات عنه أو بمناسبة؛ أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص102.

⁶¹⁰ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص47.

⁶¹¹ Jean-Marie LÉLOUP, La Franchise Droit et Pratique, 4^e édition, Delmas, s.d, p201.

⁶¹² بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص79.

⁶¹³ يطلق على هذا الالتزام العديد من التسميات منها: الالتزام بالتبصير، الالتزام بالإفصاح بالبيانات والمعلومات، الالتزام بالإخبار، الالتزام بالإفصاح؛ أنظر: مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك -دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص32. راجع أيضاً: الالتزام بإعلام المتعاقد عن بعد؛ أنظر: محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص32. التمييز بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام بالتعاقد بالإعلام؛ أنظر: جمال خالد أحمد، المرجع السابق، ص103. أنظر أيضاً في تمييز الالتزام قبل التعاقد بالإعلام عن الالتزام بالتعاون، الالتزام بالتحذير، الالتزام بتقديم النصيحة؛ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص38.

وأن يتحلى المانح في تنفيذه باعتبارات الصدق والموضوعية، وأن تتصف المعلومات بالوضوح والشمول⁶¹⁴. ولذلك سنحاول دراسة هذا الالتزام من خلال إلقاء الضوء على ماهيته ومضمونه:

1. ماهية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

في ظل غياب المعلومات المتعلقة بموضوع العقد والتي يلزم توافرها لصحة تكوين إرادة المتلقي لدى إقباله على التعاقد، تبرز أهمية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، الذي يحقق للمتلقي قدرًا من الحماية في مواجهة الأخطار التي يمكن أن تنشأ في ظلّ التغيرات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية⁶¹⁵.

حيث يعرف الفقه⁶¹⁶ هذا الالتزام على أنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد. وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلمّ ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناءً على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"⁶¹⁷.

ويعرف أيضاً أنه: "التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره ولفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك"⁶¹⁸.

ومن خلال هذين التعريفين يتبين أنّ هذا الالتزام يظهر بصورة واضحة في مرحلة المفاوضات التي تعتبر المهد الحقيقي لإبرام العقد، وذلك لاكتمال رضا المتلقي المقبل على التعاقد.

إنّ التطور العلمي والتكنولوجي الذي يصحب عقد نقل التكنولوجيا، يجعل المتلقي أمام عقد ذا تقنية عالية وحديثة، حيث يصبح هذا الأخير -وأمام غياب طرق أخرى- رهن محل لا يعرف تفاصيله، لذلك ظهر الالتزام قبل التعاقد بالإعلام ليعيد التوازن بين المتعاقدين. فموضوع حماية المتلقي خلال مرحلة المفاوضات نجده أمراً متعلقاً بإرادته، حيث أنّ أعمال الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يسهم في حرية إقباله على التعاقد برضاء سليم، وبالتالي فإنّ أساس هذا الالتزام يكمن في حماية إرادة المتعاقد وجوداً وعدمًا، فما هي مميزات هذا الالتزام؟.

⁶¹⁴ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 187.

⁶¹⁵ أنظر مختلف المعلومات المتعلقة بهذا الالتزام وطريقة تطبيقه على عقد الفرائشيز: Jean- Marie LELOUP, Op. Cit., p169.

⁶¹⁶ حياة محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص 83.

⁶¹⁷ جمال خالد أحمد، المرجع السابق، ص 81.

⁶¹⁸ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 33.

- الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام عام ينطبق على كافة العقود وليس محددًا بعقد بذاته، إلا أن التطبيق العملي أبرز أهمية وجوده في عقود نقل التكنولوجيا باعتبار هذا الأخير من العقود الحديثة والمعقدة والتي يجب فيها المحافظة على حماية المتعاقد الأضعف.
- الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام ذو طبيعة وقائية الهدف منه استقرار المراكز القانونية وحماية العقد في المستقبل من عوامل الانهيار ودواعي الإبطال⁶¹⁹، وذلك لوجود عدة أسباب باتت تهدد عقد نقل التكنولوجيا في سلامته، وهو ما يعكس الدور الوقائي الذي يقوم به هذا الالتزام في مجال العقود، إذ أن أداء المانح لهذا الالتزام يؤدي لتتوير إرادة المتلقي وبالتالي تجنب إبطال العقد في وقت لاحق.
- الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام مستقل قائم بذاته⁶²⁰ يهدف لمواجهة عدم التكافؤ القائم بين المانح والمتلقي، إذ يجد أساسه في:

أ. نظرية عيوب الإرادة:

إن مرحلة المفاوضات تعتبر من أهم مراحل التعاقد التي يعزم فيها المتلقي على تكوين إرادته بحثاً عن مصدر لصحتها وسلامتها، ولن يتحقق هذا المصدر إلا إذا ألم المتعاقد بجوهر العقد المزمع إبرامه وتفصيلاته، حتى يستطيع تحديد موقفه من العقد⁶²¹، على نحو يتيح للمتلقي إمكانية قبول العقد أو العزوف عنه وبالتالي تجنب مخاطر الاختيار وكل ما قد يعيب إرادته.

ب. عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين:

أثبت الواقع العملي أن عدداً كبيراً من المتعاقدين في العقود الحديثة -التي جاءت كنتيجة حتمية للتطورات العلمية والتكنولوجية- لم يعد لهم قدرة على الإحاطة بظروف التعاقد وملايساته، مما أدى إلى خلق نوع من عدم التوازن بين الطرفين في مجال المعلومات المتصلة بالعقد، وبالتالي عدم التكافؤ في المراكز التعاقدية لكل منهما، الأمر الذي يجعل الإذعان يتخذ شكلاً جديداً يختلف عنه في صورته التقليدية⁶²²، يتمثل في خضوع طرفٍ قليل الخبرة للمانح صاحب المعرفة الواسعة في هذا المجال. وبالتالي فإن انعقاد عقد نقل التكنولوجيا على نحو متوازن بين طرفيه لا يكون إلا من خلال تأصيل قانوني لتحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين في المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك تحقيقاً للعدالة

⁶¹⁹ جمال خالد أحمد، المرجع السابق، ص هـ.

⁶²⁰ إضافة إلى أن هذا الالتزام متميز عن غيره من الالتزامات الأخرى مثل الالتزام بالتحذير، الالتزام بتقديم المشورة؛ أنظر: نفس المرجع،

ص 88.

⁶²¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 200.

⁶²² نفس المرجع، ص 201.

القائمة على الثقة المتبادلة، وأفضل النتائج التي يمكن أن تتحقق في هذا الصدد تكون بتقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام.

ت. مبدأ حسن النية:

يعتبر مبدأ حسن النية⁶²³ من أهم المبادئ التي تقوم عليها العقود بصفة عامة، إذ يضيف نوعاً من المصدقية والأمان على هذه الأخيرة، وبالتالي على الالتزامات التي تقوم عليها. حيث يستند الالتزام قبل التعاقد بالإعلام على هذا المبدأ لمساءلة المانح الذي أخلّ به، فهو يمتدّ ليشمل كافة المعلومات الجوهرية التي يقوم عليها رضا المتعاقد. وإعمالاً لمبدأ حسن النية يلتزم المانح إضافةً إلى كافة الالتزامات الأخرى⁶²⁴ بأن يفضي للمتلقي بكافة المعلومات التي تعتبر عنصر تقدير يتوقف عليها رضاؤه بالتعاقد⁶²⁵.

2. مضمون الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

إنّ تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يوجب على المانح تقديم معلومات وبيانات حول مضمون وتفصيلات العقد المزمع إبرامه إلى الطرف الآخر ليكون على بينة من أمره أثناء قيامه بالتعاقد، ومن هنا نتساءل عن كيف يجب أن تكون هذه المعلومات؟ هل مجرد معلومات عامة أو يجب أن تحدد بدقة؟.

إنّ نطاق المعلومات التي يدلي بها المانح يتسع ليشمل كل ما يؤثر في قرار المتلقي المقبل على التعاقد، حتى لو كانت المعلومات متعلقة بالظروف المحيطة بالعقد طالما كان لها تأثير على قرار المتلقي. وتقدير جوهرية هذه البيانات هو من الأمور التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، على أن يراعى في ذلك ظروف التعاقد وما يحيط بها من دلائل وملابسات، وتتنوع هذه المعلومات ما بين:

- الالتزام بالإعلام عن الحالة القانونية: يجب على المانح أن يعلم المتلقي بالوضع القانوني لمحل العقد وكل ما يقع عليه من أعباء وتكاليف، وأن يعلمه بالصعوبات التي يمكن أن تواجهه نتيجة بعض الأحكام أو القرارات القضائية والإدارية.
- الالتزام بالإعلام عن ظروفه المادية والشخصية وكل ما يتعلق به وبمشروعه.

⁶²³ أنظر مفهوم مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات؛ بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص 64.

⁶²⁴ من بين هذه الالتزامات هو التزام المانح بالاستمرار في التفاوض والتزامه باستخدام وسائل مشروعة، وللمزيد من المعلومات أنظر: نفس المرجع، ص 76.

⁶²⁵ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 203.

- الالتزام بالإعلام حول كيفية استخدام المعرفة الفنية⁶²⁶.

3. شروط قيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

تتحدد شروط هذا الالتزام عندما نكون بصدد عقد يتضح فيه وجود اختلال في المراكز العقدية بين طرفيه بخصوص المعلومات الواجب توافرها قبل التعاقد، مما ينتج عنه عدم تكافؤ في العلم بالعناصر الجوهرية للعقد⁶²⁷، وهو ما يوجد في عقد نقل التكنولوجيا. وتتمثل هذه الشروط في:

أ. جهل المتلقي بالمعلومات العقدية:

حتى يعتدّ بذلك كشرط لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يجب أن يكون الجهل مشروعاً، أي أن يوجد ما يمنع المتلقي من الإلمام بتلك المعلومات، ويكمن ذلك في فرضين:

- الجهل المستند لاستحالة العلم:

يقصد بذلك استحالة العلم بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد، والتي يعدّ من أهم أسبابها حيازة المانح للمعرفة الفنية دون أن يتمكن المتلقي من التعرف عليها على نحو يعينه في اتخاذ قراره بالتعاقد. إذ غالباً ما يلجأ المانح لذكر العناصر المكونة لمحلّه بصورة سطحية على نحو يتحقق معه الإخلال بمبدأ المساواة بين طرفي العقد⁶²⁸. كما يمكن أن يكون المتلقي عديم الخبرة لدرجة لا يستطيع معها الإحاطة بهذه المعلومات أو استيعابها منفرداً، بحيث يعتبر شخصاً غير محترف في هذا المجال.

هذا ويرى جانب من الفقه الأخذ في تقدير جهل المتلقي -للمعلومات المتعلقة بمحل العقد- بالمعيار الشخصي إذ ينظر إلى مدى قدرته وكفاءته في الحصول على المعلومات اللازمة لإبرام العقد، بينما يذهب فريق آخر في الاستناد إلى المعيار الموضوعي الذي يتم فيه تقدير الأسباب وفقاً لمعيار الرجل المعتاد على ضوء اعتبارات ومعايير مجردة⁶²⁹.

⁶²⁶ من سمات التزام المانح بالإعلام هو التحذير الذي يعتبر أحد مفردات ومكونات هذا الالتزام، إذ يقع عليه أن يحذر المتلقي من مختلف المخاطر التي قد تحدث سواء خلال مرحلة التصنيع أو التوزيع؛ أنظر: الديسبي عبد الحميد عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، رسالة دكتوراه، المنصورة، مصر، 2008، ص134.

⁶²⁷ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص238.

⁶²⁸ إذ لا يقدم المانح كافة المعلومات عن المعرفة الفنية خلال مرحلة المفاوضات إلا إذا وجد ضمانات تحمي سرية هذه المعلومات، كأن يحرص على المتلقي ليقمّ له تعهداً يلتزم فيه بالمحافظة على المعلومات التي تصل إليه أثناء المفاوضات، كما قد يتفقان على التزامه بدفع مبلغ من المال مقابل اطلاعه على المعرفة الفنية، فإذا ما تمّ التعاقد فإنّ ذلك يعتبر جزءاً من مقابل حقّ الدخول، أما إذا لم يتمّ التوصل لاتفاق فيعاد المبلغ لصاحبه؛ أنظر: فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص132.

⁶²⁹ للمزيد حول هذه الآراء الفقهية؛ أنظر: عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص242.

ويتضح أن نأخذ في هذا الشأن بالمعيار الشّخصي لأنّ قدرة المتلقي في المعرفة تختلف من شخص لآخر، فقد تكون هذه أول مرة أقدم فيها على الاستثمار في هذا المجال، في الوقت الذي يمكن أن يوجد متعاقد آخر لديه من الخبرة ما يكفيه لمعرفة أيّة معلومة بخصوص محل العقد وخاصة إن كان الأمر يتعلق بمجال اختصاصه وخبرته.

- الجهل المستند لاعتبارات الثقة المشروعة:

في بعض الأحيان توجد اعتبارات لدى المتلقي المقبل على التّعاقّد تمنعه من الاستعلام عن البيانات العقدية وذلك بسبب الثقة التي تولدت لديه من المانح، والتي بمقتضاها يقوم هذا الأخير ومن تلقاء نفسه بأداء التزامه قبل التّعاقّد بالإعلام كاملاً وواضحاً⁶³⁰. إلا أنّ المقصود بالثقة ليس مجرد واجب حسن النية في صورته البسيطة، وإنما هي ثقة خاصة تقود المتلقي إلى عدم الشك في سلامة موقف المانح. وذلك لأنّ طبيعة عقد نقل التكنولوجيا تستوجب وجود هذه الثقة لتكامل مصالح أطرافها، حيث يتحول العقد إلى نوع من العلاقة موحدة المصالح وليس مجرد حقوق والتزامات متقابلة⁶³¹، وذلك إعمالاً لمبدأ المصلحة المشتركة.

ومقتضى هذه الثقة المشروعة هي قيام المانح بالإدلاء للمتلقي وبكل أمانة عن كافة المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد لتتوير رضائه، دون أن يكون من حقه الاحتجاج عليه بقدرته على التعرف على تلك المعلومات بوسائله الخاصة، ويبقى أمر تقدير هذه المسألة مرهوناً بيد قاضي الموضوع.

ب. علم المانح بأهمية البيانات للمتلقي:

لقيام الالتزام قبل التّعاقّد بالإعلام يجب إثبات علم المانح بالمعلومات محل التّعاقّد وبمدى تأثيرها على رضائه المتلقي حتى يمكن القول بمسؤوليته عند عدم قيامه بتنفيذ هذا الالتزام⁶³². وهو الأمر الذي ينبغي على المشرع أن يركز عليه اهتمامه بصفة أصلية، وينظم الآثار التي تترتب عليه تحقيقاً منه لاعتبارات العدالة والعمل على استقرار التعامل بنقل المعارف الفنية بتنظيم محكم.

⁶³⁰ Didier MATRAY, Op. Cit., p30.

⁶³¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص246.

⁶³² نفس المرجع، ص250.

ثانياً- الالتزام بالنصح والتحذير:

تظهر أهمية هذا الالتزام في عقد نقل التكنولوجيا بسبب التفاوت في الخبرة بين المانح والمتلقي، حيث يقوم هذا الالتزام على عاتق المانح ليبين للمتعاقد معه مدى ملاءمة العقد له من الناحية الفنية والمالية⁶³³، وحتى يسترشد المتلقي بإرادة سليمة تمكنه من إتمام العقد.

ويتوقف تحقيق هذا الالتزام على خبرة وإمكانية المانح إذ يجب عليه لفت انتباه المتلقي لكل ما له علاقة بالعقد، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الالتزام هو التزام مكمل للالتزام قبل التعاقد بالإعلام.

البند الثاني: المسؤولية في مرحلة المفاوضات

تعتبر عملية المفاوضات الرّكيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد بشكل صحيح من خلال الاتفاق على كل ما من شأنه أن يؤثر على الإرادة العقدية في المراحل اللاحقة، غير أنّ هذه المرحلة القائمة أساساً على مبدأ حسن النّية يمكن أن تتخللها بعض المخالفات التي تنجم عن تصرفات المانح، والتي تترتب عليها المسؤولية الموجبة للجزاء.

أولاً- المخالفات التي تقع في مرحلة المفاوضات:

ولعل أهم التطبيقات في هذا المجال:

1. قطع المفاوضات دون سبب مشروع:

تقوم عملية المفاوضات على مبدأ هام -إضافةً إلى مبدأ حسن النّية- هو مبدأ الحرية، حيث يستطيع المانح أو المتلقي الدخول في مفاوضات والاستمرار فيها أو قطعها، فالمتعاقدان أحرار في ذلك ولا يحكم هذه الحرية سوى مبدأ حسن النّية الذي يسود العملية التفاوضية⁶³⁴. فإذا توافرت النّية الجادة في إبرام العقد فإنّ المفاوضات تستمر ولا يتمّ قطعها إلا بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النّية. ومقتضى ذلك ألا يتمّ قطع المفاوضات إلا إذا استند ذلك إلى مبرر مشروع⁶³⁵، أي وجود سبب موضوعي يدعو لذلك مثل وجود عروض أخرى أفضل من العرض المقدّم، وعدم مناسبة دولة المتلقي لإقامة المشروع، أما إذا لم يكن هناك سبب مشروع لقطع المفاوضات فإنّ ذلك يعتبر خطأ لتعارضه مع متطلبات حسن النّية والأمانة في التفاوض. ومن أمثلة ذلك قطع المفاوضات بإرادة منفردة ودون علم المتلقي بالرغم من أنّ المفاوضات قد بلغت مرحلتها النهائية، وأنّ المانح يعلم أنّ نظيره قد أنفق

⁶³³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص59.

⁶³⁴ نفس المرجع، ص42.

⁶³⁵ بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص76.

مبالغ كبيرة من أجل إتمام العقد، وفي هذه الحالة يكون المانح قد تعمد ترك الطرف الآخر دون أن يكشف له رغبته في إنهاء المفاوضات⁶³⁶.

2. مخالفة الالتزامات التفاوضية

ويكون ذلك بعدم تنفيذ الالتزامات التي سبق ذكرها وهي: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام إضافة إلى الالتزام بالنصح والتحذير.

3. السلوكات الخاطئة

عادةً ما يلجأ المانح لكثير من الأساليب التي يعمد من خلالها إلى الإضرار بالطرف الآخر ومن أمثلة ذلك لجوؤه لاستعمال الغش والتدليس، وأيضاً ما يسمى بمفاوضات الإعاقة التي يقوم فيها بتعطيل المتلقي وصرفه عن إبرام أي صفقة أخرى، وكذلك السكوت عمداً عن واقعة أو أي معلومة مهمة لها علاقة بالعقد وذلك بقصد الإضرار به⁶³⁷.

ثانياً- جزاءات مرحلة المفاوضات:

تعتبر عملية المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة لا تفرض على عاتق المتفاوضين أي التزام، وبالتالي ليس لها أي أثر قانوني، حيث يمكن لكليهما الانسحاب من المفاوضات والعدول عنها طالما وجد مبرر لذلك. غير أن المسؤولية تثور على المانح في الحالة التي يكون فيها عدوله عن التفاوض تعسفاً -المخالفات التي سبق ذكرها- فهنا يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية يقع عبء إثباتها على عاتق المتلقي⁶³⁸. وتجدر الإشارة أن الالتزام بالتفاوض لا يقصد منه الالتزام بإبرام العقد النهائي فهو مجرد التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

وكما ذكرنا سابقاً فإنه غالباً ما يلجأ الأطراف لاتفاق التفاوض لتنظيم العلاقة بينهما ولتحقيق الأمان والاستقرار والتعامل بحسن نية، وذلك باعتبار عقد نقل التكنولوجيا من العقود التي تتطلب الكثير من الجهد والمال والدراسات المعمقة، وفي هذه الحالة تصبح المسؤولية عقدية، إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بحكم صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1984/01/11 أن الاتفاق السابق على توقيع العقد ليس سوى نهاية له، ويعدّ جزءاً من الاتفاق المرتبط به فهو بذلك من نفس الطبيعة، وعليه إذا جرى ارتكاب أي خطأ خلال مرحلة المفاوضات فإنّ هذا الخطأ لا يمكن إلا أن يكون عقدياً⁶³⁹.

⁶³⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 60.

⁶³⁷ نفس المرجع، ص 43.

⁶³⁸ نفس المرجع، ص 62.

⁶³⁹ أنظر: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 44.

وبالتالي إذا أثبت المتلقي المخالفة والضرر الذي لحق به سواء كان مادياً أو أدبياً، جاز له حينئذ المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الحاصل، إلا أنه لا يجوز له المطالبة بإتمام التفاوض جبراً أو الإلزام بإبرام العقد⁶⁴⁰.

وفي الأخير يمكن القول أن للمفاوضات ضرورة يفرضها المنطق، وضرورة تبررها الحاجة العملية والاقتصادية، والتي تجد أساسها في نطاق الالتزام بالإعلام الذي يمتد ليشمل كل شيء نزولاً على مبدأ حسن النية واحتراماً لقواعد العدالة؛ وارتضاءً للاتجاه الحمائي المتنامي لإعادة التوازن للعقد وإبعاده عن مجال الإذعان، والذي لا يتوقف مساره عند هذا الحد وإنما يمتد أيضاً ليشمل مرحلة تنفيذ العقد فالهدف من هذا الالتزام هو⁶⁴¹:

- الحدّ من اختلال التوازن في مستوى المعرفة بين المتعاقدين.
- كفالة تحقيق الرضاء الواعي للمتلقي.
- عدم كفاية الوسائل التقليدية لحماية رضاء المتلقي.
- إشاعة روح التعاون والتضامن بين الطرفين.

الفرع الثاني: تأثير التنمية الاقتصادية على قانون الإرادة

ولما كانت عقود نقل التكنولوجيا من عقود التنمية والاستثمار على المستوى الوطني والدولي⁶⁴²، ونظراً لما للتنمية الاقتصادية من أهمية في مجال إبرام العقود الدولية بصفة عامة وعقود نقل التكنولوجيا بصفة خاصة، بحيث تهدف إلى زيادة الدخل الفردي وبالتالي مضاعفة الدخل القومي، والذي لا يتحقق إلا عن طريق الارتقاء بالإنتاج ونتائجه وعناصره⁶⁴³؛ وهو ما تطمح إليه مختلف صيغ نقل المعرفة الفنية، ارتأينا معالجة هذه النقطة وتأثيرها على قانون الإرادة مع التركيز على المتلقي الطرف الضعيف في هذا العقد.

تعدّ التنمية الاقتصادية طريقاً للتغيير الاقتصادي والحضاري والتي جاءت كرد فعل على الأزمات الاقتصادية التي عصفت بدول العالم -أهمها أوروبا- نتيجة للتطورات والأحداث المختلفة

⁶⁴⁰ ومن أمثلة الأضرار التي يمكن أن تحصل له ضياع المصاريف المادية التي يكون قد تكديدها للقيام بالمشروع، والمساس بسمعته التجارية

كأثر لانقطاع المفاوضات، وتضييع فرصة إبرام عقود مع مشاريع أخرى. V : Jean Marie- LELOUP, Op. Cit., p187.

⁶⁴¹ جمال خالد أحمد، المرجع السابق، ص121.

⁶⁴² السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص312.

⁶⁴³ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي -المعوقات والضمانات القانونية-، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان،

2006، ص83.

التي مرّت بها⁶⁴⁴، فهو عملية مركبة لعناصر اقتصادية وأخرى قانونية⁶⁴⁵، باعتبارها أحد مجالات التعاون الدولي⁶⁴⁶، وهذا ما أصبح يؤثر بشكل أو بآخر على عقود نقل التكنولوجيا بصفة عامة وعلى إرادة كل من المانح والمتلقي بصفة خاصة. إذ ظهرت في هذا المجال العديد من الإشكالات والتي كان أهمها ظهور الشركات متعددة الجنسيات كأحد المسيطرين على عملية نقل المعرفة الفنية (البند الأول)، أضف إلى هذا مشاكل اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا (البند الثاني) في ظلّ التوسع الذي يعرفه هذا النوع من العقود.

البند الأول: دور الشركات متعددة الجنسيات في عقد نقل التكنولوجيا

إنّ الطرف الثاني في عقود نقل التكنولوجيا يغلب أن يكون إحدى الشركات متعددة الجنسيات⁶⁴⁷، ولا شكّ أنّ لوصفها هذا أثره على هذه العقود، فضلاً عما للسياسات التي تتبعها من أثر على مسلكها في إبرام وتنفيذ العقد.

أولاً- المقصود بالشركات متعددة الجنسيات:

كانت بداية هذه الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية وبصفة خاصة بعد ظهور ما اصطلح على تسميته بأزمة الطاقة (أزمة المواد الخام والسلع الأولية)⁶⁴⁸ ثمّ انتشرت بعد ذلك في بقية الدول الصناعية⁶⁴⁹، كأحد أهم رموز وأسس النظام الاقتصادي العالمي. وشجعت الحكومة الأمريكية على

⁶⁴⁴ صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي، حق الإنسان في التنمية الاقتصادية وحمايته دولياً، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص143.

⁶⁴⁵ ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص9.

⁶⁴⁶ عبد الواحد محمد الفايز، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، القاهرة، د.س.ن، ص24.

⁶⁴⁷ تختلف مسميات هذه الشركات فهناك من يطلق عليها مصطلح الشركات متعددة الجنسيات وهو المصطلح الشائع، كما يطلق عليها البعض مصطلح الشركات متعددة القوميات، أو عبر الوطنية، أو عابرة الحدود الوطنية.

⁶⁴⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص195. حيث نتج عن ذلك عدة فضائح في مجال ترويج المنتجات كفضيحة شركة (لوك هايد) الأمريكية في صناعة الطائرات حيث دفعت في وقتها أكثر من 24 مليون دولار على أساس ما نشرته مجلة الإيكونومست البريطانية؛ أنظر: طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص196.

⁶⁴⁹ أما عن تاريخ تكوين هذه الشركات، فقد كانت نواتها الأولى في القرنين السابع والثامن عشر، بعد أن توسعت الشركات التجارية الاستعمارية، وكان النشاط الأساسي لها يتمثل في عمليات تجارة الجملة، إلا أنّ ظهور الثورة الصناعية كان له الأثر الأكبر في توسع نشاط وهيكل الشركات متعددة الجنسية التي أخذت في التطور حتى استقر شكلها الحديث في منتصف القرن التاسع عشر. واستمر نمو الشركات متعددة الجنسية وتبوعت نشاطاتها بعد الحرب العالمية الأولى لتشمل العمليات الإنتاجية، الأمر الذي ساعد عليه التقدم العلمي الهائل الذي حدث منذ ذلك الوقت بما مكن تلك الشركات من التعامل مع الكم الهائل من المعلومات بتكنولوجيا متطورة. وقد تباطأ هذا النمو في الثلاثينيات من القرن الماضي نتيجة الكساد الكبير الذي ساد العالم في هذه الفترة، والذي تبعته الحرب العالمية الثانية التي أدت إلى توقف النشاط التجاري الدولي وكذا نشاط الشركات متعددة الجنسيات... أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص116.

انشاء هذا النوع من الشركات لما فيه من دعم سياسي واقتصادي ومالي لحكومتها لبسط السيطرة على بقية دول العالم⁶⁵⁰.

هذا ولم يتفق الفقهاء على تعريف موحد للشركات متعددة الجنسيات، رغم المحاولات العديدة التي بذلت في هذا الشأن وذلك لاختلاف النظرة إلى هذه الشركات، ومن ثم تعددت المعايير والضوابط التي يستند إليها كل فقيه.

فمنهم من يرى أنها عبارة عن: "مؤسسة اقتصادية توجد جذورها في دولة، وعملياتها من مختلف الأنواع في دولة أخرى"، أو هي "شركات تمارس نشاطاً إنتاجياً في دولتين أو أكثر، طبقاً لتخطيط يتم في مركز ينتمي إلى دولة واحدة، وبناءً على قرارات تؤخذ بعين الاعتبار اختيارات ذات طابع دولي"⁶⁵¹.

كما تعرفها غرفة التجارة الدولية بأنها: "المشروع متعدد الجنسية يمكن تمييزه على أنه شركة أو مجموعة من الشركات التي تعمل على نطاق عالمي ويساهم بشكل أساسي في تدفق الاستثمارات المباشرة بين الدول المختلفة"، كما يعرفها السوق الأوروبي المشترك على أنها: "المشروع الذي يمتلك وحدات إنتاجية في دولتين على الأقل"⁶⁵².

فهذا النوع من الشركات يفترض وجود نشاط إنتاجي يعتمد على وجود سوق متعدد الدول سواء تم ذلك عن طريق شركة واحدة لديها فروع في دول أجنبية، أو عن طريق مجموعة من الشركات تنتمي لجنسيات مختلفة وتخضع لسيطرة إدارة عليا⁶⁵³.

وقد عرفها أحد الفقهاء بأنها: "مجموعة من الشركات المستقلة من الناحية القانونية، والمنتمية إلى العديد من الدول، وهي تشكل مشروعاً واحداً متكاملًا من الناحية الاقتصادية أو على الأقل متناسقاً، وتمارس نشاطاً دولياً تحت إدارة الشركة الأم"⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص49.

⁶⁵¹ عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص119.

⁶⁵² أنظر في هذه التعاريف ومناقشتها؛ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص196.

⁶⁵³ عصام الدين مصطفى بسيم، نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار -دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض

نصوصها-، المجلد الرابع، العدد 1، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، يناير 1980، ص135.

⁶⁵⁴ B. GOGDMAN, Cours de Droit du Commerce International, Les Cours de Droit, Paris, 1972- 1973, p102.

نقلاً عن: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص52.

ومما سبق يمكن استخلاص تعريف للشركات متعددة الجنسيات من مجموع التعاريف السابقة، بأنها نوع من الشركات الدولية ذات الاستثمارات الأجنبية، تهدف للقيام بنشاطات متعددة في إطار سياسة متبعة من قبل الشركة الأم بهدف تحقيق أقصى ربح ممكن.

ثانياً- خصائص الشركات متعددة الجنسيات:

تتميز الشركات متعددة الجنسيات بخاصيتين هما:

1. الطابع الموحد للشركة متعددة الجنسية:

تعتبر أهم خاصية تتميز بها الشركة متعددة الجنسيات عن غيرها من الشركات، إذ تكون الشركة الأم مع فروعها التابعين لها والمنتشرين في الخارج مجموعة واحدة ومتكاملة من ناحية اتخاذ القرار، التصرف، وضع الاستراتيجية، الموارد الإنسانية، المادية والفنية⁶⁵⁵.

وعلى هذا الأساس ينظر إلى الشركات متعددة الجنسيات على أنها نظام مركب فهي علاقة موحدة من الناحية الاقتصادية، ومتعددة من الناحية القانونية.

2. الطابع التعددي للشركات متعددة الجنسيات:

فالشركات متعددة الجنسيات مكونة من مجموعة من الشركات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، ويتم تشكيلها وفق قوانين وطنية متعددة بحسب الدولة التي تتواجد بها. وهو ما يثير إشكالية القانون المطبق على هذا النوع من الشركات، فإما يتم تطبيق قانون الشركة الأم على كافة فروعها، أو تطبق كل شركة فرع قانون الدولة التي تتواجد على إقليمها⁶⁵⁶.

ثالثاً- استراتيجية الشركة متعددة الجنسية في نقل التكنولوجيا:

ترتكز الشركات متعددة الجنسيات في عملية نقلها للتكنولوجيا على عوامل كثيرة تمكنها من فرض سيطرتها على السوق، هذا بالإضافة لامتلاكها لعوامل مباشرة النشاط على المستوى الدولي وهذا راجع لعاملين رئيسيين، الأول هو انتشار التخلف التكنولوجي في جزء كبير من العالم، والثاني أنّ عملية التجديد والابتكار تحتاج إلى رأسمال ضخم لا تتوفر عليه سوى هذه الشركات⁶⁵⁷.

كما أنّ سيطرة الشركات متعددة الجنسيات على عملية نقل التكنولوجيا وتجديدها لم تأت من فراغ، حيث ساعد على ذلك وجود تفاوت هائل بين الدول المتقدمة والدول النامية والتي أدركت مؤخراً

⁶⁵⁵ زينب محمد عبد السلام، الشركات متعددة الجنسيات ومعايير السيادة للدول وفق القانون الدولي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014، ص68.

⁶⁵⁶ نفس المرجع، ص69؛ أنظر أيضاً: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص115.

⁶⁵⁷ Michalet C.A, L'entreprise multinationale et le Transfert de Technologie, Novembre 1973, p110 ; أنظر أيضاً: عبد الواحد محمد الفايز، المرجع السابق، ص101.

أهمية التكنولوجيا في عملية التنمية الاقتصادية، فحاولت تضيق الفجوة التكنولوجية بينها وبين الدول المتقدمة من خلال الاعتماد على ما تقدمه الشركات متعددة الجنسيات. لذلك استطاعت هذه الأخيرة وفي وقت قصير السيطرة على عملية التجديد التكنولوجي على المستوى الدولي من خلال إتباع استراتيجيات متعددة تهدف أساساً لإدماج الدول النامية في إطار التقسيم الاقتصادي الدولي مع تحقيق أقصى ربح ممكن من ذلك؛ بالسيطرة على المزيد من القطاعات في السوق العالمي، إذ أن الأمر لا يعدو بأن يكون تحقيقاً للربح وليس نقلاً للتكنولوجيا⁶⁵⁸.

هذا وتستمد الشركات متعددة الجنسيات قوتها من تنوع أنشطتها التي تمارسها في دول متفرقة، حيث تعتمد في الغالب على نقل جزء من التكنولوجيا المملوكة لها عبر الحدود الدولية، غير أن هذا النقل ليس من أولويات أهدافها لأنها في الواقع تقوم بذلك في إطار اختراقها لأسواق الدول النامية والسيطرة عليها. حيث تعتبر التكنولوجيا مالمقابل الاستعمال والاستغلال، فهي لا تقدم التكنولوجيا المملوكة لها إلا بهدف إنشاء أسواق تفضيلية، وبالتالي ترسيخ مراكزها المسيطرة والاحتكارية⁶⁵⁹، ولا يتأتى لها ذلك إلا بتطبيق أمور ثلاث وهي:

- الرقابة على إنتاج التكنولوجيا.
- الرقابة على توجيه التكنولوجيا.
- التحكم في التكنولوجيا.

خلاصة القول أن الشركات متعددة الجنسيات لها دور فعال في مجال نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي، إذ أن نقلها للدول النامية يشكل عنصراً في استراتيجية هذه الشركات وبهذا أصبحت ذات قوة وهيمنة في إطار عمليات التجارة الدولية.

البند الثاني: مشاكل اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد نقل التكنولوجيا

تجيز معظم التشريعات المقارنة⁶⁶⁰ لأطراف عقود التجارة الدولية اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وتتص الاتفاقيات الدولية على هذا الحق. فاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى⁶⁶¹ تنص في المادة 1/42 منها على: "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع. وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن للمحكمة

⁶⁵⁸ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص30.

⁶⁵⁹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص60-62.

⁶⁶⁰ أنظر: خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009،

ص13.

⁶⁶¹ الصادرة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965.

تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع".

كما نصت المادة 3/13 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على أنه: "للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع".

هذا ونصت المادة 1/33 من قواعد اليونسטרال للجنة غرفة التجارة الدولية على أنه: "تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون، تطبق المحكمة القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق".

وفي نفس السياق أكد قانون التجارة المصري على الحرية المطلقة للإرادة إلا فيما يتعارض مع النظام العام، ولم يضع على ذلك قيداً في عقود نقل التكنولوجيا إلا في اختيار قانون آخر ليطبق على العقد، فقد نصت المادة 1/87 على أن تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري، وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً⁶⁶².

كما أباح القانون الأمريكي أيضاً حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، مما يتيح للأطراف أن يضعوا القانون محل الشروط التعاقدية⁶⁶³.

وبالتالي يبدو أن الغالبية العظمى من الاتفاقيات الدولية تقرّ بضرورة تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا. وعلى هذا الأساس فإن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم يبقى مرهوناً بعدة خيارات من أهمها اختيار القانون وفق مصالحهم المشتركة كأن يكون قانون مكان تنفيذ العقد أو ابرامه أو مكان التحكيم...⁶⁶⁴.

ويمكن الوصول لقانون الارادة الصريحة والضمنية⁶⁶⁵ في عقود نقل التكنولوجيا بعدة طرق أهمها كتابة العقد بلغة معينة، أو اشتراط تنفيذه في دولة محددة، غير أن الفقه لم يتفق لحد الساعة على

⁶⁶² المادة 87 الفقرة 1، 2 من قانون التجارة المصري لسنة 1999.

⁶⁶³ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص210.

⁶⁶⁴ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص383.

⁶⁶⁵ لمعرفة المزيد عن شروط الاختيار الصريح والضماني للقانون الواجب التطبيق على النزاع؛ أنظر: خالد شويرب، المرجع السابق، ص40 وما بعدها.

منهج بشأن مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو ما جعلهم يتفرقون لثلاثة اتجاهات:

- **الاتجاه الأول:** يرى أنصار هذا الاتجاه⁶⁶⁶ أنّ للطرفين الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد نقل التكنولوجيا حتى ولو لم يكن هناك رابط مشترك بين القانون المختار والعقد المراد تنفيذه.

- **الاتجاه الثاني:** بخلاف الاتجاه الأول يشترط أصحاب هذا الرأي⁶⁶⁷ ضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون الذي اختاره الأطراف وبين العقد محل النزاع، لأنّ دور الإرادة في هذه الحالة لا يعدو أن يكون مجرد تركيز للعقد في مكان معين ووفق ظروف محددة حيث تعتبر هذه الأخيرة أساس تحديد القانون الواجب التطبيق، وإذا خالفت إرادة الطرفين ذلك، وجب على هيئة التحكيم عدم الاعتداد بها.

- **الاتجاه الثالث:** يرى أنصار هذا الاتجاه⁶⁶⁸ أنّ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مقيدة ولا مطلقة، وإنّما تقف موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، إذ يعتبرون أنّه يكفي أن يكون للقانون المختار صلة بالعقد كأن يكون قانون تنفيذ العقد أو قانون جنسية الأطراف....

ونخلص من هذا كله أنّ القاعدة العامة في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود نقل التكنولوجيا خاصةً والعقود الدولية عامةً هو أن يكون للقانون المختار صلة بالعقد مع تبرير أسباب اختياره، وهو ما تؤكدته المشروعات الدولية المنظمة لعقد نقل التكنولوجيا ومنها المشروع المقدم من اللجنة المكلفة بوضع مشروع مدونة السلوك في نقل التكنولوجيا، والمشروعات المقدمة من مجموعة الدول الاشتراكية ومجموعة الدول الغربية⁶⁶⁹.

ورغم كل ما سبق بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، إلا أنّ الأمر لا يخلو من المشاكل التي يمكن أن تعترض مسألة اختياره من قبل الأطراف، والتي تتمثل في:

⁶⁶⁶ منهم عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، 1986، ص134، نقلاً عن: مصطفى السيد أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص315.

⁶⁶⁷ يوسف عبد الهادي الإكياي، المرجع السابق، ص327.

⁶⁶⁸ منهم منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ص209، نقلاً عن: مصطفى السيد أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص316.

⁶⁶⁹ أنظر مشروع مؤتمر الأونكتاد بشأن القانون الواجب التطبيق والمشروعات المقدمة من مجموعات الدول المشتركة في المؤتمر، ص416.

1. الاختيار المتعدد للقانون:

يقصد به قيام أطراف العقد باختيار قوانين مختلفة ليحكم كل منها جزءاً من العقد، بحيث تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد. وقد أخذ القضاء الوطني في كل من الولايات المتحدة وألمانيا وإيطاليا وفرنسا بحق الأطراف في الاختيار المتعدد للقانون⁶⁷⁰.

ونظراً للإشكالات التي يطرحها الاختيار المتعدد للقوانين المطبقة على العقد، والتي تجعل في الغالب من عقد نقل التكنولوجيا كياناً قانونياً مركباً، فإنّ الرأي السائد في الفقه يرفض اللجوء لهذه الفكرة ويرى ضرورة اعتبار العقد كياناً قانونياً واحداً يخضع في مجموعه لقانون واحد، مبررين ذلك بإمكانية تعارض الأحكام المنطقية في شأن العناصر المكونة للعقد⁶⁷¹.

2. الاختيار الذي يؤدي إلى بطلان العقد:

ويقصد به أن يقع الاختيار خاطئاً من قبل المتعاقدين، وبالتالي ينشأ عنه عدم تطبيق قانون الإرادة إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى بطلان عقد نقل التكنولوجيا أو أحد عناصره الرئيسية، ويتعين على القاضي أو هيئة التحكيم المطروح عليها النزاع أن تعين قانوناً آخر على أساس عدم وجود قانون الإرادة. ويستند هذا الرأي على حق الأفراد في الاعتماد على صحة العقود التي يبرمونها، فإذا تقرر البطلان لمصلحة أحد الطرفين، فليس من العدالة حرمان أحدهم من الحماية التي قررها القانون الواجب التطبيق، حتى ولو تعارضت هذه الأحكام مع مصالحه، لأنّ غير ذلك يدل على بقاء العقد بدون قانون يحكمه وهو ما لا يجوز⁶⁷².

3. الاختيار غير الملائم أو الناقص:

ويقصد به أنّ القانون الذي اختاره الأطراف غير قابل للتطبيق على النزاع لأنّ قواعده ناقصة، أو لعدم وجود قاعدة قانونية أصلاً في القانون واجب التطبيق يمكن تطبيقها على النزاع المطروح على القاضي، أي أنّ قانون الإرادة يحتوي على ثغرات قانونية ونقائص لا تسمح له بحسم النزاع، ذلك أنّ القانون لا يستطيع أن يضع حلولاً لكافة الوقائع الحاضرة والمستقبلية فهو قانون وضعي متناهي، وبالتالي فإنّ المستقبل بوقائعه المتغيرة يكشف عن قصوره، مما يثير مشكلة عدم وجود قاعدة قانونية

⁶⁷⁰ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص322.

⁶⁷¹ وهو الرأي الذي أخذ به المشرع المصري حيث رفض جملة فكرة الاختيار المتعدد للقانون، وتؤكد ذلك في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني تعليقاً على نص المادة 1/19 حيث جاء فيها: "إنّ المشروع قد توخى تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع، فقرر أنّ الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً، وهذا حكم عام يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منهما"، وقد استرشد المشرع فيه بالمادة 7 من القانون الملحق بالنقنين الياباني والمادة 15 من النقنين الإيطالي الجديد؛ أنظر: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص322.

⁶⁷² نفس المرجع، ص321.

يمكن تطبيقها على النزاع، علماً بأنّ المقصود بالنقص في القانون وفقاً لعمل هيئات التحكيم هو أنّ القاعدة القانونية واجبة التطبيق غير عادلة أو غير كافية أو غير مناسبة لحكم وحل النزاع⁶⁷³.

وهكذا فقد اختلف الفقه حول مدى وجود نقص في القانون من عدمه، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** يرفض فكرة وجود نقص في القانون ويستند في ذلك إلى الحكمة القائلة أنّ "الأصل في الأشياء الإباحة"، إذ أنّ المشرع إذا أغفل تنظيم مسألة ما في القانون، فلا يدل ذلك على نقص فيه، وإنّما يمكن القول أنّ المشرع ترك حرية تنظيمها والتصرف فيها للأطراف ولم يضع قيوداً عليهم⁶⁷⁴.

- **الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ احتمال وجود نقص في القانون وارد، ولكن في هذه الحالة على القاضي المعروض عليه النزاع أن يجتهد لسد وتكملة هذا النقص حتى يتمكن من حل النزاع المعروض عليه⁶⁷⁵.

وأمام هذا التباين في الآراء فإنّ القاضي الوطني وعلى ضوء المبادئ العامة في القانون يلجأ إلى خلق قاعدة قانونية مناسبة لحل النزاع المعروض عليه، وهو عكس الأمر بالنسبة للمحكم الذي تتصل من ذلك، بل اتخذ من مسألة النقص ذريعة للهروب من تطبيق القانون الوطني، على أساس وجود نقص في قانون الإرادة. ولعلاج هذا الإشكال يمكن الرجوع للمصادر الاحتياطية في القانون، باستثمار القاضي للمبادئ العامة في القانون الطبيعي وقواعد العدالة والمساواة، والاجتهاد برأيه لإيجاد حل للنزاع فيما لا يتعارض مع قواعد النظام العام⁶⁷⁶.

⁶⁷³ يوسف عبد الهادي الاكياي، المرجع السابق، ص340، وهو ما أشارت إليه عدة أحكام تحكيم منها حكم التحكيم الصادر في النزاع بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة حيث استبعد فيها المحكم قانون أبو ظبي باعتباره متخلفاً لا يمكن أن يحكم المعاملات التجارية الحديثة ودلل على ذلك بقوله: "من غير المعقول أن نفترض في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعة من المبادئ القانونية الواجبة التطبيق على بنين الوثائق التجارية الحديثة". وكذلك النزاع بين حاكم قطر وشركة البترول الدولية المحدودة الذي دلل على ذلك بقوله: "إنني مقتنع بأنّ هذا القانون لا يتضمن أية مبادئ كافية"، كما ذكر في نزاع آخر بين شركة أرامكو مع الحكومة السعودية بقوله: "إنّ المدرسة الفقهية الإسلامية المطبقة في السعودية لا تتضمن قاعدة محددة خاصة بالامتيازات التعدينية بوجه عام، والامتيازات البترولية على وجه الخصوص"؛ أنظر: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص324.

⁶⁷⁴ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، 1985، ص484.

⁶⁷⁵ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص325.

⁶⁷⁶ حبيب إبراهيم الخليبي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص177-178.

4. سكوت أطراف العقد عن اختيار القانون الواجب التطبيق:

من المستقر عليه فقهاً⁶⁷⁷ وقضاءً⁶⁷⁸ أنّ للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع، وفي هذه الحالة لا تنتور أية مشكلة تستلزم حلاً لها لأنّ هيئة التحكيم ملتزمة بالتقيد باتفاق الأطراف وليس لها الخروج على ذلك. إلا أنّ سكوت الأطراف عن تعيين القانون الذي ستحكم قواعده المسألة المتنازع عليها يثير تخوفاً يخشى معه كل طرف أن تختار هيئة التحكيم قانوناً لا يتناسب مع مصلحته⁶⁷⁹.

وبما أنّ الأصل وفقاً للقواعد العامة أنّ القاضي عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق يرجع لقواعد الإسناد في قانونه الوطني لأنه مقيد وفق قانون دولته التي يصدر باسمها حكمه، فإنّ المحكم هو بخلاف القاضي إذ لا تحدّ حرّيته في اختيار القانون الواجب التطبيق أحكام دولة معينة، فأحكامه لا تخضع لسيادة أيّ دولة حتى ولو كانت طرفاً في النزاع⁶⁸⁰.

غير أنّ الممارسة العملية أثبتت أنّ حرية المحكم في اختيار القانون غير مطلقة بما يعني أنّه لا يستطيع أن يخرج عن المتعارف عليه في هذا المجال⁶⁸¹، لأنّ اختيار المحكم للقانون يجب أن يكون مبنياً على أسس سليمة وواضحة مردها البحث عن القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع العقد⁶⁸²، إذ عادة ما تستعين هذه الهيئات بالمبادئ القانونية العامة والأعراف التجارية والمهنية لما لهما من أهمية بالغة في اختيار القانون.

أ. المبادئ العامة:

يستعين المحكم غالباً بمبادئ القانون باعتبارها عاملاً مشتركاً بالنسبة لمعظم الأنظمة القانونية في كونها تتفق في مفهومها مع ما أوردهته التشريعات في القانون المقارن من مبادئ مثل "العقد شريعة المتعاقدين"، "عدم التعسف في استعمال الحق"، "عدم جواز الاثراء على حساب الغير"، "الحق في

⁶⁷⁷ ومن بينهم الفقيه «CANTE» وكذلك أغلب فقهاء النظرية الشخصية؛ أنظر: خالد شويرب، المرجع السابق، ص31.

⁶⁷⁸ ومن بين الأحكام القضائية التي دلت على هذا الأمر الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 ديسمبر 1910، والذي قرر على اثره القاضي أنّ "القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من حيث تكوينه وآثاره هو القانون الذي اختاره المتعاقدان"؛ أنظر: نفس المرجع، ص32.

⁶⁷⁹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص390.

⁶⁸⁰ رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص151.

⁶⁸¹ إذ نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على: "للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم وجود إشارة للقانون الواجب التطبيق، يقوم المحكمون بتطبيق القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي تراها مناسبة، وفي الحالتين يأخذ المحكمون في الاعتبار اشتراطات العقد والأعراف الشائع استخدامها في مجال التجارة"؛ أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص381.

⁶⁸² نفس المرجع، ص392.

التعويض عن الأضرار" و"مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود"...، وبالتالي فهي تقوم بدور لا يستهان به في تسوية منازعات الأطراف عن طريق التحكيم⁶⁸³ وهو ما جاءت به مختلف الاتفاقيات، ومثال ذلك ما أشارت إليه المادة 1/6 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار⁶⁸⁴ وورد فيها ما يلي: "... وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة، تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأطر المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي"، ونصت المادة 2/4 من ملحق هذه الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات على أنه: "ويجوز للمحكمة إذا اتفق أطراف المنازعة على ذلك، أن تحكم في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف".

ب. عادات وأعراف التجارة الدولية:

تطبق هيئات التحكيم في كثير من الأحيان الأعراف التجارية على موضوع النزاع لما لها من دور أساسي في تسوية المنازعات، وهو ما دفع ببعض لوائح هيئات التحكيم لأخذها بعين الاعتبار وأفردت لها نصوصاً بمقتضاها تلتزم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع بموجبها، وكمثال على ذلك تضمنت لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نصاً يقرّ للأعراف التجارية بدور مكمل حيث تساعد على تفسير النصوص التعاقدية، وكذلك الأمر بالنسبة للائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدولية ونصت على أنّ الأعراف التجارية على قدم المساواة مع اتفاق الأطراف، كما ألزمت الاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي المحكمين بأن يأخذوا بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الحالات⁶⁸⁵.

نخلص من هذا كله إلى ضرورة تطبيق قانون الإرادة الصريح والضمني، أما في حالة غيابه فيطبق قانون الدولة متلقية التكنولوجيا استناداً لاعتبارات التنمية الاقتصادية باعتبار أنّها من المصالح الأساسية الجديرة بالحماية وهو ما اعتمد عليه مشروع مؤتمر التجارة والتنمية⁶⁸⁶.

المطلب الثاني: تكييف قدرة المانح في تكريس تبعية المتلقي من خلال الشبكة

إنّ وجود قاسم مشترك بين المانح والمتلقي يعبر عن وجود غايات اقتصادية مشتركة بينهما؛ يتجسد على المستوى القانوني في التركيز بشكل أساسي على استعمال المعرفة الفنية، هذه الأخيرة التي

⁶⁸³ رضوان أبو زيد، المرجع السابق، ص 193.

⁶⁸⁴ دخلت حيز التنفيذ سنة 1974، بعد أن صادقت عليها مجموعة من الدول العربية.

⁶⁸⁵ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 395.

⁶⁸⁶ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 364.

يستأثر المانح بأصالتها وملكيته (الفرع الأول) لفرض تبعية المتلقي له (الفرع الثاني) وللشبكة على حدٍ سواء.

الفرع الأول: استئثار المانح بأصالة المعرفة الفنية

إنّ استئثار المانح بأصالة المعرفة الفنية يعني استئثاره بجذبها للزبائن، الذين ارتبطوا بالمعرفة الفنية المعبرة عنها. ولهذا ينبغي أن تتوافر في المعرفة الفنية درجة معينة من الأصالة، بحيث تمكّن حائزها من خلال استئثاره بها من أن يكون متميزاً في نظر منافسيه، سواء أكان هذا التميز متعلقاً بالمنتج أو بأداء الخدمة⁶⁸⁷.

فقيام أصالة المعرفة الفنية مرتبط أساساً بالغاية التي أنشئت من أجلها هذه الأخيرة؛ والتي تكفل لهذا النظام انتشاره وذلك بانضمام متلقين جدد يطمحون للحصول على نجاح مشابه لنجاح المانح. غير أنّ هذا النجاح لا يمكن له أن يستمر إلا إذا أحيطت المعرفة الفنية بنوع من السرية بحيث تضمن معها استمراريتها وجدتها. وبالتالي فإنّ عنصر السرية هو الذي يبرز أصالة المعرفة الفنية فمأهو نطاقه؟ (البند الأول)، وما مدى تأثيره على جودة المعرفة الفنية؟ (البند الثاني).

البند الأول: نطاق احتكار المعرفة الفنية السرية

قبل أن نعرض لجدة المعرفة الفنية لا بد من التعرف على كل ما يدخل ضمن نطاق المعرفة الفنية لتوضيح عناصرها، إذ يمكن أن ينطبق وصف المعرفة الفنية التي يستأثر المانح بامتلاكها على الخبرة الفنية، المعارف التقنية، والوسائل أو الطرق الصناعية الجديدة⁶⁸⁸.

1- الخبرة التقنية:

هي مجموع المهارات التي يكتسبها العامل طوال الفترة التي يعمل فيها ضمن مشروع ما، وذلك عن طريق تكرار التجارب العملية بتطبيقه للنظريات⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 207.

⁶⁸⁸ ماجد عمار، المرجع السابق، ص 121.

⁶⁸⁹ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص 50.

فالخبرة التقنية إذاً تعتبر صفة لصيقة بالشخص العامل ضمن المشروع تبدأ معه في شكل مهارة فنية كنتيجة للممارسات المتكررة وبذل الجهد، لتتطور إلى قدرة على تطبيق الأساليب العلمية في المجال الصناعي. فالأصل أنّ هذه الخبرة لا يمكن نقلها من مكان لآخر، إلا بوجود عمال وفنيين مهرة، وذلك عن طريق تدريب نظرائهم في مشروع المتلقي. وتجدر الإشارة في هذا الشأن أنه لا يوجد ما يمنع من تجسيد هذه الخبرات في صورة مكتوبة عن طريق الكتيبات والمستندات، وبالتالي تصبح عنصراً من عناصر المعرفة الفنية يصلح لأن يكون محلاً لعقد نقل التكنولوجيا من جهة، ومحلاً للاستثمار والحماية من جهة أخرى⁶⁹⁰.

2- المعارف التقنية:

تشكل أحد أهم عناصر المعرفة الفنية وتتكون من المعلومات التكنولوجية التي تتدرج في صور متعددة والتي تعبر في مجملها عن مدى إلمام رجال الصناعة عن معرفتهم بها، مما يساعد على انتشار المعرفة، ولكن في ذات الوقت يستبعد منها المعلومات الدارجة التي يكتسبها الشخص من خلال عمله في مشروع ما وهذا من خلال التدريب المعتاد، وذلك لأنها معلومات متاحة للجميع ويتم تداولها دون قيد أو شرط⁶⁹¹.

ويخرج من هذا النطاق أيضاً؛ ما يسمى بحالة التقنية، وهي مجمل المعارف المتاحة للجمهور لمعرفة كيفية استخدام أو تركيب منتج معين، سواء كانت مكتوبة أم لا، أو موضحة في صورة نشرة أو كتيبات أو عن طريق الاستخدام العملي، أو أي وسيلة أخرى، وأهم مثال على ذلك النشرات المرفقة مع الأدوية، وكتيبات تشغيل الأجهزة الكهربائية...⁶⁹².

وتخرج حالة التقنية والمعلومات الدارجة من حيز المعرفة الفنية لفقدانها عنصر السرية المطلوب في هذه الأخيرة، وبالتالي فلا مسؤولية على مستخدم هذا النوع من المعرفة، ولهذا لا يستطيع المانح الاستثمار بها، ويستثنى من ذلك الحالة التي تساهم فيها في تحقيق أفضل النتائج ضمن نشاط إنتاجي

⁶⁹⁰ ذكرى عبد الرازق، المرجع السابق، ص50-51.

⁶⁹¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص115؛ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص52.

⁶⁹² حسني عباس، الملكية الصناعية، الويبيو (المنظمة العالمية للملكية الفكرية) جنيف، د.م.ن، 1976، ص49 وما بعدها.

معين، أو لتفعيل طريقة صناعية معروفة من قبل بأسلوب جديد، والسرية تكون متعلقة في هذه الحالة بالاستخدام الجديد للوسيلة الصناعية⁶⁹³.

3- الطرق الصناعية الجديدة:

وهي وسيلة أو أسلوب للتوصل إلى هدف يتمثل في تحقيق نتيجة صناعية معينة، أو منتج صناعي قد يكون معروفاً من قبل. ويتحقق ذلك من خلال مجموعة من العمليات الصناعية المتعددة التي تتداخل فيما بينها لتصل في النهاية إلى تحقيق النتيجة الصناعية المرجوة⁶⁹⁴.

وقد تتم هذه العملية في صورة مراحل مترابطة تشكل في مجملها سلسلة من العمليات الطبيعية أو الكيميائية والتي تمت وفق نظام معين، بغرض الوصول لنتيجة صناعية معينة، تشكل في مجملها المعرفة الفنية التي يسعى المشروع للاحتفاظ بها سراً⁶⁹⁵.

وعلى هذا الأساس فإن نطاق المعرفة الفنية يشمل كلاً من الخبرة التقنية، المعارف التقنية والطرق الصناعية الجديدة، غير أنّ كل من هاته العناصر يجب أن تتمتع بالسرية لكن ليس من الضروري أن تكون السرية مطلقة، بمعنى ألا يعلم بها سوى المانح، على اعتبار أنّ هذه المعرفة يمكن أن تكون نتاج بحوث مشتركة بين مؤسستين مستقلتين أو من قبل مؤسسات مختلفة توصلت لهذه المعرفة في وقت واحد⁶⁹⁶.

وفيما يتعلق بالسرية يقول الأستاذ Magnin F أنه: "كما يوجد في السوق مراكز احتكارية ومراكز شبه احتكارية، وبما لكل هذه المراكز من تأثير في كيفية تحديد الأسعار، فإنه يمكن أيضاً أن نجد نفس هذه المراكز في سوق المعرفة الفنية، ولا شك أنّ القيمة الاقتصادية للمعرفة الفنية تتأثر بتعدد الحائزين لها، غير أنّ هذا التعدد بما يعنيه من نسبية سرية المعرفة الفنية لا يؤثر في وجود هذه المعرفة بالمعنى القانوني لأنّ السرّ الذي يشترك فيه عدد محدود من الأشخاص يبقى مع ذلك سراً،

⁶⁹³ ماجد عمار، المرجع السابق، ص132.

⁶⁹⁴ حسام عيسى، المرجع السابق، ص128.

⁶⁹⁵ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص59.

⁶⁹⁶ J.M. DELEUZE, Op. Cit., p31.

طالما بقي هذا السرّ على درجة يمكن للمؤسسة المستفيدة من أن تقدم حلولاً للمشاكل الفنية وأنّ هذه الحلول غير معروفة من المنافسين⁶⁹⁷.

ولهذا تنصّ أغلب عقود نقل التكنولوجيا على أنّ المعلومات التي يتمّ تزويد المتلقي بها تعدّ سرّية ولا يجوز لهذا الأخير أو العاملين لديه إفشاؤها أو نقلها للغير. ولذا كان من الطبيعي أن يحرص المانح من خلال عقد نقل التكنولوجيا للمحافظة على هذه السّرية من خلال اتخاذ الاحتياطات المناسبة عند نقلها بما يحافظ على سرّيتها التي تعتبر أساس قيمتها الاقتصادية، إذ متى ما فقدت المعرفة الفنية قيمتها تصبح متاحة للعمامة وهذا في ظلّ غياب حماية تشريعية لها⁶⁹⁸.

وبالتالي تكون السّرية في المعرفة الفنية بدرجات متفاوتة، فكما تكون مطلقة تكون نسبية، إذ يمكن أن تستخلص درجة السّرية اللازمة للمعرفة الفنية من معطيات ثلاث:

- أ. المدى الذي يستخدم فيه نقل المعلومات.
- ب. المدى الذي يعرفه الأشخاص من المعرفة الفنية.
- ت. مدى ما يتخذه مالك المعرفة الفنية من احتياطات للمحافظة على سرّيتها⁶⁹⁹.

البند الثاني: تأثير السّرية على جودة المعرفة الفنية

تلحق فكرة الجودة المعرفة الفنية بفكرة السّرية، على أنّ ذلك لا يعني أنّها حديثة لكن ما يميزها عن براءة الاختراع مثلاً أنّ هذه الأخيرة تقاس بمدى ما يحدثه الاختراع من تطور تكنولوجي قائم ومعروف في مجال معين. أما فكرة الجودة في المعرفة الفنية فتقوم على أساس أنّ عناصر هذه الأخيرة مأخوذة من وضع قائم مع إضافة بعض التحسينات العملية أو التفصيلية التي تدخل في صناعة محددة، حيث يقاس هذا التجديد بالمستوى التكنولوجي الذي سيحدثه مقارنة بما هو موجود في مشروعات أخرى⁷⁰⁰.

ولهذا يجب التمييز بين حقوق المعرفة الفنية العامة والخاصة، فالأولى تعني أنّ هذه التكنولوجيا متاحة للجميع دون قيد أو شرط، وإذا تمّ إفشاؤها فلا ترتب مسؤولية وكمثال على ذلك النشرات العلمية

⁶⁹⁷ Magnin F, Op. Cit., p106.

⁶⁹⁸ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص162.

⁶⁹⁹ Magnin F, Op. Cit., p107.

⁷⁰⁰ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص101-102.

الواردة في الكتب العلمية المرفقة بالتجهيزات والآلات⁷⁰¹. أما الحقوق الخاصة فهي ما يجعلها محاطة بالسرية التي تتمتع بها، فهي أداة للحماية الواقعية لها وخاصية مميزة لهذا الحق⁷⁰².

والجدة في المعرفة الفنية هي ألا تكون معروفة في المجال الصناعي بشكل عام، ولا شك أنه لا يشترط كونها مستحدثة. إذ يمكن أن تكون معروضة من قبل إلا أنها تستخدم بصورة جديدة وذلك من أجل التوصل إلى حل مشكلة في المجال الانتاجي، لهذا فإنّ الجدة المطلوبة في مجال المعرفة الفنية يتعين مراعاة توافرها على أساس معيار ذاتي⁷⁰³ وموضوعي مؤداه وجود حالة ابتكارية غير معروفة في مجال الانتاج⁷⁰⁴. كما تبرز خاصية الجدة كلما أمكن نقل المعرفة الفنية دون إلحاق الضرر بحائزها، وهو ما يطرح الفارق الجوهرى بينها وبين المهارة التي تعدّ لصيقة بشخص المانح ولا يمكن نقلها⁷⁰⁵.

إنّ ما يجعل المعرفة الفنية تتميز بتلك الأصالة هو محافظة المانح على سريتها نظراً للقيمة الاقتصادية التي تحققها لملكها، هذا الأخير الذي أسسها بكثير من الجهد والمال، الأمر الذي يدفعه لتصور المردود الذي سيعود عليه نتيجة استنثاره باستغلالها طالما حافظ على سريتها⁷⁰⁶. إذ يحرص المانح في إطار المحافظة على سرية المعرفة الفنية للاحتياط بكل الوسائل لضمان هذه السرية ضد جميع المنافسين سواء داخل المؤسسة ذاتها أو من خارجها.

وتجدر الإشارة إلى أنه من غير الممكن تحقيق الاستنثار الواقعي بالنسبة للعناصر الأخرى المتداخلة في عقد نقل التكنولوجيا خاصة العلامات التجارية والشعار، وهذا نظراً لتعلقها بالنظام الخارجى للمنتج بحيث يمكن مشاهدته⁷⁰⁷، غير أنّ ذلك لا ينفي أنها تتمتع باحتكار قانوني.

ويتطلب الاستنثار الذي يتمتع به المانح تجاه المعرفة الفنية نوعاً من الجدة والأصالة، فهذه الأخيرة تجعلها غير معروفة أو متداولة ويصعب التوصل إليها. ولكن لا يستلزم لذلك الجدة المطلقة أو

⁷⁰¹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص163.

⁷⁰² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص201.

⁷⁰³ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص56-57.

⁷⁰⁴ ذكرى عبد الرازق، المرجع السابق، ص102.

⁷⁰⁵ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص395.

⁷⁰⁶ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص95.

⁷⁰⁷ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص262.

كما هو معروف بالنشاط الاختراعي أو الخطوة الإبداعية التي تحدث طفرة في مجال الانتاج⁷⁰⁸. إذ يمكن لمشروع ما أن يلجأ لاستخدام طرق وأساليب وأدوات أصبحت قديمة، وهذا لا يعني أنّ المعرفة الفنية في هذه الحالة قد فقدت عنصر الجودة وذلك بسبب تقادمها، بل إنّ عنصر الجودة في هذه الأساليب يتبلور في الحاجة لنوع جديد من التطور التكنولوجي⁷⁰⁹.

ويرى في هذا الشأن الدكتور محمود الكيلاني: "أنّ المعرفة الفنية تتكون من مجموعة من العناصر السرية كلها أو في أجزاء منها، وهو ما يساعد على زيادة قيمتها الاقتصادية وأنّ هذه السرية كما أنّها مطلقة تكون نسبية وهي كذلك لن تبقى إلى الأبد، ولن يكون لصاحب المعرفة الفنية حق الاستئثار باستغلالها إلا بمقدار السرية الذي يمنع على الآخرين، بحيث يكون من مصلحته استغلالها قبل زوال سريتها، بحيث تظلّ المعرفة الفنية تسهم في التنمية طالما بقيت المعرفة الفنية قائمة وتحقق نتائج ذات فائدة حتى ولو أصبحت شائعة، وأنّ ما تعنيه من زوال قيمتها بفقدان سريتها هو ما يخص مالكاها كحق يعود عليه بالنفع في مواجهة منافسيه"⁷¹⁰.

ولهذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنّ عقد الاضطلاع الذي يرد على معرفة فنية معروفة لدى المشاريع الصناعية، وارد على محل صحيح بالقدر الذي تحقق فيه هذه المعرفة فائدة لمصلحة المتلقي⁷¹¹. أما في القضاء الأمريكي فقد خلصت المحكمة في قضية *Noddings Investment Group* ضد *Kelley* إلى أنّ كشف المعلومات السرية لأربعة أو خمسة أشخاص من المستخدمين في الشركة كان كافياً للحفاظ على السرية⁷¹².

يمكن القول أنّ المعرفة الفنية جديدة طالما بقيت محتفظة بسريتها، ولم تنتشر وتصبح معروفة لدى الكافة، وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء وأكدوا على ضرورة اقتران المعرفة الفنية بالسرية حتى تكتسب الحماية⁷¹³.

⁷⁰⁸ إبراهيم أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، السنة 44، يوليو 2002، ص50.

⁷⁰⁹ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص57.

⁷¹⁰ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص101.

⁷¹¹ أنظر: ذكرى عبد الرازق، المرجع السابق، ص102. P. Durand ; 11-1531. Cass.Com, 13 juillet 1966, J.C.P, 1967-

⁷¹² *Noddings Investment group, Inc.V.Kelley,1994,US. Dist. Lexis 3246 (ND.III.March 17th,1994.*

نقلًا عن: آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص43.

⁷¹³ آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص41.

وعلى هذا الأساس ينظم عقد نقل التكنولوجيا كيفية الحفاظ على المعرفة الفنية، وهذه تعتبر الوظيفة الأساسية لما يعرف بشرط السرية⁷¹⁴، الذي يدرج غالباً في العقد ويكون الهدف منه عدم تجاوز المعرفة الفنية الاطار التعاقدية. لذلك يعتبر عنصر السرية الذي تتمتع به المعرفة الفنية أداة حماية لها تعكس سبب احتكار أصالتها من قبل المانح، فهي تمنح هذا الأخير ميزة ذات قيمة اقتصادية، وهو ما يدفعه للاستثمار بها ومنع ذبوعها، والترخيص بها فقط للمتلقين ذوي الكفاءة العالية، مما يجعلهم تابعين له اقتصادياً وعملياً.

الفرع الثاني: فرض التبعية التكنولوجية على المتلقي

يسيطر المانح سيطرة شبه كاملة على عقد نقل التكنولوجيا من ناحية الابتكار والتجديد التكنولوجي، ويعود هذا للوعي المبكر من قبل الدول المتقدمة لأهمية هذا العقد، ومدى تأثيره في عملية التنمية الاقتصادية على المستوى الدولي والوطني وعلى المستوى العالمي⁷¹⁵.

وتماشياً مع هذا الوضع سعت الدول المتقدمة إلى تخصيص موارد مالية ضخمة بهدف تشجيع الاختراعات وأنشطة البحث، حيث خصص ما يقارب 97 % من مجموع الانفاق العالمي في الدول المتقدمة، وما نسبته 2,7 للدول النامية، وذلك طبقاً لإحصائيات سنة 1973، مما زاد من نسبة تركيز التكنولوجيا في الدول المتقدمة وأدى إلى احتكارها⁷¹⁶. الأمر الذي أدى إلى استئثار المانح واحتكاره لمعارفه الفنية حتى تكون متناسبة مع التطور التكنولوجي الذي يتغلب على الصناعات المتشابهة، وذلك بما يكفي لكي توصف المعرفة الفنية بأنها أسلوب للتنمية⁷¹⁷، فجعل منها أداة تبعية اقتصادية (البند الأول)، معتمداً في ذلك على سريتها التي يشدد في التزام المتلقي بها كبند في العقد، فما طبيعة هذا الالتزام؟ (البند الثاني).

البند الأول: التبعية الاقتصادية

من الخصائص المميزة لعقد نقل التكنولوجيا هي فرض التبعية التكنولوجية على المتلقي من قبل المانح أي من قبل الدول المتقدمة على الدول المتخلفة، وليس ذلك إلا وجهاً من أوجه التبعية الاقتصادية

⁷¹⁴ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص261.

⁷¹⁵ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص35

⁷¹⁶ حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص24.

⁷¹⁷ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص57.

والسياسية التي تسود العلاقات الدولية والتي أطلق عليها البعض مصطلح التبعية عن طريق التكنولوجيا⁷¹⁸.

تنتج التبعية التكنولوجية⁷¹⁹ نظراً لعدم قدرة المتلقي على إنتاج وامتلاك المعرفة الفنية والتي تساعد على التنمية الاقتصادية، مما يجعل الدول النامية تعتمد مباشرة على الدول الصناعية المتقدمة في الحصول على ما تحتاجه من التكنولوجيا وعناصر التشغيل. وهذا ما أكدته الدراسات التي أجرتها منظمة الأمم المتحدة عن طريق وكالاتها المتخصصة والتي أثبتت أنّ سبل نقل التكنولوجيا زادت تبعية دول العالم الثالث، خاصةً وأنّ عقد نقل التكنولوجيا يعتمد على نقل الحقوق الواردة على هذه التكنولوجيا، وبوجه خاص حق استعمال هذه الأخيرة دون السماح بالسيطرة عليها، مما يؤدي لظهور أنماط عقدية متضمنة شروطاً تعسفية ومجحفة بحق الدول النامية⁷²⁰.

ولا تتجسد هاته الخاصية إلا عند الولوج إلى سوق التكنولوجيا ومنتجاتها⁷²¹، إذ يعدّ واسعاً من حيث المصادر. فالدول المتقدمة تعرض؛ والدول المتخلفة تطلب، فهو يخضع لقانون العرض والطلب مع وجود ميزة السرية والتي أصبحت تفرض عدم توازن بين المانح والمتلقي مما يجعله سوقاً احتكارياً، أيّ سوق منافسة ناقصة⁷²².

فالسبل متعددة في السوق الدولي للتكنولوجيا إلا أنّها لا تحقق مصالح المتلقي -الدول النامية- نظراً للتبعية التكنولوجية والتي تضع عوائق أمام الاستقلال الاقتصادي الوطني، مما ينجم عن ذلك تقسيم غير عادل للمنافع الناجمة عن الاستثمارات التكنولوجية وبالتالي ابقاء حالي التبعية والاحتكار.

⁷¹⁸ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص36.

⁷¹⁹ إنّ فكرة التبعية الاقتصادية مستمدة من القانون الألماني، حيث ظهرت في فرنسا مع مرسوم 1986/12/1، حين أشارت المادة 2/8 إلى التبعية الاقتصادية لمتلقي مكلف بنوزيع إحدى المنتجات في علاقته بالمانح. فيرضخ ويكون تابعاً لهذا الأخير، فينصاغ لشروطه التي يفرضها معتمداً على مركزه الاقتصادي ومستغلاً عدم وجود تنظيم قانوني من جهة، وعدم وجود البديل أمام المتلقي من جهة أخرى؛ أنظر: خليل فيكتور نادر، المرجع السابق، ص43.

⁷²⁰ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص37.

⁷²¹ إنّ تقدير حالة التبعية الاقتصادية للمتلقي وتبعيته للمانح مبني على ضوء شهرة علامته التجارية، وأهمية حصة المانح في رقم أعمال المتلقي، وحجم مشروع المانح في السوق، واستحالة حصول المتلقي على مانح آخر وعلى منتجات بديلة.

⁷²² السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص38.

وهي الاستراتيجية التي تتبعها الدول المتقدمة لتوسيع أسواقها بغرض تحقيق أقصى معدلات الربح وترسيخ مراكز السيطرة والهيمنة على الأسواق الدولية والدول النامية نفسها⁷²³.

وقد بدلت بعض الدول النامية مجهودات مهمة بهدف الابتعاد عن الهيمنة ومواجهة الدول المتقدمة، حيث طالبت بإعادة النظر في النظام الاقتصادي الدولي، وبحقوقها من التكنولوجيا العالمية⁷²⁴. ففي مجموعة السبع وسبعين (C.N.U.C.E.D)⁷²⁵ وبالتحديد في مؤتمر الجزائر لسنة 1975 أثارت الدول النامية موضوع نقل التكنولوجيا، وعدم ملاءمة نظامه لظروف ومصالح الدول النامية، وطالبوا بضرورة اقرار مدونة دولية لنقل التكنولوجيا بأسرع وقت ممكن تتماشى ومتطلبات التنمية في الدول النامية.

وقبل هذا المؤتمر كانت الدول النامية قد أثارت موضوع نقل التكنولوجيا في الجمعية العامة للأمم المتحدة، فأصدرت هذه الأخيرة القرار رقم 1713 لسنة 1961 بناءً على طلب البرازيل، حيث كلف الأمين العام بإعداد تقرير حول "دور براءات الاختراع في نقل المعارف الفنية إلى الدول النامية"، حيث أكدت الجمعية من خلاله على أن: "الحصول على المعارف الفنية والتكنولوجية يعتبر أمراً لازماً وضرورياً للتعجيل بالتنمية الاقتصادية للدول النامية"، وتمّ عرض هذا التقرير على مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية المنعقد بجنيف سنة 1964، حيث أصدر هذا الأخير توصية لاتخاذ ما يلزم من إجراءات تشريعية وإدارية لنقل التكنولوجيا للدول النامية والبحث في مدى إمكانية تعديل التشريع الدولي في هذا المجال⁷²⁶.

كما تبنت الأمم المتحدة في سنة 1963 برنامج عمل عالمي بشأن تطبيق العلم والتكنولوجيا من أجل التنمية، حيث دعت من خلاله لإقامة بنية مؤسسية ووضع سياسة تشمل المجال العلمي والتكنولوجي، واستبعاد الممارسات التقييدية، وتكثيف الجهود في ميدان البحث والتطوير⁷²⁷.

⁷²³ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص39.

⁷²⁴ ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص36.

⁷²⁵ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية.

⁷²⁶ حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص12.

⁷²⁷ ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص38.

أما في 24 أكتوبر 1970 فقد أصدرت الأمم المتحدة القرار رقم 2626 والذي أشار إلى ضرورة تحرير التجارة التكنولوجية ومنع الممارسات التجارية التقييدية وإعادة النظر في الاتفاقيات الدولية المتعلقة ببراءات الاختراع⁷²⁸.

وفي ماي 1974 صدر قراران عن الجمعية العامة للأمم المتحدة يتضمن الأول إعلان بشأن إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، والثاني برنامج عمل بشأن إقامة هذا النظام، والذي نص على ضرورة بدل الجهود لصياغة تقنين دولي للسلوك في مجال نقل التكنولوجيا يتماشى ومتطلبات الدول النامية. وترتيباً على ما سبق وفي 12 ديسمبر 1974 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3381 الذي تضمن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، حيث نصت المادة 13 منه على أن لكل دولة الحق في الاستفادة من مزايا التقدم والابتكارات العلمية والتكنولوجية من أجل الاسراع في تميمتها الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك نصت على ضرورة تسهيل حصول الدول النامية على منجزات التكنولوجيا الحديثة⁷²⁹.

وقد لاقى هذا المطلب معارضة شديدة من قبل الدول المتقدمة، لكن وبالرغم من ذلك استمرت الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة في الاهتمام بهذا المطلب العادل للدول النامية متلقية التكنولوجيا⁷³⁰، ولا تزال مختلف المنظمات الإقليمية والدولية والعالمية تبحث عن سبل تحقيقه إلى غاية اللحظة.

البند الثاني: طبيعة التزام المتلقي بالسرية

لابد من التنويه أن الأصل في عقد نقل التكنولوجيا أنه لا يزيل حق المانح الاحتكاري بمجرد منحه ترخيصاً باستغلال معارفه الفنية للمتلقي كما لاحظنا سابقاً، فهو لا ينزع منه حق الملكية بل نجده يسعى للمحافظة على هذا الحق من خلال سرية المعرفة الفنية، ولهذا فمن الضروري في هذا السياق تحديد نطاق طبيعة التزام المتلقي بالسرية التي يضطلع عليها، طالما يركز عليها المانح في جعله تابعاً

⁷²⁸ أنس السيد عطية، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها 'دراسة في الاطار القانوني التكنولوجي

الدولي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996، ص95.

⁷²⁹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص43.

⁷³⁰ أنس السيد عطية، المرجع السابق، ص104.

له اقتصادياً، مع الاستعانة في ذلك بنظرية الالتزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، فأين يندرج التزام المتلقي؟.

تضيف المعرفة الفنية قيمة جديدة للمتلقي كما تمنحه ميزة تنافسية، لكن عنصر الجودة والأصالة المطلوب في المعرفة الفنية ليس هو ذاته المتعلق ببراءة الاختراع. حيث يفترض بالضرورة وجود عنصر الابتكار والذي يمكن تقسيمه وفق معيار ذاتي يقوم على الأصالة أو الجودة النسبية، ويقصد بها الاكتفاء فقط بتطبيق غير معروف أو معروف لدى القلة، وذلك مع الاحتفاظ بإمكانية قيام اختلاف في معرض تحديد ضوابط الأصالة من مكان لآخر. فقد اتجه القضاء الأمريكي إلى التشديد في معيار الأصالة معتبراً ضرورة أن يكون المعيار واحداً في كافة الولايات⁷³¹، وهذا بخلاف القضاء الفرنسي⁷³².

ولتحديد طبيعة التزام المتلقي وجب النظر إلى محله، وهو الالتزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية، وبالتالي فإنّ التزام المتلقي هو ذو طابع عيني، فلا يكون ملزماً بمجرد بذل العناية وإنما ملزماً بتحقيق نتيجة. فهو التزام تفرضه قواعد حسن النية، والنتائج عن الالتزام بالامتناع عن عمل معين، وهذا الأخير هو دائماً التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أن يبذل المتلقي قصارى جهده وإنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا قامت مسؤوليته⁷³³.

وهو ما تؤكد الطبيعة المؤقتة لعقد نقل التكنولوجيا والتي تجعل من حق المتلقي في استعمال التكنولوجيا حقاً مؤقتاً، وهو ما يعني أنّ جوهر عقد نقل التكنولوجيا يتمثل أساساً في انتقال هذا الحق واستعماله من طرف إلى آخر خلال فترة زمنية معينة مع المحافظة على سرية. وفي هذا الشأن يقرر COMBEAU أنّ نقل المعرفة الفنية لا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا بقدر ما هو منح للحركة، ذلك أنه بواسطة عقد نقل التكنولوجيا لا يشتري المتلقي المعرفة الفنية فقط وإنما يشتري الطمأنينة في استعمالها⁷³⁴، خاصة إذا تميزت بالأصالة.

⁷³¹ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص394.

⁷³² Cass. Com, Paris, 8 Mars 1996, D 1996, IRP. 108.

⁷³³ آمال زيدان عبد اللاد، المرجع السابق، ص166-167.

⁷³⁴ J.D. COMBEAU, Intervention aux débats sur le Know-How organisés par cahiers du droit de l'entreprise, 1972, n°1 enquêtes, p29.

نقلاً عن إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص139.

المبحث الثاني: وسائل تعزيز تبعية المتلقي لشبكة محورها المانح

يعتبر عقد نقل التكنولوجيا من العقود المستمرة التي يتطلب تنفيذها فترة من الزمن، ولهذا يلجأ المانح لاستغلال هذه الفترة وفرض تبعية المتلقي الاقتصادية له، مبرراً ذلك بحماية المظهر العام للمشروع ونشاط الشبكة ككل، مستنداً في ذلك على أهم خاصية من خصائص المعرفة الفنية وهي السرية التي تحيط بها، وتدعم صلاحيتها للتبادل والانتقال وتعزز صفتها المالية والتجارية. إذ تندمج المعرفة الفنية مع غيرها من مكونات العقد، غير أنها تظلّ العنصر السائد فيه وتكون العناصر الأخرى معبرة عنها، فيستند المانح لهذه النقطة ليركز على مسألة حمايتها. فيستعمل لهذا الغرض أسلوب استيعاب المعرفة الفنية (المطلب الأول)، ومجموعة من الضمانات (المطلب الثاني) كل هذا للحفاظ على السمعة العامة للشبكة.

المطلب الأول: استيعاب المتلقي للمعرفة الفنية

تأثر القدرة الاقتصادية للمتلقي على دخول الشبكة التكنولوجية مما يخلق مجموعة من العقبات والعوائق أمامه، لذا يجب على الطرفين وهم في مرحلة المفاوضات أن يراعوا بعض الأسس التي تضمن لهم الحصول على أكبر فائدة من العقد وتمكنهم من استيعاب المعارف الفنية المنقولة، والتي لا يمكن أن تتمّ إلا من خلال مصاحبة المساعدة الفنية (الفرع الأول) لعملية نقل المعرفة الفنية بصفة مستمرة؛ لضمان توحيد نمط انتاج وتسويق للسلعة أو الخدمة، بالإضافة لتبادل التحسينات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المساعدة الفنية

لا يكفي قيام المانح بنقل معرفته الفنية حتى يكون قد نفذ عقد نقل التكنولوجيا، بل لابد من أن يقوم بالتزام آخر مفاده تقديم المساعدة الفنية⁷³⁵ للمتلقي، حتى يتمكن من الاستفادة من تلك المعرفة.

⁷³⁵ ظهرت المساعدة الفنية لأول مرة سنة 1948 حين قدمت الولايات المتحدة الأمريكية مساعداتها لأوروبا بعد الحرب العالمية الثانية لأجل إعادة بناء اقتصادهم، فنتج عن ذلك تعاون دولي ذو طابع تجاري، على الرغم من أنّ القرار كان سياسياً -انتهى إلى تبادل سلعة تجارية-؛ أنظر: نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص 207.

فالمانح لا يلتزم فقط بنقل المعرفة الفنية، وإنما يلتزم أيضاً بإعداد المتلقي وتدريبه على اتقان طرق استخدام تلك المعرفة⁷³⁶.

ويعرّف البعض المساعدة الفنية على أنّها: "تلقين المانح لمستخدمي المتلقي وتدريبهم على استغلال الأسرار التجارية المنقولة"⁷³⁷. ويعرّفها البعض الآخر على أنّها: "تقديم خدمة لوضع الأسرار المنقولة موضع التنفيذ"⁷³⁸.

كما عرّفها الدكتورة آمال زيدان عبد اللاه على أنّها: "إدارة وتنظيم وتعليم وتدريب المانح لمستخدمي المتلقي على كيفية استغلال السر التجاري"⁷³⁹.

ويظهر من خلال هذه التعاريف أنّ المساعدة الفنية هي الأداة التي تنقل المعرفة الفنية وتجعلها قابلة للحركة والاستيعاب، على أن تكون في صورة تدريب وتعليم لمستخدمي المتلقي وذلك من قبل المساعدين الفنيين الذين يرسلهم المانح، أو من قبل هذا الأخير شخصياً.

ويعتبر الالتزام بتقديم المساعدة الفنية من الالتزامات الجوهرية في عقد نقل التكنولوجيا، وهو شرط من شروط صحته حيث يفرض على المانح تقديم مساعدة للمتلقي⁷⁴⁰ من خلال النصح والارشاد وتدريب المستخدمين على استخدام الأدوات الفنية والتقنية والأساليب الاستراتيجية لنجاح الاستثمار التكنولوجي، أضف إلى ذلك على المانح بموجب هذا الالتزام واجب زيارة مشروع المتلقي للإشراف على سير العمل بهدف المحافظة على مصالحه وعلى مركزه المسيطر للتكنولوجيا والمتلقي في آن واحد⁷⁴¹.

وعلى هذا يتحدد مضمون الالتزام بالمساعدة الفنية وفقاً لنطاقه (البند الأول) ووسائل تقديمه (البند الثاني).

⁷³⁶ نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 194.

⁷³⁷ أنس السيد عطية، المرجع السابق، ص 318.

⁷³⁸ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 214.

⁷³⁹ آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص 279.

⁷⁴¹ آمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص 276.

⁷⁴⁰ Alexandre KREIS, Op. Cit., p29.

البند الأول: نطاق تقديم المساعدة الفنية

تتطلب علاقة نقل التكنولوجيا تواصلاً مستمراً بين المانح والمتلقي، وهو ما ينعكس بطبيعة الحال على الالتزام بتقديم المساعدة الفنية إذ كلما احتاج تطبيق المعرفة الفنية اختصاصيين غير موجودين لدى المتلقي يتعهد المانح بتزويده ببعضهم لتدريب عماله على استخدام المعرفة الفنية، ولكن يجب أن يتناول العقد هذا الالتزام بشيء من التفصيل من حيث الموضوع والمكان والمدة واللغة وعدد المدربين ونفقات التنقل والتأمين...⁷⁴²، وكل ما من شأنه تحديد نطاق هذا الالتزام، وهو ما سيتم تفصيله من حيث الموضوع والزمن.

أولاً- النطاق الموضوعي:

يلتزم المانح بتقديم المساعدة الفنية إلى المتلقي سواء في صورتها المعنوية المجردة أو المقترنة بعنصر مادي، فأما الأولى فتتم من خلال تنمية قدرة المتلقي على مباشرة النشاط، وتمتد لتشمل تفاصيل متعددة كالمسائل الإدارية والاعلامية، والتسويقية، بالإضافة لأعمال الصيانة والتدريب، أما الحالة الثانية فتكون عن طريق تقديم الارشادات الضرورية للتزود بالبضائع وتخزينها وتسويقها⁷⁴³.

فينصرف التزام المانح في هذا الشأن إلى قيامه عن طريق خبرائه بتدريب عمال ومستخدمي المتلقي على استعمال التكنولوجيا محل التعاقد، وهذا من خلال تكوين مباشر لطاقم محلي قادر على استثمار واستخدام التكنولوجيا المنقولة بهدف تحقيق الأهداف الاقتصادية المرجوة من عملية النقل⁷⁴⁴. لهذا تنصب المساعدة التي يقدمها المانح على تنمية قدرات المتلقي لمباشرة النشاط التكنولوجي، والالتحاق بأعضاء الشبكة وهذا عن طريق وضع تفاصيل متعددة للمسائل الإدارية، والتسويقية، وتدريب العمال، وتجهيز المشروع⁷⁴⁵.

إنّ افتقار المتلقي للخبرة الكافية يدفع المانح للالتزام بتقديم المساعدة الفنية له، ويعدّ ذلك من مستلزمات عقد نقل التكنولوجيا ولو لم يذكر صراحة فيه، ما لم يتفق على استبعاده. ويتمّ تقديم المساعدة الفنية على النحو الذي يمكن المتلقي من استيعابها وفقاً لما يتلاءم مع البيئة الاجتماعية

⁷⁴² J. M. DELEUZE, Op. Cit., p65- 66.

⁷⁴³ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص84.

⁷⁴⁴ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص47- 48.

⁷⁴⁵ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص226.

والاقتصادية والتنموية، والتي غالباً ما تتم على شكل بيان كيفية المساعدة من حيث عدد المتدربين والمدة اللازمة والنفقات وبرامج التدريب، وهذا من خلال إرسال خبراء على دراية كاملة بهذه المعرفة، حيث يتولون تقديم النصح والارشاد والمشاركة في الانتاج، كما يمكن أن يتم التدريب في الخارج⁷⁴⁶.

ولذلك فالالتزام بالمساعدة الفنية يتناسب عكسياً مع المستوى التقني للمتلقي، فإذا كان المستوى التكنولوجي متقارب بين المانح والمتلقي؛ فإنّ هذا الأخير سيكون لديه قدرات تمكنه من وضع التكنولوجيا حيز التنفيذ دون الحاجة لأية مساعدة فنية من المانح والعكس⁷⁴⁷.

وتجدر الإشارة أنه يتعين على المانح والمتلقي وضع المبادئ المنظمة للمساعدة الفنية والغرض المحدد من ورائها، وكيفية تنفيذها بما يتلاءم مع قدرات المتلقي وفي باحتياجاته⁷⁴⁸، لكن هل يجب ذكر ذلك صراحة في العقد؟.

انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين منهم من يرى أنّ المانح لا يكون ملتزماً بالمساعدة الفنية طالما أنّ العقد لم ينص على ذلك وأنه يجب ذكر هذا الالتزام صراحة في العقد حتى يعتدّ به، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنّ هذا الالتزام يؤخذ به حتى عند عدم ذكره في العقد، طبقاً لمقتضيات حسن النية والتي تتطلب توفره لإكساب المتلقي القدرة على الاستثمار التكنولوجي⁷⁴⁹، وتفرض على المانح ضرورة تقديم النصح والارشاد وكذا تعليم المتلقي، وبخاصة حينما يلقي هذا الأخير صعوبات في تطبيق المعرفة الفنية. وفي هذا الشأن يرى الدكتور مرتضى جمعة عاشور أنّ الالتزام بتقديم المساعدة الفنية هو واجب حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد. أما إذا ورد ذكره صراحة في العقد ففي هذه الحالة يعتبر من مستلزماته إرادة الأطراف هي من قامت بتحديدته طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص227.

⁷⁴⁷ محمد مرسي، المرجع السابق، ص142؛ وتضيف المساعدة الفنية جانباً موحداً يعبر عن الرابطة الجوهرية للشبكة وتجعل أعضاء الشبكة في صورة موحدة أمام المتعاملين خاصة مع تواجد العلامة التجارية؛ أنظر: محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص225.

⁷⁴⁸ أنس السيد عطية، المرجع السابق، ص313.

⁷⁴⁹ للمزيد حول هذه الآراء أنظر: صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دراسة تحليلية حول العلاقات الناشئة عن نقل التكنولوجيا إلى الدول المتجهة للتصنيع، شهد للنشر والاعلام، دم.ن، 1992، ص164-166.

⁷⁵⁰ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص291.

وعليه يعدّ الالتزام بتقديم المساعدة الفنية التزاماً قانونياً⁷⁵¹، وبالتالي فإنّ عدم النص عليه صراحة في العقد لا يؤدي لتحلل المانح منه.

غير أنه ومن جهة أخرى يعبر الالتزام بتقديم المساعدة الفنية الذي ينفرد به المانح عن دعمه للمركز التنافسي للمتلقي، إذ يزوده بكافة عناصر النجاح وطرق استخدامها إضافة لمختلف المعلومات التي تساعده في التفوق والاستمرار في مزاولة النشاط، مما يمنحه ميزة تنافسية⁷⁵²، فهل هو التزام رئيسي أو تبعية؟.

مع التطور الحاصل في عقود نقل التكنولوجيا برزت أهمية هذا الالتزام في نقل السيطرة الصناعية والتكنولوجية من مشروع إلى آخر، الأمر الذي جعل الفقه الفرنسي⁷⁵³ متردداً بين كونه التزاماً تبعياً يقع على عاتق المانح ولا يعتبر العقد قد تمّ إلا بتنفيذه⁷⁵⁴، وكونه التزاماً رئيسياً يصح أن يكون موضوعاً مستقلاً لعقد نقل التكنولوجيا⁷⁵⁵.

تهدف المساعدة الفنية لتسهيل عملية تنفيذ الموضوع الأساسي للعقد، غير أنّ هذا الالتزام قد بقي لفترات طويلة يمثل التزاماً تبعياً في عقود نقل التكنولوجيا⁷⁵⁶. وهو ما يتضح من نص المادة 1/77 ق. ت. م. والتي اعتبرت أنّ الالتزام بتقديم المساعدة الفنية ليس مجرد التزام ضمني ينبثق عن عقد نقل التكنولوجيا، وإنما يجب النص عليه صراحة في هذا الأخير بناء على طلب المتلقي، وبالتالي فإنّ هذا

⁷⁵¹ ورد ذكره في المادة 1/77 ق. ت. م. على أنه: "يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب". كما ترى الدكتورة وفاء مزيد فلحوظ أنّ تقديم المساعدة الفنية هو التزام قانوني حتى ولو خلا العقد منه، كما أنه التزام ذو طابع عيني مرتبط بجوهر المعرفة الفنية، بحيث لا يكتمل بمجرد نقل المعلومات وإنما بإكساب المتلقي القدرة على استيعابها؛ أنظر: وفاء مزيد فلحوظ، المرجع السابق، ص406-407.

⁷⁵² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص227.

⁷⁵³ Joseph JEHL, Le commerce international de la technologie- Approche juridique, Librairies Techniques, Paris, 1985.

⁷⁵⁴ تخلف هذا الالتزام بجيز للمتلقي طلب الفسخ أو البطلان لعيب في محل العقد؛ أنظر: وفاء مزيد فلحوظ، المرجع السابق، ص405.

⁷⁵⁵ محمد مرسي، المرجع السابق، ص141. لكن قرار الدول النامية في الحصول على المساعدات الفنية بصورة مستقلة قد حسم تضارب الآراء، خاصة وأنّ المساعدة الفنية تحمل في ذاتها حصول المتلقي على المعرفة الفنية من خلال استيعابه لها، هذا ما جعل نظرة الفقه للمساعدة الفنية تتطور لتشمل تدريب الكفاءات العامة والمتخصصة والخبرات التقنية عن طريق التدريب والتوجيه والإرشاد الفني؛ أنظر: نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص212.

⁷⁵⁶ Philippe KAHN, Typologie des contrats de transfert de la technologie, En " transfert de technologie et développement", Librairies technique, Paris, 1977, p457.

الالتزام هو التزام تكميلي للالتزام بنقل المعرفة الفنية⁷⁵⁷. وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية حين اعترفت بضرورة تقديم المساعدة الفنية للمتلقي مبررة ذلك بكون هذا الالتزام من مكملات عقد نقل التكنولوجيا، بحيث استندت لنص المادة 1615 ق. م. ف. والتي تنص على أن: "الالتزام بتسليم شيء يتضمن أدواته وكل ما يهدف إلى استعماله الدائم".

وما يمكن أن نخلص به هو ضرورة الحذر من عدم تجاوز الالتزام بتقديم المساعدة الفنية لحدود استقلال المتلقي⁷⁵⁸، والتي يمكن أن تعرضه لصعوبتين تكمن الأولى في خضوعه للمانح مما يضاعف مسألة القول بوجود التبعية الاقتصادية، والصعوبة الثانية تتمثل في تلاشي الاستقلال التجاري له وأيّ مطالبة به قد ينال من هذا العقد ومضمونه الذي يعبر على المظهر الموحد للشبكة، وبالتالي تصبح المساعدة الفنية التزاماً وعائقاً في آن واحد.

ثانياً- النطاق الزمني:

بعد قيام المانح بدراسة السوق واختيار مكان بناء مشروع المتلقي، تبدأ مرحلة تنفيذ العقد بصفة عملية، فيجب على المانح في هذه المرحلة أن يقوم بتقديم المساعدة الفنية من خلال الاشراف على مشروع المتلقي وتنظيمه وإطلاق وسائل الدعاية وكل ما يصب في مصلحة هذا المشروع⁷⁵⁹، فهل يتعلق هذا الالتزام بمرحلة التنفيذ فقط، أم يمتد للفترة السابقة واللاحقة على التنفيذ؟.

تكتسب المساعدة الفنية طابع الاستمرار فتكون سابقة على ابرام العقد، وتستمر بعد ذلك وطوال فترة التعاقد، وذلك ليس خدمة للمتلقي فقط وإنما للمحافظة على جودة منتجات المانح وسمعته التجارية⁷⁶⁰.

ويشمل النطاق الزمني عدة مراحل؛ تبدأ من المرحلة السابقة على تنفيذ العقد من خلال الزيارات الميدانية التي يقوم بها المانح لمشروع المتلقي، والتي تخضع للظروف المتعلقة بالعقد والعمل في آن واحد. أما في مرحلة التنفيذ؛ فيمكن أن تتم المساعدة عن طريق شراء المعدات اللازمة لقيام المشروع، والمساعدة في تشغيل هذا الأخير، والتدريب... غير أن الظاهر في هذه المرحلة أن سلطة المانح تطغى

⁷⁵⁷ جلال وفاء محمددين، المرجع السابق، ص49.

⁷⁵⁸ Dominique BASCET, Op. Cit., p693.

⁷⁵⁹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص225.

⁷⁶⁰ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص281.

على العملية بالرغم من بقاء اتخاذ القرارات الادارية بيد المتلقي، بحيث تصبح للمانح بموجب الاشراف والتدريب سلطة تقدير مدى استيعاب مستخدمي المتلقي للتدريب ومدى كفاءتهم، وإلا قرر عدم صلاحيتهم نظراً لأسباب اقتصادية -حتى يخرج عن رقابة القضاء-، وفي هذه الحالة تنتهي علاقة العمل التي تربطهم مع المتلقي، فيقتصر الأمر على التعويض فقط دون اعادة المستخدم. أما المرحلة الأخيرة فهي بعد انطلاق المشروع فتمتد المساعدة الفنية وتستمر إلى غاية انتهاء العقد⁷⁶¹، وهذا حتى يضمن المانح سيطرته على مشروع المتلقي والتكنولوجيا، مما يبرز التبعية الاقتصادية إلى الوجود.

لكن مدة تنفيذ هذا الالتزام يمكن أن تكون محددة لحظة ابرام عقد نقل التكنولوجيا أو أنها تصبح مستمرة وممتدة طيلة فترة التنفيذ، وأياً كان الأمر فإن متطلبات حسن النية في تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا تتطلب وجود هذه المساعدة وإقامة نوع من الاتصالات المتبادلة⁷⁶²، لأنّ بهذا الالتزام يتحقق النقل الحقيقي للمعرفة الفنية.

تعتبر المساعدة الفنية التزاماً يقع على المانح يستمر باستمرار العقد، وإذا ما تخلف هذا الالتزام جاز للمتلقي طلب الفسخ أو طلب البطلان لعيب في محل عقد نقل التكنولوجيا. ومؤداه أن يقوم المانح بتزويد المتلقي بكافة المعلومات التي تساعده في عملية التطبيق، وكذلك تدريب العمال والمستخدمين عن كيفية استخدام المعرفة الفنية⁷⁶³، وأن يوفر له طوال فترة التعاقد مايلي:

- المساعدات التكنولوجية الممكنة في حدود ما يتطلبه مشروع المتلقي وبطريقة معقولة.

- توفير الأشخاص لتقديم المساعدة الفنية.

- توفير المعايير البحثية والاستشارات.

- تدريب مستخدمي المتلقي عن طريق توفير مدربين مؤهلين لذلك⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص286؛ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص406.

⁷⁶² مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص285.

⁷⁶³ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص221.

⁷⁶⁴ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص284؛ نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص218.

البند الثاني: وسائل تقديم المساعدة الفنية

وللمساعدة الفنية عدة وسائل لتقديمها⁷⁶⁵ وذلك لحل المشاكل الفنية التي تعترض المتلقي فيتدخل المانح لإمداده بالوسائل اللازمة لتمكينه من تطبيق المعرفة الفنية وإمكانية توسيع مداركته وتطويرها، وبالتالي يمكن أن تتخذ إحدى الوسائل التالية:

أولاً- الوسائل المادية:

تختلف هذه الوسائل بحسب طبيعتها ونوع النشاط، وحجم الشبكة، إذ يمكن أن تكون:

1. الكتيبات:

وتحتوي على طرق التشغيل وأساليب استخدام المعرفة الفنية التي يستخدمها المتلقي طوال فترة التعاقد، وتكون عبارة عن نموذج للتشغيل يجب أن يتبعها المتلقي أثناء تنفيذ العقد⁷⁶⁶، وهي لا تعتبر جزءاً من العقد فهي لاحقة لعملية إبرامه⁷⁶⁷. ويمكن أن تحتوي على طرق اختيار مكان المشروع والموظفين، طرق المحاسبة، التجهيز...⁷⁶⁸.

2. المجلات:

وتكون خاصة بالشبكة وتوزع بصفة دورية، وتتضمن عرضاً مفصلاً لإرشادات المانح، وتجاربه العملية بالإضافة لتجارب أعضاء الشبكة⁷⁶⁹.

3. أشرطة الفيديو وبرامج الكمبيوتر:

توزع حتى يتم استيعاب المساعدة الفنية بصفة أسرع، وهذا تماشياً مع متطلبات الحياة التجارية.

⁷⁶⁵ Alexandre KREIS, Op. Cit., p33-34.

⁷⁶⁶ Dominique BASCET, Op. Cit., p693.

⁷⁶⁷ Didier FERRIER, Op. Cit., p323.

⁷⁶⁸ مصطفى سلمان حبيب، الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرانشايز)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص49.

⁷⁶⁹ Dominique BASCET, Op. Cit., p693.

ثانياً- الوسائل المعنوية:

هذه الوسائل متعددة ولا تخضع لمنطق الحصر فهي تشمل عدة أمور منها:

1. التوجيهات:

وتقتصر على تقديم المشورة للمتلقي وتوجيهه وذلك عن طريق تقديم كافة المعلومات والمعارف الفنية من قبل المانح والتي تساعد لإنجاح مشروعه. إذ غالباً ما يحتاج المتلقي للنصح والتوجيه خاصة إذا كان من البلدان النامية. ويكمن دور المانح في ذلك بحل الصعوبات التي تواجه المتلقي وتعيق إنجاز مشروعه، كما لو أمده بالخبرة في اختيار المواد⁷⁷⁰ مثلاً، أو قام بتوجيه عماله، إلى غير ذلك من الأمور التي تساعد المتلقي لإنجاح مشروعه⁷⁷¹.

2. التدريب:

ويعتبر تقديم المساعدة الفنية وفق هذا الشكل من أهم الطرق لتطبيق المعرفة الفنية ونجاح عملية نقلها⁷⁷². ويكون إما بإرسال المانح للمهندسين والفنيين التابعين له والقائمين على تنفيذ المعرفة الفنية المتعاقد عليها في مشروعه -ولديهم قدرات للقيام بعملية التدريب-⁷⁷³ لتلقين غيرهم تلك الأساليب المنققة عليها أو بالعكس يستقبل المانح مستخدمي المتلقي الذين يرسلهم لاستيعاب تلك المعارف⁷⁷⁴.

وعلى هذا الأساس نص المشرع المصري في المادة 75 ق. ت. على أن: "يلتزم المستورد باستخدام عاملين على قدر من الدراية الفنية في عملية تشغيل التكنولوجيا، على أن يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين بشرط أن يكونوا من المصريين المقيمين في مصر أو في الخارج، وذووا كفاءات عالية، لما في ذلك من فائدة على المتلقي في سرعة استيعاب المعرفة الفنية، وبالتالي التكنولوجيا ككل".

⁷⁷⁰ إن المتلقي حرّ في اختيار الجهة التي تزوده بالبضائع، غير أنّ المانح وكما ذكرنا سابقاً غالباً ما يفرض شروط التزود الحضري، وهي أن يجبره فيها بالتزود بالبضائع من شخص آخر، مبرراً ذلك بأنّ التزود من الغير يلحق ضرراً بالشبكة. ويصعب في هذه الحالة تحديد مفهوم التزود الحضري، نظراً لأنفراد المانح بتحديد مستوى الجودة من خلال حق المراقبة؛ أنظر: محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص226.

⁷⁷¹ Phillippe LE TOURNEAU, L'ingénierie, Les transferts de technologie et de maitrise industrielle, Litec, 2003, p179.

⁷⁷² Jean Paul CLEMENT, Le contrat de franchise en droit Français, Les contrats de distribution commerciale en droit Belge et en droit Français, De book & Larcier, Bruxelles, 1996, p146.

⁷⁷³ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص287؛ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص281.

⁷⁷⁴ محمد مرسي، المرجع السابق، ص150.

كما أشارت المادة 9 من مشروع الأكاديمية على أنّ الالتزام بتقديم المساعدة الفنية يقتضي بالضرورة توفر عدد مناسب من الخبراء لتدريب عمال المتلقي بغرض تكوين أشخاص على دراية فنية عالية. على أنّ المانح يتعين عليه ألا يقوم بالزام المتلقي بخبراء وفنيين أجانب طالما كان من المتاح استخدام الخبرات الفنية والخدمات الاستشارية الوطنية⁷⁷⁵.

وتختلف طبيعة التدريب من عقد لآخر⁷⁷⁶، فإذا اقتصر على التدريب النظري يمكن أن يتم داخل مشروع المتلقي إذا كان مؤهلاً لذلك، أو داخل مؤسسات مخصصة لهذه الغاية داخل دولة المتلقي أو المانح ويسمى في هذه الحالة تدريب خارجي، أو يتم داخل مشاريع المانح ويسمى تدريب داخلي. أما عن التدريب العملي فيكون غالباً داخل مشاريع المانح باعتبارها أكثر جاهزية من غيرها لتنفيذ هذا الالتزام⁷⁷⁷.

ويمكن القول أنّ هذا الالتزام يستهدف القيام بتكوين طاقم محلي قادر على ادارة واستثمار المعرفة، ولكن يجب أن ينص عليه في العقد وذلك بتحديد عدد المدربين الذين يرسلهم المانح وعدد المتدربين ومدة التدريب، ومن يتحمل مصاريف انتقالهم. على أن يعهد لاختيار الأشخاص الذين يتم تدريبهم للجنة مكونة من ممثلي المتلقي والمانح وهذا بناء على قواعد وشروط يجب اتباعها والمحافظة عليها⁷⁷⁸. وفي هذا الشأن يجب التنويه لنقطة مهمة مفادها أنّ المساعد الفني لا يرتبط مع المتلقي بعقد عمل أو أي عقد آخر، إذ لا تجمع بينهم علاقة تعاقدية كالعلاقة التي تربط بين المانح والمتلقي، وما المساعد الفني إلا تابع للمانح يعيره لمشروع المتلقي للقيام بعمل معين⁷⁷⁹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ عملية التدريب تنصب دائماً على الطرق العملية، إلا أنّ هذا لا يمنع من وجود بعض العناصر التي يتم التدريب عليها بصورة نظرية، والجمع بين الصورتين يجعل عمليات التدريب أكثر فاعلية⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ جلال وفاء محمددين، المرجع السابق، ص48.

⁷⁷⁶ إذ يمكن أن يشمل عدة أمور منها التسويق، طرق التحضير والانتاج، التدريب على الصيانة، التدريب على طرق الادارة وكيفية ضبط

الحسابات؛ مصطفى سلمان حبيب، المرجع السابق، ص50.

⁷⁷⁷ محمد مرسي، المرجع السابق، ص152.

⁷⁷⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص287.

⁷⁷⁹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص57.

⁷⁸⁰ محمد مرسي، المرجع السابق، ص151.

الفرع الثاني: تبادل التحسينات

تتطور المعرفة الفنية المنقولة بموجب عقد نقل التكنولوجيا بشكل مستمر، فيرمي العقد إلى حمايتها من جهة، والحرص على نموها وتطورها من جهة أخرى، لذا يبقى أطراف هذا العقد على توافق فيما بينهم لنقل وتبادل كل ما يدخلونه من تحسينات على محل العقد، فما هو مضمون هذا الالتزام؟ وماهي صورته؟.

البند الأول: مضمون الالتزام بتبادل التحسينات

ينشأ هذا الالتزام في المرحلة التي تلي إبرام العقد وتمتد طوال فترة تنفيذه، وهو التزام ذو طابع احتمالي، إذ يتحدد مدى وجوده من عدمه بظروف المانح الاقتصادية والتقنية وقدرته على تحسين معرفته الفنية. غير أن مفهوم التحسينات يأخذ مفهوماً أوسع من مفهوم المعرفة الفنية، باعتباره يضيف شيئاً جديداً وميزة تنافسية. ويمكن أن تكون التحسينات من كلا الطرفين على المعرفة الفنية، لكن ما يكون من قبل المانح يسمى تحسناً لأن المعرفة الفنية هي ملك له، أما ما يدخله المتلقي فيسمى تطويراً نظراً لوجود حق الانتفاع. غير أنه وفي كلا الحالتين فإن هذه التحسينات لا تدخل على جوهر المعرفة الفنية، وإنما فقط تقترب منها⁷⁸¹.

هذا وقد نص المشرع المصري على هذا الالتزام في المادة 2/77 ق. ت. ولكن علق قيامه على طلب المتلقي، وحظر على المانح فرض هذه التحسينات، وإلا ترتب على ذلك البطلان حيث جاء فيها: "يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تسويق الانتاج أو الاعلان عنه إلا إذا كان ذلك بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جديده ومشروعة لمورد التكنولوجيا، وينطبق ذلك بوجه الخصوص على الشروط التي يكون موضوعها إلزام المستورد بأمر مما يأتي:

أ- قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها.

⁷⁸¹ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 229.

ب- حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

ج- استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.

د- اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها.

ومناطق اعتبار التحسين محلاً للالتزام بالنقل يتحدد بناء على ارتباطه بالمعرفة الفنية دون الحاجة لتوافر شروط المعرفة الفنية⁷⁸².

ويختلف التحسين عن الابتكار والتجديد؛ هذا الأخير الذي يتم تسجيله والحصول بموجبه على براءة اختراع كابتكار طريقة صنع جديدة، أما التحسينات فهي تعديلات جزئية غير جوهرية تستند إلى المهارة الفنية اللازمة لرجل الصناعة في حدود المعلومات الجارية⁷⁸³، بحيث يجب أن تتضمن أحد الأمرين التاليين:

- أن يجعل التحسين قيمة التكنولوجيا أقل تكلفة.

- أن يساهم التحسين في زيادة قيمة المنتج أو تسويقه.

وبموجب هذا الالتزام يكون على كل طرف واجب الاعلان عن الأبحاث الجديدة والتطورات التي مست محل العقد، غير أن المانح يتهرب عادة من تنفيذه رغبة منه في احتكار التحسينات التي يتوصل إليها ومحاولة استغلالها بعيداً عن العقد⁷⁸⁴.

وتبرز أهمية هذا الالتزام كلما كان عقد نقل التكنولوجيا دولياً، وكان الهدف من وراء استغلال المعرفة الفنية هو زيادة الاستثمار، وتحصيل تقدم الانتاج، ومواكبة التطور الحاصل على المستوى العلمي والعمل⁷⁸⁵، فما هو موقف الفقه والقضاء من وجود هذا الالتزام؟.

⁷⁸² سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 85.

⁷⁸³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 230.

⁷⁸⁴ نفس المرجع، ص 231.

⁷⁸⁵ دعاء طارق بكر البشتاوي، المرجع السابق، ص 90.

اختلف موقف الفقه والقضاء بشأن نقل التحسينات وتبادلها بين الطرفين، إذ يسمح القضاء الأمريكي بتبادل التحسينات ولكن كشرط ثانوي، كما يجيز القانون الأوروبي بالمقابل للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إعفاء المانح من التزام نقل التحسينات، أما في التشريع المصري فقد أجاز هذا الالتزام ولكن إذا ما قدم المتلقي طلباً بذلك⁷⁸⁶.

وتجدر الإشارة إلى أنّ ما يدخله المتلقي من تحسينات يكون مملوكاً له، سواء ارتبط بمحل العقد أم لم يكن كذلك، غير أنّ المشكلة التي تواجهه تكمن في صعوبة مباشرة حق الملكية على هذا التطوير، نظراً لارتباطه بالمعرفة الفنية المملوكة للمانح⁷⁸⁷. فبعد إدخال المتلقي للتحسينات على المعرفة الفنية يتمتع بكافة سلطات المالك على ما أدخله من تطوير ولا يحدّ من سلطته سوى إفشاء سرية المعرفة الفنية للمانح. كل هذا إذا كان التطوير يمكن فصله عن المعرفة الفنية، أما إذا كان بخلاف ذلك أي لا يمكن فصله عنها فيلتزم المتلقي في هذه الحالة بمنح ترخيص للمانح لاستغلال المعرفة الفنية المطورة، على أن يبقى هذا الترخيص طوال مدة العقد، وكذلك بعد انتهائه⁷⁸⁸.

إنّ هذا التطوير لا يغلّ فقط سلطة المانح عن مباشرة حقه فيما يملك من معرفة فنية وإنما يعطي الآخرين سلطات على ملكه أوسع من تلك التي يتمتع بها، فيحق للمانح استغلال التحسين واستعماله والتصرف فيه، بينما لا يتمتع المتلقي إلا بسلطة واحدة تتمثل في استغلال هذا التحسين وذلك داخل مشروعه فقط، دون إمكانية الترخيص به للغير خارج الشبكة، نظراً لما يترتب على ذلك من إفشاء للمعرفة الفنية⁷⁸⁹.

أما من حيث الأشخاص الذين يدخلون هذه التحسينات على المعرفة الفنية فإنها يمكن أن تكون في الغالب الأعم من قبل المانح أو المتلقي لأنهم هم من تداولت بينهم هذه المعرفة عن طريق عقد نقل التكنولوجيا، لكن هل يمكن أن تأتي هذه التحسينات من قبل شخص ثالث؟.

⁷⁸⁶ وفاء مزيد فلهوط، المرجع السابق، ص 407-408.

⁷⁸⁷ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص 276.

⁷⁸⁸ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 234.

⁷⁸⁹ نفس المرجع، ص 236.

وفقاً لرأي الدكتور علاء عزيز الجبوري فإنّ هذه التحسينات يمكن أن تكون من طرف شخص آخر والذي يجب عليه أن يطلع المتلقي بهذه التحسينات ويمكنه منها، وأنّ أيّ عمل بخلاف ذلك يعدّ من قبيل التعرض، ويرتب بذلك الضمان الذي يلتزم به المانح وفقاً لقاعدة ضمان تعرض الغير⁷⁹⁰.

يبدو أنّ هذا الرأي كأنه الصواب لأنّ عدم إعلام المتلقي بهذه التحسينات يخلّ بالحيازة الهادئة للتكنولوجيا ككل ويؤثر في الاستثمار الاقتصادي للمتلقي، ومنه تقوم مسؤولية المانح في الضمان. كل هذا يجب الإشارة إليه ضمن العقد تجنباً لحدوث أيّ نزاع في المستقبل، قد يؤدي لإفشاء تلك المعارف الجديدة وضياع قيمتها الاقتصادية⁷⁹¹.

البند الثاني: صور نقل التحسينات

يأخذ هذا الالتزام عدة صور، فقد يكون تبادلي أو غير تبادلي، قصري أو غير قصري، بمقابل أو بدونه، مؤقتاً أو مؤبداً، وقد يكون مطلقاً أو نسبياً⁷⁹².

أولاً- الالتزام التبادلي وغير التبادلي:

فالالتزام التبادلي يعني أنّ كل من المانح والمتلقي يلتزم بنقل التحسينات التي يدخلها على محل العقد، أما الالتزام غير التبادلي فهو العكس من ذلك. وينبغي في كلتا الحالتين أن ينص في العقد على هذا الالتزام مع توضيح صورته.

فالأصل هو أن يتعهد المانح باطلاع المتلقي بما يدخله من تحسينات على محل العقد والعكس، فهو التزام متبادل، ذلك لأنّ كلاهما يتمتع عليه منافسة الطرف الآخر في ذات المجال خاصة المتلقي، لأنّ التحسينات التي يدخلها تجعل منتجه الصناعي أفضل كنتيجة لإدخال التحسينات على الطريقة الأصلية، مما يصرف المستهلكين عن طلب المنتج الأصلي، وكل اتفاق مخالف سيؤدي بطبيعة الحال للمساس بمبدأ المنافسة مما قد يثير الالتزام بالضمان⁷⁹³.

⁷⁹⁰ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص144.

⁷⁹¹ محمد مرسي، المرجع السابق، ص199.

⁷⁹² يوسف عبد الهادي الاكياي، المرجع السابق، ص332-342.

⁷⁹³ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص142-143.

ثانياً- الالتزام القصري وغير القصري:

الالتزام القصري بالتحسينات مفاده التزام المانح بتزويد المتلقي وحده بالتحسينات دون غيره، أي قصر الالتزام على بعضهم البعض دون الغير -خارج إطار العلاقة التعاقدية-، أما الالتزام غير القصري فمفاده أن نقل التحسينات غير مقصور على طرفي العقد، فيمكن نقلها للغير.

ثالثاً- التزام بمقابل أو بدون مقابل:

أما بشأن الالتزام بنقل التحسينات بمقابل فيكون هذا الأخير نظيراً لهذه التحسينات ويدفع من قبل الطرف الذي سيستفاد منها، وقد يتم الاتفاق على أن عملية نقل التحسينات تكون بدون مقابل وبالتالي يكون تبادلياً.

رابعاً - التزام مؤقت أو دائم:

قد يتميز هذا الالتزام بالديمومة أي يمتد طوال مدة العقد وحتى بعد انتهاء مدته، كما قد يكون مؤقتاً أي لمدة معينة تحدد في العقد أو في اتفاق لاحق بناء على اتفاق الأطراف.

خامساً- التزام مطلق أو نسبي:

أما بشأن الالتزام بنقل التحسينات النسبي فمعناه الاتفاق على نقل معلومات معينة ومحددة عن التحسينات المخلة دون غيرها مما لم يتم الاتفاق عليه، أما عن الالتزام المطلق فيكون بنقل كافة المعلومات عن حقيقة وطريقة التحسينات التي أدخلها الطرفان على عقد نقل التكنولوجيا.

وفي الشأن القانوني حول تعدد هذه الصور فإن تقنين السلوك الخاص بنقل التكنولوجيا يحظر كمبدأ عام الترخيص العكسي ويجيز على سبيل الاستثناء فقط وبموجب شروط معينة نقل التحسينات والخبرة الفنية الإضافية التي يكتسبها المتلقي من خلال استغلاله لهذه المعرفة الفنية -محل العقد- مقابل دفع المانح لمبلغ مناسب لها. غير أن هذا النوع من الالتزامات ووفق هذا التقنين لا يكون إجبارياً. أما عن مركز التنمية الصناعية التابع لجامعة الدول العربية رأى أن تكون مدة الالتزام خمس سنوات على الأقل، يلتزم بموجبها المانح بنقل التحسينات بشرط ألا تزيد عن مدة دفع نفقة الاستغلال.

أما عن المشرع المصري فقد ذهب إلى أن نقل هذه التحسينات يكون بطلب من المتلقي⁷⁹⁴. كما حظر مشروع تقنين السلوك الخاص بنقل التكنولوجيا الشرط الذي يلزم المتلقي بقبول التحسينات التي يرغب بها، حيث جاء فيه: "لا يجوز تضمين العقد أية شروط تلزم المتلقي بقبول المزيد من الاختراعات أو التحسينات من المانح ويتعين أن تكون هذه الشروط اختيارية وليست الزامية، شريطة أن يبدو السعر المطلوب لقاء التطويرات الجديدة في التكنولوجيا عادلاً ومعقولاً، وفضلاً عن ذلك وبغية ضمان استمرار الحصول على هذه التطورات وخلال فترة الاتفاق يكون من الملائم في ذات الوقت أن يلتزم المانح بضمان حصول المتلقي على التطورات الجديدة المتصلة بالتكنولوجيا المكتسبة"⁷⁹⁵.

وفي الأخير يمكن القول أن عملية نقل التحسينات تكون بهدف التقدم والتطور التقني بين الطرفين، ويقع نفس الالتزام على عاتق المتلقي تحقيقاً لمبدأ التعاون فيما بينهم للارتقاء التكنولوجي، لأن هذا الاتفاق يمكن أن يؤدي في المستقبل لفتح مجال التعاون بينهما، فهي تتدرج تحت مسمى التسهيلات العقدية⁷⁹⁶. كما لا أثر لتخلف التحسينات على عقد نقل التكنولوجيا وعلى الوجود القانوني له، فقد لا يدخل المانح أي تحسينات على محله أو يدخلها ولا يطلبها المتلقي لأنه ليس بحاجة إليها⁷⁹⁷.

المطلب الثاني: ضمانات الحفاظ على السمعة العامة للشبكة

مع التطور الحاصل في مجال نقل التكنولوجيا يسعى المانح للحصول على أكبر قدر من العوائد المالية كنتيجة لاستثمار معارفه الفنية، لكن في نفس الوقت سترتفع درجة الخطورة التي سيتعرض لها. وللتقليل من هذه الأخيرة يتخذ المانح اجراءات تتمثل في اخضاع المتلقي للرقابة، والتي لا تتأني إلا من خلال فرض نفقة الاستغلال (الفرع الأول) ورقابة الجودة (الفرع الثاني) وهذا حتى يبلغ نوعاً من التوافق بين أعضاء الشبكة.

⁷⁹⁴ بموجب المادة 77 ق. ت. م. السابق الإشارة إليها.

⁷⁹⁵ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 492.

⁷⁹⁶ محمد مرسي، المرجع السابق، ص 199.

⁷⁹⁷ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 85.

الفرع الأول: فرض نفقة الاستغلال

إنّ عقد نقل التكنولوجيا من عقود المعاوضة؛ فهو يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، ومن بينها الالتزام بدفع المقابل الذي يتقل كاهل المتلقي طالب الاستثمار التكنولوجي⁷⁹⁸. إذ ينتظر المانح هذا المقابل ليسترد ما أنفقه على المعرفة الفنية المبتكرة وذلك في سبيل الحصول على الربح الذي يسعى إلى تحقيقه من جهة، وحتى ينتج العقد ثماره من الناحية الاقتصادية من جهة أخرى، لذلك يحرص الطرفان على تحديد ووضع ضوابط هذا الالتزام بإحكام شديد⁷⁹⁹.

إنّ المعرفة الفنية المنقولة بواسطة عقد نقل التكنولوجيا -من قبل المانح- يقابلها أداء آخر هو الالتزام بأداء المقابل من قبل المتلقي، والذي تتعدد أشكاله فتارة يكون نقداً وأخرى يكون عيناً، وثالثة يكون مقايضة، وهذا بحسب العوامل المتبعة في تحديد قيمته⁸⁰⁰، وعلى ذلك نصت المادة 82 ق.ت.م.⁸⁰¹ على مايلي:

1- يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المنفق عليهما.

2- يجوز أن يكون المقابل مبلغاً إجماليّاً يؤدي دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيباً من رأس المال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو نصيباً من عائد هذا التشغيل.

3- ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد".

وسوف نستعرض صور هذا المقابل كالاتي:

⁷⁹⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 308.

⁷⁹⁹ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص 58.

⁸⁰⁰ نفس المرجع، ص 59.

⁸⁰¹ رقم 17 لسنة 1999.

البند الأول: المقابل النقدي

يمثل المقابل النقدي في عقد نقل التكنولوجيا الصورة الأكثر انتشاراً في الواقع العملي ويفضلها المتعاقدين لما فيها من تقليل احتمالات النزاع⁸⁰²، إذ يرى الدكتور محسن شفيق أن بها مزايا تفضيلية تحفز المتعاقدين على اختيارها⁸⁰³.

وهو عبارة عن مبلغ من النقود يدفعه المتلقي لاستثماره لعناصر المعرفة الفنية التي ينقلها المانح له، على أن يبين العقد مقداره ومكان الوفاء به وميعاده وكيفية سداده من خلال إحدى الصور التالية:

أولاً- المقابل مبلغ إجمالي:

يتفق الطرفان على تحديد مبلغ معين قبل تنفيذ العقد بحيث يلتزم المتلقي بدفعه في مقابل التزام المانح بتنفيذ التزامه بنقل المعرفة التكنولوجية⁸⁰⁴.

وأطلق على هذا المبلغ أيضاً تسمية الجزافي لأن الاتفاق على مقداره لا يوضح الأساس الذي تمّ اعتماده لتحديد هذا المقدار، فهو إجمالي يشمل المعرفة الفنية والتركيبات والتشغيل⁸⁰⁵، وقد يكون هذا المبلغ مقابل المعرفة الفنية فقط.

غير أن المانح هو من يتحكم في هذا التحديد لكونه يحتفظ بالمركز التفاوضي القوي الذي يؤهله لرفض أي مساومة لإنقاص هذا المقابل⁸⁰⁶، لأن للمتلقي من الجهل بحيث لا يعلم بأن التكنولوجيا لها ما يشبهها عند شخص آخر، لهذا يفرض المانح شروطه مع المغالاة في تحديد المبالغ التي يقدرها كمقابل للمعرفة الفنية التي سينقلها، وأساس هذه المغالاة المركز الاحتكاري الذي يتمتع به المانح في فرض شروطه على متلق يعاني نقص كبير في الخبرة التكنولوجية⁸⁰⁷.

⁸⁰² محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 198.

⁸⁰³ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 81.

⁸⁰⁴ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 310.

⁸⁰⁵ وهو ما يحدث فعلاً في عقد تسليم المفتاح في اليد، إذ يعتبر من عقود التنمية الذي يهدف إلى إقامة مباني بتكلفة إجمالية، إذ يتخلص المانح من كافة النفقات ابتداء من توقيع العقد وانتهاء بتسليم المبنى أو المصنع بعد فترة التجربة، ويأخذ المانح في هذا النموذج بعين الاعتبار القيمة الإجمالية لكافة الإيرادات؛ أنظر: مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 52؛ أنظر أيضاً: عبد السلام العديس، مزايا وعيوب عقود تسليم المفتاح من وجهة نظر الدولة المضيفة، إدارة استراتيجية، 2010؛ الموقع: www.tahasoft.com/books/222.docx.

⁸⁰⁶ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 311.

⁸⁰⁷ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 199.

كما أنّ هذه الشروط لا تكون هي نفسها بالنسبة لكافة المتلقين، فالمانح يفرق بين المتعاقدين، إذ يتلقى مقابلًا يختلف مقداره من متلقٍ إلى آخر، ويفرض شروطاً على البعض منهم دون الآخر⁸⁰⁸. وهو ما ينعكس بشكل كبير على مجال المنافسة ويؤدي بالمانح لمواجهة بعض الصعوبات على المستوى الوطني أو الدولي، خاصة إذا تناقضت شروط العقود التي يبرمها مع أحكام الاتفاقات الثنائية أو الدولية أو حتى التشريعات الوطنية، ومن بينها ما جاء في المادة 1/85 من معاهدة روما لسنة 1957 المنشأة للسوق الأوروبية المشتركة والتي تحظر أيّ اتفاق من شأنه أن يطبق على الشركاء شروطاً غير متساوية فيما يتعلق بالأداءات المتشابهة⁸⁰⁹.

هذا وتستخدم طريقة التقدير الجزافي كلما كان محل العقد سهل الاستيعاب والنقل، وكلما كان المتلقي ليس بحاجة إلى مساعدة فنية من المانح في المستقبل⁸¹⁰.

ويكون أسلوب تقديم المقابل هنا مباشراً وذلك بدفع المتلقي للمبلغ المتفق عليه في العقد كاملاً أو بدفع جزء منه في بداية العقد ثم يكمل باقي المبلغ أثناء التنفيذ⁸¹¹، على أن لا يعتبر المبلغ في هذه الحالة نسبة دورية، ويجب على أطراف العقد تحديد أحكام الوفاء⁸¹² من حيث طريقة الدفع ومقدار المقابل والمدة التي يتعين على المتلقي الوفاء خلالها.

وفي حال سكوت المتعاقدين عن بيان أحكام الوفاء فإنّ القانون الواجب التطبيق هو الذي يتكفل بتحديدتها، وإذا كنا بصدد القانون الجزائري فنطبق في ذلك أحكام المواد من 276 إلى 284 من القانون المدني الجزائري⁸¹³، إذ يجب دفع المقابل فور إبرام العقد نهائياً، أما إذا كانت الحالة الاقتصادية للمتلقي لا تسمح بذلك فيمكن للقاضي أن يمنحه أجلاً للوفاء دون أن تتجاوز الآجال مدة سنة واحدة طبقاً للمادة 281 ق.م.ج.، ويكون مكان الوفاء في موطن المتلقي وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة؛ المادة 2/282 ق.م.ج.، على أن تكون نفقات

⁸⁰⁸ إذ يمكن أن يفرض نفقات من أجل البدء بتنفيذ الاستغلال كمنصب الأجهزة وإعداد الأبنية ونقل المعدات والتي غالباً ما يشترط شراؤها منه، وهذا ما يدعى بالحزم التكنولوجي؛ أنظر: علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص153.

⁸⁰⁹ فاروق محمد حسين، التحيز في الاختبارات التكنولوجية للدول النامية، المجلة العلمية لجامعة الأزهر، العدد 6 أبريل 1983، ص7.

⁸¹⁰ يوسف عبد الهادي الإكياي، المرجع السابق، ص199-200.

⁸¹¹ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص152.

⁸¹² إبراهيم سيد أحمد، عقد نقل التكنولوجيا فقهاً وقضاءً، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص47.

⁸¹³ على اعتبار أنّ القانون المدني في الجزائر هو الشريعة العامة ويتمّ تطبيق أحكامه في الحالة التالية؛ وهذا لخلو القانون الجزائري من تنظيم لعقد نقل التكنولوجيا.

الوفاء على عاتق المتلقي ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك طبقاً للمادة 283 ق.م.ج.، وإذا لم يوف المتلقي بالمقابل فيكون قد أخل بالتزامه التعاقدية ويعرضه ذلك لأحكام المسؤولية التعاقدية.

* تقدير المقابل مبلغ اجمالي:

يبدو أنّ هذا الأسلوب يحتوي على العديد من المزايا التفضيلية للطرفين، فبفضله يسترد المانح سريعاً المبالغ التي أنفقها للوصول للمعرفة التكنولوجية، والتي تمكنه من اجراء بحوث للتوصل إلى معرفة تكنولوجية أحدث تنفعه في المستقبل⁸¹⁴، كما تمكنه من توقي القلق الناجم عن عدم أمانة المتلقي أو ضعف مركزه المالي. كما قد يحمله هذا الأسلوب ميزات ضريبية، حيث يعتبر المبلغ المدفوع مقابلاً لسلعة أو لخدمة فيحاسب ضريبياً على هذا النحو.

أما من ناحية المتلقي فإنّ هذا الأسلوب يمكنه من ضبط النفقات الكلية للمشروع لاستغلال الأرباح الصافية على أكمل وجه، فهو يحفظ له أرباحاً كبيرة عن قيمة المبيعات⁸¹⁵.

وما تقدم لا يعني أنّ أسلوب دفع المقابل جملة واحدة لا ينطوي على عيوب، فبالنسبة للمانح فإنّ تقديره للمبلغ الاجمالي يكون أقل من حصيلة نجاح الاستثمار التكنولوجي، أما بالنسبة للمتلقي فإنّ هذا الأسلوب يحمله مبالغ كبيرة قد لا تتوفر لديه جملة واحدة، وإن حدث وتوافرت فهي تقوّت عليه فرصة استثمارها في مشاريع أخرى، ناهيك عن الضرر الذي يمكن أن يتكبده في عدم بلوغ الانتاج أو المبيعات الحجم المتوقع، وبالتالي يكون المبلغ الإجمالي المدفوع يفوق القيمة الاقتصادية لمحل العقد.

ثانياً- المقابل نسبة دورية:

يمكن أن يتمّ سداد مقابل التكنولوجيا على دفعات، وفي حالة التقسيط قد تبدأ الدفعات بمبالغ قليلة ثمّ تتصاعد أو تبدأ بمبالغ كبيرة ثمّ تتدرج في الهبوط، لكن الغالب هي الطريقة الأولى لأنها سهلة التطبيق في الواقع العملي بحيث يتعذر على المتلقي تقديم مبالغ كبيرة في بداية حياة مشروعه⁸¹⁶.

⁸¹⁴ محسن شفيق، المرجع السابق، ص81.

⁸¹⁵ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص64.

⁸¹⁶ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص124.

ويتعين في هذا الأسلوب أن تكون المدد متساوية بين الأقساط وأن توجد صلة أو رابطة بين النسبة المتفق عليها والاستغلال الاقتصادي للتكنولوجيا⁸¹⁷، ويتم الاتفاق على مقدار المعدل الدوري وتحدد مدة للوفاء به تطول أو تقصر حسب شروط العقد⁸¹⁸، باعتبار أن نقل التكنولوجيا يتعلق بتنفيذ مستمر ومتتابع حسب انجاز الأعمال أو لا بأول.

وبموجب هذه الطريقة يتم الاتفاق على المقابل الذي سوف يؤديه المتلقي ويتكون في الغالب من مدفوعات متتالية محسوبة وفقاً لنتيجة اقتصادية محققة⁸¹⁹، والتي عادة ما يتم تقسيطها للمانح على النحو التالي⁸²⁰:

- 5 بالمئة من الأقساط عند الطلب، وتدفع عند توقيع العقد أو بعد أقصى خمسة وأربعين يوماً من هذا التاريخ، وعادة ما يتم دفع القسط نقداً.
 - 10 بالمئة من الأقساط عند بداية العمل والتسليم الأولي تدفع بواسطة اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء⁸²¹ ومؤيد بناء على المستندات المقدمة من المتلقي⁸²² مثل مستندات التصدير ومستندات المعدات أو أي مستند يثبت حالة تقدم الأعمال المنفذة بواسطة المانح على أن تكون معتمدة من قبل المتلقي.
 - 85 بالمئة من القسط هو الباقي من اجمالي قيمة الصفقة، يدفع على أقساط متساوية ومتتابعة.
- وبموجب هذه الطريقة يتم الاتفاق على مقدار النسبة الدورية التي سيؤديها المتلقي، وتكون في الغالب نسبة من عائد تشغيل التكنولوجيا محسوبة كالتالي⁸²³:

⁸¹⁷ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص463.

⁸¹⁸ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص200.

⁸¹⁹ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص314.

⁸²⁰ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص463.

⁸²¹ وهو اعتماد يلتزم بموجبه فاتح الاعتماد بدفع قيمة الاعتماد، ويكون ملتزماً فيه التزاماً قطعياً غير قابل للرجوع فيه، طالما أن المانح قد استوفى كامل الشروط المسجلة في الاعتماد، وهو ما جاءت به النشرة 600 من قواعد الأصول والأعراف الموحدة في المادتين 2 و3 على أن أي اعتماد غير قابل للإلغاء حتى ولو لم ترد إشارة بهذا، إلا إذا ذكرت عبارة بخلاف ذلك؛ أنظر: أمال نوري محمد، إجراءات الاعتمادات المستندية في العراق بين الحقيقة والرؤى -مدخل نظري-، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد التاسع والعشرون، 2012، ص270.

⁸²² تبين هذه المستندات الصلة الوثيقة التي توجد بين تنفيذ الأعمال وبين دفع الثمن.

⁸²³ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص464.

1. ربط النسبة الدورية بالإنتاج:

اذ قد يتفق الطرفان على تقدير النسبة الدورية مقارنة مع حجم الإنتاج، وطبقاً لهذه الطريقة يقوم المتلقي بدفع مبلغ معين مقابل كل وحدة يقوم بإنتاجها بغض النظر عن تقلبات الأسعار والتكلفة، سواء كانت الزيادة حقيقية أو ظاهرية نتيجة للتضخم، ودون النظر للفرق بين السعر المحلي والسعر الدولي للسلعة.

2. ربط النسبة الدورية بالمبيعات:

حيث تدفع النسبة الدورية في حالة بيع المنتجات فعلاً بغض النظر عن تحقق الربح أم لا، وبالتالي فالنسبة الدورية في هذه الطريقة لا تدفع كمقابل للتكنولوجيا إلا في حالة البيع، كأن يحدد مثلاً ما نسبته 5 بالمئة من قيمة كل وحدة مباعة أو واحد أورو عن كل وحدة، ويتوقف مقدار نسبة المبيعات على سعر الوحدة فإذا كان السعر عالياً انخفضت النسبة والعكس، أيّ أنّ النسبة تختلف حسب سعر البيع.

ويمكن أيضاً حساب النسبة الدورية تبعاً لإجمالي سعر البيع، وبالتالي ليس على المانح سوى مراقبة دفاتر حسابات المتلقي لتحديد حجم المبيعات الاجمالي، أو ربط النسبة بصافي سعر البيع وذلك بالاتفاق على خصم تكلفة بعض العناصر التي يستخدمها المتلقي والتي لا ترتبط بالتكنولوجيا المنقولة من اجمالي سعر البيع.

أو يمكن ربط النسبة الدورية بالسعر السائد في السوق ولكن ينشأ في هذا الصدد الكثير من المشاكل نظراً للمعنى الواسع لمصطلح سعر السوق، فهل هو السوق الوطني أو الدولي، أو هل هو سعر السلعة ذاتها أو سلعة مماثلة، وهل السعر الذي تحدد به النسبة هو سعر الإنتاج أو سعر تاجر الجملة أو سعر تاجر التجزئة.

لذلك وبناءً على ما سبق فيجب على الطرفين الاتفاق لدرء أيّ خلاف قد ينشأ أثناء تنفيذ العقد، على أن يذكر هذا الاتفاق كأحد بنود العقد ليحدد بدقة المقصود بالسعر السائد في السوق.

3. ربط النسبة الدورية بالأرباح:

أي لا يسد متلقي التكنولوجيا مقابلاً لاستغلاله إلا إذا حقق أرباحاً من وراء هذا الاستغلال، وهي طريقة نادرة القبول من المانح حتى لا يتحمل مخاطر المشروع، إذ غالباً ما يتأخر تحقيق الأرباح خاصة في السنوات الأولى من قيام المشروع.

* تقدير المقابل نسبة دورية:

يلجأ المتعاقدان إلى هذا الأسلوب لما فيه من مزايا، فمن جهة المتلقي نجده يقبل مبدأ المقابل الدوري كنتيجة لعدم اطمئنانه للنتائج التي يمكن أن تحققها المعرفة التكنولوجية التي يتعاقد بشأنها، أما المانح فهو بعكس المتلقي إذ يوافق على النسبة الدورية متى كان متأكدًا من نتائج المعرفة التكنولوجية التي ينقلها⁸²⁴.

وهكذا فإنّ هذه الطريقة تنتظم فيها الدفعات وتستمر باستمرار نجاح المعرفة الفنية وإعطاء ثمارها، إذ أنّ المانح بموجب هذه الطريقة يراقب عملية الإنتاج في مشروع المتلقي للوقوف على أسباب الانخفاض أو الارتفاع في معدل الإنتاج، ومن جانب آخر يشترط الحد الأدنى للدفعة الواحدة، وبالتالي فهو بذلك يضمن حقه بصفة مزدوجة⁸²⁵.

غير أنّ هذا الأسلوب كسابقه لم ينجح من الانتقاد، إذ يرى جانب من الفقه⁸²⁶ ضرورة تحديد مدة معينة لتأدية الدفعات الدورية إذ يمكن أن تنتهي بانتهاك المدة المتفق عليها على أن لا تكون مؤبدة، كما يجب تفادي عدم الاطالة في مدة تسديد الدفعات الدورية حتى لا تفقد المعرفة التكنولوجية قيمتها إذا

⁸²⁴ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص315.

⁸²⁵ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 201.

⁸²⁶ نفس المرجع، ص201، p301، Magnin. F, Op. Cit.,

شاعت سرّيتها⁸²⁷ أو ظهرت معرفة أحدث منها، لأنّ أمر الوفاء بالمقابل في هذه الحالة قد يثير بعض النزاعات بين الطرفين⁸²⁸.

أما من ناحية تقدير النسبة الدورية فإنّ أمر ربطها بحجم الانتاج فيه اجحاف في حق المتلقي وذلك في الموقف الذي يتعذر على هذا الأخير تصريف المنتجات، أو إذا تضخمت تكلفة الانتاج⁸²⁹ ولم يتمكن من رفع سعر السلعة للظروف المتواجدة بالسوق سواء السوق الوطني أو الدولي.

أما إذا تمّ ربط النسبة الدورية بنسبة المبيعات فإنّ الخلاف قد يثار بشأن ما هو تاريخ بدء البيع؟. لأنّ عملية البيع يمكن أن تستغرق وقتاً طويلاً فهي تمرّ بعدة مراحل بداية بتقديم طلب الشراء ودفع العربون، التصنيع، الشحن، والتسليم وصولاً إلى تسليم المستندات والفواتير. وبالتالي على الأطراف تحديد تاريخ بدأ عملية البيع بدقة، وإذا أغفل الطرفان هذه المسألة فإنّ الأصل اعتبار أنّ عملية البيع قد تمت عند شحن البضاعة بناء على عقد البيع، ومنه فيتمّ حساب مهلة شهر مثلاً أو شهرين حتى تبدأ عملية سداد المقابل.

أما بالنسبة لربط النسبة الدورية بالأرباح فإنّ المتلقي في هذه الحالة يستفيد من مزايا مركزه القوي كأن يكون محتكراً للمواد الأولية المستخدمة في التكنولوجيا محل العقد، ويقبل المانح ذلك مع تيقنه بنجاح المشروع، غير أنّ هذه الصورة نادرة الحدوث في الواقع العملي لأنّ المتلقي في الغالب يكون ذا مركز تفاوضي ضعيف لا يساعده على فرض شروطه⁸³⁰.

تختلف أساليب تحديد النسبة الدورية عن بعضها البعض ولكن في الأصل فإنّها تتميز بالعدالة بين طرفيها من حيث التناسب بين حجم الانتاج والمقابل المدفوع.

⁸²⁷ فإذا فقدت سرّيتها وكانت موضوع عقد من عقود نقل التكنولوجيا فإنّ هذا العقد يتلشى مضمونه وتسقط الالتزامات المترتبة عليه، وهذا ما يفهم من حكم أصدرته محكمة استئناف ORLEANS في 23 أبريل 1999 بين شركة PDG Immo وشركة SHRH، حيث قضت أنّ هذه الأخيرة ملتزمة بدفع المقابل المادي المتفق عليه في العقد نظير حصولها على المعرفة الفنية طالما ظلت هذه الأخيرة تتمتع بالسرية والأصالة. مشار إليه في: محمد مرسى، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 268.

⁸²⁸ قد ينتج رد فعل عكسي من المتلقي إذا اكتشف شيوع سرية المعرفة التكنولوجية ولا يقوم بتسديد ما تبقى من الدفعات، وكذلك الحال إذا ظهرت معرفة جديدة سواء في السوق الوطني أو الدولي، لذا لا بد أن لا تزيد مدة سداد المقابل الدوري عن مدة العقد إلا إذا اتفق الطرفان على مدة بعد انتهاء العقد كبديل عن المقابل الذي يدفع في بداية المشروع وهو ما يسمى بفترة السماح؛ أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 201.

⁸²⁹ إبراهيم قادم، المرجع السابق، ص 264.

⁸³⁰ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 466.

ثالثاً- المقابل المختلط:

إنّ هذا الأسلوب لدفع المقابل هو أسلوب وسط يمزج بين دفع المقابل على شكل جزافي ودفعه بشكل دوري. ويكون هذا الأسلوب بالاتفاق على أن يدفع المتلقي مبلغاً جزافياً عند التعاقد كدفعة أولية، ثمّ يقوم بدفع نسب دورية فيما بعد بحسب حجم الانتاج أو المبيعات أو الأرباح كما بيناه سابقاً، على أن يحدد ذلك بشكل ينفي الجهالة بنص العقد، ودون الاخلال بما هو متفق عليه في الوثائق والملاحق التفاوضية⁸³¹.

ويتمّ دفع المقابل الجزافي في معظم الحالات أثناء مرحلة التفاوض وتكون مقابل كشف المانح للمعرفة التكنولوجية المشمولة بالسرية والتي تمكن المتلقي من تقييم التكنولوجيا المزمع ابرام العقد بشأنها⁸³²، على أن تليها النسب الدورية لاحقاً.

هذا ويحتسب المبلغ الجزافي كدفعة أولى عند ابرام العقد، على أن يعتبر كضمان⁸³³ للكشف عن المعلومات السرية في حال فشلت المفاوضات⁸³⁴. ويتمّ الأخذ بهذه الطريقة في حالة ما إذا كان متلقي التكنولوجيا غير متأكد من فائدة المعرفة التكنولوجية محل العقد ومدى تأثيرها على مشروعه.

* تقدير المقابل المختلط:

إنّ هذا الأسلوب يتمتع بمزايا من ناحية مانح التكنولوجيا كونه يضمن سرية معرفته التكنولوجية من خلال المقابل الذي يتقاضاه من قبل المتلقي أثناء مرحلة المفاوضات، بالإضافة للنسبة الدورية التي تبدأ مع مرحلة تنفيذ العقد، وبهذا يستطيع أن يكتسب ما أنفقه على هذه التكنولوجيا.

غير أنّ ما يعيب هذا الأسلوب هو أنّ المتلقي سيجد نفسه في مرحلة الخطر الناتجة عن عبء الدفعات الدورية خاصة إذا لم ينجح في استثمار المعرفة التكنولوجية المنقولة، أو إذا فقدت قيمتها⁸³⁵،

⁸³¹ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص316.

⁸³² وذلك لاحترام السرية من قبل المتلقي وخاصة إذا كان المانح ليس له تعامل سابق مع المتلقي، أو كان لا يطمئن له؛ أنظر: أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص141.

⁸³³ إذ تصرّ بعض الشركات إمعاناً في الحفاظ على السرية على إجراء المفاوضات في مكاتبها من خلال عرض بعض الرسومات أو إجراء بعض التجارب أو عرض نماذج معينة مع عدم الافصاح عن جميع الأسرار التكنولوجية، بحيث لا يتمّ افشاء إلا القدر الضروري لتعريف المتلقي على جدوى التكنولوجيا له، بحيث تكون المعلومات المصرح بها خلال المفاوضات غير كافية بذاتها لإدراك كافة الأسرار التكنولوجية أو لاستغلال المعارف محل المفاوضات؛ أنظر: جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص20.

⁸³⁴ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص201؛ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص120.

ولذا يجب عليه أن يحدد بدقة مدة تنفيذ العقد كي لا تتأثر فعالية المعرفة التكنولوجية من جهة، ولا تتأثر قدرته المالية من جهة أخرى.

ورغم كل المزايا والانتقادات للأساليب السابقة فإنّ طريقة حساب المقابل على أساس مبلغ جزافي تتميز بالسهولة واليسر، فليس على المانح مراقبة وفحص دفاتر المتلقي لتحديد حجم المبيعات، ولا الإلزام بسعر السوق والتقلبات غير المتوقعة لأسعاره وخاصة أسعار العملة⁸³⁶.

البند الثاني: المقابل العيني

تعرف هذه الطريقة للدفع منذ زمن طويل في مجال العلاقات التجارية الدولية، فهي شائعة في العقود التي تبرمها الشركات متعددة الجنسيات مع فروعها في الدول الأخرى⁸³⁷، كما نجد أنّ المشرع المصري قد أجاز هذا النوع من المقابل إذ نصت عليه المادة 3/82 بقولها: "ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد".

إذ يمكن أن يتفق الطرفان بأن ينقل المانح معرفة تكنولوجية معينة إلى المتلقي، في حين يتعهد هذا الأخير بتقديم حصة من الانتاج أو مما يتوفر في دولته من مواد أولية لازمة لمشاريع المانح وذلك خلال مدة محددة. ويلجأ المانح إلى هذه الطريقة في تحديد المقابل عندما يرغب في الحصول على ميزة احتكارية ينافس بها غيره، من خلال استغلال معرفته التكنولوجية وبيعها في الأسواق لضمان سيطرته على هذه الأخيرة بالقدر الذي يسهم في تحقيق أقصى ربح ممكن، وبالتالي يحصل على سلع قليلة التكلفة مقابل حق استغلال المعرفة التكنولوجية⁸³⁸.

⁸³⁵ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص123.

⁸³⁶ كما يمكن دفع المقابل في صورة أجور وأتعاب، إذ يقوم المانح بوضع خبراته الفنية في مجال الانتاج والتسويق تحت تصرف المتلقي مقابل أجر، فيصبح التكييف القانوني لعقد نقل التكنولوجيا أقرب لعقد العمل، ومثال ذلك أن تكون المساعدة الفنية في صورة برامج تدريب وارسال خبراء لمساعدة مشروع المتلقي، فيلتزم المتلقي بدفع أجور الخبراء وتكاليف تنقلهم واقامتهم... إلخ، لكن يجب أن يحدد ذلك بدقة في بنود العقد لدرأ أي خلاف يمكن أن ينشأ في المستقبل؛ للمزيد أنظر: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص468 - 469.

⁸³⁷ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص202.

⁸³⁸ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص318.

*** تقدير المقابل العيني:**

إنّ تحديد المقابل بحصة معينة من السلع التي ينتجها المتلقي يحقق العديد من المزايا للمانح إذ يساعده في تطوير انتاجه وتحسينه، ويذلل المعوقات التي تواجه استثماره ويفتح أمامه امكانية السيطرة على الأسواق.

أما من ناحية المتلقي فهذا الأسلوب يتيح له امكانية توسيع نشاطه دون اللجوء إلى القروض ويوفر له الأموال لاستثمارها في مجالات أخرى، إذ لا يضطر إلى دفع مبالغ نقدية معينة إلى المانح وخاصة إذا كان في بداية عهده بالإنتاج أو كان يفتقر إلى السيولة، كما أنّ هذا الأسلوب يضمن له إلى حد كبير كفاءة التكنولوجيا المنقولة، وذلك لحرص المانح على نوعية وحجم الإنتاج ترقباً لزيادة نصيبه في المقابل العيني المتفق عليه⁸³⁹.

البند الثالث: المقابل مقايضة معرفة تكنولوجية بأخرى (Echange)

ينتشر هذا الأسلوب بين الدول المتقدمة بعضها مع بعض وبين المؤسسات العملاقة كذلك، نظراً لما تتمتع به تلك الدول أو المؤسسات من معرفة عملية وفنية عالية. إذ انتشرت مؤخراً عقود مقايضة المعرفة التكنولوجية بين المؤسسات ومنها الشركات متعددة الجنسيات، إذ تندفع شركة ما للبحث عن اختراعات أو معارف فنية لدى شركات أخرى، وفي المقابل تحتاج هذه الأخيرة لتكنولوجيا متوفرة لدى الشركة الأولى فتتمّ المقايضة فيما بينهم، لأنّ هذه المؤسسة ترى أنّه من غير المربح أن تبدأ التجارب والبحث عن شيء يتوفر لدى مؤسسة أخرى ويمكن الحصول عليه⁸⁴⁰.

*** تقدير المقابل مقايضة:**

يوفر هذا الأسلوب الكثير من الوقت والجهد والمال على طرفي عقد نقل التكنولوجيا مما يعود بالفائدة على المانح والمتلقي وينشئ تعاوناً فنياً وعملياً قد ينتهي بتوحيد البحوث التي يقوم بها، ومن بين الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب هم ألمانيا والسويد واليابان. غير أنّ ما يُعاب على هذه الطريقة هو امكانية الاختلاف بين الطرفين حول حق التصرف في النتائج، وذلك إذا ما تمّ توحيد المعارف

⁸³⁹ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 69.

⁸⁴⁰ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 203.

التكنولوجية بين كل من المانح والمتلقي وتمت مفايضة تكنولوجيا بأخرى، ولكن يمكن تجاوز هذه العقبة عن طريق الاتفاق في بنود العقد الذي يجمع بينهما⁸⁴¹.

ومهما اختلفت طريقة سداد المقابل فإنّ المانح ينفرد بجني ثمار ما أنفقه المتلقي للدخول والاستمرار في شبكة التكنولوجيا الموردة حتى قبل البدء في النشاط باعتبارها أداة المانح في السيطرة على المتلقي، وفي المقابل ينفرد هذا الأخير بتحمل أعباء نفقات لم يحددها، فيتحمل تبعاً لذلك مخاطر اخفاق الاستثمار⁸⁴².

وفي هذا الصدد يُلاحظ أنّ بعض التشريعات الأجنبية مثل القانون المكسيكي والبرازيلي والأرجنتيني قد فرض رقابة تشريعية على تكاليف نقل التكنولوجيا، من خلال فرض بعض المعايير التي تؤخذ بعين الاعتبار أثناء تقدير قيمة التكنولوجيا المنقولة، والتي تستند بوجه عام إلى كل من معيار الثمن العادل والمعقول، ومبدأ التكافؤ بين التكنولوجيا المنقولة وبين التكلفة التي يتحملها الطرف المتلقي بشكل مباشر أو غير مباشر⁸⁴³.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة السابعة من القانون المكسيكي⁸⁴⁴ على عدم جواز تسجيل العقد إذا كان المقابل الواجب دفعه من قبل المتلقي غير متناسب مع قيمة التكنولوجيا المنقولة، أو إذا كان يفرض أعباء مغالى فيها على الاقتصاد الوطني. وفي نفس السياق تُقر المادة العاشرة من القانون الأرجنتيني⁸⁴⁵ على ضرورة تناسب المقابل المادي مع التكنولوجيا المنقولة، وإذا تجاوز القيمة المحددة تعين على المانح إثبات أنّ المقابل المطلوب يتناسب فعلاً مع الأداء المقدم. أما القانون البرازيلي⁸⁴⁶ فينصّ هو الآخر على وجوب أنّ يرتبط المقابل المالي المفروض على المتلقي بمحل العقد عند البدء الفعلي لعملية النقل⁸⁴⁷.

⁸⁴¹ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص320.

⁸⁴² محمد محسن ابراهيم النجار، المرجع السابق، ص26.

⁸⁴³ ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص 296.

⁸⁴⁴ قانون نقل التكنولوجيا واستخدام البراءات والعلامات، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1972، وأصبح نافذاً في 29 جانفي 1973.

⁸⁴⁵ قانون نقل التكنولوجيا الصادر بتاريخ 12 أوت 1977، والذي أصبح نافذاً في 25 أوت 1977.

⁸⁴⁶ قانون رقم 15 بشأن المبادئ والقواعد الأساسية التي تحكم تسجيل العقود المتضمنة نقل التكنولوجيا، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 1975، وأصبح نافذاً في 16 سبتمبر 1975.

⁸⁴⁷ ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص297.

نخلص من هذا كله أنّ عناصر النفقة يضطلع المانح بتحديدّها منذ لحظة اختيار موقع المشروع الذي يُقدّم المتلقي على القيام به. إذ يتضح مما سبق أنّ المانح يتدخل في تحديد النفقة التي يقدمها المتلقي وحجمها وليس هذا فحسب بل ومصادر التمويل وطريقة سداد القروض، إذ أنّ هذا كله يعبر في جوهره عن المعرفة الفنية محل العقد، ويضمن له الحفاظ على السمعة التجارية للشبكة.

الفرع الثاني: رقابة الجودة

يبقى التطابق غاية المانح من خلال فرضه للشروط التعاقدية ويستوجب الوصول لهذه الغاية خضوع المتلقي للرقابة، والتي تضمن وجود مستوى متقارباً للجودة فيما بين أعضاء الشبكة التكنولوجية⁸⁴⁸، فما هو مضمون هذه الجودة؟ وما هو أساس الالتزام بها؟.

البند الأول: مضمون رقابة الجودة

الجودة هي إحدى مطالب المستهلك عند تطلعه للبضاعة بغض النظر عن المؤسسة التي تصدر عنها هذه الأخيرة أيّ سواء كانت مانحة أو متلقية، وبالتالي يمكن القول أنّ هذا التزام مشروط بين الطرفين وهذا لحماية المنتج الذي يحمل العلامة التجارية من جهة، ولحماية أعضاء الشبكة التكنولوجية من جهة أخرى.

وترجع أهمية هذا الالتزام لأنّ بدونه يصاب المانح بأضرار بالغة في سمعته التجارية ويتضرر مركزه التنافسي في السوق، وبالتالي خسارته المالية التي قد تفوق المقابل الذي يحصل عليه من نقل التكنولوجيا⁸⁴⁹.

ولهذا يمكن تعريف الجودة على أنّها: "مضمونية السلعة أو المادة ومواصفاتها، أيّ الصفات والخواص والميزات التي تتكون منها السلعة والمادة سواء كان ذلك من ناحية التركيب أو القوة أو المتانة أو الحجم..."⁸⁵⁰، أو هي "مدى تطابق المنتجات أو الخدمات مع الحاجات المعبر عنها من قبل الزبائن والتي تعهد من أجلها الموردون"⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص238.

⁸⁴⁹ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص478.

⁸⁵⁰ Abdulhakim A. AL. BANTAIN, Methods and philosophy of statistical process control, Quality control, Faculty. Ksu.Edu. Sa/stat, 5th édition, Stat 323 (SPC).

⁸⁵¹ G.STORA, J. MONTAGE, La qualité totale dans l'entreprise, édition organisation,

ويعبر عنها آخرون بأنها: "البحث عن نوع من الاتقان، ولكن في الصناعة والخدمات هي قدرة منتج أو خدمة على إشباع طلب معبر عنه من مستعمل ومقبول من مورد"⁸⁵². ويرى آخر أنها: "قدرة الإدارة على إنتاج سلعة أو تقديم خدمة تكون قادرة على الوفاء بحاجات المستهلكين والعملاء"⁸⁵³.

وعليه فالجودة تمثل رضاء المستهلك عن السلعة أو الخدمة وهذا في حدود السعر الذي يستطيع دفعه، إذ قال Edward DEMING في هذا الشأن: "لست أنت الذي تحدد جودة منتجك وإنما المستفيد منه"⁸⁵⁴.

من خلال التعاريف السابقة نستشف اختلافاً واضحاً في تعريف الجودة، فالبعض يعتمد في تعريفه على أساس المنتج وهو في إطار دراستنا المتلقي، فرجال الاقتصاد يرون أنّ الجودة العالية تعني أداء أفضل وبالتالي منتج جيد، أما بالنسبة لوجهة نظر المانح فإنّ الجودة في نظره تقوم على أساس المطابقة بين المعايير والمواصفات المذكورة في عقد نقل التكنولوجيا. ومن وجهة نظرنا فمن الصعب تحديد مفهوم الجودة في إطار هذا النوع من العقود لأنّ قياس الجودة أمر نسبي ويختلف من منتج لآخر ومن خدمة لآخرى فصورتها ترتبط بأمور ذاتية، ولهذا على طرفي العقد عند وجود هذا الشرط وضع أهدافه بدقة وتحديد تكاليفه، ما يضمن تنفيذاً جيداً لهذا العقد وبالتالي ضمان المطابقة وتلافي الفرق بين القيمة والتكلفة.

أما بشأن مراقبة الجودة والتي يطلق عليها أيضاً ضبط الجودة، فهي من جوانب عملية تعني ضمان الجودة، وتعرف بأنها نظام من الأنشطة التقنية والجهود المبذولة من قبل المانح لتحقيق مستوى قياسي للمنتج يفي بحاجات المستهلك ورجباته. وينبغي على المانح قبل تنفيذ أنشطة مراقبة الجودة تحديد التقنيات التي يلزم استخدامها ومكان وزمان تطبيقها⁸⁵⁵، فهي شرط مسبق للنجاح في الوصول إلى الأسواق ولتحسين القدرة التنافسية⁸⁵⁶ في الإقليم الذي يحوزه المتلقي.

نقلًا عن: عاشور مزريق، محمد غربي، تسيير وضمان جودة منتجات المؤسسات الصناعية الجزائرية، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 2، ص235.

⁸⁵² M.BARRUET, La fonction qualité dans l'entreprise, Organisation et gestion de la protection, Paris, 1980, p71,

نقلًا عن: عاشور مزريق، محمد غربي، المرجع السابق، ص235.

⁸⁵³ فريد عبد الفتاح زين الدين، المنهج العلمي لتطبيق إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات العربية، مصر، 1996، ص9.

⁸⁵⁴ Abdulhakim A. AL. BANTAIN, Op. Cit.

⁸⁵⁵ هنادي سام، تعريف مراقبة الجودة، 30 نوفمبر 2016:

فمفهوم الجودة بهذا الشأن يولد المنافسة لذا فإنّ مراقبة جودة الانتاج في المصانع أمر مهم، بما في ذلك مراقبة المانح لعمليات البحث والتصميم والانتاج والتقنيات المستخدمة⁸⁵⁷.

كما أنّ مراقبة الجودة التي يقوم بها المانح تتعدى ضمان جودة المنتج لتشمل جودة الخدمات وجودة الاتصال والاشراف والاجراءات والادارة، وبالتالي جودة المشروع ككل ذلك أنّ عقد نقل التكنولوجيا يشمل عدة عناصر متداخلة مع بعضها البعض الأمر الذي يلقي بالمسؤولية على كاهل كلا الطرفين. ولهذا يجب لتوفر الجودة ضمان المانح وجود العناصر التالية وهي تختلف وتتباين بحسب نوع عقد نقل التكنولوجيا:

- مطابقة المنتج للمواصفات والخصائص التي تمّ تحديدها.

- يحدد نسبة التوافق والملاءمة بين المنتج والمواصفات والخصائص والظروف.

فمراقبة الجودة من قبل المانح تشمل الأساليب العملية الهادفة للحد من أسباب الأداء غير المقبول في جميع مراحل تحقيق العقد للوصول للفاعلية الاقتصادية المرجوة، فهي وسيلة للكشف عن عيوب استخدام المتلقي للمعرفة الفنية وليس لمنع حدوثها⁸⁵⁸. ولهذا الغرض يتخذ المانح في سبيل تحسين الجودة أساليب رقابة⁸⁵⁹ لجميع الأنشطة والعمليات في مشروع المتلقي أو من خلال تنفيذ العقد بطرق جديدة تحسن من مستوى الأداء لهذا الأخير، فماهي أدوات ومجالات وخطوات رقابة الجودة التي يقوم بها المانح؟.

أولاً- أدوات رقابة الجودة:

هناك عدة وسائل أو أدوات يمكن للمانح استخدامها لتحسين أداء المتلقي حتى يحوز منتجه أو خدمته رضاء المستهلك ومنها⁸⁶⁰:

تعريف مراقبة الجودة / Mawdoo3.com

⁸⁵⁶ ادارة جودة التصدير، دليل الشركات المصدرة الصغيرة ومتوسطة الحجم، الطبعة الثانية، مركز التجارة الدولي (ITC)، جنيف، 2011، ص.iii.

⁸⁵⁷ Abdulhakim A. AL. BANTAIN, Op. Cit.

⁸⁵⁸ Ibid.

⁸⁵⁹ Guide sur les licences pour les pays en développement, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Genève, 1977, p89.

⁸⁶⁰ رقابة الجودة على الانتاج، موقع أسرة التنمية والمستقبل بالجامعة العمالية بجميع فروعها، 24 ديسمبر 2013.

- التدقيق الداخلي:

ويتطلب ذلك مراجعة ومتابعة المتلقي للتأكد من مدى الالتزام بنظام الجودة الذي وضعه المانح ومدى ملاءمته وفعاليتها.

- الفحص بأخذ العينات:

وتعتبر من أهم الأدوات وتكون بأخذ عينة من منتجات المتلقي وإخضاعها للفحص.

- الضبط الإحصائي:

خاصة إذا كان عقد نقل التكنولوجيا من عقود الإنتاج أيّ أنّ المعرفة الفنية تستخدم في إنتاج سلعة معينة، فإنّ الرقابة تكون بضبط التغييرات الحاصلة في العملية الإنتاجية.

- قياس مستوى الجودة:

وهذا بمقارنة مشروع المتلقي مع المشاريع الأخرى الموازية في نفس الاقليم.

- مراقبة مكان العمل:

وهذا من أجل تأهيل بيئة الإنتاج لضمان جودة المنتجات وسلامة العاملين.

- تدريب العمال⁸⁶¹.**ثانياً- مجالات رقابة الجودة:**

ومن بين مجالات الرقابة التي يفرضها المانح هي⁸⁶²:

⁸⁶¹ سبق التطرق له ضمن المبحث الثاني من هذا الفصل، ص212.

⁸⁶² نبيهة جابر، رقابة الجودة على الإنتاج،

- رقابة جودة التعبئة والتغليف:

سوف تمكن من المحافظة على جودة المنتج المطلوبة وهذا من خلال مراعاة القواعد الصحيحة للتعبئة والتغليف، إذ بمرور الوقت يمكن أن يفقد المنتج جودته، والرقابة هنا تظهر من أجل اختبار وسائل التعبئة الصحيحة وطرق التغليف الملائمة للسلعة.

- رقابة جودة النقل والتخزين:

إذ يجب تحقيق التكامل بين عمليات النقل والتخزين وذلك لخفض التكاليف وتقليل معدلات التلف.

ثالثاً- خطوات مراقبة جودة المنتج⁸⁶³:

- عمل دراسة حول السوق وتصاميم المنتج ومواصفاته المطلوبة، وذلك لتحديد مستوى الجودة المطلوب.

- أخذ عينات من خط الانتاج وإجراء عملية مطابقة بين العينة الموجودة في مشروع المتلقي، والعينة المرخص بها من قبل المانح بموجب عقد نقل التكنولوجيا.

- دراسة وتحليل أسباب الاختلافات الناتجة واتخاذ الأعمال التصحيحية والاجراءات الوقائية.

- مراجعة تقنيات ومواصفات المنتج بهدف تحسين الجودة.

وفي إطار ضمان الجودة يجب إدراك مستواها في إقليم المتلقي وهذا حتى يتم المحافظة عليها، وتطويرها بما يتلاءم والبيئة التنافسية، ولهذا يجب:

- تحسين مستوى الجودة على كل الأصعدة والأنشطة.

- قياس الجودة بتقصي المعلومات من الزبائن، والموردين والمنتافسين.

- البحث عن أسباب عدم المطابقة، والتي يمكن أن ترجع لعدم الدقة في تنفيذ التصميم، سواء كانت نتيجة لعيوب في المواد أو طريقة التشغيل، أو الآلات المستخدمة، ولهذا يجب أن تشمل عملية الرقابة

⁸⁶³ هنادي سام، تعريف مراقبة الجودة، 30 نوفمبر 2016:

كل المصادر التي تتحكم في المنتج أو الخدمة النهائية، وذلك بتحليل شامل لمختلف مراحل الانتاج وتسجيل بيانات بذلك قصد تحديد الاختلاف⁸⁶⁴.

وسيساعد في المحافظة على الجودة الدراسات والوثائق المرفقة بالعقد فهي أداة قد تعرّف المتلقي على كيفية مواجهة إشكالات التكنولوجيا، فهي تعدّ عنصراً أساسياً بالنظر إلى نقل المعرفة الفنية، وتقع أهميتها في المستوى الصناعي أو التصميمي⁸⁶⁵.

ولكن تختلف هذه الرقابة والتي يتولى المانح القيام بها ضمن مشروع المتلقي، عن تلك الرقابة التي تقوم بها أجهزة الدولة فيما يلي:

- أنّ هذه الرقابة هي تكملة الفراغ أو الخطأ الذي تتميز به الرقابة الذاتية التي يقوم بها المتلقي أثناء مزاوله نشاطه المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا، في حين أنّ تدخل أجهزة الدولة يكون نتيجة الاخلال بالتزامات قانونية عند تعامله مع المستهلك.

- يمارس هذه الرقابة المانح، أما بالنسبة للدولة فتمارس رقابة الجودة من قبل أجهزة استشارية وادارية تعمل على وقاية المستهلك قبل أن يلحق به الضرر، ولكن تدخلها يكون فقط ادارياً أو قضائياً ويتخذ عن طريق السلطة العامة.

- تسخير امكانيات المانح فقط للقيام برقابة الجودة على مشروع المتلقي، في حين تقوم الأجهزة الادارية التابعة للدولة عن طريق مجموعة من الوسائل المادية والبشرية بالرقابة ويكون دورها تارة في توعية وحماية المستهلك قبل وقوع الضرر، وتارة أخرى في قمع الغش ومختلف الوسائل الاحتياطية وهذا عن طريق وقف التجاوزات التي يمكن أن يقوم بها المتلقي.

- تكون رقابة الجودة بموجب عقد نقل التكنولوجيا اختيارية بناء على ما يرد بين الطرفين من شروط ضمن العقد، أما الرقابة التي تقوم بها أجهزة الدولة فهي إجبارية تملئها اعتبارات المصلحة العامة.

⁸⁶⁴ عاشور مزريق، محمد غربي، المرجع السابق، ص 249-251.

⁸⁶⁵ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 172.

- من ناحية الجزاء فأجهزة الدولة تطبق جزاءات منصوص عليها قانوناً كسحب المنتجات من السوق، وغلق المشروع، حجز المنتج وإتلافه على نفقة المتلقي، فرض غرامة مالية، الحبس...⁸⁶⁶، أما من جهة المانح فلا يمكنه تطبيق أيّ جزاء، ولكن على اعتبار وجود التزام عقدي - عقد نقل التكنولوجيا- يربط بينه وبين المتلقي فبإمكانه المطالبة بالتعويض أو فسخ العقد نظراً للضرر الذي لحقه بسبب تعرض علامته التجارية ومعرفته الفنية للتلف.

ولكن تتشابه رقابة الجودة التي يقوم بها المانح وأجهزة الدولة فيما يلي:

- أن كلاهما يقعان على المنتج والخدمة التي يقدمها المتلقي.

- يمكن القيام بالرقابة في أيّ وقت وفي أيّ مرحلة من المراحل قصد تفادي المخاطر، إذ حتى ولو لم يرد هذا الشرط في العقد فيمكن إعادة تعديل العقد، ولهذا أورد المشرع المصري في المادة 86 ق.ت.م.⁸⁶⁷ نصاً أجاز فيه للطرفين في عقد نقل التكنولوجيا إمكانية إعادة النظر فيما قد ورد في العقد من شروط وذلك بالعمل على تعديلها لتتلاءم مع الظروف الاقتصادية العامة القائمة وذلك بعد انقضاء خمس سنوات من وقت إبرام العقد⁸⁶⁸.

ووفقاً لما سبق يتضح أنّ الهدف الحقيقي من رقابة المانح للجودة هو تحقيق رضاء المستخدم النهائي للمنتج أو الخدمة وهذا لا يحدث إلا بضمان الجودة، كما يكمن وراء هذه الرقابة أهداف أخرى تتمثل في فرض التبعية الاقتصادية للمتلقي حتى يظلّ دائماً تحت سيطرة المانح وخاضعاً له.

البند الثاني: أساس الالتزام بالجودة

إنّ الهدف من إبرام عقد نقل التكنولوجيا هو استغلال المعرفة الفنية المستوردة وذلك بقصد تحقيق الربح والمشاركة في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثمّ فإنّ استمرار المشروع أمر يحقق مصلحة الطرفين، وبالتالي يحصل كل متعاقد على جزء من الأرباح. ولكن ذلك لن يتأتى إلا إذا

⁸⁶⁶ المادة 66 من القانون رقم 03/09 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش؛ ويستلزم لتوقيع هذه العقوبات صدور حكم قضائي بناء على طلب السلطة الادارية المختصة.

⁸⁶⁷ المادة 86 ق.ت.م.: "يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب انهاء أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى".

⁸⁶⁸ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص137.

اشترط المانح مواصلة الانتاج بالكمية المتفق عليها بشرط المحافظة على مستوى محدد من الجودة⁸⁶⁹ حرصاً على علامته التجارية التي تشكل أحد عناصر عقد نقل التكنولوجيا، ولضمان ثبات نسبة الأرباح⁸⁷⁰.

إنّ عمليات مراقبة الجودة التي تتمّ من قبل المانح يجب أن تكون بداية من استلام المتلقي لمواد الانتاج مروراً بالعمليات التصنيعية وفحص المنتج النهائي والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها، إذ أنّ اختلاف مستوى الجودة بين كل من المانح والمتلقي يمكن أن يؤثر من عدة نواحي:

أ. شهرة المؤسسة:

إذ تستمد شهرتها من جودة منتجاتها وأيّ تأثير على هذه الجودة يؤدي لتراجع في السمعة التجارية، وبالتالي تراجع الانتشار الواسع للمنتج وللمشروع ككل مما يؤثر على الشبكة التكنولوجية.

ب. المسؤولية القانونية:

إذ يسأل كل شخص ضمن الشبكة الواحدة عن كل ضرر تسبب فيه للغير نتيجة لعدم جودة المنتج، كتلفه أو تأثيره على البيئة مثلاً.

ت. حصة السوق:

إنّ مطابقة المنتج لمواصفات المنتج الأصلي المرخص به من المانح يؤدي لكسب رضا المستهلك ومضاعفة حجم المبيعات ضمن إقليم المتلقي وبالتالي زيادة حصة السوق، والعكس صحيح فكلما انعدمت المطابقة أو تضاعلت تؤدي لنقص مستوى الجودة وبالتالي تؤثر على حصة السوق وزيادة عدد المنافسين.

فحسب ما ذكرناه سابقاً بخصوص المقابل المحدد بنسبة من حجم المبيعات، فهذا النوع يؤثر ويتأثر بمستوى جودة الانتاج، لأنّ أيّ انقاص في جودة المنتج يؤثر سلبياً على حجم المبيعات، وبالتالي على مقدار المقابل الذي يدفع للمانح، ويتخذ هذا الأخير عدة وسائل من أجل المحافظة على

⁸⁶⁹ Guide sur les licences pour les pays en développement, Op. Cit., p91.

⁸⁷⁰ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص231.

مستوى جودة المنتج، كأن يشترط عدم اشتراك أيّ تكنولوجيا في عملية الانتاج بخلاف التكنولوجيا محل العقد، أو عدم ادخال تحسينات...⁸⁷¹.

ولهذا فإنّ طبيعة عقد نقل التكنولوجيا تفرض الالتزام بالجودة على الطرفين في مواجهة المستهلك، فهو التزام مزدوج يهدف للحفاظ على السمعة التجارية العامة للشبكة. ولتوفير هذا الالتزام وتحقيقه يقوم المانح في غالب الأحيان بفرض شرط التزود الحصري وهذا حتى تكون المنتجات متطابقة من حيث النوعية والجودة، وعليه يكون التزود في هذه الحالة ضرورياً من أجل الحفاظ على السمعة الجوهرية للمنتج. وإذا كان الالتزام بالجودة يقع على المتلقي فإنّ ذلك لا يبرئ ذمة المانح، إذ يلتزم أيضاً بضمان وصول المتلقي للمستوى العام للجودة⁸⁷².

إنّ أساس الالتزام بالجودة يكون بموجب نص قانوني أو اتفاق ما بين الأطراف، وهذا الأخير قد يكون شفهيّاً أو كتابياً، ويمكن أن يكون ضمن العقد نفسه أو في ورقة مستقلة، والذي يمكن أن يتخذ في كل الأحوال إحدى الصورتين:

1- عند تزود المتلقي بالبضائع من المانح، يجب على هذا الأخير فرض سيطرته على عملية التوزيع لضمان حسن سيرها وبالتالي فرض رقابة الجودة.

2- يقوم المتلقي نفسه برقابة الجودة باعتباره منتجاً للسلعة، كما أنه يتزود بها من غير المانح، غير أنّ قيام التزام المتلقي وفقاً لهاته الصورة لا يعفي المانح من المسؤولية، باعتبار الجودة معبرة عن النجاح المحقق لاستغلال المعرفة الفنية⁸⁷³.

ولكن إذا كان الالتزام بالجودة يقع على المتلقي فإنّ ذلك لا يعفي المانح من ضمان وصول المتلقي للمستوى العام للجودة، وبلوغ التطابق التام للمنتجات أو الخدمات⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ سبق وبيننا هذه الشروط المقيدة في الباب الأول وفصلنا في أنواعها، ص50.

⁸⁷² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص241.

⁸⁷³ نفس المرجع، ص243.

⁸⁷⁴ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص173.

ويبرز هذا الالتزام عندما يتضمن العقد بالإضافة لنقل المعرفة الفنية إمكانية استخدام العلامة التجارية، فيؤذن للمتلقي بوضعها أو يلزمه بوضعها على المنتج، وكذلك في الحالة التي يشترط فيها المانح وضع بيان على المنتج يفيد بأنه صنع بالتطبيق على معرفة فنية نقلها المتلقي⁸⁷⁵.

غير أنه بالمقابل يلتزم المانح وحتى يضمن تنفيذ المتلقي لالتزامه بالجودة، تقييم مجموعة ضمانات منها الاشراف على الانتاج أو اختيار العاملين أو عمل زيارات لمشروع المتلقي للتأكد من حسن تشغيل المعرفة الفنية وصحة تنفيذ الطرق التكنولوجية، حيث يقوم المانح بمراقبة جودة المنتجات التي تحمل علامته التجارية مع مراعاة مطابقتها لمقاييس الجودة بصفة دورية، إذ لا ينبغي أن يسمح بانخفاض جودة هذا المنتج تحت أي ظرف من الظروف، وهذا حتى يحافظ على سمعته التجارية⁸⁷⁶.

لذا يحرص المانح على وضع شروط وضوابط معينة للجودة ومراقبتها، مع تطبيق بعض المعايير الخاصة وحسن اختيار الفنيين وتدريبهم والاتفاق على استعمال معدات ومواد منتقات من قبله، واشتراط عدم التغيير في التكنولوجيا⁸⁷⁷، وتطبيقاً لذلك نصت المادة 79 ق.ت.م. على التزام المتلقي باستخدام عاملين وفنيين مهرة وعلى دراية بالتكنولوجيا المراد تشغيلها، على أن يكون اختيار هؤلاء العاملين أو الخبراء من المصريين⁸⁷⁸.

وقد نظم المشرع المصري مسؤولية المانح والمتلقي، وجعلها مسؤولية تبادلية بدون تضامن بينهم، وجعل الالتزام بالتعويض عن الأضرار التي تلحق الأشخاص والأموال من جراء استخدام التكنولوجيا أثر من آثار العقد، وهي ما يصطلح عليه بالالتزام بتحمل التبعة أو المخاطر عن ما يصيب الغير من ضرر⁸⁷⁹.

وفي ذات السياق نصت المادة 85 ق.ت.م. على الالتزام بالمطابقة، فالمانح بموجب هذه المادة ملتزم بضمان مطابقة التكنولوجيا ولكنه لا يضمن مطابقة السلعة أو الخدمة إلا إذا وافق بنفسه على

⁸⁷⁵ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص339.

⁸⁷⁶ نفس المرجع، ص340.

⁸⁷⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص232. إذ يؤدي عدم قيام المانح بالرقابة لسقوط حقه في العلامة التجارية؛ أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص414.

⁸⁷⁸ اشترط المشرع أن يكون هؤلاء المصريين من المقيمين في مصر أو في الخارج، وهذا رغبة منه في تنشيط اليد العاملة الوطنية، بالرغم من تشكيل هذا الشرط قيماً على المتلقي وعيناً عليه.

⁸⁷⁹ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص173.

تحمل هذا الضمان والذي يجب ذكره صراحة ضمن العقد. هذا وقد أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة⁸⁸⁰، أنّ المسؤولية ليست تضامنية بين كل من المانح والمتلقي، فكل منهما يسأل على حدى عما يلحق الأشخاص والأموال من ضرر كنتيجة لاستخدام التكنولوجيا أو ما نتج عن هذه الأخيرة من تطبيقات.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ مخالفة المتلقي للالتزام بالجودة يعني عدم كفاءته كعضو من أعضاء الشبكة التكنولوجية، ومن ثمّ تقوم مسؤوليته العقدية، مما يعرضه لجزاءات منها إمكانية مطالبة المانح بفسخ العقد، أو المنع من بيع المنتجات التي تحمل علامته التجارية ومصادرتها، أو المطالبة بتصحيحها على نفقة المتلقي⁸⁸¹، ولكن ومن جهة أخرى هل يعقل أن يمتنع المانح عن تنفيذ هذا الالتزام؟. إنّ امتناع المانح على هذا النحو يؤدي لسقوط حقه في العلامة التجارية، وذلك في حدود إقليم المتلقي الذي لم يتم برقابته وليس على أعضاء الشبكة ككل.

ولكن السؤال المطروح على من تقع تكاليف ضبط الجودة؟. يفترض أن يتحمل هذه التكاليف كل طرف موجود ضمن العقد من مانح ومتلقي، لكن الغالب أنّ المانح يحمل المتلقي كل التكاليف مستنداً في ذلك لمعرفته الفنية، وتشمل تكاليف الوقاية وهذا لتفادي الأخطاء قبل حدوثها، وتكاليف الكشف التي تنفق على عمليات الاختبار والكشف لتقييم المستوى الفعلي للجودة، تكاليف اختبار المواد المشتراة، تكاليف اختبار المواد أثناء التشغيل، وتكاليف اختبار جودة المنتج النهائي⁸⁸².

وفي الأخير يمكن القول أنّ فرض نفقة الاستغلال ونظام مراقبة الجودة يرمي إلى مايلي:

- توفير اختبارات روتينية ومتسقة لكفالة سلامة المنتج والمعرفة الفنية في ذات الوقت.

- تحديد وتصحيح أخطاء المتلقي⁸⁸³.

⁸⁸⁰ المادة 2/85 ق.ت.م.: "كما يسأل كل من المورد والمستورد بغير تضامن بينهما عما يلحق الأشخاص والأموال من ضرر للشيء عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلعة الناتجة عن تطبيقها".

⁸⁸¹ يوسف عبد الهادي الاكياي، المرجع السابق، ص217، 220.

⁸⁸² عاشور مزريق؛ محمد غربي، المرجع السابق، ص269.

⁸⁸³ ضمان ومراقبة الجودة، الفصل الثامن، ص8-4:

لكن الغرض من ذلك هو ضمان تتبع المتلقي للمواصفات والتصميمات والشروط المنفق عليها في البداية، فكلما تطابقت المواصفات والشروط زادت درجة الجودة ومستوى القبول، وبالتالي يتم الحفاظ على السمعة العامة للشبكة وفي نفس الوقت تعزيز تبعية المتلقي لها.

الفصل الثاني:

مقتضيات التجانس كمعبر عن المظهر العام للشبكة التكنولوجية

يضاعف نجاح المانح فرص نجاح وانطلاق مشروع المتلقي، وهذا راجع للعناصر الاستراتيجية التي يستخدمها وقوتها في مجال المنافسة، وبالتالي يعتمد على مدى انتشارها في الأسواق الوطنية والعالمية. وعليه فإنّ المظهر العام للشبكة التكنولوجية يساعد في تطبيق العناصر المستوردة ومنها الوصول لاستراتيجية المانح. فإذا أراد المتلقي الوصول إلى هدفه المتمثل في السيطرة واستيعاب التكنولوجيا المنقولة لا بد له من اعتماد عقد نقل التكنولوجيا بوصفه مبادرة اقتصادية مبتكرة من حيث الغاية والوسيلة، والتي تتطور من خلال إطار مختلف عن عقود الاستثمار الأخرى⁸⁸⁴.

فالمظهر العام للشبكة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتوازن الموجود داخلها، والذي يعبر في ذات الوقت عن مصالح المانح التي تعتبر ذات أولوية في هذا الشأن. ولهذا قد ثارت العديد من المشاكل حول هذا العقد وما يتطلبه من وحدة للشبكة التكنولوجية، ولا شك أنّ هذه المشاكل تعود لسببين يتمثل أولهما في غموض مصطلح نقل التكنولوجيا بالرغم من تداول هذا العقد لفترة طويلة من الزمن؛ ويرجع ذلك تحديداً لغياب تنظيم قانوني لهذا العقد يشتمل كل متطلباته. أما السبب الثاني فيتمثل في محل عقد نقل التكنولوجيا والذي يجد صعوبة في التطبيق نظراً لتعدد أطراف العلاقة التعاقدية من جهة، وعدم وجود تساوي بين الأطراف من جهة أخرى. فالنقل في هذا الشأن يراد به تغيير الشخص صاحب الحق، أيّ أنّه عبارة عن ذلك التصرف القانوني الذي يتمّ بموجبه انتقال حق معين من شخص إلى آخر أو تغيير صاحب الحق في مواجهة حالة واقعية⁸⁸⁵.

فنجاح عملية النقل يتوقف على مدى الاستراتيجية المعتمدة ضمن الشبكة الواحدة والتي تضمن وجود تجانس فيما بين المتلقين المنضمين إليها، وهذا من خلال الاعتماد على عناصر استغلال المشروع، وتنازل الطرف الضعيف عن بعض مصالحه لإنشاء شبكة موحدة ومتجانسة. وهذا ما سنحاول دراسته من خلال المبحث الأول والذي يتضمن ميكانيزمات التنظيم والتسيير ضمن الشبكة، والمبحث الثاني والذي يتناول إغفال المصالح الخاصة للمتلقي لصالح وحدة الشبكة.

⁸⁸⁴ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص50.

⁸⁸⁵ نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص26.

المبحث الأول: ميكانيزمات التنظيم والتسيير ضمن الشبكة

إنّ عقد نقل التكنولوجيا يعدّ اتفاقاً ملزماً للجانبين؛ إذ بمجرد انعقاده يترتب عليه نشوء التزامات متبادلة تقع على عاتق كل من المانح والمتلقي، وبالتالي فإنّ التزام أحدهما يعدّ سبباً لالتزام الطرف الآخر، حيث أنّ محل التزام المانح يتمثل في تمكين المتلقي من الانتفاع من عناصر عقد نقل التكنولوجيا، ومحل التزام المتلقي يتمثل في أداء المقابل. ولذلك تكمن الغاية من إبرام عقد نقل التكنولوجيا في اكتسابها بصورة فعلية وهذا في كافة المجالات المختلفة، ولكن ذلك يستلزم أن يكون هناك تعاون بين الأطراف المتعاقدة.

وعلى هذا الأساس فإنّ عقد نقل التكنولوجيا يتألف من عنصر محوري هو المعرفة الفنية وعناصر محيطة به وتدعم وجوده؛ وهي العلامة التجارية والشعار، ويحيط بهم مجموعة عناصر أخرى مرتبطة بمشروع المانح وضرورية لتأهيله -للدخول في علاقة بموجب عقد نقل التكنولوجيا- وهي السمعة التجارية والاتصال بالعملاء، وهما عنصران أساسيان لجذب الزبائن من جهة، ولكسب ثقة المتلقين للارتباط بالشبكة من جهة أخرى. كما يوجد إلى جانب هذه العناصر عنصراً آخر مرتبط بمحل العقد والمتمثل في الاعلان والذي يعبر عن المظهر الموحد للشبكة وتفرضه طبيعة العمل، ولهذا سنخصص هذا المبحث لدراسة عملية التنظيم والتسيير ضمن الشبكة التكنولوجية من خلال المطلب الأول الذي يتناول وحدة الشبكة من خلال العناصر المقترنة بالمعرفة الفنية، والمطلب الثاني المتعلق بالطابع التوزيعي للمضمون التكنولوجي.

المطلب الأول: وحدة الشبكة من خلال العناصر المقترنة بالمشروع

إنّ المعرفة الفنية أساس لعقود نقل التكنولوجيا غير أنّ طابعها المعنوي يجعل منها شيئاً غير ملموس، مما يدفع لتلاحم العناصر الأخرى المكونة للحزمة التكنولوجية للتعبير عنها سواء من ناحية المضمون أو تحقيق النجاح من جراء عملية الاستغلال، ولهذا يبرز دور كل من عناصر استغلال المشروع في التعبير عن وحدة الشبكة (الفرع الثاني)، بالإضافة للعلامة التجارية التي تلعب دوراً محورياً في هذا المجال نظراً لارتباطها الوثيق بالشبكة التكنولوجية (الفرع الأول).

الفرع الأول: وحدة الشبكة من خلال العلامة التجارية

تلعب العلامة التجارية دوراً بارزاً في عقود نقل التكنولوجيا، إذ تدعم شهرة المعرفة الفنية وتساهم في توحيد المظهر العام للشبكة وتحقيق انسجامها، بحيث يجد المتلقين الأعضاء في الشبكة أنفسهم مجبرين على ممارسة نشاطهم تحت علامة واحدة، مما يظهر الشبكة ككيان موحد⁸⁸⁶.

كما تبرز العلامة التجارية في هذا العقد باعتبارها تشكل محلاً لاستثمار كلا الطرفين فالمانح يسعى من خلال العقد لاسترجاع ما أنفقه في سبيل الحفاظ على العلامة من جهة ومصروفات الدعاية والاعلان من جهة أخرى. أما من جانب المتلقي فهو يطمح بموجب هذا العقد للاستفادة من شهرة العلامة بتصريف منتوجات تحمل علامة معروفة مسبقاً، وبالتالي يقتصد في تكاليف الخوض والبحث عن علامة تجارية لمنتجاته⁸⁸⁷. إذ تعدّ العلامة التجارية ضمن عقد نقل التكنولوجيا مسؤولة عن الحصرية المرتبطة بالمنتجات والتي سبق الحديث عنها⁸⁸⁸، لكن هذا يتطلب معرفة ماهو أساس حق الطرفين على العلامة التجارية والتي تعتبر عنصراً مميزاً لكل شبكة، ومن يملك حق التصرف في هذه العلامة؟.

البند الأول: أساس حق الطرفين على العلامة التجارية

إنّ العلامة التجارية هي في الأصل شارة للتمييز بين السلع والخدمات بحيث تسمح للزبائن بتمييز سلعة ما عن باقي سلع المؤسسات المنافسة، فهي تؤدي لتجنب اللبس والخداع وعدم تضليل الزبائن. إذ يمكن أن تتخذ العلامة أي شكل للتعبير على المنتج، وبالتالي يتعاضد الدور الذي تلعبه في عقود نقل التكنولوجيا فيجعلها المانح حجة لبسط سيطرته على الشبكة لحمايتها.

وفي هذا الشأن عرّف المشرع الجزائري العلامة التجارية في الفقرة الأولى من المادة الثانية من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات⁸⁸⁹ بكونها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها،

⁸⁸⁶ H MACCIONI, L'image de marque, Editions Economica, 1994, p53.

⁸⁸⁷ يوسف جيلالي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012، ص128.

⁸⁸⁸ أنظر الباب الأول، الفصل الأول، ص60.

⁸⁸⁹ الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 06/07/2003، المتضمن العلامات التجارية، ج.ر المؤرخة في 23 جويلية 2003، العدد 44، ص22.

والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".

كما وسع المشرع الجزائري من مفهوم العلامة التجارية وهذا بموجب المادة 3/2⁸⁹⁰ من قانون العلامات التجارية وقد أراد من ذلك ربط العلامة التجارية بكل نشاط إنتاجي، صناعي أو زراعي، غير أنّ هذه الصور قد وردت على سبيل المثال وليس الحصر⁸⁹¹، إذ يمكن أن تأخذ هذه العلامة عدة أشكال حسب ما ورد في المادة المذكورة أعلاه.

وهذا هو المفهوم العام للعلامة التجارية، لكن من ناحية عقد نقل التكنولوجيا فإنّ ارتباط العلامة التجارية بهذا الأخير تنقل عملية الحماية من الإقليمية إلى الدولية، باعتبارها من عناصر العقد وتتمحور حولها الشبكة التكنولوجية، ولكن ذلك لا يجعل من التصرفات التي يقوم بها المانح ذات أثر في مواجهة المتلقي إلا بعد تسجيلها وشهرها.

أولاً- أثر تسجيل العلامة التجارية على الشبكة:

تنص المادة 1/16 من اتفاقية تريبس (Trips Agreement)⁸⁹² على: "يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع جميع الأطراف الثالثة التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة من استخدام العلامة ذاتها، أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية، حين يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس...".

ويستنتج من خلال النص المتقدم تعليق استعمال العلامة التجارية على موافقة المانح (المالك) لاكتسابه حقاً عينياً على هذه العلامة بشرط أن تكون هذه الأخيرة مسجلة ولا تستند فقط إلى الشهرة.

⁸⁹⁰ المادة 3/2 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية: "... السلعة: كل منتج طبيعي أو زراعي أو تقليدي أو صناعي، خاماً كان أو مصنّعاً".

⁸⁹¹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص285.

⁸⁹² اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، والتي تضم سبعة أبواب: يحتوي الباب الأول أحكاماً عامة ومبادئ أساسية، أما الباب الثاني فيتضمن عناصر الملكية الفكرية والتي حددتها الاتفاقية في كل من حقوق المؤلف والحقوق المتعلقة بها، العلامات التجارية، المؤشرات الجغرافية، التصميمات الصناعية وبراءات الاختراع، التصميمات التخطيطية للرسومات الطبوغرافية للدوائر المتكاملة، وأخيراً المعلومات غير المفصح عنها. وخصص الباب الثالث لضمان إنفاذ حقوق الملكية الفكرية، واحتوى الباب الرابع على تنظيم اكتساب حقوق الملكية الفكرية. في حين تضمن الباب الخامس أحكام تسوية النزاعات، وشمل الباب السادس الترتيبات الانتقالية، وأخيراً تضمن الباب السابع الترتيبات المؤسسية والأحكام النهائية.

وبالتالي فإنّ التسجيل يعدّ سبباً منشئاً لملكية العلامة التجارية بدليل أنّ الاتفاقية لم تشترط الاستعمال الفعلي لقبول تسجيل العلامة التجارية أو رفضها⁸⁹³.

ويمثل إقدام المانح على حماية علامته التجارية وتسجيلها حماية غير مباشرة للمعرفة الفنية⁸⁹⁴. إذ يقتصر دور تسجيل العلامة التجارية في عقد نقل التكنولوجيا بكونه كاشفاً عن حق ملكية العلامة، والتسجيل في هذه الحالة مجرد قرينة عليه⁸⁹⁵، فالعلامة التجارية تتعلق بالمنتج وتحدد ماهيته ومصدره. ولهذا ينبغي دائماً توفر الكتابة للإثبات⁸⁹⁶، مع القيام بتسجيل العقد بسجل العلامات الممسك من قبل المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁸⁹⁷، ويتمّ ذلك بإيداع العقد أو مستخرج مطابق له⁸⁹⁸، وتكمن أهمية هذه الاجراءات في كونها تحفظ حقوق المتلقي من كل اعتداء.

وفي هذا الشأن تنص أغلب عقود نقل التكنولوجيا على واجب المتلقي في اعلام المانح عن كل انتهاك لحقوقه المرتبطة بالعلامة التجارية وخاصة الاعتداء بالنقل، وهو ما جاء به النظام الأوروبي 4087/88 في مادته 3. 2. C⁸⁹⁹، والبند 44 من توصية المفوضية الأوروبية الخاصة بالخطوط التوجيهية المتعلقة بالتقييدات الرأسية في عقود الفرانشيز⁹⁰⁰. وتكمن أهمية وجود مثل هذا البند في العقد لكون المانح تصعب عليه معرفة كل الاعتداءات التي تمارس على العلامة التجارية والتي تقع في عدة مناطق، بحسب تعدد الأقاليم التي يزاول بها أعضاء الشبكة نشاطهم، مما يفرض على المتلقي إبلاغه بتلك الممارسات.

⁸⁹³ المادة 1/19 من ذات الاتفاقية.

⁸⁹⁴ لا يستطيع المتلقي تسجيل العلامة التجارية داخل إقليمه أو خارجه لأنها في الأصل تعبر عن أحد حقوق المانح ومصالحه بالدرجة الأولى.

⁸⁹⁵ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص409.

⁸⁹⁶ المادة 15 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات؛ وتجدر الإشارة أنّ الترخيص يجب أن يتضمن وتحت طائلة البطلان العلامة المعنية، فترة ترخيص السلع والخدمات التي منحت من أجلها، والإقليم الذي تستعمل العلامة في مجاله، أو نوعية السلع المصنعة أو الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة، أنظر المادة 1/17 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات.

⁸⁹⁷ المادة 2/17 من الأمر 06-03.

⁸⁹⁸ المادة 1/24 من المرسوم التنفيذي 277-05 المحدد لكيفيات تسجيل العلامات وايداعها، المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1426 الموافق ل 02 أوت 2005، ج.ر. المؤرخة في 07 أوت 2005، العدد 54.

⁸⁹⁹ Régl.Comm. CE, n°4087/88 CE, art.3-2. c : « Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1^{er}... ».

c- Informer le franchiseur des contrefaçons des droit de propriété industrielles ou intellectuelles licenciés... ». ⁹⁰⁰ Point 44 de lignes directrices sur les restrictions verticales considéré comme nécessaire à la protection des droit de propriété du franchiseur, " Obligation pour le franchisé d'informer le franchiseur des contrefaçons des droit de propriété intellectuelles octroyés sous licence...".

ولا يجب أن يتوقف تدخل المتلقي فقط للإبلاغ على الاعتداء على العلامة التجارية، وإنما يجب أن يكون موقفه إيجابياً وذلك بالتصرف قضائياً لملاحقة المقلدين مع ضرورة التأكيد على أن تسمح النصوص القانونية للمتلقي برفع دعوى التقليد. وفي هذا الصدد تختلف الأحكام القانونية من بلد لآخر، فبعضها يجيز هذا الحق لمالك العلامة فقط، في حين تجيز قوانين أخرى بضرورة وجود ترخيص حصري حتى يتمكن المتلقي من ممارسة هذه الدعوى، وأن يتخلف المالك عن رفعها، وهو ما جاءت به المادة 31 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات: "عدا في حالة النص بالعكس في عقد الترخيص، يمكن للمستفيد من حق استثناء في استغلال العلامة أن يرفع بعد الاعتذار دعوى التقليد إذا لم يمارس المالك هذا الحق بنفسه".

ثانياً- نطاق حجية العلامة التجارية:

نصت اتفاقية تريبس بصددها حمايتها للعلامات التجارية على أن تعتبر أي علامة تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها مؤسسة ما عن تلك التي تنتجها مؤسسات أخرى صالحة أن تكون علامة تجارية، وحين لا تكون لهذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات ذات الصلة، يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطة بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام، كما يجوز لها اشتراط كون العلامات المزعم تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر⁹⁰¹.

كما أضافت اتفاقية التجارة الدولية حكماً تكون بموجبه للعلامة التجارية المسجلة في دولة منظمة لهذه الاتفاقية حجية مطلقة على سائر الدول الأعضاء مما يؤدي لتجاوز الصعوبات التي يخلقها تعدد الأنظمة القانونية⁹⁰²، ولذلك يمكن تحديد حجية العلامة التجارية كمايلي:

1. من حيث الأشخاص:

جاء في المادة 1/16 من اتفاقية تريبس أن لصاحب العلامة التجارية حق مطلق في منع الغير من استعمال ذات العلامة أو علامة مشابهة في أعماله التجارية بالنسبة لنفس نوع السلعة أو الخدمة

⁹⁰¹ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 157.

⁹⁰² Larry HEFTER, Op. Cit., p 590.

المشابهة لتلك التي سجلت عنها العلامة التجارية⁹⁰³. وبالتالي أضحت هذه الأخيرة ذات حجية مطلقة بموجب هذه الاتفاقية، ولكن يشترط لذلك توفر عاملين أساسيين:

- قيام صلة بين السلعة أو الخدمة التي تحمل العلامة التجارية أو ما يشبهها وبين المالك.
- احتمال حدوث ضرر لمالك العلامة التجارية.

2. من حيث الموضوع:

لا تشمل حجية العلامة التجارية السلع فقط وإنما تمتد لتشمل الخدمات وهذا ما اتضح جلياً بموجب نصوص الاتفاقية.

3. من حيث المكان:

استحدثت المادة 1/1 من اتفاقية تريبس حكماً يقضي بأن تسجيل العلامة التجارية بإحدى الدول الأعضاء يكفي ليكسبها حجية مطلقة لدى الكافة.

البند الثاني: ملكية حق التصرف في العلامة التجارية

حسم المشرع الجزائري الخلاف المتعلق بحظر التصرف في العلامة التجارية مستقلة عن المشروع، بأن أجاز التصرف فيها مستقلة عن المشروع بموجب نص المادة 14 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات والتي جاء فيها: "بمعزل عن التحويل الكلي أو الجزئي للمؤسسة، يمكن نقل الحقوق المخولة عن طلب التسجيل أو تسجيل العلامة كلياً أو جزئياً أو رهنها".

غير أنّ ملكية العلامة التجارية تصطدم بقيد لزوم الاستغلال لضمان استمرارها، أما عن صلاحية المتلقي لاستعمالها فتحدد بموجب مفهوم الاستعمال من جهة وبموجب الشروط التعاقدية من جهة أخرى، ولكن هل يمكن للمتلقي استعمال عدة علامات تجارية؟. إنّ حرية المتلقي في توزيع منتجات تحمل علامة تجارية أخرى تكون مقيدة بمضمون عقد نقل التكنولوجيا ومدى العناصر التي يستند إليها هذا الأخير، باستثناء الحالة التي يتراجع فيها دور العلامة التجارية ليفسح المجال للمعرفة

⁹⁰³ إنّ استعمال المتلقي لعلامة مشابهة للعلامة التي يستخدمها المانح دون ترخيص من هذا الأخير يقيم المخالفة ويلزم بذلك التعويض عما أصاب الشبكة من ضرر، باعتبارها انعكاساً للنجاح المحقق وهو ما يفسر ضرورة اقتران العلامة بالاستعمال.

الفنية كعنصر محوري في العقد. ومع ذلك يمكن للمتلقي استغلال أكثر من علامة لذات المانح، وهذا نظراً لاستخدام هذا الأخير عدة علامات تجارية لمضمون تكنولوجي واحد، وهنا تعبر العلامة عن حصرية المنتج إضافة إلى التمكن التكنولوجي⁹⁰⁴.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة اللبنانية بأن: "العلامة التجارية والاسم التجاري هما مال معنوي، تعود ملكيتهما لمن استحدثهما واستبطنهما وسبق له أن استعملهما في علامته وفي منتوجاته وسلعه التجارية والصناعية أولاً، وذلك بمواجهة منافسيه الذين يزاولون تجارة أو صناعة من نفس النوع بهدف منع المزاحمة الاحتياطية عن طريق تمييز المنتوجات عن بعضها ودرء الغلط فيما بينها وبين المنتجات المماثلة والمشباهة لها"⁹⁰⁵.

كما نصت المادة 16 من اتفاقية تريبس على تمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحقوق المطلق في منع جميع الأطراف التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة من استخدام العلامة ذاتها أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية؛ حيث يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس. ويفترض حدوث لبس في حالة استخدام علامة تجارية مطابقة بالنسبة للسلع أو الخدمات المطابقة. ويحظر أن تضرّ الحقوق الموصوفة أعلاه بأية حقوق سابقة قائمة حالياً، أو أن تؤثر في امكانية منح البلدان الأعضاء حقوقاً في العلامات التجارية على أساس الاستخدام.

كما نصت المادة 19 من ذات الاتفاقية على: "...

1- إذا كان استخدام العلامات التجارية شرطاً لاستمرار تسجيلها، لا يجوز إلغاء التسجيل إلا بعد انقضاء مدة لا تقل عن ثلاث سنوات متواصلة من عدم استخدامها ما لم يثبت صاحب العلامة التجارية وجود أسباب وجيهة تستند إلى وجود عقبات تحول دون هذا الاستخدام. وتعتبر الأوضاع الناشئة بغير إرادة صاحب العلامة التجارية المعنية أو الشروط الحكومية الأخرى المفروضة عليها أسباب وجيهة لعدم استخدامها.

⁹⁰⁴ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 409.

⁹⁰⁵ حكم رقم 98/2 صادر بتاريخ 1998/01/18، اجتهادات الملكية الفكرية، ط3، لبنان، 2006.

2- حين تكون العلامة التجارية خاضعة لسيطرة صاحبها يعتبر استخدامها من قبل شخص آخر استخداماً لها لأغراض استمرار تسجيلها".

ولهذا يقوم عقد نقل التكنولوجيا وبالموازاة مع نقل المعرفة الفنية بوضع المانح علامته التجارية تحت تصرف المتلقي، ولما كان هذا الوضع وكيف يكونه ترخيصاً باستعمال العلامة التجارية، فيجب ومن الناحية القانونية حيازة المانح لحق التصرف في العلامة التجارية حتى يتمكن من منح ترخيص باستعمالها⁹⁰⁶، فهل يجب أن يكون المانح مالكاً فعلياً للعلامة التجارية، أو يملك فقط حق الاستعمال؟.

أولاً- المانح مالك للعلامة التجارية:

تعتبر هذه الصورة الأكثر انتشاراً من الناحية العملية، وذلك لما يخوله حق الملكية من سلطة التصرف الواسعة، ومنها الترخيص للغير باستعمالها.

إلا أنه يجب التمييز بين ملكية العلامة الجديدة والعلامة الموجودة مسبقاً، فكلاهما يمكن أن يكونا عنصراً ضمن عقد نقل التكنولوجيا لكن ذلك الأمر يتطلب بالنسبة للعلامة التجارية الجديدة استكمال إجراءات إيداع العلامة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وهذا طبقاً لأحكام الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات، والذي يقضي باكتساب ملكية العلامة لمن كانت له الأسبقية في إيداعها لدى المصلحة المختصة، أي من كانت له الأولوية وهذا بإثبات أقدم إيداع⁹⁰⁷.

كما يحق لكل شخص قام بعرض سلع أو خدمات تحت علامة معينة في معرض دولي رسمي، أن يطلب تسجيل العلامة، ويطلب بحق الأولوية فيها ابتداء من عرض السلع أو الخدمات تحت هذه العلامة، وذلك في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من مدة انتهاء العرض⁹⁰⁸.

أما بالنسبة للعلامات الموجودة مسبقاً، فالمانح يكتسب ملكيتها بمجرد انتقالها إليه بموجب تصرفات قانونية مثل الهبة أو الوصية أو عقد التنازل عن العلامة التجارية⁹⁰⁹، أو الإرث أو بدمج

⁹⁰⁶ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص128.

⁹⁰⁷ المادة 1/6 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات؛ والذي يعتبر أهم مبادئ اتفاقية تريبس.

⁹⁰⁸ المادة 2/6 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

⁹⁰⁹ ويجب تحت طائلة البطلان كتابة هذه التصرفات مع توقيع كلا الطرفين؛ راجع المادة 1/15 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

المؤسسات أو بأي شكل آخر لحلول المؤسسات⁹¹⁰. غير أنه لا يمكن الاحتجاج بملكية هاته العلامة إلا من تاريخ إتمام إجراءات التسجيل⁹¹¹.

وفي هذا الشأن يجب على المانح إثبات ملكيته للعلامة التجارية أي إثبات هذا الاستحقاق، والذي يتم عادة بشكل كتابي ويتمثل في مستخرج سجل العلامات التجارية. لكن هذا الأمر لا يعتبر كافياً بل يجب على المانح الاستمرار في استغلال هذه العلامة، وبالتالي بإمكانه السماح للمتلقي بدوره باستعمال هذه الأخيرة بمقتضى العقد.

ويبدو واضحاً ضرورة اطلاع المتلقي على مجموع الأحكام القانونية المتعلقة بالعلامة التجارية خاصة ما تعلق منها بانقضائها، لما له من أهمية في مجال عقد نقل التكنولوجيا وذلك لارتباط حق المتلقي بحيازة المانح للعلامة وبقائها لديه، بالإضافة للمعرفة الفنية.

ثانياً- المانح مالك لحق الاستعمال:

يفرض عقد نقل التكنولوجيا نقل المانح للمعرفة الفنية للمتلقي، بالإضافة للعلامة التجارية والشعار لتوحيد الشبكة بالنسبة لكافة المتلقين. ولكن لتحقيق ذلك لا يشترط أن يكون المانح مالكا للعلامة التجارية أو بالأحرى كافة الحقوق المرتبطة بالعلامة، وإنما يكفي فقط أن يكون حائزاً لحق استعمالها. غير أن هذه الحالة نادرة الحدوث في الواقع العملي نظراً لكون الشخص الحائز لحق استعمال العلامة فقط هو من يملك حقاً محدوداً بشأنها⁹¹²، حيث لا يمكنه لعب دور المانح في عقود نقل التكنولوجيا، وهذا بمنحه تراخيص فرعية (Sous- License) أو ما يعرف بالتراخيص من الباطن باستعمال العلامة التي منحت له، إلا بموافقة المالك⁹¹³.

⁹¹⁰ المادة 2/15 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

⁹¹¹ المادة 3/22 من المرسوم التنفيذي 05-277 المحدد لكيفيات إيداع العلامات وتسجيلها.

⁹¹² F.VIDTS, Le contrat de Franchise et Les Droits Intellectuels, Le contrat de Franchise, Travaux de Séminaire organisé à L'ège, 29/09/2000, Delta, Beyrouth, 2002, p68.

⁹¹³ لم يرد في هذا الشأن حكم في القانون الجزائري يقضي بإمكانية التراخيص من الباطن.

ويتحقق اكتساب المانح للعلامة بهذا الشكل بمقتضى عقد ترخيص تجاري للعلامة التجارية والذي يربطه بمالكها⁹¹⁴، أي يكتسب حقوقاً على علامة سبق تسجيلها، ولهذا يجب على المانح إعلام المتلقي بذلك بموجب وثيقة الاعلام السابقة على التعاقد أو في مرحلة المفاوضات لما لهذا الاجراء من أهمية، حيث لا يمكن أن تتجاوز مدة عقد نقل التكنولوجيا المدة المحددة في رخصة استغلال العلامة التجارية التي يحوزها المانح⁹¹⁵.

ثالثاً- التزامات المانح المرتبطة بالعلامة التجارية:

بالإضافة للالتزامات التي يربتها عقد نقل التكنولوجيا على المانح، فإنّ هذا الأخير يتحمل التزامات إضافية باعتباره مرخصاً باستخدام علامته التجارية ومنها:

1. الالتزام بالضمان:

مفاده قيام المانح بتأمين الاستغلال والانتفاع بالعلامة التجارية طوال مدة العقد وهذا لصالح المتلقي، وعليه فإنّ المانح ملزم بضمان كل تعرض سواء من قبله أو من قبل الغير يحول دون الانتفاع التام للمتلقي بالعلامة، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بالكف عن كل الممارسات التي من شأنها أن تؤدي إلى سقوط حقه على العلامة من جهة، ودفع اعتداءات الغير على هذا الحق من جهة أخرى⁹¹⁶. وعليه فإنّ المانح ملزم على الخصوص باستعمال وتجديد العلامة وعدم تركها.

ويتوجب على المانح الذي سجل العلامة التجارية محل عقد نقل التكنولوجيا استعمالها وفي حالة عدم الالتزام بذلك فإنّه يفقد ملكيتها، إلا إذا لم تتجاوز فترة عدم الاستعمال الثلاث سنوات دون انقطاع،

⁹¹⁴ أجاز المشرع الجزائري الترخيص باستعمال العلامة التجارية بموجب المادة 16 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات والتي جاء فيها: "يمكن أن تكون الحقوق المرتبطة بالعلامة موضوع رخصة استغلال واحدة؛ استثنائية أو غير استثنائية، لكل أو جزء من السلع والخدمات التي تمّ ايداع أو تسجيل العلامة بشأنها". ويأخذ الترخيص باستعمال العلامة التجارية أحد الصور التالية:

- أ. الترخيص غير الاستثنائي: بموجبه يحتفظ المرخص لنفسه بحق استعمال العلامة التجارية إلى جانب المرخص له باستعمالها.
- ب. الترخيص الوحيد: ويقصد به الترخيص الذي يستأثر بموجبه المرخص له بحق استعمال العلامة التجارية، دون أن يكون للمرخص الحق في منح شخص ثالث ترخيصاً باستعمالها، وهذا النوع قليل الاستعمال في عقود نقل التكنولوجيا.
- ت. الترخيص الاستثنائي: وبموجبه يستأثر المرخص له بحق استعمال العلامة التجارية دون أن يكون للمرخص الحق في استعمالها لا بنفسه ولا بواسطة الغير بل يقتصر استعمال العلامة التجارية على المرخص له وحده فقط؛ أنظر:

Joanna SCHMIDT- SZALEWSKI et Jean Luc PIERRE, Droit de la Propriété Industrielle, 4^{édition}, éditions Lexisnexis, Paris, 2007, p201.

⁹¹⁵ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص131.

⁹¹⁶ نفس المرجع، ص251.

أو قدم قبل انتهاء هذا الأجل حجة بأنّ ظروفًا حالت دون الاستعمال بحيث يسمح في هذه الحالة بالتجديد لمدة سنتين على الأقل⁹¹⁷.

أما فيما يتعلق بالتجديد، فإذا كانت مدة عقد نقل التكنولوجيا أطول من مدة الحماية المقررة للعلامة، أو أنّ المانح يرغب في استمرار عقد نقل التكنولوجيا بعد انتهاء مدته، فهذا هو ملزم بتجديد ايداع وتسجيل العلامة عند انقضاء الفترة المقررة للحماية القانونية والمقدرة بعشر سنوات ابتداء من تاريخ التسجيل⁹¹⁸.

كما يلتزم المانح وفي حال الاعتداء على العلامة بالتقليد مثلاً برفع دعوى التقليد لوقف هذا الاعتداء لكونه يقلل من انتفاع المتلقي بالعلامة موضوع عقد نقل التكنولوجيا. كما يمكنه رفع دعوى ابطال تسجيل بعض العلامات التجارية التي يمكنها أن تخلق اللبس في ذهن الزبائن وتضعف بالتالي عقد نقل التكنولوجيا، وذلك في مدة خمس سنوات من التسجيل، أو في أيّ وقت إذا كان طلب التسجيل تمّ بسوء نية⁹¹⁹.

2. الالتزام بتشهير العلامة التجارية:

ويتمّ ذلك بقيام المانح بالترويج للعلامة وجعلها معروفة، عن طريق حملات الاشهار المتنوعة في التراب الوطني أو خارجه⁹²⁰. ولكن يجب التنويه أنّ شهرة العلامة التجارية لا تكفي منفردة للتعبير عن عقد نقل التكنولوجيا ولا تنتج أثراً في مواجهة المتلقي، لذا تقتصر الحجية المستمدة من الشهرة التجارية على استعمال العلامة واستغلالها دون التصرف فيها⁹²¹.

3. الالتزام بالتعاون في الدفاع عن عناصر عقد نقل التكنولوجيا:

تعدّ العلامة التجارية والشعار عاملاً مشتركاً بين جميع أعضاء الشبكة، لكونها تمثل رمزاً تعرف به الشبكة لدى الجمهور، ولذا فإنّ الدفاع عن هذه الحقوق لا تقع على عاتق المانح فقط باعتباره مالكاً

⁹¹⁷ المادة 11 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

⁹¹⁸ المادة 5 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

⁹¹⁹ المادة 20 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

⁹²⁰ Ph. LE TORNEAU, Op. Cit., p200.

⁹²¹ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص410.

لها، وإنما يتوجب على كل متلقي عضو في الشبكة القيام بهذه المهمة⁹²².

إذ أنّ التعدي على العلامة التجارية قد يمثل بالتبعية اعتداء على التكنولوجيا المستخدمة في تصنيعها بدخوله تحت صورة تقليد المنتجات، مما يدفع لحدوث اضطراب في مشروع المانح، خاصة مع إقبال المستهلك الدائم على السلعة التي تحمل علامة تجارية أو صناعية معينة من أجل قيمة وأهمية هذه العلامة وما توفره من جودة، بغض النظر عن أهمية المعرفة الفنية أو دورها في إنتاجه⁹²³. لكن وعلى اعتبار أنّ هذه العلامة التي يستخدمها المتلقين مشتركة في الشبكة الواحدة فهل تعتبر علامة فردية أو علامة جماعية؟.

تكون العلامة التجارية فردية عند امتلاكها من قبل مؤسسة اقتصادية واحدة ومعينة بالذات، أما العلامة التجارية الجماعية فهي التي تملكها جمعية أو هيئة تتكون من عدة شركات تشترك فيما بينها في استعمال نفس العلامة، وهذه الحالة الأخيرة هي ما ينطبق على الشبكة التكنولوجية، لكن ذلك لا يمنع من استخدام المتلقي لعلامة خاصة بشركته إلى جانب العلامة الجماعية التي يستفيد منها، وبمفهوم المخالفة فاستخدام العلامة الجماعية لا يترتب عليه حرمان كل شركة على حدى من استخدام علامتها الفردية⁹²⁴.

الفرع الثاني: توازي دور عناصر استغلال المشروع في التعبير عن وحدة الشبكة

يتحقق النقل الحقيقي للتكنولوجيا متى ما تمكن المتلقي من تنفيذها كمرحلة أولى، ثمّ يعيد إنتاجها في مرحلة ثانية، ثمّ يصل إلى مرحلة التجديد⁹²⁵. لكن في كل هذا عليه أن يكون بمستوى واحد مع كافة أعضاء الشبكة التي تجمع بينهم تكنولوجيا موحدة، يتمّ التعبير عنها بموجب علامة تجارية وشعار يسهمان في انتشارها، وهذا تبعاً لنوع عقد نقل التكنولوجيا.

⁹²² يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص326.

⁹²³ ذكرى عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص141.

⁹²⁴ عجة جيلالي، أزمات حقوق الملكية الفكرية، أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص275-276.

⁹²⁵ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص28.

البند الأول: علاقة عناصر استغلال المشروع بالشبكة

يعرّف قانون التجارة المصري في المادة 73 منه عقد نقل التكنولوجيا بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات. ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به".

وبموجب هذا النص فإن محل عقد نقل التكنولوجيا يتمثل في نقل المعارف الفنية من المانح إلى المتلقي، وتشمل تكنولوجيا الإنتاج والاستعمال وتكنولوجيا الخدمات التي تشمل أيضاً الإدارة والتنظيم. غير أنه يلاحظ من ذات النص أنّ المشرع استبعد من عقود نقل التكنولوجيا مجرد بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها. لكن لا يوجد ما يمنع من اقترانها بالمعرفة الفنية كمعبر عنها، وهذا لتمييز الشبكة التكنولوجية عما يشبهها. وبالتالي تعتبر العلامات التجارية والاسم التجاري في هذه الحالة جزءاً من عملية نقل التكنولوجيا سواء تمّ ذلك بعقد واحد أو بعقود منفصلة عن بعضها البعض، وهو ما جاء بصريح العبارة في المذكرة الإيضاحية.

إذ يعتبر عقد نقل التكنولوجيا كل اتفاق يكون محله التزام المانح بنقل معلومات فنية ما تستخدم في إنتاج السلع أو الخدمات وسواء تعلقت هذه المعلومات بما يعرف بتكنولوجيا المنتج، أي المعرفة التي تستهدف إنتاج منتج معين، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الانتاجية، أي التكنولوجيا الخاصة بطريقة الإنتاج. ولما كانت التكنولوجيا هي مجموعة المعلومات المستخدمة في إنتاج السلع والخدمات فلا يعتبر من قبيل نقل التكنولوجيا مجرد بيع أو شراء وتأجير سلعة أو خدمة، كذلك لا يعتبر من قبيل نقل التكنولوجيا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، وهو ما يعتبر من قبيل الايجار. ومع ذلك تسري أحكام هذا الفصل على كل بيع أو تأجير لعلامة تجارية أو اسم تجاري إذا كان ذلك البيع أو الايجار جزءاً من عملية نقل التكنولوجيا، وسواء تمّ ذلك بعقد واحد أو بعقود منفصلة

والهدف من ذلك منع أيّ تحايل على أحكام المشروع الذي يتمّ عن طريق ادراج الشروط التقييدية المحرمة في عقود نقل التكنولوجيا، وفي عقود بيع أو ايجار العلامات التجارية أو الأسماء التجارية⁹²⁶.

وتضيف المادة 2/72 من نفس القانون على أنّ أحكام هذا الفصل تسري على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا سواء تمّ ابرامه بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر.

وزيادة على هذا النص وبالنظر إلى تعريفات عقود نقل التكنولوجيا يتبين أنّ هذا العقد يجب أن يتضمن إلزامياً قيام المانح بالوضع تحت تصرف المتلقي المعرفة الفنية بالإضافة إلى بعض حقوق الملكية الصناعية المميزة للمنتجات والخدمات والمشروع في حدّ ذاته؛ والتي تتحدد في كل من العلامة التجارية والشعار، وهذا ما يتفق مع الفكرة التي أدت إلى ظهور هذا العقد والتي تتمحور في الترخيص باستعمال عناصر لجذب وتجميع الزبائن.

أولاً- العلامة التجارية:

تتجاوز المعرفة الفنية حدود الشبكة عن طريق العلامة التجارية فهي تعبر عنها وتلتصق بالسلعة لتميزها عن بقية السلع، ويبرز دورها في هذه الحالة كمعبر عن الشبكة التكنولوجية التي يترأسها المانح. غير أنّ مركزها ضمن هذه السلسلة يتحدد بموجب عقد نقل التكنولوجيا وطبيعته، فإذا كان العقد أقرب إلى عقود التوزيع مثلاً، فإنّ العلامة التجارية هي ما يظهر إلى الوجود على حساب العناصر الأخرى والعكس صحيح⁹²⁷.

إذ تبدأ ملكية العلامة التجارية منذ لحظة ابتكارها أو اختيارها كمعبر عن المنتج، ويترتب على قيام حق الملكية اكتساب السلطات الثلاث على هذه العلامة ومن بينها حق الاستعمال، لكن هذا الأخير يصطدم بالازدواجية التي يمنحها عقد نقل التكنولوجيا، وهنا تعود الحصرية لتبرز إلى الوجود، فينأط بالعلامة التجارية فقط التعبير عن المنتج.

وعلى هذا الأساس فإنّ حق المانح على العلامة التجارية يوجب عليه استغلالها، لكن اقترانها بالمعرفة الفنية يجعل استعمالها مشتركاً في الشبكة الواحدة. فرغم ثبوت حق الملكية للمانح إلا أنّها لا تنتج أثرها إلا بعد استعمالها وهذا طبقاً للمادة 11 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية.

⁹²⁶ إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص42.

⁹²⁷ Didier FERRIER, Droit de la distribution, Op. Cit., p321.

إذ تعبّر العلامة التجارية عن المعرفة الفنية، فتشكل مع الشعار عنصراً لجذب المتلقين للانضمام للشبكة، كما تساهم في جذب المستهلكين. لذا يمكن أن تعتبر العلامة التجارية عنصراً جوهرياً في محل العقد كما هو الحال في عقد الفرانشيز التوزيعي⁹²⁸. فوجود علامة تجارية ضمن عقد نقل التكنولوجيا مقترنة بالمعرفة الفنية هو ما يميز هذا العقد المركب عن عقد الترخيص البسيط الذي يكون محله العلامة التجارية فقط، ولكن هل يشترط وجود العلامة التجارية في عقود نقل التكنولوجيا؟.

لا يشترط ذلك بطبيعة الحال وهذا نظراً لانقسام عقود نقل التكنولوجيا إلى نوعين تختص إحداها بتداول التكنولوجيا وتسويقها، أما النوع الثاني فيهدف لاكتساب السيطرة التكنولوجية. فيبدو جلياً من خلال عقود المفتاح في اليد -التي تندرج ضمن النوع الأول- عدم وجود علامات، كما أنّ هناك فرق واضح بين العلامة التجارية وما تتضمنه من جهة وبين عقد نقل التكنولوجيا من جهة أخرى. فإذا كان هذا العقد يستند بصورة أساسية على العلامة التجارية في تسويق منتجاته بصورة حصرية، فإنّ الأمر لا يتوقف على تلك العلامة فقط، وإنما يعتمد بصورة خاصة على مدركات المعرفة الفنية وما تدخله من خبرة وأساليب جديدة ومرتكزات تقنية وأساسية في إنتاج السلع، والتي تعتبر جميعها حزمة متكاملة يمنحها المانح للمتلقي بناء على هذا العقد⁹²⁹. وبهذا لا تشكل العلامة التجارية سوى عنصر من عناصر عقد نقل التكنولوجيا ليس إلا.

وتجدر الإشارة أنّ العلامة التجارية في هذا الشأن لا تقتصر وظيفتها على التمييز بين السلع أو الخدمات، بل تعود في الأساس إلى دورها المتزايد في حماية مؤسسة المانح من أيّ منافسة غير مشروعة حيث تسمح لزبائن هذه المؤسسة من تقادي أيّ لبس بين المنتجات، كما قد تستخدم هاته

⁹²⁸ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص408؛ عرّفته محكمة العدل الأوروبية بأنه: "ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المتلقي ببيع منتجات معينة، بمحل يحمل العلامة أو العلامات المميزة للمانح"، وهو أكثر الأنواع انتشاراً إذ يهتم المانح بتقديم المعرفة الفنية لتوزيع المنتجات دون التطرق لأساليب ووسائل تصنيعها، كما يقدم للمتلقى مجموعة من السلع التي يلزم ببيعها ضمن إطار جغرافي معين، ويعمل على تدريبه ودعمه طيلة فترة التعاقد. إضافة إلى ذلك فإنّ مسألة نقل المانح لمعرفته الفنية موجودة أيضاً حتى لو اقتصر الأمر على مجرد طريقة لعرض المنتجات، أو أية طريقة تضيف ميزة تنافسية ما بين الأنشطة التجارية؛ أنظر: حسام الدين خليل فرج محمد، عقد الامتياز التجاري (Franchise) وأحكامه في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص59. ومن أهم الأنشطة التي يتميز بها هذا النوع هي الخدمات الغذائية، وتوزيع الأدوات الكهربائية والإلكترونية، والزيوت، والمواد التجميلية، والمجوهرات...؛ Françoise VIDTS, Op. Cit., p64.

⁹²⁹ نعيم مغيب، الماركة التجارية -علامة فارقة أم مميزة-، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الأولى، د.م.ن، 2010، ص22.

العلامات لتسويق منتجات المؤسسة وترويجها قصد جلب عدد أكبر من الزبائن⁹³⁰ خاصة عند وجود متلقي جديد ضمن الشبكة التكنولوجية.

ويبدو جلياً أنّ قيام المانح بإبرام هذا النوع من العقود مهما اختلف شكله يتطلب حيازته لحق التصرف في العلامة التجارية محل التعاقد، كما أنّ ارتباط عقود نقل التكنولوجيا بالعلامات التجارية المشهورة ذات السمعة العالمية يطرح مسألة شهرة العلامة التجارية في هذه العقود. لكن تجدر الإشارة أنّ هذه الأخيرة هي ما يحفز المتلقي للانضمام للشبكة، وهذا رغبة منه في تكرار النجاح الاقتصادي الذي حققه المانح، ولا شك أنّ العلامة التجارية تعدّ إحدى عوامل النجاح، لما لها من دور في اجتذاب الزبائن وزيادة القدرة التنافسية في مواجهة بقية المنافسين، فهل من الضروري أن تكون العلامة التجارية مشهورة حتى يتمّ إبرام عقد نقل التكنولوجيا، خاصة مع ما يتميز به هذا النوع من العلامات من مزايا تشمل سرعة التصريف، وارتفاع الأرباح...

وللإجابة على هذا السؤال يرى Didier FERRIER ضرورة شهرة العلامة التجارية موضوع عقد نقل التكنولوجيا، مبرراً ذلك بكون النجاح التجاري للمانح ينعكس على شهرة العلامة المميزة، وأنّ غياب الشهرة يعدّ مبرراً لإعادة النظر في العقد⁹³¹. كما يرى ياسر سيد محمد الحديدي أنّ أهم أسباب انضمام المتلقي للشبكة يكمن في شهرة العلامة التجارية وفعاليتها في جذب الزبائن، وبالتالي فإنّ غياب الشهرة يعدّ عاملاً فاعلاً لعدم صحة العقد⁹³².

أما بشأن القضاء، فقد اتخذ موقفاً متبايناً فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بخصوص عقود الفرنشايز أنه: "بتخلف الشهرة والطابع المميز الملائم فإنّ العلامة المعروضة من قبل المانح ليس من شأنها منح الاستفادة المتوقعة، لدرجة تجعل العقد فاقداً للسبب"⁹³³. كما ذكرت في قرار آخر أنّ: "زبائن المانح مرتبطين في الغالب بشهرة العلامة التجارية"⁹³⁴، إذ تعتبر العلامة التجارية من بين العناصر الهامة في بعض عقود نقل التكنولوجيا فتكسبها شهرة دولية عابرة للحدود.

⁹³⁰ عجة جيلالي، المرجع السابق، ص171. إذ يتمّ بموجبها اقتسام الزبائن والاشتراك بين الأطراف فيهم؛ أنظر:

Y. CHAPUT, La clientèle appropriée, Litec, Paris, p169.

⁹³¹ Didier FERRIER, Droit de la Distribution, Op. Cit., p 375.

⁹³² ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي والقانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص135.

⁹³³ Cass.com, 09 octobre 1990, JCP E 1990, I, 39, n°5, obs, J. Azéma ; RTD civ, 1991.

⁹³⁴ Cass. Civ., 27 mars 2002, JCP G 2002, II, 10112 mp. 1312, note F. Auque.

ولتحديد مدى شهرة هذه العلامة من عدمه يجب العودة للمعايير التي يأخذ بها الفقه في هذا المجال وهي كالآتي⁹³⁵:

1. **معيار جغرافي:** أيّ الحيز المكاني الذي تنتشر فيه العلامة فكلما كان عابراً للحدود، كلما كنا أمام علامة مشهورة.
2. **معيار زمني:** ويقصد به مدة الاستعمال، فكلما كانت المدة أطول كلما كانت العلامة مشهورة.
3. **معيار مادي:** ويتمثل في مدى انتشارها بين المستعملين.

وما يبرز ضرورة بروز شهرة العلامة التجارية للوجود هو السماح للمتلقي بالمطالبة بالتعويض نظراً لغياب هذه الأخيرة، وهذا في ظلّ تخلف المانح عن القيام بحملات دعائية وإشهار تسمح بتحقيق هذه الشهرة⁹³⁶. فشبكة نقل التكنولوجيا لا تستفيد عند انطلاقها من أية شهرة مرتبطة بالعلامة التجارية والمعرفة الفنية والشعار إلا بانضمام المتلقين إليها، فيكون هنالك تبادل مستمر بين الأطراف لمجموع مقدمات التطور.

ثانياً- الشعار:

يعرّف الشعار باعتباره إشارة مرئية تستخدم لتمييز مؤسسة تجارية عن الأخرى لعدم الخلط بينهم⁹³⁷، وهو ما تبناه القانون الفرنسي المؤرخ في 1979/12/29 أين عرّف الشعار بأنه: "كل شكل، تسجيل أو صورة ملصقة على مبنى ومتعلقة بالنشاط التجاري الممارس داخله"⁹³⁸.

غير أنّ المشرع الجزائري قد تذبذب في مفهوم الشعار فقد اعتبره مرة "عنوان المحل" في المادة 78 من القانون التجاري، واعتبره مرة أخرى شكلاً من أشكال العلامة في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁹³⁹.

⁹³⁵ عجة جيلالي، المرجع السابق، ص277.

⁹³⁶ J. Marie LELOUP, Op. Cit., p48.

⁹³⁷ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص119.

⁹³⁸ Frédéric POLLAND-DULIAN, La Propriété Industrielle, éditions Economica, 2011, p687.

⁹³⁹ ج.ر العدد 58 الصادرة بتاريخ 2013/11/18.

فالشعار إذاً هو شارة تعتمد على المؤسسة لتمييز منتوجاتها عن غيرها في إطار جغرافي محدد، فهي شبيهة إلى حد ما بالعلامة التجارية، لكنها لا تتمتع بالضمانات الممنوحة لها وهذا من خلال تسجيلها في سجل خاص بالعلامات التجارية⁹⁴⁰.

ففي أغلب عقود نقل التكنولوجيا يلتزم المانح بوضع الشعار الذي يستخدمه تحت تصرف المتلقي كمعبر عن المظهر الخارجي لانضمامه للشبكة التكنولوجية، وكتنفيذ للالتزام الذي يتضمنه العقد في معظم الأحيان. ولكن إذا حدث وتوقف العقد لأي سبب من الأسباب فيجب على المتلقي التوقف فوراً عن استخدام الشعار الخاص بالمانح⁹⁴¹.

لذا يعتبر الشعار انعكاساً للمعرفة الفنية باعتباره واجهة مميزة للشبكة، وهو ليس بعنصر في المعرفة الفنية، إذ ينفرد في التعبير عن الهوية الذاتية لكل مشروع على حدى وذلك في حدوده الإقليمية، كما يفصل في التقسيم الإقليمي للأسواق بين أعضاء الشبكة الواحدة، وهو بذلك يقيم التزاماً متبادلاً بعدم تخطي الحدود الإقليمية للطرف الآخر⁹⁴²، والتي يحددها عقد نقل التكنولوجيا.

ونطاق استخدام الشعار هو تكملة ضرورية للعلامة التجارية في إطار عقد نقل التكنولوجيا⁹⁴³، فكلاهما يمثل شارة جذب الزبائن، فالعلامة التجارية تكون ملتصقة بالسلعة فتنتقل معها وتصل إلى العميل في كل مكان يحوزها فيه، أما الشعار فهو الشارة التي ترتبط بالمشروع، لذا فهو يلعب دوراً محدوداً.

هذا وتختلف الحصرية المستمدة من الشعار عن تلك المرتبطة بالعلامة التجارية، هذه الأخيرة التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمنتجات حيث يمنع على المتلقي بيع منتجات منافسة أو فتح مشروع مماثل، في حين يتعلق الشعار فقط بالمشروع. إذ يعدّ الشعار الواجهة المميزة للشبكة التكنولوجية، لكن لا يصلح منفرداً للتعبير عن الوحدة الفنية للشبكة خاصة إذا ما تمّ بدء النشاط بكل من العلامة التجارية والشعار معاً، لأنّ تخلف أحدهما فيما بعد يبطل طلب فسخ العقد⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 17.

⁹⁴¹ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 121.

⁹⁴² محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 274.

⁹⁴³ فايز نعيم رضوان المرجع السابق، ص 120.

⁹⁴⁴ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 411.

وفي الأخير يمكن القول أنّ العلامة التجارية والشعار تعبران عن المعرفة الفنية، فكلاهما يجذبان المتلقين للانضمام لهذه الشبكة، أو يجذبان المستهلكين للتعامل معها، وبالتالي تتأثر الشبكة بكافة هذه العناصر لتكسبها انتشاراً واسعاً يتزايد سلباً وإيجاباً. ولكن بالنسبة لهذين العنصرين قد يوجدان في بعض مشاريع المانح وقد لا توجد وهذا بحسب طبيعة النشاط، كما أنّ قيمة هذين العنصرين تتجدد وفقاً لمدى حاجة المشروع إليها هذا من جهة، وبنسبة ما تساهم به في جلب الزبائن من جهة أخرى.

البند الثاني: تحمل التبعية

يؤمن كل من الشعار والعلامة التجارية تسويق المعرفة الفنية، في حين تكسبهما المعرفة الفنية النجاح الذي يؤمن انتشاراً متزايداً، إذ يمثلان همزة الوصل بين المشروع والمستهلك. كما تجعل كل هذه العناصر مجتمعة الشبكة تظهر بمظهر واحد أمام الجميع. لكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال إذا ما ألحقت هذه التكنولوجيا أضراراً بالغير فعلى عاتق من تقع هذه المسؤولية، المانح أم المتلقي، أو الشبكة أو الدولة التي سمحت بإدخال هذه التكنولوجيا؟.

للإجابة على هذا السؤال يفترض الرجوع للمبادئ والقواعد القانونية التي تجبر المانح على ضمان نتائج التكنولوجيا التي توصل إليها على نحو يوفر به الأمان لكل مستخدم لهذه الأخيرة، فمتى توفرت كل التزامات العقد بصفة صحيحة ومنظمة - خاصة في مرحلة المفاوضات لتعلق الأمر بالغير وضمان الضرر الذي قد يصيبه جراء استعمال التكنولوجيا-، لذا لا بد من أن يتضمن العقد تحديد الطرف الذي يتحمل مسؤولية الأضرار التي تصيب الغير بما يؤمن التوازن المالي للعقد المبرم بين الطرفين. ومما لا شك فيه أنّ هذا الأمر يتطلب تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية ومراعاة الأعراف والقوانين الدولية لضمان حسن التنفيذ، وإلا سوف تكون المسؤولية مشتركة تجاه الغير الذي يكون قد تعرض للأضرار المادية والمعنوية جراء استعمال التكنولوجيا المنقولة⁹⁴⁵. وفي هذا الشأن نصّ المشرع المصري في المادة 2/85 ق. ت. على أنه: "يسأل كل من المورد والمستورد بغير تضامن بينهما عما يلحق بالأشخاص والأموال من ضرر ناشئ عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلعة الناتجة عن تطبيقها".

⁹⁴⁵ وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 238.

وجاء في المذكرة الايضاحية أيضاً أنّ كل من المانح والمتلقي مسؤولان بغير تضامن بينهما عما يلحق بالأشخاص أو الأموال من أضرار ناشئة عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلع الناتجة من تطبيقها في العملية الإنتاجية. ويبدو أنّ المشرع المصري قد جعل المسؤولية تبادلية بين المانح والمتلقي من غير تضامن بينهما.

ولذا يجب تحمل تبعية الأضرار التي يمكن أن تصيب الغير من جراء عقد نقل التكنولوجيا، فقد ينتج عن هذا الأخير بعض الأضرار بالنفس أو بالمال لأشخاص تابعين للمانح، أو للمتلقي في حد ذاته، أو مستعملي المنتج وغيرهم⁹⁴⁶. وفي هذا الشأن يمكن تنظيم هذا الالتزام بموجب العقد تحت مسمى الالتزام "بتحمل التبعة"، أما إذا خلا العقد منه أو لم ينظم بشكل كاف ففي هذه الحالة تطبق القواعد العامة في المسؤولية المدنية، بالإضافة لأحكام تشريعات التأمينات والعمل إذا كانت الأضرار قد أصابت العمال.

وقد اهتمت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة ببحث هذه المشكلة ضمن إطار توحيد قواعد المسؤولية وآثارها في التجارة الدولية، خاصة ما تعلق منها بالأضرار أو الخسائر القابلة للتعويض وأساس الحق فيها والأشخاص الملزمين بأدائها والمستفيدين منها⁹⁴⁷.

وبالتالي فإنّ مسؤولية كل من المانح والمتلقي عن الأضرار التي تلحق الأشخاص والأموال والناجمة عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلعة الناتجة عن تطبيقها، هي في هذا المقام نوعان: مسؤولية عقدية تقوم على الاخلال بالتزام تعاقدي، ومسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الاخلال بالتزام قانوني مفاده عدم الاضرار بالغير⁹⁴⁸.

ولذلك ينبغي تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية فيما لم يرد فيه نص في عقد نقل التكنولوجيا، وننوه لضرورة عدم الاتفاق على إعفاء المانح أو المتلقي من المسؤولية عن الأضرار الناجمة بسبب التكنولوجيا المنقولة أو التحسينات المرتبطة بها والسلعة الناتجة عن تطبيقها.

⁹⁴⁶ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 487.

⁹⁴⁷ يوسف عبد الهادي الإكياي، المرجع السابق، ص 227.

⁹⁴⁸ وفي هذا الصدد توجد ثلاثة أنواع: مسؤولية عن الأفعال الشخصية والقائمة على أساس الخطأ والضرر وعلاقة السببية، والمسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية الشبئية.

وبما أنّ هذا التوجه لا مقابل له في القانون الجزائري لعدم وجود تنظيم قانوني لهذا النوع من العقود، فإنّه في هذه الحالة لا بد من الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية لمعالجة أضرار التكنولوجيا المنقولة وتحديد التعويض عنها والجهة التي تتحملها.

المطلب الثاني: الطابع التوزيعي للمضمون التكنولوجي للمعرفة الفنية

تعتبر المعرفة الفنية عنصراً معنوياً ضمن عقد نقل التكنولوجيا، غير أنّه بإمكانها التعبير عن نفسها من خلال بقية عناصر المشروع، مثل المظهر العام والدعاية الإعلامية واللذان يكملان بقية العناصر الأخرى والمتمثلة في السمعة التجارية والاتصال بالزبائن، لتشكل جميعها فيما بعد وحدة اقتصادية متجانسة غايتها تحقيق التوسع التكنولوجي. لكن تبقى المعرفة الفنية محور الشبكة التكنولوجية فهي لا تقتصر على مضمونها المجرد، وإنما تظهر بمفهوم يساعد على اتساق المظهر العام وجعله موحداً ليجمع كل أعضاء الشبكة. وترتيباً على ذلك فإنّ الدراسة في هذا المقام سوف تتعرض لتجانس وانسجام الشبكة (الفرع الأول)، ومدى انتشار هذه الأخيرة من خلال السياسة الإعلامية المتبعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجانس الشبكة

يهدف المانح من وراء عقد نقل التكنولوجيا لإنشاء شبكة متكاملة تمارس هذا الأسلوب، ويأمل من خلالها الوقوف في وجه المنافسة بزيادة منافذ البيع واستثمار رأس المال⁹⁴⁹، لكن المتلقي وعلى خلافه يهيمه بالدرجة الأولى الانضمام لنظام نقل حقيقي يضمن له الاستقرار في التعامل وتوفير الجهد والمال، وأمام هذا الواقع تظهر أهمية شبكات نقل التكنولوجيا وما توفره من حماية للمتلقي في مجال هذا النشاط.

إنّ خيار الانضمام لشبكة ما يكون ناتجاً عن تحديد دقيق للحقوق والالتزامات، فهذه الشبكة هي تأمين لعدم اتخاذ قرارات خاطئة من قبل الجميع إذ تعمل بإمكانيات متنوعة حسب أطراف العقد⁹⁵⁰،

⁹⁴⁹ دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المرجع السابق، ص23.

⁹⁵⁰ وهو نفس ما يحدث بالنسبة لعقود التوزيع أين يتطلب هذا النظام أن يقوم المتلقي باحترام السياسة التجارية للشبكة، فهو ليس حر في تعاملاته؛ أنظر: François Collart AUTILLEUL, Philippe DELEBEQUE, Contrats civils et commerciaux, 10^e édition, Dalloz, 2015, p102.

فهي من جهة تعمل على التأكيد من مصداقية والتزام المتلقي الطالب للانضمام، ومن جهة أخرى تلزمه باحترام قواعد وأساسيات الشبكة التكنولوجية.

فالشبكة التكنولوجية هي مجموعة من المؤسسات التجارية -المانح والمتلقين- تحمل نفس الشعار، وتقوم ببيع أو تقديم ذات المنتجات أو الخدمات، وفقاً لاستراتيجية تجارية أو تسويقية موحدة تحت علامة تجارية واحدة بما يظهرها أمام المستهلك والجمهور على أنها كيان واحد، ويرسخ هذا الانطباع من خلال التوحيد في أساليب وتقنيات ممارسة هذا النشاط التجاري⁹⁵¹، مما يؤدي لنجاح السياسة المتبعة من قبلها (البند الأول)، ويعكس منهج الحماية الجماعية (البند الثاني).

البند الأول: نجاح سياسة عمل الشبكة

إنّ الشبكة التكنولوجية هي الوحدة التي تجمع المانح والمتلقين، غير أنّ هذه الوحدة ليس لها أي نظام قانوني فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، كما لا تتمتع بذمة مالية مستقلة عن بقية أعضائها⁹⁵²، فهي لا تنتمي إلى أيّ من الشخصيات المعنوية التي تتواجد في الحياة التجارية فهي ليست شركة أو نقابة مهنية وكذلك ليست جمعية تعاونية.

غير أنّ الشبكة التكنولوجية وإن كانت لا تتمتع بالشخصية المعنوية فهي تتمتع بالوحدة الاقتصادية الناجمة عن التجانس بين الأطراف الأعضاء فيها، بحيث يتحقق ذلك من خلال المظهر الخارجي المشترك للشبكة، وكذا وحدة أساليب التسويق والإدارة والدعاية⁹⁵³.

وبناءً على ما سبق فقد ظهر في فرنسا الكثير من المحاولات الجادة لأعضاء البرلمان لبحث إمكانية منح الشبكات التكنولوجية الشخصية المعنوية، وكان هدفهم الأساسي من ذلك هو حماية استقلالية المتلقي التجارية في انتمائه إلى الشبكة. فكان ذلك هو محل مشروع قانون (Glon) و(Couste)⁹⁵⁴، إضافةً لمشروع قانون (Turco)⁹⁵⁵. حيث حدد الأستاذ "Turco" في مشروعه أنّ إضفاء الشخصية المعنوية على الشبكة من شأنه أن يضع حداً لسوء استعمال صلاحيات هذا العقد

⁹⁵¹ ياسر سيد محمد الحديدي، المرجع السابق، ص 49.

⁹⁵² Hubert BENSOUSSAN, Le droit de la franchise, éditions Apogée, 1997, p62.

⁹⁵³ ياسر سيد محمد الحديدي، المرجع السابق، ص 53.

⁹⁵⁴ مشروع قانون رقم 891.

⁹⁵⁵ مشروع قانون رقم 979.

والتجاوزات التي تحدث من خلاله، والتي يكون له آثار في تحويل تاجر مستقل إلى عامل... إذ أن العامل لا تتمثل خصوصيته فقط في الحصول على عمل ولكن أيضاً بالتبعية التي تربطه برب العمل. ولذلك جاءت المادة الثالثة من هذا المشروع باقتراح مفاده بأن تكون الشبكة ذات شخصية معنوية ليوحد تجانس في العلاقة التعاقدية بين كل من المانح والمتلقي، فهذا النص يعمل على حماية هذا الأخير من تعسف المانح، الذي غالباً ما يجسد تعسفه تحت غطاء الحفاظ على تجانس الشبكة ووحدها. ويرى Hubert BENSOUSSAN في هذا الشأن أن عقد نقل التكنولوجيا وجد لإضفاء التعاون بين أطراف الشبكة وليس لإيجاد توحيد قانوني بين الأطراف المستقلة⁹⁵⁶.

يتمخض عن انضمام المتلقي للشبكة التكنولوجية التزامه بإخضاع مشروعه للمظهر العام لها⁹⁵⁷، ولا يشترط في ذلك التطابق التام وإنما يكفي التجانس لأداء هذا الالتزام، فانتشار هذه المشاريع ضمن أقاليم متنوعة قد يؤدي لوجود بعض الاختلافات. وتبرز أهمية المظهر في عمليتي التوزيع وأداء الخدمات⁹⁵⁸، وقد يمتد أيضاً إلى مظهر العاملين سواء بارتدائهم زياً موحداً أو عن طريق توحيد مظهر أداء الخدمة⁹⁵⁹.

فتجانس المظهر العام للمشروع ينسحب على الغاية المشتركة للنشاط التكنولوجي، والذي يبرر سبب اختلاف المظهر في بعض الأحيان من عضو لآخر في الشبكة الواحدة تماشياً مع الظروف الخاصة لكل مشروع، إذ يجذب المستهلك غالباً لهذه الشبكة بقدر ما استخدم فيها من وسائل مشتركة لنجاح نظامها.

وينشأ الالتزام بالخضوع للمظهر العام للشبكة تلقائياً وبقوة القانون بمجرد الانضمام إليها⁹⁶⁰، غير أن هذا الالتزام يبقى خاضعاً لمبدأ سلطان الإرادة، إذ بإمكان الأطراف الاتفاق على تعديله أو تحديد نطاقه بما يتماشى مع الظروف الخاصة لكل مشروع.

وعلى أساس ما تقدم؛ فإذا رغب المتلقي في الانضمام لشبكة تكنولوجية عالمية، وكان شخصاً طبيعياً، وليس لديه شركة فإنه يقوم بالبحث عن أشخاص آخرين لتكوين أي نوع من الشركات على أن

⁹⁵⁶ Hubert BENSOUSSAN, Op. Cit., p62- 63.

⁹⁵⁷ Jean-Paul CLEMENT, Op. Cit., p147.

⁹⁵⁸ Jean- Marie LELOUP, Op. Cit., p66.

⁹⁵⁹ حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، القاهرة، 1993، ص113.

⁹⁶⁰ نفس المرجع، ص113.

يقبل كل منهم الالتزامات التي يضعها⁹⁶¹، ومنها الالتزام بدفع حق الدخول والالتزام بالمحافظة على السرية وغيرها من الالتزامات.

ولذلك فطالما أنّ الشبكة التكنولوجية ترمي إلى حماية مفهوم المصلحة المشتركة، فهي في ذات الوقت ترمي لحماية المتلقي. ولذلك توجد مجموعة من الأساسيات في الحماية يمكن أن توفرها هذه الشبكة للمتلقي في إطار انضمامه إليها وهي:

أولاً- انتهاك الحصرية في عقد نقل التكنولوجيا:

تتصب عمليات نقل التكنولوجيا على المنتجات والخدمات التي يضعها المانح في عهدة المتلقي لتوزيعها أو على أساليب التصنيع التي يضعها في متاوله، والتي يسمح له من خلالها بتغطية مجال جغرافي محدد بموجب الالتزام بالحصرية الإقليمية، غير أنّ هذه الحصرية يمكن أن تنتهك من طرف الغير أو من طرف المانح، فكيف يمكن توفير الحماية للمتلقي في هذه الحالة؟ إنّ الإجابة عن ذلك تتم بإقامة المسؤولية على الغير ومن ثمّ على المانح باعتباره طرفاً في عقد نقل التكنولوجيا.

1. مسؤولية الغير في مواجهة المتلقي:

إنّ السرّ في الأعمال التجارية يتلخص في مجموع المعلومات المتكونة لدى كل طرف على حساب الطرف الآخر بالإضافة للمعرفة الاقتصادية بأحوال السوق، إلا أنّ تقدّم أي شركة على منافسيها ليس قائماً فقط على الأفكار الجديدة والمبتكرة، وإنّما كذلك على احترام مبدأ حسن النية والحصرية المفروضة في العقود بين هذه الشركات. غير أنّ المنافسة غالباً ما تجعل المتلقي المستفيد من الحصرية ضحيةً لبعض الانتهاكات والتجاوزات التي تقع من قبل الغير، فكيف يمكن حمايته من الأشخاص الذين لا ينتمون للشبكة؟. بغرض حماية المتلقي اتجه الفقه والقضاء إلى العديد من الوسائل منها حق استغلال العلامة التجارية والاستناد إلى فكرة المنافسة غير المشروعة.

أ. حق استغلال العلامة التجارية:

يخوّل المانح في إطار عقد نقل التكنولوجيا حق استغلال العلامة التجارية للمتلقي إضافةً إلى الانتفاع من المعرفة الفنية، فتشكّل بذلك العلامة التجارية الوحدة التي تظهر تجانس الشبكة والتي يتميز بها أعضاء هذه الأخيرة عن غيرهم. لذلك فقد لجأ القضاء الفرنسي إلى الحق الذي تخوله العلامة

⁹⁶¹ Karim TORBEY, Op. Cit., p81.

التجارية لفرض مسؤولية الغير، فاعتبرت المحاكم الفرنسية أنّ مجرد قيام الغير بتوزيع المنتجات التي تحمل العلامة التجارية المرخص بها داخل المنطقة الحصرية للمتلقي، يستوجب تطبيق المادة 422 من القانون الجنائي، والتي تقضي بمعاقبة من يقوم باستخدام العلامة التجارية بدون إذن صاحبها⁹⁶². وقد تمّ انتقاد هذا الرأي على أساس أنّ الحق في امتلاك العلامة التجارية لا يتأثر بمجرد توزيع منتجات تحمل ذات العلامة، إذ أنّ هذه الأخيرة ليست سوى وسيلة لتمييز منتج عن آخر، وبالتالي فهي لا تسمح بالسيطرة على تسويق المنتجات التي طرحت في الأسواق. هذا وقد جاءت محكمة العدل الأوروبية برأي آخر مفاده أنّ المتلقي يفقد حقه في حرمان الغير من بيع المنتجات التي تحمل العلامة التجارية داخل السوق الأوروبية، مادام قد تمّ طرح هذه المنتجات من طرف المانح للتداول في السوق، وهو ما يعرف بمبدأ استنفاد الحق⁹⁶³.

وليفصل المشرع الفرنسي بين الاختلاف الوارد في القانون الجنائي والرأي الذي أخذت به محكمة العدل الأوروبية، فقد نص في المادة 2/15 من القانون الصادر بتاريخ 1991/01/14 أنّ لمالك العلامة التجارية الحق في الاعتراض على ترويج المنتجات من قبل الغير إذا برر ذلك بالتغيير الذي يطرأ على شهرة المنتج⁹⁶⁴، خاصة وأنّ عقود نقل التكنولوجيا قائمة أساساً على التّجانس الذي تزرعه العلامة التجارية بين أعضاء الشبكة، وبالتالي يكون هذا القانون قد وضع حلاً لحماية المانح الذي تمّ انتهاك حقوقه من جهة، وحماية المتلقي المستفيد من العلامة التجارية من جهة أخرى، وذلك بحصوله على تعويضٍ عادل يضمن ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة من جراء فعل الغير.

ب. نظرية المنافسة المشروعة:

انتهى القضاء الفرنسي إلى قبول دعوى المنافسة غير المشروعة التي يرفعها المتلقي على الغير، هذا الأخير الذي يبيع المنتجات محل عقد نقل التكنولوجيا -التي حصل عليها بطريقة أو بأخرى- دون موافقة من المانح. إلا أنّه لكي ينجح المتلقي في دعواه لا بدّ من توافر شرطين⁹⁶⁵:

⁹⁶² Cass. Crim., 24 février 1987, D, 1987, P. 558. Note. G. PARLEANI.

⁹⁶³ لمزيد من التفصيل أنظر: ياسر سامي قرني، المرجع السابق، ص126.

⁹⁶⁴ نفس المرجع، ص129.

⁹⁶⁵ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص76.

- علم الغير بوجود عقد نقل التكنولوجيا:

هذا الشرط لا يثير أية صعوبة إذ يقع عبء إثبات واقعة العلم على المتلقي وذلك بكافة وسائل الإثبات.

- مشروعية عقد نقل التكنولوجيا:

حتى يمكن الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير يجب أن يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية.

بتوافر هذين الشرطين يمكن للمتلقي المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب المنافسة غير المشروعة من قبل الغير، على أن يؤسس دعواه بناءً على الالتزامات التعاقدية وأهمها الالتزام بالحصريّة⁹⁶⁶.

2. مسؤولية المانح في مواجهة المتلقي:

إذا قام المانح بانتهاك الحصريّة فيجب عليه دفع تعويض للمتلقي لجبر ما لحقه من ضرر كنتيجة على الإخلال بهذا الالتزام - يكون ذلك في الحالة التي يتم ذكر هذا الشرط في العقد-، وهناك صور لانتهاك الحصريّة وهما كالتالي:

- إذا قام المانح بنقل التكنولوجيا لشخص ثالث في المنطقة الإقليمية الحصريّة للمتلقي.

- إذا قام المانح بأعمال تعيق استخدام المتلقي للمعرفة الفنية أو العلامة التجارية وغيرها من المعلومات من أجل منح هذه الفائدة لصالح متلقين آخرين⁹⁶⁷- للاستفادة من مبلغ حق الدخول-، إذ أنّ هذه العناصر المتبادلة هي التي تضمن وجود ثقة بين الطرفين، بحيث تنعكس هذه الثقة في الواقع على المتلقي من خلال الشبكة التي تترجم لنظام للحماية ضد المنافسين.

ثانياً- الامتيازات المقدمة من الشركات التابعة لنفس الشبكة:

يعكس هذا الجانب شكل الشركات المنضمة إلى الشبكة التكنولوجية، وأشهرها الشركات ذات المسؤولية المحدودة والتي تمنح امتيازات تؤمن بها أسرار المهنة، هذه الامتيازات مرتبطة أساساً بنظام التنازل عن الحصص والذي يمنع انضمام الغير إلى الشركة بخلاف رغبة الشركاء⁹⁶⁸. أما في القانون

⁹⁶⁶ Barthélémy MERCADAL, Op. Cit., p599.

⁹⁶⁷ Ibid., p599.

⁹⁶⁸ Karim TORBEY, Op. Cit., p95.

الفرنسي فأهم الشركات المتناسبة مع عقد نقل التكنولوجيا هي شركة التضامن التي تجد في عدم الإعلان عن حسابات الشركة إحدى آليات الحماية، فتعكس هذه الاستراتيجية أسلوباً لوقف المنافسة الخارجية من خلال عدم الكشف عن النتائج القانونية لعملية التنازل عن الحصص⁹⁶⁹.

ومما لا شك فيه أنّ عدم الإعلان عن حسابات الشركة في نهاية السنة هو رد فعل على الخطر الذي يمثله هذا الإجراء⁹⁷⁰، ذلك أنّ الإعلان عن ذلك يمكن أن يؤدي بالمقام الأول إلى اعتباره وسيلة للشركاء لنقل المعلومات عن أعمال الشركة، وفي المقام الثاني فإنّ المعلومات المالية إذا أعلنت تتيح للغير معرفة الوضع المالي للشركاء والمنافسين. ولذلك فمجال نقل التكنولوجيا الذي لا يسمح فيه بوجود الكثير من المخاطر جعل من اللجوء لشركة التضامن⁹⁷¹ لتنظيم عمل الشركة المتلقية هو الوسيلة الوحيدة للحماية القانونية من الالتزام بالإعلان⁹⁷²، وبالتالي الحماية من المنافسة الخارجية، من خلال فحص وتحليل حسابات المنافسين والشركاء، وبذلك يمكن معرفة نقاط الضعف والقوة، إذ يصبح عدم الإعلان عن الحسابات المشتركة آلية للحصول على تغطية لبعض جوانب النقص ومنها:

- لا يكشف المنافسين الأسرار التي تجعل من هذه الشركة خطراً عليهم.
- لا يتمّ العلم بحالة الخطر الذي تمرّ بها الشركة سواء بالنسبة للمنافسين أو الزبائن أو الموردين.

ثالثاً- تغيير علاقة الشركاء في الشركة الواحدة:

إنّ الالتزام الذي يربط الشركاء بشركة المتلقي يفرض عليهم التعامل بحسن نية فيما بينهم أثناء وبعد مرحلة الشراكة، لكننا نتساءل هل يمكن أن ينافس الشريك -خلال مرحلة تنفيذ العقد- الشركة المتلقية التي ينتمي إليها؟.

تبرز أهمية هذا السؤال عندما يكون عدد الشركاء محدوداً، ولذلك لا بدّ من ضمان أنّ الشريك لا يمكن أن يقوم بمنافسة لشركته، ويتمّ ذلك بوضع شرط في عقد الشركة بعدم المنافسة طوال فترة التعاقد، فهذا الالتزام يعكس تصرفاً قانونياً للتعاون من أجل المصلحة المشتركة، والذي يتجسد من

⁹⁶⁹ Karim TORBEY, Op. Cit., p105.

⁹⁷⁰ غير أنّ هذا الإجراء لا يمكن اعتماده بالنسبة للقانون الجزائري وأغلبية القوانين العربية، إذ أنّ عدم الإعلان عن الشركة (الشهر) وحساباتها من الأمور المعاقب عليها.

⁹⁷¹ إذا كانت الاستثمارات المطلوبة قليلة الأهمية فإنّ شركة التضامن وبعدد قليل من الشركاء تفي بالغرض، أما إذا لم يكن الأمر كذلك فيتمّ اللجوء إلى شركة أخرى.

⁹⁷² Karim TORBEY, Op. Cit., p107.

خلال تطبيق مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقود، إذ لا يمكن أن يكون الشخص شريكاً ومنافساً في نفس الوقت، وهو ما جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس بتاريخ 1957/10/21 والتي أوجبت إدراج شرط في عقد الشركة يمنع الشخص من منافسة شركته⁹⁷³. فالالتزام بعدم المنافسة يجب أن يذكر صراحة في العقد، حتى يضمن المتلقي حقوقه.

أما بالنسبة للشريك السابق ففي حالة عدم وجود شرط يمنعه من منافسة الشركة المتلقية بعد انتهاء العقد، فعندئذ يجب أن يتم التوضيح إلى أي حد يجب أن تكون منافسته غير مشروعة حتى تقع عليه المسؤولية⁹⁷⁴، ويمكن الرجوع في ذلك إلى ما جاءت به نظرية المنافسة غير المشروعة.

وفي هذا الشأن وبالإضافة للالتزامات السابقة التي تقع على عاتق المانح والتي تتمثل في تقديم المساعدة الفنية والمعرفة الفنية، والتي تعتبر في مجملها التزامات تبادلية، باعتبارها سبباً للالتزام المتلقي بدفع الأتوى الدورية، فإن المانح يلتزم بتعهدات تتدرج في إطار اعتباره صاحب الشبكة التكنولوجية، الأمر الذي يتطلب العمل على حماية سمعتها وتطوير أدائها لاستقطاب أكبر عدد من الزبائن، وهو ما يجعل من هذه الالتزامات مرتبطة بمجموع المتلقين أعضاء الشبكة، ومن أهمها:

1. الالتزام بتأمين نشاط وتناسق الشبكة:

يعدّ تناسق نشاط المتلقين من أهم عوامل نجاح الشبكة وازدهارها، للمحافظة على سمعتها وشهرتها⁹⁷⁵. وفي هذا الصدد يعمل المانح للقيام بالمراقبة الدائمة لاحترام واستيفاء كل متلقي للشروط المحددة من قبله والمعايير المعتمدة بالنسبة لجميع الأعضاء⁹⁷⁶.

2. مراقبة المظهر الخارجي والداخلي لمشروع المتلقي:

إنّ لواجهة مشروع المتلقي أهمية كبرى في مجال نقل التكنولوجيا والحفاظ على المعرفة الفنية وهذا لكونها تعبر للجمهور عن الشهرة التي اكتسبها مشروع المانح من خلال تجسيده لمختلف عناصر التكنولوجيا التي تؤكد على الهوية المميزة لهذه الأخيرة. ولهذا يجب على المانح مراقبة مدى احترام

⁹⁷³ Karim TORBEY, Op. Cit., p112.

⁹⁷⁴ Ibid, p113.

⁹⁷⁵ لا تحتاج العديد من الشركات التسويق لمشروعها، ذلك أنّ مجرد اكتسابها لسمعة تجارية سابقة ومنتشرة في جميع الأنحاء سيساعدها في الانتشار دون تكبد أية نفقات؛ أنظر: بروك مايكل، المرجع السابق، ص24.

⁹⁷⁶ Ph. LE TOURNEAU, Op. Cit., p.66.

المتلقي للمعايير الفنية التي يفرضها، خاصة ما تعلق منها بوضع نموذج العلامة التجارية والشعار الخاص بالشبكة، وكذا ديكورات المحل وطريقة عرض المنتجات وتوزيعها⁹⁷⁷.

وفي الأخير يمكن القول أنّ انضمام المتلقي للشبكة التكنولوجية وحدها ليس كفيلاً بأن يحقق له الحماية التي ينشدها، وإزاء هذا كان لابدّ من تضافر الجهود لتكوين اتحاد يضمن له المزيد من الحماية، وتعتبر اتحادات الفرانشيز خير مثال في الواقع العملي لتجسيد الحماية التي يتطلبها المتلقي في مجال نقل التكنولوجيا.

البند الثاني: منهج الحماية الجماعية

تتمثل هذه الحماية في اتحادات الفرانشيز والتي برزت على المستوى الداخلي أو الخارجي، حيث ترجم وجودها ترقيةً لهذا الأسلوب، نظراً لما تشمله هذه الاتحادات من دراسة لمختلف الأنظمة القانونية والاقتصادية والتجارية.

فاتحاد الفرانشيز هو عبارة عن تجمع على المستوى الوطني أو الدولي على شكل مؤسسة، يضم مجموعة من المتلقين إضافة إلى مانحي المعارف الفنية الذين ينتمون لمجالات الفرانشيز المختلفة، والهدف الأساسي من وجوده هو دراسة الإشكاليات الخاصة بقطاع الفرانشيز لإيجاد نظام قانوني ذاتي متكامل، إضافةً إلى تأمين التضامن والتكافل بين أعضائه لحماية مصالحهم الاقتصادية والمالية والتعاقدية.

وعلى خلاف الشبكة التكنولوجية يتمتع الاتحاد بالشخصية المعنوية ولديه ذمة مالية مستقلة، كما يمارس كافة مهامه بصفة مستقلة عن بقية الأعضاء الذين ينتمون إليه، إذ يملك الحق في عقد اجتماعات وتنظيم ندوات ومؤتمرات ومعارض ومناقشة شؤونه بكل حرية، وحقه في تحصيل الاشتراكات من أعضائه⁹⁷⁸، وحقه في إبداء الاقتراحات والتعديلات على عقود الأطراف المنضمة إليه.

أولاً- مفهوم اتحاد الفرانشيز:

يتميز اتحاد الفرانشيز بعدد من الخصائص التي تميزه عن غيره من التجمعات القانونية أو الاقتصادية، والتي تعكس بشكل واضح طبيعته القانونية، أضف إلى ذلك تعدد الوظائف التي يمكن له القيام بها في سبيل تحقيق مصالح أطرافه سواء تعلق الأمر بالمانح أو المتلقي.

⁹⁷⁷ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص278.

⁹⁷⁸ هذه الاشتراكات هي التي تكوّن ذمته المالية.

1. خصائص اتحاد الفرانشيز:

من أهم هذه الخصائص مايلي:

- أ- **الاستقلالية:** إذ أنّ هذه الاستقلالية ما هي إلا تجسيد للشخصية المعنوية المستقلة مالياً وإدارياً عن بقية الأعضاء التابعين لهذا الاتحاد.
- ب- **الطبيعة الحمائية:** وتمثل الفرق الجوهرية بين ما يقوم به الاتحاد من خلال عمله الجماعي، وبين ما يقوم به الأعضاء المنضمين إليه، بحيث يوجد اختلاف كلي بين الأمرين. إذ أنّ الاتحاد بهذه الخاصية يسعى إلى تكريس ما يعجز المتلقي عن تحقيقه في مواجهة المانح.
- ت- **عدم توخي الربح:** من الطبيعي ألا يكون الغرض من إنشاء اتحاد الفرانشيز تحقيق ربح له أو لأفراده، لأنّ الهدف الأولي منه ليس توسيع استخدام أسلوب الفرانشيز، وإنما حماية هذا الأسلوب وبالتالي حماية الأطراف التابعين له.
- ث- **تعدد مجالات نشاطه:** لا ينحصر الانضمام إلى اتحاد الفرانشيز في مجال محدد بعينه، وإنما يمتدّ ليشمل المجالات المختلفة للفرانشيز، إذ يمكن على سبيل المثال أن ينضمّ إليه متلقي لديه ترخيص لصناعة سيارات فورد (Ford)، إلى جانب متلقي لديه ترخيص بتقديم الخدمات مثل سلسلة فنادق هيلتون (Hilton)⁹⁷⁹.

2. الطبيعة القانونية لاتحاد الفرانشيز:

لمعرفة الطبيعة القانونية لاتحاد الفرانشيز يجب المقارنة بينه وبين التنظيمات المختلفة للعمل الجماعي والتي تسعى إلى تحقيق أهداف معينة.

أ- تمييز اتحادات الفرانشيز عن النقابات المهنية:

يمكن تعريف النقابات المهنية المنصوص عليها في قانون العمل بأنّها: "الانضمام في جماعات، بصفة دائمة أو مؤقتة، بغرض تنظيم العلاقة بين العمال وأرباب العمل أو بين العمال والعمال الآخرين، أو بين أرباب العمل بذاتهم، بغرض الاتفاق على وضع شروط معينة على ممارسة أيّة تجارة أو صناعة أو مهنة، والحصول على مزايا لأعضائها..."⁹⁸⁰. وتعرّف أيضاً بأنّها: "منظمات تضمّ من

⁹⁷⁹ حسن محمد حمدان، الحماية القانونية للفرانشيزي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص122.

⁹⁸⁰ حسن محمد غلوب، الوضع القانوني لتكوين نقابات العاملين "دراسة مقارنة"، بحث منشور على الرابط:

www.omanlegal.net/DR-HASAN.doc

يتقاضون أجوراً أو مرتبات عن عملهم، في المؤسسات والهيئات ذات الطبيعة الواحدة للدفاع عن مصالحهم المشتركة، وزيادة الإنتاج⁹⁸¹.

يُستخلص من خلال هذين التعريفين أنّ النقابات المهنية تمثل إطاراً للعمل الجماعي المنظم ينتمي إليها أصحاب المهن التجارية، الصناعية، الحرفية...، على أن تختص كل نقابة مهنية بفئة معينة من فئات النشاط المهني، بحيث تتعدد النقابات بتعدد المهن، وهو جوهر الاختلاف مع اتحادات الفرانشيز. إذ يضمّ هذا الأخير متلقين ومانحين من مجالات مختلفة، إذ يعتبر تعدد المجالات أهم الخصائص التي يقوم عليها الاتحاد، لذا لا يمكن تصنيفه على أنه نقابة مهنية والتي تشترط التماثل في الأنشطة، وبالتالي لا يمكن تطبيق قانون العمل على اتحادات الفرانشيز.

ب- تمييز اتحادات الفرانشيز عن الشركات التجارية:

تعتبر الشركات إحدى صيغ العمل الجماعي في الحياة التجارية، ومن أهم أهداف قيامها هو سعيها إلى تحقيق الربح، وهو الأمر الذي تختلف فيه مع اتحادات الفرانشيز التي تكون بعيدة كل البعد عن الهدف الربحي، إذ تنشأ أساساً لتحقيق التعاون والتوفيق بين المصالح هذا من جهة، ولتحقيق مبدأ المصلحة المشتركة الذي يقوم عليه الفرانشيز من جهة أخرى. وبالتالي لا يمكن القول باعتبار اتحاد الفرانشيز شركة خاضعة لأحكام قانون الشركات.

ت- تمييز اتحادات الفرانشيز عن الجمعيات التعاونية:

يقصد بالجمعية: "كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين أو اعتباريين لغرض غير الحصول على ربح مادي، وتتمتع الجمعيات عادة بالشخصية الاعتبارية متى تمّ شهرها أصولاً"⁹⁸². كما تعرّف الجمعية أيضاً على أنها: "نظام يرمي إلى توحيد المعلومات والمساعي بصورة دائمة بين عدة أشخاص دون أن يكون القصد منها تحقيق الربح"⁹⁸³.

⁹⁸¹ حسن محمد علوب، الوضع القانوني لتكوين نقابات العاملين "دراسة مقارنة"، بحث منشور على الرابط:

www.omanlegal.net/DR-HASAN.doc

⁹⁸² عبد الرزاق جاجان، عبد القادر برغل، عمر فارس، المدخل إلى القانون التجاري (الأعمال التجارية- التاجر- المتجر)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008، ص152.

⁹⁸³ حسن محمد حمدان، المرجع السابق، ص136.

فالجمعية وفق هذين التعريفين هي تنظيم يهدف إلى تحقيق التعاون بين أعضائها، للوصول إلى الغاية التي تأسست من أجلها، دون أن يكون الهدف من إنشائها هو تحقيق الربح المادي، إذ توجد العديد من الجمعيات في الحياة العملية منها الجمعيات الخيرية، والجمعيات الاستهلاكية... الخ.

وبالنظر إلى هذا المفهوم فهو يقترب من الخصائص التي يقوم عليها اتحاد الفرائشيز، والتي من أهمها تحقيق التعاون وعدم السعي إلى مقاصد ربحية، الأمر الذي يجعل من نظام الجمعيات هو الأقرب من حيث التطبيق العملي للنظام الذي يقوم عليه الاتحاد. لكن وفي ظل غياب نظام قانوني يحكم اتحادات الفرائشيز⁹⁸⁴ وطرق تأسيسها وكيفية عملها، يمكن أن يطبق قانون التعاون الذي يحكم الجمعيات على اتحادات الفرائشيز، حتى لا يظل هذا الاتحاد غير خاضع لأي نظام قانوني يحميه، ويحمي الأهداف التي قام من أجلها.

3. وظائف اتحاد الفرائشيز:

يكمن الهدف الأساسي من اتحادات الفرائشيز في تجنب مصادر الاختلال القائمة بين طرفي عقد الفرائشيز، وتحقيقاً لهذه الغاية يوجد العديد من الوظائف التي يتعين على الاتحاد القيام بها والتي يمكن أن توفر الحماية للمتلقي ولجميع الأطراف المنضمة إليه، وهي على سبيل المثال لا الحصر:

أ- الوظيفة التنظيمية:

تأتي هذه الوظيفة في المقام الأول، إذ يعمل الاتحاد على تنظيم العلاقة التي تربط بين طرفي عقد الفرائشيز لتحقيق مصلحة الطرفين وتجنب غلبة مصلحة طرفٍ على طرفٍ آخر، إذ أنّ الاتحاد لم يوجد لمحاربة المانح وإنما لإضفاء نوع من التوازن بين المتعاقدين، عبر جعل المتلقي أكثر قدرة على إدارة النشاط الخاص به. فاتحاد الفرائشيز يملك جهازاً قانونياً واسعاً⁹⁸⁵ يستطيع التدخل في علاقة الفرائشيز ليضمن للمتلقي قيام المانح بالتزاماته المتفق عليها والعكس، كما قد يضطر الاتحاد أحياناً إلى فرض نظام قانوني على المانح لتجنب بعض الثغرات التي يضيفها على العقد مما يحول دون استمرار العلاقة بينه وبين المتلقي. وتحقيقاً لذلك يعمل كل اتحاد للفرائشيز على إصدار تقنين يضمنه مجموعة من الحقوق والالتزامات التي لا يجوز لأي عضوٍ في هذه الاتحادات تجاهلها عند صياغة عقده.

⁹⁸⁴ توجد دول أخرى أصدرت قوانين تحكم اتحادات الفرائشيز ومنها كندا التي أعطت اهتماماً بالغاً بهذه الاتحادات وتنظيمها وتحديد صلاحياتها من خلال قوانين وجدت لهذا الغرض، خاصة وأنّ القوانين الكندية تجبر أطراف علاقة الفرائشيز بالانضمام إلى اتحادات؛ أنظر: franchise.

Association management.com

⁹⁸⁵ حسن محمد حمدان، المرجع السابق، ص124.

ب- الوظيفة الاستشارية:

من أهم الأجهزة التي تتكون منها اتحادات الفرانشيز هي المجلس الاستشاري، والذي تنحصر مهمته في تقديم الاستشارات القانونية في مجال الفرانشيز لكل عضوٍ من أعضائه، ومنها تقديم الإيضاحات، والاطلاع على المستندات، وإعداد الاستشارات حول المواضيع المطروحة عليه، وتقرير العقوبات التأديبية.

ت- الوظيفة المالية:

هي وظيفة احتياطية إذ يمكن للاتحاد أن يقوم بدور المقاصة فيما يترتب على المتلقين من ديون لدى الغير أو ما يترتب للغير من ديون لدى المتلقين⁹⁸⁶، وبذلك يكون الاتحاد قد جنبهم مشكلة الدخول في نزاعات قضائية قد تكلفهم الكثير من الجهد والمال.

ث- وظيفة التحكيم:

يقوم اتحاد الفرانشيز بتقديم خدمات التصالح والتحكيم بصفته مستقلاً عن بقية أعضائه، وبالتالي غير متأثر بمصالحهم وطرفاً حياً في قضاياهم، مما يجعله قادراً على القيام بدور المحكم في جميع الخلافات التي يمكن أن تنشأ بموجب علاقة الفرانشيز. إذ أن ما يميز الاتحاد في ذلك هو اختصاصه في مجال الفرانشيز بصفة مباشرة من خلال معرفته بكافة تفاصيله، فاللجوء إلى هذه الاتحادات يبقى أسهل من اللجوء لبرامج التحكيم الوطنية وأقل تكلفة من اللجوء لإجراءات التقاضي.

ج- وظيفة التدخل:

إذا حدث وأن قام نزاع بين أطراف عقد الفرانشيز وكان له تأثير واسع يشمل الشبكة ككل فمن حق الاتحاد التدخل لفضّه بطرد العضو الذي ثبت مخالفته للأنظمة الداخلية للاتحاد، أو عدم التزامه بما يفرضه أسلوب الفرانشيز، على أن يكون اختصاص الاتحاد في قيامه بهذه الوظيفة موكلاً للجنة التنفيذية للاتحاد⁹⁸⁷.

ثانياً- أنواع اتحادات الفرانشيز:

إن أهم ما يميز اتحادات الفرانشيز هو ارتباط أعضائه بعلاقات متبادلة ومتشابكة تبرز خصائصها من خلال التنظيم الداخلي لها، ولذلك تختلف أنواعها بين اتحادات وطنية وأخرى دولية.

⁹⁸⁶ حسن محمد حمدان، المرجع السابق، ص 127.

⁹⁸⁷ نفس المرجع، ص 126.

1. اتحادات وطنية:

شاع ظهور اتحادات الفرانشيز في أغلب الدول، ونظراً لكثرتها سنكتفي بذكر أقدمها ظهوراً وأكثرها انتشاراً.

أ- الاتحاد الفرنسي للفرانشيز:

كان أول ظهور لهذه الاتحادات في فرنسا سنة 1970 على يد Marc GOGNET الذي أسس الاتحاد الفرنسي للفرانشيز (FFF)⁹⁸⁸، حيث اشتهر في البداية بانضمام 26 شبكة فرانشيز سنة 1969، ثم أصبحت 87 في نهاية 1976، إلى أن وصلت 330 شبكة مع نهاية 1981، أما في سنة 2000 فقد بلغ عدد الشبكات 550 شبكة⁹⁸⁹.

ومن أهم الوظائف التي يقوم بها الاتحاد هي تمثيل فرنسا⁹⁹⁰ في الاتحاد الأوروبي للفرانشيز، ومراقبة جدية الأطراف المقبلة على التعاقد من خلال تنظيم جلسات استشارية مع كل من المانح والمتلقي لتقديم بعض الإرشادات والنصائح. كما يطرح الاتحاد وبصفة سنوية دليلاً بعنوان الدليل العملي للفرانشيز وللمنضمين للاتحاد الفرنسي للفرانشيز (Guide pratique de la franchise et des adhérents de la FFF)⁹⁹¹ يمكن من التعرف على هذا الأسلوب وعلى أهم الشبكات، وأيضاً كيفية التعامل مع هذا العقد الجديد. كما أن دور الاتحاد الفرنسي يتضاعف عند تنظيم المعرض السنوي Franchise Expo الذي يستقطب عدداً كبيراً من الزوار، حيث يعتمد الاتحاد من خلاله إلى وضع دعاية للفرانشيز والشبكات المتواجدة على مستواه⁹⁹². بالإضافة إلى ذلك فالاتحاد الفرنسي يسعى وبصفة مستمرة إلى تنظيم المؤتمرات والندوات على المستوى الداخلي والخارجي.

وكان الفضل كبيراً للاتحاد الفرنسي في توجيه البحوث والدراسات للاهتمام بمجال الفرانشيز، من خلال وضع الضوابط والشروط الكفيلة بتحقيق مصالح كافة أطرافه. وقد توجت جهوده بوضع تقنين الذي يعتبر بمثابة مبادئ إرشادية تضبط سلوك الأطراف عند تكوين وتنفيذ العقد، وقد حظي هذا

⁹⁸⁸ والذي ضمّ كلاً من: Caténa - Salomé - Corise - Lévitán - Manpower - Prénatal - Pronuptia - La Lainière de Roubaix.

⁹⁸⁹ Karim TORBEY, Op. Cit., p3.

⁹⁹⁰ تحتل فرنسا المرتبة الرابعة في مجال الفرانشيز بعد الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، واليابان، أنظر:

Jean-Marie LELOUP, Op. Cit., p21.

⁹⁹¹ أنظر الموقع: www.franchise-FFF.com

⁹⁹² Jean-Marie LELOUP, Op. Cit., p21.

التقنين بأهمية كبيرة من جانب الفقه، حيث أصدر الاتحاد الفرنسي للفرانشيز أول تقنين له سنة 1972 والذي تمّ تعديله عدة مرات منها سنة 1977، و1984، و1989.

إذ يعرف التقنين الفرنسي الفرانشيز بالتأكيد على المعنى الضيق للتعاون بين الشركات المستقلة قانونياً ومالياً، حيث ينصّ على أنه: "طريقة للاتحاد بين المشروعات، أي بين المانح من جهة والمتلقي من جهة أخرى...". وينصّ هذا التقنين على أن يكون العقد مكتوباً وموقعاً من قبل طرفيه، وأن يحتوي على نسختين إضافةً إلى الملاحق⁹⁹³. كما يجب أن يحتوي على تفصيل دقيق لحقوق والتزامات الطرفين، وأيضاً الشروط المالية والشروط المتعلقة بمدة العقد وتجديده، وإذا كان المانح لا يريد تجديد العقد فعليه أن يذكر ذلك صراحةً قبل توقيع هذا الأخير⁹⁹⁴.

وفي هذا الشأن وضع الاتحاد الفرنسي للفرانشيز نموذجاً موحداً لهذا العقد يستطيع كل مانح الاعتماد عليه لتنفيذ عقودهم. ونظراً لأهمية ما جاء به تقنين السلوك الفرنسي تمّ اعتماده كأساس لصياغة التقنين الأوروبي والمؤرخ في 1991/01/01 والمطبق في فرنسا منذ ذلك التاريخ⁹⁹⁵.

ب- الاتحاد الأمريكي للفرانشيز:

تأسس اتحاد الفرانشيز الأمريكي سنة 1974، على إثر اجتماع لمجموعة من المتلقين والمانحين في "Norfolk" بولاية فرجينيا، بعد مواجهة قطاع الفنادق لأزمة اقتصادية سنة 1973، على إثر حظر الدول العربية تصدير النفط، الأمر الذي أثار على المستثمرين في قطاع الفنادق⁹⁹⁶. لذلك جاء الاتحاد بمجموعة من المبادئ جمعها في وثيقة أسماها "الحد الأدنى من الحقوق التجارية والإنصاف والعدالة"، وأهم ما جاء فيها⁹⁹⁷:

- الحق في المعاملة بالمثل بين جميع أعضاء الشبكة الواحدة.
- الحق في استمرار المتلقي في القيام بنشاطه بعد انتهاء العقد من خلال تنظيم المنافسة.
- الحق في حماية العلامة التجارية.
- الحق في التدريب والدعم المستمرين.

⁹⁹³ المادة الرابعة من تقنين السلوك الفرنسي.

⁹⁹⁴ André LOMBART, Les codes de déontologie, Le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p128.

⁹⁹⁵ Karim TORBEY, Op. Cit., p16.

⁹⁹⁶ حسن محمد حمدان، المرجع السابق، ص120.

⁹⁹⁷ نفس المرجع، ص125.

- الحق في الحصول على السلع والخدمات من مصادر منافسة.
 - الحق في تقييد سلطة المانح بإدخال تعديلات على الشبكة.
 - الحق في المساعدة على التسويق.
 - الحق في فصل النزاعات محلياً.
 - الحق في تجديد العقد ضمن إطار قيود معينة.
- إضافةً إلى ذلك قام مجموعة من المتلقين في سنة 1993 بتأسيس اتحاد للفرانشيز خاص بهم، وذلك لزيادة الاستثمار في هذا المجال، وحماية لأعمالهم التجارية. إذ كان يطمح هذا الاتحاد لتغيير القوانين التي تحكم هذا الأسلوب سواء على المستوى الفدرالي أو على مستوى الولايات، حيث أصدر سنة 1996 مشروع قانون نموذجي للفرانشيز يهدف في مجمله لتطوير هذا الأسلوب⁹⁹⁸.

2. اتحادات دولية:

وهو ما يعرف بالاتحادات المشتركة، وأهمها الاتحاد الأوروبي للفرانشيز الذي يعتبر بمثابة جمعية دولية تتألف من الاتحادات الوطنية للفرانشيز، يهدف إلى تمثيل، ترقية، والدفاع عن فوائد وتطوير الفرانشيز في أوروبا. إذ ظهر أول تقنين أوروبي للسلوك سنة 1972 على يد الاتحادات الوطنية السبعة الذين أسسوا هذا الاتحاد وذلك برئاسة Edouard CATZEFLIS⁹⁹⁹.

إذ عرف الفرانشيز في سنوات 1980 نمواً وتطوراً سريعاً -خاصةً في الأسواق الفرنسية والانجليزية- والذي على أساسه استطاعت المحاكم أن تضبط تدريجياً خصائص هذا العقد غير المسمى وهذه الآلية الجديدة للتعاون التجاري. وقد دفع هذا التطور الاتحاد الأوروبي للنظر وبدقة في تقنين السلوك الخاضع لموافقة لجنة المجموعة الأوروبية، والذي تمّ تعديله بالتقنين الصادر بتاريخ 1991/01/01¹⁰⁰⁰، فأصبح مطبقاً في أغلب الدول التي تنتمي اتحاداتها للاتحاد الأوروبي، حيث يجمع هذا الأخير حوالي 17 اتحاداً وطنياً، منها 13 اتحاداً يمثل لجنة المجموعة الأوروبية¹⁰⁰¹، أما اتحادات الدول الأربعة الباقية فهم النرويج- سويسرا- هنغاريا- سلوفينيا. إذ يأخذ كل اتحاد وطني عضو في الاتحاد الأوروبي على عاتقه واجب إلزام المانح باحترام المبادئ الواردة في تقنين السلوك، على أن يترك لكل اتحاد وطني الحرية في إتمام تقنين السلوك الأوروبي حسب الاحتياجات التي تتطلبها كل

⁹⁹⁸ The American Franchisee Association, <http://www.franchisee.org/history.htm>

⁹⁹⁹ André LOMBART, Op. Cit., p117.

¹⁰⁰⁰ Yves MAROT, La Franchise, 3 édition, Gualino éditeur, Paris, 2000, p30.

¹⁰⁰¹ وذلك حسب دراسة أجريت سنة 2002.

دولة في مجال الفرانشيز، بشرط أن تضاف هذه العناصر كملحق في آخر التقنين، كما يفسح لهم المجال لترجمة التقنين حسب اللغة المتعارف عليها وطنياً¹⁰⁰².

وبالنظر إلى محتوى تقنين السلوك الأوروبي فهو يضع أولاً تعريفاً لعقد الفرانشيز، ثم يذكر المبادئ العامة التي تحكم هذا الأخير سواء ما تعلق منها بالمانح أو المتلقي. أما عن أهم المبادئ التي جاء بها تقنين السلوك الأوروبي فهي كالتالي:

1. ينصّ تقنين السلوك على أنّ العلاقة بين المانح والمتلقي يجب أن تحكمها مبادئ العدالة والإنصاف ومبدأ حسن النية والأمانة.
2. يحدد تقنين السلوك أنّ بداية الشبكة تكون من طرف المانح، والذي يعتبر وحده المسؤول عن تطور الشبكة وعن منح كافة الحقوق للأطراف المنضمة إليها.
3. التقنين يحدد أنّ المتلقي مسؤول أيضاً عن استمرار الشبكة، إذ أنّ تطوير الشبكة من الأمور الضرورية في العقود طويلة الأجل.
4. المادة الثانية تلزم المانح بأن يسمح للمتلقي بالاستثمار لمدة كافية في ذات المشروع، حتى يتمكن من مطالبة المتلقي بتطوير وتحسين الإنتاج¹⁰⁰³.
5. يجب أن يكون المانح حائزاً لحقوق الملكية الفكرية، وبالتالي يتمكن من تدريب المتلقين وأن يضمن لهم رقابة مستمرة في المجال التجاري والتقني.
6. يجب على المتلقي أن يقدم كل جهده في تطوير المشروع إذ سيسفيد من المعرفة الفنية وشهرة العلامة التجارية والشبكة ومن كافة الامتيازات، وعلى ذلك سيتقاسم المسؤولية مع كافة أعضاء الشبكة ومنهم المانح.
7. المادة 3/2 تلزم المتلقي بمنح المانح أداءات مالية، كما تمنعه من إفشاء أسرار المانح للغير.
8. يجب على المانح ألا يضع إعلانات كاذبة ومضللة للمتلقي، إذ يجب أن تكون كافة المعلومات المتعلقة به واضحة وقابلة للتدقيق.
9. إذا ثبت أنّ المتلقي ليست له القدرة على إتمام العقد يجب على المانح ألا يعلن عن ذلك في كافة الأحوال.
10. يلتزم المانح بتقديم نسخة من تقنين السلوك والوثيقة التي تحتوي على المعلومات اللازمة للتعاقد للمتلقي قبل توقيع العقد بمدة كافية، كما يلزم بتسليمه نسخة مكتوبة عن العقد أو مترجمة للغة الرسمية للبلد الذي ينتمي إليه المتلقي.

¹⁰⁰² André LOMBART, Op. Cit., p118.

¹⁰⁰³ Ibid., p123.

وهنا يثور التساؤل عن مدى فعالية هذه التدابير في توفير حماية للمتلقي؟.

إنّ المبادئ التي تضعها الاتحادات -وطنية ودولية- تعتبر قانونية إذا اختار الأطراف اعتبارها كقانون واجب للتطبيق على العقد، وكما تعتبر كذلك في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن اختيار قانون يحكم العقد¹⁰⁰⁴، وهذا في الدول التي يوجد فيها اتحادات، إذ توجد لقواعد ومبادئ السلوك قيمة معنوية بين الطرفين¹⁰⁰⁵، فهي تدفع المانح لعدم التعسف وتضع عليه بعض المسؤولية في مواجهة المتلقي. أما في الدول التي لا تنتمي إلى الاتحاد الأوروبي وليس لديها اتحاد وطني، فعند وجود أية إشكالية في العقد ولم يتم إيجاد حل لها فإنّ المحكم يستعين بتقنين السلوك ليستنبط الحل، كما أنّها تمنح القاضي معياراً لتمييز الأخطاء المرتكبة من قبل الأطراف عند صياغة العقد.

الفرع الثاني: تقرير السياسة الإعلامية للشبكة

يحتاج أيّ شخص يريد الانضمام للشبكة التكنولوجية لمجموعة من المعلومات والبيانات بشأنها، والتي تتعلق أساساً بالسلعة أو الخدمة المعروضة، وذلك حتى يستطيع أن يقف على حقيقة مصالحه، وينطبق هذا الأمر على المتلقي أو المستهلك على حدٍ سواء. وتأسيساً على ذلك فإنّ إعلام هؤلاء وإمدادهم بالمعلومات والبيانات اللازمة بأية وسيلة من وسائل الاتصال يعدّ ميزة أساسية لتدعيم نظم حماية الشبكة. ولهذا تعتبر الإعلانات التجارية (البند الأول) أهم هذه الوسائل نظراً لما تتمتع به من قدرة على التعريف بالشبكة من خلال ما تقدمه من سلع وخدمات، وكما لها فاعلية في الانتشار مما يساهم في زيادة السمعة التجارية للمانح من جهة، ولأعضاء الشبكة من جهة أخرى، فيؤدي ذلك بدوره لزيادة عدد الزبائن وبالتالي نجاح السياسة المتبعة (البند الثاني).

البند الأول: تأثير الدعاية والاعلان على الشبكة

إنّ الإعلان هو مجموعة من الجهود الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع إلى سلعة أو خدمة محددة لحثهم على اقتنائها¹⁰⁰⁶. فهو يتكون من عنصرين أحدهما مادي؛ يقصد به كل

¹⁰⁰⁴ Barthélémy MERCADAL, Op. Cit., p621.

¹⁰⁰⁵ Karim TORBEY, Op. Cit., p16.

¹⁰⁰⁶ نائل عبد الرحمان صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، زهران للنشر والتوزيع، عمان، 1991، ص57. يعرف الإعلان على أنه: "فن ممارسة التأثير النفسي على الجمهور لأهداف تجارية"، "L'art d'exercer une action psychologique sur la public à des fins commerciales"، قاموس le petit ROBERT. كما يعرف ضمن قاموس la Rousse على أنه: "مجموعة من الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمؤسسة صناعية أو تجارية لامتداح منتج"، "Ensemble des moyens employés pour faire

فعل أو نشاط أو كل استخدام لأداة تدرك بالحواس، وثانيهما معنوي؛ يتمثل في قصد تحقيق الكسب المادي أو ما يعرف بالهدف التجاري¹⁰⁰⁷.

ويستخدم الإعلان كوسيلة لجذب الأشخاص عن طريق وسائل الدعاية من صحافة وإذاعة ووسائل مرئية أو مسموعة، والتي تستطيع أن تدفعهم للحصول على ما يلزمهم من سلع وخدمات¹⁰⁰⁸، ولهذا يجسد المانح هذه الوسيلة لخدمة الشبكة التكنولوجية وضمان انتشارها. لكن الإعلان في الشبكة التكنولوجية يكتسب طابعاً تعاونياً، على اعتبار أن كافة الأعضاء فيها يساهمون في تكلفة الدعاية الإعلامية¹⁰⁰⁹، وذلك من خلال إضافة هذه المساهمة للأقساط الدورية التي تمنح للمانح أو عن طريق مساهمات مستقلة أو مبلغ يضاف إلى مقابل حق الدخول باعتبارها تتعلق بالمعرفة الفنية التي تتمحور حولها الشبكة.

ولهذا يجب أن يتضمن الإعلان ما يشير إلى الشبكة التكنولوجية لجذب المتلقي والمستهلك للارتباط بها من خلال السلعة أو الخدمة المقدمة وذلك بإبراز مايلي:

- طبيعة السلعة وخصائصها الجوهرية بالإشارة لمظهرها العام.
- طرق وأماكن إنتاجها وتوزيعها وظروف التعاقد وشروطه.
- وظائف السلعة وطرق استخدامها ووسائل صيانتها.
- المخاطر التي قد تنشأ عن الاستخدام وطرق الوقاية منه¹⁰¹⁰.

تعريف جامع لكلمة الإعلان، نظراً لتداولها في المجالات المختلفة.

1007 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص102.

1008 سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص132.

1009 عبد الفضيل محمد أحمد، الاعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، د.ت.ن، ص33.

1010 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص102.

تختلف طريقة القيام بالدعاية الاعلامية من شخص لآخر، ويتسع هذا المفهوم ليشمل كل ما من شأنه التأثير على الزبائن، فالدعاية غير المنتظمة لا تكفي، وإنما يلزم التكرار اللافت لاكتساب وصف الإعلان¹⁰¹¹. لكن ارتباطها بالمظهر العام للشبكة يبرر قيام المانح بالرقابة عليها، فقد لا تكون الإعلانات في بعض الأحيان متناسبة مع المضمون الحقيقي الذي تقدمه الشبكة التكنولوجية مما يؤدي إلى خلل في عملية نقل المعرفة الفنية وتوزيعها.

وعلى ذلك يلجأ المانح للإعلان لما له من أهمية في السياسة الاعلامية التي يتخذها خاصة في ظل ما يمارسه من وظيفة تسويقية، وهذا بالنظر إلى مقوماته الذاتية التي ترقى به لاعتباره أهم وسائل إثارة الطلب على السلع والخدمات، لكن يجب توافر شروط لذلك ومن أهمها:

- 1- يجب أن يكون محل الإعلان مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.
- 2- يجب ألا يكون الإعلان كاذباً أو خادعاً أو مضللاً أو من شأنه ايقاع الأشخاص في الخطأ¹⁰¹².
- 3- يجب أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، إذ يخلف الإعلان الصادر بوسائل مختلفة قدرًا من الثقة في الشبكة التكنولوجية على نحو يدفع بالراغبين في حيازة سلعة أو الانتفاع بخدمة معن عنها الاتصال أو الانتقال لاتخاذ اجراءات التعاقد.
- 4- يجب أن يكون الإعلان خالياً من العبارات التي تساهم في تكوين فكر خاطئ لدى المستهلك¹⁰¹³.

ولكن قد يتحقق بسبب أو بآخر فرض مضمونه عدم وفاء المعلن بما تضمنه الإعلان خاصة إذا صدر الإعلان من قبل المتلقي ودون موافقة المانح¹⁰¹⁴، أو من هذا الأخير ولم يوف به أو كان

¹⁰¹¹ عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص17.

¹⁰¹² لذا يجب أن يبتعد الإعلان عن إحدى هاتين الصورتين، وذلك ليقدم فائدة للشبكة التكنولوجية، والمتمثلان في:

- 1- الإعلان الكاذب: هو ادعاء مخالف للحقيقة بهدف تضليل المتلقي أو المستهلك بإصدار معلومات غير صحيحة أو غير مطابقة للواقع.
- 2- الإعلان المضلل: وهو شكل آخر من أشكال الخداع، تستخدم فيه عبارات وأساليب توقع المتلقي والمستهلك على حد سواء في الغش والخداع ليقدم كلاهما على التعاقد؛ أنظر: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص133.

¹⁰¹³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص102.

¹⁰¹⁴ وهو فرض يكون في الغالب مخالفاً لما اتفقت عليه مجموعة الدول المتقدمة، والاشتراكية والدول النامية، عند وضعهم للمدونة الدولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا، والتي قضت بالإجماع على حظر أي شرط يقيد من حرية المتلقي في الدعاية والإعلان عن السلعة التي تتضمن التكنولوجيا المنقولة، إذ للمتلقى جميع الحقوق في إقامة الإعلانات ودون انتظار موافقة المانح على ذلك، ولا يستثنى من ذلك سوى الشروط التي تهدف للمحافظة على سرية المعرفة الفنية، أو حماية المستهلك؛ أنظر: السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص258.

الاعلان كاذباً أو مضللاً، فما طبيعة المسؤولية في هذه الحالة؟ وما الجزاء المقرر في حالة ثبوت المسؤولية؟.

أولاً- طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ ما ورد بالإعلان:

تلعب الدعاية والإعلانات في عقد نقل التكنولوجيا دوراً كبيراً في استجلاب الزبائن، لكن القيام بالدعاية الإعلانية يتطلب أموالاً باهظة، واتباع أساليب ووسائل متنوعة، مما يجعل المانح يحتكر هذا الأمر للحفاظ على الشبكة التكنولوجية التي أنشأها والقائمة أساساً على المعرفة الفنية، والتي يجب المحافظة على سريتها، وبالتالي فلا يجوز لأي شخص الاستفادة من الاعلانات واستثمارها بصورة غير مشروعة.

فالأمر لا يتعلق هنا بمجرد الدعاية الإعلانية وإنما بحماية الفكرة الدعائية من جهة والتقنية المستخدمة من جهة أخرى، ذلك أن الفكرة يمكن لأي أحد استخدامها لكن طريقة التعبير عنها وكيفية تقديمها للجمهور هي التي تختلف ويجب حمايتها قانوناً، فتقليد الإعلانات التي تستخدمها الشبكة والقيام بإرسالها للزبائن يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة، سواء تم استعمال الكلمات نفسها أو استخدام طريقة مشابهة سمعياً وبصرياً، فالتجديد في هذه الحالة يكمن في تركيب الصور المبتكرة لاجتذاب الزبائن، فإذا ما تم تقليدها فإنها تقع تحت طائلة أحكام المنافسة غير المشروعة¹⁰¹⁵.

وفي هذا الشأن يجوز للمانح مالك التكنولوجيا الاعتراض على الإعلانات التي لها صلة بالتكنولوجيا، وذلك إذا أدى نشرها أو استعمالها لإيقاع الغلط في ذهن المستهلك أو إذا استعملت بسوء نية. لذلك ينفرد المانح بتقرير سياسته الإعلامية مما يثير مسؤوليته التقصيرية في مواجهة الشبكة والمستهلك عن أي إعلان كاذب أو مضلل، كما يمكن توسيع نطاق المسؤولية ليشمل المتلقي أيضاً ولو اقتصر دوره على تنفيذ الإعلان فقط باعتباره منفذاً لهذه السياسة¹⁰¹⁶.

ولهذا فإذا ما تمّ خضوع مجمل أعضاء الشبكة للسياسة العامة التي يحددها المانح فإن المتلقي لا تقوم مسؤوليته إلا إذا:

¹⁰¹⁵ نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 270.

¹⁰¹⁶ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 414.

- قام بإعلان أنشأه المانح، وترتب عن هذا الإعلان ضرر للمتلقين داخل الشبكة، فحينها تقوم مسؤولية كل من المتلقي والمانح.

- انفرد المتلقي بالإعلان دون موافقة المانح، ويمكن في هذه الحالة للمانح طلب التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي، كما يجوز للمتلقين الآخرين طلب التعويض أيضاً.

- تضمن الإعلان دعاية كاذبة أو مضللة.

وعلى أساس ما سبق تختلف طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الإعلان بحسب اعتبار هذا الأخير إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد، فهي في الفرض الأول مسؤولية تعاقدية. فالإعلان التجاري متى كان إيجاباً، فإنه ليس للموجب بعد القبول أن يعدل عنه، وإلا كان مسؤولاً بالتعويض. أما في الفرض الثاني فإنّ المعلن لا يكون مسؤولاً بالتعويض إلا إذا صاحب العدول خطأً أو تقصير ترتب عليه إحداث ضرر للمتعاقد الآخر، فمصدر المسؤولية في هذه الحالة هو ما صاحب العدول من خطأ بخلاف الفرض الأول الذي يعتبر فيه العدول أساساً للمسؤولية¹⁰¹⁷، ولكن هل يمكن التضامن في المسؤولية؟.

رغم إمكانية رفع الدعوى على المانح والمتلقي معاً إلا أنه لا يترتب على ذلك تضامن بينهم في المسؤولية، ويعتبر ذلك خروجاً على الأحكام العامة التي تقرر التضامن في الديون التجارية، بل إنه يعدّ خروجاً على قواعد المسؤولية المدنية التي تقرر التضامن في المسؤولية التقصيرية¹⁰¹⁸، غير أنّ ذلك لا يمنع من إمكان الرجوع على بعضهم البعض فيما بعد.

ثانياً- جزاء الإخلال بالسياسة الإعلامية للمانح:

يتعرض المتلقي الذي يقوم بمخالفة هذه السياسة والتي تعرّف عليها بمناسبة عقد نقل التكنولوجيا للمسؤوليتين المدنية والجزائية:

¹⁰¹⁷ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص116.

¹⁰¹⁸ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص149.

1- المسؤولية المدنية:

طبقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، يمكن للمانح المتضرر أو أي عضو في الشبكة جراء إخلال المتلقي بالشروط التي وضعها المانح لنجاح الشبكة، وانسجام وتناسق عملها بين الأعضاء، رفع دعوى المطالبة بإقرار المسؤولية المدنية ودفع تعويضات عن الضرر الناجم عن ذلك، والتي يمكن اعتبارها دعوى منافسة غير مشروعة في بعض القوانين مثل القانون المصري والأردني¹⁰¹⁹، على اعتبار أن المتلقي قد أفشى بعض أسرار المعرفة الفنية من خلال الدعاية الإعلامية. أما في القانون الجزائري فتعدّ هذه الدعوى تقصيرية تخضع للقانون المدني بموجب المادة 124 من هذا الأخير¹⁰²⁰. الأمر الذي يدفع بلزوم إثبات العناصر الثلاث للمسؤولية المدنية والتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية. ويجب التنويه في هذا الشأن أنه إذا ورد التزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية ضمن عقد نقل التكنولوجيا فإنّ المسؤولية هنا تتحول إلى مسؤولية عقدية يحكمها العقد المبرم بين الطرفين.

ومتى ما تمّ الحكم بثبوت المسؤولية المدنية على المتلقي، فإنّ المحكمة تقضي بتعويض المانح وحتى أعضاء الشبكة إن لزم الأمر، والذي يخضع في تقديره للقواعد العامة التي تقضي بتقدير التعويض على أساس ما فات المضرور من ربح وما لحقه من خسارة¹⁰²¹. وعلى هذا يجب على القاضي تعيين خبير لتقدير الأرباح التي لم يتمكن المانح من كسبها نتيجة خطأ المتلقي.

2- المسؤولية الجزائية:

إضافةً للجزاءات المدنية التي يمكن أن يتعرض لها المتلقي جراء مخالفته للسياسة الإعلامية المقررة من قبل المانح، فإنّه معرض أيضاً للمتابعة الجزائية، إذ يعتبر فعله محاولة لإفشاء سر المعرفة الفنية التي تعتبر محمية جنائياً في كثير من القوانين، ومنها القانون الأمريكي المتعلق بالتجسس الاقتصادي لسنة 1996 الذي يتعلق بسرقة السر التجاري، وليس هذا فحسب وإنما يشمل كل فعل من

¹⁰¹⁹ المادة 3/58 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، والمادة 6 من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم 15 لسنة 2000.

¹⁰²⁰ على الرغم من اعتبار هذا الفعل من أعمال المنافسة غير المشروعة، غير أنّ هذه الأخيرة في الجزائر تخضع لنفس أحكام الدعوى التقصيرية الواردة في المادة 124 ق.م. وذلك تأسيساً على أنّ القانون الجزائري لا يضع خلافاً لبعض القوانين (القانون الألماني) أحكاماً خاصة بدعوى المنافسة غير المشروعة.

¹⁰²¹ المادة 182 ق.م.ج.

شأنه نسخه أو كشفه. ويجمع هذا القانون بين الجزاء المدني الذي قد يصل إلى نصف مليون دولار أمريكي كحد أعلى للأشخاص الطبيعيين وخمسة ملايين دولار أمريكي للأشخاص المعنويين، أما العقوبات الجزائية فتتمثل في إمكانية الحكم بسجن الشخص لمدة عشر سنوات كحد أقصى.

كما يعاقب القانون المصري من جانبه كل من يقوم بالكشف عن معلومات غير مفصح عنها أو حيازتها أو استخدامها مع علمه بسريتها، بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه مصري ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه. وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سنتين وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه¹⁰²². أما من جهته فالمشرع الجزائري قد عاقب على إفشاء السر المهني بموجب المادة 301 ق.ع. بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج.

البند الثاني: مقومات نجاح السياسة الاعلامية

يتأثر المستهلك بالسياسة الاعلامية التي تنتهجها الشبكة والمقررة من قبل المانح، فبقدر الانجذاب يتحقق نجاح هذا النظام، مما يساهم في زيادة عدد الزبائن ومنه إلى انتشار السمعة التجارية للشبكة. إذ يعتبر هذين العنصرين الأخيرين لازمين بالتبعية لإمكانية دخول مشروع المانح ضمن شبكة تكنولوجية، بحيث يكون مشروعه مؤهلاً لذلك باعتبارهم من العناصر المعنوية الأساسية. إذ يطلب المتلقي الانضمام للشبكة التكنولوجية بناء على ما يتمتع به المانح من سمعة تجارية.

وقد اعتبر المشرع الجزائري في المادة 78 ق.ت. أن كلاً من الزبائن والسمعة التجارية عنصراً معنوياً قائم بذاته وواجب الوجود ضمن عناصر المحل، إذ يؤثر كلا العنصرين في الآخر سواء بالسلب أو الايجاب، فالسمعة التجارية تتعزز بتضاعف الزبائن والعكس صحيح.

إذ يستفيد المتلقي من حق استغلال عناصر الحزمة التكنولوجية وبالتالي من السمعة العامة للشبكة التي تعتبر أثراً لمزاولة هذا النشاط. أما بالنسبة للزبائن فهم مرتبطون بالمانح أكثر من ارتباطهم بالشبكة، وعلى المتلقي تكوين زبائن مشروعه وضمن نطاقه الحصري وعدم الاعتماد على زبائن المانح.

¹⁰²² المادة 61 من قانون حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002.

وباعتبار المتلقي يتميز بالاستقلالية من ناحية تكوين مشروع، فهذا يمنحه حق الاتصال بالزبائن¹⁰²³، وتتسع سلطته على هذا الحق بخلاف جميع عناصر العقد الأخرى، لكن الأمر يبقى مرهوناً باستمرار العقد من عدمه. وذلك ما يبرر تلاشي حقوق المتلقي التي يكتسبها بموجب عقد نقل التكنولوجيا ويرجح مصلحة المانح مما يجعله في تبعية دائمة لهذا الأخير.

أما في حالة إخلال المتلقي بأحد الالتزامات فتقوم مسؤوليته العقدية في مواجهة المانح إذا ما ثبت قيامه بخطأ تضررت منه السمعة التجارية له، وبالتالي يتضرر منه جميع أعضاء الشبكة، مما يستدعي طلب فسخ العقد مع التعويض. كما يمكن للمتلقين المتضررين الرجوع على المتلقي بدعوى المسؤولية التقصيرية، وعلى المانح بدعوى المسؤولية العقدية إذا لم يتم هذا الأخير باتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية السمعة التجارية للشبكة.

المبحث الثاني: إغفال المصالح الخاصة للمتلقي لصالح وحدة الشبكة

يحقق المتلقي أرباحاً بانضمامه إلى الشبكة التكنولوجية التي يؤسسها المانح، ويحدد سياسة العمل ضمنها، غير أن مصلحته تتراجع وتزول بمجرد انقضاء العلاقة التعاقدية لتفقد المجال لمصالح باقي أعضاء الشبكة. لهذا تتعارض مصالح المانح والمتلقي على إثر الرغبة في تجديد العقد بعد انتهاء مدته، إذ يطمح المانح للاتفاق مع متلقي جديد للتكنولوجيا لتحصيل مقابل حق الدخول، وفي الوقت ذاته يرغب المتلقي في إعادة تجديد العقد وإنقاص مقابل حق الدخول نظراً لاطلاعه المسبق على المعرفة الفنية¹⁰²⁴، لكن الأمر يبقى مرهوناً بيد المانح؛ فهو وحده من له حق الموافقة على التجديد من عدمه (المطلب الأول). وبهذا يلعب عقد نقل التكنولوجيا بارتباطه بالمعرفة الفنية دورين، كونه أداة تتركس تبعية المتلقي طوال مدة العقد، وأداة للمنافسة تحقق نوعاً من التميز عن المشروعات الأخرى وهذا بعد انتهاء العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تغييب مصلحة المتلقي في ظل عدم تجديد العقد

عقد نقل التكنولوجيا من العقود المستمرة في الزمن، لذا تستمر العلاقة التعاقدية بين الطرفين إلى أن يحين الأجل الذي تمّ تحديده، فينتهي العقد بين كل من المانح والمتلقي، ولا يحدهم في ذلك سوى

¹⁰²³ باعتباره أحد أهم العناصر المعنوية لتكوين المحل التجاري؛ أنظر: المادة 78 ق. ت. ج.

¹⁰²⁴ وفاء مزيد فلهوط، المرجع السابق، ص 426.

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولكن إذا كان هذا هو الأصل، فليس هناك ما يمنع من اتفاق المانح والمتلقي على استمرار العقد بعد انتهاء مدته فيما يعرف بتجديد العقد (الفرع الأول). لكن يبقى للمانح حق مطلق في تجديد العقد من عدمه، مما يؤدي لتضرر مصالح المتلقي لفائدة المصلحة المنفردة للمانح والمصلحة الجماعية للشبكة، والتي ينجم عنها مجموعة من الاشكالات القانونية والاقتصادية على مشروع المتلقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق الاتفاق على التجديد

يتفق أطراف عقد نقل التكنولوجيا على مدة محددة للعقد، وليس ثمة ما يمنع اتفاقهم على التجديد التلقائي، فالعقد شريعة المتعاقدين. إذ يعتبر التجديد غير مفترض وإنما تتجه إليه إرادة الأطراف، ولذا يجب الاتفاق عليه مسبقاً، حتى يمكن أن يعتدّ به عند انتهاء الرابطة التعاقدية وهذا تجنباً للمشكلات التي يمكن أن تحدث. ولهذا سنتناول في هذا الفرع تحديد نطاق التجديد من خلال التعرض للحالات التي يجوز فيها طلب تجديد العقد (البند الأول)، والحالات التي لا يجوز فيها طلب التجديد (البند الثاني).

البند الأول: الحالات التي يجوز فيها طلب التجديد

ينشئ عقد نقل التكنولوجيا التزامات متقابلة بين طرفيه، فإذا ما نفذ المانح جميع الشروط التعاقدية، ونفذ المتلقي من جانبه الالتزامات المتفق عليها، فإنّ العقد ينقضي بصفة عادية بانتهاء مدته -لكن قد يقع أن تنقضي مدة العقد دون تنفيذ تلك الالتزامات، فيتعرض أحدهما للمسؤولية نتيجة لهذا الاخلال-، وبالتالي فإنّ عقد نقل التكنولوجيا ينقضي كغيره من العقود وفقاً لعدة أسباب منها، طلب الأطراف إنهاء العقد، أو انتهاء المدة المتفق عليها.

لكن قد ينص العقد في بعض الأحيان على حق المتلقي في تجديده لمدة أخرى، مع اشتراط التزامه بدفع مبلغ معين إذا رغب في تجديد العقد، وفي هذه الحالة يلتزم المانح بالموافقة على هذا التجديد وفقاً لشروط معينة، كما قد ينص العقد على التجديد التلقائي له، ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر وقبل نهاية مدة العقد برغبته في الإنهاء¹⁰²⁵، فما هو الأساس القانوني للتجديد؟ وهل يمكن أن يكون في جميع الحالات؟.

¹⁰²⁵ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص319.

يقصد بالتجديد، الاتفاق على إبقاء الرابطة التعاقدية واستمرارها بعد انتهاء مدة العقد¹⁰²⁶، سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً¹⁰²⁷. إذ يمكن لأطراف عقد نقل التكنولوجيا الاتفاق على تجديد العقد صراحةً أو ضمناً، وهذا في الحالة التي يكون قد تمّ تحديد مدة لانقضائه:

1- شرط التجديد الصريح من قبل الأطراف:

يتمّ صياغة هذا الشرط بموجب العقد، بالنص على قابلية تجديد مدته سواء مرة واحدة أو عدة مرات، كما يمكن أن يرد في شكل تعهد من المانح بأن يجدد العقد عند نهاية المدة المتفق عليها¹⁰²⁸. وتماشياً مع التطورات التي يمكن أن تحدث في تلك الفترة -أي ما بين بداية العقد وانتهائه- خاصة ما تعلق منها بذيوع سرية المعرفة الفنية، أو فقدان القيمة المادية لها. وحماية لمصالح المتلقي يمكن إرفاق بند التجديد بضرورة أن يكون العقد المراد إبرامه مطابقاً للعقود المقترحة على المتلقين الأعضاء في الشبكة لحظة إبرام العقد الجديد¹⁰²⁹.

2- شرط التجديد الضمني:

إضافة للصورة السابقة يمكن أن يجدد عقد نقل التكنولوجيا ضمناً، مثل إدراج شرط في العقد يقضي باستمرار العلاقة التعاقدية بعد انتهاء المدة، وفي هذه الحالة فإنّ مصير العقد يتحدد إما بإعلان رفض التجديد أو عدم إعلان ذلك¹⁰³⁰. فإذا ما قرر أحد الطرفين عدم تجديد العقد فما عليه سوى القيام بإخطار الطرف الآخر بهذا القرار، وبالتالي ينتهي العقد بحلول أجله. أما في حالة عدم إعلان الرفض فإنّ التجديد يقع ضمناً بسكوت الأطراف عند حلول الأجل المحدد لانقضاء العقد¹⁰³¹.

وعليه، ففي أغلب عقود نقل التكنولوجيا يعمد أطرافه لتحديد مدة لاتفاقهم وذلك لما للتحديد من فوائد لكلا الطرفين. فمن جانب المتلقي يسمح له تحديد مدة العقد بإنجاز مشروعه بعيداً عن خطر الانهاء المفاجئ للعقد من جانب المانح، كما يفضل المتلقي تحديد أجل للعقد، حتى يتمكن من تغيير

¹⁰²⁶ يخضع تحديد أجل العقد لحرية الأطراف، على أن تراعى فيه جميع الظروف ومنها المدة اللازمة لتنفيذ العقد وتحقيق الأرباح.

¹⁰²⁷ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص223.

¹⁰²⁸ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص377.

¹⁰²⁹ H. BENSOUSSAN, Le droit de franchise, édition Apogée, 1999, p201.

¹⁰³⁰ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص337.

¹⁰³¹ D. BASCHET, Op. Cit., p898.

نشاطه، أو البحث عن شبكة أخرى. أما من جانب المانح، فيرغب أيضاً في تحديد مدة العقد تفادياً للارتباط الطويل، أو عدم كفاءة المتلقي في تحقيق الانتشار المطلوب للشبكة¹⁰³².

وفي هذا الشأن نصت المادة 86 ق.ت.م.: "يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب انهاء أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة، ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات، ما لم يتفق على مدة أخرى".

كما تعطي المادة 86 ق.ت.م. للمانح حق إدخال شروط جديدة على العقد، وبالتالي إمكان فرض حق دخول جديد على المتلقي.

لكن إذا خلا العقد من أحكام بخصوص مصير عقد نقل التكنولوجيا بعد انتهاء المدة، فلا يملك أيّ منهما حق تجديد العقد¹⁰³³، وللمانح في هذه الحالة رفض طلب تجديد العقد المنقضي لعدم وجود اتفاق سابق، وبالتالي فلا يجوز للمتلقي التظلم من هذا الرفض.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بغياب حق الأطراف في المطالبة بتجديد العقد المحدد المدة، وذلك وفقاً لقرارها الصادر بتاريخ 15 جويلية 1994، حيث اعتبرت أن تجديد العقد يكون بقرار من المانح والذي يجوز له رفض التجديد دون أن يكون مجبراً على تقديم مبرر بذلك، ودون دفع تعويض للمتلقي، ما لم يثبت تعسفه في اتخاذ هذا القرار¹⁰³⁴. فإذا لم يقصد بالإنهاء تحقيق مصلحة مشروعة تتناسب مع الضرر الذي يصيب المتلقي، يعتبر الإنهاء تعسفياً يترتب عليه التعويض¹⁰³⁵. إذ أن الحق في إنهاء العقد ليس مطلقاً بل يجب استعماله بوجود مبرر مشروع يستند لمصلحة المانح الذي يرغب في الإنهاء دون أن يصيب المتلقي ضرر لا يتناسب مع هذه المصلحة¹⁰³⁶. ويمكن تأسيس هذا المبدأ على:

¹⁰³² يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص330.

¹⁰³³ Ph. LE TOURNEAU, Op, Cit., p272.

¹⁰³⁴ Cass. Com, 5 juillet 1994, pourvoi n°92-17918, contrats. conc. Consom, 1994, n°219, comm. L. Leveneur.

¹⁰³⁵ حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع السابق، ص120.

¹⁰³⁶ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص318.

أولاً- احترام مبدأ الحرية التعاقدية:

إذ أنّ عدم تجديد عقد نقل التكنولوجيا بعد انتهاء مدته يجد أساسه في ضرورة احترام رأي المتعاقدين برفض أو قبول التجديد مثل ما يحدث في أول مرة، فيكون الطرفين أحرار في قبول أو رفض التعاقد¹⁰³⁷.

ثانياً- استقلالية الأطراف:

إذ يعتبر كلا الطرفين مستقلين في مزاوله نشاطهم التجاري، وبالتالي تعود عليهم نتائج هذا النشاط، والتي من بينها العلاقة التي تربط بين المانح والمتلقي والمتمثلة في عقد نقل التكنولوجيا.

ثالثاً- الحق في الحفاظ على السمعة التجارية للشبكة:

تبقى مصلحة المانح للحفاظ على الشبكة التكنولوجية فوق كل اعتبار، إذ يعتمد هذا الأخير دائماً على إعادة تنظيم هذه الشبكة، والتخلص من المتلقين الأقل فاعلية واستبدالهم بأخرين جدد وأكثر نشاطاً¹⁰³⁸. وفي هذا الشأن يرى الأستاذ D. FERRIER أن القول بحق المتلقي في تجديد العقد، يشكل تهديداً لهذا العقد من الناحية الاقتصادية، ويعتبر أنّ فعالية النشاط الاقتصادي للشبكة المنشئة من قبل المانح تعتمد على وجود ترابط في عمل المتلقين للتكيف مع احتياجات السوق، والتي تفترض عدم تجديد العقد كلما اقتضت مصلحة الشبكة ذلك¹⁰³⁹.

لكن الأستاذ A. BRUNET يرى هو الآخر أنّ المصلحة المشتركة لأطراف العقد تضع على عاتق المانح التزاماً آخر مفاده عدم حرمان المتلقي من الاستفادة من عملية تجديد العقد، لما في ذلك من ارتباط يجمع بين المتلقي والعملاء الذين ساهم في تكوينهم¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁷ Yaser AL SURAIHY, La fin du contrat de franchise, Thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, 2008, p44.

¹⁰³⁸ Ibid., p44.

¹⁰³⁹ Didier FERRIER, La rupture du contrat de franchisage, T.II, JCP.CI, 1977, p124.

¹⁰⁴⁰ A. BRUNET, Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, In Mélanges.A.Wiell, Dalloz, Litec, 1983, p85.

البند الثاني: الحالات التي لا يجوز فيها طلب التجديد

قد ينحل عقد نقل التكنولوجيا قبل انقضاء أجله، إما باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون الواجب التطبيق على العقد. فإذا كانت القاعدة العامة هي استمرار العقد طوال المدة المحددة، فهذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما يمكن أن يشوب العقد أسباب تؤدي إلى انقضائه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه، أو بحكم القانون، وفي هذه الحالة لا يمكن طلب التجديد، وهي كالتالي:

أولاً- الفسخ:

إذا لم يتفق الطرفان على مدة محددة لعقد نقل التكنولوجيا الذي يربط بينهما، يعدّ هذا الأخير ميرم لمدة غير محددة، أيّ يمكن للطرفين إنهائه في أيّة لحظة عن طريق الفسخ لكن ذلك لا يكون إلا بشروط¹⁰⁴¹، وأهمها احترام شرط الاخطار المسبق، فهو من النظام العام. وقد أكد القضاء الفرنسي في عقود الفرانشيز أنّ قيام المانح بإنهاء العقد بصورة منفردة - وهذا بشأن العقد غير محدد المدة - لا يجب أن يكون مقترناً بتبرير لهذا الإنهاء¹⁰⁴².

ويعدّ الاخطار المسبق بالنسبة للعقود غير محددة المدة شرطاً يحدّ من التعسف في استعمال حق الإنهاء الفردي للعلاقة التعاقدية. إذ أنّ قطع هذه الأخيرة في أيّ وقت يمكن أن يحدث ضرراً اقتصادياً للمانح أو المتلقي تصل إلى حدّ توقف النشاط، خاصة بالنسبة للمتلقي الذي استمدّ جلّ عناصر مباشرة نشاطه من المانح¹⁰⁴³.

غير أنّ مسألة تقدير مدى كفاية مدة الإخطار من عدمها تخضع لتقدير قضاة الموضوع، ويأخذ هؤلاء بعين الاعتبار العادات والأعراف التجارية المرتبطة بهذا النشاط، وضعية التبعية الاقتصادية

¹⁰⁴¹ بموجب المادتين 119 و120 ق.م.ج يمكن اللجوء للفسخ القضائي أو الاتفاقي، وهي على التّوالي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

¹⁰⁴² Cass. Com, 25 avril 2001, Juris- data n°2001-3237, D.2001 : « La cour de cassation affirme que le franchiseur comme le concédant peut résilier unilatéralement le contrat conclu sans durée sans donner des motifs de sa décision de rupture ».

¹⁰⁴³ Yaser AL SURAIHY, Op. Cit., p89.

للمتلقي، الوقت اللازم لهذا الأخير لتصريف مخزون البضاعة، وحجم ما تمّ تحقيقه من استثمارات¹⁰⁴⁴. كما يمكن الإعفاء من تطبيق شرط الاخطار المسبق في حالة ارتكاب خطأ جسيم¹⁰⁴⁵ أو وجود قوة قاهرة.

1- الفسخ بسبب خطأ المانح:

يرتب عقد نقل التكنولوجيا التزامات على عاتق المانح والتي يشكل تخلفها خطأ يسمح للمتلقي بالمطالبة بفسخ العقد، ومن بينها¹⁰⁴⁶:

- تخلف المانح عن تقديم المساعدة الفنية والتي تعتبر جزءاً جوهرياً في العقد.
- زوال شهرة العلامة التجارية أو عدم تجديدها.
- مخالفة شرط الحصرية، إذ يعتبر أيّ تصرف أو توزيع للبضائع داخل الإقليم الحصري للمتلقي مخالفة تجيز فسخ العقد.
- التعديل الانفرادي للعقد دون إخطار المتلقي¹⁰⁴⁷.

2- الفسخ بسبب خطأ المتلقي:

يمكن للمانح وبسبب خطأ المتلقي أن يطالب بفسخ العقد كنتيجة لعدم تنفيذ المتلقي لالتزاماته¹⁰⁴⁸. لكن أمر إنهاء العقد من قبل المانح في هذه الحالة يبقى مرهوناً بضرورة منح فرصة للمتلقي لتنفيذ هذه الالتزامات وتحقيق عوائد من الاستثمارات التي باشرها بموجب هذا العقد¹⁰⁴⁹، وهذا لإعادة المبالغ التي أنفقتها عند انضمامه لهذه الشبكة.

¹⁰⁴⁴ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص343.

¹⁰⁴⁵ ويكون الخطأ جسيم مثلاً في حالة عدم تنفيذ المتلقي أحد التزاماته المترتبة بموجب عقد نقل التكنولوجيا.

¹⁰⁴⁶ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص346.

¹⁰⁴⁷ عملاً بالمادة 106 ق. م. ج. فإنّ العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز تعديل هذا العقد إلا باتفاق الطرفين، إذ جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

¹⁰⁴⁸ وهي التزامات متعددة تمّ ذكر معظمها ضمن هذه الرسالة، وأهمها الالتزام بدفع المقابل.

¹⁰⁴⁹ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص344.

ثانياً- أسباب الانقضاء المرتبطة بالاعتبار الشخصي:

نظراً لطابع الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد نقل التكنولوجيا، فإنه يمكن أن ينقضي بإحدى الحالات التالية:

1- نهاية الشخصية القانونية للمتعاقد:

ويمكن أن يحدث ذلك عن طريق وفاة المانح أو المتلقي¹⁰⁵⁰. إذ تعدّ شخصية هذين الأخيرين محل اعتبار، وبالتالي لا يمكن استبدالهم بالورثة، إلا إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً بانتقاله إليهم وهذا بعد موافقة الطرف الآخر¹⁰⁵¹.

2- تغير صفة أحد الأطراف:

إنّ الاعتبار الشخصي المميز لأطراف علاقة عقد نقل التكنولوجيا يتأثر بتغير صفة أحد الأطراف كفقدته للأهلية أو زوال التأهيل الفني والتقني. إذ أنّ هذا العقد قائم على الاعتبار الشخصي، وبالتالي ففي حالة فقد أحد الأطراف لأهليته سواء كان الفقد مادي أو قانوني، فإنّ العقد ينقضي لاستحالة تنفيذه. وينطبق الأمر نفسه على زوال المؤهلات الفنية والتقنية، إذ يؤدي ذلك للمطالبة بفسخ العقد¹⁰⁵²، ومن أبرز الأمثلة تدني قيمة المعرفة الفنية التي تعتبر أساس عقد نقل التكنولوجيا. وعليه يعتبر هذا سبباً آخر لعدم المطالبة بتجديد العقد.

3- تغيير شخص المتعاقد:

يمكن أن يفقد عقد نقل التكنولوجيا أحد أطرافه بسبب قيام أحدهم بالتنازل عن العقد، وهذا بإحلال شخص آخر مكانه، فيما يعرف بالتنازل عن العقد. إذ يعتمد المانح أو المتلقي للتنازل عن العقد لعدة

¹⁰⁵⁰ لا تعتبر الوفاة سبباً لانقضاء العقد طبقاً للمادة 108 ق.م.ج، والتي تقضي بانصراف العقد لطرفيه وخلفهما العام، ولكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات متعلقة بمبدأ الاعتبار الشخصي.

¹⁰⁵¹ يطبق نفس الأمر بالنسبة للشخصية المعنوية، غير أن أسباب انقضاء هذه الأخيرة متعددة، قسمها الفقه عامة تتمثل في انقضاء مدة الشركة (المادة 437 ق.م.ج)، أو الانقضاء باتفاق الأطراف وقبل حلول الأجل (المادة 440 ق.م.ج). وأسباب خاصة تتعلق أساساً بالشركاء كوفاة أحدهم أو فقدانه أهليته أو افلاسه (المادة 439 ق.م.ج)، تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الحالة تتعلق فقط بشركات الأشخاص. وإما بهلاك رأس مال الشركة (المادة 438 ق.م.ج)، أو الحكم بإفلاسها أو اندماجها في شركة أخرى.

¹⁰⁵² يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص 367.

أسباب منها: عدم القدرة على تحمل التكاليف الباهظة للعقد، الرغبة في تغيير النشاط... ولكن هل يمكن ذلك؟.

اختلف الفقه في هذا الشأن بين مؤيد ومعارض، إذ يرى الأستاذ Yves MAROT أنه: "في غالب الأحيان لا يتم إبرام العقد بالنظر لشخص المانح، لذا ففي حالة التنازل عن الشبكة لا يمكن للمتلقي قطع العلاقة التعاقدية لمجرد تغيير المانح"¹⁰⁵³. كما يرى الأستاذ محمد محسن إبراهيم النجار أن حرية تنازل المانح عن العقد تبرز من جديد هيمنته على المتلقي من خلال قدرته على إحلال شخصية جديدة محله دون أن يكون للمتلقي حق الاعتراض عليها¹⁰⁵⁴.

ومن جانب آخر يرى الأستاذ ياسر سيد محمد الحديدي أن تنازل المانح عن العقد يعطي للمتلقي حق الفسخ، نظراً لأنّ تخليه عن العقد يهدم فكرة الاعتبار الشخصي، باعتباره صاحب دور محوري في إدارة وتوجيه الشبكة. كما أنّ إلزام المتلقي بالاستمرار مع المانح الجديد، يضع عليه عبء تحمل أفكار ومفاهيم تختلف عن تلك التي وضعها سابقه¹⁰⁵⁵. لكن وبالمقارنة مع الحرية الممنوحة للمانح، يوجد تشديد على المتلقي في عملية التنازل نظراً للاعتبارات العديدة التي اتخذها المانح لاختياره منها، كفاءته التقنية والمهنية، وقدرته المالية، وإمكاناته للتعاون مع أعضاء الشبكة¹⁰⁵⁶. ولهذا يبقى خاضعاً في ذلك لمراقبة المانح، وهو ما يؤكد قرار لمحكمة استئناف (Orléans)¹⁰⁵⁷ وما جاءت به المادة (3-2) من النظام الأوروبي رقم 4087/88¹⁰⁵⁸. كما نصت المادة 81 ق.ت.م. على هذا الأمر بقولها: "لا يجوز للمستورد التنازل للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها".

¹⁰⁵³ Yves MAROT, Revendre une Franchise- liberté contrôlée, Franchise magazine, Mai- juin, 1993, n°109, « Dans presque tout les cas, le contrat n'est pas conclu intuitu personae eu égard à la personne du franchiseur. Ainsi, en cas de cession du réseau, le franchiseur ne pourra rompre son contrat du seul fait d'un changement de franchiseur ».

¹⁰⁵⁴ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص 133.

¹⁰⁵⁵ ياسر سيد محمد الحديدي، المرجع السابق، ص 287.

¹⁰⁵⁶ نفس المرجع، ص 280.

¹⁰⁵⁷ Orléans, 28 février 1989, RG 88/2117 : « Attendu que dans un contrat de franchisage, le franchiseur s'oblige à accorder au franchiseur une licence de savoir- faire et donc une technique commerciale et des connaissances qui conformément un avantage concurrentiel évident à celui qui détient, qu'il des lors un tiers jugés par lui indésirables dans son réseau de concession ».

¹⁰⁵⁸ L'article j-2-3 du règlement d'exemption n°4087/88 du 30 novembre 1988: "Les obligations suivantes imposées au franchiseur ne font pas obstacle à l'application de l'article 1^{er}:...j, ne pas céder les droits et obligations résultant du contrat sans accord du franchiseur".

الفرع الثاني: إشكالات عدم التجديد

تكمن عدة مشاكل في عدم تجديد عقد نقل التكنولوجيا، فقد يبرم هذا الأخير ويتجدد لعدة سنوات دون مشكلات ثم يقرر المانح وضع نهاية للعقد فيختار عدم تجديده، بالرغم من اسهام المتلقي في تنمية الشبكة التكنولوجية وشهرة العلامة التجارية من خلال تعاملاته والتي يستفيد المانح من عائداتها، فهل يضيع على المتلقي كل ذلك، وماهي أهم المشكلات التي تعترضه؟.

تنشأ عدة إشكالات كنتيجة لعدم تجديد العقد تمس أغلبها المتلقي المتضرر من هذه العملية، وتتميز أهمها بمصير المخزون المتبقي من البضاعة (البند الأول)، وتعويض المتلقي عن فقد العملاء (البند الثاني).

البند الأول: مصير المخزون المتبقي من البضاعة

من أهم المسائل التي تبرز عند انقضاء عقد نقل التكنولوجيا هي مشكلة مصير المنتجات والبضائع المخزونة لدى المتلقي¹⁰⁵⁹، إذ يظل هذا الأخير حائزاً على ما تبقى منها والتي لم يتم بيعها، ومن هنا يتم طرح اشكال التزام المانح باستعادة هذا المخزون، لعدم قدرة المتلقي على تصريفه بعد انتهاء العقد، وذلك لوجود شرط عدم المنافسة، إذ نتساءل هل بإمكان المتلقي الاحتفاظ بالبضاعة وتصريفها بنفسه تحت العلامة التجارية للمانح؟ أم تتم إعادتها لهذا الأخير؟. في هذا الأمر يجب التمييز بين حالتين:

أولاً- حالة وجود اتفاق ينظم مصير مخزون المتلقي:

يمكن أن تتضمن عقود نقل التكنولوجيا شرطاً يحدد مصير مخزون المتلقي من البضاعة¹⁰⁶⁰، والذي تبقى في حيازته دون بيع على إثر انقضاء العقد. ففي حالة وجود مثل هذا الشرط يجب احترام ارادة الأطراف التي أوجدتها تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. إذ يمكن أن تتخذ هذه الشروط ثلاثة أشكال، منها الشرط الذي يلزم المانح باستعادة مخزون المتلقي، والذي يلتزم في حالة مخالفته بالتعويض عن الضرر الناتج، على أساس المسؤولية العقدية. أو يمكن الاتفاق أيضاً على شرط يسمح للمانح باستعادة المخزون، وبالتالي فإن المانح يبقى مخيراً فقط وليس ملزماً. وأخيراً يمكن الاتفاق على

¹⁰⁵⁹ تظهر هذه المشكلة فقط إذا كنا بصدد عقد نقل تكنولوجيا لتصنيع أو توزيع منتجات وتتقي بالنسبة لعقد نقل تكنولوجيا يكون موضوعه خدمات.

¹⁰⁶⁰ ماجد عمار، المرجع السابق، ص117.

إعفاء المانح من استعادة مخزون المتلقي، مما يجعل المتلقي يتحمل وحده الأضرار التي تنتج عن بقاء هذا المخزون، الأمر الذي يدفعه للتخلص منه بأقل الأسعار قبل نهاية العقد، أو في الفترة الممتدة ما بين الإخطار وانتهاء العقد. لكن تصريف المخزون بهذه الطريقة قد يؤدي لحدوث أضرار على سمعة الشبكة، مما يدفع بالمانح ولتفادي هذه الواقعة منح المتلقي مهلة بعد انتهاء العقد لتصريف هذا المخزون¹⁰⁶¹.

وفي هذا الشأن نصت المادة 2/28 من عقد الفرانشيز النموذجي لغرفة التجارة الدولية: "في الأيام التي تلي نهاية العقد يبلغ المتلقي المانح جرداً بمنتجات المخزون الذي بحيازته مع أسعار إعادة بيعها. ويكون المانح مخيراً (وليس ملزماً) بإعادة شراء كل أو بعض المخزون بالأسعار الأولية أو أسعار السوق إذا كانت أقل. يبلغ قرار إعادة شراء المخزون بشكل كتابي في الأيام التي تلي تسلم قائمة جرد المخزون. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على أسعار إعادة البيع فإنها تحدد من قبل خبير مستقل. وفي حالة ما إذا قرر المانح عدم إعادة شراء المخزون يكون للمتلقي الحرية في بيعه لكن بشروط عادية وليست مفرطة"¹⁰⁶². إذ يمكن أخذ هذا النموذج بعين الاعتبار لتطبيقه على مختلف عقود نقل التكنولوجيا تفادياً لحدوث أي اشكال مستقبلاً.

ثانياً- حالة عدم وجود اتفاق ينظم مصير مخزون المتلقي:

إذا لم يرد في عقد نقل التكنولوجيا بند يحدد مصير البضاعة المخزونة لدى المتلقي، فهناك إشكالية بهذا الخصوص تكمن في أنّ المتلقي قد توقف نشاطه بعد انتهاء العقد كما يتوقف استخدامه للمعرفة الفنية والعلامة التجارية للمانح، وبالتالي يصبح في موقف لا يستطيع بموجبه الاستمرار في بيع هذا المخزون، فما مصير هذه البضاعة؟. يمكن تقسيم هذه المسألة إلى قسمين:

¹⁰⁶¹ محمود أحمد الكندري، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري (franchising)، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون، الكويت، رمضان - ديسمبر 2000، ص161؛ أنظر أيضاً: يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص400-402.

¹⁰⁶² Contrat modèle CCI de franchisage internationale, publication n° 557, 2000, l'article 28/2 : « Dans les ... jours suivant la fin du contrat, le franchiseur fournira au franchisé un état complet du stock des produits de la franchise qu'il détiendra encore accompagné de leur prise de vente. Le franchiseur aura la possibilité (mais non l'obligation) de racheter tout ou partie de ce stock au prix de vente initial ou au prix de marché s'il est inférieur. La décision de rachat devra être notifiée par écrit dans les... jours suivant, la réception de l'inventaire du stock si les parties ne s'accordent pas sur le prix de rachat des produits de la franchise dans un délai de... jours, sa détermination sera faite par un évaluateur indépendant. Si le franchiseur décide de ne pas racheter les produits de la franchise, le franchiseur sera libre de les revendre mais dans des conditions normales et sans rabais excessif ».

1- إلزام المانح باستعادة المخزون المتبقي:

يرجع سبب إلزام المانح باسترجاع مخزون البضاعة غير المباعة من المتلقي بعد نهاية عقد نقل التكنولوجيا إلى الرغبة في التخفيف من حدة النتائج الاقتصادية الجسيمة التي تصيب المتلقي بسبب توقف العقد وعدم تجديده، ويجد هذا الالتزام أساسه في:

أ - ضمان تعرض المانح:

يرى الأستاذ Cabrillac أنه يقع على المانح التزام بعدم التعرض الشخصي للمتلقي، وبالتالي فإنّ هذا الالتزام يوجب على المانح الامتناع عن كل تصرف يخلّ بحقوق المتلقي. وعليه فإنّ قيام المانح بعدم تجديد العقد سوف يسبب اضطراباً في مشروع المتلقي بحيث لا يستطيع تسويق منتجاته، لذا يعتبر ذلك إخلالاً يلزم المانح باستعادة البضاعة التي لم يتم بيعها¹⁰⁶³. إذ أنّه من حق المتلقي رد البضاعة للمانح عند انتهاء العقد، على أساس الرجوع لقاعدة التزام البائع بضمان أفعاله الشخصية¹⁰⁶⁴، وذلك باعتبار المانح بائعاً لهذه البضاعة؛ وبالتالي عليه أن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة قيام المشتري ببيعها، فإذا قام بإنهاء العقد واستبدال المتلقي بآخر كان مخالفاً بالتزامه، لذا يجب عليه إعادة شراء البضائع المخزونة وفقاً لقاعدة من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض. فهذه الفكرة تستند إلى المزج بين الالتزام بالضمان والالتزام برد المخزون المتبقي من البضاعة، فيكون للمتلقي المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به إذا كان انتهاء العقد غير مشروع¹⁰⁶⁵.

إلا أنّ هذا التأسيس يبقى محل نظر، فلم تقبل محكمة النقض الفرنسية هذه الحجة إذ أنّ مجرد رفض تجديد العقد عند انتهاء مدته لا يمثل خطأ موجباً للضمان، فالمانح لا يكون قد ارتكب أيّ خطأ برفضه تجديد العقد، وليس أيضاً متعسفاً في استعمال حقه وإنما لا يفعل إلا أن يمارس حريته التعاقدية التي يحميها القانون، كما أنّ هناك اختلافاً بين التزام البائع بالضمان وبين استرداد المانح لمخزون البضاعة المتبقية¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ M. CABRILLAC, Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente, نقلاً عن: يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص 394 ; p181

¹⁰⁶⁴ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 44.

¹⁰⁶⁵ سمير عيد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 180.

¹⁰⁶⁶ أنظر: علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 44.

ب- نظرية السبب:

يرى هذا الاتجاه أنّ المتلقي قام بالتعاقد بموجب عقد نقل التكنولوجيا الذي يخوله التعامل بهذه البضاعة وإعادة بيعها، لكن بنهاية العقد تصبح البضاعة فاقدة لسبب وجودها، وبالتالي يلزم المانح باستعادتها¹⁰⁶⁷.

ت- نظرية التعاون:

يؤسس البعض التزام المانح باستعادة المخزون من البضاعة المتبقية دون بيع على أساس التعاون بين الطرفين بقصد إنهاء طبيعي للعلاقات التعاقدية، وتجنب الأضرار التي يمكن أن تنجر عن ذلك¹⁰⁶⁸.

2- إعفاء المانح من استعادة مخزون المتلقي:

يمكن رد سبب عدم الزام المانح باستعادة مخزون المتلقي من البضاعة المتبقية، بعد انتهاء العقد لمنطلق طبيعة العقد نفسه، ومن الأهداف التي يسعى إليها والتي تجد أساسها في تحقيق التّجانس بين كلا المشروعين، وبالتالي لا يمكن أن يلقى على المانح التزام بإعادة شراء البضاعة المخزونة لدى المتلقي طالما لا يوجد أيّ خطأ من قبله. فعلى اعتبار المتلقي تاجر يشتري البضاعة باسمه ولحسابه الشّخصي فيجب أن يكون متبصراً ويقدر الاحتمالات المختلفة عند قبوله التّعاقد¹⁰⁶⁹.

وأمام عدم إيجاد حل لمخزون البضاعة المتبقية لدى المتلقي -بعد انتهاء العقد أو في حال رفض تجديده من قبل المانح-، فنرى ضرورة تدخل المشرع لحل هذه المسألة بالنسبة للتشريعات التي لم تعالج هذه الإشكالية، أما بالنسبة للتشريعات التي لم تصدر بعد فنرى أن يأخذ المشرع هذا الأمر بالحسبان.

إذ يبدو أنّ أيّاً من الآراء السابقة لا يطابق الواقع العملي لعقد نقل التكنولوجيا. وبالتالي يمكن الرجوع في تحديد فصل المسألة لظروف انتهاء العقد وهو المبدأ الذي يأخذ به الأستاذ سامر قرني، إذ

¹⁰⁶⁷ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص395.

¹⁰⁶⁸ تجد هذه النظرية أساساً لها في المادة 107 ق.م.ج: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على ما اشتمل عليه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

¹⁰⁶⁹ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص46.

يرى في ذلك أنّ انتهاء العقد قد يعود لخطأ المتلقي، أو أنّ البضاعة كانت مخزونة بسبب أوامر من المانح بتقليل البيع في تلك الفترة¹⁰⁷⁰.

لذلك نفضل أن يُمنح المتلقي مهلةً كافيةً لتصريف المخزون المتبقي من البضاعة وذلك تحت العلامة التجارية للمانح إذا انتهى العقد بصورة عادية، أما إذا انتهى العقد بسبب خطأ المانح أو تعسفه في استعمال حقه فيكون حينئذٍ ملزماً باستعادة البضاعة المخزونة لدى المتلقي. وبخصوص السعر فيكون إما بحسب سعر السوق أو يتم الاستعانة بخبير قضائي. أما في حالة خطأ المتلقي والذي تسبب بإنهاء العقد فلا يمكن على إثره إلزام المانح باسترداد البضاعة، حيث لا يمكن أن يستفيد المتلقي من خطئه، ويبقى الأمر في الأخير مرهوناً بيد قاضي الموضوع لتحديد ذلك.

البند الثاني: تعويض المتلقي عن فقد العملاء

يسهم المتلقي في نشاط الشبكة التكنولوجية عن طريق تنمية الشهرة التجارية لها وزيادة عدد الزبائن المرتبطين بها، مما يؤدي لارتفاع الأرباح بالنسبة للمانح، وفي المقابل يتكبد المتلقي نفقات في إعداد مشروعه، بالإضافة لما ينفقه على التحسينات التي يدخلها على المعرفة الفنية، فهل يعتبر هذا مبرراً لمنحه مقابلاً في حالة عدم تجديد العقد؟ وما الطبيعة القانونية لهذا المقابل إن وجد؟.

أولاً- طبيعة ما يتقاضاه المتلقي كنتيجة لعدم التجديد:

اختلف الفقه بمناسبة هذه المسألة فهناك من يعتبره تعويضاً، وهناك من يرى أنّ هذا المقابل هو ثمن.

1- أن يكون مقابل عدم التجديد تعويضاً:

يتكبد المتلقي في سبيل إنشاء مشروعه نفقات عديدة، لكن انتهاء العقد دون تحقق ما كان يطمح إليه من أرباح يعدّ سبباً لطلب التعويض على أساس رفض المانح تجديد العقد، لكن هذا الطلب يعدّ مخالفاً لما اتجهت إليه إرادة الأطراف، من تحديد لمدة عقد نقل التكنولوجيا¹⁰⁷¹. إذ يجد المتلقي في تنميته لنشاط الشبكة التكنولوجية ما يبرر اقتضاؤه مقابلاً عند انتهاء العقد، لكن إذا لم يتم الاتفاق على

¹⁰⁷⁰ ياسر سامي قرني، المرجع السابق، ص193.

¹⁰⁷¹ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص321.

تجديد العقد فللمانح حق الرفض طالما لم يتم الاتفاق على ذلك وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، بالرغم من الضرر الذي يتكبده المتلقي خاصة مع وجود شرط عدم المنافسة.

كما أنّ تفسير هذا الطلب -أيّ التعويض- وردّه إلى نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس له، لا يعتبر صحيحاً لعدم توافر شروط هذه النظرية في حالة رفض التجديد وهي:

- إذا كان قصد الرفض الإضرار بالمتلقي.

- إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها المانح قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع الضرر المتسبب للمتلقي.

- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها المانح غير مشروعة¹⁰⁷².

وبالتالي فإنّ هذه الشروط لا تتوفر في حالة رفض تجديد عقد نقل التكنولوجيا للمتلقي، فالمانح لا يرغب الإضرار بالمتلقي في حالة عدم تجديد العقد، وإنّما يطمح إلى تحقيق مصلحة وهو من الأمور المشروعة. أما بالنسبة للشرط الثاني فإنّ قيام المانح بإبرام العقد مع متلقٍ آخر فيه مكاسب كبيرة للمانح من جراء الترخيص باستعمال المعرفة الفنية التي تلعب دوراً أساسياً في عقد نقل التكنولوجيا، وبهذا تتخلف حالات التعسف الوارد ذكرها في المادة 124 مكرر ق.م.ج¹⁰⁷³، وينتقي بالتالي أساس التعويض.

2- أن يكون مقابل عدم التجديد ثمناً:

يمتلك المتلقي التحسينات التي يدخلها على المعرفة الفنية، وكذا مجموع العناصر المادية والمعنوية لمشروعه، والتي تخرج من إطارها الحزمة التكنولوجية التي تعتبر في الأصل ملكاً للمانح. لكن المتلقي يبقى مستنداً لما تبقى من عناصر مشروعه كأساس لما يتقاضاه في حالة رفض المانح تجديد العقد، والتي يمكن إضفاء وصف الثمن عليها نظير تلقي هذه التطويرات. غير أنّ قيام هذا

¹⁰⁷² المادة 124 مكرر ق.م.ج: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: - إذا وقع الضرر بقصد الإضرار بالغير، -

إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

¹⁰⁷³ تقابلها المادة 5 ق.م.م.

الالتزام بدفع الثمن ينشأ بالإرادة المنفردة للمانح فقط، والتي تعبر عن رغبته في الاحتفاظ بتطويرات المتلقي ضمن العقد، والتي تبرز إلى الوجود بمناسبة الإنهاء، فيعتبر الثمن فيها مستحقاً¹⁰⁷⁴.

يتبين من الاتجاهين السابقين مدى الاختلاف حول الطبيعة القانونية للمبلغ الذي يتقاضاه المتلقي كأثر لعدم تجديد العقد من قبل المانح، فتزول المصلحة المشتركة للطرفين لصالح المانح من جهة، ولوحدة الشبكة من جهة أخرى. فعلى المتلقي أن يراعي عند صياغة العقد كل ما يصب في مصلحته، وأن يلجأ إلى تحديد تعويض مناسب لجبر الضرر الذي يحتمل أن يصيبه من جراء عدم تجديد العقد من قبل المانح عند انتهائه.

ثانياً- مبررات تعويض المتلقي عن فقد العملاء:

بعد أمر تعويض المتلقي عن العملاء الذين يفقدونهم بمناسبة عدم تجديد العقد من أكثر المسائل جدلاً، إذ يعتبر الفقه¹⁰⁷⁵ أن من حق المتلقي طلب التعويض عن العملاء، إذ يرى أن إقصاءه من الشبكة سيحرمه من عملائه، والذين سيتحولون إما للمتلقي الجديد أو الشبكة أو المانح¹⁰⁷⁶. ويعتبر ذلك كنتيجة لتعطيل استثماراته البشرية والمالية الضخمة التي سخرها في سبيل تحقيق هذا المشروع، خاصة إذا قام المانح بإنهاء العقد دون أن يستند في ذلك لسبب جيد ومقبول ولم يكن هناك خطأ جسيم من المتلقي يستدعي إنهاء العقد، فإن لهذا الأخير الحق في الحصول على تعويض مناسب وعادل¹⁰⁷⁷.

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ Didier FERRIER أنه: "إذا كان العملاء لا يرتبطون سوى بالعلامة أو بالمنتوج فإنهم يعودون فقط للمانح، ومن ثم نتساءل على أي أساس يتم تعويض المتلقي عن العملاء عند انقضاء العقد، والذي عن طريقه قام هذا الأخير باستغلال عملاء يعودون للمانح"¹⁰⁷⁸.

كما يرى الأستاذ J.GUYENOT أن فتح محل جديد ضمن هذه الشبكة من شأنه أن يؤدي لاستغلال عملاء موجودين مسبقاً، في حين أن غلقه يؤدي لتحويل هؤلاء العملاء إلى المكان الجديد الذي يتم فيه استغلال مختلف العناصر. وبالتالي لا يمكن اعتبار المتلقي مالكاً لمحل تجاري في غياب

¹⁰⁷⁴ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص323.

¹⁰⁷⁵ إذ يسند البعض ومنهم أحمد محمود الكندري هذا التعويض إلى نظرية الاثراء بلا سبب على اعتبار أن المانح سوف يثري على حساب المتلقي بغير سبب إذا لم يتم بتعويضه عن العملاء؛ أنظر: محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص159.

¹⁰⁷⁶ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص388.

¹⁰⁷⁷ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص95.

¹⁰⁷⁸ Didier FERRIER, La rupture du contrat de franchisage, JCP. CI, II, 1977, p274.

عملاء خاصين به¹⁰⁷⁹. لكن هذا الرأي متناقض مع طلب تعويض المتلقي على أساس خسارته للعملاء، لأنّ القول بعدم ملكيته لهم¹⁰⁸⁰ ينفي هذا الطلب.

كما يرى الأستاذ G. VIRASSAMY أنّ المتلقي يرتبط بعقد تبعية يساهم في تطوير نشاط المانح، وبالتالي فإنّ من الطبيعي عند قطع العلاقة التعاقدية منح المانح تعويضاً عن انتهاء العقد¹⁰⁸¹.

في حين يعترف القانون الألماني للمتلقي بالحصول على تعويض فقده للعملاء عند انتهاء العقد وعدم تجديده، ولكن هذا الاعتراف لا يكون إلا بشرطين، يتمثل الأول في ضرورة وجود اندماج كامل للمتلقي في شبكة المانح، بحيث لا تكون هذه العلاقة سطحية كعلاقة المشتري بالبائع. في حين أنّ الشرط الثاني يتمثل في وجوب أن يفقد المتلقي جميع عملائه عند نهاية العقد مع تحولهم لفائدة المانح¹⁰⁸².

وبالتالي يمكن إجمال أنّ هذا التعويض يشمل عدة جوانب أهمها:

- خسارة العملاء.

- المصلحة المشتركة لعقد نقل التكنولوجيا.

- الخسارة الاقتصادية للمتلقي نتيجة لعدم تمكنه من مباشرة نشاط مشابه، وهذا لوجود شرط عدم المنافسة.

المطلب الثاني: بؤادر زوال التبعية - مرحلة ما بعد العقد -

يتمّ تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا وفقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، أيّ أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزامات وفقاً للاتفاق والعرف ونصوص القانون، فإذا لم يتحقق هذا الأثر يمكن جبره على الوفاء باستخدام كافة الاجراءات التي يقرها القانون، ولكن تعتبر هذه الحالة الطبيعية عند بداية العقد وأثناء عملية التنفيذ، ولكن التساؤل المطروح يكمن في إمكانية جبر المدين على تنفيذ هذه الالتزامات بعد انتهاء العقد؟ وماهي المسؤولية المترتبة على ذلك في حال عدم التنفيذ؟.

¹⁰⁷⁹ J.GUYENOT, Licensing et franchising, Gaz. pal, 1976, p155.

¹⁰⁸⁰ Yaser ALSURAIHY, Op. Cit., p363.

¹⁰⁸¹ G. VIRASSAMY, Les contrat de dépendance, LGDJ, paris, 1986, p246.

¹⁰⁸² يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص393.

هذا هو الحال بالنسبة للمتلقي وهو بصدد تنفيذ أحد الشروط التالية لانقضاء عقد نقل التكنولوجيا ألا وهو شرط عدم المنافسة، الذي يعتبر أحد أهم الشروط التي تميز هذا العقد عن غيره، ناهيك عن المسؤولية التي يمكن أن يتحملها المتلقي في حال الإخلال بهذا الالتزام. هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الفرع الأول والذي يتناول شرط عدم المنافسة، والفرع الثاني الذي يتناول نطاق المسؤولية بعد انتهاء العقد.

الفرع الأول: شرط عدم المنافسة

الأصل أن يسترد المتلقي حريته الكاملة في ممارسته للعمليات التجارية بعد انقضاء عقد نقل التكنولوجيا، وبالتالي يستطيع ممارسة نشاطه إما بإبرام عقد جديد أو ممارسة نشاط آخر مختلف. إلا أنّ الأمر ليس بهذه السهولة إذ غالباً ما يتضمن هذا العقد شرطاً يحدّ من استقلالية المتلقي حتى بعد انتهاء العقد يتمثل في شرط عدم المنافسة، فما هو مضمونه؟ وما هي حدوده؟.

البند الأول: مضمون شرط عدم المنافسة

تتضمن أغلب عقود نقل التكنولوجيا شرطاً بمقتضاه يمتنع على المتلقي منافسة المانح وذلك بالابتعاد عن أيّ نشاط منافس لذلك الممارس من قبل المانح¹⁰⁸³، ويعكس هذا الشرط مدى التطور الحاصل في الممارسات التجارية والاقتصادية، لكونه يتنافى مع أحكام قوانين المنافسة إذ يهدف بالدرجة الأولى لحرمان المتلقي من ممارسة حقه في التنافس الاقتصادي¹⁰⁸⁴. فهل هذا الشرط هو وسيلة لحماية المعرفة الفنية؟ أو وسيلة ضغط على المتلقي لاستمرار التبعية؟.

نشأ شرط عدم المنافسة بداية لاحتكار عوامل الإنتاج، ثمّ تطور لاحتكار التوزيع، إلى أن أصبح في وقته الحالي يستخدم في بعض العقود كأداة لتكريس التبعية. إذ يهدف هذا الشرط إلى:

– إبعاد اللبس عن ذهن المستهلك، إذ يوضع هذا الشرط لتجنب خطر المنافسة.

¹⁰⁸³ Daniel MAINGUY, Op. Cit., p432.

¹⁰⁸⁴ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص317.

- احتكار المانح للسوق من خلال إبعاد المتلقي، فالإتصال بالعملاء، وانتشار الشبكة التكنولوجية وشهرة العلامة التجارية، سينقلان حتماً للمانح أو للمتلقي الجديد بعد استبعاد المتلقي من المنافسة عن طريق هذا الشرط.

لذا يجد المتلقي نفسه وبعد انقضاء العقد أمام الإلتزام بعدم المنافسة، ويبرر ذلك الطابع المعنوي الذي تتميز به المعرفة الفنية، إذ يتعذر ردها بعد الإطلاع عليها والاستفادة منها¹⁰⁸⁵. فهو التزم سلبياً ينبغي على المتلقي بموجبه الامتناع عن أي عمل يعدّ من قبيل المنافسة غير المشروعة¹⁰⁸⁶. ويذهب الأستاذ Didier FERRIER إلى تأسيس شرط عدم المنافسة على الملكية المشتركة للطرفين لبعض عناصر العقد¹⁰⁸⁷.

ويترتب على شرط عدم المنافسة وبطريقة غير مباشرة الاستيلاء على مختلف العناصر التي طورها المتلقي وساهم في توسيع نطاقها، كالاتصال بالعملاء، والشهرة التجارية، فضلاً عن ما تكبده من التزامات مالية في مواجهة المستخدمين ضمن مشروعه¹⁰⁸⁸. لكن ورغم أنّ هذا الشرط يعتبر قيماً على حرية ممارسة التجارة، إلا أنّ استخدامه ضمن عقود نقل التكنولوجيا أضحى في تزايد مستمر¹⁰⁸⁹. إذ يسري هذا الإلتزام على المتلقي ومستخدميه وكل من ساهم في تنفيذ هذا المشروع، هذا من الناحية العملية. أما من الناحية القانونية فإنّه وبمجرد انتهاء مدة العقد ينعدم أيّ أساس قانوني للأحكام أو الشروط التي ترتب آثاراً بعد انقضاء هذه المدة، لكن تبقى عقود نقل التكنولوجيا تخلق الاستثناء إذ يشيع فيها استخدام مثل هذه الشروط¹⁰⁹⁰. إذ يجعل هذا الإلتزام من القانون أساساً ومصدراً له، من خلال مبدأ ومقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁵ مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص342.

¹⁰⁸⁶ محسن شفيق، المرجع السابق، ص72.

¹⁰⁸⁷ Didier FERRIER, Op. Cit., p346.

¹⁰⁸⁸ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص98.

¹⁰⁸⁹ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص326.

¹⁰⁹⁰ ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص249.

¹⁰⁹¹ تنص المادة 1/7 من اتفاقية فيينا لسنة 1980، على: "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية". وتقابلها المادة 1/148 ق.م.م، والمادة 107 ق.م.ج، والمادة 1134 ق.م.ف.

وعلى هذا الأساس تتجه أغلب التشريعات في الدول المتقدمة لمنع شرط عدم المنافسة، إلا أنها لا تزال تدرجه ضمن السياسة التعاقدية المطبقة من قبلها في علاقاتها مع مشروعات الدول النامية¹⁰⁹²، وهذا بخلاف بعض القوانين التي أجازت شرط عدم المنافسة بالرغم من تنافيه مع الأحكام القانونية التي تنظم حق الدخول إلى الأسواق وممارسة النشاط الاقتصادي، إذ أبحاث المادة 3-1-C من النظام الأوروبي رقم 4087/88 تضمنين عقد الفرانشيز شرطاً يلزم المتلقي بصورة مباشرة أو غير مباشرة بعدم ممارسة أنشطة تجارية مشابهة لتلك التي يقوم بها المانح، في نفس إقليمه أو إقليم أحد أعضاء الشبكة، لفترة لا تتجاوز السنة من تاريخ انتهاء العقد أو لفترة معقولة.

غير أن النظام الأوروبي رقم 2790/99¹⁰⁹³ اعتبر أن شرط عدم المنافسة لا يكون مشروعاً إلا إذا توفر فيه مايلي:

- أن يتضمن شرط عدم المنافسة سلعاً وخدمات تنافس السلع والخدمات موضوع العقد.
- أن يكون شرط عدم المنافسة محدداً بالإقليم الجغرافي الذي يمارس فيه المانح نشاطه أثناء سريان العقد.
- أن تكون الحاجة لهذا الشرط ضرورية لحماية المعرفة الفنية.
- أن لا تتجاوز مدة شرط عدم المنافسة سنة واحدة.

ولهذا يمكن القول أن الالتزام بعدم المنافسة يضع قيداً على حرية المنافسة، وذلك من خلال منع أحد أعمال المتلقي، وبالتالي فهو يمس بحقه وحرية في ممارسة التجارة. لكن ليس وحده هذا الالتزام الذي يقيد من حرية المتلقي في ممارسة هذا النشاط، فهناك شروط أخرى تمس بحرية المنافسة مشابهة له في الأثر، مثل شرط الحصرية وشرط السرية... لكن يعدّ شرط عدم المنافسة من أكثر الشروط إضراراً بالمتلقي، نتيجة لوجوده كالتزام عقدي، فمع انقضاء العقد يبرز هذا الالتزام إلى الوجود، فيهدف المانح من خلاله لمنع المتلقي من إحداث لبس في ذهن المستهلك¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص237.

¹⁰⁹³ Régl. C.E n°2790/99, de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81.

¹⁰⁹⁴ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص428.

وفي هذا الشأن يتساءل الأستاذ Didier FERRIER عن مدى فاعلية شرط عدم المنافسة إذ يمكن للمتلقي افشاء سرية المعرفة الفنية وبهذا تثار مسؤوليته، لكن بالمقابل يصعب اثباتها لعدم إمكانية إثبات الخطأ¹⁰⁹⁵.

البند الثاني: نطاق شرط عدم المنافسة

يرجع أساس شرط عدم المنافسة لامتلاك المانح للمعرفة الفنية ومختلف عناصر مباشرة النشاط، مما يدفعه لاستبعاد حق المتلقي من مجال الاستغلال ومنعه من القيام بأي سلوك يجعله يظهر كأحد أعضاء الشبكة التكنولوجية بعد انتهاء العقد¹⁰⁹⁶.

لكن فرض مثل هذه الشروط يتطلب العقلانية، شأنه شأن بقية الالتزامات الأخرى، إذ لا يمكن أن يكون إلا مؤقتاً لذا بإمكان المانح اشتراطه بعد انقضاء العقد، لكن استمراره يبقى مرهوناً بسرية المعرفة الفنية¹⁰⁹⁷.

إذ يعدّ شرط عدم المنافسة قيداً على مبدأ حرية التجارة، الذي يعني أن لكل شخص الحرية في مزاوله مهنة تجارية وتغييرها متى ما أراد ذلك، فهذا المبدأ من النظام العام. لكن هذا المبدأ لا يوجد على إطلاقه إذ يحده مبدأ الحرية التعاقدية فيبقى للأفراد الحرية الكاملة في صياغة عقودهم وهو ما ينطبق على عقد نقل التكنولوجيا، لهذا يعتبر هذا الالتزام استثناء من القاعدة العامة، لذا يقيد ببعض الشروط لصحته، وحدود لا يخرج عن نطاقها.

أولاً- شروط صحة شرط عدم المنافسة:

يمثل هذا الشرط استثناء على مبدأ حرية المنافسة، ولذا لا بد من توفر مجموعة شروط حتى يمكن أن يعتدّ به وهي:

¹⁰⁹⁵ Didier FERRIER, Op. Cit., p346.

¹⁰⁹⁶ علاء عزيز الجبوري، المرجع السابق، ص97.

¹⁰⁹⁷ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص326.

1- أن يذكر صراحة في العقد:

لا يكون لشرط عدم المنافسة أي أثر إلا إذا تمّ ذكره صراحة في العقد، ولذا يجب صياغته بألفاظ واضحة وصريحة لا يمكن الاختلاف في تفسيرها¹⁰⁹⁸.

2- أن يكون محددًا بنشاط المانح:

يجب أن يقتصر شرط عدم المنافسة على منع المتلقي من ممارسة نشاط مماثل لنشاط المانح فقط، وهذا حتى يعتدّ بصحته¹⁰⁹⁹.

3- أن يكون ضرورياً لحماية مصالح المانح:

يعدّ هذا الشرط من أهم شروط صحة شرط عدم المنافسة، نظراً لعدم قدرة المانح على منع منافسة المتلقي بعد انقضاء العقد إلا إذا كان ذلك ضرورياً لحماية مصالحه المشروعة، وهو ما يؤكد الأستاذ Ph. LE TOURNEAU¹¹⁰⁰. ولذلك ينبغي على المانح اثبات ضرورة شرط عدم المنافسة، وأن يهدف من خلاله لمنع المتلقي من نقل المعرفة الفنية -خارج إطار الشبكة التكنولوجية- ومختلف عناصر عقد نقل التكنولوجيا¹¹⁰¹.

4- أن يكون محددًا من حيث الزمان:

يؤكد النظام الأوروبي رقم 4087/88¹¹⁰² على ضرورة تحديد مدة شرط عدم المنافسة الذي يحدّ من حرية المتلقي في ممارسة نشاطه وذلك بسنة واحدة من تاريخ انقضاء العقد.

¹⁰⁹⁸ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص411.

¹⁰⁹⁹ Yaser AL SURAIHY, Op. Cit., p322.

¹¹⁰⁰ Ph. LE TOURNEAU, Op. Cit., p286.

¹¹⁰¹ وهو ما جاءت به المادة 2/5 من النظام الأوروبي رقم 2010/330، الصادر بتاريخ 20 أبريل 2010، Yaser Al SURAIHY, Op. Cit., p322.

¹¹⁰² Régl. C.E n° 4087/88, art 3-1-C: «Le franchisé peut se voir interdire d'exercer directement ou indirectement une activité commerciale similaire dans un territoire ou il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an ».

ثانياً - حدود شرط عدم المنافسة:

يعكس شرط عدم المنافسة بعد انقضاء العقد الاحتكار المتزايد من قبل المانح. إذ يعتبر المانح هذا الشرط أحد أساليب حماية معرفته الفنية بعد انقضاء العقد، لكن لا يمكن استخدام هذا الشرط بصفة مطلقة فله حدود من حيث الزمان، والمكان والموضوع، وهي على التوالي:

1- من حيث الزمان:

يتحدد نطاق شرط عدم المنافسة بمدة معينة، تساوي المدة التي يؤمن فيها المانح مصالحه، وتختلف هذه المدة تبعاً لنوعية عقد نقل التكنولوجيا وأهميته، فيجب أن تقتصر المدة على القدر اللازم لتحقيق الغاية منها، وذلك في حدود حماية المصلحة الجدية لمشروع المانح، فليس هناك حد لنسبية الزمان لذا يتعين أن يقدر في كل حالة على حدى، وألا ينطوي على حظر دائم لنشاط المتلقي¹¹⁰³، فلا يلتزم به هذا الأخير بصورة مطلقة وإلى الأبد. وفي هذا الشأن حدد النظام الأوروبي رقم 2010/330 صلاحية شرط عدم المنافسة بمدة 5 سنوات¹¹⁰⁴.

وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي التدخل لتعديل المدة الواردة في العقد، ويحده في ذلك القاعدة القانونية التي تقضي بضرورة التقيد بمبدأ الحرية التعاقدية، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، وبالتالي لا يمكن أن تحل إرادة القاضي محل إرادة الأطراف¹¹⁰⁵.

فيرى الأستاذ محسن شفيق أنه: "ليس من حق المحكمة أن تعدل المدة المتفق عليها بالزيادة أو النقصان، وإنما تقتصر سلطتها فقط على اعتبارها من قبيل التأييد وتقضي ببطلان الشرط تبعاً لذلك"¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ أمال زيدان عيد اللاه، المرجع السابق، ص352.

¹¹⁰⁴ Régl. C.E n° 330/2010, art 5-1-a : « L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux :

a) Toute obligation directe ou indirecte de non concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans..., une obligation de non concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme avant été conclue pour une durée indéterminée ». Régl. C.E n° 330/2010, art 5-2 : « Par dérogation au paragraphe 1, la limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur ».

¹¹⁰⁵ أمال زيدان عيد اللاه، المرجع السابق، ص355.

¹¹⁰⁶ محسن شفيق، المرجع السابق، ص421.

2- من حيث المكان:

إذ يجب تحديد النطاق الجغرافي لشرط عدم المنافسة، وهذا حتى لا يتم منع المتلقي من ممارسة نشاطه التجاري في كل الأقاليم الجغرافية.

3- من حيث الموضوع:

يقصد بشرط عدم المنافسة امتناع المتلقي عن ممارسة نشاط منافس لنشاط الشبكة وجميع الأنشطة المرتبطة به¹¹⁰⁷. وقد أكدت المادة 1- D من النظام الأوروبي رقم 2010/330 على ضرورة: "التزام المتلقي بعدم بيع أو صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع المنتوجات أو الخدمات المنافسة لموضوع العقد... كما يشمل هذا النطاق حسب نفس المادة التزام المتلقي باقتناء 80 % من مشترياته السنوية للمنتوجات موضوع العقد من المانح أو من الموردين المعيّنين من قبله"¹¹⁰⁸. لكن هذا القيد ليس مطلقاً وإنما يبقى المتلقي حراً في ممارسة بقية النشاطات الأخرى التي ليس من شأنها منافسة المانح¹¹⁰⁹.

ولهذا يمكن الحكم ببطالان شرط المنع المطلق من حيث الزمان والمكان والموضوع إذ يعدّ شرطاً باطلاً، على اعتبار أنّ حظر ممارسة التجارة على المتلقي حظراً مطلقاً يؤدي لحرمانه من بعض حقوقه المكفولة قانوناً، وصحة شرط المنع النسبي والتي تعتبر من الشروط المعقولة في الزمان والمكان والموضوع وتكون ضرورية لحماية مصالح المانح، على ألا تكون ضارة بالمصلحة العامة للمتلقي¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص 318.

¹¹⁰⁸ Régl. C.E n°330/2010, du 20 avril 2010, 1-d : « Obligation de non concurrence signifie toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur plus de 80% de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente »

¹¹⁰⁹ Régl. Comm, C.E n°4087/88, art 3-d : « Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacles à l'application de l'article 1^{er} (déclarant l'exemption des contrats de franchise), dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchise :...d- ne pas acquérir de participations financières dans le capital d'une entreprise concurrente qui donneraient au franchisé le pouvoir d'influencer le comportement économique d'une telle entreprise ».

¹¹¹⁰ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص 339 وما بعدها.

وفي الأخير يمكن القول أنّ هذا الشرط لا يعتبر وسيلة ضرورية لحماية المعرفة الفنية، إذ يمكن للمانح ممارسة دعوى المنافسة غير المشروعة في حالة استعمال المتلقي السابق للمعرفة الفنية¹¹¹¹، دون الحاجة لمثل هذا الشرط.

الفرع الثاني: نطاق المسؤولية بعد انتهاء العقد

إنّ ارتباط المتلقي بالمانح بموجب عقد نقل التكنولوجيا تمكنه من الاطلاع على المعرفة الفنية المحاطة بالسرية، مما يجعل من السهل عليه منافسة المانح في هذا المجال خاصة بعد انتهاء العلاقة التعاقدية¹¹¹². وبالتالي يلجأ المانح لفرض بعض الشروط التالية من حيث الأثر والتنفيذ لانقضاء العقد، بحيث يعتبرها أحد ضمانات حماية معرفته الفنية. لكن قد يخرج المتلقي عن إطار هذه الشروط ويخالفها فماهي المسؤولية التي تترتب عليه، والجزاء الذي يمكن توقيعه؟.

البند الأول: طبيعة المسؤولية التالية لانقضاء العقد

إنّ مخالفة الالتزام بعدم المنافسة التالي على انقضاء العقد يثير مسؤولية المتلقي¹¹¹³، ولكن يثور التساؤل على نوع المسؤولية المترتبة عن خطأ المتلقي خاصة إذا علمنا أنّ العقد الذي يربطه بالمانح قد انقضى.

تكون المسؤولية عقدية طالما كان عقد نقل التكنولوجيا قائماً، وتستند في ذلك للاتفاق المبرم بين الطرفين أو إلى حق حماية العناصر المشمولة بالنقل كالعلامة التجارية والمعرفة الفنية والشعار. كما تبقى الالتزامات التي وردت فيه تنتج آثارها، وبالتالي في حال حدثت مخالفتها تقع المسؤولية على المتلقي، إذ أنّ مجرد استمرار قيام المتلقي بالتزود بالمنتجات من الجهة التي كان يتزود منها أثناء سريان العقد، يعدّ أمراً كافياً لإثارة مسؤوليته¹¹¹⁴.

أما في حالة عدم تضمين عقد نقل التكنولوجيا شرط الالتزام بعدم المنافسة، فالأصل أنّه لا مجال لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية لخلو العقد من هذا الالتزام، وإنّما تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية،

¹¹¹¹ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص409.

¹¹¹² ياسر سيد محمد الحديدي، المرجع السابق، ص237.

¹¹¹³ ماجد عمار، المرجع السابق، ص99.

¹¹¹⁴ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص428.

إعمالاً لنص المادة 124 ق.م.ج التي تنص على: "كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". وعليه يمكن للمانح أيضاً أن يستند إلى الحماية التي توفرها المسؤولية التقصيرية إذا أصابه ضرر ناتج عن خطأ المتلقي، وبالتالي بإمكانه إثارة دعوى المنافسة غير المشروعة التي تعتبر تطبيقاً لقواعد المسؤولية في القانون المدني¹¹¹⁵.

وفي هذا الشأن حددت المادة 10 مكرر ثانياً من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 المقصود بالمنافسة غير المشروعة وقد جاء فيها:

"1- أن تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فاعلة ضد المنافسة غير المشروعة.

2- أنه يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية.

3- أنه يكون محظوراً بصفة خاصة مايلي:

أ- كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد -بأية وسيلة كانت- لبساً مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

ب- الادعاءات المخافة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

ت- البيانات أو الادعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيفها أو خصائصها أو صلاحياتها للاستعمال أو كميتها".

كما تنص المادة 66 ق.ت.م على:

"1- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو اسمه التجاري أو على

¹¹¹⁵ خاصة في الدول التي لا يوجد فيها قانون ينظم دعوى المنافسة غير المشروعة، كالقانون الجزائري مثلاً والذي يمكن الاستعانة فيه أثناء رفع الدعوى بالمخالفات التي جاء بها القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر العدد 41، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

براءات الاختراع أو على أسرارها الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارها أو ترك العمل عنده، وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته.

2- كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها وللمحكمة أن تقضي - فضلاً عن التعويض- بإزالة الضرر وينشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف المحلية".

ويتضح من تعريف هاتين المادتين أنّ المنافسة غير المشروعة التي يمكن أن يقوم بها المتلقي السابق هي مجموع الأفعال التي تتنافى مع العادات والأعراف التجارية، والتي يكون من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك.

ويتضح من ذلك أيضاً أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى وقائية تهدف لمنع وقوع الضرر، لا مجرد الحد منه¹¹¹⁶.

وباعتبار دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى مسؤولية فهي تتطلب توافر الشروط العامة والمتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية¹¹¹⁷.

أولاً- الخطأ:

إنّ انتهاك سرية المعرفة الفنية لا يعتبر خطأ من قبل المتلقي إلا إذا قام المانح باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للمحافظة على هذه السرية، ليبقى ما هو دون ذلك خطأ أو عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة التي تفترض مسؤولية صاحبها¹¹¹⁸. ولتوافر عنصر الخطأ يتوجب توفر ركنيه المادي والمعنوي، والمتمثل في التعدي والإدراك:

¹¹¹⁶ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص386.

¹¹¹⁷ ستقتصر الدراسة على الخطأ والضرر باعتبارهما أهم هذه الشروط، كما أنّ علاقة السببية لا تثير أي إشكال في هذا الشأن، إذ تتمثل في العلاقة بين الخطأ والضرر الذي لحق المانح. فإذا أقام المتلقي الدليل على انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر تنتفي مسؤوليته.

¹¹¹⁸ حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص157.

1- التعدي:

هو إخلال بالتزام قانوني سواء تعلق الأمر بالقيام بعمل إيجابي أم سلبي، أي الامتناع عن القيام بعمل، ويتمثل التزام المتلقي في هذه الحالة بالامتناع عن عمل بهدف المحافظة على أسرار المانح، وعدم الاضرار بمصالحه الاقتصادية.

2- الإدراك:

هو العنصر المعنوي للخطأ ويجب لقيامه أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً له.

ثانياً- الضرر:

ويتمثل في مجموع الآثار التي تكون نتيجة أفعال المنافسة غير المشروعة، والتي تلحق ضرراً بمشروع المانح. ولا يشترط في ذلك وقوع الضرر في الحال وإنما يكفي الضرر الذي يمكن حدوثه في المستقبل طالما أثبت أن الضرر واقع بفعل من أفعال المنافسة غير المشروعة¹¹¹⁹ التي قام بها المتلقي، كما لا فرق في ذلك بين الضرر المادي أو الأدبي.

وبهذا تحقق دعوى المنافسة غير المشروعة حماية للمانح من أعمال المنافسة التي يمكن أن يقوم بها المتلقي بعد انتهاء العقد، حيث لا يقتصر الأمر على الحكم بالتعويض وإنما ينتقل لمنع كل استغلال لعناصر عقد نقل التكنولوجيا، فهذه الدعوى هي تعويض وإصلاح للضرر الناجم عن الاعتداء على هذا الحق.

البند الثاني: جزاء الإخلال بالالتزامات ما بعد التعاقدية

يأخذ القاضي بعين الاعتبار عند توقيعه لجزاء إخلال المتلقي بالتزاماته ما بعد التعاقدية ما فات المانح من كسب وما لحقه من خسارة، وهذا بتفحص رقم أعماله، كما يأخذ في الحسبان المصاريف التي تحملها المانح من أجل وقف التصرفات المنافسة التي قام بها المتلقي¹¹²⁰، ولهذا يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني بالإضافة للتعويض.

¹¹¹⁹ إن تقدير الضرر في هذه الحالة يكون صعباً نتيجة وجود عدة عناصر تتدخل فيه، ولهذا فكثيراً ما تقدر المحاكم هذا الضرر تقديراً جزافياً؛ أنظر: أمال زيدان عبد الله، المرجع السابق، ص384.

¹¹²⁰ Yaser Al SURAIHY, Op. Cit., p333.

أولاً- التنفيذ العيني:

يمكن جبر المتلقي على التنفيذ العيني لشرط عدم المنافسة في حالة ما ثبت مخالفته. وبالتالي توقيف المنافسة غير المشروعة، لذا يستطيع المانح وبموجب المادة 298 ق.إ.م.إ. التدخل عن طريق القضاء الاستعجالي ومطالبتهم باتخاذ التدابير اللازمة لنفاذي الضرر الواقع من المتلقي السابق¹¹²¹.

ثانياً- التعويض:

يمكن للمانح وبالإضافة لطلب التنفيذ العيني، المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسبب به المتلقي نتيجة مخالفته لشرط عدم المنافسة، وذلك استناداً لدعوى المسؤولية العقدية، أو دعوى المنافسة غير المشروعة. فهو الجزاء الطبيعي في حالة الاخلال بهذا الشرط، وقد يتحدد التعويض بواسطة القاضي فيطلق عليه التعويض القضائي كما يمكن أن يحدده الأطراف فيما يعرف بالشرط الجزائي¹¹²². ويختلف غالباً القضاة في تحديد مقدار هذا التعويض خاصة إذا تعلق الأمر بالاعتداء على عناصر معنوية - كما هو الحال بالنسبة للمعرفة الفنية التي يكتسبها المانح-.

وقد يدخل في تقدير هذا التعويض عوامل كثيرة منها:

- مقدار الأموال التي أنفقها المانح في سبيل تطوير المعرفة الفنية.
- مقدار الوقت، حيث إن المانح قضى أوقات طويلة في تطوير المعرفة الفنية.
- جذب الانتباه وتحويله عن مشروع المانح.
- تحويل بعض المستخدمين.
- التأثير على العملاء¹¹²³.

¹¹²¹ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص418.

¹¹²² المادة 183 ق.م.ج.

¹¹²³ أمال زيدان عبد اللاه، المرجع السابق، ص402.

لا يعدّ التقدير القضائي للتعويض من النظام العام، إذ يمكن للأطراف إدراج شرط في العقد يحددون من خلاله مبلغاً جزافياً يكون لمن أخلّ بالتزامه دفعه للمتضرر، ويخضع في القانون الجزائري لأحكام المواد من 183 إلى 187 ق.م.

إذ يعدّ الشرط الجزائي من أكثر الشروط استعمالاً في عقود نقل التكنولوجيا نظراً لأهميته في تحقيق مصالح الطرفين. فهو يسمح لهم بتفادي التعويض غير المناسب من قبل القاضي، كما يمنحهم فرصة تجنب المصاريف وإطالة الدعوى القضائية، هذا بالإضافة لإعفاء الدائن من إثبات الضرر نظراً لافتراض وقوعه، فيبقى على المدين فقط نفيه¹¹²⁴. ولكن يظهر الواقع العملي في عقود نقل التكنولوجيا ميل شرط التعويض الجزائي لصالح المانح.

لذا تنص المادة 184 ق.م.ج على: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أيّ ضرر". فإذا لم يكن هناك ضرر قد أصاب الدائن لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقاً، إذ قد يحدث أن يتحقق خطأ المدين دون وقوع أيّ ضرر.

كما يمكن للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي إما زيادة أو نقصاناً، إذ نص المشرع الجزائري في المادة 185 ق.م.ج على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أنّ المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً". ويتضح من هذه المادة وتطبيقاً على عقد نقل التكنولوجيا أنه لا يجوز للمانح المطالبة بزيادة مبلغ التعويض، إذا كانت قيمة هذا الأخير والمحددة في الشرط الجزائي تقل عن الضرر الذي تسبب به المتلقي، كما لا يجوز للقاضي الحكم بأكثر مما تمّ الاتفاق عليه. ولكن استثناء من ذلك يمكن تدخل القاضي بزيادة المبلغ إذا أثبت المانح أنّ المتلقي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

¹¹²⁴ يوسف جيلالي، المرجع السابق، ص382.

الخاتمة

يمثل عقد نقل التكنولوجيا إحدى الآليات العقدية الفاعلة التي يمكن أن تحدد توجهات النظام الاقتصادي العالمي الجديد، والرّامي لإعادة تشكيل العلاقات الاقتصادية فيما بين الدول المختلفة. لذلك وانطلاقاً من الأهمية التي يقوم بها هذا العقد على المستوى التجاري العالمي، فإنّ نقل المعرفة الفنية لا يتصور أن يكون مقرراً بوصفه غاية في حدّ ذاتها وإنما بوصفه وسيلة لإدراك غاية معينة، إذ ليس الهدف من هذا النقل هو انتصار مصلحة طرفٍ على طرفٍ آخر بل الهدف منها هو دعم مصلحة المتلقي باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، لذلك يجب أن تتصف عملية النقل بالعدالة وموازنة الحقوق والالتزامات لكلا الطرفين.

وفي الحقيقة، إنّ البحث عن دور عقد نقل التكنولوجيا في نقله للمعرفة الفنية كان هدفه إجراء الغموض عن مختلف عناصر هذا العقد للوصول للدور الحقيقي الذي يجسده في الواقع العملي. وعلى هذا الأساس حاولنا من خلال هذه الدراسة رسم حدود ومعالَم نقل المعرفة الفنية في بعض التشريعات التي نظمت هذا الأسلوب الجديد الذي يعدُّ من أهم الموضوعات المتعلقة بالتجارة الدولية، إذ تزداد أهميته كلما كثر الحديث عن الاختراعات والعلامات التجارية، وكلما زادت التعقيدات الفنية المتطلبة للسرية، وذلك لما يوفره هذا العقد من مزايا في الجمع بين عدة مرتكزات، وعلى هذا الأساس نطرح التساؤل التالي: هل وفقت مختلف التشريعات محل الدراسة في توفير حماية للمعرفة الفنية؟. إنّ الإجابة على هذا السؤال ليست بالأمر السهل خاصةً وأنّ فكرة حماية المعرفة الفنية بموجب عقد نقل التكنولوجيا ليست حديثة على هذه التشريعات، إذ أنّ النظر في هذه النصوص يوحي بوجود حماية قانونية، لكن التمعن في مختلف هذه القوانين لا يعطي النتيجة ذاتها، فمعظم الدول التي نظمت عقد نقل التكنولوجيا عالجته بصورة مقتضبة.

غير أنّه ومما لا شك فيه أنّ هذا العقد أصبح يلعب دوراً جوهرياً في عملية نقله للمعرفة الفنية بالرغم من التفاوت في المراكز القانونية، إذ تجسد غالبية عقود نقل التكنولوجيا العلاقة غير المتكافئة بين طرفيها حيث يكون المانح غالباً من الدول المتقدمة أو الشركات متعددة الجنسيات أما المتلقي فيكون من الدول النامية، وبالتالي تتباين الاستراتيجيات المتبعة بينهما، حيث يسعى المتلقي للحصول على المعرفة الفنية محل العقد للقيام بالتنمية اللازمة بالرغم من إمكاناته المحدودة، أما المانح فيسعى لزيادة الربح الذي يجنيه من توسيع شبكته التكنولوجية دون الاهتمام بمصالح المكونين للشبكة -باعتباره الطرف الرئيسي فيها- مما يخلق نوعاً من عدم التوازن.

ويبدو أنّ أكثر ما يطرحه عقد نقل التكنولوجيا ظلّ مرتبطاً بطبيعة الرضا لا سيّما العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها وتحديد مدى وعيها الحرّ عند إنشاء التصرف القانوني وذلك في ظلّ الالتزامات التي تفرض على المتلقي والذي يعتبر في كثير من الأحيان مذعناً لشروط الطرف الآخر. وقد انتهينا من ذلك إلى أنّ التّعاقبات عندما تتمّ بين المحترفين تنتقي قيمة الحديث عن وعي وتلقائية الإرادة، فالمتلقي لا يلتزم إلا إذا أراد الالتزام، ومع ذلك فكلّ التزام يعقده بغير إرادة حرّة مصيره البطلان، وكل ما يعقده بإرادته الحرّة يجب أن يُحترم مادام لا يخالف النظام العام.

إنّ غياب التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في بعض الدول جعل من إرادة الطرفين السبيل الوحيد لتنظيمه، لكن وإن كان صحيحاً أنّ العقد شريعة المتعاقدين وأنّ الإرادة الحرّة تستطيع اختيار وإعمال القواعد القانونية، فهي لا تستطيع تنظيم العقد بشكل متوازن مع انعدام أيّ وجود للقاعدة القانونية في أيّ من صورها، فمبدأ سلطان الإرادة وإن كان يُسند إليه أحقية اختيار القواعد، إلا أنّه لا يمكن له أن يحلّ محلها.

وعلى هذا الأساس برزت أهمية الحماية قبل التّعاقبية وذلك لوجود اختلال في العلاقة بين الطرفين، فبالرغم من توافر المصلحة المشتركة إلا أنّ هذا الاختلال يبقى واضحاً خاصة في العقود التي تطغى عليها الصفة الدولية. إذ تتحقق حماية الإرادة التّعاقبية للمتلقي متى توافر له قدر من المعلومات فيما يتعلق بهذا العقد على نحو يستطيع معه الوقوف على حقيقة مصالحه، فالعلاقة التّعاقبية بين الطرفين ليست علاقة خضوع بل تعاون تتضاءل أمامها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بما يجعل السيادة للعدل دون القوة المستمدة من تمتع أحد طرفي العقد بمركز اقتصادي يسمح له بإملاء شروطه على المتعاقد معه ووضع نهاية للعلاقة العقدية دون النظر لما تكبده من نفقات وما ينتظره من مشكلات مالية.

ونظراً للطابع الزمني للعقد فهو يؤثر ويتأثر بالمعرفة الفنية وذلك ابتداء من إبرامه مروراً بمرحلة تنفيذه إلى غاية انقضائه وهذا بحجة المحافظة على السريّة. كما يعتمد المانع على هذه الأخيرة للتدخل في كل تفاصيل العقد ونشاط المتلقي مما يجعل التبعية غالبية على الاستقلال وبالتالي تصبح التبعية في مثل هذه العقود هي الأصل والاستقلالية هي الاستثناء وهذا بخلاف بقية العقود الأخرى. فبحسب الأصل تنتج مختلف العقود أثرها من لحظة إبرام العقد إلى لحظة الانقضاء بينما ينسحب أثر

عقد نقل التكنولوجيا على المرحلة السابقة لإبرامه والتالية لانقضائه. لذا يوجد فراغ تشريعي إزاء مرحلة تنفيذ وانتهاء العقد، إذ لم تعمد أيّ من الدول إلى تبني مبدأ للحماية خلال هاتين المرحلتين من خلال التعرض للالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين أو كيفية تحديد مدة العقد وكيفية انتهائه والجزاء المترتب عند مخالفة أحد الالتزامات، وتركت هذه المسألة رهناً بإرادة الطرفين.

كما خلصنا إلى أنّ تطبيق القواعد العامة يمكن أن يؤدي دور القواعد الآمرة بالنسبة لموضوع عقد نقل التكنولوجيا وبخاصة في الدول التي لم تضع تشريعاً خاصاً لتنظيم هذا العقد، ذلك أنّ المبادئ التي جاءت بها تضيي عدالة على قرارات القاضي مما يفضي إلى ذات النتيجة التي تسعى التشريعات عموماً إلى تحقيقها، سواء كان من منظور عدم توازن العقد وضرورة حماية الطرف الضعيف، أو كان من المنظور المطلق لرعاية مبدأ العدالة في تعاقدات التجارة الدولية.

من جهة أخرى، وجدنا أنّ طبيعة عقد نقل التكنولوجيا زادت من أهمية السعي إلى الاستقلال بألية قانونية تميزها عن الآليات التقليدية، التي تعترتها صبغة البطء والجمود، ومن ثمّ فهي قاصرة عن مجارة ديناميكية البيئة التي وجد فيها هذا العقد.

إنّ عملية الاستثمار وفق عقود نقل التكنولوجيا والتي تتم بنقل المعارف الفنية من المانح إلى المتلقي تجعل الشركات الكبرى الحائزة لهذه المعارف في مراكز اقتصادية قوية تحتم على المتلقي قبول شروطها التعسفية كفرصة لحصوله على المعرفة التكنولوجية، لذا يتوجب على هذا الأخير دراسة الشروط العقدية بدقة لتحديد نطاق الالتزام وتفادي الأضرار التي يمكن أن تتجر عن ذلك.

وفي إطار العمل على تحقيق التوازن بين التزامات المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد نجد أنه من الضروري إلغاء الالتزامات التعاقدية التعسفية، فهي لا تستطيع القيام بدورها في حلّ المشاكل بين المتعاقدين خاصة عند التفاوض على التعاقد وكذا تنفيذ العقد، وذلك إزاء الوعي الذي عرفته الدول كنتيجة عن الآثار السلبية التي تتركها هذه الشروط من خلال تكريس وتعميق التبعية التكنولوجية والاقتصادية والاجتماعية.

كما خلصنا إلى نتيجة أخرى مفادها أن الضمان يشكل في الغالب عبئاً مالياً على المتلقي الذي يكون في حاجة كبيرة إلى الائتمان، وعلى ذلك يجب اشتراك الطرفين في هذا الضمان باعتباره يقدم خدمة لمصلحة مشتركة، فيجب أن تكون المسؤولية تضامنية.

أما عن العلاقة بين التنمية الاقتصادية وإرادة المتلقي فهي علاقة تأثير متبادل، فيقدر مسابرة الطرف المتلقي للتطور التكنولوجي بقدر ارتفاع معدل النمو الاقتصادي، وبالتالي تتأثر إرادته سلباً وإيجاباً وهي حقيقة لا يمكن أن نغفل عنها. ذلك أنّ هذا العقد يهدف أساساً للإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية، وبالتالي فهي لا تصب في مصلحة المتلقي فحسب بل حتى في مصلحة المجتمع، لأنّ المصلحة العامة تسمو على قانون الإرادة. ومن جانب آخر ينبغي على المتلقي عدم إفشاء أسرار عقد نقل التكنولوجيا وعدم استعمالها في أغراض خارج إطار العقد، وهذا حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في العقد، إذ يعدّ الالتزام بالسرية أحد أهم الالتزامات الناشئة عن عقد نقل التكنولوجيا.

كما تمّ من خلال هذه الدراسة بيان سيطرة المانع على المشروع، وأبرزنا أنّ حق المنافسة في مجال نقل التكنولوجيا مشروط على نحو لا يفضي لمنع حرية المنافسة أو تقييدها، إذ أنّ لكل طرف الحق في اتخاذ قراراته التجارية والاقتصادية ويتحمل الآثار المترتبة عليها. أما عن التبعية الناتجة عن عقد نقل التكنولوجيا وتطبيقه، فنجد المتلقي يرضخ للمانع ويكون تابعاً له، بحيث يكون بمقدور هذا الأخير فرض شروطه معتمداً على مركزه لعدم وجود حل أمام المتلقي فهو يقبل بتلك الممارسات التعسفية.

ومع تعاظم الدور الذي يلعبه عقد نقل التكنولوجيا في المجال الاقتصادي تسابقت كل من الجهات الإقليمية والدولية إلى تفعيل ذلك الدور، فالقواعد التي جاء بها تقنين السلوك الأوروبي يمكنها أن تؤدي دور القواعد الآمرة استناداً إلى إرادة المتعاقدين من جهة، وإلى سلطة القضاة والمحكمين من جهة أخرى، وذلك لإعمالها كلما كان ذلك ضرورياً لإعادة التوازن العقدي، وحماية الطرف الضعيف في التعاقد.

ولقد تعزز الاعتقاد أنّ الحرية المتاحة أمام المتعاقدين تسمح لهم باختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقد نقل التكنولوجيا، سواء كانت قوانين أو قواعد تقنين السلوك أو عقود نموذجية، وعلى أساس ذلك يتعيّن النظر إلى العادات التجارية بوصفها قواعد قانونية حقيقية -حتى وإن كانت قيمتها تعاقدية فقط- تؤخذ في الاعتبار عند تفسير إرادة الأطراف. مع ضرورة تفعيل دور عقد نقل التكنولوجيا لسد الفجوة التكنولوجية التي توجدتها عملية المنافسة بين المانع والمتلقي، وإزالة التبعية التكنولوجية التي تسود العلاقة بينهما.

قائمة المراجع

1. المراجع العامة:

- 1- ابتسام فهيم، النظام القانوني لاندماج الشركات التجارية على ضوء الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، ط1، المغرب، 2013.
- 2- بروك مايكل، إدارة التراخيص وحقوق الملكية، ترجمة خالد العامري، الطبعة الأولى، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.
- 3- بن داوود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.
- 4- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر-، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 5- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 6- جمال خالد أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن.
- 7- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 8- حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، القاهرة، 1993.
- 9- حسام محمد عيسى، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1987.
- 10- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، الطبعة 4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 11- حسني عباس، الملكية الصناعية، الويبيو (المنظمة العالمية للملكية الفكرية) جنيف، د.م.ن، 1976.
- 12- حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 13- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006.
- 14- خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.ت.ن.

- 15- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية -، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006.
- 16- رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 17- زينب محمد عبد السلام، الشركات متعددة الجنسيات ومعايير السيادة للدول وفق القانون الدولي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014.
- 18- سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 3 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 19- سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 20- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، 1985.
- 21- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد -دراسة مقارنة-، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.ت.ن.
- 22- صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي، حق الإنسان في التنمية الاقتصادية وحمايته دولياً، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 23- طالب حسن موسى:
- الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 24- عبد الرزاق أحمد السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام، مصادر الالتزام-، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- مصادر الالتزام، الجزء الأول العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 25- عبد الرزاق جاجان، عبد القادر برغل، عمر فارس، المدخل إلى القانون التجاري (الأعمال التجارية- التاجر- المتجر)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008.
- 26- عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود -نحو نظرية عامة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن.
- 27- عزيز العكيلي:

- أحكام الافلاس والصلح الواقي "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية، مقارنة الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- الوسيط في شرح التشريعات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 28- علاء عزيز الجبوري، عقد الترخيص -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 29- علي حسن عوض، الوجيز في شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة للطباعة والنشر، ب.م.ن، 1982.
- 30- علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 31- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 32- عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د.ت.ن.
- 33- فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، الطبعة الأولى، مطبعة الحسين الإسلامية، د.م.ن، 1990.
- 34- فريد عبد الفتاح زين الدين، المنهج العلمي لتطبيق إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات العربية، مصر، 1996.
- 35- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- 36- لينا يعقوب الفيومي، الآثار الناشئة عن دمج الشركات المساهمة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 37- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ب.ت.ن.
- 38- محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض -دراسة في القانونين المصري والفرنسي-، القاهرة، 1995.
- 39- محمد حسين منصور:
- العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.م.ن، 2009.

- المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.
- ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.س.ن.
- 40- محمد حمد الله حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
- 41- محمد شتا أبو سعود، التعليق على نصوص قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999، معلقاً عليها بآراء الفقهاء وأهم مبادئ النقض الصالحة للتطبيق في ظل القانون الجديد، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000.
- 42- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية 2، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- 43- مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك -دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربيّة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 44- مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية، الجزء الأول، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، د.س.ن.
- 45- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997.
- 46- منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، العقود التجارية (عقد نقل التكنولوجيا، الوكالة التجارية، عقد السمسة، عقد النقل)، طبقاً للقانون رقم 17 لسنة 1999، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000.
- 47- ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 48- نائل عبد الرحمان صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، زهران للنشر والتوزيع، عمان، 1991.
- 49- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، المعارف، 2002.
- 50- نعيم مغبغب، الماركة التجارية -علامة فارقة أم مميزة-، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الأولى، د.م.ن، 2010.
- 51- هادي مسلم يونس البشكاوي، بيع المتجر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.

- 52- وليد عزت الدسوقي الجلال، حماية المستهلك وحماية المنافسة رفع الممارسات الاحتكارية، دار الحكيم للطباعة، القاهرة، ب.ت.ن.
2. المراجع المتخصصة:
- 1- إبراهيم سيد أحمد، عقد نقل التكنولوجيا فقهاً وقضاءً، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 2- آمال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، دراسة تحليلية في القانون المصري والأمريكي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 3- جلال وفاء محمدين:
- الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها (دراسة في القانون الأمريكي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995.
- 4- حسام الدين خليل فرج محمد، عقد الامتياز التجاري (Franchise) وأحكامه في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 5- حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1987.
- 6- حسن محمد حمدان، الحماية القانونية للفرانشيزي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- 7- ذكرى عبد الرازق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية know-how في ضوء التطورات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 8- سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة الفنية Know-How بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري، مصر، 1986.
- 9- سمير عبد السميع الأودن، تسويق الشهرة التجارية (الفرانشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- 10- السيد مصطفى أحمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، ايتراك للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 11- صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دراسة تحليلية حول العلاقات الناشئة عن نقل التكنولوجيا إلى الدول المتجهة للتصنيع، شهد للنشر والاعلام، دم.ن، 1992.

- 12- ماجد عمار، عقد الامتياز التجاري، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 1992.
- 13- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1983.
- 14- محمد محسن ابراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري (Franchise) دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- 15- محمد مرسي:
- الأسس القانونية لوصول الدول النامية لمرحلة السيطرة التكنولوجية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- الإطار القانوني للمعرفة الفنية للمشروعات الصناعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 16- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 17- مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010
- 18- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 19- نداء كاظم محمد المولي، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
- 20- نعيم مغبغب، الفرشاييز "دراسة في القانون المقارن"، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 21- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- 22- وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 23- ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي والقانوني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
- 24- يوسف عبد الهادي الإكيابي، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

3. الرسائل والمذكرات الجامعية:

- 1- ابراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002.
- 2- إخلف مختارية، التقلبات القانونية والاقتصادية للمؤسسة وتأثيرها على علاقات العمل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012.
- 3- أشرف رسمي أنيس عمر، الوكالة التجاري الحصرية في الفقه الاسلامي والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2012.
- 4- آلاء محمد فارس حماد، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندمجة - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بير زيت، الأردن، 2012.
- 5- أنس السيد عطية، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا الى الدول النامية والمشروعات التابعة لها "دراسة في الاطار القانوني التكنولوجي الدولي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996.
- 6- بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- 7- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001.
- 8- بن عزة أمال، حماية المرخص له في عقد الترخيص التجاري "الفرانشيز"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2012.
- 9- حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.
- 10- حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، المنصورة، القاهرة، 2004.
- 11- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- 12- دعاء طارق بكر البشتاوي، عقد الفرانشايز وآثاره، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فلسطين، 2008.
- 13- الديسطي عبد الحميد عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، رسالة دكتوراه، المنصورة، مصر، 2008.

- 14- طاهري بشير، اندماج الشركات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2016.
- 15- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011.
- 16- عمر فارس، الأشكال الجديدة للتوزيع وتشريع الإيجارات التجارية، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، فرنسا، 2004، ترجمت من الفرنسية إلى العربية سنة 2008.
- 17- عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والأعمال السياسية، جامعة وهران، 2013.
- 18- لاكلي نادية، شروط حظر الممارسات والأعمال المدبرة في قانون المنافسة (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري، الفرنسي والأوروبي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.
- 19- لطيفة بوخاري، تدخل الدولة لتحديد الأسعار وآثاره على المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013.
- 20- مقدم توفيق، علاج الممارسات المقيدة للمنافسة (التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في مجال الاتصالات)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.
- 21- نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1987.
- 22- ياسر سامي قرني، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، القاهرة، 2005.
- 23- يوسف جيلالي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012.

4. المقالات والمجلات:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، السنة 44، يوليو 2002.
- 2- ادارة جودة التصدير، دليل الشركات المصدرة الصغيرة ومتوسطة الحجم، الطبعة الثانية، مركز التجارة الدولي (ITC)، جنيف، 2011.
- 3- آمال نوري محمد، إجراءات الاعتمادات المستندية في العراق بين الحقيقة والرؤى -مدخل نظري-، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد التاسع والعشرون، 2012.

- 4- بن عزة أمال، الشروط المقيدة في عقد الفرانشيز، مجلة الاتحاد، العدد الرابع، السنة الخامسة، منشورات دار المحامي، سيدي بلعباس، ديسمبر 2014.
- 5- بريك فارس حسين و منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية "دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 6، السنة 2، 2010.
- 6- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 20، العدد 1، مارس 1996.
- 7- خليفة سليمان فرج العبد الله، آثار الاندماج في قانون الشركات التجارية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية القطرية، العدد 5، قطر، 2002.
- 8- خولة كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة السادسة.
- 9- دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو)، دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية، جنيف، 1978.
- 10- رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013.
- 11- زكري إيمان، آثار اندماج الشركات التجارية بالنسبة للغير، مجلة دراسات قانونية، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013.
- 12- سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود التكنولوجيا، محاضرة في ندوة أكاديمية للبحث العلمي، 19- 25 فيفري 1986، مجلة مصر المعاصرة، العدد 46، مصر، 1986.
- 13- عاشور مزريق، محمد غربي، تسيير وضمان جودة منتجات المؤسسات الصناعية الجزائرية، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، عدد 2.
- 14- عثمانى عبد الرحمان، الأبعاد الحقيقية لقاعدة الضمان العام ومدى ارتباطها بفكرة السند التنفيذي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة الاتحاد، العدد الرابع، السنة الخامسة، منشورات دار المحامي، سيدي بلعباس، ديسمبر 2014.
- 15- عصام الدين مصطفى بسيم، نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها-، المجلد الرابع، العدد 1، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، يناير 1980.

- 16- علي سيد قاسم، عقد الالتزام التجاري، مجلة القانون والاقتصاد التراث القانونية والاقتصادية، العدد1، السنة الرابعة والخمسون، 1984، مطبعة جامعة القاهرة، ب.م.ن، 1986.
- 17- فاروق محمد حسين، التحيز في الاختبارات التكنولوجية للدول النامية، المجلة العلمية لجامعة الأزهر، العدد 6 أبريل 1983.
- 18- فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية "دراسة قانونية مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012.
- 19- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 20- محمود أحمد الكندري، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري (franchising)، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون، الكويت، رمضان - ديسمبر 2000.
- 21- ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 28-29 أكتوبر 2009.
- 22- وسن قاسم الخفاجي، الشكلية الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة الثالثة، 2011.

5. المواقع الإلكترونية:

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، www.arablawinfo.com
- 2- أنواع وشروط وخصائص وتعريف التعويض في القانون المدني، على الموقع: www.arabsi.org/
- 3- تقييم الفرص الاستثمارية: <https://ar.m.wikipedia.org/wiki/>
- 4- حسن محمد علوب، الوضع القانوني لتكوين نقابات العاملين "دراسة مقارنة"، بحث منشور على الرابط: www.omanlegal.net/DR-HASAN.doc
- 5- خالد ممدوح إبراهيم، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية: <http://www.kenanaonline.net>

- 6- دراسة الجدوى <https://ar.m.wikipedia.org/wiki/>
- 7- الشروط المقيدة بعقد نقل التكنولوجيا، www.aladalacenter.com
- 8- الصالحين محمد أبو بكر، الشكالية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، الجزء الرابع، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا: www.startimes.com
- 9- ضمان ومراقبة الجودة، الفصل الثامن، ص 4-8:
- www.ipcc-iges.or.jp/public/gp/arabic/8_QA-QC_AB.pdf
- 10- عبد السلام العدس، مزايا وعيوب عقود تسليم المفتاح من وجهة نظر الدولة المضيفة، إدارة استراتيجية، 2010، الموقع: www.tahasoft.com/books/222.docx
- 11- محمد أشفيح، الإثبات في العقد الإلكتروني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، 02-04-2016، <http://www.fsjes-agadir.info>
- 12- ميثاق الأندين <http://www.comunidadindina.org>
- 13- نبيهة جابر، رقابة الجودة على الإنتاج، Kenanaonline.com/DrNabihaGaber/posts/149487
- 14- هنادي سام، تعريف مراقبة الجودة، 30 نوفمبر 2016: Mawdoo3.com
تعريف مراقبة الجودة
- 15- محمد حسان، ما خطوات إدارة تنفيذ المشروعات الهندسية؟، 18 جوان 2015، <https://www.bayt.com>
- 16- عودة محمد الأغا، أهمية الدراسة الأولية لتنفيذ المشاريع، 21 فيفري 2009، elagha.net/files/pictures/20090221_10_5054.doc
- 17- رقابة الجودة على الإنتاج، موقع أسرة التنمية والمستقبل بالجامعة العمالية بجميع فروعها، 24 ديسمبر 2013.

6. النصوص القانونية والتنظيمية:

- 1- الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات ج. ر عدد 49 الصادرة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج. ر عدد 15 الصادرة في 8 مارس 2009.

- 2- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة (الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 20/07/2003 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت سنة 2010 (الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18/08/2010).
- 3- الأمر 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05- 02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن القانون التجاري.
- 4- الأمر رقم 03- 06 المؤرخ في 19/07/2003، المتضمن العلامات التجارية، ج.ر المؤرخة في 23 جويلية 2003، العدد 44.
- 5- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، والمتضمن القانون المدني.
- 6- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر العدد 41.
- 7- القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج.ر رقم 15 لسنة 2009.
- 8- القانون رقم 90- 11 المؤرخ في 21/04/1990، المتضمن علاقات العمل، ج.ر رقم 17 المؤرخة في 25/04/1990.
- 9- المرسوم التنفيذي 05-277 المحدد لكيفيات تسجيل العلامات وايداعها، المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1426 الموافق ل 02 أوت 2005، ج.ر المؤرخة في 07 أوت 2005، العدد 54.
- 10- المرسوم التنفيذي 05-277 المؤرخ في 02/08/2005 المحدد لكيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، ج.ر المؤرخة في 07 أوت 2005، العدد 54.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 07 جوان 2007.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر العدد 58 الصادرة بتاريخ 18/11/2013.

13- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30/01/1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج. ر. العدد 05، المؤرخة في 31/01/1990.

ثانياً- باللغة الأجنبية:

1. Ouvrages généraux:

- 1- A. BRUNET, Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, In Mélanges .A.WIELL, Dalloz, Litec, 1983.
- 2- Andre FRANCON, La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur, Rida, 1980.
- 3- B. GOGDMAN, Cours de Droit du Commerce International, Les Cours de Droit, Paris, 1972- 1973.
- 4- Barthélémy MERCADAL, Droit des Affaires 1995- 1996 (Contrats Biens et Droit de l'entreprise), 4 édition, Editions Francis Lefebvre, France, 1995.
- 5- Daniel MAINGUY, Contrats spéciaux, 7^é édition, Dalloz, paris, 2010.
- 6- Didier FERRIER, Droit de la Distribution, Litec, 1995.
- 7- Frédéric POLLAND-DULIAN, La Propriété Industrielle, éditions Economica, 2011.
- 8- G. VIRASSAMY, Les contrat de dépendance, LGDJ, Paris, 1986.
- 9- G.STORA, J. MONTAGE, la qualité total dans l'entreprise, édition organisation.
- 10- H. MACCIONI, L'image de marque, Editions Economica, 1994.
- 11- Joanna Schmidt- SZALEWSKI et Jean Luc PIERRE, Droit de la Propriété Industrielle, 4édition, éditions Lexisnexis, Paris, 2007.
- 12- M.BARRUET, La fonction qualité dans l'entreprise, Organisation et gestion de la protection, Paris, 1980.
- 13- Sophie le GAC- PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, L.G.D.J, P.D.
- 14- Yves GUYON, Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés, tome 1, 9 édition, Delta, Paris.

2. Ouvrages spéciaux:

- 1- Alexandre KREIS, La transmission de Know- How entre entreprises industrielles, Une coopération technologique personnalisée en vue d'exploitations commerciales conjointes, Litec, Paris, 1987.
- 2- Bertin M.A, Les secret en Malière d'inventions, 1965.

- 3- Christine MATRAY, Le Contrat de Franchise en droit Belge, De Boeck & Larcier, Bruxelles, 1996.
- 4- Deleuze J.M :
 - Le Contrat de Transfert de Processus Technologique, 1976.
 - le contrat de transfert de processus technologique (know- how), 1979.
- 5- Didier FERRIER :
 - Franchise, Encyclopédie Dalloz, France, 1991.
 - La rupture du contrat de franchisage, T.II, JCPCI, 1977.
- 6- Dominique BASCHET, Le savoir-faire dans le contrat de Franchise, La Gazette du Palais, 2 Juin 1994.
- 7- Gérard DELTEIL, choisir sa formule en franchise, éditions rebondir, 1997.
- 8- H. BENSOUSSAN, Le droit de franchise, édition Apogée, 1999.
- 9- J.GUYENOT, Licensing et franchising, Gaz.pal, 1976
- 10- Jack N BEHRMAN, Susan S HOLLAND, Council of the Americas, Codes of conduct for the transfer of technology : A critique, New York : Council of the Americas and Fund for Multinational Management Education, 1976.
- 11- Jean Marie DELEUZE, Le Contrat de Transfert de processus technologique (know- How), 3^é édition, Masson, Paris, 1982.
- 12- Jean Paul CLEMENT, La Franchise commerciale et industrielle, La Franchising, le Franchisage, 2^é édition, Entreprise Modern d'édition, 1983.
- 13- Jean-Marie LELOUP, La Franchise Droit et Pratique, 4^e édition, Delmas, s.d.
- 14- Joseph JEHL, Le commerce international de la technologie- Approche juridique, Librairies Techniques, Paris, 1985.
- 15- Karim TORBEY, Les Contrats de Franchise et de Management à L'épreuve du Droit des Sociétés – Étude de droit Français et de Droit Libanais, France Quercy, France, 2002.
- 16- Laurent GIMALAC & Stéphane GRAC, La Franchise Guide juridique et pratique, Editions du puits fleuri, France.
- 17- Mac DONALD, Know-How Licensing and the Untrust laws, the trade reporter, 1964.
- 18- Magnin F, know- how et propriété industrielle, libraires techniques, Paris, 1974.
- 19- Michalet C.A, L'entreprise multinationale et le Transfert de Technologie, Novembre 1973.

- 20- Paul DEMIN, Le contrat de Know-How, Etude de sa nature juridique et du régime fiscal des redevances dans les pays du marché commun, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1968.
- 21- Philippe KAHN, Typologie des contrats de transfert de la technologie, en " transfert de technologie et développement", Librairies technique, Paris, 1977.
- 22- Phillippe LE TOURNEAU, L'ingénierie, Les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Litec, 2003.
- 23- Yves MAROT, La Franchise, 3 édition, Gualino éditeur, Paris, 2000.

3. Thèses:

- 1- M. Rebbah, Technologie et développement dans un pays du Tiers-monde, l'exemple de l'Algerie, Thèse de doctorat, université de Dijon, 1981.
- 2- Yaser AL SURAIHY, La fin du contrat de franchise, thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences sociales, université de Poitiers, 2008.

4. Articles :

- 1- B. GOGDMAN, Cours de Droit du Commerce International, Les Cours de Droit, Paris, 1972- 1973.
- 2- Charles COOPER, Science Technology and production in the underdeveloped countries, the journal of development studies (London), N 01, October 1972.
- 3- J.D COMBEAU, Intervention aux débats sur le Know –How organisés par cahiers du droit de l'entreprise, 1972, n° 1 enquêtes.
- 4- Olivier GAST, Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique, 1982.
- 5- R .PALISANT, Le Know-How, B.D.P.I , No 48, 1977.
- 6- Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique, AV- Juin, 1994.
- 7- Thierry GRANIER, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique, 1^{er} année, 1991.
- 8- Yves MAROT, Revendre une Franchise- liberté contrôlée, Franchise magazine, mai- juin, 1993.

5. Séminaire :

- 1- André LOMBART, Les codes de déontologie, le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- 2- Claude VERBRAEKEN, Contrat modèle de franchise internationale de la CCI: les obligations du franchisé, Le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- 3- Didier MATRAY, Introduction générale, Le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- 4- F. VIDTS, Le contrat de Franchise et Les Droits Intellectuels, Le contrat de Franchise, Travaux de Séminaire organisé à L'iége, 29/09/2000, Delta, Beyrouth, 2002.
- 5- Fabio BORTOLLOTTI, Franchise et droit de la concurrence, Le contrat de franchise, Séminaire organisé à Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- 6- Larry Hefter, Mid-Winter Meeting Antitrust Regulatory Aspects of Franchising including licensing of trademark in the U.S.A, The Common Market, and Japan, Aipla bulletin.

6. Site d'internet:

- 1- Abdulhakim A. AL. BANTAIN, Méthods and philosophy of statistical process control, quality control, faculty. Ksu.Edu. Sa/stat, 5th édition, Stat 323 (SPC).
<http://www.franchisee.org/history.htm>
- 2- Joseph A. THOMSON, Dangerous contract terms from a franchisee's perspective, <http://www.a-franchise.com>.
- 3- The American Franchisee Association:
- 4- www.franchise-FFF.com

الفهرس

.....	إهداء
.....	شكر وتقدير
.....	قائمة أهم المختصرات
1.....	مقدمة
8.....	الباب الأول: المقاربة بين دور عقد نقل التكنولوجيا والمنافسة
10.....	الفصل الأول: التأسيس النظري لفكرة استقلال المتلقي عن المانح
11.....	المبحث الأول: اختلال مراكز أطراف عقد نقل التكنولوجيا
11.....	المطلب الأول: الأثر السلبي لاستقلال المتلقي عن المانح
11.....	الفرع الأول: انفراد المتلقي بتحمل النفقات العقدية
12.....	البند الأول: نفقة حيازة المعرفة الفنية
12.....	أولاً- النفقات العامة
12.....	ثانياً- النفقات الخاصة
15.....	البند الثاني: نفقة استغلال المعرفة الفنية
15.....	أولاً- مفهومها
16.....	ثانياً- الطبيعة القانونية لنفقة الاستغلال
22.....	الفرع الثاني: تراجع إرادة المتلقي أمام البنود العقدية
23.....	البند الأول: إخفاق المركز الواقعي للمتلقي أمام الواقع الاقتصادي
26.....	البند الثاني: التناقض بين الحماية القانونية والعلاقة التعاقدية
27.....	أولاً- مرحلة تكوين العقد

- ثانياً- مرحلة تنفيذ العقد.....31.....
- المطلب الثاني: تعسف المانح في تقدير مهنية المتلقي.....36.....
- الفرع الأول: إخفاق الشروط الشكلية في حماية استقلال المتلقي.....36.....
- البند الأول: المنحى الجديد للكتابة في عقد نقل التكنولوجيا.....36.....
- أولاً- أشكال الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا.....36.....
- ثانياً- موقف المشرع الجزائري من كتابة عقد نقل التكنولوجيا.....44.....
- البند الثاني: صياغة عقد نقل التكنولوجيا.....46.....
- الفرع الثاني: أثر احتفاظ المانح بتقدير مهنية المتلقي.....49.....
- البند الأول: الشروط المقيدة في عقد نقل التكنولوجيا.....50.....
- أولاً- مفهوم الشروط المقيدة.....50.....
- ثانياً- آثار الشروط المقيدة.....54.....
- البند الثاني: العقد النموذجي.....56.....
- أولاً- العقد النموذجي الخاص.....56.....
- ثانياً- العقد النموذجي العام.....57.....
- المبحث الثاني: حدود استغلال المتلقي للحزمة التكنولوجية.....59.....
- المطلب الأول: الآليات المباشرة لخضوع المتلقي للرقابة.....60.....
- الفرع الأول: خضوع المتلقي لمنطق الحصرية.....60.....
- البند الأول: الحصرية المادية.....60.....
- أولاً- حصرية التزود بالمقومات المادية.....61.....

64.....	ثانياً- مراحل إنجاز المشروع.....
66.....	البند الثاني: الحصرية الاقليمية.....
69.....	البند الثالث: مشروعية الحصرية.....
76.....	الفرع الثاني: تحديد أسعار إعادة البيع.....
77.....	البند الأول: مفهوم تحديد الأسعار.....
81.....	البند الثاني: حظر الاتفاقات حول الأسعار.....
86.....	المطلب الثاني: الآليات غير المباشرة لخضوع المتلقي للرقابة.....
86.....	الفرع الأول: الحصرية الموضوعية.....
89.....	البند الأول: جوهر الحصرية الموضوعية.....
96.....	البند الثاني: وسائل تعزيز الحصرية الموضوعية.....
99.....	الفرع الثاني: توحيد سياسات العمل.....
99.....	البند الأول: التناقض بين السلطة الادارية والسلطة الفنية.....
103.....	البند الثاني: تراجع استقلالية المتلقي أمام انسجام الشبكة.....
109.....	الفصل الثاني: انعكاس هيمنة المانح على علاقة المتلقي بالغير.....
110.....	المبحث الأول: تراجع مصالح المتلقي كأثر لهيمنة المانح.....
110.....	المطلب الأول: مظاهر الازدواجية على مشروع المتلقي.....
110.....	الفرع الأول: نقل ملكية المتلقي للمقومات المعنوية.....
111.....	البند الأول: حق المتلقي على المقومات المعنوية لمشروعه.....
113.....	البند الثاني: المقاربة بين حق المتلقي وحق الانتفاع.....

117.....	الفرع الثاني: حدود ائتمان المتلقي.....
117.....	البند الأول: الضمان العام للدائنين.....
119.....	البند الثاني: رهن المحل التجاري.....
124.....	المطلب الثاني: امتداد الالتزام بالضمان.....
124.....	الفرع الأول: أساس الالتزام بالضمان.....
125.....	البند الأول: صور الالتزام بالضمان.....
125.....	أولاً- ضمان التعرض والاستحقاق.....
127.....	ثانياً- ضمان العيوب الخفية.....
129.....	ثالثاً- ضمان المطابقة.....
131.....	البند الثاني: طبيعة الالتزام بالضمان.....
135.....	الفرع الثاني: تنفيذ الالتزام بالضمان.....
135.....	البند الأول: أهمية الالتزام بالضمان.....
138.....	البند الثاني: الاخلال كسبب لتطبيق المسؤولية.....
142.....	المبحث الثاني: تباين الاعتبار الشخصي للمتلقي في علاقته مع الغير.....
143.....	المطلب الأول: دور الغير في تحويل المراكز القانونية لطرفي العقد.....
143.....	الفرع الأول: تدخل الغير في العلاقة التعاقدية.....
143.....	البند الأول: صور تدخل الغير.....
143.....	أولاً- الاندماج.....
145.....	ثانياً- الانحلال والبطلان.....

146.....	ثالثاً- بيع المشروع.....
147.....	البند الثاني: زوال الوجود القانوني للمشروع.....
150.....	الفرع الثاني: أثر انتفاء الاعتبار الشخصي.....
150.....	البند الأول: الحق في طلب إنهاء العقد.....
153.....	البند الثاني: انتقال الذمة المالية.....
157.....	المطلب الثاني: فاعلية الافلاس في التأثير على سياسات العمل.....
157.....	الفرع الأول: تأثير المراكز القانونية بواقعة الافلاس.....
157.....	البند الأول: اجراءات الافلاس.....
160.....	البند الثاني: اختفاء الاعتبار الشخصي.....
161.....	الفرع الثاني: مخاطر الافلاس وانعكاسها على العقد.....
161.....	البند الأول: حقوق المتلقي على إثر الافلاس.....
161.....	أولاً- تنفيذ العقد.....
163.....	ثانياً- فسخ العقد.....
166.....	البند الثاني: مسؤولية المانح عن إفلاس المتلقي.....
169.....	الباب الثاني: الحدود الناظمة لنقل المعرفة الفنية بين المانح والمتلقي "أيّ تجسيد للتبعية".....
171.....	الفصل الأول: الأدعاءات الخادمة للمعرفة الفنية وانعكاسها على المصالح المتعارضة لطرفي العقد.....
172.....	المبحث الأول: محدودية مصالح المتلقي ضمن شبكة نقل التكنولوجيا.....
172.....	المطلب الأول: تنظيم الممارسات والاتفاقات.....
172.....	الفرع الأول: المظاهر العامة للحماية قبل التعاقدية.....

172.....	البند الأول: نظام مرحلة المفاوضات
174.....	أولاً- الالتزام قبل التعاقد بالإعلام
180.....	ثانياً- الالتزام بالنصح والتحذير
180.....	البند الثاني: المسؤولية في مرحلة المفاوضات
180.....	أولاً- المخالفات التي تقع في مرحلة المفاوضات
181.....	ثانياً- جزاءات مرحلة المفاوضات
182.....	الفرع الثاني: تأثير التنمية الاقتصادية على قانون الارادة
183.....	البند الأول: دور الشركات متعددة الجنسيات في عقد نقل التكنولوجيا
183.....	أولاً- المقصود بالشركات متعددة الجنسيات
185.....	ثانياً- خصائص الشركات متعددة الجنسيات
186.....	البند الثاني: مشاكل اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد نقل التكنولوجيا
192.....	المطلب الثاني: تكيف قدرة المانح في تكريس تبعية المتلقي من خلال الشبكة
193.....	الفرع الأول: استنثار المانح بأصالة المعرفة الفنية
193.....	البند الأول: نطاق احتكار المعرفة الفنية السرية
196.....	البند الثاني: تأثير السرية على جدة المعرفة الفنية
199.....	الفرع الثاني: فرض التبعية التكنولوجية على المتلقي
199.....	البند الأول: التبعية الاقتصادية
202.....	البند الثاني: طبيعة التزام المتلقي بالسرية
204.....	المبحث الثاني: وسائل تعزيز تبعية المتلقي لشبكة محورها المانح

204.....	المطلب الأول: استيعاب المتلقي للمعرفة الفنية.....
204.....	الفرع الأول: المساعدة الفنية.....
206.....	البند الأول: نطاق تقديم المساعدة الفنية.....
206.....	أولاً- النطاق الموضوعي.....
209.....	ثانياً- النطاق الزمني.....
211.....	البند الثاني: وسائل تقديم المساعدة الفنية.....
211.....	أولاً- الوسائل المادية.....
212.....	ثانياً- الوسائل المعنوية.....
214.....	الفرع الثاني: تبادل التحسينات.....
214.....	البند الأول: مضمون الالتزام بتبادل التحسينات.....
217.....	البند الثاني: صور نقل التحسينات.....
219.....	المطلب الثاني: ضمانات الحفاظ على السمعة العامة للشبكة.....
220.....	الفرع الأول: فرض نفقة الاستغلال.....
221.....	البند الأول: المقابل النقدي.....
229.....	البند الثاني: المقابل العيني.....
230.....	البند الثالث: المقابل مقايضة معرفة تكنولوجية بأخرى.....
232.....	الفرع الثاني: رقابة الجودة.....
232.....	البند الأول: مضمون رقابة الجودة.....
234.....	أولاً- أدوات رقابة الجودة.....

- 235..... ثانياً- مجالات رقابة الجودة.....
- 236..... ثالثاً- خطوات مراقبة جودة المنتج.....
- 238..... البند الثاني: أساس الالتزام بالجودة.....
- 244..... الفصل الثاني: مقتضيات التجانس كمعبر عن المظهر العام للشبكة التكنولوجية.....
- 245..... المبحث الأول: ميكانيزمات التنظيم والتسيير ضمن الشبكة.....
- 245..... المطلب الأول: وحدة الشبكة من خلال العناصر المقترنة بالمشروع.....
- 246..... الفرع الأول: وحدة الشبكة من خلال العلامة التجارية.....
- 246..... البند الأول: أساس حق الطرفين على العلامة التجارية.....
- 247..... أولاً- أثر تسجيل العلامة التجارية على الشبكة.....
- 249..... ثانياً- نطاق حجية العلامة التجارية.....
- 250..... البند الثاني: ملكية حق التصرف في العلامة التجارية.....
- 252..... أولاً- المانح مالك للعلامة التجارية.....
- 253..... ثانياً- المانح مالك لحق الاستعمال.....
- 254..... ثالثاً- التزامات المانح المرتبطة بالعلامة التجارية.....
- 256..... الفرع الثاني: توازي دور عناصر استغلال المشروع في التعبير عن وحدة الشبكة.....
- 257..... البند الأول: علاقة عناصر استغلال المشروع بالشبكة.....
- 258..... أولاً- العلامة التجارية.....
- 261..... ثانياً- الشعار.....
- 263..... البند الثاني: تحمل التبعة.....

- 265.....المطلب الثاني: الطابع التوزيعي للمضمون التكنولوجي للمعرفة الفنية.
- 265.....الفرع الأول: تجانس الشبكة.
- 266.....البند الأول: نجاح سياسة عمل الشبكة.
- 268.....أولاً- انتهاك الحصرية في عقد نقل التكنولوجيا.
- 270.....ثانياً- الامتيازات المقدمة من الشركات التابعة لنفس الشبكة.
- 271.....ثالثاً- تغيير علاقة الشركاء في الشركة الواحدة.
- 273.....البند الثاني: منح الحماية الجماعية.
- 282.....الفرع الثاني: تقرير السياسة الاعلامية للشبكة.
- 282.....البند الأول: تأثير الدعاية والاعلان على الشبكة.
- 285.....أولاً- طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ ما ورد بالإعلان.
- 286.....ثانياً- جزاء الاخلال بالسياسة الاعلامية للمانح.
- 288.....البند الثاني: مقومات نجاح السياسة الاعلامية.
- 289.....المبحث الثاني: إغفال المصالح الخاصة للمتلقي لصالح وحدة الشبكة.
- 289.....المطلب الأول: تغييب مصلحة المتلقي في ظلّ عدم تجديد العقد.
- 290.....الفرع الأول: نطاق الاتفاق على التجديد.
- 290.....البند الأول: الحالات التي يجوز فيها طلب التجديد.
- 294.....البند الثاني: الحالات التي لا يجوز فيها طلب التجديد.
- 298.....الفرع الثاني: إشكالات عدم التجديد.
- 298.....البند الأول: مصير المخزون المتبقي من البضاعة.

298.....	أولاً- حالة وجود اتفاق ينظم مصير مخزون المتلقي.
299.....	ثانياً- حالة عدم وجود اتفاق ينظم مصير مخزون المتلقي.
302.....	البند الثاني: تعويض المتلقي عن فقد العملاء.
302.....	أولاً- طبيعة ما يتقاضاه المتلقي كنتيجة لعدم التجديد.
304.....	ثانياً- مبررات تعويض المتلقي عن فقد العملاء.
305.....	المطلب الثاني: بوارر زوال التبعية -مرحلة ما بعد العقد-
306.....	الفرع الأول: شرط عدم المنافسة.
306.....	البند الأول: مضمون شرط عدم المنافسة.
309.....	البند الثاني: نطاق شرط عدم المنافسة.
309.....	أولاً- شروط صحة شرط عدم المنافسة.
311.....	ثانياً- حدود شرط عدم المنافسة.
313.....	الفرع الثاني: نطاق المسؤولية بعد انتهاء العقد.
313.....	البند الأول: طبيعة المسؤولية التالية لانقضاء العقد.
316.....	البند الثاني: جزاء الاخلال بالالتزامات ما بعد التعاقدية.
319.....	الخاتمة.
323.....	قائمة المراجع.
339.....	الفهرس

الملخص:

يتنوع عقد نقل التكنولوجيا والصيغ التي يتخذها باختلاف الدور الذي يلعبه في عملية نقله للمعرفة الفنية من جهة، وبحسب المستوى التكنولوجي للمتلقي من جهة أخرى. وهذا راجع للطبيعة التجارية الخاصة بهذا العقد كونه يهدف لنقل المعرفة الفنية وتطبيقاتها السرية بين المانح والمتلقي، بالرغم من عدم وجود قوانين تنظمه أو اتفاقات دولية تحمل صيغة موحدة تحيط بأبعاده، إلا أنّ هذا العقد غالباً ما يتجاوز الحدود الجغرافية للدول كونه يهدف دائماً لتحقيق تطور اقتصادي من خلال تشكيل شبكة تكنولوجية تضم عد أطراف.

ومن جانب آخر تعتبر عملية نقل التكنولوجيا طريقاً للمنافسة ضمن الأسواق الوطنية والدولية، وآلية مثالية لإبراز مفهوم المعرفة الفنية، بالرغم من التناقضات التي يعرفها هذا العقد عبر مراحلها المختلفة، فهي بهذا المعنى تشكل أحد أهم الموارد بالنسبة للمشروعات، لهذا تسعى دائماً للحفاظ عليها بشتى الوسائل وهذا لضمان الاحتكار الفعلي للمعرفة الفنية والاستئثار بها من خلال الإبقاء على التبعية وعدم الاستقلالية.

الكلمات المفتاحية: نقل التكنولوجيا- المعرفة الفنية- المانح- المتلقي - الشبكة التكنولوجية

Résumé:

Le contrat de transfert de technologie et les formules qu'il prend sont différentes selon le rôle qu'il joue dans le transfert de savoir-faire d'une part, et selon le niveau technologique du destinataire d'autre part. Ce voir la nature commerciale de ce contrat qu'il vise à transférer le savoir-faire confidentiel et ses applications secrètes entre le cédant et le bénéficiaire, malgré l'absence de lois organisées ou accords internationaux portant une formule standard qu'elle l'englobe, mais ce contrat passe souvent au-delà de la géographie des frontières des États, comme toujours, il vise à parvenir à un développement économique Grâce à la formation d'un réseau technologique à plusieurs partenaires.

D'autre part, le processus de transfert de technologie est un moyen de soutenir la concurrence sur les marchés nationaux et internationaux, et le mécanisme est idéal pour mettre en évidence le concept de savoir-faire, en dépit des contradictions connues à ce contrat grâce à ses différentes étapes, il est en ce sens l'une des ressources les plus importantes pour les projets, ce qu'elles ont a toujours cherché à préserver par tous les moyens et cela pour Assurer le monopole effectif et la rétention de savoir-faire en maintenant la dépendance et la non indépendance.

Mots-clés: Transfert de technologie – Savoir-faire - Cédant - Bénéficiaire - Réseau Technologique

Abstract:

The technology transfer contract and the formulas it takes are different according to the role it plays in the transfer of know-how on the one hand, and according to the technological level of the receiver on the other hand. This is to see the commercial nature of this contract that it aims to transfer the confidential know-how and its secret applications between the donor and the beneficiary, despite the lack of organized laws or international agreements carrying a standard formula that includes it, but this contract often goes beyond the geography of state borders, as always, it aims to achieve an economic development through the formation of a multi-partner technology network.

On the other side, the process of technology transfer is a way to compete in national and international markets, and the mechanism is perfect to highlight the concept of know-how, despite contradictions known to this contract across its different stages. It is in this sense one of the most important resource for projects, which they have always sought to preserve by all means to ensure the effective monopoly and the retention of know-how maintaining dependence and not independence.

Key words: Transfer of Technology - Know-How - Donor - Beneficiary - Technological Network