

المحاضرة الثالثة

المحور الثالث : المرحلة السابقة على ابرام وتحرير العقود التجارية

-التفاوض العقدي-

يسبق ابرام بعض العقود التجارية المرور بمرحلة المفاوضات، لتقريب وجهات النظر بين الطرفين والقيام بجملة من العمليات القانونية المتميزة والمرتبطة، لتفرغ في الأخير في وثيقة عقدية واحدة، فأصبحت مرحلة المفاوضات أهم وأخطر مرحلة في حياة العقد التجاري، يتحدد على أساسها مضمون العقد ومصيره. وعليه سنحاول من خلال هذا المحور توضيح المقصود بالتفاوض العقدي، وبيان خصائصه والآثار المترتبة في ذمة الأطراف المتفاوضة خلال هذه المرحلة.

أولاً- تعريف التفاوض العقدي:

لم يعرفه المشرع الجزائري، وعلى مستوى الفقه تعددت التعاريف بشأنه لاختلاف نظرة الفقهاء للتفاوض العقدي، نذكر منها:

" التفاوض العقدي هو كل اتصال بين طرفين أو أكثر سواء كان شفويا أو كتابيا أو بوسيلة الكترونية أو غير ذلك من الوسائل بقصد الوصول إلى أفضل شروط تعاقدية تحقق مصالح الأطراف وتحدد حقوق والتزامات كل منهم".

كما عرف بأنه: " مرحلة تسبق ابرام العقد يتبادل فيها أطراف التفاوض المباحثات والمساعي والمشاورات، والدراسات الفنية والمالية والاستشارات القانونية والاقتراحات ووجهات النظر قصد تحديد محتوى العقد المراد ابرامه بما يحقق مصلحة كل طرف".

أو هو: "كل ما يصدر من احد الطرفين ويتصل بعلم الطرف الآخر ويكون متعلقا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان لإبرامه".

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن المفاوضات العقدية مرحلة تمهيدية يتم خلالها دراسة ومناقشة شروط العقد النهائي وتبادل الآراء والعروض المضادة من أجل بلورة ايجاب مشترك تتضح من خلاله ملامح العقد المراد ابرامه مستقبلا بما يخدم المصلحة المتبادلة للطرفين.

ثانياً-خصائص التفاوض العقدي:

1- التفاوض العقدي تصرف إرادي:

أي أن مصدره الإرادة السليمة الخالية من العيوب، فلا تتم عملية التفاوض إلا باتجاه إرادة الأطراف للدخول فيها دون إكراه بهدف إبرام عقد معين وهو ما يسمى: النية في التفاوض.
فإرادة الأطراف تبقى حرة طيلة مرحلة التفاوض، فكل طرف حر في قطع المفاوضات أو الانسحاب منها وقت ما شاء طالما تصرف بحسن نية، والعقد لم يبرم بعد، كما له حرية الاستمرار فيها في إطار مبدأ الحرية التعاقدية، إلا إذا اقترن الانسحاب بخطأ صدر من أحد الطرفين أو تصرف بسوء نية، فلا يمكن الرجوع عليه إلا بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، متى اثبت الطرف الآخر أركانها، لأنه لم ينشأ عقد. إلا إذا وجد اتفاق مبدئي يحدد التزامات الطرفين خلال مرحلة التفاوض فتقوم مسؤوليته العقدية.

2- التفاوض العقدي تصرف متعدد الأطراف:

يتم التفاوض العقدي بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، فهو لا يتم من طرف واحد، لأنها مرحلة تقوم على تبادل الآراء والاقتراحات وتقريب وجهات النظر بما يخدم مصالح الأطراف المتفاوضة، بهدف البحث عن أفضل فرصة للتعاقد بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه مستقبلاً.

3- التفاوض العقدي مرحلة تمهيدية لإبرام العقد:

أي أنها مرحلة تشمل أعمال تحضيرية يقوم بها الطرفان وصولاً إلى اتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومناقشة شروطه، والقيام بالدراسات والاستشارات اللازمة وغيرها من العمليات المهمة التي تمهد لإبرام العقد النهائي. فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق جوهري على كافة المسائل الجوهرية للعقد ينتقلان إلى مرحلة إبرامه وتحريره وفق الاتفاق التفاوضي الذي توصلا إليه.

4- التفاوض العقدي مرحلة تقوم على الأخذ والعطاء:

فهي مرحلة تبادلية تقوم على الأخذ والرد بين الأطراف المتفاوضة للوصول إلى نتائج نهائية ترضيهم جميعاً، وليس تحقيق مكاسب لطرف على حساب الآخر، لان مبدأ حسن النية يقتضي حرص كل طرف على الوصول لاتفاق يحقق مصلحة الطرفين كان يتم التفاوض حول مواضيع العقد بحسب أهميتها:

عنوان العقد، محله، سببه، مواصفات المبيع، الثمن، الالتزامات والحقوق وتترك المسائل الثانوية للأخير
كلفة العقد، نسخ العقد.....

5- التفاوض العقدي مرحلة نتائجها احتمالية:

فقد ينتهي التفاوض على العقد بالوصول إلى اتفاق على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، وقد يصل إلى طريق مسدود فينتهي بفشل المفاوضات لوجود عوامل كثيرة تتحكم في سير العملية، كطبيعة العملية، كفاءة المفاوض وخبرته، القوة الاقتصادية لكل طرف.

كما أن الدخول في المفاوضات لا ينشئ التزام على عاتق الأطراف بإبرام العقد النهائي وهو تحقيق نتيجة معينة بل يرتب عليهم التزام ببذل عناية فقط بالبداية بالتفاوض والاستمرار فيه بحسن نية وغيرها من الالتزامات .

ثالثا: الالتزامات المترتبة على التفاوض العقدي

1-الالتزام بالتفاوض بحسن نية:

يقصد به التعامل بشرف وصدق وجدية مع الغير وعدم غش أو خداع الطرف الآخر أو استغلال ضعفه، و يمكن قياس حسن النية اعتمادا على النتائج المترتبة على تصرف معين وما ينتج عنه من أضرار، فيعتبر ذلك عملا مخالفا لمبدأ حسن النية.

الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزام تبادلي يقع على كلا الطرفين خلال مرحلة التفاوض.

أما عن طبيعته فهو التزام بتحقيق نتيجة يفرض على الأطراف المتفاوضة تجنب أساليب الغش والخداع بل الاستقامة والجدية في التفاوض بنية الوصول إلى إبرام العقد النهائي دون أن يعني ذلك ضرورة الالتزام بإبرامه فيحق لكل طرف الانسحاب أو قطع التفاوض طالما تم بحسن نية ودون ارتكاب خطأ.

2- الالتزام ببداية التفاوض والاستمرار فيه:

* يقصد ببداية التفاوض تلاقي الأطراف المتفاوضة وافتتاح المفاوضات حول العقد النهائي المراد إبرامه، هو التزام يقع على عاتق احد الطرفين عادة بتوجيه دعوة للطرف الآخر للحضور لمكان التفاوض المحدد وفي الموعد المنفق عليه لبداية المفاوضات وتقديم الاقتراحات وتبادل الآراء والنقاشات حول العقد المراد إبرامه قصد الوصول إلى اتفاق حول الشروط الجوهرية لهذا العقد.

كما انه التزام بتحقيق نتيجة هي بدء المفاوضات، فإذا امتنع احدهما أو تأخر عن البدء في التفاوض ترتبت مسؤوليته التقصيرية أو العقدية إذا تم تنظيم مرحلة التفاوض في اتفاق تفاوض مكتوب فيلتزم الطرف المخل بالتعويض عن الضرر اللاحق دون الحاجة إلى إثبات سوء النية أو الإهمال ما لم يثبت هذا الأخير السبب الأجنبي.

* إن بدء التفاوض يستلزم حتما الاستمرار فيه وإلا أصبح مرحلة لا فائدة منها، فهو التزام تبادلي يقع على عاتق كلا الطرفين فيجب على كل طرف متابعة التفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية، كما انه التزام ببذل عناية أي ببذل كل طرف الجهد اللازم من أجل تقريب وجهات النظر للتوصل إلى إبرام العقد النهائي دون اشتراط ضرورة الالتزام بإبرامه فعلا، فيحق لكل طرف قطع المفاوضات أو الانسحاب منها لسبب ومبرر جدي والا ترتبت مسؤوليته التقصيرية إذا الحق انسحابه ضررا بالطرف الآخر أو العقدية في حالة تحرير اتفاق التفاوض.

3-الالتزام بالإعلام:

يتعين على كل طرف الإدلاء بما لديه من معلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى يتسم التفاوض بالشفافية والصراحة اللازمة لإتمام إبرام العقد النهائي.

فيرى غالبية الفقه انه التزام ببذل عناية بالإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه والتي لا يمكن للطرف الآخر العلم بها أثناء المفاوضات وبذل أقصى جهده لنقل تلك المعلومات قصد الإحاطة بكافة الظروف المحيطة بعملية التعاقد حتى تنشأ إرادته حرة وسليمة لا يشوبها عيب دون ضمان تحقق النتيجة المرجوة لأن ذلك متوقف على مدى استيعاب الطرف الآخر لهذه المعلومات.

حيث اعتبر المشرع في م 86 ف2 ق.م كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا يجيز للمدلس عليه إبطال العقد ما لم يكن حرفيا أو مهنيا.

4-الالتزام بحفظ سرية المعلومات:

أي التزام الأطراف المتفاوضة بعدم إفشاء المعلومات أو استخدامها لتحقيق مصالح شخصية أو الكشف عن المستندات التي تم الاطلاع عليها أو تبادلها خلال مرحلة التفاوض أو استغلالها لمنفعته إذا كان ذلك يلحق ضررا بالطرف الآخر.

إن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية إذ يجب الالتزام بحفظ نوعين من المعلومات وليس كل المعلومات. -المعلومات التي أضفى عليها صاحبها طابع السرية.

- المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر والإعلان.

وللقاضي حسب ظروف كل قضية سلطة تقدير هل المعلومات المعلن عنها معلومات مشمولة بالالتزام بالسرية أم لا.