جامعة وهران 2 محمد بن احمد

كلية الحقوق و العلوم السياسية

شعبة الحقوق- القسم العام

ماستر منافسة و استهلاك

العقد الدولي

ملخص محاضرات القيت على طلبة الماستر

ذ/ تراري ثاني مصطفى

السنة الجامعية 2022 - 2023

خطة الدرس

مقدمة

1- تعريف العقد الدولي

2- معيار دولية العقد

3- أ طراف العقد الدولي و انواعه

المحور الاول : المرحلة السابقة عن التعاقد

المحور الثاني : مرحلة تنفيذ العقد الدولي

المحور الثالث : حل منازعات العقد الدولي

مقدمة

1- تعريف العقد الدولي

- العقد الدولي هو عقد يعتبر بمثابة إطار قانوني للتجارة الدولية و الاستثمار الدولي ،

- في مجال التجارة الدولية هو اطار قانوني لتبادل السلع و الخدمات و الدراسات (استشارات) = عقود التجارة الدولية

- في مجال الاستثمار هو الاطار القانوني الذي يتم بين الدولة و أي هيئة او تنظيم و المستثمر الاجنبي لتوفير الحماية و الضمانات و على رأسها الفصل في المنازعات عن طريق التحكيم = اتفاقيات الاستثمار

2- معيار دولية العقد

هناك تياران يتنازعان العقد لاعتباره دوليا و إلا فهو عقد وطني يخضع للقانون الوطني و للقضاء الوطني و للتحكيم الداخلي إن وجد اتفاق للتحكيم :

- <u>المعيار القانوني التقليدي</u>

- سمي بالمعيار القانوني لأنه اعتمد ضوابط هي عبارة عن مفاهيم قانونية ،
- هو المعيار التقليدي المعمول به في اطار القانون الدولي الخاص الذي يفترض عرض النزاع الذي يثور بشأن العقد على قاضي دولة ما ،
- هذه الضوابط هي : الجنسية ، الموطن ، موقع المال ...

- يكون العقد دوليا طبقا لهذا المعيار اذا كان العقد ينطوي على عنصر اجنبي (l'élément d'extranéité) بالنظر لجنسية القاضي المعروض عليه النزاع و هذا على غرار القانون الدولي الخاص الذي يهتم بكل العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي ، سواء أكانت تعاقدية او غير تعاقدية : مسؤولية تقصيرية ، أحوال شخصية ...الخ
- هذا العنصر الاجنبي قد ينصب على جنسية الاطراف فيكون البائع من جنسية غير جنسية المشتري و يرفع النزاع امام محاكم احد الاطراف او محكمة دولة ثالثة او الشركاء من جنسيات مختلفة ...الخ
- هذا العنصر الاجنبي قد ينصب على الموطن بحيث يكون موطن احد الاطراف على الاقل في بلد غير بلد القاضي المرفوع امامه النزاع.
- العقد الدولي بهذا المفهوم يثير تنازع على مستويين :

*المستوى الاول : تنازع الاختصاص القضائي الدولي لتحديد القاضي المختص بالعقد الدولي

الحلول الخاصة به اوردها المشرع في المواد 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية في أطار ما يعرف بالامتياز القضائي للوطنيين و مفادها ان الجزائري يمكن دائما ان يرجع الى المحاكم الجزائرية ، سواء كمدعي او مدعى عليه بمناسبة التزامات تعاقد عليها في الخارج او داخل الوطن مع اجانب.

*المستوى الثاني : تنازع القوانين لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي اثاره العقد)تنازع القوانين من حيث المكان) و الذي خصه المشرع الجزائري بالمادة 18 و التي نصت على أنه : يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي اختاره الاطراف شريطة ان يكون لهذا القانون صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد. في غياب اتفاق يطبق قانون الموطن او الجنسية المشتركة . و في غياب ذلك يطبق قانون محل الابرام.

- المعيار الاقتصادي الحديث

- هذا المعيار ظهر حينما انفصل قانون التجارة الدولية عن القانون الدولي الخاص و استقل بمنهجه الذي لم يعد تنازعيا) conflictualiste) بفعل اللجوء شبه التلقائي للتحكيم الدولي الذي يلغي تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، هذا من جهة و من جهة اخرى بسبب الاخذ بقاعدة الارادة (principe d'autonomie) في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد او موضوع النزاع.
- سبب الاخذ بهذا المعيار و هو ان القاضي لا يفصل باسم دولة ما و بالتالي لابد من ايجاد معيار آخر فهو المعيار الاقتصادي .
- محكمة النقض الفرنسية هي اول من أخذ بهذا المعيار في تحديد العقد الدولي ثم التحكيم الدولي و يتلخص في تعلق العقد ب "التجارة الدولية".
- لفظ تجارة لا يقصد به الاعمال التجارية مثلما يحددها القانون التجار ي) المواد من 2 الى 4(و انما كل العمليات الاقتصادية .
- أما الدولية فيقصد بها ان العمليات تتم من خلال حركة للأموال و الخدمات عبر الحدود الدولية(flux et reflux au travers les frontières des biens et/ou des services).
- المشرع الجزائري اعطى تعريفا للتحكيم الدولي مشابها يمكن قياسا عليه استنتاج تعريف للعقد الدولي. فالعقد الدولي حسب القانون الجزائري مثل التحكيم هو ذلك العقد الذي يعنى بالمصالح الاقتصادية لدولتين)المادة 1039 ق. إ. م. إ).

3- اطراف العقد الدولي و انواعه

- العقود التجارية الدولية

- الاصل في العقود التجارية الدولية انها تتم بين اشخاص من الخواص ، سواء اكانوا اشخاصا طبيعية او معنوية تعمل في الحقل الاقتصادي من مؤسسات فردية و شركات ،

مدنية كانت او تجارية و حتى حرفية. يضاف اليها الدولة و تجزئانها مجردة من كل سلطة و سيادة.

- تنصب هذه العقود على كل النشاطات الاقتصادية من بيع و ايجار و خدمات و مقاولة و مؤسسات مشتركة...

- العقود العامة

في الوقت الراهن ظهرت عينات متباينة من العقود احد اطرافها - و ليس كل الاطراف و إلا كانت العلاقة من صميم القانون الدولي العام- الدولة او احد تجزءاتها : الجماعات المحلية ، المؤسسات العامة الادارية ، تظهر فيها الادارة بمظهر السلطة العامة و السيادة .

- **عقود الدولة** (Contrats d'Etat) : في الخمسينيات لما انتهجت بعض الدول اختيار التنمية ابرمت العديد من العقود مع شركات اجنبية في مجال استغلال الثروات الطبيعية مثل البترول و المعادن الاخرى حاولت ان تحافظ فيها على سيادتها .
- **الصفقات العمومية الدولية** ((marchés publics : اصبحت الدول لا تقتصر على المناقصات الوطنية مع مؤسسات اقتصادية داخلية للتموين بالمستلزمات او القيام بالإشغال العامة و الدراسات و انما اصبح وسعت من نطاق الصفقات العمومية ليشمل الصفقات مع شركات اجنبية.
- **عقود الشراكة بين الادارة العمومية و القطاع الخاص** (Partenariats Publics Privés- PPP) و هي عقود تبرمها ادارة عمومية في اطار انشائها و تسييره و اشرافها على المرافق العامة في شكل مشاريع كبرى مثل السدود و الطرق السيارة و التجهيزات الرياضية ...الخ

المحور الاول : المرحلة السابقة عن التعاقد

لم تجلب هذه المرحلة الاهتمام اليها كما هو الحال اليوم و ذلك لبساطة العقود التي كانت تبرم في ظل القانون المدني ، بحيث كانت عقودا متواضعة من حيث الاطراف و المحتوى ، لدا لم ينظم القانون المدني إلا مسألة تطابق الارادتين و التعاقد بين غائبين)المواد من 59 الى 71(.

اما اليوم فالطابع المعقد للعقود الدولية و تواجد اطراف التعاقد في بلدان مختلفة قد تفصل بينهم آلاف الكيلومترات أدى الى الاهتمام المتزايد بهذه المرحلة.

تسليط الاهتمام على ه\ه المرحلة المقصود منه تأمين العقد الدولي من مختلف المخاطر و دفع اطراف التعاقد الى تأطير هذه المرحلة بالطرق الاتفاقية فظهرت العديد من البنود و الاتفاقات) 1 (القضاء من جهته عالج المسألة و رتب المسؤولية عن الطرف الذي لا يفاوض بحسنة نية) 2) و اخيرا التشريعات تدخلت لتبني كل هذه التطورات) 3).

1- الاتفاقات المؤطرة لمرحلة التفاوض

الممارسة التعاقدية كشفت عن مجموع من الاتفاقات يلجأ اليها الاطراف لتأطير هذه المرحلة من بينها :

- عهد المساهمين ((le pacte d'actionnairesبالنسبة للمتفاوضين على إنشاء شركة يحددون فيه اهم البنود التي بدونها لا تتم الشركة و يتم افراغه في العقد النهائي للشركة و المكون للقانون الاساسي لها.
- عهد الافضلية((le pacte de préférence و الذي بمقتضاه يلتزم طرف تجاه الطرف الآخر بالتعاقد معه مفضلا عن كل من تقدموا للتفاوض معه بالأفضلية.
- اتفاق السرية ((le pacte de confidentialitéو هو اتفاق او بند بمقتضاه يلتزم الاطراف بعدم افشاء الاسرار التي قد تصل الى علمهم بفعل التفاوض سواء اكانت معلومات تجارية او متعلقة بالملكية الصناعية و هذا تفاديا لاستعمالها في المنافسة غير المشروعة.
- قانون الصفقات العمومية يولي هذه المرحلة عناية خاصة بحيث ينظمها بصورة دقيقو من اجل الاختيار الامثل لمن يتعاقد مع الادارة و جعل اختصاص الفصل في منازعات الابرام للقسم الاستعجالي للمحكمة الادارية (المواد من 946-674) .

2- الاجتهاد القضائي

القضاء في مختلف الدول عقد مسؤولية الطرف الذي يتسبب في اضرار للطرف الذي يتفاوض معه على اسس شتى :

- القضاء الفرنسي أخذ بما اسماه بالمسؤولية السابقة عن التعاقد (responsabilité pré-contractuelle) المبنية على المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي بحيث رتب المسؤولية على القطع التعسف للتفاوض.

على اساس المادة 124 التي تقابلها في القانون المدني الجزائري قضت المحكمة العليا في الجزائر بالتعويض على اساس هذه المادة سنة 2004 لصالح احد المتقدمين لشراء شقة من الديوان الوطني للترقية العقارية كان هذا الاخير قد تراخي في ابرام عقد البيع الذي يفرضه القانون لإتمام البيع.

- الاجتهاد القضائي الانجليزي ((common law و على الرغم من عدم وجود عقد قانوني ، اعتبر في هذه الحالة بان الطرفين مرتبطين بعقد معنوي ((contrat moral او ما يسمونه ((Gentelman agreement يفرض على الاطراف التحلي بنوع من الشهامة في التفاوض لا تسمح بالتصرفات الخسيسة.

- في الشريعة الاسلامية يمكن الاعتماد على المبدأ العام لا ضرر و لا ضرار أثناء التفاوض و اثناء التنفيذ.

3- <u>التشريعات الحديثة</u>

- كان قانون الالتزامات السويسري وحده الذي ينص على مبدأ حسن النية في التفاوض ، بينما معظم التشريعات و من بينها الفرنسي و الجزائري (المادة 107) تنص على حسن النية في تنفيذ الالتزامات لا غير.

- عدل القانون المدني الجزائري سنة 2005 على مستوى المادة 124 و عن طريق اضافة المادة 124 مكرر بحيث يمكن كذلك تأسيس المسؤولية على اساس نظرية التعسف في استعمال الحق(la théorie de l'abus du droit) و التي تجعل من حق المتفاوض ان يقطع التفاوض لكن ليس بطريقة تعسفية :ان يشرط ابرام العقد بالحصول على مصلحة غير مشروعة او ان يقع قطع التفاوض بنية الإضرار بالمتفاوض او التذرع بأضرار تافهة قد تمس المتفاوض إن تعاقد.

- اصلاح العقد الذي اتى به امر سنة 2016 في فرنسا ادخل مبدأ حسن النية في التفاوض في القانون الفرنسي.

المحور الثاني : تنفيذ العقد الدولي

1- دخول العقد حيز التنفيذ

نظرا للاختلاف في واقف الانظمة القانونية فيما يخص اللحظة و المكان الذي يعد العقد فيه مبرما و هذه مسألة مهمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و لتأمين التعاقد الممارسة العملية في العقود الدولية تضمن العقد مشارطة خاصة تحدد بتاريخ معين دخول العقد حيز التنفيذ (la clause d'entrée en vigueur).

بالاظافة الى هذا في عقود الاشغال كثيرا ما ينص العقد على ان يقوم صاحب العمال بالتبليغ وثيقة لبدء الاشغال ، وقفها ، استئنافها و الانتهاء منها.

2- القوة الملزمة للعقد الدولي

العقد الدولي يخضع بصورة تكاد تكون مطلقة لمبدأ سلطان الارادة (le principe de l'autonomie de la volonté) ، لا تحدها الا بعض القواعد القليلة جدا و التي تدخل في أطار النظام العام الدولي ، لحماية القصر ، محاربة الرشوة و الفساد ، بعض القواعد الجمركية و المصرفية و المتعلقة بمراقبة تحويل رؤوس الاموال من و الى الجزائر التي تنص عليها تعليمات بنك الجزائر.

ما عدا هذا فالعقد يبث قوة الزامية على اساس العقد شريعة المتعاقدين و تمس هذه كل بنوده سواءأكانت البنود القانونية او المالية او الضمانات او تلك المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق و طريقة الفصل في النزاع.

- الفئة الاولي من البنود هي البنود القانونية التي تحدد الاطراف و المدة و المحل و مكان التسليم ...الخ.
- الفئة الثانية تتعلق بالبنود المالية و التي تتعلق بكل ما يدور حول الثمن و كيفية تسديده ، الجزء الواجب التسديد بالعملة الصعبة و الجزء بالعملة الوطنية و رقم الحساب او الحسابات و هل هو ثمن نهائي و باث او قابل للمراجعة و حتي صيغة المراجعة...الخ
- الفئة الثالثة و تتعلق بالضمانات التي يتضمنها العقد من اجل تنفيذه على الوجه الصحيح في فائدة الاطراف كالرهون بكافة انواعها و الكفالات او ضمان التعهد و ضمان حسن التنفيذ و هي مبالغ مالية تودع لدى البنوك يفرج عنها البنك بمجرد الطلب.
- الفئة الرابعة و تتعلق بالقانون الواجب التطبيق و طريقة الفصل في النزاع و هذه تدرس في مرحلة النزاع و هي احتمالية.

3- عوارض تنفيذ العقد الدولي

قد تعرض تنفيذ الالتزامات المتقابلة للأطراف في العقد الدولي عوارض اهمها : القوة القاهرة و الظروف الطارئة.

أ- القوة القاهرة ((la force majeure

- القوة القاهرة منشئها القانون الفرنسي لكن لم يعرفها فترك الامر للقضاء. نفس الملاحظة يمكن ان نوجهها للقانون الجزائري الذي يذكر القوة القاهرة دو ان يعرفها.
- القانون الانجليزي اخذ بنظرية مشابهة هي "فعل الإله" التي لم يكتب لها نفس النجاح الذي لقيته نظرية القوة القاهرة ، لدا ففي العقود التجارية الدولية كثيرا ما يتم النص على القوة القاهرة لفظا في العقود المحررة باللغة الانجليزية ((The force majeure.
- القوة القاهرة هي حادث صادر عن الانسان او عن الطبيعة و يضاف لها اليوم قرارات السلطات العمومية او ما عرف في القانون الاداري التقليدي بنظرية فعل الامير (le fait du prince) .
- لها ميزتان لا توجد بدونها و هي عدم القدرة على التنبؤ بها ((imprévisible و استحالة دفعها ((irrésistible.
- لتأمين تطبيقها دون مخاطرة العقد الدولي لا يترك المسألة للقانون الواجب التطبيق على النزاع هو الذي يحددها و انما يضع البنود المتعلق بها في العقد فيعرفعا و يحدد معالمها و يعطي في بعض الاحيان امثلة عنها تتماشى مع طبيعة العقد.
- زيادة في تأمين العقد ، كثيرا ما ينص هذا الاخير على ضرورة التبليغ عنها للطرف الآخر في غضون ايام معدودات تحت طائلة عدم الاستفادة منها بعد انقضاء الأجل.
- القوة القاهرة تعفي من الالتزام تطيقا للمبدأ القانوني العام القائل : "لا التزام بمستحيل" (A l'impossible nul n'est tenu).

ب- الظروف الطارئة ((l'imprévision

مفادها انه منذ دخل العقد حيز التنفيذ طرأت ظروف اقتصادية عامة جعلت التزام احد الاطرف ليس مستحيلا (القوة القاهرة) و انما مرهقا (excessif).

محكمة النقض الفرنسية و عملا بمبدأ سلطان الارادة و ان العقد شريعة المتعاقدين رفضت الاعتراف بدور للقاضي في إعادة لتوازن للعقد و هذا على عكس القاضي الاداري الذي اجاز للإدارة تعديل العقد حسب ما تقتضيها المصلحة العامة تحت مراقبته.

المشرع الجزائري على غرارعديد المشرعين اخذ بهذه النظرية في المادة 107/3 من القانون المدني التي اجازت للمدين المتضرر ان يرجع للقاضي ليرد التزاماته الى الحد المعقول و الذي يكفل إبقاء على العقد متوازنا ولو في العقود الخاصة التجارية و المدنية . اكثر من ذلك يعتبرها من النظام العام الداخلي، حسب رأينا ن ، حينما يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزاري.

القانون الانجليزي يعرف نظرية مشابهة تقوم على اساس التعاقد بواسطة شرط يدعى " la clause du hardship" يلتزم به القاضي او المحكم اتفاقيا.

المشرع المدني الفرنسي من باب منافسة القانون الانجليزي اعترف في امر 2016 نظرية الظروف الطارئة في المواد المدنية و التجارية لدواع تتعلق بالتجارة الدولية.

المحور الثالث : منازعات العقد الدولي

1- شرط المصالحة او الوساطة (الاتفاقية)

في غالب الاحيان العقد الدولي ينص على شرط للمصالحة ((clause de conciliationاو الوساطة الاتفاقية((clause de médiation و ليس الوساطة القضائية التي ينص عليها قانون الاجراءات المدنية و الادارية على مستوى المحاكم الوطنية. الشخص الذي يتولى المصالحة او الوساطة يعينه الاطراف او مركز يبحث عن حل وسط يرضي الاطراف و هو ا يطبق القانون و انما يحاول ان يحصل على تنازل متبادل من الاطراف عن جزء من ادعاءاتهم. المصالحة ان تمت تنهي النزاع.

2- شرط التحكيم

- شرط المصالحة يصاحب عدة شرطا للتحكيم(clause compromissoire ou arbitrale)بمقتضاها يلتزم الاطراف بالرجوع الى مركز للتحكيم او الى محكم او محكمين يفصل في النزاع و كأنه قاضي.
- الحكم التحكيمي ينفذ عادة بصور طوعية ،
- لكن في حالة الرفض يجوز للطرف الذي صدر لصالحه ان يرجع الى القضاء لاستصدار امر تنفيذ ((exequatur.
- هذا الامر يجوز الطعن به في الاستئناف ثم النقض.
- يمكن ان يكون مباشرة محل دعوى بطلان لعدم وجود اتفاق التحكيم ن اذا كان المحكم تجاوز حدود ولايته ، في خالف النظام العام الدولي ....الخ.

3- الاختصاص الاحتياطي للقضاء

في حالة عدم احتواء العقد الدولي على شرط للمصالحة و التحكيم نرجع الى القواعد التي تنظم تنازع الاختصاص القضائي الدولي على النحو المبين في المقدمة (المادتان 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية السالفتي الذكر).

انتهى بحمد الله

الله ولي التوفيق