

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد خيضر – بسكرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



الحرية التعاقدية في الشركات التجارية
وفقا للتشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذة
لشهب حورية

من إعداد الطالب:
بالطيب محمد البشير

أمام لجنة المناقشة المكوّنة من:

| | | | |
|---------------|-----------------|----------------------|-------------------------|
| رئيسا | جامعة بسكرة | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ الزين عزري |
| مقررا و مشرفا | جامعة بسكرة | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ لشهب حورية |
| ممتحنا | جامعة باتنة | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ زرارة صالح الواسعة |
| ممتحنا | جامعة الوادي | أستاذ محاضر | د/ زعبي عمار |
| ممتحنا | جامعة قسنطينة 1 | أستاذ محاضر | د/ بن حملة سامي |
| ممتحنا | جامعة بسكرة | أستاذ محاضر | د/ نسيغة فيصل |

السنة الجامعية: 2017/2016

الإهداء

إلى أمي ، أبي ، إخوتي

إلى كل محب للعلم

شكر و تقدير

اشكر المولى القدير على توفيقه لي في انجاز هذا العمل
أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة لشهب حورية التي تكبّبت عناء الإشراف على هذه
الرسالة، و التي دأبت على تقديم النصح و التوجيه إلى غاية إتمام العمل فلها جزيل الشكر
و التقدير

كما اشكر الأساتذة الأفاضل /الزين عزري ، أ/ زرارة صالح الواسعة، أ/
زعبي عمّار ، أ/ بن حملة سامي ، أ/ نسيغة فيصل أعضاء لجنة
المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل

كما اشكر كل من قدّم لي يد العون من الناحية العلمية خاصة عمّال مكتبة جامعة
ستراسبورغ (université de Robert SCHUMAN) و تولوز (université de toulouse)
capitole 1)، و كذا عمال مكتبة كلية الحقوق بجامعة ورقلة.

" Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits , en les intégrant d'avance dans un acte de prévision "

Maurice Hauriou , principes de droit public, 1^{er} éd, p 206

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية

المادة: م
القانون المدني: ق م
القانون التجاري: ق تج
الجريدة الرسمية: ج ر

2- باللغة الفرنسية

AFEP : Association française des entreprises privées
ANSA : Association nationale des sociétés par actions
art. : article
Banque : Revue Banque
Banque et droit : Revue Banque et droit
Bull. : Bulletin
Bull. I : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, première Chambre civile
Bull. II : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, deuxième Chambre civile
Bull. III : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, troisième Chambre civile
Bull. IV : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
Bull. COB : Bulletin mensuel de la Commission des opérations de bourse
Bull. Joly : Bulletin Joly sociétés
CA : Cour d'appel
cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise
cass civ 1ère : Cour de cassation, première Chambre civile
cass civ 2ème : Cour de cassation, deuxième Chambre civile
cass civ 3ème : Cour de cassation, troisième Chambre civile
cass com : Cour de cassation, Chambre commerciale
cass soc : Cour de cassation, Chambre sociale
cass crim : Cour de cassation, Chambre criminelle
cass Req. : Cour de cassation, Chambre des Requêtes
cass Plén. : Cour de cassation, Assemblée plénière
C. civ. : Code civil
C. com. : Code de commerce
CE : Conseil d'Etat
chron. : chronique
CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
COB : Commission des opérations de bourse
Concl. : Conclusions
D: Recueil Dalloz
doctr. : doctrine
Dr. et patrimoine : revue Droit et patrimoine
Dr. Sociétés : revue Droit des sociétés
éd. : édition
fasc. : fascicule

Gaz. Pal. : revue Gazette du Palais
ibid : ibidem
J.-Cl. : Juris-Classeur
JCP : Semaine Juridique, édition Générale
JCP éd. E. : Semaine Juridique, édition Entreprise
JCP éd. N. : Semaine Juridique, édition Notariale
JO : Journal officiel
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
Journ. : Journal
Journ. Sociétés : revue Journal des Sociétés
MEDEF : Mouvement des entreprises de France
obs. : observations
OPA : offre publique d'achat
op. cit. : opere citato
p. : page
Petites affiches : revue Petites affiches
PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et financier : Revue de droit bancaire et financier
(Rép. Civil : Encyclopédie Dalloz (Civil
(Rép. Com. : Encyclopédie Dalloz (Commercial
(Rép. Sociétés : Encyclopédie Dalloz (Sociétés
Rev. : Revue
Rev. Sociétés : Revue des sociétés
RID comp. : Revue internationale de droit comparé
RID écon. : Revue internationale de droit économique
RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
(RRJ : Revue de la recherche juridique (droit prospectif
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Recueil Sirey
SA : société anonyme
SARL : société à responsabilité limitée
SAS : société par actions simplifiée
SCA : société en commandite par actions
SCS : société en commandite simple
SNC : société en nom collectif
somm. : sommaire
spéc. : spécial
t. : tome
Trib. com. : tribunal de commerce
TGI : tribunal de grande instance
V : Voir

مقدمة

لقد أخذ المشرّع الجزائري بتطبيقات عديدة لمفهوم الحرية، وقام بتأسيس الوسائل اللازمة لضمانها وترتيب الجزاء حين المساس بها، ولا يتوقف مفهوم الحرية عند جانبي الضمانات والجزاء، بل إن الحرية لا تبرز إلا حين إستعمالها، ويعد سلطان الإرادة من أهم مظاهر الحرية المباشرة، فالحرية توجد ما دام الشخص قادرا على التعبير في خارج حالات المنع.

إن الممارسة العملية بشأن التعاقد والاتفاقات ما فتأت تأخذ مدىً واسعاً، إذ يهدف أطرافها إلى تأمين أهداف رئيسية والعمل على تحقيقها خلال مدة زمنية محددة، وبهذا تكتسب التراكمات العقدية القانونية شرعية في ظل الحدود غير الواضحة للتصرفات المشروعة في قانون الشركات التجارية، ويبرر المتعاملون بالعقود والاتفاقات عادة اللجوء إلى هذه الممارسات بأن نصوص القانون لا تلاءم الإحتياجات المتزايدة لدى الشركات، فولّد ذلك تيارا مطالبا بضرورة الرجوع إلى المبادئ العامة التي تعتبر في نظر الممارسين كفيلة بتحقيق مصالح الفئات المختلفة في الشركات التجارية، وكذا تمكين القاضي من تكيف الواقع باللجوء إلى مفاهيم قاعدية.

تلعب الحرية التعاقدية دورا هاما في ظل أحكام الشركات التجارية، ولقد عرفت طفرة متجددة بفعل بعض التعديلات التي إعتدها المشرّع في النصوص المنظمة للشركات، إلا أن التجديد الحقيقي الذي عرفته حرية الشركاء في التعاقد هو كثرة الاتفاقات الجانبية المبرمة بينهم موازاة مع القانون الأساسي وما يحتويه من شروط اتفاقية، واستقبال القضاء هذه الاتفاقات بنوع من الليونة في جوانب عديدة رغم أن الشركاء يهدفون في بعض منها إلى استيعاب جمود نصوص التشريع الناظم للشركات، وكذا يرمون من خلال الاتفاق إستعاضة التنظيم القانوني الأمر للعلاقات الناشئة بمقتضى الشركة والذي يجسّد حقيقة الطابع النظامي، بتنظيم تعاقدي واتفاقي يراه الشركاء أكثر ملائمة واتساقا مع مقتضيات التطور الاقتصادي الذي يغلب عليه المنافسة الشديدة.

وإذا كانت الحرية التعاقدية حق من الحقوق التي يتمتع بها الأفراد، فهي ليست حقاً أساسيا، فصفة الأساسية هذه لا تتصل بالحق من دون سند قانوني صريح يجعل من الحق أساسيا سواء بنص الدستور أو بنص التشريع، ورغم أن النص الدستوري هو حجر الزاوية في تصنيف الحقوق الأساسية إلا أن المشرّع قد يتولّى ذلك، فيستطيع القاضي تأسيس حكمه على هذا الأساس.

كما يتدخّل الفقه أحيانا في تحديد الحقوق الأساسية بالاستناد إلى معايير أخرى كالنظر في مدى أهمية الحق ومدى كونه ضروريا أو عدم قابليته للتغيير، أو لأن الحق يخضع إلى ضمانات خاصة، ولعل أهم معيار فقهي بهذا الصدد هو النظر في مدى مشروعية السلطة، فالحق لا يكون أساسياً إلا إذا كان له دوراً وظيفيا عندما يصطدم بحق آخر يعارضه، وعليه فصفة الأساسية لا تتجلى إلا عند استعمال الحق فعلا.

والقضاء بدوره يلجأ إلى الطريقة ذاتها، فيقرر أن الحق أساسي في الحالة التي يبرر فيها أسبقية حق ما في مواجهة ما يهدده من قيم أخرى، وعليه فإن صفة الأساسية في الحق ما هي إلا وسيلة لحمايته، لقد ذهب الدستور الفرنسي في القول بأن الحرية التعاقدية ليست حقاً أساسياً، فالقاضي الدستوري يرى صراحة أن الحرية التعاقدية لا تحتوي على أي قيمة دستورية وبحكمه هذا هو لا ينتقص من جوهر الحرية التعاقدية فهي تقبل أن يتم تقييدها، ولا ينقص ذلك من إمكانية وصفها بالحق الأساسي، وبما أن هناك حقوقاً تظل محتفظة بهذه الصفة رغم أن المشرع يقيدها أحياناً ويحرّمها أحياناً أخرى، وعليه فإن النصوص المقيدة للحرية التعاقدية لا تؤدي إلى المساس بالصفة الأساسية فيها، والفقهاء يذهب إلى القول بصحة الرأي الذي يخلع عن الحرية التعاقدية الصفة الأساسية كحق من الحقوق.

ويسوق الفقهاء حججاً كثيرة في تبرير منح الحرية التعاقدية صفة الأساسية، منها أن الحرية التعاقدية قد كرّست بمقتضى ميثاق دولية هامة كالتصريح العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تؤدي كلها إلى فكرة أن الإنسان لا يلتزم إلا إذا كانت تلك الالتزامات منبثقة عن علاقة عقدية ارتضاها.

كما يساق أيضاً في هذا الصدد الاستناد إلى الوقائع العملية المحيطة بالحرية التعاقدية في ظل النظام القانوني، فالملاحظ أن مكانة الحرية التعاقدية ودورها كبيرين جداً في الحياة القانونية، فذلك لأن هذه الأخيرة تعد من أهم مصادر الالتزامات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وكذا مصدراً للممارسة الفعلية لعدة حقوق أخرى، فإذا أخذنا قانون الشركات التجارية نجد أن أول مظاهر حرية التعاقد لدى الشركاء هي إبرام عقد الشركة ذاته، لذا فالمظهر الأول هو دخول الشريك في العلاقات القانونية الناشئة عن الشركة من خلال التعبير عن إرادته، ويليه إدراج شروط اتفاقية خاصة في القانون الأساسي كمظهر ثان للحرية التعاقدية، أما المظهر الثالث قد يلجأ الشركاء إلى إبرام اتفاقات أخرى موازية للقانون الأساسي وهي الاتفاقات الجانبية التي تكثر في شركات المساهمة يبرمها المساهمون حتى أصبح الفقهاء يطلق عليها باتفاقات المساهمين، وهي رمز الظاهرة العقدية التي ما فتئت تمس قانون الشركات التجارية.

إن الحرية التعاقدية ما هي إلا وسيلة أو أداة ترتبط قيمتها بالغايات المقصودة منها، غير أن محل الحرية لا يعد أمراً هاماً مقارنة بإعمالها من الناحية المادية. والشريك عندما يعبر عن إرادته وفقاً لحرية التعاقد هو لا يرتبط فقط مع من تعاقد معه وإنما مع بقية الشركاء أيضاً، فالحرية التعاقدية المقصودة هنا هي تلك المرتبطة بوجود الشركة، وعليه فالشريك أو حتى المسير ليسا كمواطنين من هذه الناحية يباشران جميع الحقوق والحريات الأساسية في آن واحد، وإنما يتصرف الشريك أو المسير بحسب الوضع القانوني الموجود فيه والذي ينظمه قانون الشركات، وبمعنى آخر فإن الحديث عن الحرية التعاقدية لا ينصرف إلا للشريك أو الشركاء جميعاً، كأشخاص طبيعيين ولا ينصرف إلى الشركة مثلاً وذلك لأن لها إرادة خاصة يجسدها ممثلها القانوني.

كما يجب عند التطرق إلى الحرية التعاقدية أن نستحضر التصنيف المتداول للحقوق الأساسية بين حقوق الجيل الأول والجيل الثاني، أي المقابلة بين حقوق الدفاع التي تضم حرية الاختيار والتصرف وبين حقوق الدين، التي تضم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ففي الفئة الأولى تندرج الحقوق المدنية والسياسية، أما الفئة الثانية فإنها تضم حرية التعاقد.

لقد استعصى على الفقهاء إعطاء تعريف دقيق للحرية، بل ويرى بعضهم أنه من العبث البحث عن تعريف جامع مانع لها، غير أن كلمة الحرية في معناها البسيط هي القدرة على التصرف داخل مجتمع منظم وفقا لمحددات الشخص الذاتية، ويكون التصرف عادة في حدود قواعد معروفة مسبقا.

كما يعد مفهوم التحديد الذاتي من أهم عناصر الحرية من الناحية التقليدية، إذ تتصل الحرية دائما بالشخص الطبيعي وبارادته وضميره، وبهذا تنفرد الحرية بأنها من أهم الحقوق وأكثرها ارتباطا بشخص الإنسان، وتقرّ القوانين الوضعية بهذه البديهية خاصة في المواثيق الدولية، إذ يولد الأشخاص أحراراً وهم متساوون في الحقوق، وبإسقاط هذا الوصف على الشركة التجارية نجد أنه لا حرية لها في التعاقد، لأن ضميرها وإرادتها يجسدها الشركاء أنفسهم، وكذا نشاطها وغرضها وغايتها يتم تحديدها من طرف الشركاء، غير أن المظهر الوحيد لحرية الشخص المعنوي هي ما ينتج عن الصلاحيات التي تستغلها مختلف أجهزة الشركة في حدود الغرض المحدد لها، وعليه فإنه من الضروري القول أن الشركاء وكذا المسيرين هم المخاطبون في مجال الحرية وإعمالها باعتبارهم أشخاصا طبيعيين.

إن الحرية التعاقدية مبدأ مجرد يتقيد بمجال حرية الآخرين، ذلك المجال الذي يتضمن الصلاحيات والامتيازات العائدة إلى الآخرين، وفي قانون الشركات التجارية غالبا ما تكون متداخلة بين الشركاء مما يفرض على أن تكون الحرية مجرد حق نسبي لا يمكن التعبير عنها إلا في إطار العلاقات الناشئة بين الشريك والشركاء الآخرين، وكما يجب أن تظل هذه الحرية محدودة بقدر معقول بقدر الضرورات التي تقتضيها حياة الشركة، وبمعنى آخر أن الحرية الطبيعية لدى الشريك يجب أن تحاط وتقيّد بمصلحة الشركة المتمثلة في المحافظة عليها والإبقاء على نشاطها.

إن القيد الطبيعي لمجال تصرف الشريك يكمن أساسا في المصلحة الجماعية أو ما يطلق عليه الفقهاء مصلحة الشركة، لأنه بهذا المفهوم يدرك الشركاء أنه لا حرية مطلقة يمكن أن تحقق مصالحهم وإنما في مجموع من المصالح الفردية تخضع إلى مصلحة وحيدة أعلى ألا وهي مصلحة الشركة كما تتقيد حرية الشركاء في التعاقد بتطبيق القواعد القانونية الأمرة المشكّلة للنظام العام سواء في قانون الشركات التجارية أو الأحكام العامة في العقود، ورغم الصعوبات التي تعترى مفهوم النظام العام في تحديد نطاقه بل وحتى في تعريفه تعريفا دقيقا يظل من القيود الأساسية التي لا يجوز تجاوزها عند إعمال الإرادة من طرف الشركاء، وفي هذا الصدد إن الحرية التعاقدية ينبغي أن لا تؤدي إلى تشويه العلاقات الجماعية بين

الشركاء بحسب ما صمّمه المشرّع ورسمه في نصوص القانون، ويجب أن تراعى في ظل الحرية الروح الجماعية في عقد الشركة المبرم لتحقيق المصلحة المشتركة لجميع الشركاء.

ترتبط فكرة الحرية بسلطان الإرادة، يذكر الفقهاء هنا دائماً التطور التاريخي في مبدأ سلطان الإرادة ، لقد كانت الفلسفة الفردية في مفاهيم القانون المدني تعتبر أن الفرد حرّ، لا يخضع إلى غيره، وما دامت الحياة تفرض أن يكون الفرد خاضعاً أحياناً إلى غيره كأن يكون دائناً أو مديناً، فالحاجة هنا ملحة للقول بوجود جعل الإرادة هي المصدر الوحيد في حالة الخضوع، لا شك أن للعقد أهمية بالغة في ظل هذه الفلسفة إذ تدور أفكار المذهب الفردي التي جاءت بها الثورة الفرنسية 1789 حول العقد و دوره فيما يلي:

- يعد العقد مصدراً للقانون بامتياز، لأنه يحتوي على بنود وقواعد اتفاقية تجعله بحق مصدراً معيارياً ، تقتزن تلك البنود بجزءات في حال الإخلال بها. كما يمكن للإرادة أن تنشأ قانونها الخاص، لأن العقد ينشأ من تلاقي الإرادات وذلك ما يمنحه قوة ملزمة.

- العقد وسيلة تسمح ببناء علاقات نافعة بين الأفراد تقوم على العدل، من ناحية أن الإرادة الفردية تحقق التوازن الاقتصادي والرخاء. وإن سعي الفرد إلى تحقيق مصلحته الخاصة يؤدي لا محالة إلى تحقيق المصلحة العامة باعتبارها مجموع المصالح.

- ومن ناحية أخرى أن الإرادة الفردية تؤدي إلى تحقيق العدل، لأن كل فرد يعتبر قاضياً حول مصالحه وهو الأدرى بها، وكلما التزم الفرد بإرادته فإنه بلا شك سيرا على هذه المصالح وعادة ما تكون نافعة له، وإلا لما قبل الالتزام.

- العقد وسيلة حيوية في الاقتصاد وفي الحياة الاجتماعية، يسمح للأفراد بتنظيم العلاقات الناشئة بينهم مع حفظ المساواة بين مراكزهم القانونية.

- كما يعد العقد أداة لتنظيم الذمة المالية للفرد من خلال عقود البيع والشراء وأثرها في تسيير الذمة المالية. ، والعقد يتضمن قيمة توزيعية لتعلقه بتداول الثروات وإنشاءها، ولعل أهم دور للعقد يكمن في كونه مصدراً لاستقرار ووضوح العلاقات الاجتماعية.

تحتوي فكرة الحرية التعاقدية على بعدين أساسيين، بعد موضوعي يقضي بأن الفرد حر في إبرام العقود أو عدم إبرامها، كما يعد الفرد حرّاً في تحديد الشخص المتعاقد معه، كما يعد الفرد حر في تحديد مضمون العقود التي أبرمها، إذن هذه هي مضامين الحرية التعاقدية من الناحية الموضوعية، فالفرد حر لا يمكن إلزامه على التعاقد وهو حر في رفض التعاقد، فالمشرّع لا يمكنه إلزام الأفراد على الدخول في علاقات عقدية، أو التنازل عن أموالهم للغير، أو تقديم خدمة إلى أشخاص آخرين، فرفض التعاقد ما هو إلا مظهر من مظاهر الحرية التعاقدية. كما يجوز تحت تفسير الحرية التعاقدية، أن يقوم المتعاقدون بعد نقاش وتفاوض فيما بينهم تحديد نطاق الالتزامات، لأنه قد توجد أحكام قانونية منظمة لمحتوى العقد، غير أنها

أحكام مكملة للإرادة، فهي لا تطبق إلا في حال عدم وجود الاتفاق حولها، إذن فإرادة المتعاقدين لا تصطدم إلا بالقواعد الآمرة، والمشرع لا يقيد من حرية التعاقد إلا بداعي حماية حرية الآخرين.

أما من ناحية البعد الشكلي في حرية التعاقد، ففي ظل حرية التعاقد يغلب مبدأ الرضائية فيصبح العقد مبرماً بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى شكل آخر.

إن التشريعات الحديثة لم تعد تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، نظراً لما آلت إليه العلاقات بين الأفراد سواء اقتصادية كانت أو إجتماعية ، فالتركيز الاقتصادي والتجاري أفرز تبايناً في المراكز القانونية وحتى من الناحية العلمية التقنية والقانونية، وظهر معطيات جديدة أثرت في نسيج العلاقات، كظهور الجمعيات المهنية والمجمّعات الكبيرة وشركات التأمين والنقل وتطور علاقاتها مع الزبائن حتى أدى إلى ظهور مفهوم المستهلك والمهني، وكذا ظهور عقود الإذعان، فتلجأ التشريعات إلى تعزيز الجانب الإلزامي وتقييد الحرية التعاقدية في جزء كبير منها، فأصبح المشرع يتدخل في تنظيم العقود ورافق ذلك توسع النظام العام من خلال القواعد الآمرة، إذ الهدف دائماً هو تحقيق المصلحة العامة وإرجاع التوازن بين مراكز المتعاقدين.

أهمية الدراسة

إن التطرق إلى مسائل الحرية التعاقدية في الشركات التجارية هو في حقيقة الأمر تسليط للضوء على الظاهرة العقدية التي باتت تسيطر على حياة الشركات والتي وصمت تطور قانون الشركات في حد ذاته، حيث عرفها الفقهاء بأنها قيام المساهمين أو الشركاء بإيجاد التقنيات العقدية الملائمة لحماية النواة الأساسية من المساهمين الحائزين للأغلبية في الشركة وذلك لمواجهة المتغيرات الخارجية، ويمكن هذا التعريف من القول أن العقد يحتل مكانة هامة في الاستعمالات المرتبطة بقانون الأعمال، إذ يعد العقد وسيلة بيد المساهمين لتحقيق مصالحهم داخل الشركة، كما لا يقتصر دور العقد كوسيلة على مساهمي الأغلبية ، إذ يمكن أن يلجأ إليه مساهمو الأقلية أيضاً من أجل عرقلة سلطات مساهمي الأغلبية في مسائل معينة من خلال إبرام اتفاقات التصويت مثلاً أو تنظيم إدارة الشركة الفرعية المشتركة التي تقوم على المساهمة المتساوية، أو اشتراط آلية الإجماع، كما يستطيع مساهمو الأغلبية استعمال العقد من أجل المحافظة على توزيع السلطات داخل الشركة. وعلى الرغم من أن الظاهرة العقدية لاقت أوجهاً في شركات المساهمة إلا أن آثارها تمس حتى الشركات الأخرى.

لقد جلبت ظاهرة التعاقد لدى الشركاء مزيداً من المرونة في الشركات رغم إشتداد قوة النظام العام في ظل الأحكام المنظمة لها، حيث أصبح يرى كثيرون أن مثل هذه الأحكام جاءت جامدة وأمره مما جعلها لا تلائم احتياجات المؤسسات، وبغض النظر عن التعارض الواقع بين تيارين يغذيان أحكام الشركات بين تيار تجسده النصوص الآمرة التي شغلت حيزاً كبيراً في هذه الأحكام وبين تيار آخر يميل إلى مفاهيم العقد والإرادة أنشئه الواقع العملي في الشركات التجارية كاستجابة منه لتلبية حاجات الشركاء

في التكيّف مع قواعد تنظيم الشركات ووضع الشركاء، إذ يعرض على هؤلاء الأدوات اللازمة بغية التكيّف، وتتجسّد تلك الأدوات في تمكين الشركاء بداية من اختيار البنية المناسبة لنشاط الشركة من بين الأشكال القانونية الموجودة خاصة تلك التي يغلب عليها الطابع العقدي، وكذا تطوير الاتفاقات التي يبرمها الشركاء على هامش القانون الأساسي.

تكمّن أولى ممارسات الظاهرة العقدية في سعي المساهمين إلى تنظيم الرقابة داخل الشركة. وكذا اشتداد عقود التركيز الاقتصادي بين الشركات، إذ غالباً ما يتم تشكيل كيانات جديدة تنشأ بمقتضى اتفاقات بين الأطراف بهدف تقوية مراكزها التجارية في مواجهة شركات أخرى.

ولا تتوقف الظاهرة العقدية على إظهار العقد كأنه تفسير للطبيعة العقدية في الشركة وإنما باعتباره وسيلة وأداة لتلبيّن أحكام البنية القانونية للشركة التي قام باختيارها المساهمون، فالعقد هنا مأخوذ من ناحية وظيفية ولذا فإن دراسة الظاهرة العقدية باعتبارها وجه لحرية المساهمين في التعاقد تفرض عدم الوقوف عند الجدل التقليدي المعروف حول طبيعة الشركة إن كانت عقداً أم نظاماً، وإنما تنظر الظاهرة العقدية للعقد والاتفاق كأنهما وسيلة لتطوير قانون الشركات من أجل جعله أكثر ميلاً لحرية التعاقد واكتشاف مجالات هذه الحرية. لذا تقتضي دراسة الحرية التعاقدية عدم الوقوف عند الجدل الفقهي القديم الدائر حول طبيعة الشركة إذا كانت عقداً أم نظاماً قانونياً، إنما ينبغي النظر هنا إلى دور العقد والاتفاق في تنظيم الشركة باعتبار العقد وسيلة توضع تحت تصرف الشركاء أو المساهمين، فالشركة فعلاً لا تعتبر عقداً خالصاً، لأن المشرّع يعترف للمسيّرين بصلاحيات قانونية بل ويجيز المشرّع إنشاء مؤسسة ذات شخص وحيد فكل هذا يسمح باستبعاد التحليل العقدي الخالص للشركة، غير أن ذلك لا يعني أن الشركة نظام قانوني خالص، فوجود مفاهيم العقد في الشركة قائم، فهي لا تنشأ إلا بتعبير الشركاء عن إرادتهم الحرة والسليمة، ومنه فالشركة هي كيان هجين بين العقد والنظام، فالعقد باعتباره وسيلة ينظر إليه وإلى دوره أثناء حياة الشركة ومدى وجود فضاءات للحرية التعاقدية بين نصوص التشريع المنظم للشركات التجارية. المشرّع الجزائري لم يقدّم بتعريف الظاهرة العقدية ولكنه حاول تبنيها في بعض النصوص، لذا تعد الظاهرة العقدية من صنع الفقه. غير أن المشرّع قد قام بتعديل أحكام القانون التجاري خاصة فيما يتعلق بالشركات التجارية بمقتضى المرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 27 أفريل 1993، وفي هذا التعديل غلب عليه الطابع التنظيمي التي تجسده القواعد الأمرة الكثيرة، كما جاءت النصوص المعدلة جامدة متأثرة بشدة بنصوص التشريع الفرنسي، التي رأى كثير من فقهاء هذا التشريع أن قانون الشركات الفرنسي قانون تسلّطي [Autoritaire] يحتوي على العديد من النصوص الأمرة التي دقت في جميع جزئيات حياة الشركات ومسائلها التنظيمية، إذن لا شك أن التشريع الجزائري قد انتقلت إليه هذه الخصائص التي ورثها عن المشرّع الفرنسي، ويرى آخرون أيضاً أن أساس توجّه المشرّع المتشدّد في تنظيم الشركات التجارية يفسّر بالحاجة الماسة إلى حماية مصالح الغير ومساهمي الأقلية، وكذا ضرورة حماية السياسة الاقتصادية

من خلال حماية الإدخار العلني، غير أن هذه الشدّة أدت إلى خنق الشركات وتقييدها بسلاسل النظام العام حتى باتت لا تناسب متطلبات المنافسة، وعليه بدأ أطراف الواقع العملي في طلب مزيد من المرونة والحرية في تنظيم حياة الشركات وأدائها تفادياً للآثار غير السليمة المترتبة من أعمال نصوص تشريع الشركات التجارية، فلجأ هؤلاء الأطراف إلى مفاهيم العقد أي نحو مبدأ الحرية التعاقدية من أجل إستغلال الفضاءات المتروكة من طرف المشرّع لإرادة الشركاء. ولا ينفي البعض أن المشرّع أخذ في بعض النصوص في تنظيم الشركات التجارية بالرؤية العقدية وإن كان لم يبلغ منتهى المنطق الذي أتت به الظاهرة العقدية. إلا أن ذلك يدل على أن المشرّع يعترف بحاجة أطراف الواقع العملي إلى مزيد من المرونة حتى يتمكّن الشركاء في الأخير من إيجاد شكل قانوني يستجيب لاحتياجاتهم خاصة ما تعلق منها بالأمن القانوني والالتزامات الجبائية.

إن دراسة العقد كأداة باعتباره من آثار الظاهرة العقدية تكتسي أهمية نظرية في ظل أحكام الشركات التجارية، إلى جانب ما تكتسيه من أهمية عملية. إن النظر في العقد كوسيلة أو أداة ينسجم مع نظرة الفقه إلى الشركة على أنها تقنية تسمح للشركاء بتحقيق أهدافهم في التعاون وتسيير المؤسسة وكذا تنظيم ذمهم المالية، وهذا ما أكده المشرّع في العديد من أعماله التشريعية في إطار جعل القانون وسيلة أو أداة لضمان فاعلية الأداء الاقتصادي والمالي.

و تثير مسألة تبني مفاهيم العقد في الشركات التجارية التفكير مجدداً في فاعلية العقد لأنه من المهم جداً أن يطرح التساؤل حول مدى إنسجام فكرة عدم ملائمة نصوص التشريع المنظمة للشركات وتعارضها مع الاحتياجات الرئيسية - نظراً لإشتداد النظام العام فيها وجمودها - مع فكرة أن العقد كفيل بإزالة هذا الجمود وكفيل بأن يحقق مصالح الشركات وحاجتها إلى المرونة خاصة في ظل اتساع رقعة القواعد الآمرة. إنه بالرجوع إلى قواعد القانون المنظم للشركات وطبيعتها خاصة ما كان منها مكملاً يسمح بالقول أنه بإمكان العقد أن يلعب هذا الدور، الدور الذي يكون فيه العقد والاتفاق عموماً وسيلة لإكتشاف واستغلال الفضاءات المتروكة للحرية التعاقدية والتعبير عن الإرادة المتعاقدة.

وإن استعمال تقنية التعاقد من طرف الشركاء في الشركات التجارية من شأنه أن يؤثر في مفاهيم جوهرية يقوم على أساسها نظام الشركات، فهو يؤثر مثلاً في مفهوم نية الاشتراك [Affectio societatis] والمصلحة الجماعية، وفي الاعتبار الشخصي في الشركة، كما تتدخل هذه المفاهيم في الظاهرة العقدية من خلال الدور الذي تلعبه في تحفيز الشركاء على التعاقد، فمفهوم نية الاشتراك يعد محرّكاً حقيقياً في استعمال الشركاء للعقد من أجل تنظيم التعاون فيما بينهم بإبرام اتفاقات كما يعد في الوقت ذاته حداً من حدود الإرادة، إذ يحول دون إبرام بعض الاتفاقات المتعلقة بالتنازل عن الأسهم، أما المصلحة الجماعية أو ما يعرف بمصلحة الشركة فهي قيد لا يجوز لإرادة الشركاء أن تتجاوزه حتى تصبح الاتفاقات المبرمة من طرفهم صحيحة، بمعنى أنه يشترط في الاتفاقات تلك أن تراعي مصلحة الشركة دائماً حتى تظل نافذة

وقائمة، أما مفهوم الاعتبار الشخصي فهو أيضا من المفاهيم المؤثرة في العقد والتعاقد داخل الشركة، فهو دافع لدى بعض الشركاء الذين يريدون المحافظة على تجمّعهم داخل الشركة نظراً لاعتبارات شخصية، فيبرمون اتفاقات تهدف إلى تأمين استقرار مجموعة الشركاء، إن هذه المفاهيم تؤثر فعلا في الظاهرة العقدية في الشركات التجارية، كما تعد هذه المفاهيم من أهم الأسس التي تتحكّم في تطور مفهوم الشريك.

كما أن التطرّق إلى مسائل الحرية التعاقدية في الشركات التجارية هو في الحقيقة تسليط للضوء على مسألة التأثير والتأثر بين قانون الشركات من جهة وقانون العقود من جهة أخرى، إن العقد باعتباره التجسيد العملي للحرية التعاقدية في الشركات التجارية يساهم بشكل كبير في تطوير قانون العقود، فأول مفاعيل العقد في هذا المجال أنه يعيد النظر في مفهوم المصالح الناشئة في إطار العلاقات العقدية، قديما كان ينظر إلى العقد على أنه المجال الذي تتوافق فيه المصالح المتعارضة، غير أن هذه النظرة الكلاسيكية باتت غير صحيحة الآن، لأنه أصبح من الممكن أن يكون العقد نتيجة لتقارب حقيقي بين أطراف تجمعهم روابط التعاون، كعقد الشركة الذي يعد أفضل مثال، إذ تكمن في هذا العقد نية الاشتراك، إذن فلجوء الشركاء إلى تقنيات التعاقد يساهم في تعزيز الوجه الجديد للعقد.

ومن ناحية أخرى تساهم ظاهرة التعاقد في إبراز أهمية تطوّر قانون العقود من ناحية عقود الإذعان وتفاعل المشرّع إزاءها حين أخضعها إلى قواعد تشذ عن القواعد العامة في العقود رغبة منه في حماية المستهلك، ويعتبر جوهر تلك الحماية وجود الالتزام بالشفافية في العقد الذي يلتزم به المهني، وعليه فإن فكرة الشفافية موجودة أيضا في قانون البورصة، ومن أجل حماية المدّخرين في مواجهة مساهمي الأغلبية في شركة المساهمة التي تلجأ إلى الإدخار العلني.

كما يتأثر قانون العقود بظاهرة التعاقد في الشركات التجارية من ناحية اتخاذ العقد أو الاتفاق كوسيلة، فالعقد بعدما كان مجرد طريقة من طرق التعبير الطبيعية في العلاقات القانونية في إطار المجتمع أين يعد الفرد جوهر العلاقات الاجتماعية القائمة فيه، ها هو يصبح وسيلة بيد المساهمين أو أداة للتنظيم، لأن تقنيات التعاقد تشكّل بحق المادة الأساسية في ما يعرف لدى الفقهاء بالهندسة القانونية، وعليه فإن الشركاء أو المساهمين قد ساهموا في تغيير مفهوم العقد والاتفاق، إذ لم يعد متوقفاً على كونه مجرد توافق إرادات الأطراف وإنما وسيلة يلجأ إليها هؤلاء في تنظيم العلاقات الناشئة بينهم بسبب الشركة، ويفسّر مثل هذا الاستعمال بالقول بأن للشركاء الحرية في التعاقد باعتبار هذه الحرية أهم مبرر وراء إبرام الشركاء لاتفاقات متنوّعة تمس ببنية الشركة وشكلها.

إن التطرّق إلى مسائل الحرية التعاقدية في الشركات التجارية يعني أيضا التطرّق إلى أهمية ممارسات الواقع في قانون الشركات التجارية ومدى استجابة المشرع لمخرجات هذا الواقع العملي، لقد غلب على ممارسي قانون الشركات من محامين وموثّقين وغيرهم النظر إلى مسائل الشركات التجارية نظرة ربحية تهدف إلى تليين أحكام الشركات حتى تتمكّن هذه الأخيرة من تفعيل أدائها الاقتصادي،

فالشركة بحاجة إلى المرونة والحرية حتى تنهيا لها الظروف والبيئة الاقتصادية والاجتماعية الملائمة، ومنه تصبح قادرة على منافسة الشركات الأخرى خاصة الأجنبية منها، لذا يعد من المهم جداً على المشرع إضفاء الطابع التعاقدى بغية تمكين الشركاء من تنظيم العلاقات القائمة بسبب وجود الشركة بحرية فيما بينهم، ويعتبر مثل هذا العمل التشريعي من أهم مرتكزات تحديث قانون الشركات التجارية.

لقد قام المشرع استجابة لضغط الوسط الاقتصادي الذي يطالب دائماً بكثير من الحرية في الشركات التجارية، بمبادرات متفرقة حاول من خلالها مراعاة الحاجة إلى الحرية في التعاقد، خاصة في ظل أحكام شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي أحكم فيها المشرع النظام العام. ولقد كان دور المشرع في هذا الاتجاه يعود إلى وقت سابق فهو ليس بجديد:

- فهو قد سبق وأن أدرج عقد التجمع بين الشركات ونظمه وهو من بين التطبيقات الهامة للحرية التعاقدية، وذلك لأن هذا التجمع ينشأ بالإرادة وذو طبيعة عقدية وفقاً لما تقضي به المادة 796 من القانون التجاري.

- كما لجأ المشرع في سبيل تمكين الشركات من تقوية أموالها الخاصة في بيئة يغلب عليها التنافس بسبب دخول المستثمرين الأجانب إلى تمكين الشركات التي تلجأ إلى الإدخار العلني من أن تتبع نظاماً قانونياً يخص القيم المنقولة، يرى بشأنه الفقهاء أن المشرع قد أضفى عليه جانباً من الحرية، فالمشرع مثلاً أجاز إصدار أسهماً ذات ربح أولي لا تتضمن حق التصويت، كما أعتمد نظام تجريد الأسهم من خلال جواز قيد الشركة لحسابات القيم المنقولة والاستغناء عن الشكل المادي (المادة 715 مكرر 37 من القانون التجاري)، واعتماد شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت التي أراد من خلالها تنمية الاستثمار والإدخار إضافة إلى سندات المساهمة (م 715 مكرر 73)، وأهم ما يتعلق بالقيم المنقولة جواز إصدار سندات الاستحقاق المركبة التي تتضمن الحق في التحويل إلى أسهم تمثل رأس المال، وهما سندات الاستحقاق ذات قسيمات الاكتتاب في الأسهم، وسندات الاستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم (م 715 مكرر 114، م 715 مكرر 126)، لقد سمح المشرع من خلال القواعد المنظمة للقيم المنقولة باستغلال مجال واسع من مجالات الهندسة القانونية والمالية.

- كما قام المشرع حديثاً بتعديل الأحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة من أجل جعلها أكثر ملائمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث عمل على تبسيط تلك الأحكام معززاً الحرية لدى الشركاء في تنظيم بعض المسائل بإعمال الإرادة، وإلى جانب ذلك كان الفقه من قبل يشير إلى أهمية أنواع أخرى من الشركات التجارية لما فيها من الحرية، كشركة التوصية بالأسهم التي تعد حسب بعض الفقهاء نوعاً يسمح بتعزيز الأموال الخاصة للشركة وكذا يجيز نظامها بعض التراكمات العقدية تسمح بافتتاح رأسمال الشركة أمام مستثمرين خارجيين.

إشكالية الدراسة:

وعلى ضوء ما سبق نتساءل حول مظاهر تجسيد الحرية التعاقدية من طرف الشركاء في الشركات التجارية ، ومدى تقييد هذه الحرية التعاقدية ووضع حدود لها بما يضمن فاعلية الظاهرة العقدية في الأحكام المنظمة للشركات.

وتدور حول هذه الإشكالية تساؤلات جزئية تهتم:

- بدور العقد في ظل القواعد القانونية المنظمة للشركات التجارية والتي يغلب عليها النظام العام.
- وكذا أهمية مفاهيم العقد في بناء فلسفة جديدة تغلب المرونة والليونة في تنظيم الشركات.

نطاق الدراسة

حقيقة أن تعرض الفقه الى مفهوم الحرية التعاقدية يتم عادة من منظور القانون المدني، وفي كافة العقود، إنما نحن نهتم بمدى ملائمة مفهوم الحرية التعاقدية في واقع الشركات التجارية بالتحديد، أي النظر إلى الحرية التعاقدية من منظور الأحكام المنظمة للشركات ، وهل يتمتع الشركاء بحرية التعاقد من خلال إبرام اتفاقات وعقود، رغم وجود نصوص قانونية تنظم الشركات التجارية.

إن موضوع دراستنا هو نطاق حرية الشركاء في التعاقد وإبرام اتفاقات في الشركات التجارية من أجل تنظيم مسائل متفرقة تخص هذه الأخيرة، والحدود أو القيود التي تقف أمام الحرية التعاقدية، إذ لا يجوز للشركاء أن يتجاوزوها. إن نطاق الحرية التعاقدية المشار إليه هو ذلك النطاق الذي تخلقه قواعد القانون التي وضعها المشرع لتنظيم الشركات التجارية، فيعتمد الشركاء إلى استغلال المساحات المتروكة لإعمال الإرادة من خلال إبرام الاتفاقات المتضمنة لبند تمس مسائل الشركة نفسها، فالمشرع يفرض في المقام الأول على الشركاء الاتفاق حول مسائل تخص الشركة على أن يتم إدراجها في القانون الأساسي كمقدار الحصص المقدّمة من طرف الشركاء، شكل الشركة وغرضها وتسميتها وغيرها من المعلومات الأساسية، غير أنه لا يمنع الشركاء من الاتفاق حول مسائل أخرى، وهنا تجد الحرية التعاقدية تطبيقاً لها ما دام المشرع لا يمنع ذلك صراحة، فالقانون الأساسي أيقونة هامة في حياة الشركة كشخص معنوي، فهو الأساس الذي يحتوي على إرادة الشركاء وبيّن حقوقهم والالتزامات الواقعة عليهم، لذا قد يصبح هذا العقد المكتوب أوسع من القانون ذاته لأنه قد يتضمن حقوقاً والتزامات لم يتطرق لها المشرع، والتفسير هنا يستند إلى أن مضامين العقد تخضع إلى حرية التعاقد مادام كل شيء غير ممنوع فهو مسموح.

إن القانون الأساسي هو الإطار الأول للتعبير عن الإرادة من طرف الشركاء فهو يتضمن الالتزامات والحقوق المتعلقة بالشريك وإلى جانب ذلك قد يتضمن القانون الأساسي تنظيم وضع الشركة من خلال الاتفاق الذي يهدف إلى استحداث آليات جديدة فيها.

حقيقة يعد القانون الأساسي للشركة الإطار الرئيسي لتموقع إرادة الشركاء، إذ تتجسّد هذه الإرادة بداية في إبرام عقد الشركة ذاته من خلال تحرير القانون الأساسي، ثم يمكن للشركاء بعد ذلك إدراج ما اتفقوا

عليه من مسائل حول الشركة في القانون الأساسي، باعتبار أن الأمر هنا يحكمه مبدأ الحرية التعاقدية وهذا ما يدعى بالبنود أو الشروط التأسيسية.

غير أن تجسيد حرية التعاقد من طرف الشركاء لا يتوقف عند هذا الحد، وإنما يستطيع الشركاء إبرام اتفاقات جانبية موازاة مع القانون الأساسي لكنها منفصلة عنه، يطلق عليها الفقهاء اتفاقات المساهمين كتسمية فقهية شائعة. تتصل اتفاقات المساهمين في ظهورها بالواقع العملي والممارسات المنبثقة عنه، وهي اتفاقات مستقلة عن القانون الأساسي من الناحية المادية تبرم بين مساهمين أو أكثر تحتوي على بنود منظمة للعلاقات الفردية التي تربطهم بسبب قيام الشركة، بحيث تنتوِّع المسائل المتفق عليها كأن يتم تنظيم التسيير وطرقه وتوزيع رأس المال ، وتؤدي هذه الاتفاقات الجانبية إلى تعميق العلاقات بين المساهمين وتعديل التوازنات بين الفئات المختلفة فيهم. كما تساعد اتفاقات المساهمين في إزالة الصعوبات التي تواجه المساهمين من خلال بقاءهم في الشركة خاصة تلك الصعوبات المالية التي تعتبر أهم الأسباب المؤدية على إبرام تلك الاتفاقات، إضافة إلى أنها واحدة من الوسائل العقدية التي يلجأ إليها المساهمون كتجسيد لحرية التعاقد في الشركات التجارية.

تعد اتفاقات المساهمين ثمرة الواقع العملي وواقع الشركات، فموقف المشرِّع إزاءها والبحث فيه يعتبر مسألة هامة من منظور مدى بقاء هذه الاتفاقات وصحتها ومدى تأثيرها في حياة الشركات بل وحتى في صياغة القواعد القانونية المنظمة لها، المشرِّع اعترف باتفاقات المساهمين بطريقة جزئية، إذ لا يمكن القول أنه يعترف بكافة اتفاقات المساهمين مهما كان محتواها ولا يمكن القول أيضا أنه لا يعترف بها مطلقا فهو بين هذا وذاك، فهو يعترف صراحة بعدد منها ويعتبرها اتفاقات صحيحة متى توفرت شروط محددة، يعترف المشرِّع الجزائي جزئيا باتفاقات المساهمين، فهو لا يضع قاعدة عامة بشأنها وإنما يعترف ببعضها حصراً، فهو من جهة أراد توفير الحماية لجمهور المدَّخرين في بورصة القيم المنقولة فألزم الشركات بإعلام الجمهور باتفاقات المساهمين التي من شأنها التأثير في قرارات الجمهور وكذا نظم ما يعرف بالاتفاق بمعية الغير وهو حقيقة اتفاق بين المساهمين يهدفون من خلاله الى تطبيق سياسة مشتركة تجاه شركة أخرى عن طريق تنظيم التصويت، فمثل هذا يعد اعترافا من طرف المشرِّع بهذا النوع من الاتفاقات وإن كان مقصوراً على اتفاق مخصص، كما يعترف من جهة أخرى باتفاقات المساهمين حين تستعمل كوسيلة لتنظيم مساهمة شركة رأس المال الاستثماري في شركات أخرى. وأخيرا يعترف المشرِّع باتفاقات التصويت حين يتم إبرامها من أجل تمكين الشركة القابضة من السيطرة على رقابة شركة أخرى، فهذه هي محددات موقف المشرِّع الجزائي تجاه اتفاقات المساهمين باعتبارها وجه من أوجه الحرية التعاقدية في الشركات التجارية. وأمام هذا الاعتراف الجزئي وقف الفقه أمام صعوبة تعميم صحة الاتفاقات والقول بأنها صحيحة متى توفرت شروط الصحة التي تستمد من قانون العقود أو قانون الشركات، ولعل للقضاء دور مهم هنا من خلال مواقفه التي تصدَّى فيها إلى مدى صحة

اتفاقات المساهمين المعروضة عليه، فالقضاء يذهب في غالب تلك المواقف إلى صحة هذه الاتفاقات على أساس أنها تجسيد لإرادة الشركاء والعقد شريعة المتعاقدين.

يرجع السياق التاريخي في ظهور اتفاقات المساهمين إلى سنوات ماضية في ظل التشريع الأنجلوسكسوني، وأبرزت الجانب العملي في هذه الاتفاقات شركات الرأسمال الإستثماري أو ما تسمى بشركات رأسمال المخاطر التي تتولى القيام بالمساهمة في رساميل شركات أخرى تعاني من ضائقة مالية. وتكون هذه المساهمة لمدة محدودة إذ لا تضل شركة رأس المال الإستثماري كمساهم لمدة طويلة فهي تخرج من الشركة بمجرد تحسّن الوضع المالي للشركة الممولة، وتأتي هنا اتفاقات المساهمين كاتفاقات منظمة لكيفية المساهمة هذه، من حيث بيان مدتها والالتزامات والحقوق وكيفية الخروج من الشركة وغيرها من المسائل، فاتفاقات المساهمين بهذا الشكل وبهذا الظرف كانت سبباً قوياً في تطويرها وتوسّعها حتى أصبحت وسيلة عملية يستعملها المساهمون في جوانب أوسع من جوانب الشركة.

وبما أن اتفاقات المساهمين بالمفهوم الذي أشرنا إليه فهي تقترب من الدور الذي يلعبه القانون الأساسي للشركة، من أنه يحدد الإطار المرجعي الذي يحتوي القواعد المنظمة للعلاقات الناشئة بسبب الشركة جميعها، سواء تلك التي تجمع المساهمين ببعضهم أو بينهم وبين الشركة، ففي سعي المساهمين الى توطيد القواعد الداخلية المنظمة للشركة لأنها ستنظم العلاقات فيما بينهم لمدة طويلة يقومون بإبرام اتفاقات المساهمين باعتبارها مساحة واسعة لإعمال الإرادة، غير أنه رغم ذلك لا يمكن التغاضي على أن القانون الأساسي هو أيضاً عبارة عن مجال تعاقدية يمكّن المساهمين من تجسيد حرية التعاقد فيه، إذن فمسألة التفاضل مطروحة بشدة بين أيهما أفضل للمساهمين إبرام اتفاقات المساهمين أو الاكتفاء بالقانون الأساسي، ويرجع أمر البت في هذه المفاضلة إلى النظر في مزايا كل من اتفاقات المساهمين والقانون الأساسي ومدى ملائمة أحدهما إلى الوضعية التي يوجد فيها المساهمون.

بداية تعد القوانين الأساسية وثائق عقدية تسمو على غيرها، فهي تسمو على اتفاقات المساهمين، فيفترض هنا ألا تعارض هذه الأخيرة القوانين الأساسية، إذن فمسألة انسجام اتفاقات المساهمين مع القانون الأساسي مسألة ضرورية لضمان صحة هذه الاتفاقات.

كما تختلف اتفاقات المساهمين عن القانون الأساسي في كونها اتفاقات سرية لا يتم نشرها فلا يعلم الغير بوجودها، خلافاً للقانون الأساسي الذي يجب نشره في السجل التجاري، لذا يعد نافذاً في مواجهة الغير، وبناء على ذلك فاتفاقات المساهمين ليست ملزمة إلا للمساهمين الموقعين عليها، بل ولا تلزم الشركة نفسها إلا إذا وقّعت عليها، وينعكس عدم نشر اتفاقات المساهمين على فاعليتها أحياناً، لأنها ستظل مجرد عقود يخضع تعديلها لإجماع المساهمين المبرمين لها، خلافاً للقانون الأساسي الذي يمكن تعديله بالأغلبية.

وعلى العموم تعتبر اتفاقات المساهمين عقوداً بسيطة يحكمها مبدأ التراضي وتحدد مضامينها بناءً على حرية الشركاء في التعاقد، فهي تقوم على المرونة والليونة مما جعلها وسيلة فعّالة لتبني وضعيات جديدة ما دامت شروط الانعقاد متوفرة، وحماية بعض فئات المساهمين كأقلية مثلاً.

وإذا أوجد الشركاء أو المساهمون طرقاً لتجسيد إرادتهم في الشركات التجارية، وهي إدراج بنود تعاقدية في القانون الأساسي من جهة، والقيام بإبرام اتفاقات مستقلة وموازية من جهة أخرى، فإنه فعلاً تعد هذه الطرق طرقاً لتجسيد الحرية التعاقدية يتمتع فيها الشركاء بمجال واسع من التعاقد والتعبير عن الإرادة، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة إذ تجد لها قيوداً وحدوداً لا يجوز للشركاء تجاوزها.

إن مصلحة الشركة ليست في إطلاق الحرية التعاقدية، وإنما في تقييدها بالقدر الذي يسمح للشركة بالتحرك وإضفاء المرونة اللازمة في أحكام الشركات التجارية، وعلى هذا الأساس يجمع الفقهاء أن للحرية التعاقدية حدوداً، يجب على الشركاء مراعاتها عند التعبير عن إرادتهم، تنقيح حرية الشركاء في التعاقد أولاً بالقواعد الأمرة المشكّلة للنظام العام في الشركات التجارية وهي نصوص وردت في القانون التجاري لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، إلا أن القضاء من جهة أخرى قد يتولى هو أيضاً منح الصفة الأمرة لمبدأ من المبادئ في الشركات التجارية فيغدو إثر ذلك قاعدة من النظام العام، كما تنقيح حرية الشركاء في التعاقد أيضاً بالمصلحة الاجتماعية أو كما يسميها المشرع بمصلحة الشركة، فهي قيد يلقي على عاتق إرادة الشركاء عند إبرامهم لاتفاقات فيما بينهم بحيث لا يجوز لهذه الاتفاقات أن تخالف مصلحة الشركة.

وفي هذا الصدد يمكن القول إن الحرية التعاقدية ينبغي أن لا تؤدي إلى تشويه العلاقات الجماعية بين الشركاء بحسب ما صمّمه المشرع ورسمه في نصوص القانون، ويجب أن تراعى في ظل الحرية الروح الجماعية في عقد الشركة المبرم لتحقيق المصلحة المشتركة لجميع الشركاء.

منهج الدراسة:

يعد التشريع الفرنسي الناظم للشركات التجارية من التشريعات الرائدة من منظور عالمي فلا شك أن هذا التشريع يعد نموذجاً حذت حذوه العديد من التشريعات العربية ومنها المشرع الجزائري، وترجع حقيقة تأثير المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي ليس إلى السياقات التاريخية المعروفة فقط وإنما ترجع أيضاً إلى البناء المنطقي الذي بني عليه هذا التشريع من قبل واضعيه الذي جعله قابلاً للتصدير، لكن رغم ذلك فالفقه لم يقف جامداً أمام ما آل إليه هذا القانون بعد تغيير البيئة التي وضع أثناءها، فقام الفقهاء بمسيرة تطوّر النظام القانوني للشركات التجارية من خلال التنويه إلى فاعلية النظريات الجديدة التي ما فتئت تغزو الشركات التجارية بفعل عوامل عديدة خاصة ما تعلق منها بالعولمة وعالمية النشاط التجاري القائم على تمدد الشركات على أقاليم عدة دول.

وبما أن الفقه الفرنسي المتعلق بالشركات بذل جهوداً واضحة في تطوير التشريع الفرنسي فإنه ينبغي أيضاً أن يقابل بجهد موازي من أجل تطوير النصوص القانونية المنظمة للشركات في التشريع الجزائري نظراً للارتباط الواقع بين التشريعين ولا شك أن ذلك يؤثر لا محالة في موضوع الدراسة، خاصة وأنها متعلقة بأهم النظريات التي أثرت في تشريع الشركات ألا وهي النظرية العقدية، ومدى إحتياج الشركاء إلى تقنيات التعاقد.

و على ضوء ذلك لا يمكن دراسة الحرية التعاقدية في الشركات دون الاعتماد على الفقه الفرنسي و الدراسات المعدة في مفهوم الحرية التعاقدية، لذا اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي و الوصفي على أساس أن هذه الدراسة تهتم بشرح النصوص القانونية و استخلاص مظاهر الحرية التعاقدية لدى المشرع عندما نظم الشركات التجارية.

خطة الدراسة:

و لدراسة الحرية التعاقدية في الشركات التجارية ارتأينا ان تكون خطة الدراسة على النحو الآتي:

لإظهار أوجه تجسيد الحرية التعاقدية في الشركات التجارية (الباب الأول) ينبغي تسليط الضوء على الشروط التأسيسية وهذه يتم تحديدها بمقتضى إرادة الشركاء باستثناء الشروط الإلزامية التي نص المشرع على ضرورة إدراجها (الفصل الأول)، ولإبراز هذه الشروط ينبغي تعريف القانون الأساسي باعتباره المستند المادي الأصيل لإرادة الشركاء (المبحث الأول)، ثم أن الشروط التأسيسية قد تأتي لتنظيم وضع الشريك من خلال الاتفاق على الالتزامات وحقوق جديدة تضاف إلى ما كان قد قرره المشرع (المبحث الثاني)، وقد تأتي الشروط التأسيسية منظمة لوضع الشركة نفسها من خلال اتفاق الشركاء على إخضاع أجهزة الشركة إلى تنظيم إتفاقي جديد أو إلى إستحداث آليات جديدة داخل الشركة (المبحث الثالث). كما ينبغي تسليط الضوء على اتفاقات المساهمين التي تعد في حقيقة الأمر شروطاً غير تأسيسية (الفصل الثاني)، من خلال القيام بتحديد مفهوم هذه الاتفاقات (المبحث الأول)، وكذا تعدادها وتحديد مضمونها وفقاً للتصنيفات الفقهية (المبحث الثاني).

ولإظهار قيود الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وحدودها ينبغي دراسة أهم قيود الإرادة ألا وهو النظام العام، مع التقيّد بحدود قانون الشركات التجارية، فمفهوم النظام العام عرف إنقساماً شديداً، والشركاء إلى جانب التزامهم بحدود النظام العام في العقود يجب أن يراعوا أيضاً القواعد الآمرة في الشركات التجارية (الفصل الأول)، ويحتاج مفهوم النظام العام إلى تعريف دقيق من خلال بيان الطرق المساعدة على استخلاص الطبيعة الآمرة في نصوص القانون (المبحث الأول)، كما يحتاج مفهوم النظام العام إلى إبراز دوره في قانون الشركات التجارية من حيث تقييده لإرادة الشركاء (المبحث الثاني).

كما ينبغي دراسة مفهوم المصلحة الاجتماعية أو كما يسميها المشرع مصلحة الشركة، ويعد هذا المفهوم قيداً يلقي على عاتق إرادة الشركاء حين إبرامهم لاتفاقات فيما بينهم وهي لا تكون صحيحة ونافذة

إلا إذا جاءت مراعية لمصلحة الشركة (الفصل الثاني)، ولقد لاقى الفقهاء صعوبات جمّة في الخروج بتعريف محدد لمصلحة الشركة، فهم دون أن يجدوا تعريفاً متفقاً عليه (المبحث الأول)، أجمعوا على أن لهذا المفهوم دور بارز في تقييد إرادة الشركاء (المبحث الثاني)

الباب الأول:

تجسيد الحرية التعاقدية في الشركات التجارية

يبدو أن فكرة الحرية التعاقدية ترتبط بسلطان الإرادة، يذكر الفقهاء هنا دائماً التطور التاريخي في مبدأ سلطان الإرادة [Autonomie de la volonté]، لقد كانت الفلسفة الفردية في مفاهيم القانون المدني تعتبر أن الفرد حرّ، لا يخضع إلى غيره، وما دامت الحياة تفرض أن يكون الفرد خاضعاً أحياناً إلى غيره كأن يكون دائناً أو مديناً، فالحاجة هنا ملحة للقول بوجود جعل الإرادة هي المصدر الوحيد في حالة الخضوع، فمثل هذه الوضعيات تبرر بأن الفرد هو يلتزم لأنه أراد أن يلتزم وفي الحدود التي أرادها، وعلى هذا الأساس أي أساس الإرادة يجد الفرد نفسه ملزماً باحترام الالتزامات التي أنشأها على نفسه، وبالمقابل لا يجوز إلزام الفرد بشيء إلا حين يريد.

ويؤدي هذا إلى القول بأن العقد يصبح مصدراً للقانون بامتياز، إذ يمكن للإرادة أن تنشأ قانونها الخاص، لأن العقد ينشأ من تلاقي الإرادات وذلك ما يمنحه قوة ملزمة، ولقد أصبح التركيز واقعا على سلطان الإرادة، حتى غدت الفلسفة الفردية تفسّر النظام القانوني كله على أساس وسيلة العقد، فالمجتمع ينبثق عن العقد، الذي يعتبر أساس السلطة بين الأفراد، وإذا كانت هذه روح الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية منذ سنة 1789 التي لم تقتصر على جانب واحد في مسائل العقد، فهي أيضاً ترى أنه من الناحية الاقتصادية أن هناك يداً خفية تقوم بتوجيه السوق إلى الأفضل وتحقيق المصلحة العامة، وهذه هي أفكار الحرية الاقتصادية التي ترى بأن العقد وسيلة تسمح ببناء علاقات نافعة بين الأفراد تقوم على العدل، من ناحية أن الإرادة الفردية تحقق التوازن الاقتصادي والرخاء بصفة عامة، ويسمح قانون السوق بضبط الإنتاج بحسب الحاجة، وإن بحث كل فرد على تحقيق مصلحته الخاصة يؤدي لا محالة إلى تحقيق المصلحة العامة باعتبارها مجموع المصالح، ومن ناحية أخرى أن الإرادة الفردية تؤدي إلى تحقيق العدل، لأن كل فرد يعتبر قاضياً حول مصالحه وهو الأدرى بها، وكلما التزم الفرد بإرادته فإنه بلا شك سيراعي هذه المصالح وعادة ما تكون نافعة له، وإلا لما قبل الالتزام.

لا شك أن للعقد أهمية بالغة في ظل هذه الفلسفة، لأنه يؤدي وظائف عديدة، فهو وسيلة حيوية في الاقتصاد وفي الحياة الاجتماعية، يسمح العقد للأفراد بتنظيم العلاقات الناشئة بينهم مع حفظ المساواة بين مراكزهم القانونية، كما يعد العقد أداة لتنظيم الذمة المالية للفرد من خلال عقود البيع والشراء وأثرها في تسيير الذمم المالية، كما يحتوي العقد على بنود وقواعد اتفاقية تجعله بحق مصدراً معيارياً، تقترن تلك البنود بجزاءات في حال الإخلال بها، والعقد يتضمن قيمة توزيعية لتعلقه بتداول الثروات وإنشاءها، ولعل أهم دور للعقد يكمن في كونه مصدراً لاستقرار ووضوح العلاقات الاجتماعية.

لقد نتج عن مبدأ سلطان الإرادة فكرة الحرية التعاقدية، التي إحتوت على بعدين أساسيين، بعد موضوعي يقضي بأن الفرد حر في إبرام العقود أو عدم إبرامها، كما يرى الفرد حراً في تحديد الشخص المتعاقد معه، كما يعد الفرد حر في تحديد مضمون العقود التي أبرمها، إذن هذه هي مضامين الحرية التعاقدية من الناحية الموضوعية، فالفرد حر لا يمكن إلزامه على التعاقد وهو حر في رفض التعاقد، فالمشرّع لا يمكنه إلزام الأفراد على الدخول في علاقات عقدية، أو التنازل عن أموالهم للغير، أو تقديم خدمة إلى أشخاص آخرين، فرفض التعاقد ما هو إلا مظهر من مظاهر الحرية التعاقدية.

كما يجوز تحت تفسير الحرية التعاقدية، أن يقوم المتعاقدون بعد نقاش وتفاوض فيما بينهم تحديد نطاق الالتزامات، لأنه قد توجد أحكام قانونية منظمة لمحتوى العقد، غير أنها أحكام مكملة للإرادة، فهي لا تطبق إلا في حال عدم وجود الاتفاق حولها، إذن فإرادة المتعاقدين لا تصطدم إلا بالقواعد الآمرة، والمشرّع لا يقيد من حرية التعاقد إلا بداعي حماية حرية الآخرين.

أما من ناحية البعد الشكلي في حرية التعاقد، ففي ظل حرية التعاقد يغلب مبدأ الرضائية فيصبح العقد مبرماً لمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون الحاجة الى شكل آخر، فالإرادة لا تكون فعالة ولا سلطان لها إذا علّق قيام العقد بشكل معين.

إن التشريعات الحديثة لم تعد تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، نظراً لما آلت إليه العلاقات بين الأفراد سواء اقتصادية كانت أو إجتماعية، فالتركيز الاقتصادي والتجاري أفرز تبايناً في المراكز القانونية وحتى من الناحية العلمية التقنية والقانونية، وظهر معطيات جديدة أثرت في نسيج العلاقات، كظهور الجمعيات المهنية والمجمّعات الكبيرة وشركات التأمين والنقل وتطوّر علاقاتها مع الزبائن حتى أدى إلى ظهور مفهوم المستهلك والمهني، وكذا ظهور عقود الإذعان، فتلجأ التشريعات إلى تعزيز الجانب الإلزامي وتقييد الحرية التعاقدية في جزء كبير منها، فأصبح المشرّع يتدخل في تنظيم العقود ورافق ذلك توسّع النظام العام من خلال القواعد الآمرة، إذ الهدف دائماً هو تحقيق المصلحة العامة وإرجاع التوازن بين مراكز المتعاقدين.

لقد استقر المجلس الدستوري الفرنسي على أن الحرية التعاقدية ليست قيمة دستورية في ذاتها، فهو في قراره الصادر سنة 1994 يؤكد على أن لا قاعدة قانونية دستورية تضمن مبدأ الحرية التعاقدية، رغم أن هذه الحرية لا تختلف عن حرية التجارة [Liberté d'entreprendre] التي قبل بدستوريتها في قرار سابق، يؤدي هذا الموقف إلى القول بأنه لا يمكن حماية مبدأ الحرية التعاقدية أمام تجاوزات المشرّع. لكنه سرعان ما تطوّر موقف المجلس الدستوري بأن ذهب في قرار له سنة 2000 إلى استعمال الحرية التعاقدية لحماية عقد نشأ صحيحاً، حيث جاء فيه أن المتعاقد يظل حراً في الإختيار، لذا فالقانون الذي يلزم المؤسسات الصيدلانية التعاقد مع اللجنة الاقتصادية للمنتجات الطبية يجب أن لا ينتهك الحرية التعاقدية، التي تؤكدها المادة 4 من تصريح حقوق الإنسان والمواطن. وكذا تطوّر موقف المجلس الدستوري إزاء

الحرية التعاقدية بأن أصبح ينظر إليها بزاوية نظر كحرية التجارة، ففي قرار صدر سنة 2013 حمى المجلس حرية الفرد في إختيار المتعاقد معه وفي تحديد محتوى العقد، بأن ذهب إلى القول بأنه وإن كان ممكناً للمشرع أن يفرض على حرية التجارة وحرية التعاقد قيوداً تحد منهما بداعي المصلحة العامة، فإنه يلتزم أثناء ذلك بعدم إنتهاك هذين الحريتين مقارنة مع الأهداف المقصودة.

حقيقة أن ما سبق ذكره ينحصر في مفهوم الحرية التعاقدية من منظور عام، وفي كافة العقود، إنما نحن نهتم بمدى ملائمة مفهوم الحرية التعاقدية في قانون الشركات التجارية بالتحديد، وهل يتمتع الشركاء بحرية التعاقد من خلال إبرام اتفاقات وعقود، رغم وجود نصوص قانونية تنظم الشركات التجارية. يجمع الفقه على أن الأحكام القانونية المنظمة للشركات التجارية يتخللها تيار الحرية والتوجيه، بين الحرية التعاقدية والقواعد الآمرة، ويتجه جانب كبير من الفقه أيضاً إلى القول بوجود التقريب بين التيارين بدلاً من معارضتهما، بل ويجب تطويرهما في الوقت ذاته دون البحث في القضاء على أحدهما دون الآخر.

لقد سعى واقع الشركات إلى استعمال الحرية التعاقدية بتحفيز من طبيعة النصوص القانونية التي جاءت دقيقة، والقضاء بدوره يسهر على إحترام تلك القواعد ومشجعاً الشركاء على استعمال حريتهم في التعاقد، وتؤكد هذا بالعديد من الاتفاقات في هذا الإطار والتي أحاطها الفقه بالدراسة والتحليل، وما تضمنته من إقتراحات حول تعديل أحكام قانون الشركات التجارية.

وتتعدد مظاهر الحرية التعاقدية لتجتمع في ثلاث مظاهر، المظهر الأول يتم التعبير فيه عن الحرية التعاقدية من خلال إبرام عقد الشركة في ذاته، على أساس أن الشركة مهما كان نوعها ما هي إلا عقد في الأساس، إلا أن المشرع يتبنى هذا العقد فيتولّى تنظيمه بإحكام.

كما تتجلى حرية الشركاء في التعاقد في مظهر ثان، هو قيام الشركاء بإدراج شروط وبنود اتفاقية في القانون الأساسي للشركة، فالقانون الأساسي يجسّد إرادة الشركاء عند التأسيس، بالنظر إلى ما يحتويه من قواعد تحدد وتنظم أداء الشركة، ويشترط في القانون الأساسي أن يكون مكتوباً كتابة رسمية يتم التوقيع عليه من طرف المؤسسين، ويلتزمون بتنفيذ ما ورد به وفقاً للمسؤولية المترتبة على ذلك.

كما تتجسّد الحرية التعاقدية في مظهر ثالث، وهو قيام الشركاء بإبرام اتفاقات تتجاوز القانون الأساسي وتدعى باتفاقات المساهمين [pactes d'actionnaires]، وهي أحد أوجه الظاهرة العقدية في قانون الشركات، وتتعدد أشكال اتفاقات المساهمين، فقد تكون بروتوكولات اتفاقية أو عقود موازية للقانون الأساسي، يقوم المساهمون بإبرامها والتوقيع عليها بغية تنظيم السلطة داخل الشركة والتنازل عن الأسهم وغيرها من المسائل، وتظل مثل هذه الاتفاقات في درجة أدنى من القانون الأساسي.

أما إبرام عقد الشركة فهو لا يعنينا هنا لأن الفقه قد تناوله بإسهاب ولا يثير إشكالات قانونية، بخلاف المظهرين المذكورين، لذا يدخل في إطار الدراسة المظهران الأخيران، الشروط التأسيسية المدرجة في القانون الأساسي (الفصل الأول)، واتفاقات المساهمين (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الإتفاقات التأسيسية

Les conventions statutaires

لقد حظيت الشركات التجارية بتنظيم قانوني مفصّل وملزم، حيث يمس هذا التنظيم جميع جوانب الشركة، ورغم ذلك فإن الشركاء يمكنهم تكملة النظام القانوني ببنود عقدية تكتسب الطبيعة نفسها التي تكتسبها النصوص القانونية، ولذا يترتب على مخالفتها عادة جزاءات متعددة كالإبطال مثلا.

وقد يقضي المشرع بإعتبار الشروط المخالفة لنصوص القانون غير موجودة أصلا من الناحية القانونية [Réputé non écrite] ، حين يقدر المشرع عدم توافق الشروط مع الأحكام العامة للشركات أو مع القانون الأساسي للشركة ذاتها ، إن أشهر الشروط التي يمكن ذكرها والتي تخالف القانون العام للشركات شرط الأسد¹ [La clause léonine]، وشرط الفائدة الثابتة² [La clause d'intérêt fixe]، أما بالنسبة للشروط المخالفة للقانون الأساسي الشرط الذي يقضي بحرية التنازل عن الحصص للغير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (م 571 ق تجاري)، فالإبطال في مثل هذه الأمثلة يقع على الشروط دون الشركة ذاتها.³

وقد يقضي المشرع أيضا بإبطال عملية ما ، ورد النص بشأنها في القانون الأساسي، دون أن يصرح بإعتبار الشرط كأن لم يكن مثل ما جاء في المادة 565 ق تجاري، حيث منعت على الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يصدرُوا سندات قابلة للتداول أو أن يمثلوا الحصص بقيم منقولة، لا شك أن مثل هذا الإصدار باطل بحسب فحوى المادة المذكورة وبالنتيجة أيضا سيعتبر الشرط المدرج في القانون الأساسي والذي يجيز مثل هذا الإصدار كأن لم يكن رغم عدم تصريح النص بذلك.⁴

إن الحرية التي يتمتع بها المؤسسون أو الشركاء في تكملة النظام القانوني لشكل الشركة الذي تم إختياره من طرفهم تتجلى بوضوح بصدد الشركات ذات التنظيم التشريعي البسيط، كالشركات المدنية

¹ - راجع المادة م 426 من القانون المدني

² - راجع المادة م 725 من القانون التجاري

³ - يرى أغلب الفقه أن هناك تراجع لمفهوم الشرط الباطل في مواجهة الشرط الذي يقضى بإعتباره كأن لم يكن، حيث تساءل البعض حول أسباب التراجع: هل ترجع إلى الجانب اللغوي في بناء النصوص؟ فمن ناحية، تشترك آلية الإبطال و آلية القضاء على الشرط بأنه لم يكن في كونهما يؤديان إلى إهدار الشرط التعاقدية المخالف لقاعدة قانونية أمره، إلا أنه من ناحية أخرى لا يمكن تجاهل الفرق الجوهرى بين الآليتين حيث يبرز الإبطال كتقنية قانونية تهدف إلى إلغاء التصرف لسبب محدد، فيؤدي ذلك إلى إزالة الظاهر من التصرف وإزالة جميع آثاره، أما آلية إعتبار الشرط كأن لم يكن فهي تقنية أخرى تقترب أكثر من مفهوم الحيلة القانونية، فالشرط الموجود كتابة يعد غير مكتوب فهو من الناحية القانونية غير موجود راجع :

Henri CAPITANT, Vocabulaire juridique, sous la direction de G-CORNU, PUF, paris 1987, V° clause réputée non écrite

⁴ - Yves GUYON, Les sociétés : Aménagements statutaire et conventions entre associés, Traité des contrats, 3^{ème} edition, LGDJ, DELTA, Paris 1997, P 164

وشركة التضامن وشركة المحاصة، وهكذا نجد مثلا أن المادة 427 ق م وما يليها تسمح للقوانين الأساسية أن تحدد القواعد المطبقة عند تعيين المسير وضبط كفاءات التسيير، ورغم كون المشرع قد توسع بهذا الصدد إذ ترك المجال واسعا لإرادة الشركاء عند تنظيم مسائل التسيير، فإنه من ناحية أخرى يقدم قواعد قانونية مكتملة رغبة منه في تفادي الفراغ القانوني في الحالة التي لا تشير فيها القوانين الأساسية إلى مثل هذه المسائل.

لكن الوضع يختلف إذا كنا بصدد شركات الأموال كشركة المساهمة أو والشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث تقل إلى حد كبير الحاجة إلى إحالة المسائل إلى القانون الأساسي، لأن المشرع قد نظم أغلب مسائل حياة الشركة تنظيما مفصلا، رغم ذلك لا تخلوا الأمثلة أين يقوم الشركاء بتنظيم مسائل محددة بنود مدرجة في القانون الأساسي، يمكن أن نذكر هنا مثلا إمكانية الشركاء بتنظيم التنازل عن الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (م 570 ق تجاري)، أما في شركة المساهمة يجوز أن يتضمن القانون الأساسي شرطا يدعى شرط الإعتماد، حيث يقيد المساهمون من خلال هذا الشرط عملية التنازل عن الأسهم للغير (715 مكرر 55 ق تجاري).

وقد لا يقضي المشرع بشيء إزاء الشروط المخالفة للنصوص القانونية إذ يظل صامتا فلا يقضي ببطلان الشروط المكتملة للنظام القانوني أو إعتبارها كأنها لم تكن. وكبدأ عام إن مثل هذه الشروط يمكن الإعتداد بصحتها وذلك لعدم وجود منع صريح يحظر إدراجها في القوانين الأساسية لذا فهي صحيحة ما دامت غير مخالفة للنظام العام وكانت منسجمة مع النصوص القانونية الخاصة بنوع الشركة. وبصفة عامة يترتب على مخالفة أحكام و بنود القانون الأساسي نفس الجزاء المترتب على مخالفة النص القانوني وهو البطلان¹.

إذن، ومن خلال سياق النصوص القانونية المنظمة للشركات التجارية يجوز للشركاء أن يتفقوا على مسائل معينة من خلال شروط عقدية تدرج في القانون الأساسي حيث يقومون بذلك عند التأسيس أو حتى أثناء حياة الشركة، وفي الحالة الأخيرة أثناء حياة الشركة يجب أن لا تؤدي الشروط المدرجة في القانون الأساسي إلى زيادة إلتزامات الشركاء، وإلا وجب قبولها بإجماع الشركاء (ق 1/674 ق تجاري) ، أما الشروط الأخرى فيمكن تبنيها وفقا لأحكام تعديل القانون الأساسي حتى وإن كانت مقيدة لحقوق الشركاء. ومن ناحية أخرى إن تكتملة النظام القانوني للشركة لا يقتصر فقط على إدراج شروط عقدية في القانون الأساسي بل إن الشركاء أمامهم طريق آخر ألا وهو إبرام الإتفاقات فيما بينهم أي إتفاقات الشركاء أو المساهمين [pactes d'associés ou accords extra-statutaires]، تتميز إتفاقات الشركاء أو المساهمين عن الشروط المدرجة في القانون الأساسي بكونها أكثر ليونة وسرية رغم إنعكاس ذلك على فاعليتها،

¹- cass com ,19 Mars 2013, Rev sociétés 2014, p 51, note : Paul LECANNU.

وذلك لأن إتفاقات المساهمين¹ لا تكون نافذة إلا في مواجهة الموقعين عليها، فهي إذن لا تلزم لا الشركاء غير الموقعين و لا الشركة نفسها ولا الغير من باب أولى، ومن هنا يبدو جليا أن الشروط المكتملة للنصوص القانونية لا تكون ملزمة للكافة إلا إذا أدرجت في القانون الأساسي، بحيث تمس هذه الشروط وضع الشريك (المبحث الثاني) وقد تمس بنية الشركة (المبحث الثالث). لكن قبل التطرق إلى هذه الشروط التأسيسية ينبغي التعرض إلى الإطار المادي الذي ترد فيه أي إلى التوقيع المادي لإرادة الشركاء عموما، بمعنى آخر تسليط الضوء على مفهوم القانون الأساسي باعتباره قالباً أصيلاً في تجسيد حرية الشركاء في التعاقد (المبحث الأول).

المبحث الأول

التموقع المادي للحرية التعاقدية في الشركات التجارية

إن تحديد تموقع الاتفاقات المبرمة بين الشركاء يقودنا إلى الإستعانة بمفاهيم قانونية تقليدية كاستعمال مفهوم الوثائق العقدية [documents contractuels] وترتيبها. وفي قانون الشركات التجارية نجد أن هذه الوثائق تدور مدار القانون الأساسي للشركة، فإذا كان المقصود من هذا الأخير وما يتعلق به أصبحت هذه الوثائق تأسيسية لأنها تضم القانون الأساسي ومشتقاته، وهذا العقد لا ينشأ إلا حين التأسيس، إضافة إلى أن إرادة الشركاء ستنموقع تموقعاً مادياً بجميع عناصرها في هذا العقد التأسيسي. وبما أن الحرية التعاقدية تعد أساس اتفاقات الشركاء فهي تتجسد من الناحية المادية في وثائق أخرى من غير القانون الأساسي للشركة، وبما أنها منفصلة عن هذا الأخير فهي إذن وثائق غير تأسيسية لأنها مستقلة من الناحية المادية عن القوانين الأساسية حتى وإن كانت مبرمة عند التأسيس أو قبله، كالنظام الداخلي والاتفاقات البروتوكولية. سننعرض في هذا المبحث إلى كافة الدعائم المادية التي تتجسد فيها الحرية التعاقدية لدى الشركاء، وهي وثائق تحتوي على ما اتفق عليه هؤلاء من خلال التعبير عن الإرادة، وتدور مجمل هذه الوثائق حول القانون الأساسي باعتباره وثيقة تأسيسية (المطلب الأول)، والوثائق غير التأسيسية المتمثلة في الاتفاقات السابقة لمرحلة التأسيس والنظام الداخلي (المطلب الثاني).

¹ ستم دراسة إتفاقات المساهمين دراسة تفصيلية في الفصل الثاني ص 110

المطلب الأول: القانون الأساسي

يشكل القانون الأساسي القواعد و الشروط و البنود المنشئة للشركة، باعتبارها شخصا معنويا¹ ، و يحدد من جهة أخرى شكل الشركة و كفاءات تنظيمها و أدائها، إضافة إلى حقوق الشركاء أو المساهمين و التزاماتهم. و الذي يتيح أثاره اتجاههم بمجرد إبرامه بغية تأسيس الشركة، التي تكتسب بدورها الشخصية المعنوية بعد إتمام إجراءات النشر.²

يفرض المشرع على الشركاء عند إعدادهم للقانون الأساسي إدراج شروط و بنود معينة دون أن يعيق ذلك إمكانية إدراج شروط أخرى³ (ناجمة عادة عن تصورات الخبراء)، تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الشروط و البنود مع أحكام القانون، و ذلك عندما يقضي بطلانها أو اعتبارها كأن لم تكن عند التعارض⁴ (الفرع الأول)

و من جهة أخرى يعد القانون الأساسي شريعة الشركاء، حيث يستمد قوته الملزمة من الإرادة التي يفصح عنها الشركاء. محددين مجمل الحقوق و الالتزامات زيادة على ما نص عليه المشرع، و هو ما يعد حقيقة ضابط لعلاقات الشركاء إلى حين اكتساب الشركة للشخصية المعنوية بمقتضى إجراءات التأسيس، إلا أن أحكام القانون الأساسي الذي كان شريعة الشركاء قبل التأسيس و منظما للعلاقات فيما بينهم يتم بأحكام القانون بمجرد نشوء الشخص المعنوي الجديد⁵ (الفرع الثاني).

الفرع الأول : إعداد القانون الأساسي

ينظر عادة إلى القانون الأساسي- في ظل قانون الشركات – على انه من أهم قواعد تأسيس الشركة التجارية باعتبارها شخص معنوي جديد مستقل عن الشركاء. و رغم ذلك لا يلعب القانون الأساسي هذا الدور فقط ، لأنه يحتوي في الغالب بنودا و شروطا لا تمت إلى عملية التأسيس بصلة مما يوحي إلى أن أهمية القانون الأساسي تتجاوز مسألة التأسيس. و من هنا بدت الحاجة الملحة إلى ضبط و تحديد مفهوم القانون الأساسي (أولا)

و يقوم الشركاء بتحرير القانون الأساسي بعد الاستعانة بخبير مما يمنحهم فرصة الحصول على نموذج يستجيب لاحتياجاتهم و يكون داعما لنشاط الشركة . لذلك لا يقتصر الشركاء – و لو تعلق الأمر بشركة

¹ - إضافة إلى اعتباره السند أو الداعمة المثبتة لقواعد و أسس الشركة :

Gérard CORNU , vocabulaire juridique, PUF, p782

2- Yves GUYON , statuts et actes annexes, Répertoire sociétés Dalloz 1995,p2

3 - Y - CHAPUT , la liberté et les statuts , Revue des sociétés ,1989, p361

4 - G.KULLMANN , Remarques sur les clauses réputés non écrites , D 1993, p59

5- Yves GUYON , statuts et actes annexes, op.cit, p6

المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة¹ - على النماذج المعدة مسبقاً، بل يمكنهم فضلاً عن ذلك اختيار البنود المناسبة و الشروط الملائمة. إذن تكتسي عملية تحرير القانون الأساسي أهمية بالغة في الحالة التي يسمح فيها نوع الشركة بهامش من الحرية التعاقدية كشركة التضامن (ثانياً)

و من جهة، يقبل القانون الأساسي التعديل لاحقاً. و لا شك أن قرار التعديل الصادر عن الشركاء ينبغي أن تراعى فيه الأحكام القانونية لنوع الشركة التي تم تأسيسها، إن لجوء الشركاء إلى تعديل القانون الأساسي إشارة واضحة إلى عدم ملائمة القانون الأساسي الابتدائي رغم أن الإجماع كان سائداً فيه، إلا أن تعديل القانون الأساسي ضروري للشركة حتى تواكب تغيرات البيئة المحيطة بها (ثالثاً)

أولاً: تعريف القانون الأساسي

يتفق أغلب الفقه على أن القانون الأساسي هو مجموعة من الشروط و البنود المعروفة للشركة التجارية و المنظمة لأدائها. و لقد أكد المشرع على ضرورة اكتساب الشركة لقانون أساسي يبرز معالمها حيث قضت المادة 550 سابقة الذكر على كتابة العقد التأسيسي، و ذلك حكم عام يخص الشركات التجارية كلها. و يعتبر القانون الأساسي عقد ينظم علاقات الشركاء أو المساهمين فيما بينهم و بين الشركاء و الشركة المكونين لها.²

ومن جهة أخرى، نرى أن الشركاء يتحدون بمقتضى عقد الشركة، و الذي على أساسه تقوم شخصيتها المعنوية. إلا انه من المهم هنا أن نبرز الفرق بين عقد الشركة من جهة و الشركة نفسها من جهة أخرى و ذلك لخصوصية العلاقة بين المفهومين، تكمن تلك الخصوصية في ان الشركة قد تظل قائمة رغم زوال العقد. فالشركة مادامت قائمة و لم تحل أو تصفى يمكن ان يختفي العقد المنشأ لها و ان يعود بعد ذلك، مثال ذلك ان تنشأ شركة تجارية ما بمقتضى عقد يتعدد فيه الشركاء المؤسسون، ثم لا تلبث ان تتحول الشركة إلى مؤسسة ذات شخص وحيد، بسبب امتلاك احد الشركاء جميع الحصص، فرغم ذلك تبقى الشركة قائمة كشخص معنوي، خاصة إذا انظم شركاء آخرون فان العقد يعود.³

و بهذا الصدد يجب ان تتم التفرقة بين القانون الأساسي و عقد الشركة، رغم اختلاطه به. و السبب في ذلك ان المشرع ألزم الشركاء ان يدرجوا في القانون الاساسي عددا من البيانات الملزمة التي تمس اغلب ما يمكن أن يشتمل عليه عقد الشركة. حيث يبين القانون الأساسي إلزاماً حصة كل شريك أو مساهم.

¹ - نظراً لأن المشرع في هذين النوعين قد نظم اغلب المسائل فيهما، مقيداً بذلك من نطاق الإرادة، إلا انه رغم ذلك يستطيع الشركاء اللجوء إلى الإرادة في عديد من الجوانب سيأتي شرحه.

² - يرجع أساس الطبيعة العقدية للقانون الأساسي إلى ما نصت عليه اتفاقية بروكسل لسنة 1986، و يرى الأستاذان RIPERT و ROBLOT ان الطبيعة العقدية مختلف فيها بصدد شركة المساهمة لان المشرع و الواقع يستعملان على حد سواء مصطلح القانون الأساسي و ليس العقد، إضافة إلى أن القانون الأساسي يخضع للمصادقة من طرف الجمعية التأسيسية التي يمكنها الموافقة أو التعديل بحسب الأغلبية مما يؤدي إلى خضوع المساهمين الغائبين و حتى الأقلية لهذه الأغلبية و الثابت أن العقد لا يقبل التعديل الا بالإجماع. راجع:

G- Ripert, R-Roblot, traité de droit commercial, t1, 17^{ème}éd (par M-GERMAIN et L-VOGEL), p1094

³ - Bruno DONDERO, Droit des sociétés, 2^{ème}édition, DALLOZ, Paris 2011, p60

و أن يبين شكل الشركة¹ و نوعها و ان يضبط غرضها الاجتماعي ، و تسميتها و مقدار رأسمالها ، و مدتها و كيفية أدائها. ان القانون الاساسي ما هو إلا وثيقة مكتوبة لعقد الشركة [instrumentum de]². [contrat de société]

و يمكن للشركاء أيضا أن يثيروا المسائل الكبرى للشركة، و يجوز أن يتفقوا على هدف أساسي ألا و هو تأسيس الشركة لكن ليس في عقد نهائي بل في مشروع يلتزمون من خلاله على التفاوض بناء على حسن النية . إذ لا يكون الهدف من ذلك إبرام عقد الشركة بل التحضير له من خلال الاتفاق على المسائل الجوهرية و لذلك يحتفظ كل شريك في هذه المرحلة بحقه في التوقف و قطع التفاوض دون أن يلتزم بدفع مقابل مالي، و يدعى ذلك بمشروع الشركة.³

حقيقة ان القانون المدني و حتى قانون الشركات لم يشيرا صراحة الى مرحلة ما قبل العقد، أو ما يعرف بفترة الاستكشاف، حيث يتبادل خلالها المتعاقدون او الشركاء نقاط الرأي و يناقشون الاقتراحات التي من شأنها أن تحدد محتوى العقد دون أن يقع على كل منهم التزام بإبرام العقد.⁴

و لا يلتزم المتعاقدون خلال مرحلة ما قبل العقد إلا بحسن النية، و لهم مقابل ذلك حرية قطع التفاوض،⁵ و تطبيقا لذلك يصبح الشريك المفاوض مدينا للشركاء الآخرين إذا سبب ضررا عند توقفه عن التفاوض و يقترن الضرر بقطع التفاوض إذ تم بطريقة مبتسرة، أو كان مصحوبا بنية الأضرار.⁶

و خلاصة القول فيما تقدم ، أن قيام الشركاء بتوقيع القانون الأساسي هو تجسيد لإرادتهم في تأسيس الشركة و بذلك يفصلون بين مرحلتين مرحلة أولى سابقة للتعاقد لا تقوم على علاقة عقدية إلا إذا تخللها إبرام عقد بالوعد [Promesse de société].⁷ أو كما يكيّفه بعض الفقهاء بالاتفاق الابتدائي، لذا فهم ليسوا شركاء بالمعنى الحقيقي ، و تبعاً لذلك لا يترتب أي أثر تجاههم في هذه المرحلة. و مرحلة ثانية تنطلق بمجرد التوقيع، إذ يصبح الشركاء ملتزمون بشروط القانون الأساسي وبنوده.⁸

¹ - يلزم الشركاء باظهار نوع الشركة الذي تم اختياره ، و عند الاختيار يراعي الشركاء جملة من المعايير التي تمكنهم من اختيار نوع يتلائم مع النشاط التجاري المرغوب فيه .

² - يشير مصطلح instrumentum إلى الدعامة أو السند المادي المثبت لواقعة أو محتوى اتفاق مبرم بين أطراف عدة، بينما يطلق على محتوى الدعامة أو السند negotium راجع:

Bruno DONDERO, Droit des sociétés , op.cit, p61. Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, lexiques des termes juridique, 21^{ème}éd, DALLOZ, paris 2013, p518

³ - قد يلتزم الشريك المفاوض جبرا بدفع مقابل مالي عند التوقف عن التفاوض لما يحدثه من ضرر راجع:

⁴ - François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil : les obligations, 10^{ème}éd, DALLOZ, Paris 2009, p190

⁵ - P. MOUSSERON, ,conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD com 1998, p243

⁶ - Bruno DONDERO, Droit des sociétés , op.cit, p48

⁷ - يبدو أن الفرق شاسع بين القانون الأساسي والوعد بالشركة لهذا ليست هناك أي صعوبة في التمييز بينهما لكن سنرى أن الوعد بالشركة قد يختلط بمفهوم آخر سندرسه فيما يأتي وهو البروتوكول الاتفاقي لذا سنرجى دراسة الوعد بالشركة إلى حين التطرق إلى البروتوكول الاتفاقي راجع :

D-PERNOT, promesse de: société ,jurisclasseur, traité, fascicule, 7bis

⁸ - M-COZAIN, A-VIANDIER,Droit des sociétés, 11eme, LITEC,paris 1998,p 88

لقد قام المشرع من خلال النصوص القانونية المنظمة للشركات بتحديد مجال القانون الأساسي لكل نوع من أنواع الشركات، لذا يجوز للشركاء أن يفتقروا عند هذه الحدود، إلا أنه بالمقابل يجوز لهم أن يوسعوا من نطاق القانون الأساسي ليشمل المساحات التي تركها المشرع للحرية التعاقدية أي لما تقضي به إرادة الشركاء، ولذلك عندما يتعلق الأمر بالنصوص القانونية المكتملة يحيل المشرع صراحة إلى أحكام القانون الأساسي لعلها تقضي بحكم مخالف كما اعتمده النص القانوني.¹ والأمثلة حول ذلك كثيرة،² تقضي المادة 626 من القانون التجاري بأن قرار مجلس الإدارة يتخذ بأغلبية أصوات الحاضرين ما لم ينص القانون الأساسي على أغلبية أكثر، وكما يرجح صوت رئيس الجلسة عند تعادل الأصوات ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك.

وكما تقضي المادة 685 من نفس القانون على جواز تحديد في القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعية العامة. وكما تقتضي المادة 715 مكرر 55 على جواز الاشتراط في القانون الأساسي وجوب الحصول على موافقة الشركة عند أي إحالة للأسهم إلى الغير مهما كان وجه الإحالة.

نلاحظ إذن أن جميع النصوص التي سبق ذكرها تجيز للشركاء مخالفة أحكامها بمقتضى شروط في القانون الأساسي، فالمشرع كان مستقرا في العبارات المستعملة. لكن رغم ذلك حاول البعض إثارة تساؤل هام حول موقع الإرادة المخالفة لأحكام تلك النصوص، فهل يعتبر القانون الأساسي الموقع الوحيد لإدراج الإرادة المخالفة لأحكام النصوص المكتملة؟³

يمكن حمل العبارات التي استعملها المشرع على وجهين اثنين، وجه مقيد و وجه حر فالوجه المقيد يقتضي الوقوف عند عبارات النص أي أنه لا يمكن للشركاء أو المساهمين مخالفة القواعد المكتملة إلا من خلال القانون الأساسي دون سواه، وذلك أخذا بمدلول النص حرفيا، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أساسين هاميين وهما التقيد بعبارات النص و مقتضيات الأمن القانوني للمساهم و الغير. أما الوجه الحر ففيه قراءة مغايرة حيث يجوز حتى في وجود عبارات مقيدة الخروج عن النصوص المكتملة والنص على ذلك في وثائق أخرى دون أن يقتصر الأمر على القانون الأساسي.

وإذا ثار نزاع فيما بين الشركاء أو في مواجهة الغير بشأن شرط من شروط القانون الأساسي خاصة إذا تعلق الأمر بالبطلان وجب أن يبت في الأمر بحكم قضائي، حيث يبين هذا الأخير مدى إبطال الشرط

¹ - Michel STORK, la validité des conventions extra-statutaires , D 1989, chr, N°14 ,p267

² - سيتم تفصيل ذلك عند التطرق إلى الحرية التعاقدية في تكملة نصوص القانون.

³ - Marie – Christine MONSALLIER, l'aménagement contractuelle du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, paris 1998,p19

أو اعتباره كأن لم يكن. و لا تعتبر الدعوى في هذه الحالة دعوى تصحيح لأن الأمر يتعلق أساسا بقانون أساسي غير مكتمل.¹

أثار الأستاذ GUYON مسألة تحديد طبيعة شروط القانون الأساسي غير الاعتيادية ، هل هي ذات طبيعة عقدية أم طبيعة اجتماعية². حيث يحاول كثير من الفقهاء وضع قاعدة حاسمة حول الطبيعة القانونية لشروط القانون الأساسي ، فانطلق بعضهم من المعيار الذي يقضي أن هدف القانون الأساسي هو تنظيم حياة الشركة و تنظيم علاقتها مع الشركاء . قبل أن ينظم علاقات الشركاء فيما بينهم. و تطبيقا لذلك فالشروط التي ترد بالقانون الأساسي دور مراعاة هذا الهدف تكتسب الطبيعة العقدية. إن هذا المعيار معيار موضوعي أي يستند إلى مضامين الشروط لذا كان معيارا يصعب تطبيقه و لذلك وجب اللجوء إلى المعيار الشكلي الذي يعتبر كل الشروط شروطا اجتماعية بمجرد إدراجها في القانون الأساسي دون النظر إلى موضوعها.³ يحقق المعيار الشكلي الأمن القانوني للمساهمين و الغير و الشركة على حد سواء . و يستقيم المعيار الشكلي كذلك مع رؤية المشرع للقانون الأساسي حيث يعلّق المشرع عملية تأسيس الشركة بقيام الشركاء بإعداد القانون الأساسي كوثيقة تكفي بذاتها عند التأسيس ثم نشرها وفقا لما تقتضيه إجراءات التأسيس خلاف للتشريعات الانجلوسكسونية التي اعتمدت تصورا مزدوجا.⁴

ثانيا: تحرير القانون الأساسي

لقد عزز المشرع الجزائري من كتابة عقد الشركة ، إذ انتقل به إلى فئة العقود الشكلية التي تستوجب الكتابة الرسمية ، و ذلك دليل على وجود صلة وثيقة بين الكتابة من جهة و اكتساب الشخصية المعنوية من جهة أخرى. لذا أصبح القانون الأساسي المحرر من طرف الموثق الأساس الأول الذي تبنى عليه أغلب الشركات التجارية، و تجسد ذلك خاصة بعد التعديل الجذري للقانون التجاري بمقتضى المرسوم التشريعي⁵ 08/93 .

و يرى بعض الفقهاء أن هناك تأثير كبير لكتابة القانون الأساسي في مفهوم الشخصية المعنوية للشركة ، حيث تزداد أهمية الكتابة الرسمية في الحالة التي تنتهي فيها إجراءات التأسيس باكتساب الشركة للشخصية المعنوية، حيث تصبح الكتابة هنا شرطا موضوعيا لصحة التأسيس. أما إذا كانت الشركة

¹ - J-HEMARD, P-MABILAT, F-TERRE, Sociétés commerciales, t1, p213

² - يقصد بالطبيعة الاجتماعية [nature sociétaire] أن الشروط الواردة بالقانون الأساسي تعنى بوضع الشركة فقط أما الشروط المتعلقة بعلاقة الشركاء بعضهم ببعض فهي ذات طبيعة عقدية [nature contractuelle].

³ - Yves GUYON ,Traité de contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, 3^{ème} éd, LGDJ, paris 1997, p

⁴ - حيث يلزم الشركاء في ظل التشريعات الانجلوسكسونية بتحرير وثيقتين، تهدف الأولى إلى ضبط معالم الشركة في علاقتها مع الغير [Memorandum] حيث تتضمن بيانات موجزة تقتصر على الضروري من الأحكام. أما الثانية [articles of association] فانها تتضمن كليات تنظيم الشركة و أداء أجهزتها الداخلية . و يشترط ألا تخالف أحكام الوثيقة الأولى. و يتم إيداع الوثيقتين بالسجل التجاري قصد نشرهما راجع:

André TUNC , Le droit anglais des sociétés anonymes , DALLOZ , Paris 1987 ,N°33

⁵ - المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 ابريل 1993 ، ج ر العدد 27 لسنة 1993

مجردة أصلا من الشخصية المعنوية كشركة المحاصة فالكتابة تغدو أقل شأنًا في هذه الحالة إذ لا تعدو أن تكون وسيلة للإثبات.¹

إن كتابة القانون الأساسي ركن جوهري لصحة القانون الأساسي و الشركة معا، و يطغى على أسلوب الكتابة تصوران رئيسيان، التصور الأول يقوم على جعل القانون الأساسي كاملا أي أن يضم بين ديباجته و تواريخ الشركاء جميع الأحكام و النصوص القانونية المنظمة لأداء الشركة سواء كانت نصوصا أمرة أو مكملة، بمعنى آخر أن يذكر الموثق القواعد القانونية ذات الصلة. يسمح هذا التصور بتيسير الوصول إلى النصوص القانونية دون الحاجة إلى الرجوع لمصادر القانون في كل مرة. إلا أن الجانب السلبي في هذا النوع من الكتابة أن يظل الشركاء ملزمون بتعديل القانون الأساسي تبعًا لتعديل نصوص القانون فيتحملون ما يصاحب ذلك من تكاليف.²

أما التصور الثاني في تحرير القانون الأساسي يكتفى فقط بتكملة النصوص القانونية دون حاجة إلى تكرار صياغة هذه النصوص من جديد ، والقانون الأساسي في مثل هذا التصور ليس بحاجة إلى أن يعدل في كل مرة حين يقوم فيها المشرع بتعديل النصوص وتطويرها. إلا أن من مساوئ هذا التصور جعل اللجوء إلى النصوص القانونية أكثر صعوبة خاصة عند تفسير القانون الأساسي.³

لقد ألزمت المادة 546 من القانون التجاري على أن يشتمل القانون الأساسي على عدد من البيانات الإلزامية (أ) ، كما قضت المادة 545 من نفس القانون على أن الشركة تثبت بعقد رسمي و إلا كانت باطلة، مما يتيح بالاستنتاج أن للكتابة دور هام و هو ما دعا المشرع إلى اشتراط الكتابة الرسمية (ب).

أ/ - البيانات الإلزامية في القانون الأساسي

لقد سبقت الإشارة إلى ان القانون الأساسي ذو طبيعة عقدية، يهدف من خلاله الشركاء إلى تنظيم الشخص المعنوي الجديد ألا وهو الشركة.⁴ ولما كان الأمر كذلك فإن إرادة الشركاء تتجسد بمجرد قيام كل شريك بالتوقيع على القانون الأساسي،⁵ لذا فالشريك لا يكتسب صفة الشريك إلا بعد أن ينضم إلى الشركة انضماما فرديا . ومن جهة أخرى ليست مرحلة التأسيس الإطار الوحيد لإعمال مبدأ الحرية التعاقدية من

¹ - تقضي المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري بصدد شركة المحاصة: "... فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ، و لا تخضع للإشهار ، و يمكن أثباتها بكل الوسائل...". إن شركة المحاصة شركة لا تكتسب الشخصية المعنوية، و غرضها ليس تجاريا فقط إذ من الجائز أن يكون غرضها مدنيا، و يبقى اثر القانون الأساسي نافذا بين الشركاء فقط دون الغير .

² - B-MERCADEL et P-JANIN, Mémentos des sociétés commerciales, François Lefebvre, paris 1994 ,N° 241

³ - Yves GUYON , Statuts et actes annexes, op.cit, p3

⁴ - ibid, p3

⁵ - G-Ripert ,R- Roblot ,op.cit ,p 833

خلال التعبير عن إرادة الشركاء، بل يمكن تجسيدها أيضا أثناء حياة الشركة، كشراء أسهمها مثلا أو عند الاكتتاب في زيادة رأسمال.¹

و لقد كان الشركاء قبل التأسيس يملكون حرية اختيار النوع الملائم للشركة متماشيا مع حجم النشاط التجاري، قام المشرع بحصر أنواع الشركات وضبطها و تدخل بنصوص أمره كشركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة مما جعلها اقرب إلى النظام القانوني منها الى العقد، الا انه رغم ذلك احتفظ المشرع بفضاءات يستطيع الشركاء في إطارها التعبير عن إرادتهم.²

لم يترك المشرع تحرير القانون الأساسي لإرادة الشركاء فلا يمكن للإرادة أن تتحكم في شكل القانون الأساسي و مضمونه ، بل ان المشرع قد تدخل بان اشترط حدا أدنى من البيانات أو البنود الإلزامية التي يجب أن يحتويها القانون الأساسي و هناك بيانات اختيارية حيث يجوز للشركاء إضافتها. و يلتزم الموثق بمراعاة البيانات الإلزامية وتجنب البيانات المحظورة التي لا يجوز إدراجها في القانون الأساسي لتعارضها مع النظام العام الاجتماعي.³

لقد بينت المادة 546 ق تج المذكورة البيانات الإلزامية التي يجب ان ترد في القانون الأساسي : مقدار رأسمال، الشكل، المدة ، العنوان أو التسمية، المركز الرئيسي، و الموضوع.

من الناحية الاقتصادية يعتبر رأسمال الشركة وسيلة تمويلية معتبرة ذات أهمية جوهرية مقارنة مع الوسائل الأخرى كالاقتراض البنكي أو إصدار سندات الاستحقاق، و ذلك لان رأسمال يعد من الأموال الخاصة التي تلتزم الشركة بعدم ردها للشركاء إلا بعد تصفيتها. ولذلك أورد المشرع العديد من النصوص الرامية إلى تعزيز هذه الفئة من الأموال داخل الشركة ، ومن جهة أخرى يتواجد رأس المال في جميع الشركات التجارية لذا كان من الضروري أن يبين في القانون الأساسي مقدار رأس المال.⁴

ويتضمن القانون الأساسي وصف موضوع الشركة، والذي غالبا ما يتمثل في نشاط رئيسي تتبعه نشاطات ثانوية، وهو ما درج عليه تحرير القوانين الأساسية حيث يصاغ موضوع الشركة بشكل واسع تفاديا لتعديل القانون الأساسي في حال تطوّر الشركة ونموها ويكون البند المتضمن موضوع الشركة قابلا

¹ - Yves CHAPUT, la liberté et statuts, op.cit ,p 361

² - J- PAILLUSSEAU, Les fondements de droit moderne des sociétés, JCP, 1984,p 3148.

³ - سنقتصر على دراسة البيانات الإلزامية أما الاختيارية أو المحظورة سيكون محلها الفصل القادم.

⁴ - Arnaud LECOURT , capital social, répertoire sociétés, Dalloz , mai 2009, p 4 . Dana- Demaret SABINE, capital social, Economica, paris 1989 .p 12

للتفسير، حيث يندرج ذلك ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.¹ فضلا على ان تحديد موضوع الشركة يسهم في تحديد سلطات المسير.²

والفقه من ناحية أخرى لا يشترط أن يذكر نشاط وحيد عند وصف موضوع الشركة بل يجوز ان تتعدد النشاطات بالقدر الذي يمكّن الشركة من التجاوب مع العمل الجاري.³

و يفسر عادة بالرجوع إلى أسباب قانونية ومالية لجوء الشركاء إلى توسيع نشاط الشركة من خلال بند في القانون الأساسي يحتوي على العديد من النشاطات والأعمال المتجانسة فيما بينها ، من جهة يضمن تعدد النشاطات للشركاء المشاركة المباشرة أو غير المباشرة في نشاطات أخرى ذات صلة بموضوع الشركة، و من جهة أخرى تيسير مهام مسير الشركة عند الاضطرار إلى تفسير القانون الأساسي من طرف القاضي، إذ يجد المسير مجالا واسعا للقيام بكافة الأعمال مما يمكنه من تحقيق الموضوع الرئيسي للشركة.⁴

و بهذا الصدد يجب التفرقة بين محل عقد الشركة من جهة و موضوع الشركة من جهة أخرى، ان محل عقد الشركة هو قيام الشركاء بتقديم مال أو عمل بهدف اقتسام الربح أو تحقيق اقتصاد ما ، أما موضوع الشركة فانه يتجسد في مجمل النشاطات و الأعمال التي ستقوم بها الشركة في سبيل تحقيق الربح.⁵

إن النص على موضوع الشركة في القانون الأساسي من شأنه أن يرهن رغبة الشركاء في تعديل نشاط الشركة بإتباع إجراءات تعديل القانون الأساسي ذاته، وفقا لما تقضي به الأحكام الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات.⁶

يرى الأستاذ MERLE أن اعتماد القاضي على طبيعة النشاط الذي تم ذكره في القانون الأساسي مجرد قرينة، لان العبرة هي بالنشاط الفعلي الذي تمارسه الشركة و هو المعوّل عليه عند بحثه في مدى مشروعية موضوع الشركة، و يقصد بالنشاط الفعلي النشاط المتّخذ من طرف الشركة حقيقة.⁷

كما يستوجب أيضا عدم التوسع في تحديد النشاط كأن يذكر مثلا " أن الشركة تقوم بكل العمليات التجارية ، الصناعية و المالية". و الصحيح الذي درج العمل به أن تحدد قائمة العمليات التي يمكن ان تقوم

¹ - Paul LECANNU, droit des sociétés .2^{eme} éd. ,Montchrestien , paris 2003,n° 226

² - إن لتحديد موضوع الشركة دور هام في رسم العلاقات الداخلية للشركة ، ففي شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة مثلا نجد ان المسير ملزم حتى بالأعمال التي تخرج عن موضوع الشركة طالما لم يثبت أن الغير كان عالما بتجاوز حدود الموضوع.

Com 25 janvier 2005, Dr sociétés 2005, N°71. Com 1 octobre 1996, Bull joly, 1997, 22, N°5, note :Paul LECANNU

³ - Yves CHAPUT, Objet social, Répertoire sociétés Dalloz , avril 2005 , p5

⁴ - Cass 3^{eme} civ ,13 novembre 1970, Rév sociétés, 1971, p 427 ,note : M GUILBERT

⁵ - G-Ripert ,R- Roblot ,op.cit ,N°1056

⁶ - Com 13 juillet 2010, Rev sociétés, 2010, p 502, note : B- DONDERO

⁷ - Philippe MERLE, op.cit, p 83

بها الشركة مع الإشارة في الأخير إلى أن الشركة تقوم بكل العمليات المالية و الصناعية و التجارية ذات الصلة المباشرة أو غير المباشرة ،يدعى هذا الشرط بشرط المظلة [clause de parapluie].¹

و لقد استلزم النص كذلك ان يتضمن القانون الأساسي بيان مدة حياة الشركة، وحكمة النص في هذا القيد ان لا تكون للشركة حياة أبدية. إذ لا يمكن أن يظل الشركاء ملتزمون بمقتضى عقد الشركة دون نهاية.² ولذا تنقضي الشركة بمجرد انتهاء المدة المشار إليها في القانون الأساسي التي لا تتجاوز 99 سنة تبدأ من يوم تسجيل الشركة بالسجل التجاري، بيد انه يستطيع الشركاء ان يتفقوا على تمديد حياتها اذا ما قاموا بتعديل القانون الاساسي دون ان يترتب على ذلك نشوء شخص معنوي جديد.³ و يستثنى من تحديد المدة شركة المحاصة التي يمكن تأسيسها لمدة غير منتهية وذلك لعدم اكتسابها الشخصية المعنوية.⁴

ويمكن للشركاء من جهة أخرى أن يستمروا في نشاط الشركة ضمنا حتى في حالة انتهاء المدة المحددة لها المنصوص عليها في القانون الأساسي.⁵

و من البيانات الأساسية أيضا تحديد موطن الشخص المعنوي و هو المكان الذي تقع فيه الشركة. و تحديد المكان ضرورة تفتضيها الشخصية القانونية لأن المكان عنصر من العناصر المحددة لها ووسيلة للتعريف بالشخص المعنوي.⁶ فالشركة باعتبارها أهم الأشخاص المعنوية تحتاج إلى موطن يطلق عليه في هذه الحالة بالمركز الرئيسي [siège social].⁷

و لم يضع المشرع تعريفا شاملا لمركز الشركة الرئيسي بالرغم من أهمية الآثار القانونية المترتبة على هذا المفهوم، لذا لا بد من الرجوع إلى التصور الذي يتبناه الفقه بهذا الخصوص حيث ينظر للمركز الرئيسي على انه المركز الفعلي لإدارة الشركة بقطع النظر عن مركز الإستغلال المتعلق بالنشاط.⁸ أي أن المركز الرئيسي للشركة هو مركز الحياة القانونية . ففيه تجتمع أجهزة الإدارة و التسيير و فيه تحفظ الوثائق و الدفاتر الرسمية.⁹

و للشركاء الحرية في تحديد مركز الشركة، خلافا للشخص الطبيعي الذي تكفل المشرع بتحديد الموطن الخاص به. حيث يستند في تحديد الموطن الى مكان الاقامة الحقيقية و هو ما يسمى بالسكن الرئيسي و الى نشاط الشخص أيضا. و هي معايير مادية من شأنها ان تسهل تعيين موطن الشخص

¹ - Ibid .p 87

² -R- LIBCHABER ,Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, Rev sociétés, 1995 , p 437

³ - Philippe MERLE, op.cit, p 183

⁴ - Bruno DONDERO , op.cit. p 75

com, 23 oct .2007, Bull civ , Iv,n 224

⁵- تقبل محكمة النقض الفرنسية الاستمرار ضمنا في نشاط الشركة

⁶- تنص المادة 36 من القانون المدني " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي "

⁷ - تنص المادة 547 من القانون التجاري " يكون موطن الشركة في مركز الشركة " و راجع أيضا:

Bertrand SAINTOURENS, Siège social, Répertoire société, Dalloz, novembre 2000, p2

⁸ - Paul LECANNU, droit des sociétés .2^{ème} éd ,Montchrestien , paris 2003,p249

⁹- CA Paris , 30 janv . 1970.RTD com,1972 .p 493, note : Houin

الطبيعي، و يختلف الأمر عند تحديد مركز الشركة . فالمعيار الذاتي أيسر استعمالا في هذه الحالة. حيث يكفي ان يطلع الغير على القانون الأساسي ليتعرف على مركز الشركة. و مرد ذلك إلى أن الشركة تمارس نشاطها من خلال الأجهزة المكونة لها، لذا بإمكان هذه الأجهزة أن تؤدي عملها في أماكن مختلفة خاصة اذا تعددت فروع الشركة. و من هنا يصبح من غير اليسير أن يحدد مركزها الرئيسي. و نستنتج مما انه من المحتمل أن لا يتطابق المركز الرئيسي المذكور في القانون الأساسي مع المكان الفعلي الذي تمارس فيه الشركة نشاطها.¹

لقد تصدى الفقه و القضاء لمشكلة عدم التطابق بان وضعاً قيدياً على الشركاء عند تعيينهم لمركز الشركة، و يتمثل القيد في عدم جواز ذكر مركز صوري بل يجب ان يكون مركز الشركة حقيقياً، و لذلك يفترض دائماً ان ما ذكر في القانون الاساسي يعد قرينة. لذا قد يقع أن لا يكون ذلك المركز حقيقياً و ان المركز الحقيقي هو مكان آخر . في هذه الحالة اذا اثبت الغير او المحكمة ذلك وجب الاعتداد به.² و بهذا الصدد يضع القضاء العديد من المعايير لتحديد المركز الحقيقي من ذلك مثلاً :

- المكان الذي تجتمع فيه أجهزة الإدارة .

- المكان الذي يقع فيه مركز النشاط .

- المكان الذي توجد فيه الإدارة العليا و المراقبة داخل الشركة .

- المكان الذي تتخذ فيه الشركة أهم مظاهر الوجود القانوني من خلال ممثليها .

- المكان الذي تمارس فيه الشركة بشكل ثابت و مستقر وظائف الإدارة و المراقبة.³

بالإضافة إلى ذلك يستطيع الشركاء أن يختاروا مركزاً للشركة من خلال اللجوء إلى عملية التوطين التجاري [domiciliation]. و هي العملية التي تقوم من خلالها مؤسسة متخصصة بمنح الشركة مركزاً و عنواناً و وسائل أخرى تمكنها من الاتصال بالغير.⁴

ومن بين البيانات الإلزامية في القانون الأساسي عنوان الشركة التجارية أو تسميتها [dénomination social]، إن الشركة شخص معنوي لا بد له من تسمية تميّزه عن غيره من الأشخاص القانونية، بنفس الشاكلة كالشخص الطبيعي الذي يعرف ويتميّز عن غيره بإسم⁵، إذن فالدور نفسه حيث لا غنى عن تسمية الشركة مما يمنحها هوية إدارية و اقتصادية ، و التسمية صفة مميّزة للشركة تنقضي بانقضائها. لذا

¹ - Yves GUYON ,Droit des affaires ,op.cit,p186

² - Bertrand SAINTOURENS, Siège social , op.cit ,p4

³ - M- MENJUCQ, droit international des sociétés , Domat , 2002 , n °131

⁴ - Y- REBOUL, la domiciliation commerciale, cah entr, 1981 .n°5/6

⁵ - Bruno DONDERO, op.cit.p72

لا يجوز للغير أن يستغلها لأنها انعكاس للشخصية القانونية و أساس لسمعة الشركة التجارية.¹ و لم يعرف المشرع عنوان الشركة أو تسميتها إلا إنه ميّز بين المفهومين² في القانون التجاري، حيث يتألف العنوان [raison sociale] من أسماء الشركاء جميعهم أو أحدهم ، لذا فكل شريك يكون مسؤولاً عن ديون الشركة مسؤولية غير محدودة نتيجة لظهوره في عنوان الشركة، فالعنوان لا يرد إلا بصدد شركات الأشخاص . لأن الغير ينظر إلى عنوان الشركة في هذه الحالة من قبيل الضمان.³ أما شركة المساهمة فإنها تعرف بتسمية⁴، حيث يتمتع الشركاء بحرية وضع تسمية لها، لذا قضت المادة 593 من القانون التجاري "يطلق على شركة المساهمة تسمية الشركة..." ، لكنهم يتحملون المسؤولية في حال تقصيرهم في التحري حول وضع التسمية ، اذ يجب ان تكون تسمية أصيلة لم يسبق أن اكتسبتها شركة أخرى و ذلك تفاقدا للمنافسة غير المشروعة و حماية للغير.⁵

ويضع القضاء الفرنسي قيودا عديدة تضمن صحة التسمية كأن يشترط أن تكون تسمية مشروعة، مميزة للشركة عن غيرها ، و متوفرة.

ويقصد بمشروعية التسمية عدم مخالفتها النظام العام و الأحكام القانونية، حيث يخضع أمر تحديد مدى مشروعيتها إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، ومثال ذلك، لا يمكن ان تتضمن تسمية الشركة عبارات او مفردات من شأنها الإيحاء للغير أن نشاط الشركة نشاط مرفقي، و من بين تلك المفردات وجود مفردة "الوطنية".⁶ أو أن تحتوي تسمية الشركة عبارات تخص مهنة مقننة ففي هذه الحالة إذا لم تتوفر في الشركة الشروط القانونية لتلك المهنة كانت التسمية غير مشروعة.⁷

ويجب أن تكون التسمية مميزة للشركة عن غيرها، يستند الفقه و القضاء بهذا الصدد إلى قانون العلامات،⁸ و بالتحديد على حكم المادة 07 من القانون المذكور حيث جاء فيها أن العلامات تستثنى من التسجيل لدى المركز الوطني للملكية الصناعية إذا كانت الرموز خاصة بالملك العام أو مجردة من صفة التمييز [dépourvu de caractère distinctif] ، يتطرق النص المذكور إلى طبيعة الرموز المستعملة من اجل إنشاء العلامة الخاصة بالمنتج أو السلعة، و من بين ما يشترط في هذه الرموز أن تكون مميزة

1- A-MENDOZA, les noms de l'entreprise, .PUAM, paris 2003, p30

2- Bénédicte FRANCOIS, dénomination social, Rèp sociétés, DALLOZ. 2013.P3

3- Bénédicte FRANCOIS, op.cit,p4

وتقضي في هذا الشأن المادة 552 ق التجاري "يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم أحدهم...." وذلك بصدد شركة التضامن و الأمر نفسه في شركة التوصية البسيطة م 563 مكرر 2.

4- Paul LECANNU,droit des sociétés, op.cit,p 247

5- Ibid,p 247

6- Bénédicte FRANCOIS, op.cit ,p13

7- Cass 1^{ère} . civ .9 mai 1994 .Dr . sociétés 1994 . comm 131.obs : T- BONNEAU

8- الصادر بمقتضى الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات مؤرخ في 19 يوليو 2003 . جريدة رسمية رقم 44

للمؤسسة التي استخدمتها ، و تكون الرموز غير مميزة إذا كانت عامة و اعتيادية ولا تدل حصرا على المنتج أو السلعة.¹

أما القيد الأخير ألا و هو توفر التسمية . و يقصد بذلك أن لا يكون الغير قد اكتسب حقا عليها بالأولوية و الأسبقية، أي لم تتخذ التسمية من طرف شركة أخرى ، و يهدف هذا القيد إلى تفادي ما قد يحدث من نزاعات مستقبلية في حال الاشتراك في الأسماء إضافة إلى حماية الغير من الخلط و التضليل.²

ب/- وظائف كتابة القانون الأساسي

لقد أزم المشرع الشركاء بكتابة القانون الأساسي كتابة رسمية، إن للكتابة وظائف عديدة منها اعتبار الكتابة شرطا لنفاذ الشركة مما يجعلها أي الكتابة أساس للقيام بإجراءات النشر ، و يستثنى من ذلك شركة المحاصة لأنها شركة لا تفيد في السجل التجاري ولا تكتسب الشخصية المعنوية(م 795 مكرر 2 ف تجاري). و على العموم فإن الكتابة ضرورية لإثبات عقد الشركة أو في الوقت ذاته شرطا لصحته.

ب.1 - الكتابة وسيلة لإثبات عقد الشركة

إن المشرع حين اشترط أن يكون إثبات وجود الشركة التجارية لا يتم إلا بعقد رسمي(م 545 ق تجاري)، فإنه يكون قد خرج عن القواعد العامة في مسائل الإثبات في العقود التجارية. حيث المبدأ الذي يسود هو الحرية في الإثبات (م 30 ق تجاري) ، بيد ان اللجوء الى إثبات الشركة بالكتابة الرسمية يختلف باختلاف العلاقات الناشئة بسببها³، ففي علاقة الشركاء ببعضهم البعض لا يقبل من اقدم إثبات ما يخالف مضمون عقد الشركة إلا بالكتابة الرسمية، حيث تظهر أهمية هذا الحكم عند نشوء منازعة بين الشركاء و كانت الشركة لم تقيّد بعد لدى السجل التجاري، فالقانون الذي يسري هنا هو قانون العقود.⁴

و في نفس السياق إذا كان النزاع قد وقع بشأن شركة يفترض بطلانها فالبطلان في هذه الحالة لا يسري بأثر رجعي بل يجب تصفيته وفقا لأحكام القانون الأساسي. و بناء على ذلك إذا طالب احد الشركاء بتقسيم موجودات الشركة وفقا لتلك الأحكام و جب عليه أن يثبت وجود عقد الشركة مفترض الصحة. أو على عكس من ذلك إذا أراد احد الشركاء إلزام شريك آخر بالتعويض بناء على عدم تنفيذ التزامه و جب عليه أيضا إثبات عقد الشركة، و في كل هذه الحالات المذكورة و جب أن يكون الإثبات

¹ - Bénédicte FRANCOIS, op.cit, p14

² - F-POLLAUD DULIAN, Dénomination social, JCL. société, fascicule 28,

و تشير هنا - في نفس السياق- إلى أن الشركاء يتمتعون بحرية واسعة في اختيار تسمية الشركة و تحديدها، و لا يجوز أن يحدث ضررا للغير عند اختيار التسمية في حال اكتسابه حقوقا على تلك التسمية و لذلك لا يتم التطرق عادة إلى صحة التسمية إلا في حال نشوء نزاع، أما من الناحية العملية يمكن للشركاء أن يجروا على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري بحثا متعدد المعايير بغية التأكد من عدم استعمال التسمية من قبل راجع أيضا:

N-DREYFUS et C-MOREIRA , le dirigeant de société face à la marque ,D 2003,chron, 1018. C-MANARA, Noms de domaine et protection des sociétés ,D 2005, cah.di. aff ,1628

³- فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت 2000، ص 57

⁴ - Paul LECANNU , droit des sociétés, op.cit, p 207

بالكتابة الرسمية دائماً. أما في علاقة الشركاء بالغير، لا يمكن للشركاء أن يحتجوا في مواجهته بما يخالف القانون الأساسي، وفي الوقت ذاته يجوز للغير أن يستند إلى بنود القانون الأساسي من أجل إثبات التزامات الشركاء رغم كونه ليس طرفاً في عقد الشركة، ولكن يمكنه من ناحية أخرى إثبات المركز القانوني الناشئ عن الشركة بكافة طرق الإثبات وذلك على أساس القاعدة التي تقضي بان العقد تصرف بالنسبة للأطراف و واقعة قانونية بالنسبة للغير.¹

ب.2- الكتابة ركن في قيام الشركة

جاءت المادة 545 ق تجاري صريحة، حيث قضت ببطلان الشركة اذا لم يكتب العقد المؤسس للشركة كتابة رسمية و هو بطلان مطلق حسب ظاهر النص فالكتابة في هذه الحالة ركن في العقد.²

ثالثاً : تعديل القانون الأساسي

إن للقرارات المتضمنة تعديل القانون الأساسي الصادرة عن الشركة أهمية بالغة، وذلك لأنها ترمي إلى النظر من جديد في صياغة القانون الأساسي ومضمونه، رغم أن هذا الأخير قد نشأ بالإجماع من طرف الشركاء. لكن قد تضطر الشركة إلى تعديل القانون الأساسي بغية التفاعل مع البيئة المحيطة بها، و بدأ جاء المشرع ليوفق بين حاجة الشركة إلى مسايرة مقتضيات نمو النشاط و بين مقتضيات قانون العقود فقضى بان القانون الأساسي لا يمكن تعديله إلا بالإجماع إلا إذا وجد شرط مخالف لذلك.

بناء على ما تقدم، لا يمكن تعديل القانون الأساسي إلا بتوفر شروط معينة (أ). ثم إن للتعديل نتائج و آثار (ب).

أ -/ شروط تعديل القانون الأساسي

يتميز الفقه عادة بين تعديل القانون الأساسي بمفهومه الضيق و بين تحيينه، حيث يلجأ الشركاء إلى التحيين عند وقوع تباين بين بنود القانون الأساسي و أحكام التشريع الساري المفعول. وقد يتضمن التشريع الجديد أحكاماً شارحة لكيفيات التحيين،³ إلا أن المشرع الجزائري ذهب في المادة 13 من المرسوم التشريعي 08/93 بالنص على انه في حالة عدم تجانس بنود القوانين الأساسية للشركات مع أحكام هذا المرسوم تعتبر هذه البنود كأن لم تكن ابتداء من تاريخ سريانه. ويستثنى من هذا الحكم إذا كان القانون

¹ - Dans ce sens : F-TERRE, PH-SIMLER, Y-LEQUETTE, droit civil ; les obligations, 8^{ème} éd, Dalloz, Paris 2002, p162

² - M. de Juglart et B. Ippolito, Traité de droit commercial, vol. 2, Les sociétés, 2^e partie, n° 436

³ - مثل ما قضت به المادة 499 من القانون الفرنسي رقم 66 - 537 المتعلق بالشركات التجارية الملغى بالأمر 2000-912 حيث حددت نطاق التحيين بقيام الشركاء بإلغاء أو تعديل أو تبديل الأحكام الواردة في القانون الأساسي المخالفة للنصوص القانونية أو التنظيمية الأمرة، أو عوضاً عن ذلك أن تلحق بالبنود الناقصة ما ألزم المشرع بتكاملته بمقتضى القانون المعدل.

الجديد قد نص على مقدار رأس مال أعلى مما كان منصوصا عنه في القانون القديم. حيث يندرج ذلك ضمن إجراءات التأسيس وهو ما لا يخضع للقانون الجديد.¹

وعلى كل حال، إن شروط تعديل القانون الأساسي لا تخرج عن الشروط الآتية: تحديد الجهاز المختص بإجراء التعديل، وجوب توفر شرطي النصاب و الأغلبية، وأخيرا القيام بنشر التعديل.

أ.1- الجهاز المختص بتعديل القانون الأساسي

تختص جماعة الشركاء بتعديل القانون الأساسي اختصاصا حصريا، أي انه سيكون باطلا كل قرار صادر عن جهاز آخر في الشركة يقضي بتعديل القانون الأساسي.²

تختص الجمعية العامة غير العادية في شركة المساهمة بتعديل القانون الأساسي في جميع أحكامه، وكل شرط مخالف لذلك يعد كأن لم يكن.³ ونتيجة لذلك يجب أن لا يتضمن القانون الأساسي بندا يقضي بان التعديلات البسيطة تكون من اختصاص الجمعية العامة العادية، إن مثل هذا التساهل في الاختصاص قد يحرم المساهمين من ضمان أساسي و هو بسط الرقابة على تعديلات القانون الأساسي، ولا يجوز أيضا أن ينتقص من اختصاص الجمعية العامة غير العادية من خلال إبعاد بعض الشروط و البنود الواردة في القانون الأساسي من اختصاصها. إن مثل هذا الانتقاص يعد مخالفة جلية لمصلحة الشركة حيث يحرم هذه الأخيرة من التكيف بسهولة مع الظروف الاقتصادية.⁴

من ناحية أخرى، اخرج المشرع من اختصاص الجمعية العامة غير العادية مسائل جانبية لا تمس مصلحة الشركة أو جوهرها، منها انه يجوز لمجلس الإدارة او مجلس المراقبة إصدار قرار يقضي بنقل مقر الشركة من مكان إلى مكان آخر في نفس المدينة، أما إن كان المكان خارج المدينة فالاختصاص يعود للجمعية العامة العادية.⁵

و في السياق ذاته، يجوز أيضا تعديل رأس مال شركة المساهمة بدمج الاحتياطي او دمج الأرباح أو علاوة الإصدار او تحويل سندات الاستحقاق بمقتضى قرار صادر عن الجمعية العامة غير العادية لكن بالنصاب و الأغلبية المنصوص عليهما بالمادة 675 من القانون التجاري، أي نصاب و أغلبية الجمعية العامة العادية، وهذا ما يراه اغلب الفقه.⁶

¹- J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, op.cit, t1, n° 36. cass.com 4 janvier 1994, Rev.soc 1994, p 288, note : L-MARENAUD

و راجع المادة 1/13 من المرسوم التشريعي المذكور.

²- J- MESTRE, sous cass. .com. 29 janvier 1979, RTD civ 1989 ,p304.

³- راجع المادة 674 تجاري

⁴- Yves GUYON, droit des affaires, Op.cit ,p 325. G-RIPERT et R-ROBLOT, op.cit, p 1172

⁵- راجع المادة 625 والمادة 651 من القانون التجاري

⁶- Yves GUYON, statuts et actes annexes, op.cit, p 7

أما بالنسبة للشركات الأخرى، فإن المشرع يميّز بين القرارات الرامية لتعديل القانون الأساسي من جهة و القرارات الأخرى، و تقوم التفرقة بالنظر إلى موضوع القرار لذا يحدد المشرع بخصوص هذه القرارات شروطا خاصة بالأغلبية، و كذلك ان اقتضى الأمر صفة الشريك الذي يمتلك حق التصويت بشأنها.¹ بهذا الصدد تقضي مثلا المادة 586 قانون تجاري ان تعديل القانون الأساسي في ظل الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يتم إلا بأغلبية الشركاء الممثلة لثلاثة أرباع رأس مال.

وتظل قاعدة الإجماع هي السائدة في ظل شركة التضامن و شركة التوصية البسيطة (باستثناء الشركاء الموصون فيها حيث تشترط فقط الأغلبية)² و شركة التوصية بالأسهم (ماعدا الشركاء الموصون فيها حيث تكفي أغلبية ثلثي رأس مال)³.

أ.2 - شرطا النصاب والأغلبية في تعديل القانون الأساسي

إن اشتراط المشرع الإجماع عند تعديل القانون الأساسي من شأنه أن يصبغ على الشركة طبيعة العقد، و الإجماع يعد شرطا مشتركا عند تعديل القوانين الأساسية للشركات التي تم تأسيسها إذا استثنينا الأحكام الخاصة بكل نوع من الشركات التجارية التي يبدأ سريانها بعد الانتهاء من تأسيس الشركة.⁴ بما في ذلك شركة المساهمة التي تم تأسيسها باللجوء العلني للدخار حيث قضت المادة 600 من القانون التجاري على أن الجمعية التأسيسية تبدي رأيها في القانون الأساسي الذي لا يقبل التعديل إلا بإجماع أراء جميع المكتتبين.

أما في الواقع، فإن الشركات التجارية – أي بعد إتمام إجراءات التأسيس و موافقة الجمعية التأسيسية على القانون الأساسي- تلجأ إلى قاعدة الأغلبية عند تعديل قوانينها الأساسية أي أغلبية حقوق التصويت. و لقد جعل المشرع من هذه الأغلبية أغلبية مشددة خلافا للأغلبية البسيطة أي أغلبية الأصوات المعبر عنها. و من جهة أخرى إن النصوص التي قضت بالأغلبية المشددة هي نصوص أمرة،⁵ على سبيل المثال ما قضت به المادة 674 من القانون التجاري بصدد شركة المساهمة حيث بيّنت النصاب و الأغلبية عند تعديل القانون الأساسي من خلال الجمعية العامة الغير العادية.⁶ أو المادة 586 ق تجاري بصدد الشركة

¹ - وذلك في حال عدم انتظام ملكية الأسهم لوقوعها تحت حق الانتفاع أو وقوعها تحت الرهن راجع:

L-AYNES, usufruit, droit droit d'usage, Rev soc 1999, p 593. Y- FLOUR, la qualité d'actionnaires et l'indivision, Rev soc 1999, p 569. Yves GUYON, statuts et actes annexes, op.cit, p 7

²- راجع المادة 563 مكرر 8 من القانون التجاري

³- راجع المادة 715 ثالثا 8 من القانون التجاري

⁴ - Ibid., p7

⁵ - Bruno DONDERO, op.cit, p 243

⁶ - حيث حددت النصاب القانوني لانعقاد الجمعية بنصف الأسهم التي لها الحق في التصويت (2/1) و ذلك في الدعوة الأولى، أما في الدعوة الثانية فيكفي أن يجتمع ما مقداره ربع الأسهم التي لها الحق في التصويت. أما صدور القرار فإنه يتم بأغلبية ثلثي الأصوات.

ذات المسؤولية المحددة والمادة 715 ثالثا 8 بصدد شركة التوصية بالأسهم (أغلبية ثلثي رأس مال). أما شركة التضامن فتظل قاعدة الإجماع هي السائدة بصددها.¹

أ.3- نشر تعديل القانون الأساسي

لا يكون للقرار الصادر عن جمعية الشركاء و القاضي بتعديل القانون الأساسي من اثر إلا بعد نشره في السجل التجاري، إذن فالقانون الأساسي ذاته و القرار الذي يرمي إلى تعديله كلاهما يلزم نشرهما.² و يتم ذلك بإيداع نسخ لدى المركز الوطني للسجل التجاري، حيث جاء في المادة 548 ق تجاري على أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري.

و يعد الإيداع الوسيلة القانونية للنشر إذ يعتبر السجل التجاري فهرسا رسميا لجميع الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون نشاطا تجاريا. وكذلك الأشخاص المعنوية التي تمارس نشاطا تجاريا أو مدنيا، إن الأثر القانوني الذي يترتب على القيام بالنشر نفاذ العقود المعدلة في مواجهة الغير.³

ب/- آثار تعديل القانون الأساسي

يرتّب تعديل القانون الأساسي الآثار المتعلقة به في مواجهة جميع الشركاء دون تمييز بينهم سواء الذين صوتوا بالموافقة على التعديل أو الذين اعترضوا، أو حتى الذين لم يشاركوا أصلا في التصويت ، بيد أن الأمر يختلف بصدد الآثار النافذة في مواجهة الغير، فالبنود و الشروط الجديدة الناجمة عن التعديل لا تسري في مواجهة الغير إلا بعد النشر، و لا تمس التعديلات عادة بالشخصية المعنوية للشركة فهي عادة تمس جوانب محددة في القانون الأساسي و لا تشمل كل مضمونه.⁴

بينما يكون الأمر مختلفا إذا كان التعديل شاملا لجميع بنود القانون الأساسي، كأن يقرر الشركاء من خلال قرار واحد تغيير شكل الشركة مثلا و تغيير موضوعها وزيادة رأسمالها ومنحها اسما جديدا الخ، و نصادف عادة مثل هذا القرار عقب تنازل بعض الشركاء أو المساهمين على عدد كبير من الأسهم أو الحصص فتلجأ الأغلبية الجديدة الناتجة عن هذا التنازل إلى إجراء تعديلات شاملة في القانون الأساسي. و الفقه بدوره يرى في هذا الشأن أن التعديل بهذا الشكل لا يؤثر في الشخصية المعنوية للشركة ما دامت هناك بعض الخصائص المتبقية في الشركة و التي لم يمسه التعديل.⁵

¹ - Yves GUYON, statuts et actes annexes, op.cit, p 8

² - Ibid., p8

³ - Pascal BEDER , publicité Légale, Répertoire de droit des sociétés , juin 2012 , Dalloz , p 10

لقد اعتمد المشرع الفرنسي بهذا الصدد على نقل عملية الإيداع بمفهومها الكلاسيكي إلى المفهوم الحديث بحيث أنشأ بمقتضى المرسوم 1547 /2012 الذي جاء مبينا لكيفيات تنظيم قاعدة المعلومات الرقمية القابلة للإطلاع على الانترنت تتضمن هذه القاعدة كل المعلومات المتعلقة بالشركات التجارية.

⁴ - Cass 1^{er} civ. 26 novembre 1991.Bull civ, i . n° 334

⁵ - Yves GUYON, statuts et actes annexes, op.cit, p 9

الفرع الثاني: القوة الملزمة للقانون الأساسي

Force obligatoire de statuts

تتجلى القوة الإلزامية للقانون الأساسي في نفاذه و سريانه في مواجهة كل من الشركاء (أولا) ، الشركة (ثانيا) ، و الغير (ثالثا).

أولا : نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الشركاء

إن القانون الأساسي شريعة الشركاء، فهو يحدد حقوقهم والالتزامات الواقعة عليهم، ولذلك يمكن أن يكون القانون الأساسي أوسع من التشريع ذاته، إذ قد ينص على حقوق و التزامات لم يتطرق لها المشرع و هو بهذا الوصف تطبيق للمادة 106 من القانون المدني.¹ و يخضع الشركاء للقانون الأساسي أثناء فترة التأسيس، إلى حين اكتساب الشركة الشخصية المعنوية، أين تغطي العلاقات المترتبة عنها على علاقة الشركاء فيما بينهم. و على كل حال يظل القانون الأساسي نافذا في مواجهة جميع الشركاء سواء كانوا مؤسسين للشركة أو التحقوا بعد التأسيس جراء عمليات شراء الأسهم أو اكتتابهم في زيادة رأس المال و هؤلاء كذلك ملزمون باحترام القانون الأساسي.

و إذا قام احد الشركاء بمخالفة بنود القانون الأساسي يقع غالبا أن يحرم هذا الشريك من ممارسة حق معين، كالمساهم الذي يخالف الأجال المقررة لتسديد مبلغ الأسهم المكتتب بها فيحرم من القبول أو التصويت داخل الجمعية العامة (م 715 مكرر 49 ق تج).² ويمكن أن يتضمن القانون الأساسي نفسه جزءا معين كوجود شرط الإقصاء [clause d'exclusion].³

ومن جهة أخرى لكل شريك الحق في احترام القانون الأساسي من طرف الشركاء الآخرين.⁴

ثانيا : نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الشركة

لاشك أن الشركة ملزمة باحترام قانونها الأساسي، حيث يترتب - في حال مخالفة مسيرو الشركة لأحكامه- قيام مسؤوليتهم المدنية⁵ (م 715 مكرر 23 ق تجاري)، ويتم التساؤل بهذا الصدد إذا كان ممكنا أن يترتب على مخالفة القانون الأساسي بطلان مداوات الجمعية العامة أو أي جهاز آخر في الشركة. حقيقة إن جوهر المسألة يكمن في تفسير المادة 733 ق تجاري التي تعتبر مخالفة القانون الذي يسري على العقود سببا للبطلان،⁶ فالمادة بهذه الصياغة تحتمل الكثير من التأويل. إن التفسير الضيق للنص ينتهي

¹ - تنص المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين..."

² - Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, N° 97

³ - D-MARTIN, l'exclusion d'un actionnaire, RJ com. n° spécial, novembre, 1990, p 106

⁴ - Cass 1^{er} civ, 22 janvier 1991, Bull civ i, n° 33

⁵ - Cass.com 10 mars 1976, JCP 1977, 18566, note : Y- CHARTIER.

⁶ - جاء في المادة 733 ق تجاري "... لا يحصل بطلان العقود أو المداوات ..."

إلى اعتبار القوانين المقصودة هي القوانين الصادرة حصرا عن المشرع ذاته ولذلك لا يترتب البطلان عند مخالفة القانون الأساسي. أما التفسير الواسع فينتهي إلى اعتبار القانون الأساسي شريعة الشركاء (106 ق م) لذا فمخالفته تعد سببا منتجا لبطلان القرارات و العقود والمداولات.

أما التفسير الراجح لا ينتهي إلى اعتبار مخالفة القانون الأساسي سببا للبطلان إلا إذا كان القانون الأساسي ذاته يتضمن بنودا تتولى تحديد كفيات تطبيق نص قانوني أمر فالبطلان في هذه الحالة مرتبط بالنص الأمر الذي تمت مخالفته.¹

ثالثا : نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الغير

يصبح القانون الأساسي نافذا في مواجهة الغير بمجرد نشره لدى السجل التجاري، فهو ينفذ في جميع محتواه، فعلى سبيل المثال إذا تضمن القانون الأساسي شرط الاعتماد، ثم إن المساهم لم يراعي وجود الشرط² و قام بالتنازل عن أسهمه للغير، يجوز للشركة في هذه الحالة ان ترفض تحويل ملكية الأسهم إلى المتنازل إليه تطبيقا لشرط الاعتماد، أما اذا حدث و أن تم تحويل الأسهم رغم ذلك جاز للشركة أيضا ان تطلب إبطال التنازل.³

بيد أن نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الغير يلاقي العديد من الاستثناءات، بداية ان القانون الأساسي غير المنشور ليس حجة في مواجهة الغير الذي يستطيع رغم ذلك الاستناد إلى عدم النشر. كذلك لا تسري في مواجهة الغير الشروط المقيدة لسلطات المديرين أو أجهزة الإدارة.⁴

على الرغم من أن القوانين الأساسية نافذة في حق الغير عموما، فان الغير لا يكتسب نتيجة لهذا النفاذ الصفة التي تخوله إلزام الشركة باحترام قانونها الأساسي. لذلك لا يمكن أن تقبل دعوى الغير التي يرفعها ضد الشركة مستندا فيها إلى تجاوز الشركة لموضوعها مادامت تمارس نشاطا مشروعاً.⁵

¹ - Cass.com 6 mai 1974, D 1975, 1052, note Y- GUYON.

² - بأن يعرض عملية التنازل على الشركة من اجل إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري

³ - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, op.cit,t3,n° 119

⁴ - Yves GUYON, droit des affaires, Op.cit p 199

⁵ - Cass . com 18 juill 1989, Rev soc, 1990, p 598, note : Y- CHAPUT.

المطلب الثاني: الوثائق غير التأسيسية

ان للشركاء -كما رأينا سابقا- الحرية في تجسيد إراداتهم في القانون الأساسي للشركة إلا أن هذا الأخير ليس الإطار الوحيد لتجسيد الإرادة، إذ يمكن للشركاء اللجوء إلى تقنيات التعاقد و تجسيدها خارج القانون الأساسي، و لا تختص هذه التقنيات بفترة بعينها من حياة الشركة بل يمكن أن يلجأ إليها الشركاء حتى عند التأسيس.

أثناء التأسيس و قبل قيام الشركاء بالتوقيع على القانون الأساسي، يمكن للشركاء التفاوض حول شروط التعاون فيما بينهم إضافة إلى تنظيم المسائل الاقتصادية و الإستراتيجية والأهداف التجارية والبرامج الاستثمارية، و الإشكالات القانونية ومقدار حصة كل شريك و كفاءات الإدارة ، و شروط انضمام الشركاء الجدد ... الخ .

وفي حياة الشركة كذلك يمكن للشركاء أن يبرموا اتفاقات خارجة عن القانون الأساسي و التي تتجسد من خلالها ليونة قواعد الشركات حيث تتعدد أشكال هذه الاتفاقات وتختلف طبيعتها لذا حاول الفقه أن يصنفها فكانت على ثلاثة أنواع:

- **اتفاقات سابقة للقانون الأساسي:** ويدرج الفقهاء في هذه الفئة البرتوكول الاتفاقي [protocole d'accord] حيث يلجأ الشركاء إلى مثل هذه الصيغة العقدية عند المفاوضات والمناقشات الابتدائية الهادفة إلى تأسيس الشركة. لذا نجد مثل هذا المصطلح¹ عند كل عملية تقوم أساسا على التفاوض، فالشركاء يرون أحيانا انه من الضروري إبرام اتفاق مبدئي يجسدون من خلاله تصميمًا شاملا للعملية (الفرع الأول).

- **اتفاقيات موازية للقانون الأساسي:** وهي اتفاقات تتعلق أساسا بمسائل أكثر دقة، تمس بالتزامات الشركاء و حقوقهم و يطلق عليها الفقهاء تسمية **اتفاقات المساهمين**²، حيث ينظر إليها على أنها من أهم مظاهر تجسيد إرادة الشركاء و للظاهرة العقدية في قانون الشركات التجارية.

¹ - من الأمثلة الواقعية حول استعمال مصطلح Protocole d'accord نجد البرتوكول الاتفاقي القائم بين شركة سوناطراك ومؤسسات الميناء: ارزيو، سكيكدة، بجاية. بشأن محطات المحروقات البحرية حيث يهدف هذا البرتوكول إلى إنشاء شركة مختلطة تتولى تسيير واستغلال محطات المحروقات برأسمال قدره مليار دينار على نسب متفاوتة بين الشركاء (سوناطراك 60 % مؤسسة ميناء ارزيو 20% ، ميناء سكيكدة 15 %، وميناء بجاية 5 %).

² - ستكون هذه الاتفاقات محل دراسة تفصيلية في الفصل الثاني من هذا الباب. راجع ص 116

- وثيقة لاحقة للقانون الأساسي¹: ونجد هنا النظام الداخلي [règlement intérieur]، وهو وثيقة تتضمن جملة من الأحكام المنظمة لعلاقة الشركاء ومنظمة أيضا لشكل الشركة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : البروتوكول الاتفاقي

من المتعارف عليه انه في المجال التجاري غالبا ما يقطع المتعاملون فترات طويلة في إجراء المفاوضات، حيث لا يتوصل من خلال التفاوض إلى إمضاء العقد النهائي إلا بعد أن يقضي أطراف التفاوض وقتا طويلا. والشركات التجارية بدورها ليست بمنأى عن ذلك، فعادة ما تكون المفاوضات التي تسبق تأسيسها شاقة وعسيرة، و ليتفاعل المؤسسون مع مثل هذا الوضع يلجأون إلى تثبيت ما يمكن أن يكتسبوه من وراء التفاوض، وذلك من خلال إبرام اتفاقات سابقة عن انعقاد عقد الشركة، و الملاحظ أن طبيعة هذه الاتفاقات متباينة.

إن بعض هذه الاتفاقات لا يعدو أن يكون مجرد اتفاقات مبدئية حيث يلتزم أطرافها بعضهم تجاه بعض ليس بإبرام العقد النهائي وإنما بالتفاوض فقط، دون تحديد الشروط الأساسية².

و اتفاقات أخرى تتضمن مبادئ مختلفة كمنع الأطراف من إفشاء المعلومات التي تم النقاش حولها،³ أو التوجه إلى خبراء من اجل القيام بدراسات معينة أو احترام آجال ذات أهمية.

وتهدف اتفاقات أخرى إلى تحديد الإطار العام لعملية مركبة تتضمن العديد من الاتفاقات المختلفة حيث تؤدي جميعها إلى تحقيق نفس الهدف حيث تنعقد اغلبها في شكل وعد بالتعاقد مقترن بحق استعمال الخيار [levée d'option] أو الالتزام تحت شرط واقف .

وقد يرى الأطراف المتفاوضون أن البروتوكول لا يسمح بتأسيس الشركة مباشرة - ورغبة منهم في تحديد ما إن كان المشروع قابل للتحقيق- يقوم الأطراف بتأسيس شركة دراسة تنقضي بمجرد تأسيس الشركة النهائية⁴.

يحتوي البروتوكول عادة على العديد من الأحكام المختلفة، منها أحكام متعلقة بالعناصر الأساسية لعقد الشركة المستقبلية كطبيعة الحصص، تقسيم رأس المال، شكل الشركة ومدتها... الخ.

ومن ناحية أخرى قد يفصح التفاوض الذي يتم بين الشركاء على وجود نقاط اختلاف فيما بينهم، لذا يمكن لهم في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعات محددة، وقد يعرض على القضاء نزاع بشأن

¹ - نلاحظ انه من الأجر التزم هذه التسمية لأنها أشمل نوعا ما انطلاقا من كون القانون الداخلي ليس ذو طبيعة اتفاقية مطلقة رغم انه يتضمن مسائل تعاقدية في غالب الأحوال لذا فتسمية الوثائق غير التأسيسية هي الأنسب.

² - J. M -MOUSSRON, la durée dans la formation des contrats, études offertes à A-JAUFFRET, 1974, p 509

³ - H- BUBOUT, les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprise, Bull joly 1992, p 722

⁴ - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit .p 149

صحة الاتفاقات المبرمة قبل التأسيس، فيجد القاضي نفسه مضطرا إلى تحديد نطاق الحرية التعاقدية المتروكة للشركاء المؤسسين في ظل هذه الاتفاقات محل النزاع والتي يسميها الفقهاء بالبروتوكولات، و يميزونها في الوقت ذاته عن مشروع الشركة من جهة و عقد الوعد بتأسيس الشركة من جهة أخرى (أولا)، ثم نعرض بعد ذلك إلى كيفية تنظيم الشركة المستقبلية من خلال البرتوكول (ثانيا).

أولا: تحديد طبيعة البرتوكول

لا يقع عادة أن يبرم الشركاء عقد الشركة في وقت وجيز، إذ تسبق في الغالب لحظة الانعقاد فترة طويلة حيث ينطلق مشروع التأسيس بفكرة تستقر في ذهن أحد الشركاء المؤسسين لتأخذ في التطور و النمو.¹

وكل العقود، يمكن للفترة السابقة عن العقد أن تأخذ وقتا، تتخلله في الغالب إجراء العديد من المفاوضات والنقاشات، والتي تنشئ علاقات قانونية رابطة بين الأطراف. و يهدف الأطراف من تبادل الآراء و النقاش إلى تقريب وجهات النظر و التنبؤ بالمشاكل وتعريفها حتى يسهل بذلك الوصول إلى الاتفاق النهائي. و تتجسد المفاوضات برسائل مكتوبة تحتوي على المعلومات و الاقتراحات الملائمة، أو قد تتم شفاهة. إن التفاوض مجرد مرحلة يتوصل الأطراف من خلالها إلى تبادل الإرادة التفاوضية دون أن تكون الإرادة المعبر عنها أو الإرادة المتعاقدة.² وينتج عن ذلك أن المفاوضات لا ترتب المسؤولية القانونية للأطراف حين قطعها أو رفض المفاوضات أصلا، ولكن بالمقابل يمكن أن يعتبر في حالات ضيقة-ال فشل فيها على أنه رفض للتعاقد، أو إذا ترتب على وقف التفاوض ضرر لأحد الأطراف.³

و بسبب امتداد الفترة السابقة على إبرام العقد، يعتمد الأطراف إلى عقد سلسلة من الاتفاقات يطلق عليها الفقهاء تسمية الاتفاقات المرحلية⁴ [Accords étapes]، وهذا ما يتحقق واقعا عندما يقوم الشركاء على الاتفاق حول كل مسألة من مسائل الشركة المستقبلية، وذلك نظرا للطبيعة المركبة للعقد.⁵ و تندرج ضمن فئة الاتفاقات المرحلية العديد من الاتفاقات التي يشير إليها الفقه بمصطلحات فضفاضة، من ذلك مثلا **الاتفاق المبدئي**، حيث يعتبر هذا الأخير مجرد اتفاق يتضمن جملة من الالتزامات التي ستصبح ملزمة للشركاء لاحقا. وفي الوقت ذاته لا يعد الاتفاق المبدئي هو العقد النهائي.⁶

¹ -Jean Pierre- SORTAIS, constitution des sociétés, Rép sociétés, DALLOZ, sep 2004, p4

²-Maurie et Aynes, les obligations, n° 379. N- COHERIER, des obligations naissantes des pourparlers préalables, Thèse ,paris 1939,p100.

³- القضاء الفرنسي مستقر في هذه المسألة حيث يعتبر الطرف مسؤولا عن خطئه حين الانطلاق في التفاوض مع العلم مسبقا بحرمانه منها مستقبلا، أو القيام بإطالة التفاوض دون مبرر قانوني بنية محاولة الحصول على سر المنتج راجع:

cass civ.1^{er} juin 1961, D 1962.

J- GHESTIN, la responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP 2007, p 155.

⁴- Joanna SCHMIDT, la période précontractuelle en droit privé Français, Revue internationale de droit comparé, 1990,p 445

⁵ - Malaurie et AYNES, les obligations, op.cit, n° 376

⁶ - Ibrahim NAJJAR, l'accord de Principe, Recueil DALLOZ, 1991, p57

ونجد كذلك خطابات النوايا¹ [lettres d'intentions]، وهي الوثائق المكتوبة التي يتبادلها الأطراف أثناء التفاوض، و تتضمن هذه الخطابات جميع المعلومات والمقترحات حول مسائل العقد النهائي، وتثبت الخطابات هذه عزم الأطراف وإراداتهم على إتمام العقد دون أن تكون محتويات الخطابات تعبيراً عن الإرادة المتعاقدة. و قد يرغب الأطراف في إضفاء طابع الرسمية على الخطابات و هو ما يعطي دفعا لعملية التفاوض وتأميناً لمراكز الأطراف حيث يمكنهم ذلك من التعامل مع الغير في إطار التفاوض، بينما تكمن خطورة إضفاء الرسمية في قيام أحد الأطراف بالاحتجاج بانتهاء مرحلة التفاوض ، وبأن العقد على وشك الانعقاد استناداً إلى خطابات النوايا وما تحويه من الإشارة إلى العناصر الأساسية في العقد.² ولذا تفادياً لهذا الخطر يجب على كل شريك مفاوض أن يدرج في الخطابات المحررة من طرفه ما يؤدي إلى استبعاد المسؤولية العقدية كأن يدرج "وثيقة غير عقدية" أو "من أجل خطاب النوايا فقط".³

نجد كذلك ضمن الاتفاقيات المرحلية البروتوكول الاتفاقي،⁴ و فيه يلجأ الشركاء إلى تجسيد رغبتهم في تأسيس الشركة بصفة نهائية في وثيقة مكتوبة فإذا رفض احد المؤسسين الاستمرار في التأسيس يلتزم بتعويض الضرر الناتج.⁵ بناء على هذا التعريف يصبح من الضروري تحديد طبيعة البروتوكول الاتفاقي فهل يا ترى يمكن اعتباره مجرد مشروع لتأسيس الشركة يحاول الشركاء من خلاله الوصول إلى التأسيس دون أن يكونوا على اتفاق حول العناصر الأساسية فيها.⁶ أو أن يعتبر البروتوكول مجرد وعد بتأسيس الشركة.

إن تحديد القيمة القانونية للاتفاقات السابقة عن العقد [accords précontractuels] مرهون بمدى استجابة طبيعة الاتفاق لاحتياجات الأطراف المتفاوضة، و يستلزم ذلك أيضاً التوفيق بين الليونة والأمن القانوني.

أ- المعايير المميزة لعقد الوعد بالشركة

ينظر الفقه إلى عقد الوعد بتأسيس الشركة على انه من العقود السابقة لإبرام العقد، و عقد الوعد عموماً ينقسم إلى قسمين:

¹ - L-ROZES, Projets et accords de Principe , RTDcom 1998, p 501

² -Bruno DONDERO, la lettre d'intention : une ambiguïté assumée, de effets inattendus, Recueil Dalloz,2012,P 3016

³ - و كل ذلك مع احتفاظ الشريك أو الطرف في التفاوض بحقه في عدم إبرام العقد ، و إذا ثار نزاع بهذا الخصوص فان القاضي يمارس سلطته التقديرية في إعادة تكييف خطاب النوايا بما يمنحه قيمة قانونية معتبرة، و يمكنه أيضاً الاستناد إلى الوقائع و إلى صفة محرر الخطابات.كان تقوم شركة ما بالدخول في عملية تفاوض حول تأسيس شركة جديدة و لكن ممثلها في هذه العملية لم يدرج في الخطابات ما تستبان به إرادة الشركة، القاضي في هذه الحالة يجوز له أن يستند إلى صفة محرر الخطابات في الشركة فإذا وجد انه لا يملك سلطة القرار فيها أصبح جلياً أن التفاوض أصلاً قد تم بناء على شرط واقف ألا و هو الحصول على الموافقة من إدارة الشركة.

<http://www.cours-de-droit.net/techniques-contractuelles/la-lettre-d-intention,a4006869.html>

⁴ - Louis BOYER, contrats et conventions, Répertoire de droit civil ; aoute 1993, p 40

⁵ - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit p 149.

⁶ - و لا يمكن أن يقوم العقد إلا بالاتفاق حول المسائل الأساسية فيه راجع :

cass .civ 1^{er} .16 février 1977, Rev soc 1977,p 68 note : Y-GUYON. J- GHESTAIN, traite de droit civil : le contrat, 1980,n°224

- عقد الوعد الملزم لجانب واحد: يكون العقد في هذه الحالة ملزماً لطرف واحد و هو الواعد، حيث يلتزم الواعد بإبرام العقد النهائي في اليوم الذي يبدي فيه الأطراف الآخرون رغبتهم في التأسيس. و يلجأ المؤسسون إلى هذه الصيغة في الحال التي يكون فيها طرف مهياً للالتزام بينما يطالب الأطراف الآخرون مهلة للتدقيق في جدوى التأسيس أو لم تتوفر الوسائل اللازمة للبدء في النشاط فيتحصّلون من الواعد على وعد بالتأسيس.¹

- عقد الوعد الملزم لجانبين: اذا تضمن التزام الطرفين أو كل الأطراف بتأسيس الشركة، و لكن ليس في الحال انما بعد مهلة، غالباً ما يكون السبب في المهلة هو عدم البت في مسائل معينة فيخصص المؤسسون تلك المهلة للفصل فيها. و على كل حال فان عقد الوعد الملزم لجانبين هو الذي سيصبح فيما بعد عقد الشركة النهائي لأنه يتضمن تعبيراً صريحاً بالالتزام بالتأسيس في المستقبل. لكن بعد اتخاذ كافة إجراءات التأسيس المعروفة.²

و يلاقي الفقهاء صعوبة في تكييف عقد الوعد، حيث تقوم عملية التكيف على البت في مسألة ما ان كان الوعد مجرد مشروع بسيط لتأسيس الشركة لا يحتوي على أي التزام قانوني يلقي على عاتق الشركاء المؤسسين أو ان الوعد- بخلاف المشروع- هو نفسه عقد الشركة معلقاً على شرط واقف.³

إن القضاء الفرنسي من جهته، يميّز عقد الوعد بتأسيس الشركة عن غيره من الاتفاقات والعقود بأن اشترط فيه توفر العناصر الأساسية الكفيلة بتحديد عقد الشركة،⁴ و بدأ يجب أن يتضمن الوعد: موضوع الشركة ، مقدار حصة كل شريك و طبيعتها، و أضافت قرارات قضائية لاحقة عناصر أخرى كمدة الشركة وشكلها.⁵

ويضاف إلى المسائل الجوهرية في عقد الشركة- التي أشارت إليها قرارات القضاء- نية الاشتراك⁶ [affectio societatis]، فهل يشترط وجوده في عقد الوعد بالشركة؟

¹ - Bruno DONDERO, droit des sociétés, op.cit, p 51. N-MATULESCO, de la promesse de société dans les sociétés des personnes, thèse, paris 1923, p 50. Yves GUYON, droit des affaires, op.cit p 149

² - Dominique VELARDOCCIO FLORES, Les accords extra statutaires entre associés, PUAM, Marseille 1993,p 33. com . 11 juin 1979, Bull civ, n°193, p 158

³ - J- SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, paris 1982, p 261

والحقيقة إن عقد الوعد عقد مستقل بذاته، فهو من جهة يعطى على الإيجاب الملزم لصاحبه في الحالة التي يوجد فيها صاحب الإيجاب مقيداً بأجل دون أن يكون هناك قبول، ويعطى كذلك على مشروع العقد لأن المشروع لا يلزم أي طرف. فالوعد إذن هو عقد لأنه يتضمن إيجاباً من طرف الواعد حيث يلتزم بإبرام العقد النهائي خلال مدة و يتضمن قبولاً من طرف الموعود له بأن قبل الوعد من الواعد راجع: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي ، بيروت دت ، ص59.

⁴ - و هو ما تأكده المادة 71 ق م بحيث ألزمت أن يشتمل الاتفاق الذي يقتضي أن يعد احد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي إلى جانب المدة الواجب إبرامه فيها وهذه المسائل الجوهرية لا تخرج عن الرضا، الأهلية ،المحل الذي يسمح بتحديد ماهية الالتزام والسبب المشروع.

⁵ - cass. Req 19 février 1907. cass 28 avril 1987,Rev soc 1988, p 59 note :F-SCHMIDT. cass. civ 1^{er}. 16 fév 1977 , Rev soc 1977, p 681,note : Yves GUYON .cass.Req 15 décembre 1920. S 1922 .1. 17 note : G- BOURCART

⁶ - M-DEJUGLART, B-IPPOLITO, traité de droit commercial, les sociétés, 2^{ème} vol, 3^{ème} éd,1982, Montchrestien, n°388.

لم يتمكن الفقهاء من وضع تعريف دقيق لنية الاشتراك رغم أنهم يتفقون على جوانب محددة في ماهيته. فوفقا للفقهاء نية الاشتراك في جوهرها هي انعكاس لاتفاق الشركاء على طبيعة العقد، و مدلول ذلك أن الشريك لا تتوفر عنده نية الاشتراك إلا إذا عبّر عن رضاه بتأسيس الشركة و هو عالم بطبيعة عقد الشركة و أبعاده.¹ و نية الاشتراك من جهة أخرى هي تفسير للتعاون الذي يبديه الشركاء جميعا في سبيل الوصول إلى تأسيس الشركة و تحقيق هدفها بعد ذلك، و بدأ يمكن القول أن التعاون بين الشركاء يعززه حفظ المصالح المشتركة بينهم و تكريس المساواة، و مبدأ المساواة مبدأ أساسيا في قانون الشركات إذ يتجاوز نطاق التأسيس ليشمل حياة الشركة إلى غاية تصفيتها. و لقد كرّسه المشرع في العديد من النصوص القانونية كإبطال شرط الأسد و هو الشرط الذي يستحوذ من خلاله احد الشركاء على جميع الأرباح أو عدم إسهامه في الخسائر، و يجوز تفسير صحة الشرط الذي يمنع الشركاء من منافسة بعضهم البعض على أساس مبدأ المساواة، بل إن القضاء قد ذهب إلى ابعاد من ذلك فافتراض وجود شرط ضمني في عقد الشركة يقضي بعدم المنافسة بين الشركاء و الشركة.²

يبدو جليا أن الفقه ينظر إلى نية الاشتراك على انه ذلك التعاون الإرادي بين الشركاء وفقا للمساواة التي تسود بينهم، و يكفي الفقه بهذا القدر عند تمييز عقد الشركة القائم بين الشركاء عن وضعيات قانونية أخرى كالشيوخ أو عن بقية العقود التي يتمكّن أطرافها من الحصول على الربح دون مبادرة منهم كالقرض مثلا.³

إن نية الاشتراك عنصر شخصي لا يمكن إثباته إلا بالاستناد إلى ظروف الواقع.⁴ و يعتبر البحث في ظروف الواقع أمر صعب وذلك لأن حياة الشركة لا تبدأ في كل الأحوال انطلاقا من إبرام الوعد، لذا حاول الأستاذ GUYON أن يعطي مفهوما آخر لنية الاشتراك من خلال إبراز المعايير الكفيلة بتمييز الشركة عن غيرها من الأوضاع، فذهب إلى القول بأن نية الاشتراك تقوم على الطابع الإرادي للتعاون

¹ - G- RIPERT, R-ROBLLOT, traité de droit commercial, op.cit, p803

و يرجع أصل مفهوم نية الاشتراك من الناحية التاريخية إلى القانون الروماني، حيث كان هذا الأخير يميز بين الشركة و الشيوخ استنادا إلى عنصر نية الاشتراك، ثم احتفظ القضاء بهذا المفهوم و استند عليه أيضا عند قيامه بتحديد رضا الشركاء فذهب إلى اعتبار نية الاشتراك هي تلك النية التي تجعل الشركاء جميعهم متساوون و يلتزمون فيما بينهم سوية بتحقيق الغرض المشترك.

² - J-MESTRE, l'égalité en droit des sociétés ,Rev soc, 1989, p399. Yves GUYON, la fraternité dans le droit des sociétés , Rev soc, 1989,p439.cass .civ 12 octobre 1971, Bull.cass.1971, n°486.cass.com 6 mai 1991,Rev soc,1991, p 760, note : Yves GUYON

³ - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit p 130. cass . com 10 jain 1953,JCP 1954, 7908, note : BASTIAN

⁴ - والقاضي عند تقديره لوجود عنصر نية الاشتراك أو عدمه لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا في ذلك، ولذا يمكنها ان تستند الى التكييف المعتمد من طرفه انطلاقا من عناصر الواقع نفسها فقاضي الموضوع يرجع إليه وحده السلطة في تفسير إرادة الشركاء وتحديد ما اذا كان الوعد بالشركة قد اشتمل على العناصر الضرورية لوجود الشركة.

وعلى مساهمة الشركاء في التسيير،¹ وعلى تقارب المصالح فيما بينهم، و كل ذلك دون أن تكون هناك علاقة تبعية بين الشركاء.²

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها،³ وقد أقرت فيه ما ذهب إليه قضاة الموضوع حين قاموا بإثبات وجود عقد الوعد بالشركة استنادا إلى نية الشركاء في التعاون و الإشتراك رغم أن التصرف محل النزاع لم يتضمن تحديدا كافيا لموضوع الشركة المستقبلية، حيث لم يتضمن إلا إشارة بسيطة إلى نشاط الشركة و هو الترقية العقارية للأراضي، وهو ما حكمت بشأنه محكمة الاستئناف بأنه تحديد كاف، ولم تعقب عليه محكمة النقض بدورها أيضا.

وفي قرار آخر،⁴ أقرت محكمة النقض أيضا قضاة الموضوع حين ذهبوا إلى إثبات وجود عقد الوعد بالشركة، حيث كانت حيثيات النزاع متعلقة بتصرف اتفق فيه الشركاء حول شكل الشركة وموضوعها وحصص كل شريك فيها. لكن قضاة الموضوع لم يثبتوا وجود عنصر نية الإشتراك.

استنتج البعض بناء على هذا القرار أن محكمة النقض اتخذت موقفا عمليا تجاه وجود نية الإشتراك، فهي اشترطت من جهة -من خلال القرارات التي أصدرتها- أن يتضمن عقد الوعد بالشركة حدا أدنى من المسائل المتفق عليها بين الشركاء، لكنها من جهة أخرى لم تلزم قاضي الموضوع بالبحث عن نية الإشتراك إذا تعذر عليه ذلك بسبب انعدام الدلائل الواقعية.⁵

ب/- أثار عقد الوعد بتأسيس الشركة

لا يشترط في قيام عقد الوعد وصحته أحكاما خاصة، فكل القواعد العامة المعروفة في العقود تطبق في هذا العقد. ليس هناك حكم خاص ينفرد به. و يستوجب أن يتوفر الأطراف على الأهلية اللازمة عند إبرام عقد الوعد و هي في الوقت ذاته الأهلية الضرورية لإبرام العقد النهائي. ويتوافق مع ذلك خلو الإرادة أيضا من العيوب وسلامة الدوافع ناهيك عن العناصر الجوهرية للعقد النهائي.⁶ يبقى أن يشار إلى أن العقد النهائي إذا كان شكليا وجب في هذه الحالة أن يكون عقد الوعد مكتوبا أيضا.⁷

¹ - في الأصل، يتمتع الشريك بحق المشاركة في القرارات الجماعية في الشركة، إذن ليس يقصد هنا إلزام الشريك بالمساهمة في التسيير اليومي لأن هذا الأخير يرجع إلى دور المسيرين في الشركة، وإنما المقصود هو تمكين الشركاء من المشاركة في التوجيه العام لنشاط الشركة والنقد والمراقبة.

² - CAPORALE, société et indivision, Rev soc 1979, p 265. C.SAINT-ALARY HOUIN, les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil, RTD com, 1979, p 645. Com 3 juin 1986, Rev soc 1986, p 585, note : Yves GUYON. Com 21 janvier 1979, Rev soc, 1979.p349, note : D- BUREAU. Com 13 janvier 1998, Rev soc, 1998, p103, note : P-LECANNU.

³ - Bull civ n° 193 , JCP, 1979, p 276.

⁴ - Rev soc 1988, p 59, note : F. Benac -SCHMIDT

⁵ - Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 35

⁶ - Louis BOYER, contrats et conventions, Répertoire de droit civil, p 43

⁷ - Jacque GHESTIN, le contrat : formation, N° 325

وبعد قيامه صحيحا، ينتج عن عقد الوعد وضعية قانونية مشتركة بين الأطراف تشتمل على جملة من الحقوق، حينئذ لا يجوز العدول عن الوعد بالإرادة المنفردة.¹ وبهذا الصدد تبرز أهمية التمييز بين عقد الوعد وفكرة المشروع.

إن المشروع لا يتضمن عادة التزام الأطراف بإبرام العقد بل يتضمن فقط التزاما بإجراء التفاوض وعدم قطعه تعسفا مع التقيد بمبدأ حسن النية.² وفي حال وقوع ضرر بسبب القطع فالتعويض لا يشمل إلا الخسائر الناتجة عن إجراء التفاوض أو الدراسات الأولية إن وجدت، لذا لا يدخل في نطاق التعويض ما عسى المتضرر اكتسابه في حال إبرام العقد النهائي،³ بينما يرى البعض أنه بإمكان القاضي -عند تقدير التعويض- أن يستند إلى مدى تقدم عملية التفاوض ليستخلص ما إن كان منظور الربح يستحق أن يقوم على أساسه التقدير.⁴

أما عقد الوعد، ففيه يلتزم كل طرف بإبرام العقد النهائي،⁵ وبما أن العقد النهائي هو عقد الشركة المراد تأسيسها، فالواعد لا يقبل منه تنفيذ التزام غير الالتزام بالاستمرار في التأسيس و في حال إخلاله بهذا الالتزام وجب عليه التعويض. ويفسر ذلك بالقول أن نية الاشتراك تنعدم في اللحظة التي يتراجع فيها الشركاء عن الوعد. وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية.⁶ ولا شك أن تقدير التعويض بسبب العدول يتضمن ما أصاب الطرف المتضرر من خسارة و ما فاته من كسب.⁷ ويقع من الناحية العملية أن يتفق الأطراف على شرط جزائي يحددون من خلاله مقدار التعويض في حال عدم تنفيذ الوعد،⁸ و يجوز للقاضي أن يعدل الشرط إذا كان مبالغا فيه.⁹

و إذا كان الوعد ملزما لجانب واحد فقط، فالملتزم الوحيد هو الواعد، ولا يقع على الموعود له أي التزام، إذ يحتفظ لنفسه الحق في إبداء رغبته في الأجل المحدد للوعد، بينما يواجه الواعد خطر تحمّل الخسارة خاصة إذا لم يراع الموعود له أجل إبداء الرغبة، لذا يقع عادة أن يدرج في عقد الوعد الملزم لجانب واحد

¹ - Louis BOYER, op.cit, p 44

² - Com 20 mars 1972, JCP, 1973, 2,17545, note : SCHMIDT

³ - Malaurie et Aynes, cours de droit civil : les obligations, CUJAS, 1986, n° 244

⁴ - Geneviève VINEY, Traité de droit civil : la responsabilité, Litec, 1982, n° 198

⁵ - Louis BOYER, op.cit, P 44

⁶ - cass,req 19 février 1907, S1912, I p 217, note : PERROUD. Cass 1^{er} civ 08 octobre 1963,Bull civ 1 n°419, 359

⁷ - أشارت إلى ذلك المادة 182 من القانون المدني "...ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب..."

Jacque MESTRE, de la notion de clause pénale et de ses limites, RTD civ, 1985, p 372

⁸ - Dominique VELARDOCCIO FLORES, op.cit, p 36. L- HUGON, le sort de la clause pénale en cas d'extinction de contrat , JCP, 1994,I3790

⁹ - راجع المواد 183، 184 من القانون المدني وأيضا:

E- ALFANDARI, le contrôle des clauses pénales par le juge, JCP, 1971, I, 2395. B-BOCCARA, la réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP, 1975,I,2742

شرطا يقضي بالتعويض يلتزم به الموعد له في حال لم يبد رغبته خلال الأجل.¹

ثانيا: البروتوكول الاتفاقي ، تنظيم للشركة المستقبلية

لقد رأينا انه قد يسبق مرحلة تأسيس الشركة قيام الشركاء بإبرام اتفاقات فيما بينهم، يهدف الشركاء -في الغالب - من خلالها العمل على تحديد ملامح الشركة المستقبلية. فإذا قرر الشركاء مثلا على أن تكون حصصهم في الشركة متساوية، يلجؤون إلى تضمين الاتفاق الحاصل بينهم شروطا يتفادون بها انسداد عملية اتخاذ القرار عند انطلاق الشركة في نشاطها.² أما إذا كانت حصص الشركاء متفاوتة تلجأ أقلية الشركاء عادة إلى الحصول على ضمانات عبر تشديد مسائل إدارة الشركة بجملة من الشروط. إن المشرع قد وضع أمام الشركاء عددا من الشركات المختلفة محاولا من خلال ذلك تمكين الشركاء من اختيار شكل يلاءم مقتضيات النشاط. فلا يجوز الخروج عما حدده المشرع إلا فيما أجاز به بقواعد مكملة.

إن البروتوكول الاتفاقي باعتباره اتفاقا سابقا للعقد النهائي، يعد اتفاقا صحيحا تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد. لكن يظل دوما على الشركاء وجوب التقيد بالقواعد الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات (أ) و يحتوي البروتوكول الاتفاقي على عديد من المسائل ذات الصلة بالشركة (ب)

أ- صحة البروتوكول الاتفاقي

يتجه القضاء إلى القول بصحة البروتوكول الاتفاقي منظورا إليه كأحد الاتفاقات السابقة لتأسيس الشركة، و ينتبع واقع الشركات التجارية نجد أن الغالب في حالات إنشاء البروتوكول يتم في إطار تأسيس الشركات القابضة [holding] والشركات التابعة المشتركة [filiale commune]،³ و لم يولي المشرع الجزائري اهتماما كبيرا بالشركات القابضة ولم يخصص لها نظاما قانونيا مستقلا، حيث خصص لها بعض النصوص التي تندرج ضمن مجمع الشركات. و الشركات القابضة هي شركات تمتلك نسبة مشاركة في رأسمال شركات أخرى بما يمكنها من الحصول على أغلبية التصويت في الجمعيات العامة، أو بمعنى آخر تصبح الشركات القابضة شركات مراقبة لتلك الشركات، و تعد هذه الهيكلة نتيجة مباشرة لمقتضيات تركيز الاقتصاد و تكتل الشركات التجارية، إذ أصبحت الشركات تلجأ إلى التمدد بغية مواجهة التحديات الصناعية الجديدة و اشتداد المنافسة. أو محاولة للتقارب بين أصحاب رؤوس الأموال،⁴ و تعد

¹ - A-BENET, indemnité d'immobilisation dédit et clause pénale , JCP, 1987, I, 3274.PH-REMY, promesse synallagmatique de vente :la clause de dédit est elle une clause pénale, RTD civ, 1990,p514.

و يقصد بشرط بدل التنازل أو التخلي عن العقد [clause dédit] التزام المتعاقد بدفع مبلغ مالي متفق عليه ابتداء مقابل عدم تنفيذ الالتزام العقدي و كأنه تعويض عن عدم التنفيذ أو يمكن اعتباره كبدل لحق العدول عن تنفيذ العقد و بهذا يقترب هذا الشرط من مفهوم العربون [Arrhé].

² - مثال ذلك، إذا كانت الشركة شركة تضامن و كان الشريكان يعتزمان تقديم حصص متساوية ، فإنه يجوز للشريكين في هذه الحالة أن يتفقا على آلية لاتخاذ القرارات المتعلقة بحياة الشركة و ذلك باعتماد أغلبية محددة تطبيقا للمادة 556 قانون تجاري بالنسبة لشركة التضامن و المادة 563 مكرر 4 بصدد شركة التوصية البسيطة.

³ - و هو ما تلجأ إليه العديد من مؤسسات الدولة والشركات المنشئة على إقليم الدولة حيث تلجأ إلى إبرام عقود الشراكة مع شركات أجنبية، لذا يعد البروتوكول الاتفاقي آلية شائعة. والذي يهدف غالبا إلى إنشاء شركات مختلطة مع تحديد نسب مشاركة لكل طرف في رأس مالها.

⁴ - Dominique VELARDOCCIO FLORES, op.cit, p 38

الشركة القابضة واحدة من آليات التنظيم المالي والبنوي لمجمع الشركات حيث تسمح بمراقبة الشركات المشكّلة له وضمان فاعلية التسيير الاقتصادي فيه.¹

يعتمد المشرّع بصدده مفهوم الشركة القابضة على معيار أغلبية الأصوات في الجمعية العامة، لذا تعد الشركة قابضة كل شركة تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءاً من رأس مال شركة أخرى يخولها أغلبية الأصوات.²

نستخلص من موقف المشرّع أن الشركة القابضة تجسد حقيقة مجمعا للشركات يقوم على الروابط المالية، و تتمثل الروابط المالية في حصة رأس المال المملوكة من طرف كل شركة في الشركة الأخرى من المجمع. ولا تخرج هذه الروابط على نوعين رابط مادي حيث يشترط أن تكتسب الشركة جزءاً معتبراً من الأسهم أو الحصص في رأس مال الشركة المصدرة للأسهم أو الحصص. أما الرابط المعنوي و هو عنصر القصد أي أن يكون هدف الشركة التمكّن من السيطرة أو النفوذ داخل الشركة المصدرة و أن لا تكون مساهمة الشركة مجرد توظيف للأموال فقط.³

إن الشركة القابضة لا تمارس أي نشاط صناعي أو تجاري و إنما دورها الأساسي هو حيازة الأسهم الكفيلة بالسيطرة على المجمع.⁴

وتسمح الشركة القابضة من ناحية أخرى بتحديد مركز السلطة داخل مجمع الشركات من خلال تمكّنها من الأغلبية داخل الشركات الأخرى، مما يمنحها سلطة تامة على صدور القرار فيها. و يقع كذلك أن يلجأ الشركاء إلى نموذج الشركة القابضة في الحالة التي يرغبون فيها الحصول على رقابة شركة ما دون أن يكون بحوزتهم المقدار الكافي في رأسمال الشركة، ينشؤون لهذا الغرض شركة أخرى ويمنحونها جميع الحقوق التي كانت بحوزتهم في الشركة الأولى ، ثم تلجأ الشركة القابضة المؤسسة خصيصاً لإعادة الهيكلة البنوية فتحصل على الرقابة.⁵ ومن هذا المنظور تبرز هشاشة الشركة القابضة و الاتفاقات المنشئة لها. إذ لا يستبعد أن تكون شركة صورية لأن أغلب أسهم أو حصص رأس المال فيها تعود إلى شركات أخرى، إلا أن محكمة النقض الفرنسية تتجه في قضائها إلى أن قيام أصول الشركة القابضة على أسهم أو حصص شركات أخرى فقط لا يكفي لجعل هذه الشركة القابضة شركة صورية.⁶

وينتقد البعض لجوء الشركاء إلى نموذج الشركة القابضة من ناحية أخرى بالإخلال بمبدأ حرية التصويت في الجمعيات العامة لأنهم يتنازلون عن حقهم في التصويت إلى الشركة القابضة لتمارسه بدلا

¹- Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p 874

²- راجع المادة 721 من القانون التجاري الجزائري

³- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit p 628

⁴- A -COURET, D- MARTIN, la société holding, Que sais-je, 1991, p 20

⁵- Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p 874

⁶- Cass 5 Mars 1982, Bull . civ I, n° 156, p 139

عنهم.¹ ناهيك عن إبرام اتفاقات هدفها تنظيم التصويت أين تنتهي عادة بصدور قرارات قائمة على تعسف الأغلبية.² وتكون عادة هذه الاتفاقات غير محددة المدة والغرض.³ إلا أن القضاء الفرنسي مستقر على الأخذ بصحة الشركات القابضة طالما أنها قد أنشأت لتحقيق التماسك في نشاط الشركات المنضوية تحت المجمع.⁴

بقي أن نشير إلى أن الشركة التابعة المشتركة [Filiale commune] تؤسس عادة من طرف الشركاء من أجل تكريس رغبتهم في التعاون، و رغم وجود العديد من الأسباب و الدوافع التي تبرر اللجوء إلى نموذج الشركة التابعة المشتركة فإنه يمكن حصرها في ما يلي:

- أسباب تجارية: قد يراد من تأسيس الشركة التابعة المشتركة إنشاء شبكة مشتركة للتوزيع.
- أسباب إنتاجية: قد يراد من خلالها تصنيع منتج أو تجهيزات مشتركة، تضعها الشركة التابعة لنفسها.
- أسباب تتعلق بالتسيير المشترك: وهنا قد تقوم الشركة التابعة المشتركة بجملة من الأعمال المتعلقة بتقديم الخدمة كالإشهار أو البحث أو المحاسبة ... الخ.
- قد تعتبر مثل هذه الشركة خطوة أولى نحو الاندماج بين الشركات المؤسسة لها.⁵

يعرّف الأستاذ CHAVRIN الشركة التابعة المشتركة بأنها شركة تؤسس من طرف شركات أخرى، حيث يقتسم الشركاء سلطة التسيير بالتساوي فيما بينهم، و يكون موضوع الشركة تنظيم التعاون بشكل دائم، و بهذا المفهوم تختلف الشركة التابعة المشتركة [Filiale commune] التي تتميز بالديمومة إضافة إلى اتخاذها شكلا من أشكال الشركات التجارية عن المشروع المشترك⁶ [Joint venture] الذي يعتبر مجرد عقد من عقود الأعمال.⁷

1- Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 38

2- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit p 629

3- Cass. com 10 juin 1960, Bull civ, p 210, n° 227

4- وبهذا الصدد اتجهت محكمة استئناف D'Aix en Provence إلى العكس من ذلك في قضية Lustucru ضد Carret و Rivoire حيث قدرت هذه المحكمة أن تأسيس شركة قابضة داخل المجمع بهدف ضبط وتحديد السياسة المشتركة داخل المجمع بناء على بروتوكول اتفاقي بين المساهمات المالية لكل طرف ومدى المشاركة في مجلس المراقبة ومجلس المديرين التابعين للشركة القابضة، قدرت بأنه مساس بحق التصويت لكن القرار طعن فيه بالنقض من طرف محكمة النقض الفرنسية و أثبتت صحة البروتوكول بعد الإحالة أنظر:

Com. 24 février 1987, D 1987, p 599, note : J-HONORAT. CA Paris. 18 juin 1986, Rev soc 1986, p 422, note : Yves GUYON

بدورها ذهبت محكمة باريس وبكل وضوح إلى أن إنشاء شخص معنوي بهدف الحصول على الأغلبية في رأس مال شركة أخرى لا يعد في حد ذاته عملية غير مشروعة إضافة إلى أن قانون 24 جويلية 1966 نص على إمكانية ذلك دون أن يضع احتياطات بشأنها:

CA Paris. 20 octobre 1980, Rev soc 1980, p 774, note : A-VIANDIER,

5- Jean Pierre BRILL, la filiale commune, thèse Strasbourg, 1975. M-FLEURIET, les Filiales communes : le choix d'une forme juridique, JCP, 1979, I, 2945.

6- pour le joint venture : Valérie PIRONON, les joints ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale, Dalloz, paris 2004. J-CALUO, la pratique internationale des joints ventures, petites affiches, 16 mars 1990, p 17.

و المشروع المشترك [joint venture] هو شراكة بين عدد من المؤسسات ذو طبيعة عقدية أي يقوم على العقد و له موضوع محدد يتمثل أساسا في الوضع المشترك للوسائل و المخاطر مع مشاركة متعادلة عند اتخاذ القرار.

7 - Robert CHAVRIN, l'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, Harmattan, paris 2002, p 312

والحقيقة إن المشرع الجزائري و حتى المشرع الفرنسي لا يعرفان مثل هذا النوع من الشركات حيث لا يوجد مثل هذا الشكل الخاص بل إن مصدرها الحقيقي هو الاتفاق الذي يبرمه الشركاء المؤسسون لها أي من خلال البروتوكول الاتفاقي، وفي هذا الاتفاق يهيئون لها إطارا تنظيميا استنادا إلى أحكام قانون الشركات،¹ و لكن الشركة التابعة المشتركة تأخذ شكلا من الأشكال المعروفة في الشركات التجارية، حيث تكون مساهمة كل طرف تعادل مساهمة الطرف الأخر أي أنها تقوم على المشاركة المتساوية في رأس المال [50/ 50]، وهي بهذا الشكل تجمع الأطراف معا دون أن يتمكن احدهم من السيطرة على الأغلبية عند إصدار القرارات و لذا سيكون رضا الطرفين أمر جوهري في حياة الشركة.²

ومن جهته يرى الأستاذ CHAVRIN أن اللجوء إلى نموذج الشركة التابعة المشتركة يعد في حد ذاته تعزيزا لدور العقد والإرادة في تنظيم التعاون بين المؤسسات و الشركات.³ إن أهم مظاهر تلك الإرادة هو تأمين التوازن داخل الشركة بالقدر الذي يمنع كل طرف من فرض إرادته على الطرف الأخر.⁴

و يرى الأستاذ GUYON أن الشركة التابعة المشتركة نموذج يشتمل على مساوي، منها أن الشركة تؤدي عادة إلى الإخلال بالقواعد المنظمة لشركات المساهمة،⁵ فهي تابعة ومرتبطة بمصالح خارجية و لأنها أيضا تتدرج ضمن اتفاقات موسعة، ناهيك عن غياب العناصر الأساسية لعقد الشركة خاصة نية الاشتراك.⁶ الأمر الذي يدفع الشركاء او المؤسسون للشركة التابعة المشتركة إلى إبرام بعض الاتفاقات التي يحاولون من خلالها تكريس التوافق بينهم، فيلجئون مثلا إلى إبرام اتفاقات تؤمن نظاما تناوبيا في تولي المناصب الرئيسية (رئيس مجلس الإدارة أو المديرين) [postes clefs] بين الشركاء المؤسسين. أما من الناحية الواقعية قد يؤدي نظام الشركة التابعة المشتركة – نظرا للمساهمة المتساوية بين الشركاء- إلى حدوث انسداد في اتخاذ القرار فيها، ويكون ذلك مرجحا دائما عند تراجع الانسجام بين الشركاء.⁷

أما من ناحية القضاء، فالقضاء الفرنسي يسلك طريقا خلافا في سبيل تحديد النظام القانوني للشركة التابعة المشتركة والاتفاقات المنشئة لها، ففي القضية المحورية في هذا القضاء قضية الشركتان Schneider و Marine جاء فيها أن شركتان Marine Firminy و Schneider اكتسبتا معا و بالتساوي رقابة شركة أخرى و هي شركة Creusot Loire ولتحقيق هذا الهدف أي إحكام السيطرة على رقابة

¹- Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 39

²- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit p 631

³- يرى الأستاذ CHAVRIN كذلك أن الشركة التابعة المشتركة بإمكانها أن تكون إحدى أهم مظاهر التحول التي تشهدها الجزائر في سبيل دخولها اقتصاد السوق الذي يقوم بالأساس على جلب الاستثمار الأجنبي بناء على تنظيم إرادي للتعاون، لذا من المهم جدا إيلاء أهمية بالغة إلى الشركات التابعة المشتركة باعتبارها أهم أوجه التنظيم الإرادي راجع:

Robert CHAVRIN , l'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, op.cit,p 313

⁴- Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 39

⁵- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit,p 631

⁶- Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 40

⁷- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit,p 631

الشركة Creusot قررتا إنشاء شركة أخرى تأخذ شكل شركة تابعة مشتركة و هي شركة Marine Schneider. إلا أنه خلافا للمعتاد لم تكن حصص أصول هذه الشركة والتي تعود إلى الشركتين الأم¹ لم تكن متساوية، لذا قامت من خلال بروتوكول اتفاقي بتنظيم العلاقات القائمة بينهما والتي نشأت بسبب الشركة التابعة المشتركة، وكان هذا التنظيم قائما على أساس تأمين المساواة بين الشركتين إضافة إلى مسائل أخرى منها :

- التوزيع المتساوي للمناصب الإدارية في شركتي Creusot Loire و Marine Schneider حيث تتداول الشركتان منصبي رئيس مجلس الإدارة و نائبه.

- توزيع حقوق التصويت في جمعيات المساهمين لشركة Creusot Loire

- تمتنع الشركتان الأم رفع مساهمتها في شركة Creusot Loire

- تمتنع كل شركة أم على شراء أسهم في الشركة الأم الأخرى.

- إذا تعذر على الشركتين الأم أن تتفقا بشأن اتخاذ القرار في شركة Creusot Loire يلجأ إلى الشرط التحكيمي المدرج في البروتوكول الاتفاقي حيث يمنح هذا الشرط إختصاصا تحكيميا إلى محكم تعيينه الشركتان بالتوافق لمدة 05 سنوات.

و بعد مرور ثلاث سنوات، وقع أن اكتسبت شركة Schneider ما يقدر بـ 34 % من رأسمال شركة Marine Firminy و ذلك ضمن عمليات البورصة. قامت شركة Marine Firminy جرّاء ذلك بإخطار المحكم تطبيقا للبند التحكيمي انطلاقا من كون عملية الشراء هذه تعد مخالفة للبروتوكول الاتفاقي الذي يمنع ذلك صراحة، رفضت شركة Schneider تطبيق قرار التحكيم الذي قضى بوضع الأسهم المشتراة من طرفها و التي تعود إلى شركة Marine Firminy تحت الحراسة ، و إلى جانب عدم تطبيق قرار التحكيم قامت برفع دعوى إبطال البروتوكول الاتفاقي أمام محكمة باريس.

لكن الحكم الذي صدر عن محكمة باريس لم يبطل البروتوكول الاتفاقي و إنما إقتصر الإبطال على بعض الشروط المدرجة فيه مثل تلك التي تلزم الأطراف باللجوء جبرا إلى التحكيم في كل المسائل المتعلقة بصلاحيات أجهزة الشركة، ومؤكدا في الوقت ذاته على صحة البروتوكول الاتفاقي.²

يلاحظ بعض الفقهاء أن مثل هذا القرار قد تصدى إلى مسألة في غاية الأهمية ألا و هي مدى صحة الشركة التي لم ينظمها المشرع و إنما تولى تنظيمها الشركاء الذين أسسوها بمقتضى تنظيم عقدي خاص. لقد جاء هذا الحكم مرجحا لصحة الشركة التابعة المشتركة، و بذا يسمح الاستناد على هذا الحكم بالرد على الاعتراضات التي سيقف من طرف الفقه حول صحة الشركة.

¹ - الشركتان الأم في هذا التحليل هما شركة Schneider و شركة Marine Firminy

² - Trib com paris, 1^{er} aout 1974, affaire marine Firminy, Gaz Pal, 1974, 525. Rev soc 1974, p685, note : OPPETIT. RTD com 1975, p 130, note : HOUIN. Trib com paris, 1^{er} aout 1974, Bull joly, 1975, p 186.

فبشأن الإدعاء أن الشركة التابعة المشتركة لا تقوم على نية الاشتراك، فإنه يرد على ذلك بالقول أن هذه الشركة في حد ذاتها قد صممت من أجل حماية المصالح المشتركة بين الشركاء المؤسسين، بدلا من أن ترّجّح مصالح البعض على البعض الآخر. و هو ما ينتج عادة عن تطبيق قاعدة الأغلبية، ناهيك عن أن الشركة تسمح بتجسيد إرادة كل شريك.

أما بشأن الإخلال بحق التصويت فيرد بالقول أنه وإن كان من الثابت فعلا عدم جواز حرمان المساهم أو الشريك من حقه في التصويت على أساس أن مثل هذا الحق يعتبر من النظام العام بل من المبادئ المهمة في قانون الشركات، فإنه يجوز من ناحية أخرى التنازل عن صفة المساهم أصلا و تقديمها من جديد ضمن كيان قانوني مستقل، يحقق المساهمون أو الشركاء من خلاله أهدافهم الجماعية و مصالحهم المشتركة.

لقد تضمن الحكم المذكور في ديباجته الإشارة إلى أن التقيّد بالعقود التي تم إبرامها بالتراضي شرط ضروري في كل نشاط اقتصادي، و هو بذلك يمهدّ إلى الاعتراف بالعقود الملحقة بالقانون الأساسي للشركة التابعة المشتركة و الهادفة إلى تنظيم علاقات الشركاء.

يعترف التشريع الجزائري ضمنا بصحة الشركة التابعة المشتركة. حيث يستخلص ذلك من المادة 722 مكرر3 من القانون التجاري المبيّنة للحالات التي يلزم فيها اللجوء إلى الحسابات المجمعّة [comptes consolidés] ، وفقا للنص المذكور تلتزم الشركات القابضة -المعرّفة بالمادة 731 من نفس القانون- بإعداد الحسابات المدعّمة، ليأتي بعد ذلك القرار¹ المؤرخ في 9 أكتوبر 1999 (المحدد لكيفيات إعداد و تجميع حسابات المجمع)، مبينا و شارحا لمفهوم الحسابات المدعّمة. و بالرجوع إلى المادة 3 من هذا القرار نجد أنها أشارت إلى مفهوم الرقابة المشتركة [contrôle conjoint] و ذلك بصدد الشركة التي تتم مراقبتها من طرف عدد محدد من الشركاء أو المساهمين حيث تصدر القرارات فيها بناء على إتفاق مشترك بينهم.²

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فالإشكال لا يعرض لديه، لأنه يعترف أصلا بشركة المساهمة البسيطة [société anonyme simplifiée] التي يرى كثير من الفقهاء أنها الحاضنة الجيّدة للشركة التابعة المشتركة و السبب في ذلك أنها شركة أجاز المشرع للشركاء فيها بتنظيم جميع المسائل المتعلقة بها من خلال القانون الأساسي.³

¹- القرار المؤرخ في 09 أكتوبر 1999 الصادر عن وزارة المالية المحدد لكيفيات اعداد و تجميع حسابات المجمع، ج ر عدد 87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1999، ص 11، راجع : مبروك حسين ، القانون التجاري . دار هومة الجزائر 2003.

²- Le contrôle conjoint est définie comme étant : le contrôle partagé conjointement par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent d'un commun accord.

³- Yves GUYON, présentation générale de la société par actions simplifiée, Rev soc 1994, p 207. J-PAILLUSSEAU, la liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote, D 2008, p 153. Paul LECANNU, direction et le contrôle de la société par actions simplifiée, in société par action simplifiée, G LN joly 1994, p 23

ب/- نطاق تطبيق البروتوكول الاتفاقي

إن المتعاقد حين يعبر عن إرادته التي تؤدي إلى قيام العقد يضع في الحسبان مدى فاعلية العقد في حد ذاته. و ينسحب هذا الكلام أيضا على عملية إعداد البروتوكول الاتفاقي الذي يسبق تأسيس الشركة. فالشركاء المؤسسون لا يهتمون عادة مسألة فاعلية البروتوكول الذي يبرمونه قبل أن يوقعوا على القانون الأساسي للشركة. فمن الضروري إذن معرفة ما إن كان البروتوكول يظل نافذا حتى بعد توقيع القانون الأساسي أو انه يفقد أثره بمجرد قيام الشركة.

لقد ثار هذا التساؤل لدى القضاء الفرنسي بصدد النزاع القانوني الذي طرح أمامه بشأن مجمع Rivoire et carret و مجمع Lustucru، كان المجمعان المذكوران قد أبرما بروتوكولا إتفاقيا بتاريخ 27 أكتوبر 1967، حيث قضى هذا البروتوكول بقيام المجمعان بعمليات إدماج لعدة شركات تنتمي لكل من المجمعين و إنشاء شركة قابضة [holding] تمتلك 70% من رأسمال الشركات المكوّنة لكل مجمع. وفي نفس السياق تقسم أسهم الشركة القابضة بين المجمعين وفقا للنسب الآتية: مجمع Rivoire et carret بنسبة 70% أما مجمع Lustucru فبنسبة 30%. و أخيرا أن توزع- في الشركة القابضة و بالتساوي- المناصب الإدارية في مجلس المديرين و مجلس المراقبة.

بعد عدة أشهر تم إنجاز عمليات الإدماج بين الشركات المنتمية للمجمعين. و بتاريخ 29 جويلية 1968 تم توقيع القانون الأساسي للشركة القابضة وفقا لما يقتضيه البروتوكول الاتفاقي باستثناء الشرط الذي يقضي بتقاسم المجمعين عضوية مجلس المديرين و مجلس المراقبة فإنه لم يتم إدراجه في القانون الأساسي. إلا انه تم احترام الشرط في التعيينات الأولى.

و جرّاء حدوث تنازل عن الرقابة¹ تغيرت سياسة الأغلبية لدى مجمع Rivoire et carret ، حيث تعارضت مصالح هذه الأغلبية مع ممثلي مجمع Lustucru حتى بلغ الأمر إلى إقصاء هؤلاء من أجهزة إدارة الشركة القابضة.

لقد أثار مجمع Lustucru العديد من الحجج القانونية بغية الوصول إلى إلغاء ما تمخض عن البروتوكول الاتفاقي الذي جمعه مع مجمع Rivoire et carret منذ سنة 1967 خاصة ما تعلق بالهيكل

¹ - يعرف الفقه التنازل عن الرقابة [cession de contrôle] بأنها عملية تجارية تنتج نتيجة لتنازل مساهمي الشركة عن عدد من الأسهم أو الحصص في رأس المال فتنقل الأغلبية جراء ذلك من هؤلاء المساهمين إلى أشخاص آخرين، فتستدعي الضرورة هنا توفير الحماية للعديد من الأطراف التي لها علاقة بالشركة كالدولة من خلال المصلحة العامة، المتنازل إليه ذاته، أغلبية المساهمين في الشركة، الأجراء، الدائنون المتعاقدون مع الشركة... الخ. و من جهة ينظر إلى عملية التنازل عن الرقابة على أنها بيع للشركة من الناحية الاقتصادية و ليس من الناحية القانونية، حيث لا تخضع هذه العملية إلى أحكام التنازل عن المؤسسة. و تؤكد محكمة النقض الفرنسية أن عملية التنازل عن الرقابة عملية تجارية بحتة تخضع إلى اختصاص المحكمة التجارية مما يسمح أيضا هذا التكييف بتطبيق قواعد القانون التجاري كحرية الإثبات، التضامن المقترض، صحة الشرط التحكيم... الخ راجع:

Cass com.26 mars 1996, Bull joly, 1996, p 588. D 1996, somm 342,obs , J-CL HOUIN. RTD com 1996, p 647, obs,J-DERRUPPE. B-OPPÉTIT, la prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, JCP 1970,P 2361, J-PAILLUSSEAU, la cession de contrôle et la situation financière de la société cédée,JCP 1992, p3578. C-HANOUN, les conventions portant transfert de contrôle et la transparence des sociétés, D 1994, p 67

القانوني الجديد المتمثل في الشركة القابضة، لكن محكمة مارسييا لم تجاري مجمّع Lustucru في الحجج المقّمة من طرفه.¹

و بمقتضى الإحالة اتجهت محكمة استئناف باريس إلى نقل النزاع إلى محتوى البروتوكول الإتفاقي دون الوقوف عند صحته. حيث ذهبت في حكمها إلى أن إنشاء الشركة القابضة كان فعلا من مضامين البروتوكول الإتفاقي إلا أنه بعد إتمام انجازها وفقا للكيفيات المحددة يكون البروتوكول قد فقد فاعليته. و لذا تكون الشركة القابضة الناتجة عنه خاضعة بعد ذلك إلى قانونها الأساسي و ليس إلى البروتوكول الاتفاقي الذي انقضى بمجرد تنفيذه و لم يعد نافدا لا في مواجهة الموقعين عليه ولا في مواجهة الغير.²

طعن مجمّع Lustucru في الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض مستندا إلى خطأ في تكييف البروتوكول الاتفاقي محل النزاع و تفسيره، و ذلك أن المحكمة قد شوّهت بنود البروتوكول الإتفاقي رغم وضوحها و دقتها. لكن محكمة النقض لم تستجب لطلب المجمّع هذا و أيّدت حكم محكمة استئناف باريس بأن أزالته شبهة التشويه عنه ورفضت الطعن بالنقض.³

نخلص في الأخير إلى القول بأن البروتوكول الإتفاقي يعد من العقود التحضيرية فبمجرد إنشاء الشركة و توقيع الشركاء على القانون الأساسي يفقد البروتوكول أهميته القانونية و يبقى القانون الأساسي وحده شريعة الشركاء و يمكن القول من ناحية أخرى أن البروتوكول ذاته محدود الأثر و السبب في ذلك أن الشركاء لا يمكنهم الرجوع إلى أحكام البروتوكول إلا إذا أدرجوا مضمونه من جديد في القانون الأساسي. إضافة إلى أنه لا يخضع المساهمون أو الشركاء الجدد الذين ينضمون إلى الشركة بعد تأسيسها إلا إلى القانون الأساسي حتى و إن وجد اتفاق بين المساهمين ذو الأغلبية.⁴

و نستنتج من ذلك كله أنه لا يستطيع الشركاء الاحتفاظ باستمرارية البروتوكول الإتفاقي في التطبيق بعد تأسيس الشركة لأنه يعتبر من قبيل تأييد الإلتزام. لذا فهو من هذه الناحية يصطدم بالمبدأ الذي يقضي بإمكانية تعديل القانون الأساسي في أي لحظة.⁵

¹ - Trib Marseille.8 aout 1983, Rev soc 1984,p80,note : J-MESTRE.

² - " La constitution du holding était l'objet même du protocole que la réalisation de cet objet selon des modalités qui dans l'ensemble avaient été respectés faisait perdre à cet accord toute efficacité que la société était régie par ses seuls statuts et non par une convention qui son objet épuisé , ne pouvait plus s'imposer ni aux signataires ni aux tiers ", CA Paris .18 juin 1986,Rev soc 1986,p 422, note : Y-GUYON

³ - Cass com.24 février 1987,Bull 1987, n°54, p 39. D 1987, p 599,note :J-HONORAT

حول سلطة محكمة النقض في رقابة تشويه و تحريف شروط العقد الواضحة و الدقيقة راجع:

Yvaine Buffelan LANORE, Virginie Larribeau Terneyre, Droit civil : les obligations, 13^{ème} éd, Sirey,paris 2012, p 402. P-ANCEL, force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTDciv,1999,p 771. J-BORE, un centenaire :le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes, RTD civ,1972,p249.

⁴ - Dominique VELARDOCCIO FLORES, op.cit, p45

⁵ - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit,p149

الفرع الثاني : النظام الداخلي

le règlement intérieur

لقد سبقت الإشارة إلى أنه من الجائز تنمة أحكام القانون الأساسي بملاحق، و لقد اصطلح على هذه الملاحق من طرف الفقهاء بالوثائق غير التأسيسية، و هي غير تأسيسية لأن المشرع لم يجعلها من مقتضيات اكتساب الشخصية المعنوية للشركة المراد تأسيسها. لذا لا يمكن اعتبارها من قبيل إجراءات التأسيس.

ولا شك أن لهذه الوثائق قيمة قانونية لكونها مظهر من مظاهر الإرادة إضافة إلى أن لها تأثير على القانون الأساسي ذاته.

يعد النظام الداخلي من أهم الوثائق غير التأسيسية لما له من علاقة مباشرة بحياة الشركة، إلا أن المشرع لم يفرد له نصا خاصا في قانون الشركات،¹ ويلجأ اغلب الأشخاص المعنوية عادة إلى النظام الداخلي كالشركات الفلاحية ، التجمع ، الشركات المدنية المهنية ، التعاونيات و الجمعيات ... الخ،² و بصفة عامة في الشركات المدنية و التجارية.³

و لدراسة النظام الداخلي يقتضي الحال أن نبرز طبيعته (أولا) و أن نحدد معايير الصحة فيه (ثانيا).

أولا : طبيعة النظام الداخلي

إن الشركة التجارية كأى شخص معنوي تقوم بإعداد قواعد تهدف من خلالها إلى ضبط النشاط مما يستتبع حتما من أن تكون تلك القواعد ملزمة للشركة نفسها و للأشخاص المكونين لها. ولا شك أن أهم إطار لهذه القواعد هو القانون الأساسي نفسه و يليه النظام الداخلي للشركة.⁴ و نظرا لأهمية النظام الداخلي من ناحية تجسيده لإرادة الشركاء لابد من إبراز مفهومه الخاص من وجهة قانون الشركات (أ) قبل أن نحدد موقعه وفقا للترتيب السلمى في مواجهة الوثائق الأخرى (ب).

¹ - من هذا المنظور يختلف النظام الداخلي في قانون الشركات عن النظام الداخلي الوارد في قانون العمل بمقتضى م 77 من القانون 11/90 المتضمن علاقات العمل، و يكمن الفرق في الطبيعة القانونية للمؤسسة، فالمؤسسة مفهوم اقتصادي خلافا للشركة التي تكتسب الشخصية المعنوية لذا يكون النظام الداخلي في هذه الحالة منظما لمسائل هذا الشخص المعنوي.

² - المادة 21 من القانون رقم 19/87 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، ج ر عدد 50 ، 1987/12/9

³ - يعتد القضاء الفرنسي بالنظام الداخلي للشركة التجارية حيث أصدرت محكمة استئناف باريس حكما باتا في النزاع القائم بين شركة المساهمة Louis Vuitton و مجمع Moët Hennessy-Louis Vuitton (L.V.M.H) ، في هذا الحكم استندت المحكمة إلى النظام الداخلي المعد بالإجماع من طرف مجلس المديرين لمجمع L.V.M.H ، حيث تضمن هذا النظام صراحة بندا يقضي بأن إدارة المجمع تقوم على التسيير الحر و المستقل و تقوم المسؤولية المتعلقة بالتنفيذ على مسيري الشركات المشكلة للمجمع و ذلك كله في إطار التوجيهات المعطاة من طرف المجمع.

CA Paris.1^{ere} chambre, arrêt n°89/5398,10/04/1989.

⁴ - Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p 206

أ/- تعريف النظام الداخلي

إن النظام الداخلي وثيقة تصدرها الشركة بغية ضبط كفاءات تطبيق القانون الأساسي، لذا يشترط أن يتولى إعداد النظام الداخلي الجهاز المختص بذلك و الذي يحدده الشركاء عادة في القانون الأساسي. على أن لا يقتصر مفهوم النظام الداخلي على الشروط المنظمة لمداورات مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، فالنظام الداخلي هو ما كان موجها لكافة الشركاء ومتضمنا لمسائل متفرقة¹ و تقوم الشركة بإعلام الشركاء بما يتضمنه النظام الداخلي ولا تستقل الشركة في تحديد مضمونه. فهي تظل مقيدة بالنصوص الآمرة و بنود القانون الأساسي على حد سواء فلا يجوز أن يخالف النظام الداخلي نصا أمرا أو شرطا من شروط القانون الأساسي². وفي الوقت ذاته لا يعد النظام الداخلي نافذا في حق الغير، لأنه خلافا للقانون الأساسي ليس هناك ما يلزم الشركة بنشر النظام الداخلي، و تطبيقا لهذا الحكم لا يسري كذلك في مواجهة الشركاء أو المساهمين الجدد إلا بتعبير صريح منهم بالخضوع لأحكامه أو إذا تضمن القانون الأساسي شرطا يقضي بذلك³.

إن فالنظام الداخلي وثيقة تنظم من خلالها العلاقات الناشئة بمناسبة الشركة و هي العلاقات القائمة بين الشركاء أنفسهم أو بينهم و بين الشركة. و يضاف إلى ذلك التطرق إلى سير الأجهزة الداخلية للشركة. و لكن حتى و إن كان النظام الداخلي يتم القانون الأساسي فإنه يظل دائما مستقلا عنه شكلا، فلا يدرج في المستند المادي المتضمن القانون الأساسي و إنما يتميز عنه لذلك كان النظام الداخلي من الوثائق غير التأسيسية⁴.

يتولى إعداد النظام الداخلي للشركة مجلس إدارتها أو مجلس المديرين أو الجمعية العامة للشركاء أو المساهمين، يشدد الفقهاء هنا على أهمية قيام الجمعية العامة العادية بإعداد النظام الداخلي. إذ يرون انه إذا أصدر النظام الداخلي من طرف الإدارة سيصطدم ذلك بمسألة الاختصاص إذ لا يعترف كثير من الفقهاء بمثل هذا الاختصاص للإدارة ففي هذه الحالة يعمد الشركاء عند تأسيسهم للشركة بتضمين القانون الأساسي شرطا صريحا ينص على اختصاص الإدارة بإعداد النظام الداخلي. ويستثنى من هذا القيد جواز إعداد نظام داخلي يتعلق أساسا بأداء الجهاز نفسه و ليس الشركة ككل⁵.

¹ - T-BONNEAU, le règlement intérieur de la société, Dr. Sociétés, fév 1994, p1

² - Paul LECANNU, le règlement intérieur, Bull joly, 1986, p 723. CA Paris.9 octobre 1985, D 1986, IR 72. Cass com.2 juin 1987, Bull civ, p 102, Rev soc 1988, p 223, note : J-MESTRE.

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار إلى اعتبار النظام الداخلي المخالف للقانون الأساسي قابلا للإبطال، و يجوز طلب الإبطال من كل ذي مصلحة دون أن يؤدي ذلك إلى إبطال شركة المساهمة ذاتها.

³ - M- COZAIN, A-VIANDIER, droit des sociétés, n°280

⁴ - Marie Christine MONSALLIER, op.cit.p30

⁵ - B-MERCADEL, Ph-JANIN, mémento sociétés commerciales, francis Lefebvre, paris 2004, N° 1556

و تجدر الإشارة إلى انه لا تختص الجمعية العامة غير العادية بإعداد النظام الداخلي إذا افترضنا أن الشركة شركة مساهمة. حيث تنقيد هذه الجمعية باختصاصها الحصري المتمثل في تعديل القانون الأساسي دون غيره.¹ فنص المادة 674 يقضي صراحة باختصاصها الحصري و ينزعه في الوقت ذاته عن الأجهزة الأخرى داخل الشركة. فالحكم المستقر عليه أن الجمعية العامة غير العادية لا تختص بمسائل النظام الداخلي، و إنما يندرج ذلك ضمن اختصاص الجمعية العامة العادية حيث يتصف اختصاصها بكونه عاما.²

بيد أن القضاء بدأ أخيرا في أخذ موقف آخر تجاه المفهوم الحصري لاختصاص الجمعية العامة غير العادية، و الفقه بدوره بات يميل إلى التسليم بصحة القرارات الصادرة عن هذه الجمعية و التي تخرج عن نطاق المادة 674 المذكورة. بل حتى فيما يندرج أصلا ضمن اختصاص الجمعية العامة العادية مما يسمح بالقول أخيرا أنه قد يقع صحيحا ذلك النظام الداخلي المعد من الجمعية العامة غير العادية.³

يلعب النظام الداخلي دورا هاما في الشركة فهو من ناحية يسمح بإعلام المساهمين أو الشركاء بدلالات و مقاصد القانون الأساسي، و يحيطهم علما كذلك بالجانب الفني للقواعد المنظمة لأداء الشركة. و من ناحية أخرى يعمل النظام الداخلي على تكملة القانون الأساسي.⁴

و من هذا المنظور يحتفظ كل منهما القانون الأساسي و النظام الداخلي على طبيعة خاصة للشروط التي يمكن أن يتضمنها كل منهما. لقد رأينا فيما سبق ذكره أن القانون الأساسي قد يتضمن نوعين من البيانات بيانات إلزامية نص المشرع على وجوب ذكرها مرتبا جزاءات عند إغفالها و أخرى اختيارية ترك المشرع للشركاء الحرية في تنظيمها إن أرادوا، تجسيدا لمبدأ الحرية التعاقدية، و في هذا السياق يمكن للشركاء أن يدرجوا البيانات الاختيارية في النظام الداخلي.⁵ و لا يؤثر هذا التوزيع إن اخذ به الشركاء في السلامة القانونية للغير و السبب في ذلك أن البيانات الإلزامية ستكون نافذة في مواجهة الغير بفعل النشر المستوجب قانونا أما النظام الداخلي فلا يكون نافذا في مواجهة الغير و ذلك لعدم خضوعه للنشر و يفسر هذا الحكم بالقول أن النظام الداخلي هو شأن يخص الشركاء⁶ [res inter alios act].

إن سبب وجود النظام الداخلي يكمن في القانون الأساسي، حيث يتضمن ما يفيد بوجوب إعداد، و محددًا للجهاز المختص بذلك داخل الشركة. إلا أن ذلك لا يمنع الشركاء من أن يقرروا حتى في حال

¹ - راجع المادة 674 من القانون التجاري الجزائري

² - M-JEANTIN, le droit des sociétés, Montchrestien, paris 1989, n°563. J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, op.cit, n°370

³ - مثل ما ذهبت إليه محكمة Renne التي سمحت في قرار لها عزل احد أعضاء مجلس الإدارة بقرار من الجمعية العامة غير العادية رغم أن ذلك يعد من قبيل الاختصاص الأصلي للجمعية العامة العادية راجع:

CA Renne, 25 février 1972, JCP, note : SYNVE

⁴ - Marie Christine MONSALLIER, op.cit.p 34

⁵ - Yves CHAPUT, liberté et statuts, op.cit.p 28

⁶ - Thierry TILQUIN, Valérie SIMONART, Traité des sociétés, t 3, Kluwer, Belge 1997, p 66

غياب مثل هذا الشرط أن ينشئوا للشركة نظاما داخليا، و بهذا الصدد يجوز لهم أن يدرجوا العديد من المسائل التي يرون ضرورة تنظيمها.¹

و كخلاصة لما سبق يمكن القول أن النظام الداخلي وثيقة غير تأسيسية تصدر عن الشركة في الحالة التي يصدر فيها عن احد أجهزتها و كان مخولا هذا الجهاز التعبير عن إرادة الشركة و يندرج ضمن اختصاصه اتخاذ قرار إصداره.

ب/- الترتيب السلمي للنظام الداخلي

لقد رأينا ان النظام الداخلي يفترق عن القانون الأساسي ، فلا يكون مدرجا في نفس السند المادي الذي حرر فيه القانون الأساسي، و هو بهذا الوصف يقع في مرتبة أدنى من القانون الأساسي و زيادة على ذلك لا يجوز ان يكون النظام الداخلي مخالفا له ، و كأنه يطبق في هذه الحالة مبدأ سلمية الأجهزة و الفصل بين السلطات المعروف في القانون الإداري.²

و الحقيقة إن مثل هذا الحكم يجد تبريرا له بالرجوع إلى خصائص كل من القانون الأساسي و النظام الداخلي و بالرجوع أيضا إلى أساس الظاهرة العقدية في قانون الشركات. لقد أدى اشتداد الظاهرة العقدية³ - مجسدة في كثرة الاتفاقات المنظمة للشركات - إلى ضرورة وضع معايير و أسس تؤدي إلى إرساء مبادئ تسمح بترتيب تلك الاتفاقات ترتيبا سلميا أو هرميا مما يساعد على تحديد الاتفاق الأكثر ملائمة و القضاء على التعارض الذي قد يوجد بين مضامينها.⁴

و الملاحظ أن كثرة الاتفاقات المشكلة لجوهر الظاهرة العقدية لم يقتصر على الجانب الكمي فقط بل تعداه إلى تزايد أنواعها حيث لم يقتصر الأمر على شروط القانون الأساسي أو اتفاقات المساهمين بل انتقل الأمر إلى النظام الداخلي.

¹ - و هو ما يمكن استخلاصه من قرارات القضاء العديدة مثال ذلك:

CA Paris.23 février 1962, D 1963, p 570,note :J-BIGOT

إدراج شرط الاعتماد أو إقصاء الشريك

إلزام أعضاء الفريق الرياضي ببذلة ملائمة اذا اتخذ النادي شكل شركة مساهمة

Trib de grande instance Paris.3^{eme}.26 février 1973, JCP, 1974, n°17821

احترام ساعات الافتتاح و الإغلاق لمركز تجاري تم تأسيسه كتجمع بين شركات.

Cass com.12 mars 1985, Bull 1985, n°94, p 83

تحديد صلاحيات مجلس الإدارة من خلال النظام الداخلي لشركة مساهمة فلاحية ذات منفعة جماعية حيث تتعلق هذه الصلاحيات بالتفاوض

Cass com.3 mars 1975, Bull n 67, p55, n° 7314261

² - Marie Christine MONSALLIER, op.cit.p35

³ - إن أسباب اشتداد الظاهرة العقدية معروفة لدى الفقهاء ، ففي فرنسا مثلا يمكننا أن نذكر:

- الحضور المتزايد للمستثمرين الانجلوسكسون (متدخلون، شركات ذات رأسمال استثماري، محامين ...) داخل الشركات الفرنسية و في محيطها، الذين هم أكثر اعتيادا على تحرير العقود و صياغتها و أكثر مهارة في اللجوء إلى القوالب العقدية.

- رغبة مؤسسي الشركات في تطويع النصوص القانونية المتعلقة بالشركات بما يناسب احتياجاتهم تماشيا مع متطلبات المنافسة العالمية.

- عدم ميل المستثمرين إلى الخضوع إلى نفس الأحكام التي يخضع لها المساهمون الأقلية ، حيث يسعى أصحاب الأغلبية إلى الاستفادة من مزايا أخرى، و لكن قانون الشركات لا يعترف بهذا الاختلاف القائم بين أصناف المساهمين و لهذا السبب يقوم كل فريق بتنظيم حقوقه من خلال اتفاقات تعاقدية حتى أصبحت هذه الأخيرة من قبيل العادة.

⁴ - Sophie SCHILLER, Pactes, statuts, règlement intérieur quelle hiérarchie ?, Rev soc, 2011, p 331

أما بالنسبة لخصائص التنظيمات العقدية الثلاث (القانون الأساسي، النظام الداخلي، اتفاقات المساهمين) فهي تصلح أن تكون أساسا لبناء هرمي يجمع تلك التنظيمات العقدية و لكن قبل التطرق إلى خصائصها تجدر الإشارة إلى أن التنظيمات العقدية تتفق في كونها خاضعة لنظام قانوني جاء كنتيجة لتلاقي طوائف متفرقة من القواعد القانونية إذ نجد قانون العقود و قانون الشركات و يضاف إليها قانون الأسواق المالية في الحالة التي تكون فيها القيم المنقولة مسعرة في البورصة، فتعمل هذه الطوائف المتفرقة على تمييز كل تنظيم عقدي بخصائص معينة.¹

و تعتبر الشروط الواردة في القانون الأساسي هي الأسمى، فهي أولا توضع من قبل أغلبية الشركاء و أحيانا أخرى من خلال الإجماع خاصة عند التأسيس و تحرير القانون الأساسي،² و من جهة أخرى تعتبر هذه الشروط ملزمة لجميع الشركاء حتى و إن التحقوا بعد التأسيس.³

و الاهم من ذلك كله خضوع شروط القانون الأساسي للنشر، لذا يستطيع الغير بكل سهولة معرفة مسيري الشركة و معرفة من هم المخولون قانونا بالالتزام باسم الشركة في مواجهة الغير. و لكنه رغم ذلك لا يعد النشر في حد ذاته سببا في نفاذ شروط القانون الأساسي في حق الغير، ففي حالات معينة يشترط المشرع علم الغير.⁴

وبهذه المثابة يمكن القول إن النشر في السجل التجاري لا يمنح حجة مطلقة لشروط القانون الأساسي في مواجهة الغير، بل يمنحها قوة تمتاز بها عن غيرها من التنظيمات العقدية لأداء الشركة.⁵

لقد رأينا سابقا أن المشرع لم يفرد للنظام الداخلي تنظيما قانونيا مفصلا.⁶ و في الوقت ذاته لا يتجاهل وجوده. و يكثر اللجوء إلى النظام الداخلي في الشركات المدنية والمهنية والشركات الفلاحية.

والميزة الأهم في النظام الداخلي هي عدم خضوعه إلى إجراءات النشر، مما ينتج عن ذلك عدم إمكان الشركاء من التطرق إلى المسائل التي تخص الغير في النظام الداخلي لان النفاذ في مواجهة الغير متوقف

¹ - Ibid, p 333

² - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p151

³ - هناك بعض الاستثناءات بهذا الصدد مثال ذلك إذا تضمن القانون الأساسي شرط الإقصاء و ترتب على وجود الشرط توقع خروج الشريك من الشركة في المستقبل و كان الشرط لا يطبق إلا على الشركاء الذين قبلوه صراحة، فالقضاء في هذه الحالة يشترط أن يكون شرط الإقصاء قد تم إدراجه عند التأسيس، أما إذا رغب الشركاء في إدراجه أثناء حياة الشركة فلا بد من الإجماع أيضا.

Paris.3^{eme} ch,sect A, 27 mars 2001,RJDA,2001,n°973

⁴ - وهي الحالات التي لا تسري فيها شروط القانون الأساسي في مواجهة الغير في حال عدم نشرها، إلا إذا علم الغير بها أو يفترض علمه بها نظرا لظروف الحال م 555، 577، 623 ، 649 ق تجاري، وعلى العموم لا يسري في مواجهة الغير الشروط غير المنشورة أو التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة ، وتكون الشركة ملزمة بالأعمال الخارجة عن موضوع الشركة إلا إذا ثبت أن الغير كان عالما بها او يفترض علمه بها . وهو ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها، حيث طلب مساهمون في شركة مساهمة إبطال عقد تنازل عن الأسهم على أساس عدم مراعاة شرط الاعتماد المدرج في القانون الأساسي، رفض قضاة الموضوع طلب المساهمين استنادا إلى كون الشرط غير منشور ويضاف إلى ذلك انه قد تبين من أدلة الإثبات أن المتنازل إليهم لا يمكن افتراض علمهم بمثل هذا الشرط.

cass com. 31 mai 2005. n°03-1095.RTD com.2005.p552.obs : Paul LECANNU

⁵ - Sophie schiller . Pactes, statuts, règlement intérieur quelle hiérarchie ?.op.cit.P334..

⁶ - وهو موقف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى النظام الداخلي في بعض المواضع . أهمها ضرورة تضمين النظام الداخلي بندا يشير صراحة إلى جواز اللجوء إلى تقنيات التواصل الحديثة كالمحاضرات المرئية (visioconférence) التي يمكن استعمالها في اجتماعات مجلس الإدارة راجع : المواد 225-225، 225-37، 82 من القانون التجاري الفرنسي.

على عملية النشر. و على العموم فان النظام الداخلي يقوم بإصداره جهاز مختص داخل الشركة يتولى تحديد هذا الجهاز القانون الأساسي و في حال عدم التمكن من ذلك يتولى مجلس الإدارة أو لجنة يتم تعيينها بهذا الخصوص لتقوم بصياغته و إعدادة، أو أن يقوم الشركاء أنفسهم و من خلال الأغلبية بالتوافق على إعداد النظام الداخلي.¹

ان عدم ثبات النظام الداخلي على مضمون محدد و حتى على كيفية واحدة في إعدادة قد اثر على طبيعته. فتارة يكون النظام الداخلي موجّه لتنظيم الشركة بكاملها و تارة أخرى يقتصر أثره على جهاز واحد في الشركة، ففي الحالة الأخيرة هذه يظل النظام الداخلي ملزما للشركاء بالرغم من كونه لا يلزم إلا أعضاء الجهاز المعني.²

والراجح ان الطبيعة القانونية للنظام الداخلي و آثاره تجاه الشركاء تتحدد بالرجوع الى الكيفية التي صدر بها. والذي يحدد تلك الطبيعة هو مدى مصادقة جميع الشركاء عليه، فإذا كانت المصادقة عليه شاملة للشركاء جميعا كان النظام الداخلي ملزما لجماعة الشركاء، باستثناء الشركاء الذين ينضمون إلى الشركة لاحقا خلافا للقانون الأساسي الذي يكون ملزما لكافة الشركاء حتى المستقبلين. فالنظام الداخلي يظل أثره مقتصر على الذين علموا به فقط، أو على الذين استنتجت موافقتهم الضمنية استنادا إلى عدم معارضتهم على أحكامه، وفي هذه الحالة يفترض أن تكون وثيقة النظام الداخلي قد أرسلت إلى هؤلاء الشركاء الجدد أو قد تمت الإشارة إليه في القانون الأساسي حتى يعلموا بوجوده.³ و بما ان النظام الداخلي لا يخضع إلى النشر يرى كثير من الفقهاء ان السرية التي قد يحاط بها النظام الداخلي يمكن أن تجعل منه ورقة ضد [contre lettre] في مواجهة الغير.⁴

وفي الأخير، قد يستمد النظام الداخلي قوته الملزمة إذا تم إعدادة وفقا لشروط تكفل المصادقة عليه من طرف اكبر عدد في الشركاء، وإذا تم ذلك فان النظام الداخلي يقترب من أن يكون مجرد اتفاق بين الشركاء.⁵

ثانيا : معايير الصحة في النظام الداخلي

تتضمن فئة الوثائق غير التأسيسية على عدد من الوثائق ذات الصلة بجوانب هامة في الشركة التجارية، و يعد النظام الداخلي إحدى تلك الوثائق التي تأخذ مكانة معتبرة بالنظر إلى الدور الذي يؤديه

¹- A-VIANDIER, le règlement intérieur du conseil d'administration, RJDA 2003, p 1003

²- Sophie SCHILLER, Pactes, statuts, règlement intérieur quelle hiérarchie ?, op.cit, P335

³- وهو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في القرار الذي ألزمت فيه الشركاء في شركة مساهمة موضوعها استغلال ميناء ترفيحي بأداء مبالغ مالية منصوص عليها في النظام الداخلي. حيث رأت هذه المحكمة "أن هؤلاء الشركاء كانوا على علم بها (أي المبالغ المستوجبة) وقت شراء الأسهم" راجع:

cass com.3 décembre 1991,Bull Joly. 1992. p116.note P-LECANNU

⁴- Paul LECANNU, Le règlement intérieur de sociétés, op.cit, p723

⁵- Sophie SCHILLER, Pactes, statuts, règlement intérieur quelle hiérarchie ?, op.cit, p335

ومدى تأثيره في حياة الشركة وتنظيمها. ولقد رأينا فيما سبق أن النظام الداخلي يمكن أن ينظر إليه باعتباره اتفاقاً بين الشركاء أو المساهمين، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى في النظام الداخلي نفس شروط الصحة المستوجبة في هذه الاتفاقات. و من هذا المنطلق ستؤول تلك الشروط إلى القواعد العامة في العقود.

ومن ناحية أخرى، قد ينظر إلى النظام الداخلي باعتباره عملاً صادراً عن الشركة نفسها وليس اتفاقاً بين الشركاء. حيث يتولى إصداره جهاز مختص فيها. ففي هذه الحالة يجب أن يكون النظام الداخلي مراعيًا فيه الشروط المتعلقة بصحة هذه الأعمال.

بيد أنه بين هذا و ذلك توجد جملة من شروط الصحة تشترك فيها جميع الوثائق غير التأسيسية، و كذا فإن هذه الشروط هي من جهة أخرى أسباب للبطلان إذا تخلفت (أ)، و يترتب عادة على تخلفها جزاء البطلان (ب).

أ- أسباب البطلان

نظم المشرع الجزائري نظرية البطلان في الشركات التجارية من خلال القسم الثالث من الفصل الرابع المتعلق بالأحكام المشتركة الخاصة بالشركات التجارية ذات الشخصية المعنوية. حيث جاءت الفقرة الثانية من المادة 733 من القانون التجاري¹ مبينةً بطلان العقود والمداومات الصادرة عن الشركة، و وفقاً للمادة المذكورة يترتب البطلان عند مخالفة القواعد الآمرة من القانون التجاري و القواعد المنظمة للعقود.

وبهذه المثابة يرجع مثلاً سبب بطلان النظام الداخلي إلى عدم انتظام قواعد الشكل، أو عدم صحة الدعوة الموجهة للمساهمين والتصويت عند انعقاد الجمعية العامة، أو عدم اختصاص الجهاز الذي اصدر النظام الداخلي... الخ، كما يرجع سبب البطلان أيضاً إلى مسائل الموضوع، في الحالة التي يكون فيها رضا الشريك معيباً أو غير مؤهل²، وكذا يسمح اللجوء إلى نظرية الالتزام باستخلاص أسباب بطلان النظام الداخلي مثال ذلك وجود الغش أو تعسف الأغلبية في المداومات المتعلقة بإصداره³.

إن الأمر يختلف إذا ما اعتبرنا النظام الداخلي ثمرة لتوافق إرادات الشركاء، حيث رأينا من قبل أنه في هذه الحالة يقترب النظام الداخلي من كونه اتفاقاً بين الشركاء، لذا لا تنطبق في هذه الحالة المادة 733

¹ - جاء نص الفقرة كما يلي: "لا يحصل بطلان العقود أو المداومات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو من القوانين التي تسري على العقود"، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جاء الحكم مشابهاً حيث قضت بنفس الحكم المادة 235-1 الفقرة 2 من القانون التجاري الفرنسي.
² - وتجدر الإشارة هنا إلى أن البطلان في هذه الحالة يختلف بحسب نوع الشركة ما إذا كانت شركة أشخاص أو شركة أموال وفي كلتا الحالتين يستهدف البطلان الشركة ذاتها وليس العقود والمداومات. إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 733 المذكورة إن شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة تبطلان إذا شمل عيب الإرادة أو نقص الأهلية كل الشركاء والمؤسسين. و في هذا السياق تقبل محكمة النقض الفرنسية بطلان العقود والمداومات حتى في الحالة التي لا يشمل فيها عيب الإرادة أو نقص الأهلية كامل الشركاء راجع:

Cass.26 avril 1971. Rev soc . 1972 . p249 . cass 27 janvier 1982, Rev soc . 1982. p 825, note : B-BOULOC

³ - Dominique VELARDOCCIO FLORES, op.cit, p 50

المذكورة و إنما يجب الرجوع إلى النظرية العامة للعقد حيث نجد أن الجزاء المناسب لعدم صحة الاتفاق هو البطلان.¹ وترتبط على هذا الحكم، وفي نفس السياق الذي يعتبر فيه النظام الداخلي اتفاقاً بين الشركاء، لا بد أن تراعى في هذا الاتفاق الشروط المتعلقة بصحة العقد انطلاقاً من كونها الحد الأدنى الذي يتمخض عن تطبيق القواعد العامة للعقود بهذا الصدد، ومن ناحية أخرى لا تكفي القواعد العامة في العقود لضمان صحة النظام الداخلي بل لا بد أن تراعى أيضاً أحكام قانون الشركات² و بنود القانون الأساسي للشركة.

1- مراعاة أحكام قانون الشركات

نبدأ بالقول أن النظام الداخلي يتميز عن عقد الشركة ولا يختلط به، لأن النظام الداخلي ما هو إلا اتفاق أنشئ لتكملة عقد الشركة من جهة و لتنظيم تنفيذ بنوده وشروطه من جهة أخرى. إن هذه البنود والشروط تتعلق بجميع المسائل التي تعرض لها الشركة التجارية مثل بنيتها وشكلها وعلاقة الشركاء فيما بينهم وبين أجهزة الشركة. ومن أجل أن يحتفظ النظام الداخلي بهذا الدور لا بد أن يراعى فيه الأحكام والقواعد التي كان يجب احترامها عند إعداد القانون الأساسي ذاته، وبهذا تأخذ محكمة النقض الفرنسية بشأن شرط الاعتماد. حيث قضت في حكم لها وبكل وضوح أن شرط الاعتماد يكون غير مشروع إذا تمخض على تطبيقه جعل المساهم حبيسا حتى و إن كان وارداً بالقانون الأساسي لشركة المساهمة، و يعد باطلاً من باب أولى إذا ورد في النظام الداخلي، إذن يكون هذا الأخير كالقانون الأساسي في وجوب مراعاة قواعد قانون الشركات.³ و بصدد شرط الاعتماد نلاحظ أن هناك مانعاً آخر يحول دون توقع وجود مثل هذا الشرط في النظام الداخلي، فالمادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري تقضي بوجوب إدراج شرط الاعتماد في القانون الأساسي دون سواه لأنه يتضمن تقييد حرية المساهمين في تداول الأسهم.⁴

2- مراعاة بنود القانون الأساسي

انطلاقاً من كون النظام الداخلي يحتل مرتبة دنيا بالنسبة للقانون الأساسي، فإنه يلزم أن يكون مضمونه متساوياً مع القانون الأساسي باعتبار قواعده أسمى، و في مجمل القول يقتضي أن تكون شروط النظام الداخلي و بنوده مطابقة و منسجمة مع بنود القانون الأساسي. و في حال ظهر تعارض بينهما نجد أن هناك العديد من الجزاءات الهادفة إلى رفع التعارض. يمكن الحديث هنا عن عدم نفاذ أو بطلان الشرط محل التعارض.⁵

¹ - J- GHESTIN, traité de droit civil : le contrat., LGDJ ,paris 1980, n°: 730

² - وهي الأحكام المنظمة للشركات التجارية التي وردت في القانون التجاري والنصوص التنظيمية المتعلقة به.

³ - Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 51. CA Paris. 23 Février 1962

⁴ - و يضيف الأستاذ GUYON إلى إن شرط الاعتماد و من ناحية تعلقه بالغير يجب أن يكون محلاً للنشر . إذا كان منسجماً مع النص المذكور حيث لا يمكن ظهوره في النظام الداخلي فقط لأن النشر يعدم بصده . انظر:

Yves GUYON, traité de contrats, op.cit P... N°741

⁵ - Marie Christine MONSALLIER, op.cit.p 40

القضاء الفرنسي من ناحيته، يتجه بصدد معارضة النظام الداخلي للقانون الأساسي في اتجاهين اثنين، أولهما يأخذ بعدم نفاذ الشرط الذي قام التعارض بسببه، أما ثانيهما فيلجأ إلى القول ببطان الشرط دون الاكتفاء بعدم نفاذه. حيث يستدل بما ذهب إليه التيار الأول بالقرار¹ الصادر عن محكمة النقض الفرنسية. الذي انتصرت فيه إلى الشرط الوارد في النظام الداخلي رغم مخالفته للقانون الأساسي، و النزاع يتعلق في مجمله بشركة تعاونية بين أطباء، ورد بقانونها الأساسي شرط يقضي باعتبار الأتعاب يترك أمر تحديدها إلى كل ممارس في الشركة. و بخلاف ذلك قضى شرط آخر في نظامها الداخلي بوجود التقسيم المتعادل لهذه الأتعاب، استندت محكمة النقض في موقفها إلى مبدأ الحرية التعاقدية. حيث بناء على هذا المبدأ يكون الشرط محل النزاع أو المتعارض فيه صحيحا و منتجا لأثاره تجاه الشركاء فقط. بينما لا يكون كذلك في مواجهة الشركة فهو غير نافذ تجاهها. نظرا لما تضمنته قانونها الأساسي من عدم الاعتراف بالتقسيم المتساوي في الأتعاب.²

ولقد عيب على محكمة النقض موقفها هذا، انطلاقا من كونه يمنح الأسبقية للنظام الداخلي على القانون الأساسي، ناهيك عن المساس بحقيقة التعاونية أصلا فهي لا تنشأ لتحقيق الربح و إنما لتسهيل النشاط المشترك بين أعضائها.³

بينما يتبنى التيار الثاني مبدأ السلمية [la hiérarchie] حيث يسمو القانون الأساسي على جميع الوثائق التأسيسية و غير التأسيسية على حد سواء، حيث لا يعتد بالشرط المخالف له حتى و إن كان واردا بالنظام الداخلي، و يعتبر أساس هذا التيار القرار⁴ الصادر عن محكمة باريس حيث جاء فيه أن القوانين الأساسية تكون ملزمة للجميع مادامت لم تخضع إلى التعديل، و يعتبر أي شرط مخالف لها حتى و إن ورد في النظام الداخلي من قبيل معارضة القانون الأساسي مما يترتب عليه إبطاله بطلب من كل ذي مصلحة دون أن ينتج عن ذلك بطلان الشركة نفسها. و لقد أيدت محكمة النقض هذا القرار بصيغ مشابهة.⁵

إن هذا الموقف الصريح لمحكمة النقض يندرج ضمن سياق الرأي الذي يرى بعدم وجوب الرجوع إلى الإرادة الحقيقية للشركاء عند وقوع التعارض بين النظام الداخلي والقانون الأساسي ، لأن القاضي يجد نفسه ملزما بالبحث عن الحل عند وقوفه على تعبيرين متعارضين لنفس الإرادة إحداهما في القانون

¹- Cass com.17 mars 1982. RTDcom 1982, p 438, note : ALFANDARI

²- Marie Christine MONSALLIER, op.cit.p 40

³- Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 53

⁴- CA Paris, 09 octobre 1985, Bull joly, 1986.p 761

⁵- Cass com . 2 juin 1987 . RTDcom . 1988. p172, obs : Reinhard

حيث جاء في حيثيات النزاع أن الشركاء في شركة مساهمة تم تأسيسها من خلال تجميع مكاتب المحاسبين الخبراء و محافظي الحسابات على أساس تنسيق العمل بين هذه المكاتب و هو ما يعد موضوع الشركة. حدث أن قام الشركاء بالتوقيع على النظام الداخلي و كان متضمنا في ديباجته ما يؤدي إلى الإشارة بأن بعضا من أحكام هذا النظام يمكن أن تكون متعارضة مع القانون الأساسي.

الأساسي و أخرى في النظام الداخلي. بل الأصح هو أن تمنح للقانون الأساسي درجة عليا نظرا لطبيعته و لكونه وثيقة معلنة للغير، خلافا للنظام الداخلي الذي لا يعدو أن يكون وثيقة داخلية تقع في درجة أدنى.¹

ب/- جزاء البطلان

لقد قام المشرع الجزائري بتنظيم الشركات التجارية بأن حدد لها نظاما قانونيا رأى البعض أنه يتسم بنوع من التعقيد، من هذا المنطلق يحدث أن تتم مخالفة بعض هذه القواعد مما يترتب عليه عدم انتظام أداء الشركة و اختلاله، خاصة إذا تعلقت المخالفات بالمداورات التي تجريها أجهزتها الداخلية كمجلس الإدارة أو المديرين ، أو الجمعيات العامة. أو إذا تعلقت بالعقود التي يبرمها ممثل الشركة مع الغير. حاول المشرع الجزائري في سياق تنظيمه وتصحيحه لهذه الاختلالات ان يرسم معالم مغايرة لجزاء البطلان، بطلان يختلف عما هو عليه الأمر في ظل القواعد العامة، و ذلك كله في سبيل حصر مجال تطبيق البطلان في قانون الشركات نظرا لأثاره التي لا تستقيم في كثير منها مع مبادئ الشخصية المعنوية.²

لقد بيّنت المادة 733 من القانون التجاري أحكام البطلان، مقسمة أسباب البطلان إلى فئتين، فئة أولى يطلق عليها الفقهاء اصطلاح البطلان النصي³، أي أن يتكفل النص القانوني ذاته بالإشارة صراحة لجزاء البطلان عند مخالفة مضمون النص. أما الفئة الثانية وهو البطلان الظاهري، و هو البطلان الذي لا يقوم إلا عند مخالفة النصوص الأمرة أو القواعد المنظمة للعقود.⁴

ثم ان المادة 733 المذكورة ميّزت بين بطلان الشركة نفسها والعقود المعدلة للقانون الأساسي من جهة و بين بطلان المداورات و العقود التي تجريها الشركة من جهة أخرى، فأخضعت المادة بطلان الشركة والعقود المعدلة للقانون الأساسي إلى أحكام البطلان النصي⁵، أي إن البطلان لا يقوم إلا إذا أشار النص صراحة إلى جزاء البطلان سواء كان ذلك النص واردا في القانون التجاري نفسه أو نصا من النصوص المكملة له أو كان قاعدة من القواعد المنظمة للعقود في القانون المدني. أما بطلان المداورات و العقود التي تجريها الشركة فالمادة أخضعتة إلى البطلان الظاهري إذا جاءت المداورات و العقود مخالفة لنصوص أمرة من قانون الشركات او القانون الذي يسري على بطلان العقود.

و بذا، كلما كان هناك خرق لنص قانوني فان الشركة أو العقود المعدلة للقانون الأساسي تكون باطلة، إذا ما قضى النص الذي تمت مخالفته بذلك صراحة، فمن هذه الزاوية يكون للبطلان النصي أثر مباشر في إزالة وجود الشركة، لكنه من ناحية أخرى يتميّز هذا النوع من البطلان بالبساطة في الحكم به من طرف

¹- Dominique VELARDOCCHIO FLORES, op.cit, p 54

²- J.P- LEGROS, la nullité des décisions de sociétés, Rev soc, 1991, p 275

³- وهو ما يعد تجسيدا للمثل القانوني القائل " لا بطلان إلا بنص "

⁴- Dominique GRILLET-PONTON, la méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société, Rev soc, 1984, p 260

⁵- Paul LECANNU, Droit des sociétés, op. cit, p275

القاضي إذ يكفي أن يلجأ القاضي إلى النصوص القانونية المتضمنة صراحة بطلان.¹ أما البطلان الظاهري فهو بطلان لا صراحة فيه، بل يكفي أن يكون النص الذي تمت مخالفته عند إجراء المداولات أو إبرام العقود نصاً أمراً أو منظماً للعقود. و نستتبع ذلك بالقول أن المداولات أو العقود في هذه الحالة لا ترمي إلى تعديل القانون الأساسي، لأنها إن كانت تهدف إلى ذلك فالبطلان لا يكون ظاهرياً بل يجب أن يكون نصياً كما اشرنا.²

و إذا أردنا أن نورد أمثلة عن المداولات و العقود نذكر مثلاً مداولات الجمعيات العامة العادية، مداولات مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة، قرارات مجلس المديرين.³

وبهذه المثابة يمكن القول أن النظام الداخلي يشترط فيه احترام القاعدة الواردة بالفقرة الثانية من المادة 733 المذكورة التي تعتبر أساس دعوى البطلان في أحكام الشركات التجارية، فالنظام الداخلي باعتباره عملاً من الأعمال الصادرة عن جهاز في الشركة يبطل إذا خالف الجهاز المذكور عند إصداره قاعدة قانونية أمرت من قواعد قانون الشركات أو مخالفة قاعدة من القواعد العامة للعقود. إذن نخلص إلى أنه من اللازم مراعاة ذلك عند إنشاء النظام الداخلي.⁴ ويجوز لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى البطلان لإبطال النظام الداخلي في حال توفرت الشروط الواردة بالمادة 2/733 ، حيث يتم توجيه الدعوى إلى الشركة.⁵

¹ - في هذا الصدد يميز الأستاذ LEGROS بين عدة مجموعات من هذه النصوص : المجموعة الأولى التي تعد تطبيقاً حقيقياً لقاعدة " لا بطلان بدون نص " وهي القواعد المتعلقة بالجانب الشكلي للمداولات و القرارات المعدلة للقانون الأساسي في شركات الأشخاص (المادة 734 ق تجاري جزائري)، قواعد تحويل شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة (م 591 تجاري ، 715 مكرر 17 تجاري) . أما المجموعة الثانية فهي النصوص المصحوبة بالبطلان الصريح مثل القواعد المطبقة على الجمعيات العامة العادية وغير العادية من حيث دور محافظ الحسابات : استدعاء الجمعيات في شركة المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة (م 674 تجاري)، قرارات الشريك الوحيد في المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة (م 7/584 تجاري)، و أحكام الجمعية العادية في شركة المساهمة، جدول الأعمال ، ورقة الحضور ، إعلام المساهمين(م 677 ، م 678 تجاري).أما بالنسبة للبطلان في ظل القواعد المنظمة للعقود هي الأسباب العامة المعروفة كمخالفة النظام العام و عيوب الإرادة ، الغش ، التعسف في استعمال الحق ...

CA Paris. 21 MARS 2000, Rev soc, 2000, somm.387. Com. 27 janu 1982 ,Rev soc . 1982 ,p 825 ,note: B-BOULOC

² - J.P- LEGROS, la nullité des décisions de sociétés, Rev soc, 1991, p 277

و نذكر منها : البطلان المتعلق بمخالفة قواعد الاختصاص ، النصاب و الأغلبية في الجمعية العادية ، إعلام المساهمين، الاجتماع السنوي للجمعية العادية، بطلان الاتفاقات المبرمة بين الشركة و ممثلها القانوني إذا تمت دون ترخيص من مجلس الإدارة و مجلس المراقبة، القواعد المتعلقة بالإطار القانوني لمسير شركة المساهمة : المكافآت ، الجمع بين التسيير و عقد العمل...

³ - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p482. Com. 5 oct 1999, Rev soc. 1999, p 821, note: SAINTOURENS

⁴ - Marie Christine MONSALLIER, op.cit.N°:687

⁵ - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, tome 3, op.cit, , n°: 687 .Com. 4 juill 1995, Rev soc, 1995, p 504, note: P-LECANNU

المبحث الثاني

تكملة القانون الأساسي لوضع الشريك

Le statut d'associé

إن الوضع القانوني للشريك ليس موحدًا بين جميع الشركات التجارية، لذا نجد أن الأحكام القانونية المنظمة لكل نوع من الشركات تمنح جملة من الحقوق و ترتب عدداً آخر من الإلتزامات مشكّلة في الأخير الوضع القانوني للشريك، وما يلاحظ أنه رغم ذلك التتوّع فإن البعض يرى عدم كفاية الإختيارات التي يمنحها المشرع للشركاء عند التأسيس، فيلجؤون إلى القانون الأساسي فيدرجون فيه شروطاً ترتب إلتزامات جديدة أو ما يسميها الفقه بالإلتزامات التأسيسية نسبة إلى القانون الأساسي (المطلب الأول)، أو بخلاف ذلك تمنح إلى الشريك حقوقاً لم ترد أحكاماً قانونية بشأنها و هي الحقوق التأسيسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإلتزامات التأسيسية

les obligations statutaires

لا ينفرد المشرع لوحده بتنظيم العلاقات الناشئة عن الشركة، لذا نجد أن عدم قدرة القواعد القانونية المنظمة للشركات على تقديم الليونة الكافية والحرية اللازمة التي تحتاجها جميع الشركات الحديثة¹، السبب الرئيسي الذي يدفع بالشركاء إلى عدم الإقتصار على الإطار القانوني الذي جاء به المشرع بل يلجؤون إلى الإستعانة بالوسائل والتقنيات العقدية² ومن جهة أخرى تتجلى هذه الوسائل العقدية في إدراج الشروط والبنود العقدية في القانون الأساسي للشركة³.

سنشير في هذه الدراسة -التي تعنى بالإلتزامات التأسيسية- إلى مجمل إلتزامات الشركاء ذات المصدر الإتفاقي، أي التي جاءت نتيجة تعاقد الشركاء حولها وحدّوها بإرادتهم بغية تنظيم مسائل خاصة في العلاقات الناشئة بمقتضى عقد الشركة، انه بالأحرى نظام إتفاقي ينشئه الشركاء بعيداً عن النصوص القانونية، لأن المشرع لم يطلق المجال أمام الإرادة لذا فإن بعضاً من النصوص نجدها قد كرّست إمكانية

¹ -B-SAINTOURENS., la flexibilité du droit des sociétés, RTD com 1987,p 457

² - Laurent GODON, Les obligations des associés, Economica, paris 1999, p 457.

³ - Paul LECANNU, Le règlement intérieur des sociétés, Bull Joly, 1986, p 723, Y ,Chaput, La liberté et statuts, Rev soc 1989, p 361. Dominique VELARDOCCIO FLORES, Op cit , p 216.

اللجوء إلى الحرية التعاقدية، ونستنتج ذلك عادة من الصياغة التي يخرج بها المشرع نصوصه،¹ أو أن يجعل النص أمرا فلا يجوز الإتفاق على خلافه عندما يقترن بجزء البطلان.²

يؤسس الفقه قدرة الشركاء على الإتفاق حول إلتزامات جديدة - لم ترد أحكاما قانونية بشأنها - على مبدأ الحرية التعاقدية وفقا للمادة 106 من القانون المدني. ويرى كثير من الفقه أيضا أن تطوير مثل هذه الإتفاقات يجلب كثير من الليونة والحرية في أداء الشركة.³

لقد رأينا فيما سبق أن القانون الأساسي عقد⁴ يقوم الشركاء بالعمل على تحريره لدى موثق، حيث يتضمن هذا العقد القواعد الأساسية التي تنظم علاقات الشركاء، وهو من ناحية أخرى المجال الأول للتعبير عن الإرادة، فهو يتضمن الإلتزامات الملقاة على عاتق الشركاء، لذا فإن مثل هذه الإلتزامات إلى جانب درجة إلتزاميتها يضاف إليها خاصية الإستقرار بالقدر الذي يظل فيه القانون الأساسي دون تعديل، التعديل الذي من شأنه الزيادة في الإلتزامات أو تشديدها وهو ما لا يكون ممكنا إلا بإجماع الشركاء.⁵ وإنطلاقا من كون الإلتزامات التأسيسية ذات نشأة إتفاقية، وجب والحال هذه أن تكون متطابقة مع المصلحة الإجتماعية للشركة.⁶

ونتيجة لهذا الحكم يشترط أيضا أن تسمح الإلتزامات التأسيسية للشركة بتحقيق اقتصاد معين أو أرباحا، وهو الهدف الذي تسعى إليه الشركة، إذا لا يكون صحيحا الشرط الذي يفرض على الشريك إلتزاما ما وهو التزم لا يجلب فائدة أي دون أن ينجر عن تنفيذه مصلحة للشركة.⁷ ويمكن أيضا الإشارة هنا إلى أنه بصدد الإلتزامات التأسيسية لا يقتضي من الشركة أن تنقيد بمبدأ المساواة بين الشركاء، أي معنى ذلك أنه لا يشترط أن تكون الإلتزامات نفسها في مواجهة جميع الشركاء،

¹ - يستعمل المشرع صياغات متعددة عندما يشير إلى الحرية التعاقدية كأن يتضمن النص القانوني عبارة " ما لم يشترط القانون الأساسي على خلاف ذلك" أو ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك" أو " تطبق أحكام هذه المادة في حالة سكوت الإتفاقية الخاصة بالأطراف" انظر: م 553، م 562، م 589، م 662، م 701 من القانون التجاري الجزائري.

² - ليس من اليسير في بعض الأحيان استخلاص الصفة الأمرة لنص من النصوص المنظمة للشركات التجارية، لكن رغم ذلك يلجأ الفقه إلى بنية النص لعلها تعمل على تحديد طبيعة النص، وذلك كأن يستعمل المشرع صيغة " وكل شرط مخالف يعتبر كأن لم يكن..."، ارجع أيضا إلى الفصل الأول من الباب الثاني ص 277
³ - Philippe BISSARA, L'adaptation du droit français des sociétés commerciales aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Rev soc, 1990, p 553.

وفي حقيقة الأمر تجسد الأنظمة الإتفاقية التي ينشأها الشركاء عند تنظيمهم للإلتزامات نقطة التقاء بين قانون العقود و احكام الإلتزام من جهة و قانون الشركات التجارية من جهة اخرى، أنظر :

M. JEANTIN, Droit des obligations et droit des sociétés, Mélange offert au Louis Boyer, 1996,p 317.

⁴ - إن القضاء الفرنسي يعترف بالطبيعة المعقدة للقانون الأساسي حتى بالنسبة لشركة المساهمة وذلك مثلا في القرار:

CJCE, arrêt Powell Duffryn, 10 mars 1992, JCP 1994, E.I p369 note, Reinhard

ولقد خلصت المحكمة إلى أن القوانين الأساسية تعتبر كالعقد حيث تنظم العلاقات الناشئة بين المساهمين من جهة ومن جهة أخرى العلاقات التي تجمعهم مع الشركة نفسها.

⁵ -Laurent GODON, Les obligations des associés, Op cit, p 171

⁶ - تعد المصلحة الإجتماعية واحد من المفاهيم الأساسية في قانون الشركات حيث أولاه الفقه إهتماما كبيرا إلى جانب القضاء أيضا الذي يعد المصدر الأساسي لهذا المفهوم. انظر أيضا الفصل الثاني من الباب الثاني ص 340

⁷ - بهذا الصدد يضرب الفقه مثلا شهيرا حول الشروط التي لا تعود بفائدة حقيقية للشركة إلا إذا وجدت ظروف استثنائية وهو ما يسمى بشرط العزوبية (La clause de célibat)، أنظر:

.Yves GUYON, Les sociétés ; Aménagement statutaires et conventions entre associés, Op cit, p 167.

بل يمكن أن تختلف و تتنوع. ويمكن تفسير ذلك بالقول أن الموافقة الفردية لكل شريك حول الالتزامات كفيلة بمنحها الشرعية في حال الإخلال بالمساواة بين الشركاء.¹

إذن سنتعرض في هذا المطلب إلى محتوى الالتزامات التي يمكن للشركاء الإتفاق على إدراجها في القانون الأساسي للشركة (الفرع الأول)، ثم إلى الجزاء المقترن بهذه الإلتزامات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محتوى الإلتزامات التأسيسية

حقيقة يلاحظ أنه من الصعب أن يتم جمع الإلتزامات التأسيسية في قائمة حصرية، يرجع السبب في استحالة جمعها إلى طبيعة مصدرها ألا وهو الإرادة ، لذا نجد أن الشركاء أمامهم مجال واسع لوضع الشروط التي يريدون الإتفاق حولها في القانون الأساسي للشركة ، لكننا ذكرنا سابقا أن الشركاء يتقيدون عند ذلك بالنظام العام وضرورة إحترام مصلحة الشركة و الهدف من إنشائها ألا وهو تقاسم الأرباح أو تحقيق إقتصاد ما، لذا سنكتفي في هذه الدراسة بعرض الإفتراضات المختلفة لهذه الإلتزامات.

لا بد من التساؤل أولاً، إن كان يجوز للشركاء أن يفتدوا إكتساب صفة الشريك بوضع شروط في القانون الأساسي أي الشروط الخاصة لإكتساب صفة الشريك (أولاً)، ويقع التساؤل أيضاً حول ما إذا كان ممكناً للشركاء إضافة إلتزامات مالية أخرى تلقى على عاتق كل شريك (ثانياً)، و من ناحية أخرى قد يتفق الشركاء على إدراج شرط عدم المنافسة (ثالثاً)، وأخيراً قد يتعلق إتفاق الشركاء بكيفيات المساهمة في خسائر الشركة (رابعاً).

أولاً: الشروط الخاصة باكتساب صفة الشريك

قد يقوم الشركاء بإدراج بند في القانون الأساسي للشركة يخضع إكتساب صفة الشريك إلى شروط خاصة، كحيازة دبلوم خاص أو إكتساب جنسية معينة أو الإلتحاق إلى مهنة أو إلى فئة أجراء الشركة

¹ - يعد مبدأ عدم المساواة بين الشركاء من المبادئ الأساسية في قانون الشركات، حسب الأستاذ MESTRE في دراسته النقدية لمفهوم المساواة في قانون الشركات، نستنتج أنه لا يمكن أن تتحقق المساواة بين الشركاء ، حيث تتعدد المراكز القانونية التي يحتل فيها هذا المبدأ، مثال ذلك الشركات التي يسيطر على رقيبتها شريك معين، وكان الأستاذ MESTRE يرغب في القول أن هناك تبايناً واضحاً بين النصوص التشريعية التي تحاول تكريس المساواة وبين الواقع الذي تتراجع فيه هذه المساواة لأسباب إقتصادية لذا نجد ان المشرع حاول الإضعاف من مصادر اللامساواة، من خلال تقييد الإتفاقات التي يبرمها المسير مع الشركة (Conventions réglementés) حتى لا يجني مكاسب من جراء وضعه القانوني ضارا بذلك الشركاء الآخرين (م 628 ق تج)، أو عدم جواز ضمان الشركة لديون المسير الشخصية، ومن خلال تجريم إستغلال المعلومات الإمتيازية التي يتحصل عليها الشخص نظراً لوظيفته أو مهنته إذا تعلقت المعلومات بوضع مصدر السندات أو بتطور تداول القيم المنقولة في بورصة القيم المنقولة، ونفسر هذا التجريم برغبة المشرع في القضاء على إحتلال المساواة في الحصول على المعلومات داخل السوق المالية (م 60 من المرسوم التشريعي 10/93 ق تج المتعلق ببورصة القيم المنقولة)، ومن خلال أيضاً إقامة المساواة بين المساهمة في رأس المال من جهة والمشاركة في إتخاذ القرارات ضمن الجمعية العامة من جهة أخرى، حيث أوجب المشرع على أن يكون عدد الأصوات معادلاً للأسهم أو الحصص المملوكة (م 581 ق تج، م 684 ق تج) ونذكر أيضاً رغبة المشرع في المحافظة على المساواة من خلال منح المساهمين القدامى حق الأفضلية في إكتتاب زيادة رأسمال (م 694 ق تج) ونظيف أيضاً ان القضاء بدوره عمل على تكريس مبدأ المساواة راجع:

Jaque MESTRE, Légalité en droit des sociétés (Aspects en droit privé), Rev soc 1989, p399.

...إلخ، حيث يسعى الشركاء من وراء هذا الشرط إلى تمديد الشروط القانونية المطبقة على الشركاء¹ على أن لا يشكل مثل هذا الشرط تمييزاً بين الشركاء على أساس العرق أو الجنس.² ويجب من جهة أخرى، أن تكون الشروط الخاصة لإكتساب صفة الشريك متصلة بنشاط الشركة، حيث تظهر أهمية تقييد إكتساب صفة الشريك في الشركات التي تقوم على أساس الإعتبار الشخصي [intuitu personae]، أي إذا كان نشاط الشريك نشاط شخصي التزم بتقديمه خدمة للشركة. بيد أنه لا يكون للشرط المقيد لصفة الشريك الفائدة المرجوة إذا وجد في الوقت ذاته شرط الإعتماد، إذ من شأن هذا الأخير أن يسمح للشركة التأكيد من هوية الشركاء الجدد ومدى توفرهم على الشروط الموضوعية من طرف الشركاء المؤسسين.³

ويرى من ناحية أخرى الأستاذان TILQUIN و SIMONART أنه لا تقتصر أهمية تقييد اكتساب صفة الشريك على نوع واحد من الشركات بل يمكن أن توجد أيضاً في الشركات التي لا تكتسب الشخصية المعنوية كشركة المحاصة أو الشركة المهنية، حيث يقع عادة أن يرغب أحد الشركاء في دخول الشركة بعد مدة زمنية محددة أو بخلاف ذلك أن ينسحب منها عند سن معينة، أو أن يكون سبب الخروج من الشركة عدم الرغبة في تعريض الحصة المقدّمة إلى المخاطر، فيقرر الخروج بعد أجل محدد أو أن يكون قد أتم العمل المتفق عليه مع الشركة عند التأسيس.⁴

من جهة أخرى، إن الشروط المقيدة لإكتساب صفة الشريك مشكوك فيها خاصة إذا كنا بصدد شركة المساهمة، لأن مثل هذه الشركات لا تأخذ بعين الإعتبار شخصية الشريك، وعلاوة على ذلك فإن الشرط المقيد نفسه يصبح متعارضاً مع أهم خاصية في شركة المساهمة ألا وهي حرية التنازل عن الأسهم، لكن وفي ظروف إستثنائية نجد أن الإعتبار الشخصي قد يبرز في هذا النوع من الشركات، وذلك عندما نجد بندا في القانون الأساسي يخضع إكتساب صفة المساهم إلى شروط موضوعية مصاغة بدقة.⁵

غير أن هناك العديد من التقنيات التي يتناولها الفقه والتي تقوم على تقييد صفة المساهم، نذكر مثلاً واحداً من التراكيب المالية الحديثة، التي يطلق عليها الفقهاء مصطلح [stapling]⁶، أو ما يعرف بتوأمة

¹ - Yves GUYON, Les sociétés ; Aménagement statutaires et conventions entre associés, op.cit, p 168.

²- بهذا الصدد يذكر الفقهاء مثلاً كلاسيكياً وهو القانون الأساسي لبعض شركات المساهمة التي منعت بعض بنودها مشاركة الإناث في الجمعيات العامة راجع:

A- LEFEBVRE TEILHARD, La société anonyme au XIXe siècle: Du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste, PUF, paris 1992, p 356

³- استقر الفقه على إعتبار صفة الشريك على أنها الحالة المميزة للشريك L'état caractéristique أي المعايير التي تسمح بتعريف الشريك نفسه، أنظر في مفهوم الشريك.

Déborah ESKINAZI, la qualité d'associé, thèse, université de CERGY PONTOISE, 2005, p5

⁴ - T-TILQUIN, V-SIMONART, Traité des sociétés, Tome 2, Kluwer, Belgique, 1997, p 69.

⁵ - يمكن أن نستدل هنا بالقرار القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الذي رفضت فيه الطعن بالنقض حول قرار محكمة استئناف Orléans حيث جاء قرار هذه الأخيرة مؤكداً لحكم محكمة Orléans (Orléans, 20 mars 1973)، وبالرجوع إلى حيثيات قرار محكمة النقض نجد أن شركة YVON قد قدمت طلباً تسعى من خلاله إلى انتزاع صفة المساهم على كل من Treton, Jaques, Jean وذلك استناداً إلى المادة 2 من القانون الأساسي لشركة المساهمة EUROPA التي هم شركاء فيها جميعاً، لقد اشترطت المادة 2 المذكورة على أن يكون المساهم في شركة EUROPA شخصاً طبيعياً أو معنوياً يمارس نشاطاً مهنيّاً صناعياً أو أن يكون وسيطاً في التجارة المعيارية (القياسية) أنظر : cass.com, 17 juillet 1974.n°73.12.259.

⁶ - حيث يطلق عليها Stapled shares، وهي عملية غير معروفة في القانون الفرنسي حتى أن الفقه لم يولها إهتماماً كبيراً نظراً لتعقيدها ولكنها من ناحية أخرى تعد عملية مالية صحيحة.

الأسهم، وهي العملية المالية التي تهدف إلى الربط بين الأسهم المصدرة من طرف شركتين مختلفتين الجنسية وذلك بمقتضى شرط في القانون الأساسي، وبمجرد توأمة أسهم الشركتين يصبح غير جائز إكتسابها أو التنازل عنها منفردة. وإضافة إلى الربط تصبح الأسهم كوحدة واحدة رغم إختلاف الشركتين المصدرتين من ناحية الجنسية، حيث يتم تسعير هذه الوحدة في كل من الأسواق المالية لكلتا الدولتين اللتين تنتمي إليهما الشركتان، ويؤدي ذلك حتما إلى أن الإكتتاب أو شراء الأسهم يقع على كلا نوعي أسهم الشركتين في آن واحد، وبسبب هذه العملية أيضا لا يمكن للمساهم إلا أن يكون مساهما في الشركتين معا.¹ وفي الأخير إذا تضمن القانون الأساسي شرطا مقيدا لإكتساب صفة الشريك أو المساهم وجب في الوقت ذاته أن يتضمن شرطا يقضي بإلزام الشركاء بشراء حصة الشريك الذي زالت الصفة عنه لعدم توفر الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي.²

ثانيا : الإلتزامات المالية الإضافية

يعد التزام الشريك بتسديد الحصة المقدمة عند تأسيس الشركة من أهم الإلتزامات المالية المنبثقة عن المركز القانوني للشريك. حيث يتصل هذا الإلتزام بنية الإشتراك [Affection societatis]. وبمقتضى نية الإشتراك يكون كل الشركاء ملزمون بالتعاون فيما بينهم والعمل على تحقيق هدف الشركة ولذلك يلتزم كل شريك بأداء الحصة المتفق عليها.³

إن الدور الذي يؤديه الشريك حين قيامه بتقديم الحصة في غاية الأهمية لأن الحصة تعد عنصرا مميزا لصفة الشريك⁴، مما يجعله متميزا بذلك عن الأشخاص الآخرين الذي يشاركون في نشاط الشركة، ونذكر منهم أصحاب سندات الاستحقاق [Obligataires] والأجراء [salariés]⁵، وكما يسمح من جهة أخرى بتخصيص جميع الحصص المسددة لبناء و تكوين رأسمال الشركة حيث يجسد رأس المال القيمة العددية لمجموع الحصص العينية والنقدية التي قدّمها كل شريك من الشركاء، ويستثنى من الحصص الحصة الصناعية أو حصة العمل⁶، فهي لا تدخل في تكوين رأس المال.

¹ - وهنا يتم تقييد صفة المساهم بمقتضى عملية Stapling لأن المساهم لا يكون مساهما في الشركة الوطنية بالعملية المذكورة إلا إذا كان مساهما في الشركة الأجنبية و جدير بالذكر أن لعملية Stapling منافع كثيرة منها إمكانية تسعير الأسهم الخاضعة للتوأمة في العديد من الأسواق المالية، تحقيق فوائد ضريبية، الوقاية من خطر تغيير قيمة الصرف، الوقاية إزاء تغيير التشريعات المالية وتعديلها في الدول التي تنتمي إليها الشركات، الحماية ضد نقل الرقابة داخل الشركات راجع : Renaud LAPLANCHE, Mathias TURCK, Le jumelage d'actions, Etudes et chronique, JCP, 1996, éd, E,n°39,p590.Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Droit des sociétés ,Litec, n°1866.

² - لا يعد تضمين القانون الأساسي شرطا بإلزام الشركاء بالشراء الحل الوحيد إذ يجوز أن يقضى الشرط المذكور ليس بالشراء وإنما بالإقضاء، أي أن الشريك الذي لم تعد الشروط متوفرة فيه، يعد مبعدا عن الشركة راجع:

Yves GUYON, Les sociétés , Op cit, p 170.

³-Alain VIANDIER, La notion d'associé, LGDJ , Paris, 1978, p 13.

⁴ -Yves GUYON, Droit des affaires, Op cit, p98.

إن القاعدة العامة تقضي أن الشريك لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد تقديم الحصة إلا ما أستثنى لظرف خاص، أين يمكن الإستفادة من المركز القانوني للشريك دون تقديم الحصة، وهي الحالة التي نظمها المشرع الفرنسي مثلا بمقتضى القانون 1980/10/24 والذي يجيز توزيع الأسهم المجانية على العمال الأجراء.

⁵ - Alain VIANDIER, La notion d'associé, op.cit, p14.

⁶ -Laurent GODON, op.cit, p 23.

وبناء على ما تقدم فإن التزام الشريك بتقديم الحصة هو الإلتزام الأساسي الذي تمنحه صفة الشريك، وفي حال عدم تنفيذه لهذا الإلتزام فإنه يفقد مركزه القانوني داخل الشركة.

وإن إلتزام الشريك بتسديد الحصة قد لا يكون فورياً وإنما يكون مؤجلاً، ففي هذه الحالة يتولى القانون الأساسي تحديد الشروط و الكيفيات التي تتخذها إدارة الشركة بغية مطالبة الشركاء بالوفاء بالحصص.

ففي شركة المساهمة مثلاً يجوز للشركة أن تؤجل تسديد الأسهم المكتتب فيها، ولا تلزم المساهمين إلا بدفع الربع عند التأسيس¹ ، أما القيمة المتبقية (4/3) فإن تسديدها يتم خلال خمس سنوات بدءاً من التأسيس ، حيث يسعى مجلس الإدارة أو مجلس المديرين إلى إصدار قرارات يدعو فيها المساهمين إلى الوفاء.² ومن هنا جاز للقانون الأساسي أن يفرض تسديداً فورياً للأسهم وبنسبة أعلى أو أن يلزم الإدارة بالمطالبة بالوفاء لمدة تقل عن خمس سنوات، أما إن تضمن القانون الأساسي منح الصلاحية لمجلس الإدارة أو مجلس المديرين بهذا الخصوص، فإنه لا يصح أن يتنازل هذان الجهازان عن تلك الصلاحية لصالح الجمعية العامة.³

لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد، هل يجوز للشركاء أن يتفقوا على إلتزامات مالية أخرى زيادة على إلتزامهم بتقديم الحصص؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التعرض إلى مسألتين رئيسيتين ، الأولى حين يتفق الشركاء على جواز الإلتزام بدفع مبالغ مالية إذا طلبت الشركة ذلك، أما المسألة الثانية فهي الحالة التي يتفق فيها الشركاء على الإلتزام بالإكتتاب في زيادة رأس المال.

فبالنسبة للمسألة الأولى و هي الدعوة التي توجهها الشركة إلى الشركاء قصد تقديم الأموال أو ما يسمى ببناء تحصيل الأموال [Appel de fonds]، هنا يفترض أن الشركة تمر بصعوبة مالية فتلجأ إلى الشركاء قصد جمع الأموال اللازمة، فهم في هذه الحالة ينفذون إلتزاماً مالياً يتجاوز حدود الحصة المقدّمة.

إن الفقه بدوره لم يقلل من صحة هذه التقنية أي دعوة الشركة للشركاء بدفع مبالغ إضافية، لأن ذلك يصب عادة في مصلحة الشركة، حيث تتمكن من خلال ذلك الحصول على دعم الشركاء، بيد أن أهمية التقنية تختلف باختلاف نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص مثلاً، نجد أن إلتزام الشركاء بدفع مبالغ مالية إضافية ينفذ بطريق غير مباشر لأن الشركاء في هذا النوع يسألون مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة.⁴

¹ - أنظر المادة 596 ق تجاري ، بينما تكون النسبة هي النصف لدى المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 10 جوان 1994، حيث يهدف المشرع الفرنسي من وراء رفع هذه النسبة هو تعزيز الأموال الخاصة في الشركة.

²-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit , p 371.

³- Yves GUYON, Les sociétés ,op.cit , p 171.

⁴-Laurent GODON, op cit, p 188.

ونجد أيضا أن الشركة قد تكون ملزمة أصلا باللجوء إلى تقنية جمع الأموال من الشركاء، إذا كان هدفها تحقيق إقتصاد معين¹ وليس تحقيق الربح، فهذه الشركات غالبا ما يكون هدفها تمكين الشركاء من الوسائل الضرورية للنشاط، لذا يقوم الشركاء بتغطية المصاريف العامة من خلال تأدية الأقساط.² أما بالنسبة للمسألة الثانية ألا وهي مدى جواز إلزام الشركاء بالإكتتاب في زيادة رأس المال التي ستجرى بعد التأسيس، فإن الفقه يبدو مؤيدا لمثل هذا الشرط، خاصة إذا كان مقدار الزيادة وأجلها محددا أو قابلا للتحديد. إلا أن مثل هذا الشرط لا يكون صحيحا إذا تضمن إلزام الشركاء بالإكتتاب في جميع تعديلات رأس المال دون تحديد لمقدارها وأجلها، والسبب في ذلك هو تعارض الشرط مع مبدأ عدم جواز زيادة التزامات الشركاء وهو مبدأ من النظام العام، ويعد كذلك خرقا واضحا للمبدأ الأساسي الذي تقوم عليه شركتي المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وهو عدم تحمّل المسؤولية فيهما إلا بقدر الحصة المقدّمة من طرف كل شريك.³

ثالثا : شرط عدم المنافسة والنشاط الحصري

يعرّف الأستاذان THALLER و PIC نية الإشتراك بأنها إرادة الشركاء بالتعاون فيما بينهم بغية الوصول إلى تحقيق الهدف المشترك.⁴ يساق في هذا المقام عادة تعريف نية الإشتراك حتى تبرز لنا مسألة في غاية الأهمية، هل يعد من آثار عقد الشركة إلزام الشريك بتحميله تبعات إشتراكه في الشركة بأن لا يمارس نشاطا مماثلا لنشاطها؟، أو ما يعرف من ناحية أخرى بالالتزام بعدم المنافسة. لم يتخذ الفقه بصدد مسألة إلزام الشريك بعدم المنافسة موقفا واحدا ، فالرأي الراجح يذهب إلى القول بصعوبة التسليم بوجود مثل هذا الإلتزام ضمن الأحكام العامة للشركات، حيث لا نجد نصا قانونيا صريحا يرتّب على الشريك إلتزاما بعدم منافسة الشركة. إلا أن مثل هذا الرأي يذهب من ناحية أخرى إلى عدم إنكار وجود الإلتزام بعدم المنافسة في حالات معينة، بل إن بعضا من هذه الحالات ورد بشأنها نص قانوني.⁵

¹ - إستنتاجا من المادة 416 ق مدني، حيث تميز هذه المادة بين تحقيق الربح وتحقيق إقتصاد معين، وبالنتيجة نجد أن هدف الشركة التجارية ليس في كل الأحوال هو تحقيق الربح، وإنما قد تهدف إلى تحقيق إقتصاد ما، وهو ما نجده مثلا في التجمّعات ، فالتجمّع حسب المادة 796 ق تجاري يؤسس كتابيا بين شخصين معنويين لوضع الوسائل الملانمة لتسهيل النشاط الإقتصادي أو تطويره وتنميته.

² - Yves GUYON, Les sociétés , op cit , p 172.

وعلى العموم نجد أن الفقه يشدد على صحة التقنية، فلكي تكون صحيحة لا بد من توفر الشروط الآتية: رضا الشريك بالبند المدرج في القانون الأساسي الذي يقضي بالدفع حتى لا يعد زيادة في التزاماته، تحديد المبالغ التي يدعى الشركاء للوفاء بها وذلك من خلال إضفاء الشفافية والعلم الكافي لكافة الشركاء.

³ - Yves GUYON, Les sociétés ,op cit , p 173.

⁴ -E-THALLER, P-PIC, des sociétés commerciales, T1, p 376.

⁵ - كما هو الشأن بالنسبة للشركات المدنية المهنية أين لا يجوز للشريك فيها أن يمارس نفس المهنة بصفة فردية ولا يجوز له أن يكون شريكا إلا في شركة واحدة وما نجده مثلا في شركة المحامين المادة 54 من القانون 07-13 يتضمن مهنة المحاماة .

أنظر :مثلا المادة 48 من قانون 29 نوفمبر 1966 الفرنسي المنظم للشركات المدنية المهنية .و راجع بشأن ذلك: عمر فلاح الوطين، مركز الشريك في الشركة المهنية في ظل التشريعات الأردنية، دراسة مقارنة، مجلة المنارة، المجلد 17، العدد 3، سنة 2011، ص 147.

Y-SERRA, La non concurrence en matière commercial, Société et civile, Dalloz, Droit usuel, 1999, n°157

أما الحالات الأخرى وإن لم يكن هناك نص صريح بشأنها فإن التزام الشريك بعدم المنافسة يكون موجودا استنادا إلى مفهوم صفة الشريك، كما هو الحال مثلا بالنسبة للشريك الذي قدم حصة من عمل في شركات الأشخاص، إذ يلتزم بأن لا ينافس الشركة أي أن لا يؤدي نشاطا مماثلا لها.¹

وكما هو الحال أيضا بالنسبة للشريك الذي قدم محلا تجاريا كحصة في الشركة، فهو في هذه الحال كالبائع أو المؤجر، يلتزم كما يلتزم هذين الأخيرين بأن لا ينافس الشركة، وهو في الوقت ذاته تنفيذ للالتزام بضمان التعرض الشخصي² إذا كان قد قدم الحصة على سبيل التملك، أو أن يلتزم بتمكين الشركة من الإنتفاع الهادئ إذا قدم المحل على سبيل الإنتفاع.

يبقى ان نشير في الأخير الى حالة الشريك الأجير والشريك المدير، فهما يلتزمان خلال مدة عقد العمل بالنسبة للأجير أو خلال العهدة الممنوحة بالنسبة للشريك المدير بأن لا يمارسا أو يباشرا نشاطا منافسا لنشاط الشركة.³

إذن بعد أن عرضنا الحالات التي يقوم فيها بوضوح إلتزام الشريك بعدم منافسة الشركة ، هل نفهم من ذلك أنه ينعدم الإلتزام بعدم المنافسة فيما عدا هذه الحالات المذكورة ؟

في الحقيقة، إذا لم يقر الشركاء بالإتفاق حول مسألة الإلتزام بعدم المنافسة و ذلك بأن يدرجوا في القانون الأساسي شرطا ينص على ذلك صراحة ، فإن الرأي الراجح كما قلنا يذهب على عدم الإعتداد بوجود الإلتزام،⁴ وذلك لسببين، الأول أن قانون الشركات بدوره لم يكرّس الإلتزام بعدم المنافسة بنص صريح خلافا لما نجده في تشريع العمل حيث يقضي هذا الأخير صراحة بعدم جواز منافسة رب العمل من طرف العامل، وكان عقد العمل ذاته يعد مصدر للإلتزام المذكور⁵ ، مما يسمح لنا بالقول أن عقد الشركة ليس كعقد العمل لا يترتب عليه إلتزام الشريك بعدم المنافسة بمجرد التوقيع عليه ودخوله في الشركة⁶ ، أما السبب الثاني يرجع إلى حرية التجارة والصناعة،⁷ أو ما يطلق عليه الفقه اصطلاح الحرية الإقتصادية. يرى الأستاذ SERRA أن إلتزام الشريك بعدم المنافسة يعد مساسا بالحرية الإقتصادية

¹ - حقيقة إن الشريك الذي يقدم حصة من عمل يقع عليه التزامين إثنين أحدهما إلتزام بفعل والآخر إلتزام بعدم فعل ، فالإلتزام بفعل أو الإلتزام الإيجابي هو أن يقوم الشريك بالخدمات أو بالعمل الذي تعهد به، أما الإلتزام بعدم فعل أو الإلتزام السلبي هو أن لا يمارس العمل المقدم نفسه بصفة فردية أو للمصلحة الشخصية منافسا بذلك الشركة، راجع المادة 423 ق مدني، أما رأي الفقه :

Géraldine Goffaux – Callebaut, Apport, Répertoire sociétés, Dalloz, juin 2011, p 58. Sophie SCHILLER, Pierre-Louis PERIN, Les apports en industrie dans les sas , Rev soc 2009, p 59.

² - لذا لا يكفي الشريك بضمان التعرض الصادر عن الغير، بل يضمن ما قد يصدر عنه أيضا ، وبالنسبة للمحل التجاري يلتزم الشريك بأن لا يأتي بأي تصرف من شأنه إنقاص الزبائن المرتبطين بالمحل المقدم، ويمتنع كذلك على تأسيس أي نشاط من النوع ذاته الذي يشغله المحل التجاري، أنظر:

C-L CAEN , Renault, Traité de droit commercial, T2, 5^{ème}, éd LGDJ, Paris, 1926, n° 20

³-A-PIROVANO, La concurrence déloyale en droit français, Revue international de droit comparé 1974, p 467.

⁴- Yves GUYON, Les sociétés ,op cit , p173.

⁵- وهو ما تؤكد المادة 7 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

⁶-Laurent GODON, op cit, p 125.

⁷- إن مبدأ حرية التجارة والصناعة مبدأ دستوري ، راجع المادة 35 من الدستور و راجع:

M.-KDHIR, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? , Mythe ou réalité ?, D1994, Chron , p 30. M. LOMBARD, à propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et privés, D1994, Chron , p 163.

الفردية للشركاء وإلى حرية المنافسة أيضا، بل يعد غير مناسب إلزام الشريك خاصة إذا لم يكن أجيرا ولا مديرا ولم يقدّم حصة من عمل أو محلا تجاريا¹ بعدم المنافسة.²

نخلص مما تقدم إلى أن الشركاء من الناحية العملية يلجؤون عادة إلى القانون الأساسي فيدرجون شروطا خاصة بعدم المنافسة، تقضي بمنع الشريك من ممارسة عمل تجاري مشابه لنشاط الشركة،³ إلا أن هذه الشروط لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مقيدة من حيث الزمان والمكان والمضمون.⁴ وأن يكون الهدف من إدراج هذه الشروط ليس حرمان الشريك من حريته الإقتصادية، بل أن الهدف منها حماية المصالح المشروعة للشركاء الآخرين والشركة.⁵

رابعا : المساهمة في خسائر الشركة

لا شك في أن إلزام الشريك بتحمل خسائر الشركة هو مبدأ من النظام العام، لذا لا تنفذ في مواجهة الغير الشروط المدرجة في القانون الأساسي التي من شأنها تقييد هذا الإلتزام، وبالمقابل لا تمنع صفة النظام العام هذه من أن يقوم الدائن بإعفاء الشركة من ديونها.⁶

وعلى العموم فإن إلزام الشريك بتحمل الخسائر يختلف باختلاف نوع الشركة ، ففي الشركات التي يسأل فيها الشريك مسؤولية تضامنية وشخصية، نجد أغلب النصوص المنظمة لهذا الإلتزام مكّلة خاصة ما تعلق منها برجوع الشركاء على بعضهم البعض، وذلك بعد الوفاء لدائن الشركة⁷ ، ومن جهة أخرى و بالرجوع إلى أحكام شركة المساهمة نستنتج أن مساهمة الشريك في خسائر الشركة تتحدد بنسبة مساهمته في رأس المال ، إلا أن ذلك يمكن تعديله باتفاق الشركاء حيث يمكن أن ينص القانون الأساسي على قواعد أخرى في توزيع الخسائر على الشركاء، إلا إذا اعتبر من قبيل شرط الأسد فإنه يكون باطلا.⁸

¹ - وهي إشارة إلى الحالات المذكورة أين يبرز فيها إلزام الشريك بعدم المنافسة بوضوح.

² - Com 6 mai 1991, D 1992, Sommaire 347, note Y. Serra.

³ -Y-GUYON, droit des affaires , T1,n° : 857.

⁴ -Com 4 janv 1994, n° : 92-14, 121, D 1995, p 205, note : Y- Serra.

⁵ - ويستمر أثر إلزام الشريك بعدم منافسة الشركة حتى بعد خروجه أو إنسحابه منها، كأن يقوم الشريك بالتنازل عن حصصه أو أسهمه، ففي هذه الحالة يتضمن عقد التنازل شرطا صريحا بعدم المنافسة، ويضيف أيضا أن القضاء الفرنسي يتجه حديثا نحو تكريس هذا الإلتزام، في كل من شركات التضامن وشركات المحاصة وحتى في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أنظر :

J. Amiel- DONAT, Clause de non concurrence et cession de droits sociaux, Droit des sociétés 1989, Chron I.Yves SERRA, Obligation de non concurrence, Répertoire de droit Commercial, Dalloz, Fév. 2009, p 17. civ, 12 oct 1971,Bull civ III, n° : 486, p 347.Com, 1 oct 1974, Bull civ, n° : 237, p 193.

com, mai 1991. Rev soc 1991, p 760, note : Y. Guyon. D 1991, p 609, note : A- Viandier. RTD com 1992, p 621, note : Champaud et danet .

⁶ -Civ .2 Déc 1980, Rev soc, 1982, p 336, note : B- Bouloc.

⁷ - Y-GUYON, Les sociétés, op cit , p 174.

⁸ - إن المشرع لم يقم بتعريف الخسائر ولم يهتم الفقه من جانبه بسد هذا الفراغ والسبب في ذلك ربما أنه كان ينظر دائما إلى أن الشركة يتم تأسيسها لتحقيق الأرباح وليس لتقسيم الخسائر ، راجع في تفصيل ذلك :

Thibaut MASSART, Contrat de société, Rep societe,dalloz, avril 2006, n°89. F- KENDERIAN, La contribution aux pertes sociales, Rev soc 2002, p 640.

إذن يستطيع الشركاء أن يتفقوا على الأساس الذي تتحدد به مساهمة كل شريك في خسائر الشركة بمقتضى بنود في القانون الأساسي، كما هو الحال بصدد إبرام عقد التجمع فإن عقد التجمع عادة يتضمن تحديد الطرق المتبعة عند حساب مساهمة كل شريك في الخسائر الناجمة عن نشاط التجمع.¹

وخلاصة لما تقدم يمكن أن يشتمل القانون الأساسي على عدد آخر من الإلتزامات المفروضة على الشركاء، إلا أن وجود تلك الإلتزامات وصحتها مرهون بمدى إحترام الغاية من إبرام عقد الشركة، وعدم الإخلال بحقوق الشركاء الفردية ومن ناحية أخرى لا تكون لمثل هذه الإلتزامات المنصوص عنها في القانون الأساسي الفاعلية الكافية إلا إذا إقترن تنفيذها بجزاء.

الفرع الثاني: الجزاء المقترن بمخالفة الإلتزامات التأسيسية

وفقا لما تقضي به المادة 441 من القانون المدني، يتضح جليا أن إخلال الشريك بالإلتزامات المترتبة عليه سواء بنص القانون أو بنص القانون الأساسي، يعد سببا كافيا لحل الشركة.²

إن الشركاء نادرا ما يلجؤون إلى طلب الحل، لأن المصلحة المشتركة في نظهم تقضي باستمرار الشركة وبقاء نشاطها، و عوضا عن طلب الحل فإن الشركاء يلجؤون إلى إقصاء الشريك المخل بالتزاماته وإلزامه بالتعويض عن الضرر اللاحق بهم أو بالشركة، ولذا يقع التساؤل عادة هل يجوز أن ينص القانون الأساسي على إقصاء الشريك في الحال التي لا ينفذ إلتزامه فيها؟ (أولا) أو أن يلتزم بأداء التعويض مباشرة بناء على شرط جزائي مدرج في القانون الأساسي؟ (ثانيا)

أولا: شرط الإقصاء أو الفصل

إن الإقصاء أو الفصل [l'exclusion] هو الجزاء الذي يلحق الشريك أو المساهم نتيجة إخلاله بالإلتزامات³ المفروضة عليه.⁴

والإقصاء بهذا المفهوم يتجسد من خلال شرط الإقصاء الذي يتم إدراجه من قبل الشركاء في القانون الأساسي للشركة، فيتمكن الشركاء من إبعاد الشريك الذي تخلف عن تنفيذ إلتزاماته.⁵

¹ - رغم أن اعضاء التجمع ملزمون بالتضامن حول ديون التجمع، فإنه يجوز الإتفاق حول توزيع الخسائر بين الأعضاء، أنظر المادتين 797 ق تجاري و 799 مكرر 1.

² - تنص المادة 441 ق مدني: يجوز ان تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب احد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو بأي سبب آخر ليس هو من فعل الشركاء ...

³ - سواء كان مصدرها القانون ذاته أو كان متفقا عليها من خلال القانون الأساسي، من بين تلك التي مصدرها القانون نذكر الإلتزام بتقديم الحصة وتسديدها وتقديم الأسهم للتجميع، تقديم الأسهم لتسجيلها لدى الشركة، ...

⁴ - G. Ripert, R. Roblot, Traité de droit commercial, op cit, p 1175.

⁵ -Géraldine Goffaux, Callebaut, op cit, p 261.

لقد اختلف الفقه حول صحة شرط الإقصاء فذهب البعض إلى عدم شرعيته مستنديين إلى العقوبات التي تعيق إعماله، وهما الحقان الرئيسيان الذي يتمتع بهما الشريك، حق الملكية وحق البقاء في الشركة¹، و ذهب جانب آخر من الفقه وكذلك القضاء² إلى قبول شرط الإقصاء أو الفصل وفي الوقت ذاته إستبعد مثل هذا الجزاء في حال لم يكن منصوصا عنه في القانون الأساسي.³

لقد ذهب الأستاذ GUYON إلى تشبيه شرط الإقصاء بوصفه شرطا فاسخا، مستندا في ذلك إلى تكييف العلاقة التعاقدية التي تجمع من جهة بين الشركة والشريك المقصى و من جهة أخرى بين الشركاء أنفسهم بعضهم ببعض. فإذا أخذنا بالمستوى الأول من العلاقة التعاقدية أي تلك التي جمعت الشريك والشركة، سيكون بلا شك من الجائز أن تطلب الشركة فسخ العلاقة التعاقدية عندما يخل الشريك بتنفيذ التزاماته، أما إذا أخذنا بالمستوى الثاني من العلاقة العقدية أي بالنظر إلى الإقصاء فيما بين الشركاء بعضهم ببعض، فإن الإقصاء في هذه الحال لا يكون فسخا لأن العلاقة التعاقدية لا تنقضي ما دامت الشركة قائمة بين الشركاء الآخرين، وهنا تكمن خطورة الوصف وذلك لأن بقاء الشركة و إستمرارها بعد إقصاء الشريك قد يجعل من الإقصاء مجرد إنتقام من طرف الشركاء الآخرين مما يسمح لهم بتحقيق الأرباح بعد إبعاد الشريك.⁴

ولقد ذهب أيضا الأستاذان DARIOSECQ و METAIS إلى تشبيه شرط الإقصاء بوصفه إبعادا تأديبيا، ولقد إنطلقا في تأسيس رأيهما من كون الشركة تفتقد إلى الجهاز التأديبي المختص عادة، ولذا لا بد على الأقل أن يؤسس الإقصاء على قائمة وضعت بدقة تشتمل على الوقائع التي تفسر هذا الجزاء، ولذا يعد غير كافيا أن يتضمن القانون الأساسي للشركة بندا يقضي بأن مخالفة مصلحة الشركة يبرر إقصاء الشريك، بل لا بد أن يكون هذا الأخير عالما بالإلتزامات الملقاة عليه، فإذا أخل بها جاز حينئذ أن يواجه بالإقصاء.⁵

أجمع الفقه والقضاء على أن صحة الإقصاء متوقفة على جملة من شروط الصحة التي ينبغي توفرها في شرط الإقصاء ذاته، إن أهم تلك الشروط هو الشرط الذي يقضي بوجود كون شرط الإقصاء محددًا

¹- يتمتع الشريك بحق الملكية الوارد على السندات والأسهم وبالتالي لا يجوز إجباره على التنازل عنها حتى لو كان بصدد الإقصاء، أما حق البقاء فإن مفاده أن يظل الشريك عضوا بالشركة ولا يجوز حرمانه من هذه الصفة إلا بإرادته، لذا فإن هذان الحقان في وجهة نظر هذا الجانب من الفقه عائقا على إعمال شرط الإقصاء، راجع :

G -Ripert, R-Roblot Traité de droit commercial, op cit, p 1175.

²- في بداية الأمر كان القضاء الفرنسي مترددا في قبول صحة شرط الإقصاء كما يتضح من خلال كثير من قرارات محكمة النقض ومحاكم أخرى : Cass, Req.16 novembre 1943, journal des sociétés 1944.Caen 11 avr 1927, D 1928, 2, 65, Orléans 26 sep 1989, Dr, soc 1990, 644, Cass.com 11 octobre 1967, D 1968, p 136, Paris 18 nov 1969, D 1970, p 170.note : Y-Guyon

ولكنه أخيرا أصبح باتا في موقفه وصار يقبل بصحة الشرط وأشهر قراراته بهذا الشأن القرار :

Cass.com 13 déc 1994, rev soc 1995, p 298, Note : D. Randoux.

³- Com 12 mars 1996, Rev soc, 1996, p 554, note : D. Bureau, D 1997, p 133, note : Langlés, RTD civ 1996, p 867, note : J-Mestre, RJDA, 1995/ 3 n° : 292, Bull Joly 95, p 152, note : P-LECANNU.

⁴-Bermond de vaulx. L'exclusion d'un associé ,Dr des sociétés 1996, chr, p 14. C-Durand – Lépine ,L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, petites Affiches, 24 juillet 1995. D, Martin, L'exclusion d'un actionnaires, RJC n°5 spécial, novembre 1990. J-J DAIGRE, La perte de la qualité d'actionnaire, Rev soc 1999, p 535.

⁵- Sylvie DARIOSECQ, Nathalie METIAS, Les clause d'exclusion solution à la mésentente entre associé, Bul Joly, 1998,p 286.

بدقة لأسباب الإقصاء، وهي الوقائع والأسباب الموضوعية التي يترتب على وقوعها أعمال جزاء الإقصاء في مواجهة الشريك المسؤول.¹ وتقتضي صحة شرط الإقصاء أن تطبق قواعد قانون الشركات، ومن أهم هذه القواعد قاعدة تخصص الشخص المعنوي، حيث تقتضي قاعدة التخصص تحديد نشاط الشركة بموضوعها [Objet social]، أو بكل الأعمال التي تتوافق مع مصلحة الشركة، وتطبيقا لذلك يكون الإقصاء غير مشروع إذا كان متعارضا مع مصلحة الشركة.²

وتقوم صحة شرط الإقصاء من ناحية أخرى على مدى إحترام حقوق الدفاع أي أن يبيّن في القانون الأساسي كيفيات الإقصاء وتعيين الجهاز المختص بمباشرته والإجراءات المتبعة بصدده، وأن يمكن الشريك أو المساهم المقصى من الدفاع.³

يذهب أغلب الفقه إلى ضرورة احتواء شرط الإقصاء على الجهاز الذي يخول إليه أعمال الإقصاء، وتذهب هذه الغالبية أيضا إلى القول بأهمية الصفة الجماعية [le caractère collégial] في هذا الجهاز المختص، كمجلس الإدارة أو الجمعية العامة ولذا لا يجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يبادر بإقصاء الشريك.⁴

وفي الحالة التي تتصدى فيها الجمعية العامة إلى إقصاء الشريك يتسأل البعض حول مدى جواز اشتراط أغلبية خاصة تنعقد على أساسها الجمعية العامة، يذهب القضاء الفرنسي إلى جواز ذلك.⁵ إن الإقصاء وإن كان سببا لخروج الشريك من الشركة بصفة نهائية فإنه من ناحية أخرى ليس إنتزاعا لأسهم وسندات الشريك المقصى أو لحقوقه في الشركة. لذا يجب أن يبيّن في القانون الأساسي كيفيات شراء الأسهم والسندات التي كانت بحوزة الشريك أو المساهم المقصى وبسعر عادل.⁶

ويخضع إجراء الإقصاء إلى رقابة القضاء، ليقف القاضي على مدى إحترام شروط الصحة المذكورة وليجنّب الشركة الآثار السيئة للإقصاء التعسفي⁷، وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن الإقصاء و إن كان صحيحا من حيث المبدأ، فإنه لا يخلو من تبعات على الشركة والشركاء على حد سواء، خاصة تلك

¹ - يجب أن يراعى في تحديد الوقائع سلوك الشريك من جهة والإضطراب الذي يحدثه في حياة الشركة من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس إنتقد القرار الذي ذهب فيه محكمة النقض الفرنسية إلى قبول صحة شرط الإقصاء الوارد بالقانون الأساسي، وفي هذا الشرط كان الإقصاء يتم على أساس القرعة، حيث يقصى الشريك مباشرة عند كل سنة والوجه المأخوذ على هذا القرار أنه باعتبار مثل هذا الإقصاء صحيحا فإن محكمة النقض تغلبت الحظ في تسيير الشركة عوضا عن تغليب عنصر نية الإشتراك.

Req. 16 novembre 1943, S. 1944.1.15

² - Sylvie DARIOSECQ, Nathalie METIAS, Les clause d'exclusion solution à la mésentente entre associé, op.cit,p 290.

³ - أي أن يعلم الشريك بالإلتزامات التي أخذ بها وأن يسمع منه، وأن يحدد في شرط الإقصاء أيضا كيفية إسترداد حصة الشريك وحقوقه في الشركة، ويجوز في هذه الحال أن يعرض تطبيق شرط الإقصاء على القاضي للبت في النزاع المحتمل.

Cass, com 21 oct 1997, D 1998, p 400,obs: J-C Hallouin

⁴ -CA Paris. 24 septembre 1996, Bull Joly 1996, p 103, p 378.note : B-CAILLAUD

⁵ - وهو ما تؤكده محكمة Versailles عندما ذهبت في قرارها الصادر في 02 ماي 1989، إلى التصريح بعدم شرعية شرط الإقصاء الذي يسمح بإقصاء الشريك الشخص المعنوي، وذلك بسبب تغيير الرقابة فيه لمجرد توفر أغلبية 25% من حقوق التصويت، فقررت المحكمة في هذه القضية بوجود توفر على الأقل أغلبية بسيطة لإقصاء الشريك.

TC Versailles, 02 mai 1989, Bull Joly, 1989, p 615, p ,222, note : Y-SEXER

⁶ - CA Paris, 07 juin 1988, Rev soc 1989, p 246, note : Dana Demaret SABINE.

⁷ -Com.21 oct 1997,Rev soc 1998,p 99 note: B-SAINTOURENS

الدعاوى والنزاعات التي يثيرها الشريك المقصى والتي إن لم يبت فيها فإن ذلك يؤدي عادة إلى اضطراب نشاط الشركة، أما إن قضي ببطلان الإقصاء فإن القرارات التي اتخذت من دون الشريك المقصى تكون معيبة بدورها.¹

ثانيا : الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي هو الشرط الذي يحدد فيه المتعاقدان مقدما وجزافا مقدار التعويض عن الضرر الذي ينجم عن عدم تنفيذ الإلتزام المترتب على العقد، وبذا يصف الفقه الشرط الجزائي بأنه جزء اتفاقي من شأنه أن يحثّ المدين على تنفيذ الإلتزام.²

ويتضح من خلال هذا الوصف أن للشرط الجزائي ثلاثة أدوار، فهو في البداية يكون شرطا مكرها للمدين على تنفيذ الإلتزام ، أما إذا لم يقم المدين بتنفيذ الإلتزام فإن الشرط الجزائي في هذه الحالة يكون شرطا عقابيا لتحديد مقدار التعويض وهو ما يجعله شرطا تقييما.³

والشرط الجزائي بهذا المفهوم لا يتعارض البتة مع مبادئ القانون لذا يجوز أن يحتوي القانون الأساسي على مثل هذا الشرط، لأنه من الثابت أن يسبب إمتناع الشريك عن تنفيذ إلتزاماته ضررا للشركة، فالشرط الجزائي في هذه الحالة يسهّل حصولها على التعويض.⁴

وبالمقابل يخضع الشرط الجزائي لمراقبة القاضي ولقد منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في إعادة ضبط الشرط الجزائي.⁵ تؤدي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إلى احتمالين اثنين، فإما أن يقوم القاضي بتخفيض الشرط إذا اثبت المدين أن الدائن قد بالغ في تقدير الضرر أو أن المدين كان قد نفذ الإلتزام مجزّءا أو أن يقوم القاضي برفع مقدار التعويض المبين في الشرط إذا كان ضئيلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب خطأ جسيما.⁶

ويتضح مما تقدم ذكره أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تقوم على المقارنة بين الضرر من جهة والتعويض الذي قرره الشرط من جهة أخرى، وما يدل على ذلك إستعمال المشرع مصطلح (Excessivement)، أي بمعنى المبالغة والإفراط⁷ ، ويستخلص القاضي مدى مبالغة الشرط الجزائي في

¹ - Yves GUYON, Les sociétés ,op.cit, p 178.

² - لقد جاء في المادة 183 من القانون المدني: يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليهما في العقد او في اتفاق لاحق... D.MAZEAUD, La notion de clause pénale, Thèse ,Paris XII, 1992. A-Pinto MONTEIRO, La clause pénale en Europe, Mélanges offert à l'honneur de Jacque GHESTIN, 2001, p 719. Yves LEQUETTE, François TERRE, Philippe SIMLER, Droit civil : Les obligations, Dalloz, Paris, 2009, p 633.

³ - Sébastien PIMONT, Clause pénale, Répertoire de droit civil, avril 2010, Dalloz, p 02.

⁴ - Yves GUYON, Les sociétés ,op.cit, p161.

⁵ - إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام حسب المادة 2/184 من القانون المدني. و وفقا لمبدأ الوجاهية على القاضي دعوة المتعاقدين لإبداء طلباتهم، و مع ذلك تبقى للعقد قوته الملزمة إذا لا يجوز المساس به.

Com, 23 mas 1993, Bull civ IV n°114

⁶ - Sébastien PIMONT, op cit, p 19.

⁷ - تجدر الإشارة هنا إلى التعارض الموجود بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 184 ق مدني، إذ جاء النص الفرنسي أكثر دلالة على الحكم، ولقد أستقر القضاء الفرنسي على اعتبار سلطة القاضي في التعديل هي سلطة تعود إلى قاضي الموضوع، وإن يتم التقدير من طرفه يوم صدور الحكم.

Soc, 24 mai 1978, Bull civ V , n°385. civ 1^{er}, 19 mars 1980, Bull civ, I n°95, 10 mars 1998, Bull civ, I, RTD civ 1999, 97 obs: J-MESTRE.

التقدير، لا بد له أن يلجأ إلى التقدير الموضوعي فيجري مقارنة بين مقدار التعويض المحدد في العقد وبين مقدار الضرر اللاحق بالدائن فإذا كان هناك تباينا كبيرا بين القيمتين تبين له المبالغة في التقدير، ولا يفهم من ذلك أن الشرط الجزائي يتساوى دائما مع الضرر، فالهدف من الشرط هو كما أشرنا حثّ المدين على تنفيذ الإلتزام وليس تعويض الدائن عن الضرر اللاحق به.¹

المطلب الثاني: الحقوق التأسيسية

les droits statutaires

لقد رأينا فيما سبق أن قانون الشركات التجارية يقوم على مبدأ هام ألا وهو مبدأ المساواة بين الشركاء أو المساهمين، حيث يقتضي مبدأ المساواة أن يتمتع الشركاء أو المساهمين بحقوق متساوية، ولقد رأينا كذلك أن الشركاء بإمكانهم الإتفاق حول إنشاء إلتزامات جديدة من خلال تضمين القانون الأساسي بنودا وشروطا تشير بصراحة إلى تلك الإلتزامات، إلا أن إتفاق الشركاء هذا قد لا يرد على إنشاء إلتزامات جديدة وإنما يرد على تنظيم حقوق الشريك، إذن فالقانون الأساسي إلى جانب تنظيمه لإلتزامات الشريك قد يتضمن تنظيمًا لحقوق الشريك أيضا لكن شريطة أن يحترم الشركاء بصدد ذلك مبدأ المساواة فيما بينهم . وجدير بالذكر أن مبدأ المساواة ليس مطلقا وذلك لأن الشركاء أنفسهم ليسوا فئة واحدة، لذا فإن مخالفة مبدأ المساواة غالبا ما ينجر عنها ما يعرف بالمنافع الخاصة التي تخضع لنظام خاص.²

إذن من الجائز أن يقوم الشركاء بالإتفاق حول تنظيم حقوق الشريك بأن يدرجوا شروطا وبنودا في القانون الأساسي، وما يلاحظ على هذه الأخيرة أنها متعددة، فمنها ما يتضمن رؤية جديدة حول حقوق الشريك ومنها ما يهدف إلى تعزيز تلك الحقوق وتقويتها. وتبعًا لذلك سنتعرض إلى شروط القانون

¹-Com.11 févr 1997, Bull civ, I n°47, RTD civ 1997, p 654, Obs: J-MESTRE. civ 3^{ème} 27 nov 2002, RJDA 2003, n° 224. com, 29 janv 1991, Bul civ IV n°43. com 27 mars 1990, D 1992, p 390 , note: E- S de laMarnierre .

و يجب ان يكون قرار القاضي الذي بتعديل الشرط الجزائي مسببا فهو يخضع لرقابة محكمة النقض.
² - لقد وردت الامتيازات أو المنافع الخاصة بالمادة 11/2 من المرسوم 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 التي جاءت مبيّنة لمحتوى الإعلان الواجب نشره تطبيقا لنص المادة 595 من القانون التجاري بصدد إجراءات تأسيس شركة المساهمة، و وردت بنص المادة 607 وبالمادة 707 من نفس القانون ، لم يتمكن الفقه من وضع تعريف دقيق للمنافع الخاصة حتى أن المشرع لم يعرفها إلا أن الفقه مجمع على خصائصها الثلاثة : والمنافع الخاصة هي كل ميزة مالية أو غير مالية ممنوحة للشريك أو الغير ، حيث تمنح هذه الميزة من طرف الشركة . ومن التعريف المذكور نستخلص الخصائص الثلاثة: صفة الإمتياز ، الصفة المالية، صفة الخصوصية، فبالنسبة لصفة الإمتياز ، أن المنافع الخاصة إمتياز يمنح للشريك أو الغير تعويضا عن الخدمات التي قدّمها للشركة وهي تتميز عن الحقوق المتعلقة بالأسم والسندات التي يملكها الشركاء، لذا هناك من يرى أن المنافع الخاصة ليست خرقا لمبدأ المساواة بين الشركاء بل هو خرق لطريقة منح الحقوق المقابلة للخصص المقّمة من طرف الشركاء أما بالنسبة للصفة المالية فقد أعتبرت المنافع الخاصة ذات طابع مالي سواء من طرف الفقه أو القضاء ، أما حاليا فإن أغلب الفقه أو القضاء يعدد بالمنافع الخاصة وإن لم تكن ذات طابع مالي، إلا أن المشكلة المطروحة هي كيفية تقويم المنافع الخاصة إذا لم تكن مالية، مثال ذلك منح الشريك حقا إضافيا في الإعلام، الحق في التعيين كمدير.... إلخ، إذن من اللازم أن تحدد القيمة المالية لمثل هذه الحقوق. أما بالنسبة لصفة الخصوصية فمدلولها أن المنافع الخاصة تمنح لأشخاص محددين حيث يجب ذكرهم في القانون الاساسي، راجع :

M -JEANTIN , Observations sur la notion de catégories d'actions, D, 1995, p 88. P- ENGEL, P-TROUSSIÈRE, Création de catégories d'actions et Stipulations d'avantages particuliers, JCP 1996, éd E.I, p 585.Cass. Civ, 6 mars 1935, jour Soc 1936, p 614, I, p 249, note Rousseau. Tcom Roubaix, 6 mai 1994, Bull Joly 1994, p 651, note : P-LECANNU, Rev soc 1994, p 13, note : D- Randoux.Cass. Com. 15 févr 1994, Bull Joly 1994, p 508, note: D-VELARDOCCHIO.

الأساسي المنظمة لحقوق الشريك (الفرع الأول)، وإلى شروط القانون الأساسي المعززة لحقوق الشريك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط القانون الأساسي المنظمة لحقوق الشريك

لا يثير قيام الشركاء بتنظيم حقوق الشريك أية صعوبة إذا ما إقتصر هذا التنظيم على الحدود التي رسمها المشرع من خلال نصوص القانون التجاري خاصة إذا كانت هذه النصوص تحيل صراحة إلى القانون الأساسي.

إلا أن الوضع يختلف إذا ما كان إتفاق الشركاء منبثقا عن الإرادة ولا يستند إلى قاعدة مكتملة من قواعد قانون الشركات، فمثل هذا الإتفاق يعد صحيحا لكن شريطة أن لا يؤدي إلى تحريف شكل الشركة، لذا سنتعرض في هذا الفرع إلى تنظيم حقوق الشريك بناء على ما نص عليه المشرع (أولا)، ونتعرض أيضا إلى تنظيم حقوق الشريك بناء على إرادة الشركاء دون أن ينص المشرع على ذلك (ثانيا).

أولا: تنظيم حقوق الشريك بناء على قواعد قانونية

يحيل المشرع في كثير من النصوص إلى القانون الأساسي إمكانية تنظيم حقوق الشريك وهي تقنية صحيحة، لأنها توفر للشركاء الليونة والأمن القانوني إذا ما لجأوا إلى الإتفاق من جديد حول حقوق الشريك وأفرغوا ذلك في القانون الأساسي للشركة، أما إن خلا القانون الأساسي من مثل هذا الإتفاق فإن حقوق الشريك تظل خاضعة لنصوص القانون والتي غالبا ما تكون نصوص مكتملة يجوز الإتفاق على خلافها.

وتتعدد الحقوق التي قد يقع عليها إتفاق الشركاء، كأن يتفقوا على تنظيم حق التنازل عن الأسهم أو الحصص، أو أن يتفقوا على تنظيم حق التصويت، أو حول الحقوق المالية للشريك .

أ/- شروط القانون الأساسي المنظمة للتنازل عن الأسهم أو الحصص

أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة العامة أي وفقا لقواعد القانون المدني نستخلص طبيعة حصة الشريك، فحصة الشريك مال منقول إستنادا إلى تقسيم الأموال¹ ، أم الحق الذي يرد عليها فإن أغلب الفقه مجمع على إعتبره حق ملكية بغض النظر عن طبيعة الحق الذي يربط الشريك بالشركة فهو حق شخصي كما هو منفق عليه.²

¹ - انظر المادة 683 من القانون المدني التي بينت تقسيم الاموال من منظور الشريعة العامة.

² - G - Ripert, R-Roblot Traité de droit commercial, op cit, p 844.

وإذا كان الشريك يعد مالكا للحصة أو السهم، من الجائز إذن أن يتنازل عنها لشريك آخر أو للغير، وهنا لا بد أيضا من الرجوع إلى أحكام القانون المدني نستخلص أن حكم التنازل هو نفسه حكم البيع، لذا يفترض في البيع أن يقع رضا الشريك والأهلية اللازمة، أي في الشريك المتنازل والمتنازل إليه أيضا وأن يكون سعر التنازل محددًا وقابلًا للتحديد.¹

إن المشرع من ناحيته لم يجعل أحكام التنازل موحدة بين جميع أنواع الشركات بل هي متباينة، ففي شركة التضامن مثلا، يشترط لصحة التنازل أن يقع إجماع الشركاء الآخرين عليه، أي أنه من النظام العام²، وهو النظام الأشد تقييدا للشريك عند تنازله عن الحصة ولا تميّز القاعدة بين ما إذا كان التنازل لشريك أو للغير، ولا يجوز الإتفاق على خلاف ذلك.³

أما في شركة المساهمة يستطيع المساهم بيع جميع أسهمه أو جزءا منها إلى مساهم آخر أو الغير دون أن يكون بحاجة إلى ترخيص من الشركة، إن حرية التداول هذه هي النظام الأقل تقييدا وهي ميزة في شركات الأموال نظرا لعدم إعتادها بشخص المساهم.⁴

يبقى أن نشير إلى أن الوضع مختلف إزاء شركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث يخضع التنازل عن الحصة إلى نظام مختلط، من جهة يظل التنازل عن الحصة حرا بين الشركاء شريطة أن يتم بمقتضى عقد رسمي⁵. أما إذا كان التنازل للغير فإن المادة 571 ق تجاري، تقتضي أن تتم الموافقة على التنازل من قبل الشركاء الآخرين وفقا لأغلبية ثلاثة أرباع رأسمال⁶، والغير المقصود في هذا النص هو كل من كان أجنبيا عن الشركة، إلا ما أستثني بنص صريح وهو ما نجده في هذا النوع من الشركات بالنسبة للأزواج والأصول والفروع، فهؤلاء ليسوا من الغير بل يأخذون حكم الشريك، لذا يظل التنازل عن الحصة لصالحهم غير مقيد.⁷

يتضح مما تقدم أن نظام التنازل عن الحصة لا يخرج عن ثلاثة أوجه، إما أن يكون مقيدا بإجماع الشركاء في شركة التضامن، وإما أن يكون حرا فيجوز للمساهم تداول أسهمه بحرية مطلقة كما في شركة

¹-Cass. Com 10 décembre 1991, Dr soc 1992, n°31. 19 mai 1992, Bull Joly 1992, p 746, note : A-COURET. Cass.com, 22 juin 1993, RTD com 1994, p 343, obs : J-MESTRE. T-LAMBERT, L' exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux , Rev soc 1993, p 11. M. A. FRISON- ROCHE, L'indétermination du prix, RTD com 1992, p 269.

²- مثلا قضت به المادة 560 من القانون التجاري: لا يجوز أن تكون حصة الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول و لا يمكن إحالتها إلا برضاء جميع الشركاء... ولقد أطلق المشرع على التنازل هنا مصطلح الإحالة.

³ - أن يقع التنازل مثلا بأغلبية الشركاء ، أنظر:

J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales, t 3, op.cit, n° : 25.

⁴ -و تبعا لذلك تصبح العملية تداول (Négociation) وليس تنازلا (Cession) إذا كان يصدد شركات الأموال.

Yves GUYON, Les sociétés, op cit , p 90

⁵ - تنص المادة 572 من القانون التجاري لا يمكن اثبات إحالة حصة الا بموجب عقد رسمي...

⁶ - لا يفهم من هذا النص أن حاجة الشريك إلى موافقة الشركاء الآخرين تعني بقاءه كسجين في الشركة، بل أنه في حال عدم حصول الموافقة بالأغلبية المذكورة يكون الشركاء أو الشركة ملزمون بشراء حصة الشريك المتنازل في أجل 03 أشهر من الرفض، ومن أجل تفادي الغش في تحديد الثمن فإن ثمن الشراء ليس ذلك الثمن الذي إعتده المتنازل والمتنازل إليه بل يتم تحديد الثمن من قبل خبير معتمد معين من طرف الشركاء بقرار قضائي، وهنا قد يقرر الشريك المتنازل البقاء في الشركة إذا ما قدر أن الثمن المحدد ضئيل، راجع المادة 571 ق تجاري.

Com, 4 nov 1987, JCP 1988, II, 21050 note :A-VIANDIER. Com, 10 mars 1976, Rev soc 1976, p 332, note :J-H. Cass com, 13 oct 1992, Rev soc 1993, p 1578, note : RANDAUX

⁷ - أنظر المادة 570 من القانون التجاري.

المساهمة أو أن يكون جامعا بين الحرية والتقيد كما هو الأمر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.¹ ومن هذا المنظور جاز الكلام حول ما إذا كان بإمكان الشركاء أو المساهمين أن يعدلوا من هذه الأحكام، بأن يتفقوا على أحكام أخرى تنظم حق الشريك في التنازل عن حصصه.

بداية، من البديهي أن تستثنى من نطاق إتفاق الشركاء شركة التضامن الذي يستوجب فيه المشرع حصول الإجماع حتى يتمكن الشركاء من تنظيم مسألة التنازل عن الحصص وهي قاعدة من النظام العام. أما الفرض الشائع نجده بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذ يجوز بشأنها أن يتفق الشركاء من خلال قانونها الأساسي أن يقيدوا شروط التنازل عن الحصص، كأن يتضمن القانون الأساسي شرط الإعتماد حيث يصح التنازل بين الشركاء عن الحصص معلقا على حصول الإعتماد من طرف الشركة.² كما يرى البعض جواز التشديد بأن يتطلب حصول التنازل إجماع الشركاء، ففي هذه الحالة تنغلق الشركة ذات المسؤولية المحدودة تماما أمام الغير الذي يريد دخول الشركة، غير أن حرية الشركاء في مثل هذا الشرط تكون مقيدة، لأنه كما يرى البعض أيضا لا يجوز إخضاع التنازل عن الحصص للغير إلى شروط أشد مما يقتضيه المشرع في المادة 1/571 ق تجاري، حيث إختتم النص المذكور بأن كل شرط مخالف يعد كأن لم يكن.³

أما شركة المساهمة فهي أيضا قد تحوي على إتفاق مماثل بين الشركاء أي أن يتضمن قانونها الأساسي شروطا تحدّ من حرية المساهم في تداول أسهم الشركة رغم ان الأصل هو جواز بيع الأسهم، بل إن هذه الحرية أهم ميزة في شركة المساهمة. و يدعى الشرط المقيد بشرط الإعتماد⁴، و الإعتماد هو القبول أو الموافقة التي تمنحها الشركة إلى المساهم الذي يريد التنازل عن أسهمه، ويتعلق وجود الإعتماد بشخص المتنازل إليه وبخصائص عملية التنازل في حدّ ذاتها.⁵ و شرط الإعتماد لا يمكن أن يرد إلا في القانون الأساسي للشركة.⁶

لقد نظّم المشرع شرط الإعتماد بالمادة 715 مكرر 55 ق تجاري، إذ قضت بنصّها على جواز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي.

¹ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p 91.

² - وهو ما أجازته المشرع في نص المادة 2/570 من القانون التجاري، حيث يطلق عليه المشرع مصطلح القبول ولا يقتصر الأمر على الشركاء بل يجوز أيضا اشتراط الإعتماد أو القبول بصدد التنازل بسبب الإرث

Cass ,com 27 oct 1992, Dr. Sociétés 1992, n° 257 note : H-Le Nabasque. Cass com , 28 oct 1974, Rev soc 1975, p251, note D-Randoux

³ - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales, t 3, op.cit, p 435.

⁴ -G- MAZET, Les clauses statutaires d'agrément, RJC, n° spécial, nov 1990, p 66. J-MOURY, Des clauses restrictives de la libre négociation des actions, RTD com 1989, p 197. B-SANTOURENS , Le nouveau droit des clauses d'argément , Rev soc 2004, p 611. C-MALECKI , Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance du 24 juillet 2004, D 2004, p 2775.

⁵ - Paul. LECANNU, Droit des sociétés, op cit, p 669.

⁶ - DANIEL OHL , Valeurs mobilières, Répertoire de droit des sociétés, septembre 2005, Dalloz, p 26.

يتمكن المساهمون من خلال شرط الإعتماد إضفاء بعض من مقومات الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، حيث يصبح شرط الإعتماد عائقا أمام دخول أشخاص غير مرغوب فيهم إلى الشركة.¹ ويستخلص من النص أن شرط الإعتماد لا يصح إلا إذا اكتسبت الأسهم الطابع الاسمي، وذلك لأنه من الناحية التقنية يصعب على الشركة أن تراقب حركة الأسهم إذا كانت هذه الأخيرة للحامل.² ووفقا لمقتضيات أحكام بورصة القيم المنقولة لا يمكن أن يرد شرط الإعتماد في القانون الأساسي لشركة المساهمة التي تم تأسيسها باللجوء العلني للإدخار، إذ لا يستقيم أن تسعى الشركة من خلال هذه الطريقة من التأسيس إلى جلب جمهور المكتتبين ثم تمارس عليهم الرقابة عندما يتنازلون عن سنداتهم.³ ولشرط الإعتماد مجال محدد لإعماله والسبب دائما كون شرط الإعتماد ما جاء إلا خلافا للأصل، فالأصل هو حرية المساهم في بيع أسهمه لمساهم آخر أو للغير دون ان يكون ملزما بالحصول على قبول الشركة ، ومن هذا الباب جاز أن نقيده هذه الحرية في القانون الأساسي تقييدا لا يؤدي إلى إلغائها تماما، وتبعاً لذلك سنجد أن شرط الإعتماد لا يتم إعماله إلا إذا كان التنازل عن الأسهم قد تم للغير وكانت الشركة من جهة أخرى مؤسسة دون اللجوء العلني للإدخار.

وبالرجوع إلى النص نستخلص أن شرط الإعتماد يتم إعماله إزاء كل تداول للأسهم أي كل إتفاق يترتب عليه نقل ملكية الأسهم كالبيع و الهبة ...إلخ، مما يدل على أن النص يأخذ بالمفهوم الموسع لمصطلح الإحالة حيث جاء في المادة: " بأي وجه كان"، فيشمل ذلك كل أشكال الإحالة.⁴ السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد، هل يتم تطبيق شرط الإعتماد في حال تغيير الرقابة⁵ داخل شركة هي أصلا مساهم في الشركة ، ووقعت الأغلبية في هذه الشركة بيد شركة منافسة، إذا أردنا تحليل هذه الوضعية القانونية لقلنا بداية أن الملاحظ هو عدم تغيير مالك الأسهم إذ بقيت الشركة نفسها نظرا لبقاء شخصيتها المعنوية قائمة⁶ ، إلا أن الخطورة تكمن في أن تغيير الرقابة يمكن أن يكون سببا لإطلاع الغير وتمكينه من الشركة، لذا يعمل دائما مسيرو الشركة على معارضة حصول الغير على الرقابة في واحدة من الشركات الشريكة، لذا يمكنهم أن يدرجوا شرطا يقضي بشراء أسهم الشركات الشريكة جبرا إذا ما

¹ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p 182.

² -Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 797.

وذلك راجع بالضرورة إلى الفرق بين نوعي الأسهم الإسمية وللحامل، وفقا لما قضت به المادة 715 مكرر 35، والمادة 715 مكرر 38، يتم تحويل السندات للحامل بمجرد التسليم ، أما السند الاسمي فيحول عن طريق نقله في السجلات الممسوكة من طرف الشركة، ولقد جاءت المادة 15 من المرسوم التتفيدي 438/95 مفصلة لذلك.

³ - أما إذا كانت الشركة قد سعت أسهمها فالراجح وهو ما ذهبت إليه لجنة تنظيم البورصة الفرنسية (COB) أن الشركة ملزمة بحذف الشرط من قانونها الأساسي حتى يتم قبول تسعيرة أسهمها، وفي حالة عروض تجاوز حدود المساهمة فيبدو أنه لا يعتد بوجود شرط الإعتماد أصلا. راجع : نظام لجنة تنظيم البورصة رقم 03/89 الفرنسي، المادة 4/3

A-COURET, Clause d'agrément : L'article 276 de la loi du 24 juillet 1966 est-il applicable sur le marché libre OTC ? RJDA 1997, n°10, p 786.

⁴ -Paul LECANNU, Droit des sociétés, op cit, p 669.

⁵ -وهو ما يطلق عليه الفقه بالإستيلاء على الرقابة وهي الحالة التي تتغير فيها الأغلبية داخل الشركة بأن تقوم مجموعة من المساهمين بشراء الحصة الأكبر من رأسمال، ما يخولها السيطرة على زمام الشركة (Cession de contrôle).

D-PLANTAMP, Le critère de la cession de contrôle , Essai de Synthèse jurisprudentielle, RTD com 1999, p 819.

⁶ -Com. 13 déc 1994, Rev soc 1995, p 298, note :D- Randoux

تغيّرت الرقابة فيها، إن القضاء الفرنسي يقبل بصحة مثل هذا الشرط حتى أنه أجاز للشركة أن تضيفه في حال حدوث إندماج بينها وبين شركات أخرى إذا اتضح أن الشركة المندمجة غير مرغوب فيها.¹ ونستخلص من النص أيضا أن شرط الإعتماد يتم إعماله إزاء كل إحالة للأسهم لصالح الغير، ولقد اختلف الفقه حول مفهوم الغير إلا أن الإجماع مستقر على إعتبار الغير (Tiers) هو كل من لم يكن شريك أو مساهما في الشركة، ولم يكن من ورثة الشريك أو زوجه أو فروعه أو أصوله²، وبهذا المفهوم يسمح شرط الإعتماد بمنع دخول مساهمين جدد ولكنه في الوقت نفسه لا يعد عائقا أمام تقلبات الأغلبية داخل الشركة، والتي تكون عادة نتيجة حتمية لبيع الأسهم بين المساهمين أنفسهم³، فشرط الإعتماد لا يمكن إعماله لمنع المساهم من بيع أسهمه إلى مساهم آخر في الشركة ذاتها، بل لا بد أن يظل مثل هذا التداول حرا حتى لا يقضي على أهم خاصية في شركة المساهمة⁴، وهو ما أبدته محكمة النقض الفرنسية⁵، وبالنتيجة فإنه يستحيل على المساهمين أن يوجّهوا شرط الإعتماد لتعطيل التداولات التي يجريها أحد المساهمين على أسهمه وكان الطرف الآخر مساهما هو الآخر في الشركة نفسها، أي بمعنى آخر أن شرط الإعتماد لا يمكن أن يكون آلية تضمن ثبات توزيع رأس المال بين المساهمين حتى أن الأغلبية منهم لا يمكنها أن تعيق تلك التداولات التي تجرى بين المساهمين والتي قد تؤدي عادة إلى تغيّر الأغلبية ووقوعها بأيادي أخرى.⁶

وفي ذات السياق يرى الأستاذ GUYON ضرورة عدم تجاهل المنفعة العملية التي يمكن أن تترتب على اعمال شرط الإعتماد فيما بين المساهمين، خاصة إذا كانت الشركة قائمة على توازن يجمع بين مساهميها من جهة، ومن جهة أخرى فمن شأن شرط الإعتماد أن يوفر حماية للشركة إزاء المناورات التي يلجأ إليها أحد المساهمين بهدف زيادة مساهمته في رأسمال، بما يتعارض مع مصلحتها.⁷

ب- شروط القانون الأساسي المنظمة لحق التصويت

لقد أولى المشرع إهتماما كبيرا بحق الشريك أو المساهم في التصويت، إنطلاقا من أنه أهم مظهر من مظاهر صفة المساهم⁸ ولأن تمتع المساهم بهذا الحق يعد من النظام العام، وبناء عليه كل مساهم له الحق

¹-Com. 6 mai 2009, D 2003, p 1438, note : A-Lienhard.

²-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 669.

³-Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit , p398

⁴- Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p183.

⁵-Com. 10 mars 1976, Rev soc 1976 ,p 332, note : J.H , D 1977, p 455, note : Bousquet. RTD com, 1976, p 533, obs : R-Houin.

⁶- Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 669.

⁷- نجد أن بعض الممارسات الشبيهة أين يرغب الشخص المعنوي في الحفاظ على التوازنات الموجودة في مساهمات الشركاء المؤسسين له، فيلجأ إلى مراقبة التنازلات عن الأسهم التي تتم بينهم، فالدولة مثلا يمكنها تفادي إنتقال الأغلبية غير المرغوب فيها بأن تنشأ لنفسها نسهما نوعيا في الشركات التي تمت خصصتها أو ما يسمى (Golden share) حيث يسمح لها السهم النوعي بأحقية الموافقة على كل مساهمة من شريك آخر متجاوزا نسبة محددة بنص تنظيمي، إلا أن هذه التقنية تكيف على أنها من إمتيازات الدولة، ولا يمكن إعطاؤها وصف شرط الإعتماد، ناهيك أن الهدف من هذه التقنية هو حماية المصالح الوطنية، راجع المادة 19 من الأمر 04/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج 47 ، 22 أوت 2001.

D-CARREAU et R-TREUHOLD, privatisation, droit boursier et pratique des marchés, Rev soc 1994. P 01.

⁸ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit , p 316

في المشاركة في إتخاذ القرارات الجماعية وأن يصوّت عند إتخاذها.¹

إن القاعدة التي تحكم حق التصويت في ظل شركة المساهمة هي قاعدة النسبية أي أن حق التصويت يتناسب دائما مع حصة المساهم في رأس المال، فلكل سهم حق تصويت على الأقل² ، ويؤسس الفقه تفسيره لهذه القاعدة بالرجوع إلى طبيعة شركة المساهمة فهي من شركات الأموال لذا فحق التصويت يرتبط بالسهم ولا يرتبط بالشخص المساهم³ .

ولم تمنع صفة النظام العام لحق التصويت من أن المشرع أجاز بناءا على حالات إستثنائية أن يتضمن القانون الأساسي شروطا منظمّة لحق التصويت⁴ .

بداية، يمكن القول أن القانون الأساسي قد يتضمن شروطا تضع حلا لمشكلة الشيوخ، في الحالة التي يتعدد فيها مالكو السهم الواحد، وهو ما أشارت إليه المادة 679 ق تجاري: " ويمثّل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد، فإذا لم يحصل إتفاق عيّن الوكيل من القضاء بناءا على طلب أحد المالكين الشركاء الذي يهّمه الإستعجال". إذن يتولّى القانون الأساسي تحديد كيفية ممارسة حق التصويت في حالة الشيوخ، أما إذا لم يشتمل على تحديد ذلك يقوم الشركاء على الشيوخ بتعيين وكيل عنهم ليتم الإختيار من بينهم أو من الغير⁵.

أما إذا كانت الأسهم مثقلة بحق الإنتفاع تولّى القانون الأساسي تحديد صاحب حق التصويت ما إذا كان المنتفع [l'usufruitier] أو مالك الرقبة [le nu-proprétaire]، وبالرجوع إلى النص المذكور نجد أنه في حال خلو القانون الأساسي من مثل هذا الشرط رجع حق التصويت المرتبط بالسهم الواقع عليه الإنتفاع إلى المنتفع في الجمعيات العامة العادية، ولمالك الرقبة في الجمعيات غير العادية. و في الشركات الأخرى يقوم المنتفع بالتصويت بصدد القرارات الماسة بتوزيع الأرباح⁶.

ويجوز من جهة أخرى أن يرد بالقانون الأساسي شرطا أو بندا محددًا لعدد الأصوات لكل مساهم⁷ ، يلجأ الشركاء عادة إلى تحديد عدد الأصوات التي يجب أن يحوزها كل مساهم بغية الحؤول دون سيطرة

¹ -Com, 09 février 1999, Rev soc 1999, p 81, note : Paul LECANNU, RTD com, 1999 , p 902, note : REINHARD.

حيث تبنّت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار مبدأ هاما يقضي بأن كل من كانت له صفة الشريك فهو يتمتع حتما بحق التصويت، مهما كان نوع الشركة، وهو ما يؤكد نص المادة 2/684 ق تجاري: " ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن".

² - وهو ما جاء في نص المادة 684 ق تجاري، ويقال أيضا: " لكل قيمة أسمية حق تصويت مساو لها". أو " سهم = صوت".

« Valeur nominale égale droit de vote », « une action = une voix »

³ - Yves GUYON, Assemblées d'actionnaires, répertoire de droit des sociétés, septembre 2002, Dalloz, p 173.

⁴ - Yves GUYON, Les sociétés, op cit, p 187.

⁵ -Yvonne FLOUR, Qu' est-ce qu' un actionnaires : L'état d'actionnaires et les concours de droits réels , la qualité et l'indivision , Rev soc 1999, p 570. M- STORCK, Les groupement de copropriétaires d'actions, Rev soc 1983, p 123.

⁶ - الإنتفاع هو حق إستعمال الشيء وإستغلاله مع بقاء الملكية بيد صاحب الشيء، مع إلزام المنتفع بالمحافظة على الشيء، ويكون مصدر الإنتفاع إراديا كالهبة ، مع الإحتفاظ بالإنتفاع أو لإراديا كالإنتفاع القانوني الناشئ عن الميراث . وهو ما يعد تجزئة ملكية السهم بين المنتفع ومالك الرقبة فيثور التساؤل حول من يمتلك صفة المساهم.

Laurent AYNES, Qu' est-ce qu' un actionnaire ? usufruit et droit d'usage des actions de sociétés ,Rev soc 1999, p 595.

⁷ - تنص المادة 685 ق تجاري: "يجوز أن يحدد القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات...

بعض المساهمين، وأن هذا التحديد يشمل ما كان يحوزه المساهم من أصوات بصفة شخصية أو بصفته وكيلًا عن مساهم آخر¹.

ج / - شروط القانون الأساسي المنظمة لحقوق الشريك المالية

تعد الحقوق المالية للشريك أو المساهم المجال الأبرز لإعمال الحرية التعاقدية²، فمن الناحية المالية يتمتع المساهم بثلاث حقوق رئيسية، الحق في الأرباح، الحق في الإحتياطات وفي فائض التصفية، الحق في التنازل عن أسهمه³.

ويعد حق المساهم في الأرباح أهم حقوقه المالية، إنطلاقًا من كونه الدافع الأساسي الذي دفعه للمساهمة في الشركة، ناهيك عن كونه الميزة الرئيسية التي تميّز الشركة عن غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى.

ومن ناحية أخرى يخضع توزيع الأرباح - وذلك في جميع أنواع الشركات - إلى أحكام القانون الأساسي لأن الشركة لم تنشأ من طرف الشركاء أو المساهمين إلا لاقتسام الأرباح، لذا كان منطقيًا أن تتولى بنود القانون الأساسي و شروطه تنظيم توزيع الأرباح، إلا أنه في حال سكوت القانون الأساسي يتم الرجوع إلى القواعد القانونية المكّلة⁴ سنبدأ بالإشارة إلى القواعد المكّلة ثم نتعرض إلى أحكام القانون الأساسي.

تضمّنت المادة 425 من القانون المدني قاعدة عامة تطبّق على جميع الشركات ألا وهي قاعدة التناسب، حيث تقضي هذه القاعدة بأن نصيب الشريك أو المساهم في الأرباح يتحدد بمقدار حصته في رأسمال الشركة، وبالنتيجة فإن الأرباح تمنح على أساس الحصة أو السهم⁵.

وتشير المادة إلى الحالة التي يكون فيها الشريك قدّم حصة من عمل، ففي هذا الوضع تتحدد حصة هذا الشريك بحسب ما تفيده الشركة من العمل المقدّم⁶، والملاحظ أن مثل هذه الحصص يندر وجودها في الشركات التجارية⁷.

يرى الفقه أن المشرع أراد من خلال النص المذكور المحافظة على مبدأ هام في قانون الشركات، مبدأ المساواة بين المساهمين حيث يفرض على الشركة أن تعامل المساهمين على قدم المساواة⁸.

¹ - يعد الشرط الذي يحدد من خلاله المساهمون عدد الأصوات التي يحوزها المساهم في الجمعية العامة وسيلة فعّالة إزاء تجاوز حدود المساهمة أو ما يعرف ب DFP (Déclaration de franchissement de seuils de participation) حيث أصدرت لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها نظامًا برقم 03/03 مؤرخ في 18 مارس 2003 يتعلق بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أسهمها في البورصة ج ر 73 تاريخ 03/11/30. حيث جاء هذا النظام تطبيقًا للمادة 65 مكرر من المرسوم التشريعي 93/10 مؤرخ في 23 مايو 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر 34 تاريخ 93/5/23. راجع:

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit , p 319

² - Yves GUYON, Les sociétés, op cit, p 190.

³ -Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Droit des sociétés, 2^{ème} éd, Litec, paris, 1999, p 249.

⁴ - Dominique VELARDOCCHIO FLORES, Dividendes, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, aout 1996, p 22.

⁵ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit , p 127.

⁶ - يعتمد المشرع الفرنسي معيارًا آخر، إذ يستند في تحديد حصة الأرباح لمصلحة الشريك الذي قدم حصة العمل بمنحه أرباحًا تعادل الأرباح المتعلقة بأقل حصة مقدمة من طرف شريك، المادة 1844 من القانون المدني الفرنسي.

⁷ - Dominique VELARDOCCHIO FLORES, Dividendes, op.cit, p 23.

⁸ - J- MESTRE, L'égalité en droit des sociétés (aspects droit privé), Rev soc 1999, p 402.

بيد انه يتضح من البناء اللغوي للنص أن اللجوء إلى قاعدة التناسب التي تقضي بإعتماد حصة المساهم كأساس لتحديد نصيبه من الأرباح ليست من النظام العام¹، وبذا يتمتع المساهمون بالحرية الواسعة للنص على ما يخالف قاعدة التناسب في القانون الأساسي فيجوز لهم أن يتفقوا على أسس مختلفة لتوزيع الأرباح حتى وإن كانت الحصص متساوية. أو بخلاف ذلك كأن يتفقوا على أسس متساوية لتوزيع الأرباح رغم أن الحصص مختلفة، والأهم من ذلك يجوز لهم أن يتفقوا على إنشاء حصص أو أسهم ممتازة.²

إذا يجوز أن يتضمن القانون الأساسي إنشاء أسهم إمتياز أو الأولوية³، والتي غالباً تمنح لأصحابها إمتيازات خاصة، وتتم الموافقة على إنشائها من طرف الجمعية التأسيسية، ولقد غلب المشرع حرية المساهمين إزاء إنشاء مثل هذه الأسهم على المساواة بينهم⁴، وترجع فلسفة إنشاء أسهم الأولوية إلى ضرورة مكافئة المؤسسين الذي قدّموا خدمات للشركة، ويجوز أيضاً للقانون الأساسي أن يتضمن إنشاء أسهم ذات الربح الأولي وهي تلك الأرباح التي يتم تخصيصها وتسديدها مسبقاً وبالتقدم عن الأرباح المتعلقة بالأسهم العادية، وما تبقى بعد سدادها يوزع على بقية المساهمين، ويراد عادة من خلال منح هذه الأسهم إعادة التوازن بين حقوق أصحاب هذه الفئة لأن هؤلاء غالباً ما تكون أسهمهم فاقدة لحق التصويت.⁵

كما يجوز أن يتضمن القانون الأساسي أساساً مغايراً لتوزيع فائض التصفية يختلف عما كان معتمداً عند توزيع الأرباح أثناء حياة الشركة، ويضرب الفقه هنا مثلاً لشرط التوزيع التكافلي (Clause de Tontine) والذي يترتب على إعماله منح أصول الشركة كاملة إلى آخر شريك يظل على قيد الحياة.⁶

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن على الشركاء عند تنظيمهم للحقوق المالية بالكيفية التي تقدم ذكرها، أن لا يدرجوا شرط الأسد، أي أن يستحوذ أحد الشركاء على كامل الأرباح أو أن يتحمل لوحده خسائر

¹ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit , p 127.

² - Dominique VELARDOCCIO FLORES, Dividendes, op.cit, p 23.

³ - انظر المادة 715 مكرر 44 ق تجاري

⁴ - Yves GUYON, La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, RTD com , 1983, p 353. Jean Marie de BERMOND de Vaulx , Les partes sociales privilégiées, JCP, éd. E.I. p 521.

⁵ -C-JAUFFRET SPINOSI, Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, Rev soc 1979, p 25.

يتضمن التشريع الفرنسي التجاري نوعاً آخر من أسهم الأولوية وهي الأسهم ذات الأرباح المزايدة (Dividende Majoré) وهي الأسهم التي يتلقى أصحابها أرباحاً تفوق المساهمين الآخرين نظراً لأقدميتهم في الشركة، ولقد أُنقذ منح مثل هذه الأسهم لأنها لا تشجع على الإستثمار قصير المدى، لكن الغالب من الفقه يرى أنها مشروعة ولا تخرق مبدأ المساواة بين المساهمين لأن الزيادة في الأرباح مرتبطة بشخص المساهم من حيث أقدميته وليست مرتبطة بالسهم، مما يشجع المساهمين على الوفاء للشركة والبقاء فيها لمدة أطول، المادة 14/232 ق تجاري فرنسي، راجع :

Yves GUYON, La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré, Rev soc 1995, p1. Frédéric PELTIER, L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable, Bull Joly des sociétés 1993, p 153, p 551.

⁶ - إن إستعمال شرط التوزيع التكافلي في الشركات المدنية يعد من الممارسات المعروفة غير أن إستعماله بصدد شركات الأموال يعد من التطبيقات الحديثة، وهو آلية يتفق بمقتضاها شخصان فأكثر يملكون مالا مشتركاً على أن ملكية ذلك المال تكون لمن يظل على قيد الحياة، والذي يصبح حينها مالكا لكل المال، ومن الوقت الذي تم الحصول على الملكية من بائع المال، ويسمح إدراج مثل هذا الشرط للشركاء الأحياء من تملك حصص الشركاء المتوفين دون الحاجة إلى تعويض ورتتهم وهو من هذه الناحية يسمح بالإبقاء على مساهمات الشركاء لمدة زمنية طويلة، ويرى الأستاذ POITRINAL أن إدراج شرط التوزيع التكافلي لا يؤثر في صحة عقد الشركة لأنه شرط منظم لعلاقات الشركاء فقط، لكنه إبتداء من تاريخ تنفيذ الشرط يمكن الحديث حول مدى صحة الشركة انطلاقاً من كون الشريك الباقي على قيد الحياة هو من سيملك جميع الحصص، وهو ما يعد سبباً لبطان شركة المساهمة مثلاً، إذا كنا بصدد هذه الشركة، راجع :

F.D- POITRINAL, La clause de tontine dans les sociétés de capitaux, Rev soc 1996, p 731. CA, Paris, 15 ch, 10 sep 1993, JCP, éd G.1999 II, p 584 note : B-H Du mortier. Cass.com, 14 janvier 1994, de Gaste, Bull Joly, mars 1994 , p 279.

الشركة، إن شرط الأسد شرط باطل إذ يبطل وتظل الشركة قائمة، إن البطلان الجزئي بهذا النحو يعد جزءاً فعلياً إزاء الشركاء الذين أدرجوا الشرط، وذلك أن بطلان الشرط دون الشركة يعيد التوازن بين الشركاء جميعاً.¹

ثانياً : تنظيم حقوق الشريك بناءً على إرادة الشركاء

بعد أن تطرقنا إلى الأوضاع القانونية المختلفة التي يقوم فيها الشركاء بالإتفاق حول تنظيم حقوق الشريك، وكان الإتفاق حينذاك يستند إلى نص قانوني، سنتعرض من جديد إلى أوضاع أخرى يحاول فيها الشركاء تنظيم حقوق الشريك، لكن الإتفاق في هذه الحالات لا يرجع إلى نص قانوني مكمل وإنما يكون مصدر الإتفاق إرادة الشركاء ذاتها ومن تصميمها.

وأن هذا الإتفاق الذي يكون مصدره إرادة الشركاء ذاتها مشروع و جائز كمبدأ عام ، ما دام لم يتعارض مع المبادئ العامة لقانون الشركات أو ماسا بحقوق الغير²، ويمكن إجمال مسائل الإتفاق فيما يلي:

أ- تخصيص الأرباح لأسهم معينة، الأسهم المتبعة Actions traçantes

تساءل بعض الفقهاء حول ما إذا كان جائزاً أن يتفق الشركاء حول الإحتفاظ لبعض الأسهم بنصيب من الأرباح التي يتم تحقيقها من خلال نشاط فرعي من نشاطات الشركة، أي بمعنى آخر أن يتلقى بعض المساهمين أرباحاً ناتجة عن نشاط معين من نشاطات الشركة³، أو ما يعرف بالأسهم المتبعة ، يرى الأستاذ BISSARA أن الذي أدى إلى ظهور مثل هذا النوع من الأسهم هو إجازة المشرع لإنشاء أسهم الأولوية، وكان الأسهم التابعة تحمل في جوهرها خاصية الأولوية.⁴

إن اللجوء إلى الأسهم التابعة يقتضي من الشركاء أن يراعوا مبدأ المساواة بين المساهمين، وذلك بأن يبقوا على حق المساهمين القدامى في الأفضلية في الإكتتاب، كما يفرض إصدار هذه الأسهم أن يقوم الشركاء بتحديد النشاط الفرعي الذي ترتبط به الأسهم⁵، غير أنه من الناحية العملية قد تصاحب وجود الأسهم المتبعة بعض الصعوبات، إذ أنه غالباً ما يترتب على كثرة فئات الأسهم في الشركة إضطراب

¹ - إذا وجد شرط الأسد في عقد الشركة ، فإنه يعد كأن لم يكن ويمكن تفسير هذا الحكم بالقول أن شرط الأسد يعارض بطبيعته مفهوم الأخوة والتعاون بين الشركاء و وحدة الهدف المشترك (Jus Fraternalitatis)

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit , p 128

²- Yves GUYON, Les sociétés, op cit, p 193.

³- و التي تدعى أيضا الأسهم المنعكسة (Actions reflet) أو الأسهم القطاعية، وهي منقولة عن النظام المالي الأمريكي والتي تدعى Tracking Stock وهي أسهم أولوية بامتياز قابلة للتداول وتمثل جزءاً من رأسمال الشركة وأموالها الخاصة، إلا أن الحقوق المالية التي تمنحها هذه الأسهم تكون مؤشرة على أساس نتائج جزء أو قسم من نشاط الشركة والأصول المرتبطة بهذا الجزء، أما الحقوق السياسية أو غير المالية التي تنشأ عنها يمكن توسيعها أو تقييدها من خلال القانون الأساسي للشركة.

Emmanuelle JAUQUES, Quels sont les outils du droit français pour créer des actions traçantes ? Thèse professionnelle, HEC, disponible en : www. emmanuelle.jaques.fr

⁴- Philippe BISSARA, Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, Rev soc, 2004, p 464.

⁵ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 193

حياتها، خاصة إذا حاول أصحاب كل فئة تشكيل جمعية خاصة بهم¹، إضافة إلى عدم وجود نصوص قانونية منظمة لفئة الأسهم المتبعة وخضوعها لإرادة الشركاء².

ب- توزيع الأرباح عينيا

لا تقتصر الشركة عند توزيعها للأرباح على المساهمين على دفعها نقدا فقط، بل يجوز لها أن تقدم أموالا عينية على سبيل الوفاء، كأن تكون بضائع أو سندات الحافضة³ أو عقارا⁴، حيث لا يوجد ما يمنع أن يتضمن القانون الأساسي بندا يقضي بأن الأرباح قد تسدد عينيا، كأن يتم منح كل شريك أو مساهم كمية من البضاعة التي تقوم الشركة بإنتاجها⁵.

إن قيام الشركة بتسديد الأرباح للمساهمين من خلال تسليم بضائع منتجة من طرفها لا يسبب أية صعوبة لكن الآلية لا تلقى إستعمالا واسعا⁶ لكن قد يقع وأن تقوم الشركة بتسليم الشركاء مكافئات بمناسبة حضور الجمعيات العامة، فيبدو للوهلة الأولى أنها تأخذ حكم الوفاء العيني، لكن الراجح في تكييفها أنها بدل الحضور تمنح لبعض الشركاء لذا فهي لا تستند إلى مقدار مشاركة كل منهم في رأس المال، والحكم ذاته إذا قامت الشركة بإبرام عقود لصالح شركائها وبأثمان تفضيلية، وتجدر الإشارة هنا إلى وجوب التقيد بمبدأ المساواة حتى تكون هذه الطرق في الوفاء صحيحة⁷.

يكتف الفقه بتسديد الأرباح عينيا على أنه وفاء بمقابل،⁸ لذا يصبح من الضروري أن يحصل رضا الشريك بهذه الطريقة من الوفاء، لأن الأصل بقاء الشريك دائنا بمبلغ من النقود تجاه الشركة، فإذا أرادت أن تجعل الوفاء عينيا وجب أن يقع رضا الشريك بذلك وبصفة فردية، وهذه الخاصية مهمة في الوفاء بمقابل إذ لا يمكن إلزام الدائن بقبول الوفاء من غير النقود، ولما كان إدراج شرط في القانون الأساسي يعبر عن إرادة الشركاء فإن وجود الشرط يغني الشركة عن ضرورة الحصول على رضا كل شريك منفردا⁹.

¹ - Philippe BISSARA, Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, op.cit, p 464.

² - Emmanuelle JAQUES, Quels sont les outils du droit français pour créer des actions traçantes ?,op. cit, p 30.

³ - يقصد بالحافضة هنا مجمل السندات والأسهم التي يحوزها شخص معنوي أو شخص طبيعي من خلال وسيط مالي.

⁴ - Dominique VELARDOCCHIO FLORES, Dividendes, op.cit,p 35.

⁵ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit ,p 448.

⁶ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 193

⁷ -Ibid, 194

⁸ - إن الوفاء بمقابل (Dation en paiement) تعد وسيلة من وسائل إنقضاء الإلتزام وذلك بأن ينفذ المدين الإلتزامه بدفع شيء يختلف عما كان ملزما بأدائه أصلا، وذلك بأن ينقل ملكية شيء عوضا عن الوفاء نقدا لكن بشرط قبول الدائن ليصح الوفاء، راجع :

SERIAUX, Conception juridique d'une opération économique : Le paiement , RTD civ, 2004, p 225, HEIZ, La nature juridique de la dation en paiement, une modification de l'obligation aux fin de paiement, RTD civ, 2004, p 199.

⁹ - Dominique VELARDOCCHIO FLORES, Dividendes, op.cit, p 36

الفرع الثاني: شروط القانون الأساسي المعززة لحقوق الشريك

سنرى فيما يلي بعضا من الإتفاقات التي يجريها الشركاء حول تعزيز بعض من الحقوق التي يتمتع بها الشريك، وتعزيز الحقوق يقصد به هنا الزيادة فيها ودعمها، مثال ذلك أن يتضمن القانون الأساسي بندا يجعل من حق التصويت مضاعفا أو يتجاوز عدد الأسهم المملوكة من طرف المساهم (أولا) وأن تتجه إرادة الشركاء إلى دعم حق الشريك في الإعلام (ثانيا).

أولا: حق التصويت المضاعف

لقد ذكرنا أن المشرع أجاز للشركة أن تصدر أسهما ذات أولوية، وفقا لما جاء في المادة 715 مكرر 44 ق تجاري، وفي الوقت ذاته أجاز النص أيضا إنشاء فئة أخرى من الأسهم تمنح حقوق التصويت تفوق عدد الأسهم التي يحوزها المساهم، إذ يجوز أن يمنح القانون الأساسي بناء على بند من بنوده حق تصويت مضاعف لكل مساهم حتى وإن تجاوزت عدد الأسهم المملوكة من طرفه.¹

لقد جاء النص خاصا بشركة المساهمة فحق التصويت في ظل هذه الشركة يغلب عليه النظام العام لذا أغلب النصوص القانونية المنظمة له هي قواعد أمر، إلا أن المشرع أجاز الخروج عن القاعدة التي تقضي بأن لكل سهم حق تصويت، دون أن يقيد ذلك بقيود.²

ثانيا : حق الإعلام

لقد أولى المشرع إهتماما بالغا بحق المساهم في الإعلام³، لقد أراد المشرع حث المساهمين على المشاركة في حياة الشركة، وأن يمكنهم من خلال حق الإعلام إبداء الرأي السليم في سياسة مسيري الشركة، ثم أن المشرع عندما نظم حق الإعلام لم يستند فقط إلى تعزيز حجم المعلومات الواجب توفيرها للمساهم وإنما إستند أيضا إلى رفع نوعية المعلومات الصادرة عن الشركة.⁴

إن النظام القانوني لحق الإعلام قد تضمن أحكاما وقواعد تعالج جوانب هذا الحق، إذ نجد أن المشرع تطرق مثلا إلى المعلومات والوثائق التي يجب إرفاقها بطلب الوكالة حين قيام المساهم بتوكيل مساهم آخر في الجمعية العامة، وتطرق أيضا إلى الوثائق التي يجب تقديمها للمساهمين قبل إنعقاد الجمعية وأخرى يجب توفيرها بشكل دائم طوال السنة، وتطرق أيضا إلى آلية الإستشارة المكتوبة التي قد يقدمها المساهم

¹ - Yves GUYON, Assemblées d'actionnaires, répertoire de droit des sociétés, Dalloz, septembre 2002, n° 185

² - خلافا للمشرع الفرنسي الذي قيد حق التصويت المضاعف بقيود وهي أن تكون الأسهم مسددة بالكامل وأن تكون اسمية منذ عامين على الأقل ولنفس المساهم. Philippe Merle, Sociétés commerciales, op.cit, p 309. Yves GUYON, Qu'est-ce qu'un actionnaire : L'actionnariat indirect le cas des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, Rev soc, 1999, p 551.

³ - يهدف حق الإعلام إلى جعل وثائق الشركة قابلة للإطلاع وهو من هذا الجانب ليس بالعمل البسيط، والسبب في ذلك طبيعة الشركة فهي تضم عددا من الشركاء أو المساهمين، فمن المحتمل أن يترتب على توسيع حق الإعلام نشوء نوعين من الصعوبات الأولى ضرورة التوفيق بين مصلحة الشركاء أو المساهمين الذين يأملون أن تكون الشركة أكثر شفافية تجاههم، وبين ضرورة حماية الشركة نفسها بأن لا يؤدي ذلك إلى حد الكشف عن معلوماتها السرية مما يفيد منافسيها.

Isabelle URBAIN PARLEANI, L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966, Rev soc 1996, p 447.

⁴-Philippe MERLE, Droit commerciales, sociétés commerciales, 17^{ème} éd, Dalloz, paris 2014, p 589.

إلى المسير وتطرق أيضا إلى قواعد البورصة التي تهدف من جهتها إلى تنظيم حق الإعلام في الشركة التجارية المسعرة أسهمها.¹

بالنسبة للوثائق الملحقة بطلب الوكالة نجد أن المساهم حين يرغب في توكيل مساهم آخر يقوم هذا الأخير بتوجيه طلب إلى الشركة ملتصقا تمكنه من نموذج خاص بالوكالة، وإنطلاقا من كون الوكالة تصرف قانوني قد تحوطه خطورة، خاصة إذا كان المساهم الوكيل لم يتم إعلامه بما سيجري في الجمعية، ألزم المشرع الشركة بأن ترفق نموذج الوكالة بجملة من الوثائق.²

وتلتزم الشركة كذلك قبل عقد الجمعية العامة بثلاثين يوما بتمكين جميع المساهمين بناء على طلبهم من الوثائق المبيّنة في المادة 678 ق تجاري، وذلك بأن تقوم الشركة بإرسالها إليهم، إن هذا النوع من الإعلام يغني المساهمين عن التنقل إلى مقر الشركة.³

ويحق للمساهمين كذلك أن يطلعوا على وثائق تخص وضع الشركة باللجوء إلى مقر الشركة، ولا يتحدد ذلك بأجل إذ يظل هذا الحق قائما طيلة السنة، كأن يطلع على مجمل الوثائق المحاسبية وتقارير مندوبي الحسابات المقدّمة إلى الجمعية العامة، المبلغ الإجمالي المصادق عليه من طرف مندوب الحسابات والأجور المدفوعة للأشخاص المتحصلين على أعلى أجر حيث لا يتجاوز عددهم خمسة.⁴

ويتمتع المساهم أيضا بإمكانية طرح الأسئلة على مسيري الشركة ابتداء من توجيه الدعوة إلى الجمعية العامة، حيث يلتزم المسيرون بالرد خلال الجمعية المذكورة وتعد تقنية الأسئلة المكتوبة أكثر نجاعة مقارنة بالأسئلة الشفوية.⁵

إن الأحكام التي سبق ذكرها هي أحكام كرّستها نصوص القانون لذا فإن المساهم يلجأ إلى إعمالها بقوة القانون، لكن قد يقع أن يتفق الشركاء أو المساهمون على تعزيز حق الإعلام وتقويته، حيث يهدف الشركاء من ذلك تكريس الشفافية في تسيير الشركة.⁶

بيد أنه على الشركاء التقيّد بمبدأ المساواة بينهم أي أن لا يقتصر تعزيز حق الإعلام لفئة منهم دون غيرهم، كأن يتضمّن القانون الأساسي شرط التدقيق [clause d'audit]، حيث يستفيد بعض الشركاء بناء على هذا الشرط من حق الإطلاع على معلومات خاصة جدا. إن مثل هذا الشرط يحظر إدراجه في القانون

¹-G-RIPERT, R-ROBLOT, Traité de droit commerciales, op.cit, p 1149.

²- يستنتج ذلك من المادة 818 ق تجاري وهذه الوثائق هي: قائمة القائمين بالإدارة، نص مشاريع القرارات المقيدة في جدول الأعمال وبيان أسبابها، بيان مختصر عن المرشحين لمجلس الإدارة عند الإقتضاء، تقارير مجلس الإدارة ومندوبي الحسابات التي تقدم للجمعية، حساب النتائج والميزانية، إذا كان الأمر متعلق بالجمعية العامة العادية.

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit,p 300.

³- G-RIPERT, R-ROBLOT, Traité de droit commerciales, op.cit, p 1152.

⁴-راجع المادة 680 ق تجاري.

⁵ - ويجوز أن تلجأ الشركة إلى الأنترنت، سعيا وراء توسيع نطاق الإعلام الموجّه إلى مساهميها.

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit,p 303

⁶- J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales, T1, n°286.

الأساسي لأن من شأنه تحفيز العمليات التي لا يجريها إلا المطلع¹، بما يتعارض تماما مع سرية الحفاظ على السر المهني لمندوبي الحسابات، ويمكن من ناحية أخرى أن يعزز حق الإعلام بأن يمنح للمساهم القدرة على إجراء التحقيق في الوثائق.²

المبحث الثالث

تكملة القانون الأساسي لبنية الشركة

لقد رأينا كيف يقوم الشركاء أو المساهمون بتنظيم المركز القانوني للشريك تنظيما إراديا، فيتفقون على التزامات أو حقوق تكون لها القوة الملزمة حيث يحتويها القانون الأساسي، وإلى جانب ذلك قد يقع إتفاق الشركاء على تنظيم وضع الشركة وليس وضع الشريك فقط. يمس الإتفاق في هذه الحالة بنية الشركة وهيكلتها، وهنا سنتطرق إلى الحالة التي تخضع فيها الأجهزة الرئيسية في الشركة إلى تنظيم إتفاقي جديد (المطلب الأول)، وإلى إتفاق الشركاء الرامي إلى إستحداث آليات جديدة في الشركة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم الأجهزة الرئيسية في الشركة

تتمثل الأجهزة الرئيسية في الشركة في جمعيات المساهمين (الفرع الأول) وإدارتها (الفرع الثاني) وجهاز المراقبة والمحاسبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تنظيم مسائل الجمعية العامة

إن الجمعية العامة للمساهمين الجهاز الأعلى في شركة المساهمة، فهي تختص بتعديل القانون الأساسي في جميع أحكامه، وتصادق على حسابات الشركة وتعيّن أغلب أعضاء أجهزة الإدارة وتعزلهم أيضا، وبصفة عامة تتصدى لكل المسائل التي لا تدخل في إختصاصات الأجهزة الأخرى في الشركة، وتخضع الجمعية العامة في تنظيمها وإدارتها إلى جملة من الأحكام التشريعية الملزمة، وتكملها نصوص أخرى مدرجة في القانون الأساسي.³

¹ - وهي مخالفات يرتكبها بعض الشركاء والتي في ذاتها تعد عملية مشروعة، إلا أن أصحاب هذه الأعمال لم يكونوا ليباشروا مثل هذه الأعمال إلا لحيازتهم لمعلومات خاصة لا يملكها غيرهم.

² - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 198

³ - Yves GUYON, Assemblées d'actionnaires, op.cit, p 03.

ومن بين النصوص القانونية المنظمة لها: م 674 وما بعدها من القانون التجاري.

وتنعد الجمعية العامة بحضور المساهمين، حيث يعد الحضور الوسيلة الأمثل والأجع لمصلحة جماعة المساهمين، وذلك تماشيا مع طبيعة الجمعية العامة حيث تعد جهازا تداوليا، ومنه سيسمح إجتماع المساهمين بتبادل الآراء فيما بينهم وإثراء النقاش حول مسائل التسيير، ولا يغني في شركة المساهمة عن حضور المساهمين إلى الإجتماع اللجوء إلى الإستشارة المكتوبة، فإنعقاد الجمعية ملزم في كثير من الحالات¹.

ويختلف الأمر في الشركات التجارية الأخرى، فشركة التضامن مثلا يجوز أن تتخذ القرارات فيها عن طريق إستشارة مكتوبة إذا نص القانون الأساسي على ذلك². أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيجوز للشركاء أن يلجؤوا إلى الإستشارة الكتابية إذا إتفقوا على ذلك بمقتضى بند من بنود القانون الأساسي³. إن اللجوء للإستشارة الكتابية بدل عقد الجمعية العامة لا يعفي الشركة من إحترام مجمل الإجراءات والدعوات التي توجّهها أجهزة الإدارة عند عقد الجمعية العامة، وتطبّق أيضا نفس القواعد التي تهدف إلى إعلام الشركاء وأحكام البطلان، ونجد أيضا أن مبدأ المساواة من جانبه واجب الأخذ به فبناء على هذا المبدأ ينبغي أن يكون كل الشركاء قد علموا بالإستشارة، فلا يجوز التمييز بينهم⁴.

الفرع الثاني: تنظيم إدارة الشركة

يمكن للشركاء أن يدرجوا في القانون الأساسي للشركة بنودا و شروطا عقدية تنظم إدارة الشركة من خلال إضافة بعض المسائل فيما يخص مجلس الإدارة (أولا)، و كذا تعزيز سلطات الإدارة في الشركة (ثانيا)

أولا: سير مجلس الإدارة

لقد منح المشرع للإدارة نطاقا واسعا بصدد تنظيم مجلس الإدارة حيث يقوم الشركاء بإفراغ تلك الإرادة في القانون الأساسي للشركة⁵، تبعا لذلك نجد أن القانون الأساسي يمكن أن يتولى تحديد آليات

¹ - ما تجدر الإشارة إليه هنا أن هناك تشريعات أجنبية تعتمد طرقا أكثر حداثة وعصرية في إنعقاد الجمعية العامة، فعوض أن يجتمع كل المساهمين في مكان واحد يكفي فقط بحضور أعضاء مكتب الجمعية الذين يتولون إدارة الإجتماع أما بقية المساهمين فيشاركون في الجمعية من خلال وسائط تواصل عن بعد (Vision conférence ou télécommunication) راجع :

Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 218.

² - أنظر المادة 2/556 ق تجاري، ويقصد بالإستشارة الكتابية والتي تعد حلا بديلا عن حضور الشركاء إلى الإجتماع قيام مسير الشركة بإرسال جميع الوثائق اللازمة لإعلام الشركاء ومشاريع القرارات المقترحة إلى الشركاء، حيث يلتزم هؤلاء خلال 15 يوما ابتداء من تلقّي الوثائق بالرد كتابيا، كما يقوم المسير بإعداد محضر يبين فيه الوثائق المرفقة وهويات الشركاء المشاركين في الإستشارة وعدد الأصوات التي يجوزونها، أما الأجوبة المكتوبة فإنها تكون مرفقة بهذا المحضر، وإن كانت هذه الطريقة لها مزية إعفاء الشركاء من التنقل إلى مقر الشركة فإنها بالمقابل تحرم الشركاء من إثارة النقاش فيما بينهم والتداول بشأنها.

³ - المادة 580 ق تجاري.

⁴ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 219. Deen BIBIRILA, Sociétés en nom collectif , Répertoire des sociétés, décembre 2012 , Dalloz, p 38.

⁵ - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales,op.cit, p 918.

دعوة مجلس الإدارة وسير المداولات فيه، كما يحدد القانون الأساسي أيضا طبيعة صوت رئيس المجلس ، فيما إذا كان صوتا مرجّحا وتحدد أيضا الأغلبية اللازمة لصدور القرار¹، كما يجوز أيضا وفقا لفحوى النصوص أن يحدد القانون الأساسي الشروط اللازمة لتمكين أعضاء مجلس الإدارة من العلم بجميع ما يتعلق بموضوع الاجتماع²، يرى الأستاذ HOUIN بهذا الصدد أن تنظيم مجلس الإدارة من طرف المشرع يختلف عن تنظيم الجمعية العامة من حيث الحرية التعاقدية أو نطاق اعمال إرادة الشركاء، ويرجع السبب إلى أن مجلس الإدارة يتكوّن من مجموعة أشخاص يهدفون إلى تشكيل فريق عملي فيما بينهم³.

كما يجوز أيضا أن يتضمن القانون الأساسي بنودا تحدد التزامات النزاهة واليقظة والثقة وحسن النية، التي يجب أن يتقيد بها كل عضو من أعضاء مجلس الإدارة، ولقد أصبح لهذا النوع من البنود أهمية كبرى خاصة بعد تأثير أفكار الحوكمة وتطبيقاتها على الشركات التجارية⁴.

ثانيا : تدعيم إدارة الشركة

رغم أن شركة المساهمة هي النوع الوحيد من بين الشركات التجارية التي أحاطها المشرع بتنظيم قانوني دقيق، فإن المشرع نفسه قد منح من ناحية أخرى الحرية للشركاء لكي يدعموا الشركة بأجهزة مكّلة كالمديرين العامين ولجنة الدراسة، ويمكن تبرير ذلك بالقول أن النظام القانوني الكلاسيكي لشركة المساهمة يجعل دائما من السلطات تتركز بيد رئيس مجلس الإدارة، ولتفادي ذلك يتم الإتفاق على إدراج أجهزة مكّلة وإختيارية حيث تسمح هذه الأخيرة بتوزيع الوظائف والصلاحيات وتفادي حالة الشغور بسبب الوفاة أو المنع، لذا سنتعرض إلى جهاز المديرين العامين ولجان الدراسة.

أ- المديرين العامين

إن المديرين العامين شخصان طبيعيين يساعدان رئيس مجلس الإدارة في أداء مهامه، لكن وجودهما ليس ملزما بل هو مجرد تكملة تلجأ إليها الشركة، تنص المادة 639 ق تجاري على أن مجلس الإدارة وبناء على إقتراح رئيسه يمكنه أن يكلف شخصا أو أكثر من أجل مساعدة رئيس مجلس الإدارة في أداء وظائفه⁵.

إن تعيين المديرين العامين يستتبع وقوع التوافق بين إرادة كل المساهمين ورئيس مجلس الإدارة ومجلس الإدارة نفسه، فالمساهمون تتجسد إرادتهم في الحالة التي يدرجون بندا في القانون الأساسي ينص صراحة على تعيين المديرين العامين.

¹-راجع المادة 626 ق تجاري.

² - ترتب محكمة النقض الفرنسية على نقص مثل هذه المعلومات قيام مداولات معينة

Com. 2 juillet 1985, Rev soc 1986, p 231, note : P-LECANNU.

³-Trib.com, Seine 3 mai 1965, RTD com, 1966, p 82, note : HOUIN.

⁴ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 224.

⁵- راجع المادة 639 من القانون التجاري

أما رئيس مجلس الإدارة فإرادته تظهر حتما عندما يرغب في المساعدة عند تأدية مهامه، أما مجلس الإدارة فإنه الجهاز الذي يقبل تعيين المديرين العامين فيصادق بذلك على إقتراح رئيس المجلس¹، ولا يمكن من ناحية أخرى أن تتعدى الإرادة هذا الحد، ليقوم المشرع بعد ذلك بتحديد المسائل المتعلقة بالمديرين العامين، ففرض مثلا أن يكونا إثنين على الأكثر وقام بتحديد طرق تعيينهما وعزلهما²، ومن أجل أن يوفّر حماية للغير منح المشرع المديرين العامين نفس السلطات التي يتمتع بها رئيس مجلس الإدارة لذا فهما يتمتعان بسلطات واسعة تمكّنهما من التصرف بإسم الشركة.³

ب/ - لجان الدراسة

إن ظهور حاجة الشركات التجارية إلى لجان الدراسة والتوجيه كان نتيجة مباشرة لفكر الحوكمة، تهدف حوكمة الشركات إلى إصلاح ممارسة السلطة في شركات المساهمة، وذلك من خلال دعم فاعلية مجلس الإدارة وإحاطته بلجان مختلفة.⁴

إن القرار الذي يقضي بإنشاء لجان الدراسة يندرج ضمن إختصاص مجلس الإدارة ولا يشترط أن يكون منصوصا على هذا الإختصاص في القانون الأساسي، ويتضمن القرار المنشئ للجان تحديد أعضاء كل لجنة⁵، ويرى كثيرون أن الفائدة من هذه اللجان تكمن في تمكين الخبراء والمختصين من المشاركة في تنظيم حياة الشركة دون أن يستتبع ذلك دخولهم في أجهزة الشركة الرئيسية⁶، ويناط بلجان الدراسة مهمة مساعدة مجلس الإدارة ورئيسه في دراسة المسائل المعروضة عليه.⁷

وتحدد صلاحيات لجان الدراسة بمقتضى القرار المنشئ لها الذي لا يمنحها إلا صلاحيات إستشارية⁸، تصب ضمن دورها الذي يقوم على الدراسة والإعلام وتحضير الجلسات، ولا يمكنها من هذا المنظور أن تحل محل مجلس الإدارة نفسه كأن تتخذ قرارا يندرج ضمن إختصاصه.⁹

ويكافئ أعضاء اللجان مقابل أداء مهامهم حيث يخضع نظام التعويض هذا إلى رقابة الجمعية العامة للمساهمين وفقا لما تقضي به المادة 632 من القانون التجاري، أما مسؤولية الأعضاء المترتبة عن مهامهم

¹ - وهذا ما يذهب إليه القضاء الفرنسي.

CA PAU. 31 janvier 1967, D 1967, p 476.

² - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales, T1, op.cit, n° 990

³ - لقد كانت محكمة النقض الفرنسية تشترط أن تكون للمديرين العامين سلطة خاصة حتى يتمكنوا من تمثيل الشركة أمام القضاء لكنها تخلت بعد ذلك عن هذا الموقف. Versailles. 12 mars 1991, Rev soc 1991 comm, p 66. cass com. 12 juillet 1993, D 1993, p 549, note : Ph- MERLE.

⁴ -A- COURET, Le gouvernement d'entreprise, D 1995, p 163.

⁵ - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 429.

⁶ - Yves Guyou, Les sociétés, Op cit, p 231

⁷ - Paul LACONNU, Droit des sociétés, Op cit, p 429

⁸ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 377

⁹ - وما يدعم هذا الحكم القرار الذي ذهبت فيه محكمة النقض الفرنسية إلى عدم صحة القرار الذي يمنح رئيس مجلس الإدارة مبلغا مكملا لتقاعدته حيث صدر هذا القرار عن لجنة شكّلت لهذا الغرض، ولكن الأولى هو صدور قرار عن مجلس الإدارة وبناء على مداولة من طرفه.

Com. 04 juillet 1995, D 1996, p 186, note : HALLOUIN

فإنها تخضع للأحكام العامة، أي أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا لم ينفذ أعضاء اللجان المهام الموكلة إليهم أو ثم تنفيذها بطريقة خاطئة.¹

إن لجان الدراسة الداعمة لمجلس الإدارة تعد من أهم العوامل المحفزة للنشاط الإداري، وذلك لتعلقها بالعديد من جوانب التسيير ولذا نجد أن هذه اللجان تنقسم إلى لجنة المكافآت، لجنة التدقيق ولجنة الإنتقاء.² تختص لجنة المكافآت بإقتراح التعويضات المناسبة للمهام المؤداة ضمن إطار الوكالة³، وتنتظر أيضا في خطط الإكتتاب وشراء الأسهم.

أما لجنة التدقيق فإنها تتولى تأمين إنسجام الطرق المحاسبية المعتمدة في إنشاء وإعداد حسابات الشركة، فتراقب مثلا مدى إستقلالية محافظ الحسابات، كما تراقب أيضا فاعلية الإجراءات الداخلية المتبعة في جمع المعلومات، وبمعنى آخر تعد هذه اللجنة حلقة ربط بين مجلس الإدارة ومحافظ الحسابات. يمكنها حينئذ أن تعد رأيها حول أداء هذا الأخير، ومن هذا المنطلق يتقيد أعضاء لجنة التدقيق بالسر المهني نظرا لأهمية المعلومات التي يطلعون عليها، أما لجنة الإنتقاء فهي اللجنة التي تراجع عمليات الترشح لشغل عضوية مجلس الإدارة قبل عرض الأسماء على الجمعية العامة للمساهمين، ويبرز دور اللجنة عادة عند مواجهة حالة شغور مجلس الإدارة إذ تلتزم اللجنة بإقتراح حلول مباشرة وسريعة.⁴

المطلب الثاني: إستحداث آليات جديدة

من المتعارف عليه أن القواعد القانونية المنظمة لشركة المساهمة تعد من أكثر النصوص إلزاما مقارنة بأحكام الشركات الأخرى ورغم ذلك فإن هذه النصوص تترك بين الحين والآخر مجالا يمكن للشركاء من خلاله اللجوء إلى بعض الممارسات العملية التي تسود في عالم الشركات، حيث تأتي هذه الممارسات عادة لتلبية حاجات متنوعة، ولا نغفل أن نشير إلى أن هناك بعضا من النصوص القانونية التي تعد تكريسا حقيقيا لمثل تلك الممارسات.⁵

¹- Yves GUYON, Les sociétés, op.cit.p 231.

²-Philippe DELEBECQUE, Frédéric Jérôme PANSIER, conseil d'administration, , répertoire de droit des sociétés, Dalloz 2013, n° 120.

³ - يقصد بالوكالة هنا المدة التي يقضيها كل عضو من أعضاء أجهزة الشركة فيقوم خلال هذه المدة أو العهدة بالمهام الموكلة إلي، فيستحق تبعا لذلك أن ينال مكافأة مالية، راجع بشأن ذلك وسائل أخرى:

Catherine MALECKI, Cumul de mandats sociaux, répertoire de droit des sociétés, Dalloz, janv 2003, p 02. F-X Lucas, Cumul de mandats sociaux et Cumul des dérogations ; quel décompte, D 2002, Chron, 3194

⁴- Philippe DIDIER, Rapport pénal sur le comité d'audit, Rev soc 2010, p 475.

⁵- مثال ذلك سندات الإستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم، فهي نشأت بناء على ممارسة بنكية.

Yves GUYON, Les sociétés, op.cit.p 235.

ما تجدر الإشارة إليه هنا أن لجوء المساهمين إلى الممارسات العملية يظل مشروعاً طالما لم تؤدي تلك الممارسات المعتمدة إلى إضعاف الخصائص الأساسية للشركة وطالما كانت منسجمة مع تنظيم وأداء الشركة، وتتجسد الممارسات في اعتماد آليات جديدة (الفرع الأول) أو إنشاء أجهزة جديدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتماد آليات جديدة

قد يغفل المشرع عن تنظيم مسائل معينة، فيأتي النص متضمناً ثغرات يسارع المساهمون إلى تكملتها باللجوء إلى القانون الأساسي للشركة، فيكملون من خلاله النظام القانوني، سنتعرض هنا إلى بعض الآليات التي قد يلجأ إليها الشركاء أو المساهمون من ذلك مثلاً: دعوة الجمعية العامة (أولاً)، آلية الاقتراع (ثانياً)، زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ثالثاً).

أولاً: دعوة الجمعية العامة للمساهمين

لقد تناول المشرع الجزائري بكثير من التفصيل جميع مسائل الجمعية العامة¹ بقواعد قانونية أمره، ومن بين تلك المسائل الدعوة. ويرى البعض هنا أن إجراءات الدعوة الخاصة بهذا الجهاز تهدف إلى تحقيق أمرين إثنين: أولهما ضمان بلوغ الدعوة إلى علم جميع المساهمين في أجل معقول قبل عقد الجمعية، وثانيهما تمكين الجمعية العامة من الإنعقاد كلما دعت الحاجة إلى ذلك، إلا أنه في هذه الحالة ولتفادي قيام أقلية المساهمين بالتعسف في دعوة الجمعية العامة أوكل المشرع مهمة الاستدعاء لإدارة الشركة².

ولقد ترك المشرع بعضاً من جوانب دعوة الجمعية العامة لإختصاص القانون الأساسي، كما هو الحال مثلاً في شكل الدعوة وأجلها، إذ يجوز أن ينص القانون الأساسي في شركة المساهمة على أن الدعوة تتم من خلال الوسائط الإلكترونية أو الفاكس، مما يتيح للمساهمين العلم بتاريخ الإنعقاد خلال 15 يوماً³.

ثانياً : آلية التصويت

لم يشأ المشرع أن يضع نصاً يحدد فيه آلية بعينها للتصويت، والسبب في ذلك كون التصويت من المسائل العملية التي لها تأثير في محتوى القرار ، ومن جهة أخرى تتعدد طرق التصويت التي درج العمل بها في الجمعية العامة للمساهمين أو حتى أجهزة الإدارة، فنجد مثلاً أن التصويت يتم برفع الأيدي أو التصويت بالنداء أو بنشر الأسماء أو البطاقات السرية أو التصويت عبر الوسائط الإلكترونية⁴، ويقع عادة

¹- راجع المواد 674 ق تجاري وما يليها.

² - Yves GUYON, Assemblées d'actionnaires, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, n°17.

³ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit.p 236.

⁴-Yves GUYON, Les dispositions du décret 3 mai 2002 relatives aux assembles générales d'actionnaires, Rev soc, 2002, p 421.

أن يحدد طريقة التصويت مكتب الجمعية ثم تتم الموافقة عليه من طرف الجمعية نفسها وبالمقابل يجوز أن يتضمن القانون الأساسي ما يشير إلى اعتماد طريقة محددة للتصويت.

وإذا وقع وتم مخالفة القانون الأساسي الذي جاء محددًا لطريقة التصويت وتم اللجوء إلى طريقة أخرى مغايرة، فالراجح في هذه الحال أن المخالفة لا تؤدي إلى بطلان التصويت إلا إذا أثبت أن طريقة التصويت المعتمدة من شأنها أن تؤثر في رضا المساهمين فتجعله معيبًا، وهو ما يعد مخالفة للأحكام العامة في العقود.¹

ثالثًا: زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

لقد تطرّق المشرع من خلال المادتين 573 و 574 من القانون التجاري إلى كيفية زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث تتم زيادة رأسمال هذه الشركة بقبول حصص نقدية جديدة أو بتقديم حصص عينية، لكن التساؤل الذي يطرح بهذا الصدد، هل يجوز زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بإجراء المقاصة مع دين نقدي حال الأداء يقّمه أحد الشركاء كحصة في زيادة رأس المال؟

كقاعدة عامة ليس هناك ما يمنع من إجراء المقاصة بهذا الشكل وذلك لأن المقاصة ما هي إلا وسيلة من وسائل الدفع والوفاء²، ولكن لا يخلو الأمر من بعض الشروط التي يجب توفّرها، فالمقاصة بهذا الشكل تتعلق بدين لذا يجب أن يكون الدين قابلاً للمقاصة على أساسه وهو أن يكون محددًا وحال الأداء، ويشترط أيضا أن يخضع الدين إلى المراقبة من طرف محافظ الحسابات بناء على تقرير يعده مجلس الإدارة، ولا يعد إجراء المراقبة إلزاميًا إلا إذا اشترط ذلك في القانون الأساسي.³

الفرع الثاني: إنشاء أجهزة جديدة

لقد قام المشرع بتحديد البنية الداخلية لكل شركة تجارية بأن يبين الأجهزة وتركيبتها، فلا يمكن للشركة أن تقوم إلا إذا اكتمل تشكيل هذه الأجهزة، لكن قد يرغب الشركاء أو المساهمون في تشكيل أجهزة لم يشر إليها المشرع في نصوص القانون، حقيقة لم يعارض الفقه حول مشروعية هذه الرغبة وجواز بناء أجهزة جديدة في الشركة، إلا أن المشروعية لا يمكنها أن تحجب حجم الصعوبات التي قد تنشأ عن وجود أجهزة جديدة وإضافية في الشركة، خاصة إذا منحت لها صلاحيات فاعلة فلا يؤمن أن تتطغى على صلاحيات

¹ - مقال ذلك أن يتضمن القانون الأساسي للشركة بندا يقضي بوجود اللجوء إلى طريقة التصويت السري، لكن الجمعية العامة اعتمدت طريقة أخرى كالتصويت برفع الأيدي، لا شك أن هذه الطريقة من شأنها أن تؤثر في المساهمين نظرا للضغط الذي قد يخضعون له.

² -A-M TOLEDO, La compensation conventionnelle, contribution plus particulièrement à la recherche de la nature juridique de la compensation conventionnelle infuturum, RTD civ 2000, p 265. NDOLCO, Les mystères de la compensation, RTD civ, 1991, p 661.

³-Claude CHAMPAUD, Augmentation du capital, compensation avec le solde créateur d'un compte courant d'associé, RTD com, 1994, p 506.

الأجهزة القانونية الأخرى، وعلى العموم فإن إنشاء أجهزة جديدة يظل ممكنا طالما لم تمنح لها صلاحيات تنافس الأجهزة القانونية، ومن هذا المنظور لا يمتلك القانون الأساسي مجالا واسعا لإنشاء أجهزة جديدة، سنتعرض هنا إلى نوعين هامين، شركة المساهمة (أولا) ثم الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ثانيا).

أولاً: إستحداث أجهزة جديدة في شركة المساهمة

رغم أن المشرع التجاري قد حدد وضبط الأجهزة الداخلية في شركة المساهمة والتي يجب أن توجد حتى تقوم الشركة صحيحة، فإن المساهمين فيها يرون عدم كفاية الأجهزة القانونية، فيلجؤون إلى القانون الأساسي بغية تكملة النظام القانوني وذلك بإعتماد أجهزة جديدة غير منصوص عليها بمقتضى القانون من ذلك مثلا :

أ/- نائب رئيس مجلس الإدارة

ليس هناك ما يمنع المساهمين من الإتفاق على تعيين نائب لرئيس مجلس الإدارة، ويمكن إضافة إلى ذلك ان يتضمن القانون الأساسي قواعد تتعلق بإستدعاء أعضاء المجلس وكيفية إجراء المداولات ، لذا فإن نائب الرئيس يمكنه أن يستدعي المجلس ويترأسه في حال غياب رئيس المجلس.¹ وبالمقابل لا يمكن لنائب رئيس مجلس الإدارة الذي تم تعيينه بمقتضى القانون الأساسي للشركة أن يمثل الشركة أو أن يتولى مهام التسيير في حال وفاة رئيس المجلس أو وقوع مانع له، لأنها تقع ضمن إختصاص المديرين العاملين المساعدين (م 640 ق تجاري)، ولتفادي مشكلة الإختصاص تدرج بالقانون الأساسي عبارة ضابطة لمنصب نائب رئيس المجلس " نائب رئيس مجلس الإدارة غير تنفيذي"، ويشترط في نائب رئيس المجلس أن يكون شخصا طبيعيا ولا يصح أن يكون شخصا معنويا حتى وإن كان يؤدي مهامه عبر ممثله القانوني.²

ب/- المسير الشرفي

بإمكان الشركاء أن يتفقوا على تثمين الأداء الذي يتقدم به أحدهم شاغلا منصب المسير إذا ما قضى فترة زمنية محددة أو بلغ سنا معينة، وهو ما يمكن أن يطلق عليه منصب المسير الشرفي، فيتضمن القانون الأساسي للشركة بندا يمنح الجمعية العامة صلاحية إصدار قرار بتشريف عضو مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة إذا ما بلغ سنا معينة.

ويعد مثل هذا المنصب التشريفي مجرد تمييز للمستفيد منه، منح له إعترافا من الشركة بالخدمات المقدمة من طرفه، مما يسمح لها بتأسيس علاقة رمزية بينها وبين مسيرها القدامى، وبالمقابل لا يمنح المنصب التشريفي أي حق أو أي تعويض مالي.

¹-P-G GOURLAY, Le conseil d'administration de la société anonyme, Sirey, paris 1971, n°211.

²- Yves GUYON, Les sociétés, op.cit,p 240.

ومن جهة أخرى قد يجيز القانون الأساسي للمسير الشرفي حضور جلسات مجلس الإدارة، إلا أن صوته يظل صوتا إستشاريا، وبهذا قد يتلقى مقابلا ماليا عن الحضور، أي أن تمنح له بدلا عن الحضور بناء على قرار من مجلس الإدارة نفسه.¹ وقد تمنح للمسير الشرفي مكافآت أخرى عينية كانت أو نقدية ويجوز لمجلس الإدارة أيضا أن يزيلها.²

ج - المراقبون Les censeurs

يشكل المراقبون جهازا جماعيا مما يؤدي إلى توسيع الأجهزة القانونية القائمة على تسيير الشركة، ويعتبر المراقبون جهازا إضافيا داخل الشركة لم يتطرق إليه المشرع بنص خاص صريح وإنما يعد من جهة أخرى مجرد آلية تجسدت من خلال الممارسة وما يفرضه واقع الشركات التجارية على الشركاء، لذا يتركز عادة إنشاء مثل هذا الجهاز في الشركات المتخصصة في النشاطات البنكية والعقارية.³ ولم يحض جهاز المراقبون بإهتمام فقهي كبير رغم قيام العديد من شركات المساهمة⁴ باللجوء إليه من خلال الإشارة إليه في القوانين الأساسي، أما القضاء الفرنسي فمن جهته أخذ موقفا متحفظا إزاء جهاز المراقبين.

و يتجلى ذلك من خلال رهن صحة إنشاء جهاز المراقبين بعدم تجاوز سلطات الأجهزة الأخرى في شركة المساهمة، إضافة إلى تقييد العقود والإتفاقات المبرمة بين المراقبين والشركة بأن يتم إخضاعها إلى نفس الأحكام المطبقة على أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين.⁵

ويستند القضاء المذكور في موقفه إلى أساسين هامين، فمن جهة بالرجوع إلى أحكام شركة المساهمة نجد أن قاعدة السلمية التي تخضع لها أجهزة الشركة تقف عائقا أمام منح المراقبين صلاحيات وسلطات قد تغطي على الأجهزة الأخرى، وتطبيقا لذلك لا يصح أن يمنح القانون الأساسي للمراقبين صلاحية محددة كإستدعاء الجمعية العامة⁶، وإنما يجب أن تتسم صلاحيات المراقبين بالعمومية والشمول دون تخصيص كأن تتلخص في مراقبة إحترام القانون الأساسي من طرف الشركة والشركاء، المحافظة على مصلحة

¹ - CA Paris, 28 sept 1990, D 1990, info rapport, p 268.

² - cass com.24 octobre 2000, Rev soc 2001, p 95, note : P- LECANNU

³ - Michel VASSEUR, une création de la pratique, les censeurs dans les sociétés anonymes, D1974, p 67.

ونذكر على سبيل المثال ما ورد في الدراسات الفقهية حول جهاز المراقبين حيث أشار الأستاذان Houpin و Bosvieux إلى جواز تعزيز المراقبة في شركة المساهمة من خلال جهاز خاص دون أن يفصلا في ذلك، كما أشار الأستاذ Escara بصدد المراقبة في شركة المساهمة أيضا إلى قيام بعض الشركات باللجوء إلى مراقبين مستقلين عن محافظي الحسابات تسند إليهم مهمة المراقبة راجع :

C-HOUPIN, H- BOSVIEAX, Traité général, Théorique et pratique des sociétés, 7^{ème} éd, T2, paris 1935, n°1104

⁴ - Jean ESCARA, Cours de droit commercial, paris 1952, p 507.

⁵ - إن العقود المبرمة مع الشركة والتي يكون فيها المسير طرفا متعاقدا تخضع لنظام خاص نظرا للمخاطر التي قد تنجم عنها، منها عدم توازن المراكز القانونية، ولذلك جاءت المواد 628 وما بعدها من القانون التجاري منظمة لهذه الطائفة من العقود بالقدر الذي يحفظ مصلحة الشركة والغير، فقسمتها إلى ثلاث فئات، عقود ممنوعة، عقود منظمة وعقود حرة، راجع :

Catherine MALECKI, conventions réglementées, Rép des sociétés, Dalloz, septembre 2002, p3. R- VATINET, Les conventions réglementées dans la loi NRE, Rev soc, 2001, p 561.

⁶ - إذ تبين النصوص القانونية الأجهزة المخول إليها قانونا إستدعاء الجمعية العامة.

J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales, T2, op.cit, n° 23.

الشركة، حفظ حقوق الأقلية ويجوز للمراقبين أيضا تقديم رأي إستشاري لمجلس الإدارة أو الجمعية العامة عند إصدار القرار.¹

ومن جهة أخرى لا ينبغي أن تكون نية الشركاء من وراء إنشاء جهاز المراقبين التحايل على القواعد الأمرة المتعلقة بعدد أعضاء أجهزة الإدارة أو المراقبة أو أحكام التنافي والموانع،... إلخ.² قد تتجسد إرادة الشركاء بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة في إنشاء مجلس إدارة أو تنصيب مسير بديل.

ثانيا: استحداث أجهزة جديدة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

قد تتجسد إرادة الشركاء بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة في إنشاء مجلس إدارة أو تنصيب مسير بديل.

أ- تأسيس مجلس إدارة

إن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي إحدى الشركات التجارية التي يقوم بإدارتها شخص طبيعي أو عدة أشخاص طبيعيين³، وهي الشركة التي تلعب فيها الإرادة دورا مهما عند تصدّي الشركاء لمسألة الإدارة رغم الطبيعة الأمرة للنظام القانوني الذي تخضع له هذه الشركة، يجوز مثلا أن يحدد القانون الأساسي - بناء على ما إتفق عليه الشركاء - إن كان المسير شريكا أو ليس من الشركاء أو أن يتم تعيين المسير بمقتضى القانون الأساسي أو بعقد لاحق بعد التأسيس، وأن يحدد كذلك التعويض الملائم لأداء مهام التسيير وتقييد عهدة التسيير بمدة زمنية أو دون تحديد للمدة.⁴

إن أهم مظهر تتخذه إرادة الشركاء هو إتفاقهم على تعدد المديرين⁵، فيصبح للشركة عدة أشخاص طبيعيين يشتركون معا في إدارتها وتسييرها فيتولى القانون الأساسي هنا بيان سلطات كل مدير، مما يسمح بإقامة تنظيم داخلي فيما بينهم ويجوز علاوة على ذلك أن ينص على تأسيس مجلس تسيير أو إدارة يضم جميع المديرين، يتخذون قراراتهم بناء على نصاب وأغلبية محددة.⁶

لكن التنظيم الجماعي لصلاحيات المدراء المتعددون في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يسري في مواجهة الغير لأنه يعد من قبيل تقييد صلاحيات المسير وهو ما يعد غير نافذ في حق الغير⁷، و يفسر ذلك بالقول أن الأصل في مدراء الشركة ذات المسؤولية المحدودة تمتع كل واحد منهم بكامل السلطات

¹ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 242

² - PH- MERLE, Sociétés commerciales, op.cit, n° 436.

³ - انظر المادة 576 ق تجاري.

⁴ - Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 244.

⁵ - رغم أن تعدد المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يبرز ليونة المشرع في ظل النظام القانوني الأمر لهذه الشركة، وهذه الليونة تكون ذات فائدة في كثير من الحالات مثل ذلك تأسيس شركة فرعية مشتركة (Filiale commune)، (Joint-venture) أين تستطيع كل شركة من الشركات المؤسسة للشركة الفرعية أن تعين مديرا يمثلها، يكون في مركز قانوني مساو للمدراء الآخرين الذين تعينهم الشركات المؤسسة الأخرى، وتظهر فائدة هذه الليونة أيضا في جعل إدارة الشركة إذا كانت متعددة أقرب إلى الجهاز الجماعي. إلا أنه من ناحية أخرى قد جاء متشددا، إذ لا يجوز للشخص المعنوي أن يكون مديرا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، راجع :

Xavier DELPECH, Société à responsabilité limité SARL : Création, gestion, évolution, 27^{ème} éditions, DELMA , paris 2012, p 340.

⁶ -Xavier DELPECH, op.cit, p 340.

⁷ - انظر المادة 3/577 ق تجاري.

للتصرف بإسم الشركة، وما التنظيم الجماعي لهذه الصلاحيات إلا مجرد تنظيم يلجأ إليه المدراء لتفادي النزاعات التي قد تنشأ بينهم لذا فهو غير نافذ في حق الغير إلا إذا ثبت علم هذا الأخير به.¹

ب/ تعيين مسير بديل

لا يوجد ما يمنع قيام الشركاء بالاتفاق فيما بينهم عند التأسيس أو بعده على تعيين مسير بديل الذي توكل إليه مهمة إستخلاف مسير الشركة تلقائياً بمجرد إنتهاء عهدة هذا الأخير أو وفاته، وإن مثل هذه الآلية أي تعيين مسير بديل لا تخلو من منفعة للشركة، إذ يسمح لها بتفادي وقوع إنسداد في إدارة الشركة إذا ما كان مسيرها قد عيّن لمدة غير محدودة أو كانت الشركة مكوّنة من شريكين يملكان حصصاً متساوية في رأس المال، إضافة إلى أن وجود المسير البديل من شأنه أن ينقل مسؤولية إدارة الشركة بسلاسة، كما يسمح أيضاً بتذليل الصعوبات الناشئة عن توقّف المسير في أداء مهامه بالإستقالة أو غيرها إذ يخلفه البديل مباشرة.²

وإذا كان وجود المسير البديل يحقق منفعة للشركة فإنه قد لا يحقق ذلك للأقلية من الشركاء، إذ قد يقصد الشركاء المشكّلون للأغلبية من تعيين المسير البديل حرمان الأقلية من إبداء رأيها أو إستشارتها عند توقّف المسير الأصلي عن أداء مهامه، وهو ما يعد حقيقة تعسفاً من جانب الأغلبية، وتجدر الإشارة هنا إلى أن المسير البديل لا يمتلك أي صلاحية في التسيير أو الإدارة ما دام المسير الأصلي قائماً بمهامه.³

¹-Bernard ALIBERT, La pluralité de gérant dans les sociétés à responsabilité limitée, Rev soc, 1975, p 608.

² Paul- De VENDEUIL, peut- il exister au sein de la SARL un systeme de dévolution de la gérance ? JCP, 1996, p 226.

³-Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 246.

الفصل الثاني

إتفاقات المساهمين

Les pactes d'actionnaires

لقد أثارَت مسألة التوفيق بين الحرية التعاقدية والقواعد الأمرة إهتماماً فقهيًا كبيراً، بل إن القضاء أيضاً عمل على إيجاد حل معتدل بين قواعد الحماية المقررة من خلال النظام العام وحرية التعاقد بناءً على ما يعرض عليه من نزاعات منبثقة عن الواقع العملي، إن مسألة التوفيق هذه ما كان لها أن تظهر إلا لسببين رئيسيين، أولهما أن الفقه أصلاً كان ينظر إلى الشركة على أنها نتاج العقد، لكنها لم تلبث أن أصبحت أقرب إلى النظام القانوني بفعل ما يقوم به المشرع من تنظيم وإحاطة بهذا العقد خلال القرن الماضي، إذ لم يدع مجالاً إلا ونظّمه بقواعد أمرّة، خاصة شركات المساهمة حتى أفضى ذلك إلى جمود الأحكام المنظمة للشركات التجارية، مما جعلها بعيدة عن تمكين الشركاء من تحقيق إحتياجاتهم من وراء تأسيس الشركة.

إن القواعد الأمرة المكوّنة للنظام العام في قانون الشركات التجارية هي قواعد تهدف إلى حماية الغير كالدائنين الذين تعاملوا مع الشركة، أو المساهمون الأقلية، ولعل المشرع لا ينفرد بتوفير هذه الحماية فالإتفاقيات الدولية أيضاً تقضي في كثير من بنودها بوجوب حماية الغير، غير أن كثرة القواعد الأمرة وشساعة مجال تدخلها وجمودها من ناحية أخرى حال دون تمكين الشركات التجارية ذاتها من النمو والإزدهار.

وأمام هذا الوضع صار ضرورياً أن تظفي نوع من المرونة في تنظيم الشركات، حتى تتمكن هذه الأخيرة باعتبارها من أهم الفاعلين في السوق من الإستمرار في تنمية الإقتصاد والمشاركة في بناء مناخ تنافسي، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا باللجوء إلى الحرية التعاقدية وهو ما يؤكد الأستاذ CARBONNIER بالقول أن الحرية التعاقدية ما هي إلا وجه قانوني لإقتصاد السوق، وفي هذا السياق برز تيار فقهي يدعو إلى إحياء الإرادة من جديد في قانون الشركات، ليعزز فيما بعد بالممارسات العملية التي يقوم بها الشركاء والمساهمون من خلال الآليات العقدية و ببعض تدخلات المشرع.

يعود الفضل في إحياء العقد في عمق قانون الشركات التجارية إلى الواقع العملي والممارسات المنبثقة عنه، خاصة من خلال إبرام إتفاقات المساهمين وهي إتفاقات غير تأسيسية تسمح للمساهمين بإستغلال المساحات التي تركها المشرع لإعمال الإرادة وتنظيم مسار نشاط الشركة وتوزيع رأسمالها فيما بينهم، إن إتفاقات المساهمين ثمرة الواقع العملي وواقع الشركات، لم يتبنى المشرع محتواها إلا بقدر يسير، إذ إعترف ببعض تلك الإتفاقات أما القضاء فإنه يذهب في كثير من الأحيان إلى القول بصحتها على

أساس أنها تجسيد لإرادة الشركاء والعقد شريعة المتعاقدين، إضافة إلى تأثير القضاء في اتجاهه هذا بالسياق الإقتصادي الذي تندرج فيه إتفاقات المساهمين.

وإتفاقات المساهمين هي مجمل الإتفاقات المستقلة عن القانون الأساسي من الناحية المادية والمبرمة من طرف مساهمين أو أكثر، سواء أشخاص طبيعيين أو معنويين ينظمون من خلالها العلاقات الفردية التي تربطهم بسبب نشوء الشركة، بحيث يتفوقون على مسائل تخص تسيير الشركة وتوزيع رأس المال فيها، ويعتمد المساهمون أثناء إبرام إتفاقات المساهمين على توفير التوازن بين المصالح المختلفة، ومن هنا تغدو إتفاقات المساهمين تلك الإتفاقات التي تبرم بين المساهمين فقط دون غيرهم مما يمكنهم ذلك من بناء علاقات فيما بينهم هي علاقات ذات طبيعة عقدية تكون أكثر عمقا من العلاقات التي كانت قد نشأت في إطار عقد الشركة.

لقد ظل لجوء المساهمين إلى أساليب التعاقد متزايدا، فهم يبرمون إتفاقات فيما بينهم تديلا للصعوبات التي تواجههم طيلة بقاءهم كمساهمين في الشركة، كالصعوبات المالية أو الإقتصادية التي تعتبر من أهم الدوافع وراء ظهور إتفاقات المساهمين التي كانت في بداية الأمر مجرد آلية تستعملها الشركات التجارية من أجل إتمام عمليات التجمّع مع بعضها البعض أو ما يطلق عليها بعمليات التركيز، كما تستعمل إتفاقات المساهمين لتأمين الإستقرار في تسيير الشركة وثبات حركة المساهمة فيها، أو الإبقاء على الأغلبية والمحافظة عليها في مواجهة محاولات السيطرة على الرقابة، أو أن يراد من وراء إتفاقات المساهمين إنشاء سلطة متساوية أو رقابة مشتركة على شركة جديدة يتم تأسيسها من طرف شركات أخرى كطريقة من طرق التعاون الإقتصادي فيما بينها.

ولطالما كانت إتفاقات المساهمين من الرموز القانونية القديمة والمتداولة في الأنظمة الأنجلوأمريكية لتجد محرّكا لها ومقوّيا في عمليات الرأسمال الإستثماري وهي العمليات التمويلية التي تباشرها شركات الرأسمال الإستثماري أو رأسمال المخاطر التي تنشأ خصيصا لتساهم في رأسمال شركات أخرى سواء عند التأسيس أو أثناء النشاط، فشركات رأس المال الإستثماري تصبح مجرد مساهم في الشركات التي تمولها غير أن هذه المساهمة لا يتم تنظيمها إلا من خلال إتفاقات المساهمين، فمن هنا لاقت هذه الأخيرة دفعا بعد أن إشتد نشاط شركات رأسمال الإستثماري، وبدو فاعلية هذا النوع من التمويل، فإتفاقات المساهمين من هذا الباب أصبحت حلا من الحلول للصعوبات المالية لأنها وسيلة لتنظيم طرق التمويل الخارجية.

إن المساهمين عادة ما تكون لديهم مصالح مختلفة ومتنوعة، إذ لا يكفي القول بأن مساهمي الشركة الواحدة يفترض أن تكون لديهم مصالح موحّدة أو إهتمامات متقاربة، بل إن الواقع الفعلي يثبت خلاف ذلك ولذا يسعى المساهمون إلى إبرام إتفاقات يوقعون عليها فيلتزمون من خلالها بالتزامات تضاف إلى الإلتزامات التي سبق وأن ترتّبت عليهم بمقتضى القانون الأساسي، ومن أجل تسيير إبرام إتفاقات

المساهمين يستغل هؤلاء مواطن القوة في العلاقات الناشئة بينهم حتى يتمكن كل مساهم من تحقيق مصالحه الخاصة وتمكين الجميع من التعاون.

ومن هذا المنطلق فإن إتفاقات المساهمين أو الشركاء قد تجد لها محلاً في جميع الشركات التجارية كشركات الأشخاص أو شركات الأموال، إلا أن شركة المساهمة تعد الشكل القانوني الأكثر لجوءاً إلى إتفاقات المساهمين، لأن الأشكال الأخرى كان المشرع قد ترك فيها مجالاً واسعاً للإتفاق على شروط عقدية، غير أنها تدرج عادة في القوانين الأساسية لذا لا حاجة للشركاء في أن يبرموا إتفاقات أخرى إلى جانب القوانين الأساسية، ناهيك أن عدد الشركاء يكون قليلاً عادة مقارنة مع أعداد المساهمين في شركات المساهمة، هؤلاء المساهمون الذين تدفعهم أسباب مختلفة من أجل إبرام الإتفاقات فيما بينهم حتى يحققون مصالحهم الخاصة، وهو المحيط الذي يتحكم في وجود مثل هذه الإتفاقات الموازية والمستقلة عن القوانين الأساسية، فمن ناحية يمكن التحكم في أعداد المساهمين الموقعين عليها ومن ناحية أخرى يمكن للمساهمين تخصيص مضامين هذه الإتفاقات وجعلها تنظم مسائل خاصة من مسائل الشركة، إضافة إلى أن إتفاقات المساهمين لا تظهر للغير لذا لا تخضع هذه الإتفاقات إلى النشر إلا إذا كانت الشركة مقيدة ببورصة القيم المنقولة، فالشركة حينذاك تكون ملزمة وفقاً لمقتضيات النظام العام البورصي بنشر أي إتفاق جانبي يبرمه المساهمون فيها.

إن الطابع السري لإتفاقات المساهمين المبرمة في الشركات المقيدة بالبورصة يكون سبباً رئيسياً لدى القضاء الذي يتخذ موقفاً حذراً إزاء صحتها، إذ يحتمل أن تصبح إتفاقات المساهمين وسيلة بيد أحد المساهمين لإدراج بعض البنود هروباً من نطاق النظام العام، لأن إدراج مثل تلك البنود في القانون الأساسي يجعل من اليسير معرفة مخالفتها للنظام العام، من هنا يمكن القول أن إتفاقات المساهمين تتأثر بالمحيط الذي تنشأ فيه.

بيد أن إتفاقات المساهمين تعد صحيحة رغم عدم نشرها، فما هي إلا تجسيد لحرية التعاقد شريطة أن يراعي فيها المساهمون أحكام النظام العام في قانون الشركات التجارية وأحكام العقود بشكل عام، فإتفاقات المساهمين ما هي إلا عقود تختص بكونها عقود تبرم بين أشخاص يمتلكون صفة المساهم، وتنشأ بوجود عقد الشركة وتستمد علة وجودها منه وكأنها عقود لاحقة له.

ويذهب القضاء الفرنسي بكل وضوح إلى صحة إتفاقات المساهمين ما دامت تلك الإتفاقات مراعية لقواعد النظام العام بإعتباره أهم قيد من قيود الإرادة، وإلى جانب ذلك يجب أن لا تخالف هذه الإتفاقات بنود القانون الأساسي للشركة، ولا تعارض في الأخير مصلحة الشركة بحيث لا يسعى المساهمون إلى تحقيق مصالحهم على حساب مصلحة الشركة نفسها.

إذن يتضح مما سبق ذكره أنه بإمكان المساهمين التعبير عن إرادتهم في مجال خارج القانون الأساسي متقيدين في ذلك بالنظام العام، فالفقه حاول من جديد على وضع معالم للحرية التعاقدية في قانون

الشركات التجارية، فاستقر الرأي على أن إتفاقات المساهمين تعد من أهم المواطنين التي تصطدم فيها قواعد النظام العام مع حرية المساهمين في التعاقد.

ورغم أن الفقهاء إهتموا بإتفاقات المساهمين دراسةً وتحليلاً، فإنهم لم يتمكنوا من رسم نظرية عامة وهكذا إتفاقات، والسبب يعود أساساً إلى المسائل التي تنظمها والتعقيد الذي تشتمل عليه الكثير من هذه الإتفاقات، إلا أنه رغم ذلك تظل إتفاقات المساهمين من الإتفاقات الناشئة في واقع الشركات ومحل إهتمام جميع الممارسين في قانون الشركات التجارية.

وتأتي إتفاقات المساهمين كرد فعل تجاه جمود أحكام قانون الشركات وإزاء النقص الذي يعترى القوانين الأساسية لأن هذه الأخيرة وإن تضمنت عادة أغلب البيانات الرئيسية المتعلقة بالشركة إبتداءً من تأسيسها وأثناء مزاوله نشاطها، فإنها تقتصر على المبادئ الرئيسية للشركة، ولا يتطرق للتفاصيل لاسيما وأن المشرع لم يترك مجالاً واسعاً لإرادة الشركاء، وبهذا وقع المساهمون بين قانون جامد وقانون أساسي عاجز عن تلبية إحتياجاتهم وأمام تطوّر تكنولوجيا متسارع وحركة شديدة لعولمة شركات المساهمة.

وأمام هذا الواقع يحاول المساهمون من خلال مبدأ الحرية التعاقدية الإبتعاد عن القواعد القانونية الملزمة وتكملة النفاض في القانون الأساسي للشركة بموجب إتفاقات جانبية تدعى بإتفاقات المساهمين تهدف إلى تنظيم العلاقات المالية والتسيير فيما بينهم، وما تتميز به هذه الإتفاقات أنها ثمرة الواقع العملي إلى جانب كثرتها وتعددتها لذا تقتضي دراسة إتفاقات المساهمين تسليط الضوء على مفهومها (المبحث الأول) ، والقيام بعرض مختلف هذه الإتفاقات بحسب ما تحتويه من مسائل مما يسهّل تصنيفها وبيان مضامينها (المبحث الثاني).

المبحث الأول مفهوم إتفاقات المساهمين

لا شك في أن الفقه لطالما كان منقسماً لسنوات طويلة حول طبيعة الشركة هل هي عقد أم نظام قانوني، غير أن تضارب الفقهاء في هذه المسألة لم يظل على إشتداده بل شهد هدوءاً لمدة من الزمن، لأن الفقه في تلك اللحظة بات يرى أن المسألة برمّتها لا تملك من القيمة سوى جانبها الأكاديمي، فأهمل الفقه الحديث هذا الجانب وأصبح ينظر إلى الجانب الآخر منها أي إلى فكرة الغاية، فمن النظرية العقدية التي ترى أن الشركة عقد وأصحابها JAUFFRET و LAGARDE و HAMEL ، POTIER ، DOMAT ، الذين رأوا في الشركة أنها عقد لأن المشرع عرّفها بذلك في المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة 416 من القانون المدني الجزائري، كما أن الشركة لا تنشأ إلا من خلال التعبير عن الإرادة، غير أن هذه النظرية منتقدة، فالشركة وإن كانت تعبيراً عن الإرادة فإن وصف المشرع لها بأنها عقد لا يكفي لحسم طبيعتها، فالأصح أن ينصرف وصف العقد إلى العقد الجماعي المنعقد من جانب واحد، أما العقد عامة فهو في حقيقة الأمر يتضمن إرادات مختلفة ومتعارضة أحياناً كعقد البيع مثلاً، أما العقد الجماعي المنعقد من جانب واحد فهو بخلاف ذلك عقد يحتوي على إرادات متشابهة وتقصد هدفاً واحداً وهو ما نجده حقيقة في عقد الشركة، فإرادة كل شريك هي ذاتها إرادة الشركاء الآخرين وهي تأسيس شخص معنوي جديد بهدف تحقيق الربح وإقتسامه، كما أن الإرادة ليست كافية وحدها لقيام الشركة، لأن الإرادة ستعقبها إجراءات قانونية هي التي تدفع إلى نشوء الشخص المعنوي، كالقيد في السجل التجاري والنشر، والمشرع هو من حدد تلك الإجراءات حتى يكتسب الشخص المعنوي ما يميّزه عن الشركاء المؤسسين له، كذمة مالية ومصلحة تفتقر عن مصالح هؤلاء، ومن هنا أمكن للشركة كما لو كانت شركة أموال أن تحتوي على عدد كبير من الشركاء وما أمكن تسييرها لو أخذنا بنظرية العقد التي تقوم على توفّر الإجماع، بل يكفي في الواقع أن تحصل الأغلبية حتى تدار الشركة، إن نظرية العقد نظرية محدودة بهذا الصدد إذ لا تكفي لتفسير مفهوم الشركة خاصة بعد قيام المشرع بتنظيم شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة بأحكام قانونية تفصيلية من النظام العام فأضطر الفقهاء إلى القول بأن الشركة نظام قانوني.

إن الفقهاء الذين نادوا بفكرة النظام القانوني أرادوا إخضاع طبيعة الشركة إلى النظرية المستمدة من القانون العام، التي نادى بها HAURIO، وهو الذي يرى أن النظام القانوني ينشأ بصدد المنظمة الاجتماعية التي تتبع مصلحة مشتركة وتطبيق مبدأ الأغلبية بين أعضائها، وتتبع في أدائها قواعد قانونية معدة مسبقاً وباستعمال وسائل موضوعية فعّالة، فالمنظمة تتجاوز الأفراد المكوّنين لها.

وتبدو نظرية النظام القانوني جديرة بالإهتمام لأنها تسمح بتفسير سمو مصلحة الشركة والغير أيضا على مصلحة الشركاء، كما تفسر أغلب جوانب حياة الشركة ولهذا أصبحت هذه النظرية هي المسيطرة فقها خاصة في ظل المفهوم الحديث للشركة التجارية، غير أن نظرية النظام القانوني لم تسلم من النقد، فهي لا تراعي الجانب العقدي في الشركة فالضعف فيها يبرز أساسا في الشركات التجارية التي لازالت محتفظة بالطابع العقدي كشركات الأشخاص خاصة شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية وإنما تقوم على عقد.

إنه من الواضح أن هاتين النظريتين لا تحسمان مسألة طبيعة الشركة إضافة إلى أن نتائج الخلاف الفقهي حولها لا يرتب آثاراً ذات قيمة، لذا لم يكن أمام الفقه إلا الهدوء لينطلق الفقه الحديث في اعتماد مقارنة أخرى حول طبيعة الشركة، وهي غض الطرف عن الطبيعة والبحث عن الغاية.

إن RIPERT هو أول من دافع عن فكرة كون الشركة ما هي إلا لخدمة غاية معينة لتقوم مدرسة Renne بتطويرها بعد ذلك، حيث يذهب CHAMPAUD وبعده PAILLUSSEAU بأن الشركة مجرد تقنية قانونية أو أداة توضع لخدمة المؤسسة، مبرزا الجانب الوظيفي في مفهوم الشركة وفي الوقت ذاته يرى أن المؤسسة تنظيم إقتصادي وبشري وليس مفهوما قانونيا بل مفهوما إقتصاديا وإجتماعيا، أما الشركة فهي مفهوم قانوني يسمح بدخول المؤسسة إلى الحياة القانونية وتنظيمها، فالشخصية المعنوية في نظره هي إستجابة لحاجة الكيان إلى التنظيم القانوني، أي تمنح له الإستقلالية في ممارسة النشاط عن الأشخاص المنتمين إليه، إن المفهوم الوظيفي للشركة لم يلبث أن لاقى قبول أغلب الفقه غير أنها لم تسلم أيضا من النقد، فالقول مثلا بالبعد الوظيفي للشركة والإكتفاء به يجب أن لا يقتصر على المؤسسة فقط، فالشركة أداة للتنظيم بصفة عامة فهي تنظم مسائل أخرى كالشراكة، بل وتعد الشركة من أهم الأسباب في تطوير الهندسة القانونية، ورغم ذلك فإن لنظرية المؤسسة آثار هامة في قانون الشركات التجارية، كالإعتراف بالمصلحة الخاصة بالشركة وتمييزها عن مصلحة الأشخاص المكونين لها، وكما ترتب أيضا خروج الشركة من المفهوم البسيط إلى مفهوم أكثر تعقيدا حتى تستوعب نشاطات أكبر حجما كالشركات الصناعية والشركات التقنية والعلمية، وإن كانت نظرية المؤسسة قد ظلت في نفس السياق الذي سارت عليه نظرية النظام القانوني.

ثم ما لبثت أن دبّت الحياة في الأفكار العقدية بصدد طبيعة الشركة وذلك على يد COURET الذي بيّن أهمية الدور الذي بات يلعبه العقد في شركات المساهمة، و دعا من جهة أخرى إلى ضرورة الأخذ بمقاربة جديدة تقوم على المفاهيم المالية والإقتصادية المستمدة من الفقه الأنجلوأمريكي، ليتحقق له ذلك بعد ظهور نظرية حوكمة الشركات، التي ترى في الشركة انها مجموعة من العقود، ومن هنا بات الفقهاء يشيرون الى إستقواء ظاهرة العقد في قانون الشركات وطغيان قانون العقود على الشركات التجارية، خاصة تلك الإتفاقات التي يعقدها المساهمون خارج القانون الأساسي للشركة، وهي إتفاقات تستمد

مصدرها من المستثمرين الأنجلوساكسون، ولقد كثر اللجوء إلى إتفاقات المساهمين معززا ذلك إقراراً بالمشروع بها، ويرى DAIGRE أن نظرية الحوكمة أحييت بذلك الخلاف الفقهي حول طبيعة الشركة ما إذا كانت عقداً أو نظاماً قانونياً، لأن جوهرها يجعل الشركة من شأن المساهمين تقوم على ملكية هؤلاء والمسيريون فيها هم وكلاء عن المساهمين.

ما يهمنا من وراء عرض نظريات الفقهاء التي تصدت لطبيعة الشركة هو إبراز أهمية العقد ودوره في قانون الشركات، بحيث يتجسد أساساً في إتفاقات المساهمين التي يتمتع بصدها المساهمون بحرية إبرامها إستناداً إلى حرية التعاقد، والمشرع ليس ببعيد عن الظاهرة العقدية فهو يعترف بإتفاقات المساهمين في مواضع مختلفة كما هو الحال بصدد شركات رأس المال الإستثماري، وإشترط إبرامها إتفاقاً مع مساهمي الشركة طالبة التمويل، وإقراره بها في ظل أحكام البورصة إذا كانت الشركة مقيدة في السوق المالية، وكذا في إتفاقات التصويت.

والمشرع حين إقراره بإتفاقات المساهمين فهو يعترف بشيء إبتكره واقع الشركات أو الممارسين الفعليين فيه، الذين يلتزمون من وراء هذه الإتفاقات تفادي - وفق حدود معينة - النتائج المترتبة عن التطبيق الصارم للمبادئ القانونية المنظمة للشركات التجارية، إذ غالباً ما لا توائم إحتياجات المساهمين أو الشركاء أو من لهم علاقة بالشركة التجارية، ومن هنا حتى القضاء يحاول بين الحين والآخر تليين تلك النصوص والعمل على تكييفها حتى تتلائم مع الظروف، ويتم ذلك بتغليب بعض الحريات عن المبادئ نفسها ليصبح قانون الشركات في الأخير أكثر مرونة.

ويدخل الواقع في بناء النصوص القانونية، فما عاد دور الممارسات الفعلية يكتفي فقط بتزويد المشرع أو حتى القضاء، وإنما أصبح هو ذاته نصوصاً منظمة لحياة الشركة، ولا أدل على ذلك أن الواقع أو الممارسة كان مصدراً لنشأة القانون التجاري، وإتفاقات المساهمين تدرج في سياق التليين، لأنها تصرفات قانونية تساهم في التعريف بالقواعد المنظمة للنشاط الإقتصادي، موازاة مع القوانين الأساسية للشركات، ولذلك ينبغي أن لا يظل قانون الشركات قانوناً مقيداً للشركات بل يجب أن يقيم مجالاً وسطياً بين إحترام حرية التعاقد وحماية المصلحة العامة والتوازنات العقدية.

سنقوم من خلال هذا المبحث بإبراز مفهوم إتفاقات المساهمين بإعتبارها من بين مظاهر الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، ولذلك سننظر في تعريف هذه الإتفاقات ببيان مدى أفضلية اللجوء إلى إتفاقات المساهمين أو الإكتفاء بالشروط النظامية أو التأسيسية (المطلب الأول)، وكذا تسليط الضوء على النصوص القانونية التي يعترف فيها المشرع صراحة بإتفاقات المساهمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف إتفاقات المساهمين

إن إتفاقات المساهمين هي عقود يتم إبرامها من طرف عدد من المساهمين أو الشركاء في الشركة، وهي عقود مكتوبة يهدف من خلالها المساهمون الموقعون عليها لتنظيم الرقابة ومسار حياة الشركة أو تركيبة رأسمالها من حيث توزيعه بينهم، على أن تكون المدة محددة في هذه العقود، وهي بهذا الشكل توازي القوانين الأساسية ولذا تكون إتفاقات المساهمين خارجة عن هذه القوانين لكن لا تعارضها، كما لا تعد هذه الإتفاقات من قبيل النظام الداخلي وإنما عقود ينشأها المساهمون وفقا للحرية التعاقدية فهي شريعة المتعاقدين، وتخضع كتابة إتفاقات المساهمين لجوانب تقنية وقانونية كإشتراط إحوائها على ديباجة تحدد من خلالها أهداف الإتفاقات، كما أن الإلتزامات التي يمكن ورودها ضمنها كثيرة أو قد تكتفي بالإلتزام واحد بقصد تنظيم مرحلة تنفيذه، وبما أن إتفاقات المساهمين تنشأ بصدد شركة تجارية فهي تتأثر بها، فالمساهمون في هذه الحال قد يفضلون اللجوء إلى إتفاقات المساهمين رغم كون مسائل الإتفاق من الممكن إدراجها في القانون الأساسي الامر الذي يحتم على المساهمين حصول الأغلبية في الجمعية العامة غير العادية، وعليه فإن مسألة الإختيار هذه تحكمها أسباب موضوعية.

سنتعرض في هذا المطلب إلى المقصود التقني والقانوني في إتفاقات المساهمين (الفرع الأول)، و إلى العوامل المتدخلة في اللجوء إلى إتفاقات المساهمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود التقني والقانوني في إتفاقات المساهمين

تندرج إتفاقات المساهمين بحسب التوجه الحديث في الفقه فيما بات يعرف بالهندسة القانونية التي تظفي نوعا من المرونة في تسيير الشركات التجارية، فيعتمد المساهمون أو الشركاء من خلالها إلى التكيّف مع دقة قانون الشركات وبناء تصورات جديدة لتنظيم مسائل الشركة، و بما أن لجوء المساهمين إلى إبرام هذه الإتفاقات تحكمه عوامل و دوافع متنوّعة يثور التساؤل حول المقصود من هذه الإتفاقات من الناحية التقنية و القانونية.

إن إتفاقات المساهمين هي وثائق عقدية تعتبر من الناحية القانونية عقودا عرفية وفقا للكتابة العرفية، لذا فهي عقود تخضع للقانون الخاص أي لقانون العقود إلى جانب القوانين الأخرى كالمتعلقة بالشركات التجارية، حيث تبرم هذه الإتفاقات بين مساهمين أو أكثر، ولا يمكن تعديلها إلا بالإجماع وغالبا ما ينعكس في إتفاقات المساهمين التقسيمات الفئوية التي توجد بين المساهمين، فأحيانا ينفرد المؤسسون بإتفاقات يهدفون من خلالها تفريد وضعيتهم داخل الشركة والمحافظة على مصالحهم فيها.⁽¹⁾

¹ - Jean- Pierre GITENAY, LE pacte d'actionnaires, Lamy Lexel, disponible en : www.lamy-lexel.com. 31 mars 2008, p8.

وتعد أيضا إتفاقات المساهمين وثائق تقنية وقانونية تعمل على تكملة القانون الأساسي للشركة، لذا فالموضوعات التي يمكن تنظيمها من خلال هذه الإتفاقات عديدة ومتنوعة، وهو ما يجعل من الصعب تعدادها وإن كان الفقهاء قد تمكّنوا من حصرها في فئات معينة، ومن بين موضوعاتها تنظيم إستقرار رأسمال الشركة والمساهمة فيها وكذا الرقابة أو حتى كفاءات نقلها إلى الغير ودخول المستثمرين وخروجهم من الشركة، وعليه تبرز إتفاقات خارجة عن القوانين الأساسية يطلق عليها الفقهاء الإتفاقات غير التأسيسية أو غير النظامية للدلالة على أنها لا تدرج في القوانين الأساسية ومستقلة عنها إستقلالا ماديا وليس موضوعيا، وتظهر إتفاقات المساهمين في جميع أنواع الشركات التجارية، غير أن كثرتها ملحوظة في شركات المساهمة لأنه في الشركات الأخرى لربما راعت الأحكام القانونية المنظمة لها الإعتبار الشخصي للشركاء، كما أن الجانب العقدي يطغى عليها خلافا لشركات المساهمة التي جاءت أحكامها دقيقة فلم تترك مجالا كبيرا لإرادة الشركاء.⁽¹⁾

ويرى الأستاذ GERMAIN أن إتفاقات المساهمين هي إتفاقات غير تأسيسية تعقد بين مساهمي الأغلبية بهدف المحافظة على إستقرار حركة المساهمة والتسيير وإيجاد حلول دفاعية ضد محاولات السيطرة غير الودية على الشركة ، كما تعقد بين مساهمي الأقلية الذين يهدفون إلى إخضاع حصصهم إلى شروط معينة أو إلى تنظيم خروجهم من الشركة كالمساهمين المستثمرين، وهي إتفاقات تعيد الإهتمام بالجانب التعاقدية في قانون الشركات.⁽²⁾

ومن الناحية العملية، تعد إتفاقات المساهمين من أهم الأعمال التي يقوم به المساهمون المهنيون الذين لا يستثمرون عادة إلا بعد التمكّن من إبرامها مع المساهمين الآخرين، وتحتوي هذه الإتفاقات على شروط تعاقدية تتعلق عادة كما أشرنا بكيفية التنازل عن الأسهم مثلا أو تتعلق بتسيير الشركة، ولا تعقد هذه الإتفاقات إلا بعد المرور بمرحلة التفاوض، حيث يقوم المساهمون فيها بتحديد الشروط رغم أن الإختلاف بينهم قد ينعكس في هذه المرحلة فالبعض منهم قد يهدف إلى الحصول على تنازل عن أسهمه مع تحقيق فارق القيمة في أجل قصير أو متوسط، وآخرون يرمون إلى إحداث توازن مالي وآخرون يفضلون الإحاطة بتسيير الشركة، فكل هذه التعارضات يتم معالجتها في مرحلة التفاوض، ولعل من بين أهم المسائل أيضا الإتفاق حول تنفيذ إتفاقات المساهمين.⁽³⁾

إن عقود المساهمين هي عقود تتضمن في الغالب عددا من الإلتزامات وهي إلتزامات بفعل، بحيث لا يلتزم بها إلا من وقّع على الإتفاق، ولذا ستبقى الشركة من الغير فيما يتعلق بهذه الإتفاقات إلا إذا وقّعت

¹-Yulia LOKOTILOVA, L'efficacité des pactes d'actionnaires, disponible en: www.lettrede reseaux.com, 1décembre 2008.

² - Michel GERMAIN, Les sociétés commerciales, Tome 1, volume 2, LGDJ, Paris 2009, p427.

³ - Emmanuel BROCHIER, L'exécution en nature de pactes entre actionnaires : observations d'un praticien, Revue de contrats, 2005, numéro spécial, p115.

عليها هي نفسها، وكذا لا تلزم إتفاقات المساهمين الغير عموما لأن مثل هذه الإتفاقات لا يتم نشرها خلافا للقانون الأساسي الذي يتم نشره وجوبا.⁽¹⁾

ويرى كثير من الفقهاء أن إتفاقات المساهمين قد نشأت وتطوّرت بفضل ظروف معينة، أهمها إشتداد حركة التركيز الناشئة بين الشركات التجارية بمختلف أشكالها كإعادة الهيكلة داخل مجمّعات الشركات و عقود التعاون المبرمة بينها، وكذا تنامي مداخيل المؤسسات الكبيرة والمتوسطة خاصة تلك التي تلجأ إلى عمليات زيادة رأس المال، لتبرز من وراء تلك الإتفاقات التي يعقدها المساهمون أو مجموعات مختلفة منهم لتنظيم الرقابة داخل الشركة أو مجمّع الشركات، وكانت إتفاقات التصويت هي أول الإتفاقات في الظهور وكان القضاء في بداية القرن العشرين قد إتجه إلى قبول صحة هذه الإتفاقات وفق شروط محددة.⁽²⁾

غير أن المحرك الفعلي في ظهور إتفاقات المساهمين في السنوات الأخيرة، دخول المتعاملين والمستثمرين الأنجلوساكسون في نشاط الشركات التجارية بفرنسا، وما يعرف على هؤلاء المستثمرين هو تعودهم على تحرير العقود وليس الإكتفاء بالأشكال القانونية الجامدة في الشركات، مما جعل واقع الشركات يتفاعل مع مقتضيات المنافسة العالمية وتعدد الوضعيات الخاصة بأن مال إلى الآليات العقدية تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة والعمل على إضفاء نوع من المرونة في قانون الشركات.⁽³⁾

كما أثرت عمليات التمويل الإستثماري أو ما يطلق عليها شركات رأسمال المخاطر، حيث تقوم هذه الشركات بتمويل الشركات غير المقيّدة بالبورصة من خلال الدخول كمساهم في رأسمال الشركة، أو تمويل الشركة من أجل تطويرها أو تمويل عمليات إكتساب شركات جديدة، ولا يمكن لشركات رأسمال الإستثماري تمويل الشركات الأخرى إلا بعد أن تعقد إتفاقا مع المساهمين في هذه الشركات، فتتظّم من خلالها كيفية التمويل وكيفية الخروج أيضا وغيرها من المسائل الأخرى، إذن فقد ساعدت مثل هذه العمليات في تقوية ظاهرة إتفاقات المساهمين.⁽⁴⁾

¹ - Philippe BRUNSWICK, SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaire extra-stataires ?. D 2000, Chron, n°39, p595.

² - J-J DAIGER, M- SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, Joly sociétés traité, série A, 1995, p2.

³ - Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Rep sociétés, Dalloz, 2009, p4.

وكدليل على أهمية وأثر الإستثمار المؤسسي في فرنسا مثلا خلاص تقرير MORIN لسنة 1998 الذي أعدّ بناءً على طلب وزير الإقتصاد الفرنسي إلى أن تسيير الشركات الفرنسية الكبرى يعرف تحولا جذريا وذلك بدفع خارجي خاصة من خلال أهم مسيري صناديق التقاعد الأمريكية.

كما أكدت منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية (OCDE) في دراسة صدرت سنة 1998 على أن للإستثمار المؤسسي تأثيرا كبيرا على النظام المالي العالمي وعلى أداء الشركات التي غالبا ما يتمكّن من السيطرة على رؤوس أموالها، وتعد صناديق التقاعد من أهم أوجه الإستثمار المؤسسي وهي مؤسسات مالية تهتمّ بجمع وحيازة إستثمار أصول مالية بغية تأمين دفع إستحقاقات مستقبلية لمصلحة المنخرطين فيها، والمنخرطون هم العمال الذين يلتزمون بدفع أقساط دورية لصناديق التقاعد هذه طوال المدة التي يعملون خلالها لنفس المؤسسة، ثم تقوم صناديق التقاعد برسلة الأموال المتحصّل عليها وإستثمارها من أجل تحقيق الأرباح حتى تتمكن من دفع الأداءات الإجتماعية بعد تقاعد المنخرطين، إن هذا النشاط لصناديق التقاعد لا يكون إلا في الدول التي تنتهج نظام التقاعد بالرسمة، خلافا للدول التي تتبع نظام التقاعد بالتوزيع الذي يقوم أساسا على مفهوم عقد التأمين، راجع:

Marie- Anne FRISON ROCHE, La monté en puissance des fonds d'investissement étrangers et impact sur la gestion des entreprise industrielles, disponible en : www.insee.fr

⁴ - J-J DAIGER, M- SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p2.

لقد درج الفقهاء على إطلاق مصطلح الإتفاق للدلالة على إتفاقات المساهمين، ولربما يلجأ إلى هذه التسمية القائمون على تحرير هذه الإتفاقات لأن هذه الأخيرة تنشأ في ظل وضعيات قانونية متنوّعة، ولا يؤثر في أهمية هذه الإتفاقات إن كان بعض الفقهاء يشيرون إلى الفرق الموجود بين مصطلح الإتفاق والعقد، كما فعل القانون الروماني حيث ميّز بين المفهومين، فالإتفاق عند الرومان وإن كان إتفاق إرادتين فهو لا ينشئ إلتزامات عقدية خلافا للعقد الذي يرتب إلتزامات حقيقية تصاحبها دعوى في حال تم الإخلال بها، غير أن الإتفاق بمفهومه المعاصر فهو كالعقد منشأ للإلتزامات العقدية.⁽¹⁾

إذن فالراجح هو أن إتفاقات المساهمين ما هي إلا عقود وفقا لما تقضي به المادة 54 من القانون المدني الجزائري (المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي)، أي إتفاقات يلتزم بموجبها شخص أو عدة أشخاص وهم المساهمون نحو شخص أو عدة مساهمين آخرين بفعل أو عدم فعل شيء ما، ولما كان كذلك يشترط في هذه الإتفاقات أن تتوفر على شروط الصحة المعروفة في العقود كأهلية الأطراف وخلو الإرادة من العيوب ومشروعية السبب والمحل، أي يجب توفر شروط الصحة لما تقضي به أحكام العقود⁽²⁾، فأهلية إبرام العقد بين الشركاء لا تعترضها صعوبة تذكر إذ أنه يفترض في الشريك أن يكون ذو أهلية لأن إتفاقات المساهمين تقتضي توفر صفة المساهم أو الشريك، وتنطبق جميع الأحكام المتعلقة بإبرام عقد الشركة وأثر فقدان الأهلية، وأما تراضي الشركاء فإنه من المفترض وجوده لأن إتفاقات المساهمين إتفاقات تنشأ حول عقد الشركة ذاته، فالفقهاء يثيرون مسألة حماية الرضا من العيوب أو مسألة الصورية، كأن يرمي المساهمون أو الشركاء إلى إنشاء تصرف صوري فإن إتفاقات المساهمين تغدو في هذه الحالة ورقة ضد للقانون الأساسي للشركة، وإذا ما طبقت أحكام العقود في هذا الوضع لأدى ذلك إلى إمكان الإحتجاج بالعقد المستتر فيما بين المساهمين ولأمكن للغير التمسك بالتصرف الظاهر إلا أن القضاء لا يذهب في هذا الإتجاه ويعتبر أن القانون الأساسي يعلو عن إتفاقات المساهمين.⁽³⁾

كما يشترط في إتفاقات المساهمين أن تراعي القواعد المنظمة للشركات التجارية خاصة النصوص الآمرة التي تشكل النظام العام للشركات وهو أهم القيود في الحرية التعاقدية.⁽⁴⁾

¹ - GIFFARD, R-VILLERS, Droit romain, 4^{ème} éd, Dalloz 1976, , n° : 29. Fabien LAFAY, Le pacte en droit privé, convention autonome ?, Revue de la recherche juridique 2006-4- II, PUAM, p2265. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, par Gérard CORNU, Le mot « pacte », p571.

² - Philippe RAIMBOURG, Martine BOIZARD, ingénierie financière, fiscale et juridique, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2009, p1293.

³ - حقيقة تعد إتفاقات المساهمين نقطة إنقواء بين قانون الشركات والقانون المدني أو قانون العقود بالمعنى الدقيق، فهي تصرفات تخضع في الغالب لقانون العقود إلا ما كان خاصا بأحكام الشركات لأنها تنشأ في محيط الشركات التجارية، راجع بشأن تفصيل هذا الجانب:

Dominique VELARDOCCIO –FLORES, Les accords extrastatutaires entre associé, op.cit, p 190. François –Denis POITRINAL, Les pactes d’actionnaires, in Mélange en l’honneur de Pierre BBEZARD : Le juge et le droit de l’économie, Montchrestien 2002, p129.

⁴ - Jérôme BONNARD, L’influence des principes généraux du droit des contrats en matières de pactes d’associés, in prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN, Dalloz 1999, p141.

ستكون مسألة تقييد الحرية التعاقدية بمقتضى النظام العام للشركات التجارية محل دراسة تفصيلية، انظر الباب الثاني الفصل الأول، ص272

كما يضيف الفقهاء شرطاً آخر من شروط صحة إتفاقات المساهمين ألا وهو مراعاة مصلحة الشركة⁽¹⁾، وأن لا تخالف بنود القانون الأساسي للشركة ذاتها⁽²⁾.

وبما أن إتفاقات المساهمين من قبيل العقود فهي تكتسب قوتها وضعفها أيضاً، فمن بين مظاهر القوة أن المساهمين يتمكنون من خلال هذه الإتفاقات إلتماس حرية التعاقد وإصباح المرونة على أشكال الشركات التجارية خاصة شركات المساهمة، أما نقاط الضعف في إتفاقات المساهمين هي إفتقارها للفاعلية حين التنفيذ خاصة بصدد التنفيذ العيني كمبدأ عام، لأن مرحلة التنفيذ هي كبقية المسائل بإمكان المساهمين تنظيمها ببند إتفاقية، ولذا يعدّ التعويض أهم وسائل التنفيذ فيها⁽³⁾.

لقد إهتم الفقهاء بالعقود المبرمة من طرف الشركة نفسها⁽⁴⁾، حيث تتضمن تلك العقود التعبير عن إرادة الشركة من خلال ممثلها القانوني كعقود الإدماج أو الصفقات المبرمة مع الغير والمندرجة في نشاط الشركة، فمن خصوصية هذه العقود أنها قد ترد معلقة على شرط واقف وهو موافقة الجمعية العامة مثلا والتصويت عليها من طرف الشركاء، ويعد هذا الإجراء أي موافقة أحد أجهزة الشركة حتى تصبح العقود نافذة ذو منشأ أنجلوأمريكي، وهو لا يرتب إشكالا قانونيا لأن الموافقة في هذه الحال ما هي إلا شرط واقف شريطة أن لا يكون متوقفا على إرادة الملتزم حتى لا يبطل الإلتزام أصلا⁽⁵⁾، وفقا لما تقضي به المادة 205 من القانون المدني الجزائري.

وكذلك قد تعقد الشركة إتفاقا مع أحد أعضاء الإدارة، وإتفاقات من هذا النوع أخضعها المشرع لنظام خاص نظرا لخطورتها على توازن المصالح بين الشركة من جهة والمساهمين أو الشركاء من جهة أخرى خاصة إذا ما أبرمت مع أحد أهم مسيرريها، لأنه في هذه الحال قد يعمد إلى الحصول على مزايا غير مبررة من وراء إتفاقه هذا مع الشركة، وعليه فالمشرع - مدفوعا بحجة حماية مصالح الشركة - وضع قواعد قانونية منظمة لمثل هذه العقود التي تدعى بالإتفاقات المنظمة حيث قسّمت إلى عقود جائزة، إتفاقات مقيدة و الى إتفاقات ممنوعة. أما العقود الجائزة فهي لا تهدد مصالح الشركة، لأنها إتفاقات عادية تتعلق بعمليات الشركة مع زبائنها، أو لأنها عقود جارية، أما الإتفاقات المقيدة فهي لا تنفذ إلا بعد موافقة الجمعية العامة، وهذه تعد إتفاقات مقيدة بمثل هذه الموافقة لذا تعد باطلة ما لم تتم الموافقة عليها، والإتفاقات المقيدة هي كل إتفاق ينشأ بالتراضي بين الشركة والمسير لإنشاء إلتزامات قانونية أو إنقضائها كعقد إيجار أو بيع عقار، سواء كان رضائيا أو مكتوبا، فمثل هذه العقود تتوقف على إذن الجمعية العامة للشركاء، أما الإتفاقات الممنوعة والمحظورة هي إبرام المسير عقد قرض مع الشركة التي يسيّرهما أو فتح حساب

¹ - Yves GUYON, Liberté contractuelle et droit des sociétés, Bull Joly 2003, p154. Stéphane ROUSSEAU, L'intérêt social en droit des sociétés : Regards canadiens, Rev soc 2010, p735.

² -Dominique VELARDOCCIO -FLORES, note sous cass com. 15 février 1994, n°92-12. 991, Bull Joly 1994, p508. François Denis POITRINAL, Les pactes d'actionnaires, op.cit, p130.

³ - Philippe RAIMBOURG, Martine BOIZARD, ingénierie financière fiscale et juridique, op.cit, p 1293.

⁴ - C- PRIETO, La société contractante, PUAM, Marseille 1994, p2.

⁵ - Pierre MOUSSERON, Les conventions sociétaires, LGDJ, Paris 2010, p12.

جاري على المكشوف لدى الشركة، أو جعل الشركة شخصا ضامنا إجناطيا أو كفيلا لإلتزاماته تجاه الغير، فمثل هذه العقود باطلة بطلانا مطلقا.⁽¹⁾

إن ما يهمننا هنا هو القول بان دراستنا هذه نقصد من ورائها تسليط الضوء على إتفاقات المساهمين أي الإتفاقات التي تنشأ بإرادة هؤلاء المساهمين بالتحديد والتي تشتمل على شروط عقدية تدرج في إتفاقات مستقلة عن القانون الأساسي للشركة، بحيث تبقى هذه الأخيرة من الغير في مواجهة هذه الإتفاقات فلا تتحمل أي إلتزام بناء عليها ولا تكتسب أي حق⁽²⁾ إلا إذا وقّعت عليها⁽³⁾، فإتفاقات المساهمين لا تختلط بالعقود المبرمة من طرف الشركة بإرادتها ولا تختلط بالعقود التي تبرمها الشركة مع أحد أعضاء إدارتها. وإتفاقات المساهمين إتفاقات متنوعة وغير منتهية لأنها نتاج تصوّر من يقومون بتحريرها، وكذا هي إتفاقات مرتبطة بالظروف التي تعقد أثناءها وهي غالبا تجسيد للعلاقة القانونية والمالية القائمة بين المساهمين فلا يمكن حصرها، فالممارسون يتبنون نماذج جديدة كلما ظهرت عمليات مالية حديثة ذات صلة بنشاط الشركة التجارية، وإنعكس ذلك على الإصطلاحات التي يطلقها هؤلاء على هذه الإتفاقات التي غالبا ما تكون ترجمة حرفية من مصدرها الأنجلوأمريكي، وأمام هذا الوضع يصعب بداية تكييف إتفاقات المساهمين بدقة وتصنيفها ضمن فئات بشكل حاسم، لذا إختلف الفقهاء في إنشاء فئات للإتفاقات المذكورة، غير أن الراجح والذي يحظى بقبول الفقه هو أن إتفاقات المساهمين تنقسم إلى مجموعتين إحداهما يهدف من خلالها المساهمون أو الشركاء تنظيم مسائل التسيير في الشركة، كإتفاقات التصويت أو الإتفاقات المنظمة لإعلام المساهمين، أو الإتفاقات المنظمة لأجهزة الإدارة ومجموعة أخرى ترمي إلى تنظيم رأسمال الشركة، فمنها إتفاقات ترمي المحافظة على المساهمة أو المحافظة على التوازن بين المساهمين.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: العوامل الموجّهة في إختيار إتفاقات المساهمين

لا شك أن إعداد الإطار القانوني له دور فعّال في تطوير النشاط الإقتصادي والفاعلية فيه، مما يساهم في ثبات وإستمرار الشركات التجارية بالخصوص وضمان نموّها، والسبب يرجع بكل وضوح إلى أهمية الشركات في بناء الإقتصاد الوطني، نظرا لحجم الأعمال ومناصب العمل التي توفرها هذه

¹ - راجع المادة 628 من القانون التجاري الجزائري والمواد 670 و 671 من نفس القانون.

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p452. R- VATINET, Les conventions réglementées dans la Loi NRE, Rev soc 2001, p561. Xavier DELPECH, compte courant d'associé, Rep société, Dalloz 2009, n°30. G- CORNU, vocabulaire juridique, V : « convention ». Dominique SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly édition, Paris 1999, p61.

² - Olympe DEXANT- DE BAILLIENCOURT, Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Dalloz, Paris 2012, p3.

³ - Bruno DONDERO, Le pacte d'actionnaires signé par la société, Rev soc 2011, p 535.

⁴ - Barthélemy MERCADAL, Philippe JEANTIN, Mémento pratique société commerciales, 46^{ème} éd, Francis LEFEBVRE , 2015, n° 69120.

راجع تفصيل هذه الإتفاقات في المبحث الثاني مضمون إتفاقات المساهمين، ص181

الأشخاص المعنوية، لذا تبدو الحاجة ملحة في تثبيت القواعد الداخلية المنظمة للشركات التجارية، كتلك التي تعنى تنظيم علاقات الشركاء فيما بينهم، ومن المعلوم هنا أن القانون الأساسي في الشركة يعد أهم مصدر للقواعد المنظمة لهذه العلاقات أي علاقات الشركاء، وهو المكان الطبيعي لمثل هذه القواعد خاصة وأن المشرع جعل منه عقدا مكتوبا وحدد البيانات الإلزامية التي يجب تضمينها فيه، غير أن التساؤل الذي يطرح هنا هل يمكن لسند عقدي آخر من غير القانون الأساسي أن يحتوي على قواعد تنظم علاقات الشركاء وتحقق أهدافهم، لقد رأينا أن الشركاء بإمكانهم عقد إتفاقات المساهمين، فكيف إذن لهؤلاء أن يختاروا بين الطريقتين فإما أن يكتفوا بإدراج شروط جديدة في القانون الأساسي بعد إجراء تعديل فيه، أو أن ينصرفوا مباشرة إلى إبرام إتفاقات المساهمين، فما هي العوامل الحاسمة في ضبط مسألة الإختيار؟⁽¹⁾ وما يزيد في حدة المسألة وأهميتها أيضا أن إتفاقات المساهمين أصبحت جزءا لا يتجزأ من واقع الشركات التجارية خاصة شركة المساهمة وضرورة لا يمكن التخلي عنها في العلاقات بين المساهمين، خاصة في الدول التي تنتهج نظاما رأسماليا لاسيما الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وفرنسا ولقد ساعدت هذه الإتفاقات في تخفيف الجمود الذي يكتسي قواعد القانون التجاري.⁽²⁾

ومن الثابت أن كلا من القانون الأساسي وإتفاقات المساهمين وثائق عقدية تحوي شروطا تعاقدية ذات أهداف وغايات متشابهة، إلا أن خصائصها المختلفة تجعل من المهم أن يحسم المساهمون أثناء التفاوض مسألة الإختيار فيما إذا كان سيتم إدراج الشروط العقدية الجديدة في القانون الأساسي أو بخلاف ذلك يتم إبرام إتفاق مستقل هو إتفاق المساهمين، إذن فالأمر الفاصل في هذه المسألة هي معرفة المزايا التي تمنحها هذه النماذج العقدية، ومدى ملائمتها لإحتياجات المساهمين وغاياتهم من وراء الإتفاق، فالإختيار يغدو في هذه الحال إختياراً إستراتيجياً.⁽³⁾

وقبل البدء في ذكر مزايا كل من القانون الأساسي وإتفاقات المساهمين لا بد من القول أن القانون الأساسي يسمو عن إتفاقات المساهمين لذا يفترض أن هذه الأخيرة لا تحوي شروطا تعارض ما ينص عليه القانون الأساسي⁽⁴⁾، فلا يمكن للمساهمين إتخاذ الإتفاقات الجانبية وسيلة للخروج عن أحكام القانون الأساسي⁽⁵⁾، بداية أن للقانون الأساسي قوة إلزامية في الإلتزامات التي يتضمنها، ويلتزم القضاء بجبر الشركاء على تنفيذ محتوى القانون الأساسي خاصة ما تعلق بالتنفيذ العيني، أما إتفاقات المساهمين فهي عقود يصعب في كثير من الأحيان تنفيذ ما تحتويه من إلتزامات تنفيذا عينيا، لذا يصار عادة إلى إلتزام

¹ - Philippe BEAUREGARD, Céline LEPARMENTIER, Magalie MODRZYK, Pactes d'associés : quelle alternative à la règle de modifications à l'unanimité ? Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Bimestrielle lexis nexis juris-classeur, juillet aout 2013, disponible en : www.brunswick.fr. Pactes d'associe, pactes d'actionnaires : quelles différences ? disponible en : www.petite-entreprise.net, 26 janvier 2015.

² - غادة أحمد عيسى، الإتفاقات بين المساهمين في شركات المساهمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2008، ص 13.

³ - Hugo WINCKLER, statuts et pactes d'associés, disponible en : www.actu-hcr.fr, 02 octobre 2015.

⁴ - Protection des minoritaires, Francis Lefebvre, 2001, p n° : 33270, p 227.

⁵ - Pierre MOUSSERON, Les conventions sociétaires, op.cit, p 24.

الشريك المخل بتنفيذ التزام بالتعويض، وترتبط على ذلك تلقى شروط القانون الأساسي في جميع الحالات تنفيذاً عينياً بمقتضى حكم قضائي، وهو ما لا يتحقق بصدد إتفاقات المساهمين ورغم أن محكمة النقض الفرنسية خرجت عن هذه القاعدة في بعض قراراتها.⁽¹⁾

ومن ناحية أخرى، تسمح إتفاقات المساهمين بضمان السرية فيما بين المساهمين حول المسائل التي يتم تنظيمها وسبب ذلك أن الإتفاقات هذه لا يتم نشرها خلافاً للقانون الأساسي الذي يشترط فيه النشر كما تقضي المادة 548 من القانون التجاري، ولذا تعد القوانين الأساسية نافذة في مواجهة الغير، أما إتفاقات المساهمين فهي لا تلزم إلا من وقّعوا عليها⁽²⁾، وما تجدر الإشارة إليه هنا إلى أن قاعدة عدم النشر في إتفاقات المساهمين تجد لها إستثناءً في القواعد القانونية المنظمة لبورصة القيم المنقولة، حيث يلزم المساهمون بنشر جميع الإتفاقات المبرمة بينهم إذا ما كانت الشركة مقيّدة بالبورصة.⁽³⁾

وإتفاقات المساهمين هي إتفاقات غير تأسيسية تبرم بين المساهمين لمدة زمنية لتنظيم مسائل متفرقة من مسائل الشركة كالرقابة وتكوين رأسمالها، كما تعقد بين جميع المساهمين أو بين عدد محدود منهم، في حين يكون أجل القانون الأساسي مرتبطاً بأجل الشركة وإن لم يحدد فإن مدة الشركة لا تتجاوز 99 سنة، ومن جهة أخرى يكون القانون الأساسي ملزماً لكل المساهمين.⁽⁴⁾

ولما كان القانون الأساسي هو في حقيقة الأمر تجسيد لإرادة الشركاء جاز تبعاً لذلك أن يدرج فيه المساهمون أو الشركاء بنوداً متنوعة، كأن يتضمن بنوداً يقضي بنفاذه في مواجهة الخلف العام والخلف الخاص على حد سواء، فكل شريك يتنازل عن حقوقه سيجعل من الشريك الجديد أو المتنازل إليه ملزماً بمضمون القانون الأساسي، ولقد قلنا أن القانون الأساسي ينفذ في مواجهة الغير أو الشركة على حد سواء غير أن الأمر يختلف تماماً مع إتفاقات المساهمين التي لا يمكن جعلها نافذة في مواجهة الغير إلا إذا تم نشرها، ولا في مواجهة الشركة إلا إذا وقّعت عليها، أما مسألة نقلها أي نقل الإلتزامات أو الحقوق الواردة بها فيظل ممكناً إذ ليس هناك ما يمنع المساهمين من إدراج شرط فيها ينظم مسألة إنتقالها إستناداً إلى حرية التعاقد.⁽⁵⁾

إن القول بأن إتفاقات المساهمين تأخذ حكم العقود، يجعلها لا تقبل التعديل إلا بإجماع الشركاء أو المساهمين الموقعين عليها، ومن هذه الناحية قد يصعب أحياناً تعديل تلك الإتفاقات إذا ما نشأ نزاع حول المساهمين وهو من الأسباب التي تضعف من فاعليتها، أما القانون الأساسي فإنه يمتاز بهذا الصدد بسهولة

¹ - Thomas BUFFIN, SAS : Faut-il insérer le pacte d'associés dans les statuts ?, Transmission d'entreprises, Le Gazette Nord, 22 mars 2013, www.gazettenpdc.fr

² - Yves GUYON, Traité des contrats : les sociétés, op.cit, p 279.

³ - Jérôme BONNARD, L'influence des principes généraux du droit des contrats en matières des pactes d'associés, op.cit, p144.

⁴ - B-MERCADAL et P-JANIN, Mémento pratique, sociétés commerciales, op.cit, p n° 69100.

⁵ - Antoine GAUDEMET, L'opposabilité et la transmission des obligations, in actes de colloque : Pactes d'associé ou clause statutaire : quelle choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national, DJCE, tenu les 8 et 9 février 2013, à la Faculté de droit de Bordeaux, Lexis nexis, 2013, p 17.

تعديله، إذ يكفي حصول الأغلبية مثلا في شركة المساهمة أي ثلثي المساهمين في الجمعية العامة غير العادية، أو ثلاثة أرباع الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وعلى الرغم من الإجماع في تعديل إتفاقات المساهمين قد يصبح عائقا أمام فاعليتها فإن قاعدة الأغلبية قد تصبح هي الأخرى طريقا سهلا لتغيير حقوق الشركاء أو إلتزاماتهم الواردة في القانون الأساسي وهو ما لا يرتضيه بعض الشركاء خاصة الأقلية عند إصدار قرار الجمعية العامة بتعديله.⁽¹⁾

كما يعد من المزايا الهامة في إتفاقات المساهمين أنها تشجع على الإستثمار وإستقطاب رؤوس أموال أجنبية، ولذا نجد مثل هذه الإتفاقات في المجمعات التي تنشأها الشركات التجارية، والتي غالبا ما تضم شركات أجنبية، فيقوم المستثمر الذي يمتلك الأغلبية بتحرير القانون الأساسي فيضمّنه البنود الإلزامية الضرورية أما البنود الأخرى فتبرم بشأنها إتفاقات المساهمين ويراعى في ذلك كله وبقدر كبير تحقيق أهداف الإستثمار، كالإتفاقات المنظمة لخزينة مجّع الشركات (Conventions de trésorerie).⁽²⁾

كما تعد إتفاقات المساهمين عقودا بسيطة تخضع لمبدأ التراضي في إنعقادها، كما يتم تحديد محتواها وفقا للحرية التعاقدية، ومن هنا كانت مرنة تقدّم للمساهمين أداة فعّالة لتبني وضعيات جديدة ما دامت شروط الإنعقاد متوقّرة⁽³⁾، والعمل على تقوية بعض فئات المساهمين كالأقلية مثلا بمنحهم حقوقا إضافية⁽⁴⁾، نظرا لضعف حصتهم في رأسمال الشركة يسعى مساهمو الأقلية إلى الحصول على ضمانات تعاقدية كإبرام وعود بالشراء في حال تنازل الأغلبية عن رقابة الشركة، أو الحصول على حق المساهمة في تأسيس فروع جديدة أو تثبيت حق الشفعة على أسهمهم، أو تأسيس لجنة إستشارية أو الحق في اللجوء إلى تدقيق معمّق في حسابات الشركة.⁽⁵⁾

إن إتفاقات المساهمين إتفاقات يقوم على تحريرها مختصّون في إنتقاء الصياغة الملائمة لمتطلبات المساهمين وما تقتضيه العملية التي يراد تنظيمها، وما يلاحظ على هؤلاء المساهمين غالبا أنه يغيب لديهم العلم الكافي بالسياق القانوني الذي يفترض أن تسير عليه تلك الإتفاقات بدءاً من الإنعقاد وإنهاءً بالتنفيذ، لذا تعد إتفاقات المساهمين مناسبة ملائمة لتثقيف هؤلاء في مسائل قانون الشركات بتوجيه من محرر الإتفاقات نفسه، إضافة إلى تسليط الضوء على مجمل الإلتزامات التي تقع على الشركاء والمسيرين والمفاهيم الأساسية في الشركات التجارية.⁽⁶⁾

¹ - Philippe BEAUREGARD, Céline LEPARMENTIER, Magalie MODRZYK, Pactes d'associé : quelle alternative à la règle de modification à l'unanimité ? op.cit, p3. Thomas BUFFIN, op.cit, p1.

² - Pierre MOUSSERON, Conventions sociétaires, op.cit, p25. Alexandre BIENVENU, Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, thèse, Bordeaux 2010. Michel SION, Gérer la trésorerie et la relation bancaire, 6^{ème} éd, Dunod, Paris 2015, p3.

³ - Yves GUYON, Traité des contrats : les sociétés, op.cit, p 285

⁴ - Pierre MOUSSERON, conventions sociétaires, op.cit, p 24.

⁵ - Yves GUYON, Traité des contrats : les sociétés, op.cit, p 281.

⁶ - Pierre MOUSSERON, conventions sociétaires, op.cit, p 25.

إلا أن إتفاقات المساهمين لا تخلو من عيوب، فهي تجعل المساهمين يخضعون إلى فئتين من القواعد، بنود القانون الأساسي من جهة وأحكام إتفاقات المساهمين من جهة أخرى وهو ما يرفع من خطر التعارض بين هذه القواعد ووضع المساهمين في مركز قانوني غير آمن من الناحية القانونية.⁽¹⁾

وكذا قد لا يتوصل المساهمون إلى تحديد مدى ملائمة الإتفاقات المبرمة من الناحية التقنية [Opportunité Technique] وإنسجامها مع العملية القانونية ذات الصلة بالشركة، كتنظيم حياة الشركة أو تصنيفها أو غيرها من المسائل، فبالرغم من أهمية هذه الجوانب في حياة الشركة إلا أن محرر إتفاقات المساهمين قد يلاقي صعوبة في تحديد الإعترافات القانونية المرافقة لقرار الإستثمار، وتبرز إلى جانب ذلك إعترافات إجتماعية تلعب دورا مهما في نشأة الإتفاق بين المساهمين كتقاربهم أثناء التفاوض ومدى تثمين الجوانب الشخصية لدى المساهمين، إضافة إلى الجوانب المالية كجدية العملية القانونية وأهميتها وكذا الجوانب الإستراتيجية كإختيار النموذج العقدي الملائم أو التوقيت الملائم، ومن هنا يمكن القول أنه يقع على عاتق محرر إتفاقات المساهمين عبأ التوفيق بين هذه الجوانب وكذا تحديد البيئة الإقتصادية المحيطة بالشركة التي تضم هؤلاء المساهمين، ناهيك عن إلزامه بإرشادهم.⁽²⁾

كما تجدر الإشارة إلى أن إتفاقات المساهمين قد تتضمن عنصرا أجنبيا، فتصبح من قبيل العقود الدولية التي تقوم - من وجهة القانون الدولي الخاص - على أساس الحرية التامة المعبر عنها بمبدأ سلطان الإرادة أي حرية المتعاقدين في إختيار القانون المطبق على العقد الدولي، أو إيجاد قواعد تنظم العلاقة بينهم سواء بابتكار قواعد جديدة منظمة للعلاقة القانونية، أو باتباع نموذج قانوني موجود في أي تشريع آخر غير تشريع الأطراف المتعاقدة⁽³⁾، ولذلك قضت المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد..." وهي صعوبة قد تترافق مع إتفاقات المساهمين أي حول تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الإتفاقات لأنه قد يحدث أن يقوم مساهمو شركة موجودة بالجزائر بإبرام إتفاقات فيما بينهم ويخضعونه لقانونهم الوطني إذا كانوا أجنبيا.

غير أنه بصدد إتفاقات المساهمين لا يمكن القبول بصفة مطلقة بسلطان الإرادة، لأن إتفاقات المساهمين لا تنشأ مستقلة بذاتها وإنما تنشأ بمناسبة شركة تجارية، ولذا لا يمكن إستبعاد القانون الواجب

¹ - Yves GUYON, Traité des contrats : les sociétés, op.cit, p281

² - Pierre MOUSSERON, Conventions sociétaires, op.cit, p26

لذا يرى بعض الفقه أن إتفاقات المساهمين ينبغي دراستها من الناحية السوسولوجية (Etude Sociologique) إلى جانب المظهر القانوني الذي يطغى عليها، راجع:

G-GURVICH, Etude de sociologie différentielle des types de groupement, in la vocation actuelle de la sociologie, Tome1, p308.

³ - عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية: النظرية المعاصرة، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 162. وقد تفسر قاعدة القانون المختار أو قانون الإرادة بأنه يوفر الأمن القانوني للمتعاقدين لأنه يعد في نظرها قانونا معروفا وفيه مزايا عديدة كتأمينه لصحة العقد، أو وجود مزايا ضريبية معتبرة فيه، أو أنه من القوانين التي توفر حماية المنافسة، راجع:

Horatia Muir Watt, La fonction économique du droit international privé, revue internationale de droit économique, 2010/1, T. xxiv.1. P103, disponible en : www.cairn.info

التطبيق على الشركة من المسألة، ونقصد به القانون الذي يجب إعماله في تنظيم مسائل الشركة أي قانون الدولة التي يوجد بها المقر الاجتماعي الفعلي والرئيسي، ومن هنا يمكن القول أنه إذا اعتبرنا إتفاقات المساهمين مجرد عقود أمكن من هذه الزاوية إخضاعها إلى قانون الإرادة، أما آثارها تجاه الشركة فإنها تظل خاضعة لقانون الشركة (La lex societatis)، فكلما كانت الشروط التي تحويها إتفاقات المساهمين تهدف إلى تنظيم مسائل تخص الشركة وجب أن يراعى فيها شروط الصحة المنصوص عليها في قانون الشركة وفي هذا الحكم تعزيز للأمن القانوني ولإستقرار النظام القانوني للشركة، إذ يصعب من الناحية العملية أن تخضع نفس الشركة إلى قوانين دول متعددة، وهو ما ينعكس سلباً على أداء الشركة ذاتها.⁽¹⁾

وللبت في مسألة التداخل في قانون الإرادة وقانون الشركة في إتفاقات المساهمين لجأ الفقهاء إلى وضع معايير تسهم في إيجاد الحل، فالبعض مثلاً يدعو إلى ضرورة التفرقة بين الإتفاقات التي تهدف إلى تنظيم الشركة بالمعنى الدقيق أو ما يسمى بعقود التنظيم (Contrats avec organisation)، وهي عقود تخضع لقانون الشركة. وبين عقود غير منظّمة (Contrats sans organisation)، كتلك التي تحوي مثلاً مجرد وعد بالتنازل عن الأسهم، فهذه العقود يمكن إخضاعها لقانون الإرادة الذي يختاره المساهمون ويتجلى أيضاً في عمليات التقديم الجزئي للأصول، وهي عملية تقوم فيها شركة ما بتقديم جزء من أصولها لزيادة رأسمال شركة أخرى، فيمكن في هذه العملية تطبيق قانون الشركة على الشركة التي قدّمت جزءاً من أصولها بقصد معرفة القاضي أي جهاز في الشركة يخوّل قانوناً بالموافقة على التقديم الجزئي، وكذا تطبيق قانون الشركة على الشركة التي تزيد من رأسمالها أي الشركة المستفيدة من التقديم الجزئي، ليتعرف القاضي على مدى صحة إجراءات زيادة رأسمال، وفي الأخير أمكن له أيضاً تطبيق قانون الإرادة بصدد مسائل التقويم التي تخضع له أصول الشركة المقدّمة جزئياً.⁽²⁾

¹- إن المشرع الجزائري يأخذ كغيره من التشريعات بهذا الضابط في الإسناد، أي أن النظام القانوني للشركة يخضع إلى قانون الدولة التي يوجد بها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، ويشمل هذا القانون عملية التأسيس وباقي جوانب حياة الشركة، وهو ما تبينه المادة 10 من القانون المدني: "... أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد بها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي...". ولقد وضع الفقه حلولاً أخرى إذا ما تعذر على القاضي إيجاد المقر الاجتماعي، كأن يلجأ إلى مفهوم الرقابة في الشركة وتحديدها، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري هو الذي يطبق في حال مارست الشركة محل النزاع نشاطها بالجزائر، راجع:

Cass. 1^{er} civ. 25 janvier 1966. D1966. P390. Note : Y- LOUSSOUARN, revue critique de droit international privé 1966, p238, note : Paul Francescakis. Cass. Com 19 mai 1992. Bull Joly 1992. P799, note : Paul LECANNU. Cass. Com 21 décembre 1987, JCP 1988, II. 21113. Concl :M- MONTANIER.

²- A- MARTIN, C- NOURISSAT, La loi applicable aux divorces internationaux d'entreprises, Litec, Paris, 2004, p132. Pierre MOUSSERON, Conventions sociétaires, op.cit, p30.

المطلب الثاني: إعراف المشرّع الجزائري بإتفاقات المساهمين

La reconnaissance législative de pactes d'actionnaires

لقد أشرنا فيما سبق أن إشتداد ظاهرة إتفاقات المساهمين يرجع في جانب منه إلى توسع نشاط المستثمرين المهنيين الذين يقتصرون على المساهمة في رؤوس أموال شركات أخرى بقصد تمويلها، ويتم تنظيم هذه المساهمة بمقتضى إتفاقات المساهمين يتم إبرامها بين المستثمر صاحب الأقلية ومساهمي الشركة الأخرى التي تحصلت على التمويل، ويمارس هذا النشاط أي تمويل الشركات عبر المساهمة في رأسمالها شركات مختصة تدعى شركات رأسمال المخاطر أو شركات رأس المال الإستثماري التي نظمها المشرع بقانون خاص بها، حيث بيّن فيه ملامح النظام القانوني لهذا النوع من الشركات وإن كانت مجرد شركات مساهمة في الأساس، غير أن نشاطها هو الذي يميّزها عن باقي الشركات الأخرى، وبيّن فيه أيضا الآلية التي يجب إتباعها لتأطير عمليات التمويل التي تؤديها وهي إبرام إتفاقات المساهمين، إذن فالمشرع قد إعترف صراحة بإتفاقات المساهمين في مجال شركات الرأسمال الإستثماري.

ومن جهة أخرى، لقد قامت الجزائر وعلى غرار الكثير من الدول بمباشرة العديد من الإصلاحات الإقتصادية العميقة، التي تجسّدت أساسا في الإنتقال من نظام الإقتصاد الموجه نحو تبني آليات إقتصاد السوق، وما يقتضي ذلك من إنشاء الأجهزة والهيكل التي يستند عليها هذا النظام الإقتصادي، ومن أهمها بورصة القيم المنقولة أو سوق الأوراق المالية، فزيادة على الدور الهام الذي تؤديه البورصة في تمويل الإقتصاد الوطني فهي تعد مجالا إستثماريا في غاية الأهمية لدى الأفراد أو الجمهور المستثمر، حيث يقوم المستثمر بشراء الأوراق المالية المتمثلة في الأسهم والسندات بإستخدام الأموال المدخّرة لديه، وهو بهذا يسعى إلى الحصول على الربح الذي قد يتحقق عن طريق الأرباح أو الفوائد المرتبطة بالأوراق المالية نفسها، أو الربح الذي يتحقق من خلال فارق القيمة بين شراء الأوراق المالية وبيعها داخل السوق، ولقد كانت الإنطلاقة الفعلية لبورصة القيم المنقولة في الجزائر ترجع إلى صدور المرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الذي جاء منظما بشكل مفصّل لهذه السوق من خلال إحداث أجهزة داخلية تعتبر جوهر البورصة، وتعد لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها أهم الأجهزة التي تمارس دورا رقابيا داخل السوق، وهي سلطة ضبط تتولى تنظيم بورصة القيم المنقولة من خلال السلطات التي منحها المشرع وفقا للمرسوم المذكور، ولتمكين هذه اللجنة من أداء الدور المنوط بها فإنها تقوم بإصدار أنظمة ملزمة للجمهور ولجميع المتدخلين في نشاط البورصة، حيث تمس تلك الأنظمة جميع جوانب السوق المالية، مما يجعلها ذلك بحق جزءا من التشريع البورصي المنظم للإستثمار في مجال الأوراق المالية المصدرة من طرف الشركات التجارية المقيدة بالبورصة، إن التشريع البورصي هو مجموعة من القواعد الملزمة التي تتولى تنظيم بورصة القيم المنقولة، والذي يفرض على الشركات التجارية والجمهور

المستثمر وجميع المتدخلين الآخرين جملة من الإلتزامات والقيود، بقصد ضمان السير الحسن والأمثل للبورصة، ويعد الإلتزام بالإعلام من أهم الإلتزامات المفروضة على الشركات المقيدة بالبورصة، حيث تلتزم هذه الأخيرة بنشر جميع المعلومات المتعلقة بها حتى يعلم بها الجمهور المستثمر ويتمكن بفعلها من إصدار القرارات الإستثمارية على دراية كافية، وفي سبيل تحقيق ذلك أصدرت لجنة تنظيم عمليات البورصة عدة أنظمة تطرقت فيها إلى مضمون الإعلام الواقع على عاتق الشركات المقيدة، ولا شك أن إتفاقات المساهمين المبرمة داخل هذه الشركات تعد من الوقائع الهامة التي تقيد الجمهور المستثمر، نظرا لتأثيرها في حركة الإستثمار بيعا وشراءً في أسهم وسندات هذه الشركات، وغالبا ما تكون هذه الإتفاقات سرية وتحدث إضطرابا في أوساط الجمهور، فبداعي حماية المساهمين الذين أبرموا خاصة وحماية الجمهور المدخر عامة، ألزمت لجنة تنظيم عمليات البورصة نشر تلك الإتفاقات وجعلها معلومة لدى كل متعامل في البورصة، مما يكرّس من جديد مبدأ المساواة والشفافية التي تعد من أهم أهداف النظام العام البورصي.

ويمكن القول أيضا أن المشرع يعترف من ناحية أخرى بإتفاقات المساهمين، وذلك بصدد حق التصويت الذي يعد من أهم حقوق الشركاء، ويحتل حق التصويت حيزا واسعا في الدراسات الفقهية التي ظلت في تجاذب قوي حول طبيعته القانونية، وعلى كل حال فحق التصويت هو الحق المعترف به لكل شريك من أجل تمكينه من المشاركة في حياة الشركة، ولا شك أن أهمية هذا الحق تبرز بشكل أساسي في الشركات التي يتضاءل فيها الإعتبار الشخصي كشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم، وتعد شركة المساهمة شكلا نموذجيا في أحكام حق التصويت، وكأي مسألة من مسائل قانون الشركات التجارية كان لحق التصويت نصيب من التأثير بالحركة العقدية التي طالت الشركات التجارية، من خلال الإتفاقات التي أصبح المساهمون يلجأون إليها لتنظيم جوانب عديدة في الشركة تجسيدا لمبدأ الحرية التعاقدية، وأصبح حق التصويت ممكنا لتنظيمه بإتفاق.

إن مسألة التنظيم الإتفاقي لحق التصويت تدرج في سياق الآراء الفقهية التي تذهب إلى القول بأن لحق التصويت طبيعة عقدية، بإعتباره أثرا من آثار عقد الشركة إذا ما إعتبرنا هذه الأخيرة عقد، ومن هذا الباب يغدو حق التصويت حقا شخصيا للشريك يتمكن من خلاله الدفاع عن مصالحه الخاصة، أما حق التصويت من منظور نظرية النظام القانوني يجعله مجرد أداة تؤدي دورا في حماية مصلحة الشخص المعنوي، وهو الذي يطلق عليه الفقه الطبيعة الوظيفية لحق التصويت.

غير أن حق التصويت لم يتأثر فقط بالحركة العقدية في قانون الشركات، وإنما كان لمفهوم الحوكمة أثرا كبيرا في اللجوء إلى حق التصويت بإعتباره من الوسائل الهامة في تكريس الحوكمة، والحوكمة هي جملة من المبادئ الأنجلوسكسونية الهادفة إلى إعادة بناء علاقة المساهمين بالمسيرين وأجهزة الإدارة في الشركات التجارية، على أسس جديدة كنظرية الوكالة وحقوق الملكية وكل ذلك وفقا

لتصوّر يجعل من الشركة حزمة عقديّة، وترى نظرية الحوكمة أن المساهمين أهم طرف فيها، لذا ترى جميع الإقتراحات المنبثقة عنها بوجوب تحفيز هؤلاء على رقابة سلوك المسيرين في تسيير شؤون الشركة، ومدى محافظة القائمين على الإدارة على مصلحتها.

ولقد كرّس القضاء حق التصويت إذ جعله من النظام العام، لا يجوز حرمان المساهم منه، ويكتسب المساهم حق التصويت بمجرد دخوله في الشركة نظيراً للحصة التي قدّمها، والمشرع كان أكثر وضوحاً في التأكيد على حق المساهم أو الشريك في التصويت، إذ تشير كثير من النصوص إلى ذلك صراحة بالقول أن حق التصويت هو حق الشريك في المساهمة في صدور قرارات الشركة، وله عدد من الأصوات بقدر حصّته في رأس المال، غير أن الموقف الأهم هو إجازة المشرع صراحة تنظيم حق التصويت بالإتفاق بصدد مراقبة شركة ما، إذ تصبح الشركة خاضعة لشركة أخرى إذا تمكّنت هذه الأخيرة من حيازة أغلبية الأصوات بناء على إتفاق بينها وبين الشركاء المساهمين شريطة أن لا يكون إتفاقاً مخالفاً لمصلحة الشركة، يسمح هذا النص بالقول أن المشرع يعترف صراحة بإتفاقات المساهمين المنظمة لحق التصويت مادامت مراعية لمصلحة الشركة.

و بما أن أهم ما يتعلق بإتفاقات المساهمين هو إقرار المشرع بها في مواطن متنوّعة وبنصوص قانونية صريحة، وإقراره هذا دليل على تكريس المشرع للحرية التعاقدية في الشركات التجارية. سنعرض في ما يأتي إلى المواقف الصريحة التي إقرارها المشرع بإتفاقات المساهمين وهي إتفاقات المساهمين المنظمة لمساهمة شركة الرأسمال الإستثماري (الفرع الأول)، وإتفاقات المساهمين المبرمة في الشركة المقيدة بالبورصة والتي يقتضي نشرها وفقاً للتشريع البورصي (الفرع الثاني)، وإتفاقات المساهمين المنظمة لحق التصويت في الشركة القابضة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إتفاقات المساهمين المنظمة لمساهمة شركة الرأسمال الإستثماري

تعتبر شركات الرأسمال الإستثماري أشخاص معنوية تتولى ممارسة نشاطات رأسمال المخاطر بطابع مهني، فهي إذن شركات متخصصة في عمليات التمويل، وعملية رأسمال المخاطر هي الأساس قيام شركات الرأسمال الإستثماري بالمساهمة في رأسمال شركات أخرى غير مقيدة بالبورصة من أجل تحقيق مكاسب مالية في أجل متوسط أو طويل، لذا تعد عملية رأسمال المخاطر طريقة تمويلية بديلة عن التمويل البنكي وعن التمويل البورصي، وبما أن شركة رأس المال الإستثماري تقوم بعملية التمويل في شركة أخرى فهي تحظى بعلاقة تفضيلية داخل هذه الشركة الممولة من ناحية أن هذا التمويل يجعل من شركة رأسمال الإستثماري مساهماً في الشركة الممولة، لأن مساهمتها ستنصب مباشرة على رأس المال وهو من الأموال الخاصة وستتحمل تبعاً لذلك مخاطر المساهمة، وكذا تهدف شركة رأس المال

الإستثماري إلى الحصول على مكاسب متعلقة بالأموال الخاصة ومنه فهي تسعى إلى الخروج من الشركة عند إنتهاء أجل المساهمة الذي يتراوح عادة بين خمس سنوات وعشر.⁽¹⁾

لقد كانت أولى عمليات رأسمال المخاطر في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعد رائدة في هذا النشاط الحديث من التمويل، لتنتقل بعد ذلك وتشتد في كثير من دول العالم كفرنسا وبقية الدول الأوروبية، غير أن هذه الدول لم تنتهج نفس المسار في تنظيم عمليات رأسمال المخاطر الذي إنتهجه الولايات المتحدة، فكل دولة تعمل على مراعاة خصائص النظام المالي المتبع لديها.⁽²⁾

أما الجزائر، يمكن القول أن التكريس التشريعي لعمليات رأسمال المخاطر لم يحدث إلا بعد صدور القانون رقم 06-11 المتعلق بشركة الرأسمال الإستثماري⁽³⁾، الذي بيّن بوضوح شروط ممارسة نشاط الرأسمال الإستثماري من قبل شركة الرأسمال الإستثماري، وكذا كفاءات إنشائها وسيرها.

يرتكز نشاط شركة الرأسمال الإستثماري على مفهوم الأموال الخاصة، وهي من المفاهيم المحاسبية الواردة في خصوم الميزانية، و المتشكّلة أساسا من رأسمال الشركة الممولة والإحتياطات التي كانت قد كوّنتها خلال السنوات الماضية وكذا الأرباح الناجمة عن النشاط⁽⁴⁾، فدور شركة رأس المال الإستثماري يكمن في تمكين الشركة الممولة من الحصول على أموال يتم إدراجها مباشرة في رأس المال وتكون هذه الأموال عادة قادرة على دعم طاقات التنمية في الشركة الممولة إضافة إلى مؤشرات النمو التي كانت بادية عليها قبل حصولها على التمويل، لكن ذلك لم يكن ليتمكن الشركة الممولة من تقييد نفسها ببورصة القيم المنقولة، فتلجأ إلى شركة رأس المال الإستثماري من أجل تمويلها⁽⁵⁾، والحقيقة أن شركة

¹- Jean- Jacque DAIGRE, Pactes d'actionnaires et capital-risque typologie et appréciation, Bull Joly , Chron, p157.

²- To Huy Vu, Les facteurs organisationnels et stratégiques de la performance des fonds de capital-risque français, thèse, Nancy 2010, p15.

³- القانون رقم 06-11 مؤرخ في 24 يونيو 2006 يتعلق بشركة الرأسمال الإستثماري، جريدة رسمية عدد 41 مؤرخ في 2006/06/25.

⁴- من الناحية المحاسبية تظهر الأموال الخاصة (Capitaux propres) في جانب الخصوم من ميزانية الشركة التجارية وفي الجانب الأعلى من الخصوم (bilan) وسميت بالأموال الخاصة لأنها تمثل أموالا إكتسبتها الشركة بنفسها خلافا للأموال الخارجية كالديون البنكية أو ديون الغير، أو ما يسمى بالخصوم الخارجية، ولذلك تعد الأموال الخاصة من قبيل الخصوم الداخلية لأنها تتشكل من أموال عديدة كرأسمال الشركة الذي يعد دينا على الشركة في مواجهة المساهمين الذين قدّموا الحصة، أو كإحتياطات التي تلتزم الشركة بتوزيعها على المساهمين، غير أنه تجب الإشارة إلى أن هناك أموالا أخرى ليست خاصة وإنما شبه خاصة، لأنها وإن كانت تعود إلى الشركة فالغير يساهم في إنشائها، مثال ذلك سندات الإستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم، سندات المساهمة، فمثل هذه السندات يمكن تحويلها إلى أموال خاصة، ومن هنا كانت أموالا شبه خاصة (Capitaux quasi propres)، ولذلك ذكرت المادة 20 من القانون 11/06 أن شركة الرأسمال الإستثماري تشارك في رأسمال الشركة وفي كل عملية تتمثل في تقديم حصة من أموال خاصة أو شبه خاصة، راجع:

المادة 07 من القانون 11/07 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي المالي ج ر.74. 25 نوفمبر 2007، القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008 المتضمن لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها.

J-STOUFFLET, Les capitaux propres, Rev soc, 1986, p541. Y-REINHARD, L'actif net des sociétés : Les capitaux propres : in Mélanges R- ROBLOT, LGDJ, Paris 1984, p297.

⁵- تعد عملية التمويل من خلال رأسمال المخاطر عملية مفيدة لكلا طرفيها: الشركة الممولة وشركة الرأسمال الإستثماري، تستفيد الشركة الممولة بأن تتمكن من تقادي اللجوء إلى طرق تمويلية تزيد من الإستدانة الخارجية (Accroissement de l'endettement) وإنما تستهدف كما هو واضح -رأس المال المخاطر- زيادة الأموال الخاصة، كما تستفيد من ناحية أنها تعفى من منح ضمانات شخصية لأن عملية رأسمال المخاطر تقوم فقط على قيام شركة رأسمال الإستثماري بتقييم قدرات الشركة الممولة والتأكد من وجود هامش ربحي كبير في المستقبل نظير المخاطرة التي تتحملها، كما تستفيد الشركة الممولة من خلال كونها غير ملزمة بتعويض شركة الرأسمال الإستثماري وإنما ستعال هذه الأخيرة أرباحا وفارق قيمة عند الخروج فقط، وتستفيد شركة الرأسمال الإستثماري من خلال تنوع مصادر التمويل لديها وزيادة حجم الأرباح، ولذا أصبحت عملية رأسمال المخاطر مرتبطة بنجاح العديد من الشركات العالمية الحديثة خاصة الشركات التكنولوجية ك: Apple، Intel و Microsoft وهي عمليات موجهة لتمويل الشركات غير المسعرة بالبورصة، راجع:

E – DUBOCAGE, Rivaud- Danset DOROTHEE, Le capital-risque, Paris, La découverte, Repères, 2006, p 2, Disponible en : www.cairn.info.

الرأسمال الإستثماري لا يقتصر دورها على تنمية الشركات الممولة بل إن دورها يتعدى إلى مراحل أخرى من حياة الشركات، فهي تتدخل بداية في مرحلة إنشاء الشركة أي أثناء فترة التأسيس من خلال مساعدة الشركة في إعداد دراسات الجدوى من أجل تيسير إنطلاقة الإنشاء، وكذا تقديم المساهمة من أجل بناء رأسمال الشركة، غير أن مثل هذا التدخل يعد قليلا من حيث اللجوء إليه نظرا للمخاطر المصاحبة له، مقارنة بتدخلها في المراحل الأخرى.⁽¹⁾

كما تتدخل شركة رأسمال الإستثماري في مرحلة نمو الشركة، حيث تسعى هنا إلى تحفيز الشركة التي تم تأسيسها من قبل على توسيع نشاطها، نظرا لما تملكه من دلائل على قابلية النمو، وهي عمليات أقل خطورة في نشاط شركات الرأسمال الإستثماري، لأنها إضافة إلى عملية التمويل بالمعنى الدقيق أي تقديم الأموال، فهي تقدّم إلى جانب ذلك ما تملكه من قدرات على التسيير وعلى شبكة من العلاقات الإقتصادية وكذا إمكانات إستراتيجية تسمح للشركة الممولة بتسريع عملية النمو فيها والبحث عن التكنولوجيا الحديثة، وهو ما يفسر حقيقة أن تمنح لها علاقة تفضيلية داخل الشركة الممولة رغم كونها مساهم أقلية.⁽²⁾

ولممارسة عمليات رأسمال المخاطر يجب أن تكتسي شركة الرأسمال الإستثماري شكل شركة مساهمة، ووفقا لما تقضي به أحكام القانون التجاري والقانون المنظم لها يجب ان يكون رأسمالها الأدنى قدره مائة مليون دينار جزائري، يتم تسديد نصفه فورا عند التأسيس أما الجزء المتبقي فإنه يخضع لنفس أحكام شركة المساهمة في جواز تسديده على نسب يتم تحديدها في القانون الأساسي، ويجوز لأشخاص القانون العام أن يكونوا مساهمين في رأسمالها، غير أن شركة رأسمال الإستثماري لا تمارس نشاطها إلا بعد حصولها على رخصة مسبقة من طرف وزير المالية بعد تقديم لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها إستشارة بخصوص الترخيص.⁽³⁾

إن عملية التمويل في إطار رأسمال المخاطر لا تتم في وقت قصير، بل إن قرار التمويل الصادر عن شركة رأس المال الإستثماري يمر بمراحل كثيرة، ففي المرحلة الأولى تقوم هذه الشركة بتجميع الموارد المالية من أجل التصدي لتمويل الشركات من خلال المساهمة في رؤوس أموالها، لتليها مرحلة

¹-Eric STEPHANY, La relation capital-risque/ PME ; Fondements et pratiques, de Boeck, Bruxelles, 2003, p03.

²-تنص المادة 04 من القانون 11/06 : " تتمثل كفاءات تدخل شركة رأسمال الإستثماري فيما يأتي: - رأسمال المخاطر الذي يشمل:

- رأسمال الجدوى أو رأسمال الإنطلاقة قبل إنشاء المؤسسة.

- رأسمال التأسيس في مرحلة إنشاء المؤسسة.

- رأسمال النمو: تنمية طاقات المؤسسة بعد إنشائها... "

كما تنص المادة 18 من نفس القانون: " لا يجوز لشركة رأسمال الإستثماري في أن تحوز أسهما تمثل أكثر من تسعة وأربعين في المائة (49%) من رأسمال مؤسسة واحدة".

وهذا لا يعني أن شركة الرأسمال الإستثماري مجرد مساهم أقلية، سنرى أن هذه الشركة تسعى من خلال إتفاق المساهمين المبرم مع الشركة الممولة إلى الحصول على حقوق تمكنها من حماية الإستثمار داخل هذه الشركة، راجع:

Helène Guebidiang Atchoyi- Doumbe, La cession de droits sociaux de l'associé minoritaire, thèse université D'auvergne-clermont Ferrand 1, 2010, p218. Carine GIPARD, Une typologie de l'activisme des actionnaires minoritaires en France, Finance contrôle stratégie , volume 4, n°3, septembre 2001, p126, disponible en : www.researchgate.net.

³-أنظر المواد: 07، 08، 09، 10 من القانون رقم 11/06 والمادة 02 من المرسوم التنفيذي 56/08 المؤرخ في 11 فبراير 2008 يتعلق بشروط ممارسة نشاط شركة الرأسمال الإستثماري، ج ر 9، مؤرخ في 2008/02/24.

البحث عن الشركات التي تتوفر على مؤهلات كافية من خلال إثارة ملفات الترشيح التي يتم تقديمها من طرف الشركات الطالبة لهذا النوع من التمويل، وفي مرحلة مكتملة يتم تصنيف ملفات الترشيح حسب درجة المصداقية وذلك بإجراء إختبار معقّ للملفات المقدّمة لإختيار المناسب منها⁽¹⁾، وعادة يتم الإستناد إلى معايير مالية وتكنولوجية وبشرية لتصل شركة رأسمال الإستثماري إلى مرحلة تحديد شكل أو كيفية تدخلها في المشروعات المقبولة، وتبيّن الشركة مسعاها هذا بإعداد مخطط العمل [Le business plan] وفقا لمقاييس معيارية، كاللجوء إلى عملية التقييم من أجل تحديد حجم الإستثمار ومدى تطوره في المستقبل، كما يسمح إجراء التقييم بالوقوف على مردودية المساهمة في رأسمال الشركة والمدة الزمنية المفترضة للبقاء كمساهم⁽²⁾.

بيد أن المرحلة الأهم في مراحل عمل شركة الرأسمال الإستثماري هو قبول الشركة المموّلة والانتقال بها إلى مرحلة تنظيم المساهمة في حد ذاتها، وهي مرحلة في غاية الأهمية نظرا لخطورة عملية رأسمال المخاطر، وأمام هذا الواقع تسعى شركة الرأسمال الإستثماري إلى حماية مشاركتها في تمويل رأسمال الشركات الأخرى بإبرام جملة من الإتفاقات المتطوّرة تنظم من خلالها وبآليات عقدية العلاقة الجديدة الناشئة بينها وبين الشركات المموّلة من طرفها⁽³⁾.

حقيقة أن ما يهمننا في دراستنا هو ذلك الجانب التعاقدى المنظم لعلاقة الشركة المموّلة بشركة الرأسمال الإستثماري، ولا يتوقف الأمر عند مجرد تنظيم العلاقة تنظيما إتفاقيا وإنما يتعدّى الأمر ليصبح شرطا أساسيا حتى تنطلق شركة الرأسمال الإستثماري في عملية التمويل، إذ تنص المادة 19 من القانون 11/06 المشار إليه على أنه لا يجوز لشركة الرأسمال الإستثماري أن تساهم في شركة إلا على أساس عقد المساهمين الذي يوضح على وجه الخصوص مدة المساهمة في الإستثمار وشروط إنسحاب شركة الرأسمال الإستثماري.

يمكن أن نستنتج من النص أن المشرّع الجزائري يعترف صراحة بألية العقد كطريقة لتنظيم العلاقة القانونية في الشركات التجارية وهنا نجد أن إتفاقات المساهمين بالفعل تغدو عقوداً تتولى تحديد ملامح العلاقة الناشئة بين شركة الرأسمال الإستثماري والشركة المستفيدة من التمويل وهي عقود تحتوي على مجمل الحقوق والإلتزامات الواقعة على كلا الطرفين⁽⁴⁾، وإضافة إلى المسائل الجوهرية التي يجب

¹-بريش السعيد، رأسمال المخاطر بديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر دراسة حالة شركة SOFINANCE، مجلة الباحث، عدد 05 لسنة 2007، ص 10.

²- To Huy Vu, op.cit, p77.

³-Bouillet CORDONIER, Les aspects juridiques de la prise de participation en capital-risque, Banque et droit, mars avril 1990, n°10, p107.

⁴- تكمن الخصائص الجوهرية في إتفاقات المساهمين في إطار رأسمال الإستثماري كونها وثيقة عقدية تنشأ على المقاس من طرف شركة الرأسمال الإستثماري حتى تلبي حاجاتها ومتطلبات كل عملية تمويلية تجريها، كما تعكس هذه الوثيقة العقدية أي إتفاقات المساهمين جميع جوانب مرحلة التفاوض التي تمت مع الشركة المموّلة مع التقيد طبعا ببنود القانون الأساسي، ولذا ينبغي على أطرافها تصوّر جميع الوضعيات القانونية وكل سبل الخروج وعادة يتم إفراغ هذه التصورات والتوجّهات في ديباجة إتفاقات المساهمين حتى تبرز الحالة المعنوية التي ستحكم عملية التمويل طوال المدة المحددة له، راجع:

Vanina Paoli- GAGIN, Véronique de LALANDE, Le capital-risque, 2^{ème} éd, Gualino, Paris 2003, p110.

أن يحتويها كمدّة المساهمة وكيفيات الخروج، تشير إتفاقات المساهمين إلى كيفية تنظيم الرقابة التي تمارسها شركة الرأسمال الإستثماري على الشركة الممّولة، وكذا حقوق التصويت وشروط توزيع الصلاحيات في مجلس الإدارة وغيرها من المسائل الأخرى.⁽¹⁾

وبما أن إتفاقات المساهمين يتم إنشاؤها بمقتضى الإرادة ويتم تحديد محتواها بما يراه الأطراف وفقا للحرية التعاقدية، فإنه يصعب القيام بحصر الشروط التي يحتمل ورودها في هذه الإتفاقات وحتى وإن حددت شروط بعينها نظرا لرواجها وكثرة اللجوء إليها فإن إمكانية المزج بين الشروط وتهجينها تظل ممكنة سعيًا من شركة الرأسمال الإستثماري لتوفير الحماية الكافية لمساهمتها في رأسمال الشركة الممّولة⁽²⁾، غير أن ذلك لا يمنع من القول بوجود شروط يكثر اللجوء إليها نظرا لإنسجامها مع عملية رأسمال المخاطر، لذا سنقتصر هنا على ذكر الشروط ذات الصلة بالتمويل من خلال الرأسمال الإستثماري ويمكن تجميع هذه الشروط في طائفتين، طائفة أولى يتم تنفيذها طوال مدة بقاء الشركة كمساهم وطائفة ثانية تحوي شروطا تنظم من خلالها شركة الرأسمال الإستثماري كيفية الخروج وإنهاء مساهمتها.

أولاً: الشروط المسبقة

تعد الإتفاقات المتعلقة بالذمة المالية للشركة الممّولة من أهم الإتفاقات التي تلجأ إليها شركة الرأسمال الإستثماري، وتضم هذه الإتفاقات شرط ضمان الديون [Clause de garantie de passif]، وإن كانت شروطا معروفة خارج عملية رأسمال المخاطر⁽³⁾، إلا أنه في هذه العملية قد يثار بشأنها مسائل هامة باعتبارها شروطا تحضيرية تسبق حدوث المساهمة في رأسمال الشركة الممّولة، وشرط ضمان الديون هو من قبيل الشروط المقترنة بعمليات التنازل عن الحقوق الإجتماعية⁽⁴⁾، فإذا أراد مساهمو شركة ما التنازل عن أسهمهم يشترط التنازل إليهم أن يتم ضمان ديون الشركة التي قد تظهر بعد إتمام عملية التنازل، وعادة ما ينحصر وجود مثل هذا الشرط أمام عمليات التنازل كبيرة الحجم، غير أنه إذا نظرنا إلى هذا الشرط ضمن عملية رأسمال المخاطر فإن مسألة هامة تثار بشأنه وهي تحديد أطراف الإتفاق، فهل

¹- To Huy Vu, op.cit, p110.

²-ذلك تعد عملية رأسمال المخاطر إطارا مناسبًا لإنتقاء الشروط الملائمة من أجل إدراجها في إتفاقات المساهمين بقصد توفير الحماية الإتفاقية لشركة الرأسمال الإستثماري حين تمويلها شركات غير مقيدة بالبورصة، والتي غالبا ما لا يمكن توفيره إذا اقتصرته هذه الشركة على الأحكام القانونية التي خصصها المشرع لمساهمي الأقلية.

Ghislaine Bouillet CORDONNIER, Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, Litec EFE, Paris 1992, p20.

3- Jean POUSTIS , Jean-Louis MONNOT, La garantie dans les cessions de droits sociaux, JCP 1985 éd E.I, 14464. Galia BEAUCHESNE, Les clauses de garantie de passif dans les cessions de droits sociaux, Rev soc 1980, p27.

⁴-لا تكتفي شركات الرأسمال الإستثماري بالضمان القانوني وفقا لأحكام ضمان العيوب الخفية لأن مثل هذا الضمان لا يؤدي دورا كافيا بصدد التنازل عن الحقوق الإجتماعية، وكذا لا يكفي التزام المحيل أو المتنازل بوجود الحق المحال، إذ ينبغي على مساهمي الأغلبية مثلا الإلتزام ببسار الشركة انظر المادة 244 من القانون المدني.

ينعقد بين شركة الرأسمال الإستثماري ومساهمو الأغلبية في الشركة الممولة، أو أن يتم إنعقاده بين شركة الرأسمال الإستثماري والشركة الممولة ذاتها.⁽¹⁾

ففي الحالة الأولى، إذا إفترضنا أن الإتفاق قد إنعقد بين مساهمي الأغلبية وشركة الرأسمال الإستثماري ورغم كون هذه الأخيرة من الغير في مواجهة الشركة الممولة، فإن الشركة الممولة تستفيد من هذا الشرط، ويقترّب هذا الشرط من الإشتراط لمصلحة الغير، إذ يصبح مساهمو الأغلبية متعهدًا يتصرفون بإسمهم الخاص إذ يلتزمون تجاه شركة الرأسمال الإستثماري التي تعتبر مشترطًا بضمان جميع الديون التي تظهر على ميزانية الشركة الممولة أو ضمان أي عجز في أصولها⁽²⁾، ويعترف القضاء الفرنسي بصحة الإشتراط لمصلحة الغير بصدد شرط ضمان الديون، بل ويذهب أحيانًا إلى إفتراض وجود الإشتراط لمصلحة الغير.⁽³⁾

أما من الناحية العملية، فإنه يبدو أكثر ملائمة أن تتم الإشارة صراحة إلى إستفادة الشركة الممولة من شرط ضمان الديون فيصبح مساهمو الأغلبية ملزمون بتحمّل كامل الخصوم غير الظاهرة عند قيام شركة الرأسمال الإستثماري بالإكتتاب في رأسمال الشركة الممولة، وبغض النظر عن تغييرات الأصول الصافية ودون التقيّد بمقدار مساهمة الشركة أو حجم الإستثمار.

أما في الحالة الثانية، إذا تم إنعقاد إتفاق ضمان الديون بين شركة الرأسمال الإستثماري والشركة الممولة، تكون هذه الأخيرة مسؤولة في مواجهة شركة الرأسمال الإستثماري في حال ظهور خصوم إضافية بعد إتمام عملية المساهمة، ويمثل الشركة الممولة في هذه الحالة مسيروها بإعتبارهم وكلاء عن الشركة، إن مثل هذا الإتفاق يقل اللجوء إليه إلا أنه رغم ذلك يثير مسألة الصحة فيه⁽⁴⁾، ويبدو من ناحية أخرى أن المنفعة ضئيلة في هذا الشرط لأن أعمال هذا الشرط يؤدي إلى نتيجة تخالف أهداف شركة الرأسمال الإستثماري في مساهمتها في رأسمال الشركة الممولة، ومن بين تلك الأهداف المحافظة على الذمة المالية لهذه الأخيرة وإبعاد الإلتزامات المالية عنها، وكذا لا يستقيم شرط الضمان إذا ما تم بهذه الكيفية مع تحميل الشركة بالخصوم المستجدة، وكما تحرم الشركة الممولة في الحال هذه من أموال ضرورية كان بالإمكان إستغلالها في توسيع نشاطها وليس تقديمها كضمان لبقاء شركة الرأسمال الإستثماري، ونضيف بالقول هنا إلى ان شركة الرأسمال الإستثماري شركة مهنية متخصصة فهي تلجأ عادة إلى إجراء تدقيق محاسبي في الذمة المالية للشركة الممولة من أجل تحديد نطاق الخصوم.⁽⁵⁾

¹ - لقد أشرنا إلى ان شركة الرأسمال الإستثماري لا تتدخل إلا في الأموال الخاصة أو شبه الخاصة في الشركات الممولة ولكنها لا تساهم من خلال شراء الحقوق الإجتماعية وإنما تقوم هذه الشركة بالإكتتاب مباشرة في زيادات رأسمال أو في تأسيس الشركات، وهذا الغالب في نشاط رأسمال المخاطر فيؤثر ذلك في أحكام ضمان ديون الشركة.

² - Jean- Jacques DAIGRE, Pacte d'actionnaires et capital-risque : Typologie et appréciation, op.cit, p161.

³ - Cass com , 19 décembre 1989, Bull Joly 1990, p177 . CA Paris 3octobre 1991, RJDA 1992, 1, n° 8.

⁴ - Ghislaine Bouillet- CORDONNIER, Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, p121

⁵ - ibid, p122

نستنتج مما ذكر أن الصيغة الأصح والمعمول بها في شرط ضمان الديون هو أن تبرم شركة الأسهم الإستثماري إتفاقا يقضي بذلك مع مساهمي الأغلبية في الشركة الممولة وهو ما يستقيم في رأينا مع نص المادة 19 من القانون 11/06 المذكور.

وتعد أيضا الإتفاقات التي تستهدف الإطار البشري في الشركة الممولة من قبيل الإتفاقات التحضيرية قبل دخول شركة أسهم الإستثماري، ومن أمثلة هذه الإتفاقات شرط إبرام عقد تأمين على الحياة، ولا يثير مثل هذا الشرط ملاحظات هامة سوى وجوب صدور الموافقة المسبقة من طرف مجلس إدارة الشركة الممولة أو مجلس المراقبة وتطبيق الأحكام المتعلقة بالإتفاقات المنظمة [Conventions règlementés] ومن أمثلتها أيضا إدراج شرط عدم المنافسة موجّه لمسيرى الشركة الممولة شريطة توفر الشروط المعروفة لصحة مثل هذا الشرط كتحديده بمدة زمنية وإقتصار عدم المنافسة على نشاط الشركة وتحديده بنطاق مكاني ووجود مصلحة حقيقية من وراء هذا الشرط.⁽¹⁾

ثانيا: الشروط المنظمة للمساهمة

أما الطائفة الثانية من الإتفاقات فهي إتفاقات تتولى تنظيم مساهمة شركة الأسهم الإستثماري طوال المدة المحددة لها، وهي إتفاقات تحتوي شروطا متعددة ومتنوعة كثير منها يلجأ إليه حتى في المساهمات الأخرى بغض النظر عن عمليات رأسمال المخاطر، لذا سنقتصر على تلك الشروط التي تتصل إتصالا وثيقا بنشاط شركة الأسهم الإستثماري، وتهدف هذه الإتفاقات إلى تأمين الحماية اللازمة لإستثمار الشركة، إذ يمكّن قسم منها شركة الأسهم الإستثماري من الحفاظ على التوازن المالي والإداري الذي تمّ الإتفاق عليه لحظة الدخول في رأسمال الشركة الممولة، وكما يسمح قسم آخر من تلك الإتفاقات بتمكين شركة الأسهم الإستثماري من مراقبة تسيير الشركة الممولة وأدائها.

ولن نتطرق هنا إلى المزاي المالية التي تفرضها شركات الأسهم الإستثماري عادة وما يرتبط بها من مسائل أخرى، كتحديد سعر الدخول التي تعد مسألة شائكة نظرا لتداخل أحكام التشريع المدني وقانون الشركات التجارية بشأنها، وكذا مسألة الأرباح الممتازة والتقنيات المرتبطة بها⁽²⁾، وإنما سنقتصر فقط على الشروط الإتفاقية التي تهدف إلى تنظيم الصلاحيات غير المالية الممنوحة لشركة الأسهم الإستثماري، جزء منها يتولى تنظيم مراقبة رأسمال الشركة الممولة، وجزء آخر يظم شروطا تعنى بتنظيم حوكمة الشركة الممولة.

أ/- الشروط المتعلقة بمراقبة رأسمال الشركة الممولة

ليس المقصود من هذه الشروط مراقبة الشركة في ذاتها، فالرقابة من هذا النوع تقتضي الحصول على أغلبية رأسمال الشركة، وإنما يقصد شروط مراقبة شركة الأسهم الإستثماري لرأسمال الشركة

¹ - Jean- Jacques DAIGRE, Pacte d'actionnaires et capital-risque : Typologie et appréciation, op.cit, p161

² - إذ تعد مثل هذه المزاي من المسائل المشتركة في فقه إتفاقات المساهمين و نحن هنا نريد التركيز على ما تختص به شركة الأسهم الإستثماري ، أما الإتفاقات الأخرى ستكون محل دراسة فيما بعد.

الممولة أي تلك الشروط والإتفاقات المخصصة للحفاظ على التوازن الذي تمّ رصده في رأسمال الشركة الممولة عند دخول شركة الرأسمال الإستثماري، بحيث يتم الإتفاق بين هذه الأخيرة ومساهمو الأغلبية في الشركة الممولة على بقاء رأسمال هذه الشركة بنفس التوزيع الذي كان عليه عند بدء شركة الرأسمال الإستثماري في التمويل.

غير أن هذه الشروط لا تؤدي بالضرورة إلى تجميد رأسمال الشركة الممولة، فالتجميد يتنافى مع الطبيعة التطورية للشركات التجارية، ويتنافى أيضا مع أهداف شركة الرأسمال الإستثماري في دخولها في رأسمال هذه الشركة التي تسعى إلى إعادة الحياة إليها، وإنما كل ما في الأمر أن شركة الرأسمال الإستثماري تسعى من خلال هذه الشروط إلى التأكد من أن تطورات رأسمال الشركة الممولة لا يؤدي إلى إحداث إضطراب كبير في التوازنات الأساسية التي تمّ الإتفاق بشأنها مع مساهمي الأغلبية، وهي التوازنات التي استندت عليها شركة الرأسمال الإستثماري في حساب المخاطر، ويتجلى أمامنا خطران بهذا الصدد، خطر تميّع مساهمة شركة الرأسمال الإستثماري وخطر الخروج المبترس لمساهمي الأغلبية.

أ-1- خطر تميّع مساهمة شركة الرأسمال الإستثماري

Risque de dilution de la participation de la société de capital-risque

إن تميّع رأسمال الشركة الممولة يحدث عادة كنتيجة عن عملية زيادة في رأسمالها، سواء كانت زيادة مباشرة أو عقب عملية إندماج في شركة أخرى، ففي حال أرادت الشركة الممولة زيادة رأسمالها تسعى شركة الرأسمال الإستثماري إلى تفعيل الحقوق المتعلقة بمثل هذه العملية كإعمال حق الأفضلية في الإكتتاب بإعتبارها من مساهمي الشركة، لتتمكن من خلال هذا الحق الإبقاء على مساهمتها بنفس المستوى الأصلي وذلك بالإكتتاب في الأسهم الجديدة المصدرة بمناسبة زيادة رأسمال الشركة الممولة. بيد أنه قد لا تتوفر الرغبة لدى شركة الرأسمال الإستثماري بزيادة مساهمتها في الشركة الممولة وهو التوجّه السائد لدى هذه الشركات المهنية المتخصصة، أو أن زيادة رأس المال في الشركة الممولة كانت في الأصل موجّهة للغير ولم تتمكن شركة الرأسمال الإستثماري من تعطيل قرار زيادة رأس المال من خلال تشكيل الأقلية المعطّلة لصدور القرار [La minorité de blocage]، وأمام هذا الوضع تقوم شركة الرأسمال الإستثماري بالتشبّث بشرط يدرج في إتفاق المساهمين يقضي بإلزام مساهمي الأغلبية في الشركة الممولة - في حال قرروا زيادة رأسمال الشركة بإصدار أسهم جديدة أو بإصدار سندات الإستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم - بالمحافظة على نسبة مساهمة شركة الرأسمال الإستثماري، وذلك بالتنازل لمصلحتها عن عدد من الأسهم بسعر معادل لسعر الإصدار في الأسهم الجديدة، أو إلزامهم بشراء عدد من الأسهم المملوكة من طرف شركة الرأسمال الإستثماري سواء كان الشراء يتم مباشرة من طرف مساهمي الأغلبية أو ممن

ينوب عنهم، ويعد هذا الشرط من قبيل الشروط المتضمنة لوعدهم بالشراء أو بالبيع من جانب واحد، وكانت شروطا معلقة على حدوث زيادة في رأسمال الشركة الممولة.¹

وتعتبر الوعود بالبيع أو بالشراء صحيحة وفق الشريعة العامة، ما دامت متضمنة الإشارة إلى السعر الذي يجب أن يتم به البيع أو الشراء حتى لا يدع مجالاً للتأويل في تكييف عنصر الثمن، وفي الشرط المذكور لا تعرض بشأنه مسألة تحديد الثمن لأن السعر الوارد به هو سعر إصدار الأسهم الجديدة.²

أ-2- خطر الخروج المبسر لمساهمي الأغلبية

Risque de sortie prématuré des actionnaires majoritaires

إن عمليات رأسمال المخاطر التي تقوم بها شركة الرأسمال الإستثماري هي عمليات تستند بشكل كبير على الإعتبار الشخصي [Intuitu personae]، إذ تعد شخوص مساهمي الأغلبية محل إعتبار لدى شركة الرأسمال الإستثماري، لأن هذه الأخيرة لا تتخذ قرار الدخول في رأسمال الشركة الممولة إلا بسبب وجود هؤلاء وإستمرار وجودهم طوال المدة الزمنية المحددة للمساهمة، لذا تسعى شركة الرأسمال الإستثماري إلى المحافظة على تواجد مساهمي الأغلبية في الشركة الممولة إلى حين إنتهاء مدة مساهمتها فيها وإلى غاية صدور قرار الخروج، وإذا أصبح بقاء مساهمي الأغلبية امراً غير مؤكد خلال مدة المساهمة تسعى شركة الرأسمال الإستثماري إلى إدراج شروط عقدية في إتفاقات المساهمين تمكّنها من تفادي خطر إنسحاب الأغلبية، فمن هذه الشروط ما يراد به تثبيت حجم مساهمة الأغلبية في رأسمال الشركة الممولة، كاللجوء إلى شروط المنع من التنازل [La clause d'interdiction de céder]، أين يلتزم بمقتضاه مساهمو الأغلبية بعدم التنازل عن كل أو جزء من الأسهم التي يملكونها في الشركة الممولة ما دامت شركة الرأسمال الإستثماري مساهمة في هذه الشركة، وإلا بعد الحصول على موافقتها بالتنازل، يعد مثل هذا الشرط كشرط المنع من التصرف فلا يكون صحيحاً إلا إذا كان مقيداً من الناحية الزمانية وكان يتضمن مصلحة جدية، وفي هذه الحالة يبرر لجوء شركة الرأسمال الإستثماري بمصلحتها في الحفاظ على مساهمتها، وفي حال مخالفة مساهمي الأغلبية لهذا الشرط أي المنع من التنازل يؤدي ذلك إلى بطلان عقد البيع بدعوى البطلان التي تختص برفعها شركة الرأسمال الإستثماري.³

وكما يجوز لشركة الرأسمال الإستثماري أن تلجأ إلى شرط المنع من إكتتاب أسهم جديدة حيث يلزم مساهمي الأغلبية بعدم زيادة حصتهم في رأسمال الشركة الممولة بصفة مباشرة أو غير مباشرة خلال مدة بقاء شركة الرأسمال الإستثماري إلا في حال موافقتها الصريحة، وليكون صحيحاً هذا الشرط ينبغي أن يتم تحديد أجل زمني له وإلا كان جائزاً إلغائه بالإرادة المنفردة في أي لحظة.

¹- Jean- Jacques DAIGRE, Pacte d'actionnaires et capital-risque : Typologie et appréciation, op.cit, p166. Boubakar DIONE, l'ajustement de valorisation dans les opérations de capital –investissement, RJDA 2006, p1017.

² - Jean pierre BERTEL, Michel JEANTIN, le portage d'actions, RJDA 1991, p683.

³ - Jean- Jacques DAIGRE, Pacte d'actionnaires et capital-risque : Typologie et appréciation, op.cit, p166.

ومن هذه الشروط ما يراد به رهن خروج شركة الرأسمال الإستثماري بخروج مساهمي الأغلبية حيث يترتب على خروج مساهمي الأغلبية إنهاء شركة الرأسمال الإستثماري مساهمتها في الشركة الممّولة، ويتلخص الأمر في إدراج شرط الخروج المقترن [Clause de sortie concomitante] الذي ينص على أنه في حال قرر مساهمو الأغلبية التنازل عن كامل حصصهم أو جزء منها أو تحويلها إلى مساهمين آخرين أو إلى الغير، يجب أن تعلم بالمشروع شركة الرأسمال الإستثماري التي يجوز لها أن تعارض العملية إلا إذا وافقت على العملية بشرط أن تتمكن من التنازل أو تحويل أسهمها وبنفس السعر، ويتم بعد ذلك تحديد كيفية اخطار الشركة بمشروع التنازل و اجله و كذا كيفية رد شركة الرأسمال الإستثماري.¹ وإلى جانب الشروط التي تتفق بشأنها شركة الرأسمال الإستثماري ومساهمو الأغلبية والتي يكون هدفها تنظيم المراقبة على رأسمال الشركة الممّولة، يجب أن يحتوي إتفاق المساهمين على شروط عقدية تنظم نطاق تطبيق الإتفاق من خلال إلزام الأطراف بتحديد نوع القيم المنقولة التي سترتكز عليها عملية رأسمال المخاطر والتي أشارت إليها المادة 5 من القانون 11/06 المذكور، وهي كل قيمة منقولة مانحة لحق في رأسمال الشركة الممّولة بصفة مباشرة أو غير مباشرة، كما يقتضي تحديد الأطراف التي أبرمت الإتفاق لأننا أشرنا سابقا أن شخص المتعاقد محل إعتبار لدى شركة الرأسمال الإستثماري.

كما يجب أن يتضمن إتفاق المساهمين بصدد عملية رأسمال المخاطر المدة التي تظل خلالها شركة الرأسمال الإستثماري كمساهم في الشركة الممّولة، وهي مدة تختلف بحسب طبيعة النشاط وحجم المساهمة في حد ذاتها، وإذا كانت هذه المدة تنصرف في الحقيقة إلى المساهمة في حد ذاتها فهي أيضا المدة التي يكون فيها إتفاق المساهمين منتجا لآثاره فينقضي بإنقضاءها.²

ب- الشروط الإتفاقية المنظمة لحوكمة الشركة الممّولة

عادة لا تكتفي شركة الرأسمال الإستثماري بما تعرضه النصوص القانونية من تنظيم لإدارة الشركة التجارية كشركة المساهمة مثلا، إذ تسعى إلى حماية الإستثمار المتخذ في الشركة الممّولة بإدراج الشروط التي توفر الحماية تجاه تغيير الأبعاد الإقتصادية من خلال تعزيز الرقابة على تسيير الشركة الممّولة، ويتم تقوية بعض الحقوق أو إضافة أجهزة جديدة إلى جانب الأجهزة الموجودة.³

فمن بين الحقوق التي يتم تقويتها حق الإعلام، لذا يدرج في إتفاقات المساهمين شرطا يقضي بإلزام الشركة الممّولة بإحاطة شركة الرأسمال الإستثماري بكل المعلومات التي قد تطلبها هذه الأخيرة، كما تلتزم الشركة الممّولة بإعلام شركة الرأسمال الإستثماري بكل واقعة من شأنها التأثير في السياق العام

¹ - H-LENABASQUE, P-DUNAUD ,P-ELSEN ,Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr soc. Actes pratiques 1992, n5, p. 9

² -و ذلك لان أحكام قانون العقود تقتضي أن لا تكون الإتفاقات المبرمة بين الشركاء أبدية و إنما يجب تحديدها بمدة زمنية ، كما تقتضي أيضا إن الإتفاقات غير محددة المدة يجوز إنهاؤها بالإرادة المنفردة و هذا ما لا يستقيم مع مصلحة شركة الرأسمال الإستثماري ، و عليه اشترطت المادة 19 من قانون 11/06 تحديد مدة المساهمة راجع:

Hubert DUBOUT, les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires, Bull joly 1997, p5.

3 - Véronique MAGNIER, la gouvernance des sociétés cotées face à la crise ; pour une meilleure protection de l'intérêt social, LGDJ, paris 2010 , p263.

في تسيير الشركة الممولة ووضعيتها المالية وكذا إستمرارية نشاطها. كما يمكن إدراج شرط يرفع من مستوى الإستعلام المالي حول الشركة الممولة، بإمكان الحصول على المعلومات من محافظ الحسابات فيما يتعلق بمهامه دون أن يدفع بالسر المهني¹، أو أن تلجأ شركة الرأسمال الإستثماري إلى تعزيز دورها في رقابة التسيير من أجل تفادي صدور قرارات عن الشركة الممولة من شأنها أن تؤثر في التوازن المالي في الذمة المالية بشكل عام، وما يستتبع ذلك من الإضرار بمصالح شركة الرأسمال الإستثماري، كأن تقوم بإدراج شرط يقضي بالحصول على موافقة مسبقة عند كل قرار، غير أن مثل هذا الشرط لا يمس عادة سوى القرارات الهامة، كأن يشترط حصول كل جهاز الموافقة من جهاز آخر، كالموافقة الصادرة عن مجلس الإدارة الملتزمة من رئيسه، أو الموافقة الصادرة من الجمعية العامة الملتزمة من مجلس الإدارة وهكذا، مع وجوب أن يحدد الشرط المسائل التي يشترط فيها الموافقة².

أما بخصوص الأجهزة المضافة في سياق تعزيز الحوكمة في الشركات الممولة، يصار عادة إلى إلزام هذه الأخيرة بتشكيل أجهزة معززة للأجهزة الإعتيادية، كإنشاء لجان جديدة تختص بدراسة المسائل المعروضة على مجلس الإدارة في الشركة الممولة مع توضيح مهام هذه الأجهزة المستحدثة أو تعيين مسيرين مستقلين.

ثالثاً- الشروط الإتفاقية المنظمة لخروج شركة الرأسمال الإستثماري

إن خروج شركة الرأسمال الإستثماري وإنهاء مساهمتها يرتب آثار هامة تجاه الشركة الممولة ومساهمي الأغلبية على حد سواء، كما يعد حدثاً في غاية الأهمية بالنسبة لشركة الرأسمال الإستثماري نفسها، لذا تقوم هذه الأخيرة بتنظيمه إتفاقياً عند إبرام إتفاق المساهمين، حيث يشار إلى هذه العملية بشروط تنظّم الكيفيات القانونية والمالية المتعلقة بشراء أسهم شركة الرأسمال الإستثماري، وتعد طرق تحديد طرق الخروج من المضامين الهامة في إتفاقات المساهمين وفقاً لنص المادة 19 من القانون 11/06 المذكور، وبما أن الشركة الممولة ليست مقيدة بالبورصة تتجلى طرق أربع لخروج شركة الرأسمال الإستثماري، يتم إعتماؤها بحسب ظروف الإستثمار وحجم الشركة الممولة، غير أن العنصر الأهم هو أن تحقق عملية رأسمال المخاطر الأرباح والمكاسب المرجوة عند الدخول في رأسمال الشركة الممولة.

أ- شراء الأسهم من قبل الأغلبية

شرط يكثر اللجوء إليه من الناحية العملية، وهو يقوم أساساً على وعد بالشراء ملزم لجانب واحد، حيث يلتزم مساهمو الأغلبية بشراء أسهم شركة الرأسمال الإستثماري³.

¹- يرى GAVALDA أن قاعدة السر المهني موجودة فعلاً في قانون الأعمال غير إنها ليست نافذة في مواجهة القضاء و السلطات العمومية و لذلك يمكن أن تكون محل إتفاقات راجع :

Ch- GAVALDA, le secret des affaires, in mélanges offertes à René SAVATIER, Dalloz, paris 1965, p291.

² - Ghislaine Bouillet- CORDONNIER, Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, p68

³ - Jean- Jacques DAIGRE, Pacte d'actionnaires et capital-risque : Typologie et appréciation, op.cit, p176.

ب/- شراء الشركة الممولة لأسهم شركة الرأسمال الاستثماري

قد لا يتمكن مساهمو الأغلبية من شراء أسهم شركة الرأسمال الاستثماري لعدم وجود القدرة المالية لذلك، خلافا للشركة الممولة ذاتها التي قد تكون إمتلكت إحتياطيات كافية أو موجودات تجعلها قادرة على شراء أسهم شركة الرأسمال الاستثماري، غير أن عملية الشراء هذه تصطدم بصعوبات تقنية وقانونية على السواء، بداية لا يمكن لشركة المساهمة أن تلجأ إلى شراء أسهمها الخاصة -على أساس أن أسهم شركة الرأسمال الاستثماري هي أصلا أسهم الشركة الممولة- وفقا لنص المادة 714 من القانون التجاري إلا إذا وجد قرار بتخفيض رأس المال ولم يكن مبررا بخسائر فيجوز في هذه الحالة لشركة المساهمة شراء أسهمها الخاصة قصد إبطالها، وهو ما يستوجب قرار عن الجمعية العامة غير العادية إذا كان الشراء موجها للمساهمين ويستوجب إجماع المساهمين إذا كان الشراء موجها لمساهم وحيد. وكذا يمكن القول من ناحية أخرى بإستبعاد مثل هذا الشرط لأنه قد يعتبر إستعمالا تعسفيا في أموال الشركة الممولة، في إفتراض أن شركة الرأسمال الاستثماري تمارس مهام التسيير كوجود عضو يمثلها في مجلس الإدارة، ففي هذه الحالة قيام الشركة الممولة بشراء أسهم هذا المسير يمكن أن يكيف على أنه إستعمال تعسفي في أموال الشركة حتى وإن كان سعر الشراء الذي تم به كان على أساس القيمة الحقيقية للأسهم، فعملية الشراء تخالف مصلحة الشركة الممولة.¹

ج/- إقتناء الغير لأسهم شركة الرأسمال الاستثماري

إذا تضمن إتفاق المساهمين شرطا يقضي بإحتفاظ شركة الرأسمال الاستثماري بالحرية التامة في القيام بالتنازل عن أسهمها إلى الغير، فإن هذه الشركة تسعى إلى تأمين طريق للخروج من رأسمال الشركة الممولة حتى وإن وجد شرط الإعتماد في القانون الأساسي لهذه الأخيرة، إن قيام شركة الرأسمال الاستثماري ببيع أسهمها لمجمّع مالي آخر إجراء واسع التداول في عمليات رأسمال المخاطر كأن ينص الشرط المنظم لمسألة الخروج على إستثناء أسهم شركة الرأسمال الاستثماري من أي تقييد عند التنازل عليها لمصلحة الغير خاصة إذا تم إختياره من طرفها. غير أن مساهمي الأغلبية غالبا يكونون قد إتفقوا على شرط الشفعة أو شرط التفضيل، كما يتم الإتفاق حول شرط الخروج المقترن.²

د/- خروج شركة الرأسمال الاستثماري بالجوء إلى بورصة القيم المنقولة

تعتبر هذه الآلية في الخروج آلية هامة لدى جميع الأطراف، إذ تمكن شركة الرأسمال الاستثماري من إيجاد مشتر أو مقتني للأسهم لأن ذلك ممكن من الناحية النظرية في البورصة، باعتبارها سوقا مالية ثانوية تجمع بين العرض والطلب، أما مساهمو الأغلبية فهي بالنسبة لهم حل بديل عن قيامهم بشراء الأسهم، أما الشركة الممولة فدخول البورصة بالنسبة لها يعد مصدرا للشهرة وبداية لولوج التمويل

¹ - ibid,p177

² - H-LENABASQUE, P-DUNAUD ,P-ELSEN ,Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, op.cit, p 9

البورصي، غير أن هذه الطريقة تصطدم بكون اغلب الشركات الممولة لم تبلغ بعد حجما يؤهلها للقيود في البورصة.¹

الفرع الثاني: إتفاقات المساهمين والتشريع البورصي

تشكّل إتفاقات المساهمين نتاجا لممارسات الواقع في الشركات التجارية، إذ عرفت تطورا ملحوظا في تسعينيات القرن الماضي بسبب عوامل عديدة أهمها إدراك المتعاملين في عالم الشركات التجارية بأهمية العقد والإحتياج إليه في ظل قواعد قانونية منظمّة للشركات حيث يسود في هذا التنظيم التوجّه القوي لدى الدولة في ضبط جميع المسائل وعدم ترك المجال أمام الإرادة، وكذا يعزى إشتداد ظاهرة إتفاقات المساهمين إلى ما أشرنا إليه في إزدهار نشاط الشركات ذات الرأسمال الإستثماري⁽²⁾، وكما كان لعمليات الخوصصة لشركات القطاع العام أثرها في تقوية حركة التعاقد وإبرام الإتفاقات⁽³⁾، وعلى العموم ظهور الرغبة لدى المتدخلين في الشركات التجارية في جعل تشريع الشركات يستجيب للوضعيات الفردية والدقيقة أكثر مما أن يكون متعلقا بوضعيات عامة ومجرّدة، وتساهم إتفاقات المساهمين في دفع الظاهرة العقدية⁽⁴⁾، والبحث عن المرونة في أداء الشركات التجارية.⁽⁵⁾

وبما أن إتفاقات المساهمين هي تجسيد لآلية العقد والحرية التعاقدية، جاءت هذه الإتفاقات شديدة التنوّع، ويتبع عاقدوها غايات متعددة، لذا لا يمكن حصرها، فالعقد شريعة المتعاقدين⁽⁶⁾، غير أن هذا الجانب من إتفاقات المساهمين لا يحجب أهمية البيئة المباشرة التي تنشأ فيها هذه الإتفاقات فهي عقود تبرم بصدد شركة تجارية، لذا ينبغي أن تراعي هذه العقود القواعد الأمرة في الشركات التجارية وكذا مراعاة بنود القوانين الأساسية في هذه الشركات.⁽⁷⁾

إن القواعد الأمرة هي تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها بالإتفاق لأنها من النظام العام، ولذلك تعد هذه القواعد قيّدا على إرادة الأطراف في إبرام العقود بما يخالف تلك القواعد⁽⁸⁾، وفي

¹ - J-J DAIGER, M- SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p45.

² - J- PRIEUR, Les PME et le capital-risque, Bull Joly 1998, p1033.

³ - J- P FERRET. J- PRIEUR. M- GIRAY, Pactes familial et transmission d'entreprises, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 1992/6, p2.

⁴ - Yves GUYON, Traité des contrats ; les sociétés op.cit, p 7.

⁵ - Philippe BISSARA, L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et l'aléa des solutions, Rev soc 1990, p533. J.J- DAIGRE, Transformer les sociétés, in De nouveaux espaces à la liberté contractuelle, JCP éd E 1995, cah.de.ent. n° :2, p16.

⁶-المادة 10 من القانون المدني.

⁷ - Sophie SCHILLER, Pactes, statuts, règlement intérieur ; « quelle hiérarchie » Rev soc 2011, p 331.

⁸ - Bertrand CHRISTIANE, La notion d'ordre public en matière de nullités, Thèse, Lille 1939, p17.

أحكام الشركات التجارية لقد ذكرنا أن التشريع المنظم لها جاء مبنيًا على التقييد أكثر من الحرية لذا يجد الشركاء أنفسهم أمام نظام عام واسع يترك مجالًا ضيقًا أمامهم لإعمال الإرادة.⁽¹⁾

والنظام العام ليس مفهومًا موحدًا، إذ ما لبث أن إنقسم إلى أنظمة عديدة كالنظام العام الخاص بالعقود ونظام عام خاص بالشركات التجارية، ولعل السبب في تشرّد فكرة النظام العام هو المقصد الذي يريده المشرع من وراء النظام العام والفئة التي يريد حمايتها، كالأحكام القانونية المنظمة لبورصة القيم المنقولة، فالمشرع يهدف إلى حماية الشركات المصدرة والمستثمرين على حدّ سواء حين إجرائهم لعمليات بورصية داخل السوق، وكذا يهدف من جهة أخرى تنظيم السوق المالية بشكل عام.⁽²⁾

إن أهداف النظام العام البورصي متعددة، إذ يهدف في غالب الأمر ضمان المساواة بين المتعاملين في البورصة وتكريس الشفافية فيها، وبصفة أعم ضمان الأمن القانوني في تعاملات السوق وتعزيز الإعلام فيها.⁽³⁾

وأمام هذه المبادئ التي يركز عليها النظام العام البورصي، قد يتّضح أن بعضها لا يستقيم مع وجود عقود مبرمة بين المساهمين التي من أهم خصائصها أنها تتم في سرية بين هؤلاء ولا يتم نشرها خلافًا للقوانين الأساسية، أين تعد من أهم مقتضيات الأداء البورصي هو إرساء الشفافية والوضوح في كل الإجراءات والتعاملات المجراة داخل البورصة، ولا يستقيم وجودها مع مبدأ المساواة بين جميع المتدخلين في البورصة، وبما أن إتفاقات المساهمين قد تحتوي على تقييد في حرية التنازل عن الأسهم فهذا يتعارض مع سياق البورصة التي تقوم أساسًا على السيولة وحركة القيم المنقولة، كما تعد الثقة من الأهداف الرئيسية التي يقوم عليها النظام البورصي.⁽⁴⁾

وأمام القواعد القانونية المتعلقة بالبورصة الأمرة في الغالب، لا يجد المساهمون طريقًا إلا في إبرام إتفاقات فيما بينهم من أجل تليين القواعد المنظمة للشركات المسعّرة في البورصة، وإن هذه الإتفاقات من شأنها أن تضيي لمساة تعاقدية على مقياس القانون الأساسي⁽⁵⁾، وإستنادًا على الحرية التعاقدية يستطيع المساهمون في الشركة المقيّدة بالبورصة من التطرّق إلى مسائل لم يشتمل عليها القانون الأساسي، والتي غالبًا ما تمس جوانب جوهرية كالتسيير، كأن يقوم مساهمون في الشركة بإبرام إتفاق بينهم ينظمون فيه كفاءات ممارسة الرقابة، وعليه يتجلى أن إتفاقات المساهمين لا تنحصر بمسائل وردت في القانون الأساسي وإنما قد تتعدّى إلى مجالات أخرى.

¹- Sophie SCHILLER, Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, LGDJ, Paris, 2002, n° :268.

²-ستكون دراسة النظام العام بإعتباره قيدا من قيود الإرادة في الشركات التجارية في الفصل الأول من الباب الثاني من الدراسة، أنظر ص269

³- Jean Marc Moulin, Droit de l'ingénierie financière, 4^{ème} éd, Goulino 2, Paris 2013, p 6

⁴- Jean Marc Moulin, Incidence du droit boursier sur les pactes d'actionnaires, in pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Colloque Bordeaux, Lexis Nexis 2013, p 97.

⁵- J- J DAIGRE, Transformer les sociétés, cah.de.ent. 1995/2. p16.

إن التطرق إلى مسألة إتفاقات المساهمين المبرمة في الشركة المقيدة بالبورصة يستتبع الإشارة إلى أهمية التفرقة بين الشركات التجارية المقيدة بالبورصة وغير المقيدة، ويقصد بالشركة المقيدة تلك الشركة التي سّعت قيمها المنقولة المصدرة من طرفها في التسعيرة الرسمية لبورصة القيم المنقولة، أي أن الأسهم والسندات أصبحت محلاً للتداول في السوق المالية⁽¹⁾، والسوق المالية هي سوق المعاملات التي تخص القيم المنقولة التي تصدرها الدولة والأشخاص المعنوية العامة والشركات ذات الأسهم، والبورصة سوق مالية منظمة، حيث نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 10/93 المتضمن بورصة القيم المنقولة الذي يعد إطاراً قانونياً للإستثمار في مجال القيم المنقولة المسعرة بالبورصة، حيث أنشأ أجهزة داخلية في السوق كلجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وشركة تسيير البورصة والمؤتمن المركزي، تسهر هذه الأجهزة على حسن سير السوق والمعاملات التي تتم فيها، وتعد لجنة تنظيم البورصة من أهم الأجهزة في البورصة حيث منح لها المشرع مهمة حماية الإدخار في البورصة، لذا تمتلك هذه اللجنة صلاحيات عديدة تمكنها من أداء الدور الممنوح لها كسلطة إصدار أنظمة، وفي هذا المقام تعتبر اللجنة جهازاً تشريعياً في سوق البورصة، كما خولها المشرع سلطة الرقابة والمراقبة من أجل إحترام التنظيم الساري المفعول، وتعتبر بذلك اللجنة سلطة السوق هذه الرقابة جد هامة لأنها تضمن أمن وسلامة السوق والمعاملات وتعطي للمستثمر الضمان والإطمئنان بوجود حارس في السوق، حيث أنه مهما بلغت درجة التحرير للإقتصاد الوطني فإن الدولة ترفض ترك هذا المجال يخرج عن نطاقها ومراقبتها، حيث تجب حماية المدّخر وإتخاذ الإجراءات الوقائية من المخاطر التي يمكن أن تتمخّض عن نظام ليبرالي⁽²⁾.

وتعتمد السوق المالية كل الإعتماد على المعلومات المنشورة والمتداولة فيها بحيث تتحدد نوعية وسرعة القرارات التي يتخذها المستثمر بوفرة ونوعية المعلومات التي حصل عليها، لأجل ذلك تسهر لجنة تنظيم عمليات البورصة على مساواة المستثمرين أمام المعلومة، بفرض إعلام دوري ونشر المعلومات حول كل العمليات المنجزة في السوق، وحول الشركات المصدرة للقيم المتداولة فيها، وتهدف اللجنة من وراء ذلك إلى تفادي إحتكار جهة ما أو مجموعة من المساهمين على معلومات لا تتوفر لدى باقي المستثمرين⁽³⁾، لذلك أصدرت اللجنة أنظمة عديدة وتعليمات شارحة لها تصب كلها في تعزيز الإعلام المالي الموجه لمصلحة الجمهور المستثمر كالنظام رقم 02/96 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علنية للإدخار⁽⁴⁾، والتعليمة المتعلقة به رقم 03/97 المؤرخة في 30 نوفمبر 1997 المتضمنة تطبيق النظام المذكور، وكذا النظام رقم 02/2000 المؤرخ في 20 جانفي

¹ - Pierre-Henri Conac, La distinction des sociétés cotées et non cotées, Rev soc 2005, p 67

² - آيت مولود فاتح، حماية الإدخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 165.

³ - حمليل نواره، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، دت، ص 97.

⁴ - المؤرخ في 22 جوان 1996، جريدة رسمية عدد 36، تاريخ 1997/06/01

2000 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات ذات القيم المنقولة المسعرة في البورصة⁽¹⁾، وأمام هذا الوضع يصبح من الضروري التساؤل حول مصير إتفاقات المساهمين التي يبرمها هؤلاء في شركة مقيدة بالبورصة وكيف تؤثر إتفاقات المساهمين في سير السوق، وما التوصيف القانوني لمثل هذه الإتفاقات من منظور التشريع البورصي، فهل يا ترى يقف النظام العام البورصي أمام هذه الإتفاقات لمنعها أو على النقيض من ذلك يسمح بوجودها تجسيدا لمبدأ الحرية التعاقدية وفسح المجال أمام الإرادة داخل السوق.⁽²⁾

إن تحديد موقف التشريع البورصي تجاه إبرام إتفاقات المساهمين في الشركة المسعرة في البورصة لا يمكن أن يحجب مسألة التأثير التي يترتبها النظام العام البورصي في مثل هذه الإتفاقات، فبغض النظر عن المضامين التي قد تتعارض مع المبادئ الهامة التي تسيّر عليها البورصة⁽³⁾، فإن أنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة لم تحتوي على منع صريح لتواجد إتفاقات المساهمين في السوق⁽⁴⁾، بل يبدو جلياً أن هذه اللجنة تميل إلى ترك مسألة النظر في صحة الإتفاقات إلى القضاء⁽⁵⁾، ولعل بعض الفقهاء وجدوا تفسيراً لموقف اللجنة هذا بالقول وذلك في العديد من الدراسات المالية والاقتصادية أن السوق المالية تتفاعل بشكل إيجابي حين يتم إبرام إتفاقات المساهمين في شركة مقيدة بها، وقد انعكس ذلك على القيمة الاقتصادية للشركة ذاتها، ويرد هنا مثلاً في غاية الأهمية يندرج في إثبات فائدة وجود إتفاقات المساهمين وانعكاساتها على جميع المساهمين في الشركة، ففي فرض قيام المساهمين بإبرام إتفاقات فيما بينهم سينعكس ذلك على البقية لأنه في حال البدء في إجراء العرض العمومي قصد التنازل عن جزء من الأسهم غالباً ما يتم مراعاة وجود إتفاق مساهمين ينظم الأغلبية في الشركة، فيؤدي ذلك إلى رفع علاوة الرقابة⁽⁶⁾ وإذا كانت لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في بورصة الجزائر لا تمنع إبرام إتفاقات المساهمين⁽⁷⁾ في الشركات التجارية المسعرة فهي لا تقف ساكنة تجاهها بل تذهب إلى إلزام الشركات التي يعقد مساهموها مثل هذه الإتفاقات إلى التصريح بها وإعلام الجمهور المستثمر بوجودها ومحتواها وهذا ما يمكن إستخلاصه من أنظمة اللجنة، ونجد إلزام التصريح بالعقود في اللحظة التي تقوم فيها

¹-المورخ في 20 جانفي 2000، ج رز 50 تاريخ 2000/08/16.

²- Jean Marc Moulin, Incidence du droit boursier sur les pactes d'actionnaires, op.cit, p 97.

³- J-J- DAIGRE, D- BOMPOINT, F- BASDEVANT, les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Actes pratiques, ingénierie sociétaire, 2002-7-8, p1.

⁴- وهذا ما نستنتجه من أنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة فهي لم تتخذ موقفا معارضا لوجود إتفاقات مبرمة من طرف مساهمي الشركة المقيدة بالبورصة ولذا سيمكننا هذا من تحديد الموقف الشامل لهذه اللجنة، راجع:

D- MARTIN, L- FAUGEROLAS, Les pactes d'actionnaires, JCP éd G 1989, I, 3421.

⁵- CA Paris, 13 juillet 1988, JCP éd E 1988, II, 15337, note : th- Forschbach. CA Paris, 13 novembre 2001, D 2002, p 574, obs : M- BOIZARD.

⁶- F- BELOT, Les pactes d'actionnaires dans les sociétés françaises cotées : analyse économique et financière, Revue trimestrielle de droit financier 2011, p134.

⁷- حقيقة لا يمكن لسلطة السوق منع إبرام إتفاقات المساهمين لأن هذه الأخيرة قد تكون وسيلة لتحقيق منافع عديدة، فعلى سبيل المثال يمكن لمساهمي الشركة أن يبرموا إتفاقات المساهمين تهدف إلى المحافظة على رقابة الشركة وذلك بعد قبول إدراجها في البورصة، فإذا منع هؤلاء من إبرام الإتفاق فإن ذلك يحول دون دخول الشركة وستفقد الشركة على إثرها مصدراً تمويلياً مهما وكذا سيفقد الإقتصاد الوطني إستثمارها البورصي، وفي مثال آخر سيفقد المساهمون في الشركة المقيدة وسيلة مهمة للدفاع ضد العروض العمومية بالشراء في حال منع إبرام إتفاقات المساهمين وبالتالي ستفقد الشركات الوطنية وسائل الدفاع ضد عمليات الشراء العدائية التي يقوم بها المستثمرون الأجانب

الشركة بالقيود في البورصة حيث تعد المذكرة الإعلامية [Notice d'information] الوسيلة الأهم لإعلام الجمهور بمجمل المعلومات التفصيلية حول الشركة ونشاطها⁽¹⁾، كما جاء في النظام رقم 02/2000 المؤرخ في 20 جانفي 2000 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات المسعرة في البورصة على أن الشركة ملزمة بإعلام الجمهور بكل تغيير أو واقعة من شأنها -إذا تم العلم بها- إحداث تأثير معتبر في سعر القيم المنقولة المسعرة في البورصة.⁽²⁾

والمشرع الجزائري بدوره لم يغفل عن وجود إتفاقات المساهمين إذ نجده قد إتخذ موقفا واضحا إزاء هذه الإتفاقات، وبما أن إتفاقات المساهمين هي عقود يلجأ إليها المساهمون من أجل إستعمال الآليات القانونية المتوفرة فيها، فالمشرع قد راعى تلك الآثار المترتبة عن هذه الآليات في سوق البورصة وأحاطها بأنظمة قانونية صارمة، وعلى العموم المشرع لم يتطرق إلى إتفاقات المساهمين بصفة عامة وإنما إقتصر على بعض منها والتي يمكن أن تنشأ في جوانب محددة من البورصة، ويتلخص ذلك في أمرين، أولاً لقد نظم المشرع الجزائري إجراءات العرض العمومي في القيم المنقولة المسعرة بالبورصة، خاصة الأسباب المؤدية إليه كتجاوز حدود المساهمة، ثانياً لقد إعتبر المشرع الإتفاق بمعية الغير من قبيل إتفاقات المساهمين وهو الإتفاق الذي يهدف من خلاله المساهمون تنظيم التصويت داخل شركة مقيدة قصد تنفيذ سياسة مشتركة تجاه هذه الشركة.

ولعل موقف المشرع هذا يؤدي إلى الإستنتاج بأن إتفاقات المساهمين ليست مجرد روابط عقدية بين المساهمين وهذا هو البعد التعاقدية، بل إن إتفاقات المساهمين لها بعد سياسي أيضاً، إذ قد تستعمل للوصول إلى أهداف سياسية في الشركة المستهدفة من طرف المساهمين كرقبة المساهمين في السيطرة على رقابة الشركة المقيدة بالبورصة أو ممارسة هذه الرقابة أو الدفاع عن الرقابة، فالمشرع يستوعب هذا البعد في إتفاقات المساهمين من خلال مفهوم الإتفاق بمعية الغير [La notion de concert]، وهو مفهوم حظي باهتمام الفقه والممارسين على حد سواء، إذ يتم ربطه دائماً بإتفاقات المساهمين لأن الذي يتصرف مع غيره لا بد أن يبرم إتفاقاً مع الغير، غير أن مفهوم الإتفاق بمعية الغير لا يتعلق فقط بالشركات المقيدة بالبورصة إذ يمكن أن تنشأ حتى بصدد الشركات غير المقيدة، إلا أن آثار مثل هذه الإتفاقات لا تبرز

¹- Voir : Chapitre III de l'annexe 1 de l'instruction COSOB, n° : 97-03, intitulé : Activité :

3-4 : Contrats et engagements importants :Fournir l'information sur tous contrats et engagements importants conclus. Faire une description sommaire et donner la date du contrat et le nom des parties.

كما يمكن الإشارة هنا إلى بعض الممارسات لدى الشركات المسعرة بالبورصة بصدد التعامل مع توجيهات لجنة تنظيم عمليات البورصة، المذكرة الإعلامية المعدة من طرف شركة رويبة حين قيامها بالإجراءات المستوجبة لدخولها بورصة الجزائر، حيث أجرت عرضاً عمومياً بالبيع في الفترة من 07 إلى 25 أفريل 2013، وبالرجوع إلى المذكرة الإعلامية نجدها تبيّن صراحة في الصفحة 89 مجمل إتفاقات المساهمين التي تم إبرامها من طرف مساهمها مع بيان أطراف الإتفاق وتاريخه وأهم البنود المدرجة فيه، راجع:

Notice d'information NCA- Rouiba spa offre publique de vente, disponible en : www.cosob.org

²- Voir l'article 2 de ce règlement : Tout changement ou fait important susceptible, s'il était connu d'exercer une influence significative sur le cours des titres immédiatement porté à la connaissance du public par l'émetteur.

أهميتها إلا بصدد الشركات المقيدة وهو السبب الذي دفع بالمشرع البورصي إلى تخصيص نصوص قانونية لتنظيمها.⁽¹⁾

أولاً: إتفاقات المساهمين والعروض العمومية البورصية

Les pactes d'actionnaires et les offres publiques de bourse

لقد نظم المشرع الجزائري عملية إدراج الشركات التجارية ببورصة القيم المنقولة، وعملية الإدراج أو القيد هي عملية تهدف إلى تسعير القيم المنقولة المصدرة من قبل هذه الشركات تسعيراً رسمياً في السوق البورصي المنظم⁽²⁾، فإذا أرادت الشركة القيد في بورصة القيم المنقولة عليها أن تلتزم بجملة من القيود والشروط حتى تتمكن في الأخير من الدخول في البورصة، تبدأ عملية القيد بمرحلة تهيئة الشركة التجارية من خلال تعديل قانونها الأساسي كتغيير الشكل القانوني وزيادة رأسمالها إلى القدر المستوجب في أنظمة البورصة، ولقد وضعت لجنة تنظيم عمليات البورصة قواعد ملزمة تبيّن الشروط الواجب توفّرها في الشركة⁽³⁾، وحقيقة إن عملية القيد في البورصة لا تقتصر فقط على الشروط وإنما على الشركة أن تلجأ إلى إجراءات عديدة في هذا السياق، حيث تقوم بتقديم طلب إلى سلطة السوق تؤكّد فيه عزمها على القيد ويضم الطلب المذكور ملفاً تعرض فيه الشركة جميع المعلومات المتعلقة بالذمة المالية وفقاً لما حددته لجنة البورصة في أنظمتها، وفيه وثائق عامة تبيّن معلومات تعريفية بالشركة ووثائق تتضمن معلومات عن رأسمالها ومدى تطوره ووثائق إقتصادية ومالية و قانونية تبيّن نشاط الشركة منذ تأسيسها.⁽⁴⁾

بيد أن الإجراء الأهم بصدد الدخول في البورصة هو قيام الشركة الراغبة في ذلك إعداد مذكرة إعلامية⁽⁵⁾ لدى لجنة البورصة للتأشير عليها، إذ تحتوي هذه المذكرة على جميع المعلومات المبينة في ملف القيد، ولذا تسهر لجنة البورصة على التحقق من مطابقة المذكرة الإعلامية لتلك المعلومات، وذلك لأن الغرض من المذكرة الإعلامية هو إعلام الجمهور⁽⁶⁾، ويكون إذن قبول القيم المنقولة وبالتالي إدراج الشركة المعنية في البورصة محل مقرر يصدر عن لجنة السوق القاضي بقبول المذكرة الإعلامية والتأشير عليها بالموافقة.

وبعد حصول الشركة على الموافقة والتأشير على المذكرة الإعلامية تتجه الشركة العارضة لمرحلة ثانية لإبرام إتفاقية التسجيل [Convention d'inscription] مع شركة تسيير بورصة القيم المنقولة

¹ - Olympe DEXANT- DE BAILLENCOURT, Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, op. cit, p13.

² - وعلى العموم فإن عملية إدراج الشركات في البورصة تتعلق أساساً بمفهوم السوق المالية في ذاتها لأن السوق المالية ما هي إلا المكان الوحيد الذي تتم فيه إبرام العقود وإتمام المعاملات الواردة على القيم المنقولة أو على السندات المالية بشكل عام، وذلك في إطار القواعد والأنظمة المعتمدة في سير السوق المالية بصفة منتظمة، ولذا لا يمكن للشركات الاستفادة من هذه السوق إلا بعد إدراجها، راجع:

Maxime GALLAND, Marchés financiers ; Fonctionnement, répertoire sociétés, DALLOZ, octobre 2010, p4.

³ - Voir : Instruction COSOB N° 98-01 avril 1998, relative à l'admission de valeurs mobilières aux négociations en bourse.

⁴ - Voir : Instruction COSOB N° 97-03 du 30 novembre 1997 portant application du règlement COSOB N° 96-02 du 22 juin 1996 relatif à l'information à publier par les sociétés et organismes faisant appel public à l'épargne.

⁵ - المادة 16 من النظام رقم 03/97 الصادر عن لجنة تنظيم عمليات البورصة المؤرخ في 18 نوفمبر 1997 المتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 87 بتاريخ 1997/12/29.

⁶ - المادة 42 من المرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

ومضمون هذه الإتفاقية يتمحور حول تاريخ الإدخال والإجراء المناسب للإدخال⁽¹⁾، ولا تتمتع الشركة المرشحة للقيّد بحرية تامة في التعاقد مع شركة تسيير بورصة القيم المنقولة، فالإتفاقية المبرمة معها تعتبر بمثابة عقد إذعان لأنها تحتكر نشاط القيد في البورصة إحتكاراً قانونياً يمكنها من فرض شروطها على المستثمر دون مناقشتها⁽²⁾، ولقد وضحت شركة تسيير البورصة في قرار لها ما المقصود بإجراء الإدخال، وهو إجراء يؤدي إلى تسجيل الشركة في التسعيرة الرسمية والتسجيل على نوعين، تسجيل أولي يخص الشركة التي ترغب في إدخال قيمها المنقولة لأول مرة، وتسجيل إضافي يخص الشركة التي سبق لها أن قيّدت قيمها في البورصة⁽³⁾، أما عن الإجراء المناسب للإدخال فإن شركة تسيير البورصة تقوم بضبطه بالإتفاق مع الشركة والوسيط المتعاقد معها في عمليات البورصة، ويكون الإدخال بواحد من الإجرائين الآتيين:

الإجراء الأول هو الإجراء العادي وفيه يتم تسعير القيم المنقولة للشركة المقيدة تسعيراً مباشراً بحيث تقوم شركة تسيير البورصة بتسجيل القيم المنقولة مباشرة في جدول الأسعار على أساس السعر المتفق عليه مع الشركة مع مراعاة شروط السوق، ويكون مثل هذا الإجراء مناسباً عندما يكون رأسمال الشركة موزعاً على الجمهور بشكل كاف⁽⁴⁾، ويكون الإجراء العادي مناسباً عندما يتعلق الأمر بالقيم المثيلة لسندات سبق تحديد سعرها وكذا سندات الدين الصادرة عن شركات الأسهم⁽⁵⁾، ثم أضافت لجنة تنظيم عمليات البورصة في نظام آخر القيم المثيلة لسندات سبق تسعيرها بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي سبق توظيفها لدى المستثمرين المؤسسيين⁽⁶⁾.

أما الإجراء الثاني وهو العرض العمومي بالبيع [Offre publique de vente] وهو إجراء يهدف إلى تمكين الشركة المراد إدراجها في البورصة من التنازل عن جزء من قيمها المنقولة لصالح الجمهور من خلال وضعها للبيع في البورصة يوم الإدخال⁽⁷⁾، إن هذا الإجراء ليس إجراءً واحداً فهو ينقسم إلى إجرائين إثنيين وذلك على أساس السعر المرصود للقيم المنقولة المصدرة من طرف الشركة المراد قيدها بالبورصة، ونجد هنا العرض العمومي للبيع بسعر أدنى، والعرض العمومي بالبيع بسعر محدد.

إن العرض العمومي للبيع بسعر أدنى هو الإجراء المتمثل في وضع سندات تحت تصرّف الجمهور يوم الإدخال لبيعها بسعر أدنى يقبل به المتدخلون التنازل عن سنداتهم⁽⁸⁾، فيغدو هذا الإجراء

¹-فتح آيت مولود، المرجع السابق، ص 155.

²-حمليل نواره، المرجع السابق، ص 371.

³-نظمت شركة تسيير البورصة إجراءات التسجيل بموجب القرار الصادر عنها رقم 01/98 المؤرخ في 30 مارس 1998 المتعلق بإجراءات إدخال القيم المنقولة في البورصة ونشر المعلومات المستوجبة (محرر باللغة الفرنسية).

Décision SGVB. N° 98/01 relative aux procédures d'introduction de valeurs mobilières en bourse et de diffusion de l'information.

⁴-أنظر المادة 56 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 03/97 المؤرخ في 18 نوفمبر 1997 يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة.

⁵-راجع المادة 57 من النظام رقم 03/97 المذكور.

⁶-راجع المادة 11 من النظام رقم 01/12 المؤرخ في 21 جانفي 2012 المعدل والمتمم للنظام رقم 03/97 المذكور.

⁷- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p 565.

⁸-المادة 59 من النظام رقم 03/97 المذكور.

شبيها بالمزايدة⁽¹⁾ التي تحدد فيها الشركة السعر الأدنى الذي إنطلاقاً منه تقبل التنازل عن سنداتها⁽²⁾، وبعد أن يستقر إختيار الأطراف على هذا الإجراء⁽³⁾ تنشر شركة تسيير بورصة القيم بياناً إعلامياً في النشرة الرسمية للتسعيرة تعلن فيه الإدخال عن طريق العرض العمومي بسعر أدنى، تتضمن هذه النشرة جميع بيانات العملية وإجراءاتها كعدد السندات الموضوعة تحت تصرف الجمهور، والسعر الأدنى الذي يقبل به هؤلاء التنازل، كما تشتمل على شروط قبول وتبليغ أوامر الشراء إلى شركة البورصة وتوزيعها بين الأمرين إذا إقتضى الأمر.⁽⁴⁾

ومن أجل تحقيق العرض العمومي بالبيع بسعر أدنى تقوم شركة تسيير البورصة بجمع الأوامر المرسلة من طرف الوسطاء وهي أوامر بالشراء كان قد وجهها الجمهور عن طريق الوسطاء في عمليات البورصة⁽⁵⁾، ومن ثمة تقوم شركة تسيير البورصة بالفرز حيث لا يؤخذ بالمراعاة إلا أوامر الشراء ذات السعر المحدد، أي لا تقبل الأوامر غير المحددة أو التي يبتعد حدّها عن العرض الأدنى بصورة غير عادية لذا تعد مثل هذه الأوامر ملغاة⁽⁶⁾، ونظراً لأن ترك أمر تحديد السعر في العرض العمومي بالبيع بسعر أدنى من شأنه تعريض الشركة لخطر تقلب الأسعار⁽⁷⁾، تلجأ الشركة المراد قيدها وشركة تسيير البورصة إلى إجراء العرض العمومي بالبيع بسعر محدد، وهو إجراء يقصد به وضع تحت تصرف الجمهور يوم الإدخال عدداً معيناً من السندات بسعر محدد مسبقاً⁽⁸⁾ وفي سياق هذا الإجراء تعمل شركة تسيير البورصة على إعلام الجمهور من خلال البلاغ المعلن عن الإدخال بعدد السندات المعروضة والموضوعة تحت تصرف الجمهور، والسعر القار المقترح لبيع هذه السندات والكيفيات التي يتم على أساسها توزيع السندات بين الأمرين والشروط الخاصة بالإدخال.⁽⁹⁾

يودع الوسطاء في عمليات البورصة أوامر الشراء التي تلقوها من طرف زبائنهم لدى شركة تسيير البورصة، ولا تقبل هذه الأخيرة إلا أوامر الشراء المحصورة في سعر العرض وإذا حضى العرض بإستجابة فإن سعر التداول يكون نفسه السعر المقترح في العرض، كما يمكن للشركة المصدرة الإتفاق مع شركة تسيير البورصة على إجراء عرض عمومي بالبيع بسعر إسمي محدود، على أن تكون أوامر الشراء المقبولة إسمية، في هذه الحالة لا يجوز لمستثمر واحد إصدار أكثر من أمر، كما يمكن للشركة

¹- إن المزايدة إشتقاق عن البيع بالمزاد العلني أي الموجه إلى الجمهور، وهو طريقة في البيع تقوم على إعتبار أعلى سعر وآخره هو السعر المعتمد في البيع والبيع بالمزاد العلني قد يكون رضائياً أو جبرياً، والمزاد الجبري هو الذي نظمه المشرع دون أن يعرفه من خلال المواد 747 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²- حمليل نواره، المرجع السابق، ص 376.

³- ففتح آيت مولود، المرجع السابق، ص 157.

⁴- المادة 60 من النظام رقم 03/97 المذكور.

⁵- المادة 61 من النظام رقم 03/97 المشار إليه.

⁶- المادة 63 من النظام رقم 03/97 المذكور.

⁷- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p 656

⁸- المادة 64 من النظام رقم 03/97 المذكور.

⁹- المادة 65 من النظام رقم 03/97 المذكور.

المصدرة الإتفاق مع شركة تسيير البورصة على أوامر الشراء على فئات متفاوتة تبعا لكميات السندات المطلوبة وتبعا لصفة الأمرين.⁽¹⁾

إن إجراء العرض العمومي بالبيع أسلوب بورصي متبع في بيع أسهم الشركات المراد قيدها بالبورصة إلى الجمهور المستثمر ولقد عززه المشرع بأن جعله أسلوبا متبعا لخصوصة المؤسسات في القطاع العام⁽²⁾، لأن مثل هذا الإجراء ينسجم مع فكرة توسيع قاعدة الملكية وزيادة المساهمة الشعبية، فالبورصة إذن من أحد العوامل أو الأدوات التي تساعد على تغيير ملكية المؤسسة الاقتصادية العمومية إلى الملكية الخاصة.⁽³⁾

إن العرض العمومي أسلوب تفرضه السوق المالية في سبيل إدراج الشركات وقيدها، وبما أن هذا العرض موجّه للجمهور عمدت لجنة البورصة إلى توفير وسائل الحماية من خلال التأكد من المعلومات المفصح عنها من طرف الشركة طالبة القيد ومدى صحة المذكرة الإعلامية، وبما أن العرض العمومي بالبيع هو إجراء ينتهي ببيع عدد من القيم المنقولة للجمهور يصبح من الضروري إعلام هذا الأخير بكل العقود والتصرفات التي ترد على هذه القيم والتي من الممكن أن تؤثر في سير العرض، ولذا نجد أن لجنة تنظيم البورصة تشترط على الشركات المراد قيدها تضمين المذكرة الإعلامية الإشارة إلى العقود المبرمة داخل الشركة.

ويتضح أمامنا أيضا أن المشرع الجزائري ينظر إلى العروض العمومية البورصية من زاوية وحيدة إذ يقتصر فقط على جعلها أسلوبا متبعا عند إدراج الشركات في البورصة، بمعنى أن العرض العمومي وسيلة لتمكين الشركة من بيع أسهمها وسنداتها إلى الجمهور من خلال نظام البورصة، فالشركة في هذه الحالة مجرد بائع للقيم المنقولة فيترتب على عملية البيع هذه دخول مساهمين جدد في رأسمال الشركة، إن هذه الرؤية في مفهوم العرض العمومي لا يتوقف عندها المشرع الفرنسي، فهذا الأخير ينظر إلى آلية العرض العمومي نظرة أعم، إذ لا يقتصر مفهوم العرض العمومي في البيع فقط أي بمناسبة دخول شركة ما إلى البورصة، بل إن العرض العمومي قد يكون عرضاً بالشراء موجّه من العارض إلى مساهمي الشركة التي تم قيدها من قبل مبيّنا فيه عزمه على شراء أسهم هؤلاء المساهمين مما يمكنه من الحصول على رقابة هذه الشركة.

وفي منظور المشرع الفرنسي يرتبط العرض العمومي بالشراء بمفهوم الرقابة في الشركة إذ يغدو هذا الإجراء وسيلة للإستحواذ على رقابة شركة مقيدة في البورصة، وعليه فلحماية هذه الشركات التي تعد من الكيانات الاقتصادية الهامة نظرا لتداول قيمها المنقولة في سوق البورصة، قيّد المشرع عملية

¹- تحليل نواره، المرجع السابق، ص 377، أنظر المادة 66 وما بعدها من النظام رقم 03/97 المذكور.

²- تنص المادة 26 من الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، على أنه يمكن تنفيذ عمليات الخصوصية إما بالجوء إلى آليات السوق المالية (بالعرض في البورصة أو عرض علني للبيع بسعر محدد)

³- محمد زرقون، العرض العمومي في البورصة وأثره على الأداء المالي للمؤسسات الاقتصادية، دراسة حالة مؤسسات اقتصادية مدرجة في بورصة الجزائر، مجلة الباحث، العدد 12، سنة 2013، ص 105.

الحصول على الرقابة فيها بأن أحاطها بنظام قانوني وذلك بهدف تفادي الإستيلاء على الشركات الوطنية من طرف شركات أخرى خاصة الأجنبية، وتفادي أيضا فقدان إستقلالية الشركات المقيدة وخضوعها لشركات أخرى التي من الممكن أن تؤدي إلى حلها وتصفيتهما أوحتى إنخفاض أسعار القيم المنقولة المصدرة من طرفها.⁽¹⁾

ويرى الفقه أن الرقابة هي إمتلاك السلطة في الشركة بسبب بلوغ المساهمة في رأسمال هذه الشركة إلى الحد الذي يسمح بتحديد قرارات جمعيات المساهمين، إن هذا التعريف يقصر النظر حول الرقابة في تلك التي تنشأ بسبب الروابط المالية بين شركات مختلفة، فالرقابة قد تنشأ على أسس تعاقدية أيضا، غير أننا سنقتصر فقط على الروابط المالية من خلال المساهمة في رأسمال الشركة المقيدة بالبورصة وسنتطرق إلى الروابط العقدية في الحصول على رقابة الشركة فيما بعد عند الحديث حول الإتفاق بمعية الغير، أما التعريف القانوني لمصطلح الرقابة فهو يدور حصراً في فكرة الأغلبية في حقوق التصويت في الجمعيات العامة، فتكون الشركة مراقبة لشركة أخرى إذا ما حازت على الأغلبية في حقوق التصويت بمفردها أو بمقتضى إتفاق مع مساهم آخر وتمكّن من خلال ذلك السيطرة على قرارات هذه الشركة.⁽²⁾

إن الاستحواذ على رقابة شركة مقيدة بالبورصة يختلف عما هو عليه بصدد شركة غير مدرجة بالبورصة، والإختلاف يكمن أساسا في أنظمة السوق التي تفرض على كل شركة تريد الإستحواذ على رقابة شركة مدرجة العديد من الإلتزامات القانونية، وتقف لجنة تنظيم البورصة على تنفيذ تلك الإلتزامات وتوقيع الجزاءات عند مخالفتها، ومن بين أساليب الحصول على الرقابة القيام بعمليات شراء مستمرة لأسهم الشركة المقيدة بالبورصة على أمل بلوغ حد الرقابة، ويطلق على هذا الأسلوب أسلوب الجمع [Ramassage] الذي يكتنف على بعض المساويء، فهو من جهة يأخذ وقتا طويلا جدا خاصة إذا كان حجم التعاملات في البورصة ضعيفا لذا لا تبلغ الشركة الساعية نحو الرقابة هذا الهدف إلا بعد سنوات حتى يتجمّع لديها العدد الملائم من أسهم الشركة المستهدفة، كما يعد هذا الأسلوب مكلفاً لأن عمليات الشراء المتكررة والممنهجة تدفع بأسعار الأسهم إلى الإرتفاع، كما يعد أسلوب الجمع محتمل النتائج لأن الشركة الساعية نحو الرقابة قد تتعرض إلى عدم وجود الأسهم في السوق وبالعدد الكافي للحصول على الرقابة، كما قد تتعرض إلى وجود أسهم بحقوق تصويت مضاعفة لدى مساهمي الشركة القدامى.⁽³⁾

¹ - Pierre BEZARD, Le changement de contrôle de la société cotée, RJ com. N° spécial. Nov 1988, p92.

² - يمكن إستخلاص مثل هذا التعريف من المادة 233-3 من القانون التجاري الفرنسي وكذا المادة 731 من القانون التجاري الجزائري ويؤخذ على هذا التعريف التشريعي للرقابة على أنه يخصص فكرة الرقابة على الشركة في حين أنه يمكن لشخص طبيعي أن يستحوذ على رقابة شركة ما، كما يلاحظ أن المشرع التجاري يطلق على إتفاق الشركة التي إستحوذت على الرقابة مع المساهمين بإتفاق التصويت، هذا في حال كون الشركة غير مقيدة، أما إذا كانت مقيدة بالبورصة فالمشرع يستعمل إصطلاح الإتفاق مع الغير، وهو ما سنراه لاحقا، راجع:

Pierre MOUSSERON, Cession de contrôle, Rep sociétés, DALLOZ, 2000, p2.

³ - Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p643

وبما أن تقنية الجمع تقنية واقعية لم تحظى بتنظيم قانوني خاص، لذا ظل اللجوء إليها قليل إلى حين صدور التشريعات المنظمة لتطور المساهمات المعتبرة في الشركات المقيدة بالبورصة حتى لا يظل الجمع مستترا، ثم أصبح اللجوء إلى الجمع ممنوعا إذا ما تحصلت الشركة الساعية إلى الرقابة على ثلث رأسمال الشركة المستهدفة، إذ تلتزم من هذه اللحظة باللجوء إلى العرض العمومي بالشراء إذا ما أرادت أن ترفع من مساهمتها بما يفوق هذه النسبة من رأسمال الشركة.

إن طريقة العرض العمومي بالشراء [Offre publique d'achat] إجراء يهدف من خلاله المشرع الفرنسي تنظيم عملية الإمتلاك الفوري أو اللحظي للرقابة في شركة مقيدة بالبورصة، ويقصد به قيام الشركة الساعية إلى بلوغ حد الرقابة في شركة أخرى مقيدة بالبورصة بإعلام مساهمي هذه الشركة بعزمها على شراء الأسهم المملوكة من طرفهم على أساس ثمن يتم سداده نقدا وهذا هو العرض العمومي بالشراء، أو على العكس من ذلك قد لا يتم السداد نقدا وإنما تسليم أسهم أخرى وهذا هو العرض العمومي بالمقايضة [Offre publique d'échange] وكلا الطريقتين تمت الإشارة إليهما في المادة 1-433 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، أما المسائل التفصيلية المتعلقة بهما فقد تضمنها النظام العام لمجلس السوق المالية، القرار الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 1998، ومن خلال النظام الصادر عن لجنة تنظيم عمليات البورصة الفرنسية رقم 04-2002، ولقد راعى التنظيم القانوني للعرض العمومي بالشراء الطبيعة المزدوجة لمثل هذه التقنية، فهو من جهة يعد عملية بورصية ومن جهة أخرى يعد عملية هيكلية في الشركة المستهدفة.⁽¹⁾

لقد سعى الأمريكيون بعد الحرب العالمية الثانية إلى إعداد تصوّر حول الإستحواذ على الرقابة في الشركات إستحواذا فوريا ولحظيا تفاديا لتقنية الجمع التي تقوم على صعوبات عديدة، خاصة إمتداده الزمني، وكان العرض العمومي بالشراء هو نتاج ذلك التصوّر، وبناء عليه أصبح بمقدور الشركة الساعية إلى الرقابة أن تعلن عن إرادتها أمام جمهور المساهمين في الشركة المستهدفة بإستعدادها لشراء أسهم مساهميها على أساس سعر يكون أعلى من التسعير البورصي لهذه الأسهم، ويتم الشراء تحت مراقبة لجنة البورصة، ويخلق هذا الإجراء منافع عديدة، إذ يحقّق البورصة لأن إتمام العرض العمومي بالشراء على أساس سعر يعلو عن السعر البورصي يثبت بأن هذا الأخير لا يعكس في جميع الأحوال القيمة السوقية الحقيقية للأسهم، كما يسمح العرض العمومي بالشراء إلى إستبعاد مسيري الشركة المستهدفة ذو الأداء الضعيف ودخول فريق حيوي ينعش الشركة المستهدفة.⁽²⁾

¹- يتقاطع بشأن العرض العمومي بالشراء قانون العقود والقانون البورصي، فهو من جهة لا يقوم إلا على إرادة العارض المنفردة الموجهة إلى عدد واسع من المساهمين مضمونها شراء أسهم، ومن جهة أخرى هو آلية بورصية تتم في السوق المالية، لذا هو يتعلق مباشرة بالجمهور المستثمر وعليه يجب توفير الإعلام المالي الملائم وذلك تحت سلطة لجنة تنظيم البورصة.

Dominique CARREAU, Hervé LETREGUILLY, Offres publiques (OPA, OPE, OPR), Rep sociétés, DALLOZ, 2007, p5.

²- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p 644.

ويتلخص الجانب الإجرائي في العرض العمومي بالشراء في وجوب إيداع العرض بالشراء لدى سلطة السوق كلما بلغت المساهمة في رأسمال الشركة المقيّدة الثلث أو في حقوق التصويت، لأن بقاء الساعي إلى الإستحواذ على رقابة الشركة مستمرا في عمليات الشراء المستترة تجعل الشركة في خطر والمساهمين أيضا، لذا ينبغي أن يتصرف علنا وبطريقة مكشوفة عندما تبلغ مساهمته قدرا معينا، وبما أن مقدار الثلث من شأنه أن يقرب الساعي إلى الحصول على الرقابة فإن مساهمي الأقلية في الشركة المستهدفة يكتسبون حقا يقضي بضرورة تمكينهم من بيع أسهمهم في ظروف جيدة ناهيك على أنهم سبق لهم وأن وضعوا ثقتهم في مسيري الشركة المستهدفة وهو ما سيتم تحقيقه من خلال إجراء العرض العمومي بالشراء.⁽¹⁾

وتخضع الأطراف في العرض العمومي بالشراء إلى العديد من الإلتزامات كمراعاة المساواة بين المساهمين وإحترام مصلحة الشركة المستهدفة وعدم إحداث أي إضطراب في أداء البورصة، وكما يلتزم الأطراف بالشفافية وعدم جواز صاحب العرض التراجع عن مضمون العرض بالشراء، إلا أن الإلتزام الأهم هو الإعلام⁽²⁾، أي معنى ذلك أن صاحب العرض والشركة المستهدفة على حدّ سواء يلتزمان بنشر المعلومات الكاملة والصحيحة التي من شأنها السماح للمساهمين بتحديد أين تكمن مصلحتهم هل في قبول بيع أسهمهم في إطار العرض العمومي بالشراء أم تكمن في الإستحفاظ بها وعدم بيعها، على أن يكون النشر في وقت ملائم.

تنص المادة 231 من النظام العام لسلطة السوق المالية الفرنسية [AMF] على مجمل الإلتزامات الواجب تطبيقها خلال المدة التي يظل فيها العرض العمومي ساريا، حيث جاء فيها أنه من أجل ضمان إتساق العمليات وتحقيق مصلحة المستثمرين في السوق، يلتزم جميع الأشخاص المعنيين بالعرض بإحترام الحرية في سير العروض والمزايدات فيها والمساواة وإعلام حائزي القيم المنقولة والشفافية وسلامة السوق والنزاهة في التعاملات والمنافسة.⁽³⁾

ولاشك أن إتفاقات المساهمين التي يتم تنفيذها خلال العرض العمومي من شأنها التأثير في تطبيق المبادئ المذكورة خاصة مبدأي الشفافية والحرية في سير العروض والمزايدات، لذا أحاط المشرع الفرنسي مسألة الكشف عن وجود هذه الإتفاقات بالإلتزامات ثلاثة رئيسية، الإلتزام الأول نصت عليه المادة 11/233 من القانون التجاري الفرنسي التي جاء فيها أن كل شرط أو إتفاق ينص على أحكام تفضيلية

¹-Ibid, p 646.

²- Dominique CARREAU, Hervé LETREGUILLY, op.cit, p 24.

³- L'article 231-3 de règlement générale de AMF énonce : « En vue d'un déroulement ordonné des opérations aux mieux des intérêts des investisseurs et du marché, toutes les personnes concernées par une offre doivent respectes le libre jeu des offres et de leurs surenchères, d'égalité de traitement et d'information des détenteurs de titre des personnes concernées par l'offre de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition ».

عند التنازل عن الأسهم أو عند إكتتابها وكانت أسهماً مسعرةً بالبورصة وتمثل على الأقل 0.5 % من رأسمال الشركة أو المصدرة لحقوق التصويت فيها، يجب إحالته إلى الشركة المصدرة نفسها وإلى سلطة السوق التي تقوم بإعلام الجمهور به.⁽¹⁾

أما الإلتزام الثاني فقد قضت به المادة 225-100-3 (2° ، 6°) من القانون نفسه حيث جاء فيها وجوب تضمين تقرير التسيير الذي تعدّه إدارة الشركة جميع الشروط والإتفاقات المشار إليها في المادة 11/233 المذكورة أعلاه، أي كل الإتفاقات المبرمة بين المساهمين والتي علمت بها الشركة والتي من شأنها تقييد تحويل الأسهم أو ممارسة حق التصويت يجب أن يشار إليها في تقرير إدارة الشركة كلما كانت هذه الإتفاقات تؤثر في سريان عمليات العرض العمومي.

أما الإلتزام الثالث فقد تضمنته المادة 231-5 من النظام العام لسلطة السوق المالية حيث نصت هذه المادة على أنه في حال وجود إتفاقات مبرمة من طرف الأشخاص المعنيين أو من طرف المساهمين وكان من الممكن أن تشكّل عارضا في تقدير قيمة العرض أو نتائجه، يجب أن يعلم بها الأطراف أنفسهم وسلطة السوق والجمهور.⁽²⁾

إن الإلتزامات الثلاثة تتفاوت في مدى تعلّقها بإتفاقات المساهمين، فالإلتزامين الأخيرين مثلا يختصان أساسا بنشر الإتفاقات المبرمة بين المساهمين التي تؤثر مباشرة في سير عمليات العرض العمومي بالشراء، أما الإلتزام الأول فهو كما يتضح مضمونه لا ينحصر فقط في فترة العرض بل يجب تنفيذه حتى خارج هذه الفترة⁽³⁾، غير أن الإلتزامات الثلاثة تشترك في كونها تؤدي إلى ضمان إحترام مبدأ الشفافية من أجل تحقيق السير الجيد للعرض العمومي، وكما تسمح هذه الإلتزامات التي يصطلح عليها الإلتزامات الكشف [Les obligations de révélation] لسلطة السوق المالية من تحديد مدى قابلية الشركة لإجراء العرض وكذا السماح للفاعلين في السوق بتقدير ما إن كان ممكنا طرح مشروع آخر بعرض منافس، وكما تسمح بتنفيذ الإلتزامات الثلاثة لمساهمي الشركة المستهدفة من تقييم العرض.⁽⁴⁾

¹- La teneur de l'article L233-11 du code de commerce française est : « Toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée, à la société et à l'Autorité des marchés financiers. A défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements, en période d'offre publique... »

²- La teneur de l'article L231-5 de règlement générale de AME est « Dès le dépôt du projet d'offre, toute clause d'accord conclu par les personnes concernées par l'offre, ou leurs actionnaires, susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation de l'offre ou son issue, sous réserve de l'appréciation de sa validité par les tribunaux, doit être portée à la connaissance des personnes concernées par l'offre, de l'AMF et du public. Si, à raison notamment de la date de conclusion de l'accord, la clause n'a pu être mentionnée dans la ou les notes d'information, les signataires publient, dès la conclusion de l'accord et selon les modalités prévues à l'article 221-3, un communiqué précisant la teneur de ladite clause.

³-تطبيقا لنص المادة 11-233 من القانون التجاري الفرنسي عملت الحكومة الفرنسية أثناء إعدادها لقانون الضبط الإقتصادي على تحقيق أهم الأهداف المتمثل في تمكين السوق المالية من معرفة الإتفاقات المبرمة بين المساهمين في أي لحظة ومعرفة تاريخ إبرامها وإنهاء آثارها، أصبح بالإمكان الإطلاع على موقع سلطة السوق المالية على جميع الشروط والإتفاقات المتعلقة بالشركة المسعرة التي يتم إبرامها من طرف مساهميها.

⁴- Olympe DEXANT DE BAILLIENCOURT, Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotée, op.cit, 84.

إن مبدأ الحرية في سير العرض العمومي ومبدأ الشفافية مبدآن يندرجان في مفهوم النظام العام، ذلك النظام الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة وهي المصلحة العليا التي تسمو على مجموع المصالح الخاصة، وذلك في إطار قانون البورصة، وعليه فإن النظام العام يعد قيماً على إرادة المساهمين وعلى حرية التعاقد، ويرى الأستاذ MEADEL أن من أهداف النظام العام البورصي ضمان مصلحة السوق والمحافظة عليها، أي ضمان الفاعلية العملية فيه وكذا السير العادل، وعليه فالمصلحة العامة كمفهوم قد ينطبق تماماً على مفهوم مصلحة السوق، ويتميز النظام العام البورصي بإزدواجية المقاصد، فهو من جهة يهدف إلى حماية مصلحة السوق، ومن جهة أخرى يهدف إلى حماية الطرف الضعيف الذي يوضع ضمن نظام قانوني شامل، لذا ينتهي هذا الرأي إلى وجود نظام عام بورصي حمائي ونظام عام بورصي توجيهي.⁽¹⁾

إن السير الحسن للسوق المالية أو البورصة ضرورة حتمية للمصلحة الاقتصادية في الدولة، لذا يغدو منطقياً أن تتم حمايتها بقواعد أمرّة تجسّد النظام العام داخل السوق خاصة من خلال تعيين مبادئ يجب تطبيقها، كمبدأي الشفافية والحرية في سير العرض، فهما يساهمان في تنظيم البورصة من خلال إلزام الشركات المقيّدة بها بنشر جميع العقود المبرمة من طرف المساهمين، وعلى الرغم من مخالفة أحد هذين المبدأين لا ترتّب بطلان إتفاقات المساهمين وإنما كل ما في الأمر عدم جواز إثارة وجود مثل هذه الإتفاقات خلال فترة العرض العمومي⁽²⁾، وبالمقابل فإن مراعاة المبدأين والقيام بنشر إتفاقات المساهمين ليس من شأنه إضفاء الصحة على مثل هذه الإتفاقات، ولذا يمكن القول أن هدف المشرّع البورصي من خلال فرض إلزامية نشر إتفاقات المساهمين في البورصة ليس تأكيد مشروعية هذه الإتفاقات أو صحتها وإنما يكمن السبب في كون هذه الإتفاقات مصدر لإحداث الإضطراب في السير العادي للبورصة⁽³⁾، إذا ما علمنا أن البورصة وكفائتها يقتضي من أن يتحصّل المستثمرون على نفس الظروف عند إكتساب القيم المنقولة أو التنازل عنها، كما يكتسبون نفس الحقوق أمام المعلومات المالية، لذا لا يستقيم أن يتحصّل أطراف الإتفاق المبرم على معلومات تتجاوز ما لدى الجمهور أو أن يحتفظ الأطراف الموقعون على الإتفاق على شروط خاصة مفضّلة عند الإكتتاب أو التنازل عن الأسهم، أو أنها تخص كميات هامة من القيم المنقولة من الممكن أن تؤثر في حجم التعاملات البورصية أو في التسعير.⁽⁴⁾

غير أن أغلبية إتفاقات المساهمين تظل سرية، ذلك إما لأن هذه الإتفاقات لا تربط سوى أطرافاً وقّعوا عليها ولا يكون هناك داع لإعلام الغير بوجودها، أو لأن المتعاقدين وهم المساهمون يرغبون دائماً في الحفاظ على الطابع السري في إتفاقاتهم، وعلى العموم فإن المتعاملين الإقتصاديّين يميلون إلى التزام

¹ - Jean MEADEL, Les marchés financiers et l'ordre public, LGDJ, Paris 2007, p9.

² - Olympe DEXANT DE BAILLIENCOURT, Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, op.cit, 85.

³ - CA Paris. 13 novembre 2001, RJDA 2002, n° 396, p335. D 2002, p574, obs: M- BOIZARD.

⁴ - Daniel OHL, Les pactes d'actionnaires à l'épreuve du droit boursier, D2011, p323.

الصمت حول نشاطهم ويتم تبرير ذلك عادة بحجة السرية في الأعمال الإقتصادية [Secret des affaires].⁽¹⁾

إن حماية السرية في الأعمال يعد مطلباً له تفسير من الناحية النفسية والإقتصادية⁽²⁾، إذ ترجع أصول السرية إلى القانون الكنسي وحتى إلى الفكر الماركسي اللذان أنشأ لدى التجار شعوراً بالسوء بتأنيب الضمير تجاه الأموال، مما دفع بهؤلاء إلى الجنوح نحو السرية⁽³⁾، إلا أن هذا التأصيل لا يستقيم مع مقتضيات الوقت المعاصر نظراً لتأثير أنظمة قانونية كالتشريعات الأمريكية التي أحدثت حركة أزالت التراكمات التاريخية بصدد منشأ الثروات ومصدرها، فأصبحت السرية في الأعمال ترتبط بأسباب إقتصادية، لأن الكشف عن بعض جوانب حياة الشركة قد يترتب عنه تراجعاً في ذمتها⁽⁴⁾، وفشل العمليات التي كان يجدر إتمامها تحت السرية.⁽⁵⁾

إنها أسباب تكفي لأن يقوم المساهمون بالإبقاء على الإتفاقات المبرمة بينهم سرية كبقية المسائل المتعلقة بالشركة التي تفضل هذه الأخيرة عدم إظهارها⁽⁶⁾، إن سرية إتفاقات المساهمين لا ترد على الإلتزامات المتفق عليها بقدر ما ترد على العمليات التي تدرج في سياقها إتفاقات المساهمين، ومن آثار السرية في هذه الحال المحافظة على المشروع وتأمين فاعليته على الأقل بين هؤلاء المساهمين الموقعين⁽⁷⁾، وتشتد الحاجة إلى السرية عندما تكون الشركة مسعرة في البورصة، لأن أسعار الأسهم داخل السوق تعتبر مصدراً لتوقعات المتدخلين في العمليات البورصية، والثابت أيضاً أن التسعير البورصي الذي تبلغه عمليات التداول في السوق المالية المنظمة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعرض والطلب وبالأسعار المعروضة من طرف الجمهور الذي يصدر الأوامر، ومن هنا فإن العرض والطلب قد يتغيران لمجرد أن تنشر معلومة في السوق أو مجرد إشاعة، فكل حدث يمكنه قلب أسعار الأسهم إلى جانب أن القدرة على تفسير تغير الأسعار تفسيراً موضوعياً تنعدم أمام العمليات البورصية، لذا تتخوف الشركات المقيدة بالبورصة من كشف الإتفاقات المبرمة داخلها نظراً لرد الفعل من أطراف السوق الذين يقوضون السياسة المتبعة من طرف المساهمين الموقعين على هذه الإتفاقات لمجرد أن يعلم بها الجمهور، وعليه يبدو من

¹ يرى الأستاذ GAVALDA أن التطرق الفقهي لمفهوم سرية الأعمال الإقتصادية من الناحية القانونية هو إحياء للفكر الأدبي الذي يتزعمه Honoré BALZAC حيث ذكر في مؤلفه الأدبي L'auberge rouge سنة 1831 عن مصيرنا في حال تم إلزامنا بالبحث حول أصل ثرواتنا « Ou en serions-nous s'il fallait rechercher l'origine des fortunes » لذا يعد نكتم المتعاملون الإقتصاديون حول الأعمال يرتبط بشدة بالتخوف حول الكشف عن مصدر الثروة، راجع:

Christian GAVALDA, Le secret des affaires, in Mélanges à René SAVATIER, Paris 1964, p291.

²-Y- PACLOT, Les diverses facettes du secret des affaires, Droit et patrimoine, mars 2002, p 70.

³-Christian GAVALDA, Le secret des affaires, op.cit, p292.

⁴-فعلى سبيل المثال إذا قامت الشركة بنشر قائمة بأسماء الزبائن أو قامت بنشر معرفتها العملية والتقنية (Know how – Savoir faire) سيؤدي ذلك حتماً إلى زيادة منافستها مباشرة وهو ما يؤدي في الأخير إلى فقدها حصصاً في السوق.

⁵-Y- PACLOT, Les diverses facettes du secret des affaires, op.cit, p 72.

⁶-Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeur mobiliers, Litec, paris 1992, p 11.

⁷- R- Saint ALARY, rapport sur le secret des affaires en droit français, Travaux de l'association H- Capitant, Paris 1974, p263.

هذه الزاوية أن الحاجة إلى حماية السرية داخل الشركة المسعرة أسهمها أشد⁽¹⁾، يمكن التساؤل هنا إن كان جائزا لأطراف إتفاق المساهمين مواجهة مسألة الكشف عن الإتفاقات ونزع السرية عنها في ظل عدم وجود مبدأ قانوني أو نص صريح يتضمن حماية السرية في الأعمال⁽²⁾، وأمام هذا الفراغ في تأصيل السرية في الأعمال من الناحية القانونية قام بعض الفقهاء بربط فكرة السرية بالحق في الحياة الخاصة المنصوص عنها في المادة 9 من القانون المدني الفرنسي (المادة 39 من الدستور الجزائري)، إن مثل هذا الإقتراح يصطدم بكون النص المذكور يتطرق أساسا إلى الحياة الخاصة من منظور الشخص الطبيعي، لذا تعد مسألة إسقاطها على الشخص المعنوي مسألة لم يتم التسليم بها⁽³⁾، وإذا سلّمنا جدلا أن منطوق المادة يمكن أن ينطبق على الأشخاص المعنوية فإنه لا يمكن التسليم بأن سرية الأعمال الإقتصادية يمكن أن تشكل جزءاً من الحياة الخاصة⁽⁴⁾.

كما يري جانب من الفقه أن حماية السرية في الأعمال أساسها يكمن في حق الملكية من منظور أن سرية المعلومات يكتسي قيمة إقتصادية لذا يجوز أن يكون محلاً للتملك، مما يجيز أيضا توفير الحماية المطلقة لها⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من أن السرية في الأعمال لم ترتق إلى أن تكون مبدأ قانونيا ثابتا فإن مخالفتها لا ترتب أي مسؤولية على فاعلها، سوى أن تكون مسؤولية مدنية تقوم على الخطأ الواجب إثباته إلى جانب الضرر وعلاقته السببية، فالخطأ يكون ناتجا عن مخالفة شرط السرية إذا كان مدرجا في إتفاق المساهمين والمسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية، أما إن لم يكن هناك شرط عقدي فإن مخالفة الإلتزام القانوني كالمسؤولية المهنية مثلا أو جنحة العارف يمكن أن يرتبها مسؤولية الفاعل، وهما خطأ يرتبان المسؤولية التقصيرية، وعلى العموم فإن سرية الأعمال لم تحظى بحماية تشريعية ذات أهمية، لذا لا وجود لنص يمنع نشر المعلومات وإن كان هناك ضرر من النشر فإنه سيكون مجرد فقد فرصة في تحقيق العمليات تحت ظروف السرية يجوز للقاضي الحكم بالتعويض بشأنها⁽⁶⁾.

وبالرغم من أهمية السرية لدى أطراف إتفاقات المساهمين، يجب الإشارة إلى أن السرية تتعارض دائما مع مبدأ الشفافية الذي تسعى سلطة السوق المالية إلى تطبيقه، لأن إتفاقات المساهمين من شأنها أن تجعل الشركة المقيدة بالبورصة مجرد بنية إجتماعية يخضع فيها المستثمرون والمساهمون إلى القانون في الظاهر، أما في الخفاء فالمساهمون يحتكمون إلى نصوص أخرى⁽⁷⁾، وبالفعل فإنه في غياب إلتزامات الكشف عن إتفاقات المساهمين لن يتمكن المستثمرون في البورصة من إتخاذ الإختيارات أو القرارات

¹- Olympe DEXANT DE BAILLIENCOURT, Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotée, op.cit, 79.

²- Y- PACLOT, Les diverses facettes du secret des affaires, op.cit, p71.

³-L- DUMOULIN, Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev soc, 2006, p7.

⁴-Olympe DEXANT DE BAILLIENCOURT, op.cit, p 80.

⁵-M- BOURGEOIS, La protection juridique de l'information confidentielle économique, RIDC 1988, p113.

⁶-Olympe DEXANT DE BAILLIENCOURT, op.cit, p 80.

⁷-Pierre BEZARD, connaissance de l'actionariat, RJ com 1990, n° spéciale, p16.

المعقولة لأنهم لا يعلمون بكافة المخاطر، وتزداد حاجة هؤلاء إلى الشفافية خاصة في مجريات العرض العمومي.

وقد تلعب إتفاقات المساهمين دورا هاما في نجاح عملية العرض العمومي أو فشله، وإذا لم يتم الكشف عن هذه الإتفاقات لن يتمكن صاحب العرض من تقدير حظوظ نجاح عملية العرض لذا فالسرية في الإتفاقات ترتب أثرا معتبرا في أداء السوق عامة، وفي سير العرض العمومي بالشراء خاصة، ومن أجل تفادي هذا الأثر السلبي لإتفاقات المساهمين قامت سلطة السوق المالية الفرنسية بتكريس مبدأ الشفافية من خلال المادة 231-3 من النظام العام لسلطة السوق المالية والنصوص المذكورة سابقا.

نخلص إلى القول بأن إتفاقات المساهمين قد أصبحت محلا للتنازع بين السرية في الأعمال الإقتصادية ومبدأ الشفافية، أي بين مصلحة أطراف إتفاقات المساهمين ومصلحة السوق، ولا يجدر أن تنتهك السرية إلا إذا كان مبرراً بإحتياجات السوق إلى المعلومات، والشفافية فيه يجب أن تنحصر في المعلومات التي تفيد أداء البورصة المعتاد، وعليه فالإلتزامات الكشف لا تخص جميع إتفاقات المساهمين وإنما تنحصر في الإتفاقات التي قد تؤثر على سير السوق.

ثانيا: الإتفاق بمعية الغير Action de concert

يعتبر الإتفاق بمعية الغير من المفاهيم الأساسية في القانون البورصي، ورد ذكره من خلال المادة 65 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 10/93 المنظم لبورصة القيم المنقولة، حيث نصت على أن: " التصرف بمعية الغير هو إتفاق مبرم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين قصد إمتلاك حقوق التصويت أو بيعها من أجل تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة.

ويقترض وجود مثل هذا الإتفاق:

- بين الشركة وممثليها الشرعيين.
- بين الشركة والشركات التي تراقبها بمفهوم المادة 731 من القانون التجاري.
- بين شركات يراقبها نفس الشخص أو نفس الأشخاص".

لقد جاء هذا النص التشريعي مدرجا في الباب الخامس من المرسوم التشريعي المذكور بعنوان أحكام مختلفة الذي تضمن بعض النصوص ذات التطبيق العام كالنص على إنشاء صندوق ضمان إلتزامات الوسطاء الذي صدر بشأنه نظام رقم 03/04 مؤرخ في 9 سبتمبر 2004 يتعلق بصندوق الضمان، وكما جاء في هذا الباب تنظيم تجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أسهمها في البورصة، ويندرج الإتفاق بمعية الغير في سياق هذا الحكم إذ يتعلق بشدة بالشركات المقيدة بالبورصة لأن آثاره لا تبرز أهميتها إلا بصدد هذا النوع من الشركات، وعلى العموم فإن الإتفاق بمعية الغير مفهوم وظيفي

حددت آثاره بدقة في نصوص التشريع البورصي⁽¹⁾، ولفهم ما المقصود بالإتفاق بمعنية الغير لابد من الرجوع إلى السياق الذي يندرج فيه هذا المفهوم، لقد أشرنا قبل قليل إلى أن المشرع البورصي نظم مسألة تجاوز حدود المساهمة في الشركة المقيدة بالبورصة، إن قيام المشرع البورصي بتنظيم تجاوز حدود المساهمة [Franchissement de seuils] يهدف إلى خلق آلية تمكّن من معرفة التوزيع الفعلي لرأسمال الشركة المقيدة بالبورصة على المساهمين، إن معرفة التوزيع هذه لا تهم فقط مساهمي الشركة وإنما تفيد الجمهور المستثمر أيضا، وكذا مسيري الشركة المقيدة⁽²⁾، ومن أجل التعرّف وبشكل مستمر على التطور الذي يطرأ على حركة المساهمة يلتزم كل مساهم في الشركة المقيدة حين يتجاوز حداً معيناً من رأس المال بالتصريح بذلك التجاوز مما يضيفي الشفافية على جميع المساهمات في رأسمال الشركة.⁽³⁾

ومن أجل تحقيق هذا الهدف أي التعرّف على التوزيع الفعلي لرأسمال الشركة في كل وقت، بيّنت المادة 65 مكرر من المرسوم التشريعي 10/93 المذكور الحدود التي تجعل من المساهم ملتزماً بالتصريح عند تجاوزها وهي حدود ستة، الجزء العشرين [20/1] [العشر [10/1] [الخمس [5/1] [الثالث [3/1] النصف [2/1] [الثلاثين [3/2] ، وهي الحدود القانونية⁽⁴⁾ أو العتبات [seuils] التي يترتب على تجاوزها صعوداً أو إنخفاظاً الإلتزام بالتصريح، كما يمكن أن يتم الإتفاق على عتبات أخرى فيما دون الجزء العشرين بمقتضى القانون الأساسي⁽⁵⁾، وبالنتيجة يلتزم كل مساهم يوشك أن يتجاوز واحدة من هذه الحدود الستة بإعلام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من خلال التصريح كتابياً بحدوث التجاوز، ولقد بيّنت اللجنة محتوى هذا التصريح وشكله من خلال النظام الصادر عنها رقم 03/03 المؤرخ في 18 مارس 2003 يتعلق بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أسهمها في البورصة⁽⁶⁾، إذ يشتمل هذا التصريح الكتابي على معلومات تبيّن هوية الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تجاوز حدود المساهمة في رأس المال وعلاقته بالشركة المقيدة بالبورصة، كما تبيّن الحد أو الحدود المتجاوزة وكذا إتجاه هذا التجاوز، وكما يبيّن التصريح عدد الأسهم أو حقوق التصويت المكتسبة المؤدية

¹-يرجع أصل هذا المفهوم في ظل التشريع الفرنسي إلى التوجيه الأوروبي رقم 627/88 الصادر عن المجلس المؤرخ في 12/12/1988 (L34817 : n° JOLE, n°) (déc) المتعلق بالمعلومات الواجب نشرها عند إكتساب أو التنازل عن مساهمة في الشركة المقيدة بالبورصة، ثم قام المشرع الفرنسي بإدراج هذا المفهوم بمقتضى القانون 531/89 المؤرخ في 2 أوت 1989 الذي أدرج مفهوم الإتفاق بمعنية الغير (L'action de concert) في التشريع الفرنسي، ثم ظهر المفهوم أخيراً بمقتضى المادة 233-3 من القانون التجاري الفرنسي التي جاء نصها شبيهاً إلى حد كبير بنص المادة 65 مكرر 2 المذكورة، راجع:

A- VINDIER, sécurité et transparence du marché financier, JCP éd E 1989, II, n° : 15612. Paul LECANNU, L'action de concert, Rev soc 1991, p675.

²-إن الحاجة إلى الشفافية هي التي دفعت المشرع البورصي إلى فرض وتنظيم تجاوز حدود المساهمة من خلال تكريس الإلتزام بالتصريح، والشفافية هذه تعد في مصلحة الشركة المصدرة (المقيدة بالبورصة) نفسها، بحيث أنها تتمكن في ظل ذلك من تحديد وضعها في مواجهة أي محاولة للإستحواذ على الرقابة فيها وإتخاذ القرارات الملائمة بهذا الصدد، والشفافية أيضاً تصب في مصلحة المساهمين لأنهم يتمكنون من تتبع تطور المحيط المباشر وكذا التنبّه لسلوك المساهمين فيما بينهم، وتفيد الشفافية أيضاً الجمهور من خلال منحه صورة واضحة على رأسمال الشركة المصدرة مما يتيح له إتخاذ قرارات إستثمارية ملائمة.

Rodolphe ELINEAU, Franchissement de seuils, jurisclesseur, société traite, 2009, Fascicule 2131.

³-Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p 727.

⁴-يعتمد المشرع الفرنسي على عشر حدود للمساهمة فإلى جانب الحدود المذكورة تضاف لها: 15%، 25%، 90%، 95% (م233-1 من القانون التجاري الفرنسي)، ويرى البعض أن المشرع الفرنسي قد وضع حدوداً مبالغاً فيها.

Thomas JAEGLE, L'actionnaire de court-terme dans les offres publiques, thèse, Université Paris Descartes, 2013, p10

⁵-Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p634.

⁶-ج ر عدد 73 بتاريخ 30 نوفمبر 2003، ص 20.

إلى تجاوز الحد وطبيعة العملية⁽¹⁾، إن التصريح المذكور لا يوجّه إلى لجنة البورصة فقط بل يتم توجيهه أيضا إلى الشركة المصدرة في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ تجاوز حد المساهمة، وتقوم اللجنة بعد تلقّي التصريح من المساهم بنشره لدى الجمهور من خلال النشرة الرسمية لجدول التسعيرة وتعفى من هذا الإلتزام بالتصريح الشركات ذات الرأسمال المتغيّر.⁽²⁾

وإلى جانب التصريح كتابيا حول تجاوز حدود المساهمة يلتزم المساهم الذي بلغت مساهمته عشر رأسمال الشركة أو خمسه بإظهار الأهداف⁽³⁾ التي ينوي متابعتها خلال اثنا عشر شهرا الموالية، أي الإعلان عن الإستراتيجية التي يريد تحقيقها في الشركة، ويمكن حصر هذه الإستراتيجية في جوانب عديدة، كأن يصرّح المساهم بنيّته في الإستحواذ على رقابة الشركة، أو أنه ينوي مجرد الإستمرار في عمليات إكتساب أسهم الشركة وحقوق التصويت فيها، أو أنه يرغب في المطالبة في تعيين عضو في مجلس إدارة الشركة أو مجلس المراقبة.⁽⁴⁾

وبعد عرضنا للإلتزامات التي تلقى على المساهمين عند تجاوز مساهمتهم في شركة مقيدة بالبورصة حدودا معينة، يسهل علينا في هذه الحال أن نثير مفهوم الإتفاق بمعية الغير، وننطلق هنا بالقول أن الذي يلتزم بالتصريح بحسب ما سبق ذكره قد يتصرف بمفرده، أي أن تجاوز حدود المساهمة لم يكن إلا واقعة معزولة ومنفردة. إلا أن الأمر قد يختلف تماما في حال كان المساهم الذي تجاوز حدود المساهمة لا يتصرف بمفرده وإنما بمعية غيره من المساهمين أو أكثر من ذلك يتصرف مع الغير أصلا، فمن هذا المنطلق نقول أن هؤلاء قد تجاوزوا حدود المساهمة بشكل جماعي وليس إنفرادي، ولذا هم يلتزمون جميعا وفي الوقت ذاته بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة⁽⁵⁾، وعليه يمكن القول أن الإتفاق بمعية الغير هو ذلك الإتفاق الذي ينعقد بين مساهمين فأكثر أو بين مساهم والغير فأكثر في ظل شركة مقيدة بالبورصة، بحيث يكون لهذا الإتفاق موضوعا معينا وغاية يراد تحقيقها.⁽⁶⁾

إن فكرة وجود إتفاق بمعية الغير لا تنحصر فقط في قانون الشركات أو قانون البورصة، فالمشرع يستعمل هذا الإصطلاح في تشريعات أخرى، على سبيل المثال المادة 196 من القانون المدني التي أشارت إلى فكرة الغش الذي ينشأ من خلال التواطؤ بين المدين والدائن المستوفي حقه [Concerté

¹-راجع المادة 02 من النظام 03/03 الصادر عن لجنة تنظيم عمليات البورصة.

²-راجع المادة 65 مكرر من المرسوم التشريعي 10/93 المذكور.

³-إذن إلى جانب الإلتزام المساهم قانونا بالتصريح كتابيا و الإلتزامه أيضا بإظهار الأهداف يضيف المشرع الفرنسي الإلتزام آخر يدعى الإلتزام بالتصريح عند تجاوز سرعة الإكتساب، في حين إكتفى المشرع الجزائري بهذين الإلتزامين. وحد السرعة في هذه الحالة قدرته المادة 234-5 من النظام العام لسلطة السوق المالية بـ 2% من رأسمال الشركة أو حقوق التصويت فيها، ولا يصبح هذا التصريح ملزما إلا إذا كان المساهم المعني حائزا لما بين 33% و 50% من رأسمال أو حقوق التصويت في الشركة المصدرة ووقعت نسبة التجاوز خلال الإثني عشر شهرا السابقة، راجع:

Dominique CARREAU, Hervé LETREGUILLY, offres publiques (OPA, OPE, OPR), op.cit, p44.

⁴-راجع المادة 3 من النظام رقم 03/03 المذكور.

⁵-Daniel OHL, Les pactes d'actionnaires à l'épreuve du droit boursier, op.cit, p 326.

⁶-Daniel OHL, Frank MARTIN, Pactes et sociétés cotées : étude de certains effets perturbateurs du droit boursier sur le droit des contrats, Dr et pat, 2009. N° : 186,p 92.

[frauduleux] أو في المادتين 06، 08 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة حين استعمل المشرع إصطلاح الأعمال المدبّرة.⁽¹⁾

لقد بيّن المشرع صراحة ما المقصود بالإتفاق بمعية الغير بمقتضى المادة 65 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 10/93 المذكور، إذ جاء فيها: " التصرف بمعية الغير هو إتفاق مبرم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين قصد إمتلاك حقوق التصويت أو بيعها من أجل تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة "...

يبدو جليا من النص أن التصرف أو الإتفاق بمعية الغير هو إتفاق يرد على حقوق التصويت في شركة مسعّرة بالبورصة ووجه وقوعه على حقوق التصويت أنه إتفاق يترتب عليه تحويل هذه الحقوق إكتسابا أو تنازلا ونظرا لأن هذه الحقوق لا يقع التصرف فيها منفردة فهي تتبع الأسهم المتعلقة بها، ومن ناحية أخرى يهدف أطراف هذا الإتفاق إلى تحقيق غاية واحدة ألا وهي تنفيذ سياسة مشتركة في مواجهة الشركة، ويرى البعض أن مثل مصطلح السياسة المشتركة إصطلاح موسّع.⁽²⁾

إن الإتفاق بمعية الغير لا يكون تصرفا ظاهرا وصريحا وإنما تدل عليه دلائل واقعية، كوجود المصلحة المشتركة بين أطراف الإتفاق الذين ينتمون إلى كيان واحد ألا وهو الشركة⁽³⁾، لذا فهذه المصلحة مفترض وجودها وعليه فإن الإتفاق بمعية الغير يتم إثارته من كل ذي مصلحة إذا توفرت القرائن الدالة عليه⁽⁴⁾، وهو ما يؤكد المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة 65 مكرر 2 المذكورة إذ جاء فيها: "وتفترض وجود مثل هذا الإتفاق: بين الشركة وممثليها الشرعيين

- بين الشركة والشركات التي تراقبها بمفهوم المادة 731 من القانون التجاري

- بين شركات يراقبها نفس الشخص أو نفس الأشخاص"

لقد وضع المشرع من خلال هذه الفقرة قرينة بسيطة على وجود إتفاق بمعية الغير بين هذه الفئات الثلاثة، أولا بين رئيس مجلس الإدارة والشركة أو بين أعضاء مجلس المديرين والشركة، ويعد هذا التعداد تعداداً حصريا إذ لا يصح أن يشمل أطرافا أخرى كإفترض وجود إتفاق بين المسيرين وخلفهم العام، ثانيا بين الشركة الأم وفروعها التي تراقبها، إذ يفترض في هذه الحالة وجود إتفاق بمعية الغير بين الشركات لنفس المجمع، ثالثا إفتراض وجود إتفاق بين الشركات التي تخضع لرقابة نفس الشخص، ففي جميع هذه الحالات تقوم قرينة قانونية تقبل إثبات العكس على أن تجاوز حدود المساهمة كان تصرفا جماعيا.⁽⁵⁾

¹-راجع المادة 06، 08 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، ج ر عدد 43، بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

²- Daniel OHL, Frank MARTIN, op.cit, p 92.

³-Paul LECANNU, l'action de concert, Rev soc, 1991, p675.

⁴-يجب القضاء الفرنسي مثلا أن يثار وجود الإتفاق بمعية الغير من طرف مساهمي الأقلية في الشركة المقيدة بالبورصة، راجع:

A- VIANDIER, note sous CA Paris 10 mars 1992, Bull Joly 1992, p425

⁵-Yves GUYON, traité des contrats, op.cit, p316.

إن المشرع الجزائري يعرّف التصرف بمعية الغير بأنه إتفاق، ولما كان كذلك فإن نشأته تقوم على إرادة الأطراف التي تمتلك أو تتنازل على حقوق التصويت في شركة مقيّدة بالبورصة بقصد تنفيذ سياسة مشتركة في هذه الشركة، وقد ينعقد مثل هذا الإتفاق شفاهة أو أن يفرغ كتابة إذ لم يبيّن المشرع الجانب الشكلي في مثل هذا الإتفاق، ويرى الأستاذ MESTRE بهذا الصدد أن التصرف بمعية الغير يفترض وجود عقد⁽¹⁾، وفي هذا الإتجاه يذهب القضاء الفرنسي فالمحاكم فيه ترفض تكييف التصرف بمعية الغير أنه مجرد وقائع لا تنتج عن إتفاق، ويشهد على ذلك حكم لمحكمة Nîmes التجارية التي قررت فيه عدم النظر في تصرف بمعية الغير وعدم اعتبار الوقائع كذلك عند تطرّقها إلى نزاع متعلق ببروتوكول بحجة أنه لا يصح الإدعاء جدياً بوجود تصرف بمعية الغير مع شريك لا يمكنه حتى إعطاء معلومات دقيقة حول مقدار مساهمته⁽²⁾.

ولما كان التصرف بمعية الغير يقوم على مفهوم الإتفاق وجب أن يكون ذلك الإتفاق الذي يؤدي إلى ترتيب آثار قانونية، ويكون التراضي الذي يتم بين الأطراف متضمناً توقيع التزامات على عاتق المتعاقدين، فالإتفاق بمعية الغير إتفاق منتج لآثار ملزمة، كل طرف يلتزم بتنفيذ إلتزام معين، وفي حال الإخلال به يجوز للطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ الجبري أو التعويض، وفي حال عدم وجود مثل هذا الإلتزام في الإتفاق بمعية الغير، يغدو الإتفاق المدّعى به مجرد إعلان للنوايا يرتبط بالإرادة التقديرية لصاحبه، لذا فالإتفاق بمعية الغير يتعارض مع حرية الأطراف في التصرف، لأن الأطراف مرتبطون فيها بينهم بعقد ملزم⁽³⁾.

ويفقد كل طرف من أطراف التصرف بمعية الغير الحرية الفردية في الإختيار وإتخاذ القرار لأن ممارسة الحقوق العائدة إليه ستخضع أيضاً لتقدير الأطراف الآخرين، وهنا تكمن الفائدة من وراء التصرف بمعية الغير لأنه يسمح للأطراف جميعاً بتحقيق أهداف لم يكن بوسع أحدهم تحقيقها منفرداً، ولذا سيتقبل كل طرف أن يتم تقييد حريته الفردية بغية التصرف جماعياً مع بقية الأطراف حتى يتم تنفيذ السياسة المشتركة تجاه الشركة⁽⁴⁾.

لقد عرضت مسألة وجود إتفاق ملزم على مجلس السوق المالية الفرنسية حين أصدر قراراً يتعلق بقضية التصرف بمعية الغير القائم بين شركتي Bolloré و Bouygues وهو القرار رقم 198 بتاريخ 13

¹-Dominique SCHMIDT, action des concert, Répertoire des sociétés, DALLOZ, 2006, p 4.

²-T. com Nîmes, 18 fév 1992, Bull Joly 1992, p536, note : P-LECANNU.

³-CA Paris. 1^{er} chambre, sect, JCP éd E 1991, II, 215, note : T- Froschbach. Bull Joly 1991, p 771, note : A- VIANDIER.

إلا أن القضاء الفرنسي غير من مساره تجاه الطابع الملزم في الإتفاقات بمعية الغير، إذ توحى قرارات حديثة أن هذا القضاء بات لا يؤكد على هذا الطابع، راجع قضية Sacyr Fiffage أين ذهبت محكمة باريس إلى القول بأن المادة 10-233 من القانون التجاري الفرنسي (المادة 65 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 10/93) لا تشترط في أن يكون الإتفاق بمعية الغير مكتوباً أو يكتسب طابع الإلتزام، فطابع الإلتزام يعد مؤشراً مكتملاً للتصرف بمعية الغير، راجع:

Le NABASQUE, note sous CA Paris, 2avril 2008, Bull Joly société, 2008, p441. B- ZABALA, note sous CA Paris 24 juin 2008, Bull Joly sociétés, 2008, p 589. Frank Martin La Prade, note sous CA Paris, 24 juin 2008, Gecina, Rev soc 2008, p 644.

⁴-Dominique SCHMIDT, action de concert, op.cit, p5.

نوفمبر 1998، وكان النزاع بين الشركتين ينحصر في مدى إستمرارية الإتفاق بمعية الغير المدعى بوجوده فخلص المجلس إستنادا على وجود حالة اللاتفاق بين الطرفين إلى أن التصرف بمعية الغير يجب أن ينشأ بناء على وجود إرادة مشتركة بالتصرف جماعيا، وأن تلك الإرادة تكون سابقة على العقد المبرم بين الأطراف بمعناه المادي، وعليه فإن الإتفاق الذي تحدثت عنه المادة 233-10 من القانون التجاري الفرنسي (المادة 65 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 10/93) الذي سمته بالإتفاق بمعية الغير ليس المقصود به الإتفاق ذاته الذي يحدد من خلاله الأطراف حقوقهم وواجباتهم المتبادلة في ظل التصرف بمعية الغير، إلا أن الفقه إستخلص من هذا القرار رغم عدم دقته كما يرى البعض، أنه فعلا لا يمكن أن يكتفى⁽¹⁾ بوجود إتفاق مبرم بين الأطراف في التصرف بمعية الغير، لأن مثل هذا التصرف يفترض وجود إرادة مشتركة في أعمال سياسة مشتركة تجاه شركة ما، كما إستخلص البعض من هذا القرار أيضا أن نشأة الإتفاق بمعية الغير قد لا ينحصر في تلاقي إرادات الأطراف فقط بل قد ينشأ لمجرد وجود إرادات متوازية ترمي إلى تحقيق هدف مشترك.⁽²⁾

لأشك أن موقف المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي جلي في تكييف التصرف بمعية الغير على أنه إتفاق، فذلك لأن هذا النوع من التصرف لا يتم عادة إلا من خلال إتفاقات بين الأطراف يخططون من خلالها عملية إكتساب الأسهم بشكل مترامن أو منظم وتكون هذه الأسهم متضمنة لحقوق التصويت، ويسعى الأطراف هؤلاء إلى بناء مساهمة معتبرة في رأسمال الشركة المقيدة بالبورصة مما يمكنهم من أعمال سياسة مشتركة في هذه الأخيرة.⁽³⁾

لقد ظل مفهوم التصرف بمعية الغير غامضاً رغم وضوح موقف المشرع تجاهه، لأن جانبا من الفقه يذهب إلى خلاف ما يراه المشرع، ويرى بأن التصرف بمعية الغير ليس إتفاقا وإنما واقعة قانونية، ولذا يمكن القول بأن التصرف بمعية الغير ليس أثراً من آثار تنفيذ العقد، وإنما مجرد سلوك أو واقعة يرتب عليها المشرع آثارا قانونية⁽⁴⁾، غير أن هذا الرأي يسهل الرد عليه بالقول أنه إلى جانب كون هذا الرأي يتجاهل فحوى نصوص القانون لأنها مجمعة على إعتبار التصرف بمعية الغير إتفاقا فهو يوسع من هذا المفهوم بأن يعتبره مجرد واقعة قانونية، ولا تخفى ما في هذه التوسعة من ضرر وإضعاف للأمن القانوني من منظور الجمهور المستثمر والشركات المقيدة والمساهمين، وفتح الباب أمام تصرفات بمعية

¹-Revue de comité des marchés financiers, n° : 14 décembre 1998, p74.

وعلى ضوء هذا القرار، أمكن للبعض أن يستنتج وجود طبيعتين مختلفتين في التصرف بمعية الغير فهو من جهة قد يطغى عليه الطابع السياسي، وقد يطغى عليه مجرد طابع رأسمالي، كما أن هذا القرار حاول أن يفصل بين مفهوم إتفاق المساهمين وبين التصرف بمعية الغير، دون التطرق إلى مدى تطبيق إتفاق المساهمين في حد ذاته الذي يعد من إختصاص السلطة القضائية وليس مجلس السوق المالية، راجع بشأن الإنتقادات الموجهة:

Anne Catherine MULLER, Droit des marché financier et droit de contrats, Economica 2007, p404. Jean Jaque DAIGRE, de l'action de concert, Après la décision du CMF du 13 novembre 1998, JCP éd E, 24 mars 1999, n° : 12, p568.

²-لأن الأطراف يمكنهم إثبات أنهم أحرار في إتخاذ القرارات والإختيارات وإثبات أنهم لا يبنون وضع سياسة مشتركة تجاه الشركة.

³-Daniel OHL, Frank Martin La Prade, op.cit, p 92

⁴- C- GOYET, Le critère de l'action de concert selon Dominique SCHMIDT, éléments de discussion, in Mélanges à l'honneur de SCHMIDT, Joly éd 2005, p296.

الغير غير حقيقية رغم أنه مصرح بها من طرف أطرافها سعيا منهم للحصول على مزايا المركز القانوني الناتج عن التصرف بمعية الغير.⁽¹⁾

وأمام هذا الوضع الذي يختلف فيه الفقهاء حول طبيعة التصرف بمعية الغير يظل ثابتا أن هذا التصرف هو إتفاق في جوهره، تدخل فيه إرادة الأطراف بقدر كبير، وبهذا يمكن تمييزه عن المفاهيم القريبة منه، وفي هذه المفاهيم نجد تصرفا جماعيا بالفعل لكنها تبقى من قبيل الوضعيات التي تختلف عن التصرف بمعية الغير الذي قصدته المادة 65 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 10/93، يتميز التصرف بمعية الغير عن السلوكات المتوازية أين يتبنى طرفان سلوكات على خط واحد من أجل بلوغ هدف محدد، ويرد هذا الوضع بكثرة في ظل قانون المنافسة، خاصة عند التصدي لتكليف إتفاقات أو ممارسات مدبرة، ويفترق التصرف بمعية الغير عن هذه الوضعيات من ناحية أنه يستند إلى وجود إتفاق أو عقد ملزم للأطراف، أما الوضعيات المذكورة فإنها تقوم على جملة من الأهداف المشتركة دون أن تكون تلك الأهداف سببا للإلتزام، كما تعد هذه المفاهيم مرتبطة بقانون المنافسة ولا تندرج ضمن قانون البورصة، ويقصد بها قيام المتعاملين الإقتصاديين من خلال الوسائل الموجودة في السوق التجارية بإعتماد سلوكات متوازية، فوجود مثل هذه السلوكات المتزامنة فذلك قد يدل على وجود إتفاق فيما بينهم، أما في البورصة فإن المتعاملين لا يملكون خيارات كثيرة إذ لا يمكن أن تخرج عن إمتلاك الأسهم أو التنازل عنها ، وفي هذه الإختيارات يشترك المساهمون داخل البورصة وحدثها مفترض، كما أن التصرف بمعية الغير يعتبر تصرفا مشروعا في نظر القانوني البورصي.⁽²⁾

كما يميّز التصرف بمعية الغير عن الرؤية المشتركة، إذ قد يقع أن يتقاسم مساهمان أو أكثر رؤيتهما المشتركة حول سياسة الشركة فتتقارب كنتيجة لذلك إتجاه التصويت بسبب التوافق الموجود لدى هؤلاء المساهمين، ففي هذا الوضع يمكن القول أنه ليس هناك تصرف بمعية الغير طالما بمقدور كل منهم تعديل رأيه أو تصويته بكل حرية، إذن فوجود توافق أو رؤية مشتركة ليس دليلا على وجود إستراتيجية مشتركة يراد تنفيذها.⁽³⁾

وقد يسأل البعض عن الفائدة من وجود مثل مفهوم التصرف بمعية الغير في التشريع البورصي الجزائري، حيث يبدو قصور النظام القانوني المخصص له لأن المشرع لم يرتب عليه أثارا ذات أهمية مقارنة مع نظيره الفرنسي الذي أحاط التصرف بمعية الغير من جميع جوانبه، رغم أن الفقه لا يزال ينتقد

¹-Dominique SCHMIDT, action de concert, op.cit, p5.

²-جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 69.

J- MASTRE, Des comportements parallèles à l'action commune, RTD civ 1992, p 755.

إن توازي السلوكات يعد مشروعا في حد ذاته طالما كان عفويا، ولم يكن نتيجة لأعمال مدبرة وتنتج السلوكات المتوازية أو المتماثلة عادة عن تبادل المعلومات، راجع:

Camille BAZIN, Quels sont la place et rôle de la notion de pratique concertée en droit de la concurrence ? Master de droit européen des affaires, Université de Paris, 2011, p15.

³-Dominique SCHMIDT, action de concert, op.cit, p6.

هذا الأخير في مسائل محددة، صحيح أن المشرع الجزائري كان يسعى من خلال تنظيم التصرف بمعية الغير تعزيز إلتزامات الإعلام الواقعة على المساهمين في الشركة المقيدة، بجعلهم يلتزمون بالتصريح في حال تجاوز حدود المساهمة المبينة قانونا، مع إلتزامهم أيضا بالإفصاح إن كان ذلك التجاوز قد تم بشكل فردي أو أنهم يتصرفون جماعيا، إذ أوجبت المادة 3 من النظام رقم 03/03 الصادر عن لجنة تنظيم عمليات البورصة، أنه إلى جانب التصريح بتجاوز حدود المساهمة يتعين على الشخص المعنوي أو الطبيعي المعني أن يعلن عن الأهداف التي ينوي متابعتها خلال 12 شهرا القادمة، ويتضمن هذا التصريح عن النوايا العديد من المسائل منها أن يبيّن إن كان المعني يتصرف بمفرده أو بمعية شخص أو عدة أشخاص، ولا يخفى فائدة مثل هذا التصريح فهو يسمح بحساب مجموع الأسهم المملوكة من طرف جميع الأطراف التي تتصرف جماعيا، وبالتالي تحديد مقدار المساهمة الجماعية لهؤلاء في رأسمال الشركة المقيدة، ولا تخفى أيضا فائدة هذا التصريح في تمكين مساهمي الشركة المقيدة من حماية أنفسهم وإتخاذ تدابير وقائية تجاه عمليات الإستحواذ التي يباشرها أطراف التصرف بمعية الغير.⁽¹⁾

وعلى ضوء هذه المقاصد التشريعية التي تبناها المشرع الجزائري فإنه يظل بعيدا عن المشرع الفرنسي الذي يعتمد رؤية واسعة تجاه مفهوم التصرف بمعية الغير، لأن المشرع الفرنسي لا يستعمل هذا المفهوم بالنظر إلى تجاوز الحدود فقط والتصريح بها، وإنما يستعمله للعمل على الكشف وتحديد ما إذا كان الأطراف في التصرف بمعية الغير يسعون وراء الإستحواذ على رقابة الشركة المقيدة، وإذا كان كذلك فإنه يضاف إلى إلتزامهم بالتصريح إلتزامهم بإيداع عرض عمومي بالشراء حتى يتمكن مساهمو الشركة من بيع أسهمهم في أحسن الظروف.⁽²⁾

ويرتّب المشرع جزاءات على الأطراف في التصرف بمعية الغير إذا لم يراعوا إلتزام التصريح، إذ قضت المادة 65 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 10/93 المذكور على أنه لا تحظى الأسهم المملوكة بتجاوز الحدود الدنيا - بسبب عدم التصريح بها قانونا - بحق التصويت في كل جمعية للمساهمين، يمكن أن تعقد في الأعوام الثلاثة الموالية لتاريخ التسوية التي يقوم بها الشخص المعني.

إن النص يمكن سحبه على جميع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يسعون إلى تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة المقيدة، ففي حال مجاوزة حدود المساهمة المبينة في المادة 65 مكرر، ولم يراعوا

¹-رغم ذلك فإن دور التصرف بمعية الغير ليس حمائيا، إذ ليس الهدف الأساسي حماية المساهمين ضد الخطر الذي يجلبه المساهمون الجدد الذين يسعون للإستحواذ على الشركة، وإنما يكمن الهدف الأساسي في تأمين الشفافية والأمن والمساواة بين المساهمين في البورصة، فالجمهور لا يحتاج فقط إلى معرفة توزيع رأسمال الشركة بقدر أهمية التعرف على العناصر المحددة لتطور رأسمال المرتقب وما ينعكس على ذلك من تحديد القيمة العادلة للأسهم، ومعرفة الوقت الملائم للتنازل عنها أو إمتلاكها، ومن هنا تصبح مسألة العلم بتوزيع رأس المال ضرورية وليس فقط فيما يتعلق بالمساهمين الفرادى بل أيضا نشاط المساهمين المتجمعين والمنظمين الذي يتبعون سياسة مشتركة، راجع

Daniel OHL, Frank Martin LAPRADE, op.cit, p 93.Pierre Bézard, Connaissance de l'actionnariat, RJ com 1990, n° : spécial, in : La stabilité du capital et de pouvoir dans les sociétés par actions, p16. Arnaud CARRIERE, L'action de concert : de l'identification des concerts occultes dans les sociétés cotées, Master, Université René Descartes, Paris 2010, p6.

²-Frank Martin LAPRADE, Action de concert, jurisclesseur droit commercial, Fascicule1691,mai 2009.

شكليات التصريح بالمجازة أو التصريح بالنوايا، تفقد الأسهم المملوكة من طرفهم حق التصويت المتعلق بها خلال ثلاث سنوات تلي تجاوز المساهمة.⁽¹⁾

الفرع الثالث: إتفاقات المساهمين والشركة القابضة

لا تعد الشركات القابضة شكلا جديدا من أشكال الشركات التي يعرفها التشريع الجزائري، وإنما هي مجرد تجمّع يتم تكوينه من أجل حيازة أو تسيير مساهمة مالية في شركات أخرى، ولذا قد تكون ذو هدف مالي فقط أو صناعي، وتعتبر الشركة القابضة وسيلة للتنظيم المالي والبنوي في مجمّع الشركات وتتيح الرقابة فيه وتفعيل التوجيه الإقتصادي لجميع الشركات المدرجة في المجمع.⁽²⁾

وتندرج الشركة القابضة ضمن مفهوم المجمعات القائمة على روابط رأس المال في حال توفر أمران أساسيان، هما إمتلاك شركة ما لحصة معتبرة من الأسهم في شركة أو شركات أخرى وعلى أن يكون هدف هذه الشركة ليس مجرد توظيف أموالها في رأس المال وإنما هدفها الرئيسي السيطرة والتأثير في الشركة، لينبثق على هذا الأساس مجمعا ماليا قائما على روابط مالية قوامه شركة أم [Société mère] والعديد من الشركات الأخرى المتّحدة معها من خلال روابط ضيقة وظاهرة للغير، وإذا كانت الشركة الأم هذه لا تمارس أيا من النشاطات الصناعية أو التجارية، بل تختص فقط بحيازة الأسهم بالشكل الذي يؤمن لها السيطرة على كامل المجمع سمّيت في هذه الحالة بالشركة القابضة.⁽³⁾

ومن الناحية العملية تكتسي الشركة القابضة عادة شكل شركة مساهمة⁽⁴⁾، لتؤدي غايات كثيرة منها أنها من الآليات الهامة في مجال هندسة الشركات، إذ تعد الشركة القابضة آلية لإعادة هيكلة شركة أخرى وبناء ذمتها من جديد، كما تعد الشركة القابضة وسيلة للإشراف على الشركات المتخصصة في تسيير الخدمات من جهة وعلى الشركات المتخصصة في تسيير الأموال كالشركات العقارية مثلا⁽⁵⁾، وتكمن مزايا اللجوء إلى الشركة القابضة في كونها وسيلة ملائمة لجعل السلطة أكثر إستقرارا داخل الشركات الأخرى المرتبطة بها، من خلال الحصول على الرقابة في هذه الشركات دون بذل تكاليف غير إعتيادية خاصة إذا تم اللجوء إلى طريقة الرفع القانوني [Levier juridique] وهي تركيب من الترايب القانونية في الشركات التجارية [Montages de droit des sociétés]، يسمح للأشخاص الساعين إلى

¹-يضيف المشرع الفرنسي جزءاً آخر يتمثل في فقدان الشخص المعنوي الملزم بالتصريح حقه في إيداع مشروع يعرض عمومي بالشراء، راجع:

Paul LECANNU, note sous T.com Nîmes, 6 mars 1992, Bull Joly, 1992, p536. H- LENABASQUE, note sous CA Paris, 1^{er} chambre, 18 nov 2003, Bull Joly 2004, p232. T- BONNEAU, note sous T.com Paris 10 juin 2003, JCP éd E. 2003, I. 16029. Cass. Com, 10 mai 2006.

²-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 874.

³-Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p629.

⁴-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 874.

⁵-Y- REINHARD, La holding familial, Déferions, 2001, p291.

الحصول على الرقابة في شركة ما القيام بتأسيس شركة متخصصة لهذا الهدف وهذا على فرض أن هؤلاء الأشخاص لا يملكون رؤوس الأموال المناسبة لهذا عملية، وهذه الشركة التي يتم تأسيسها هي الشركة القابضة، وهي التي تبادر بالحصول على الرقابة في الشركة المستهدفة، غير أن تمويل الشركة القابضة يتم من خلال القروض الممنوحة من طرف المؤسسات المالية، وتتمكن هذه المؤسسات الممولة من إسترجاع القروض من الأرباح التي توفرها الشركة المستهدفة في حال تحسّن أدائها، وكأن الشركة القابضة وسيط بين المؤسسات المالية من جهة والأشخاص الساعين إلى الرقابة من جهة أخرى.⁽¹⁾

لقد إرتبطت الشركة القابضة بمفهوم الرقابة، لذا فهي بهذا تتميز عن الشركة التي تختص بتسيير حافظة القيم المنقولة والتي يسميها الفقهاء بالشركة الأم وهي الشركة التي تحوز في رأسمال شركة أخرى ما يتجاوز 50 % مما يجعل هذه الأخيرة فرعا للأولى، أو شركة تابعة لها كما يسميها المشرع الجزائري في المادة 729 من القانون التجاري، وكأن أساس الربط في هذه الحالة هو علاقة رأس المال بالمعنى الصرف، أما الشركة القابضة فدورها يختلف عن الشركة الأم في كونها تسعى لرقابة الشركات المرتبطة بها حتى وإن لم تكن حائزة لنسبة 50 % من رأسمال الشركات الأخرى، ويصعب حقيقة إيجاد تعريف دقيق للشركة المراقبة أي الشركة القابضة، وبالرغم من تعدد النصوص القانونية المنظمة لها إلا أنها لا تسعف في وضع تعريف خاص بها⁽²⁾، المشرع الجزائري وبتوجيه ربحي أو ذرائعي لم يقف عند مفهوم واحد في الرقابة، والسبب في تشعب مفهوم الرقابة يرجع أساسا إلى الحقائق العملية في الشركات وتعدد الأهداف بصددها، ويعد نص المادة 731 من القانون التجاري ركيزة هامة في مفهوم الشركة القابضة إذ جاء فيها " تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق أحكام هذا القسم:

- عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأس المال لها يخول أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة هذه الشركة.

- عندما تملك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب إتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين على ألا يخالف هذا الإتفاق مصالح الشركة.

- عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعيات العامة لهذه الشركة ..."

¹-تدعى هذه التقنية بـ LBO (Leverage buy out) ويرجع منشأها إلى القانون الأمريكي، راجع:

J- BERTEL, Ingénierie juridique : comment dissocier le pouvoir et la détention du capital dans une société, Dr et Pat, septembre 2001, p34. Antoine PEPIN, LBO en difficulté : Diagnostics, intervenants et solutions, Master, Université de Paris Dauphine 2012, p5. Renée KADDOUCH, LBO : actions de préférence ou pactes d'actionnaires, JCP éd E, 2006, n° : 24, 1953.

²-Farage HMODA, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse, Université de Franche comté, 2013, p39.

يتضح من النص أن مفهوم الشركة القابضة لدى المشرع الجزائري يرتبط بشكل جوهري بحقوق التصويت فالعبارة في إمتلاك الرقابة هنا هو مدى حيازة الأغلبية في حقوق التصويت التي تهيء الشركة القابضة لأن تكون مهيمنة على قرارات الشركات الأخرى.

وإذا كانت الرقابة متعلقة بالأغلبية في حقوق التصويت فإن بلوغ الرقابة في هذا المجال ينشأ على أساس معايير متعددة، فالفقرة الأولى من المادة تأخذ في الحسبان الرقابة المكتسبة نتيجة لحيازة شركة ما أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة لشركة أخرى، والمراد هنا أغلبية حقوق التصويت سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وتطبيقاً لذلك فإن حيازة أكثر من 50 % من حقوق التصويت في الجمعيات العامة في شركة أخرى يجعل من الشركة شركة مراقبة⁽¹⁾، وعلى ضوء هذه الفقرة يبدو أن بلوغ أغلبية حقوق التصويت قد لا ترتبط بحيازة قدر معين من رأس المال، لذلك قد تصبح شركة ما مراقبة لشركة أخرى بمجرد بلوغها نسبة 50 % من حقوق التصويت في حين أن مساهمتها في رأس المال قد تقل بكثير عن هذه النسبة⁽²⁾، وبالفعل يمكن أن تؤدي إلى هذه النتيجة طبيعة الأسهم المصدرة من طرف الشركة لأنها قد تلعب دوراً موسّعاً في نطاق حقوق التصويت المملوكة من طرف الشركة القابضة، وذلك إذا وجدت فئة من الأسهم تمنح حقوقاً للتصويت دون تناسب مع عددها وهي الأسهم التي يجوز إصدارها وفقاً لما تقضي به المادة 715 مكرر 44 من القانون التجاري التي نصت على أنه يجوز تقسيم الأسهم العادية الإسمية إلى فئتين إثنين حسب إرادة الجمعية العامة التأسيسية، تتمتع الفئة الأولى بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها...، وأمام هذا الوضع تقول Goffaux – Callebaut أن حق التصويت قد بدأ في فقدان بريقه أمام التفرّعات الكثيرة في كيفية إكتسابه⁽³⁾.

أما الفقرة الثانية فإنها تضع معياراً آخر في إمتلاك رقابة شركة ما من طرف الشركة القابضة باللجوء إلى معيار التأثير الحاسم في نشاط الشركة الخاضعة للرقابة، وذلك حين تتمكن شركة ما من الحصول على الأغلبية في حقوق التصويت في شركة أخرى بناء على إتفاق يتم إبرامه مع مساهمي هذه الشركة، أي أنه إتفاق المساهمين يمنح بمقتضاه هؤلاء حقوقهم في التصويت المتعلقة بأسهمهم إلى شركة ما أي من الغير مما يمكنها من إمتلاك الرقابة، فبإدراج هذا المعيار أي إتفاق المساهمين وجعله طريقاً لإمتلاك الرقابة يكون المشرع قد إعترف بوجود إتفاقات المساهمين وهذا ما يهمننا في سياق الدراسة، والحقيقة أن هذا الإتفاق الذي ينظم حقوق التصويت يعد من بين إتفاقات المساهمين المعروفة، حيث تتوقف

¹-Pierre MOUSSERON, cession de contrôle, Répertoire des sociétés, DALLOZ, 2000, p2.

²-بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 731 من القانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح (Détenion) الذي يختلف عن (Disposition) أو (Possession) ويعرّف من الناحية الإصطلاحية بأنه: " التحكم المادي في الأموال إستقلالاً عن السندات المثبتة لها"، وكما يرى Chaveriat أن الرقابة يجب أن تحدد بالنظر إلى حقوق التصويت وليس إلى حجم المساهمة في رأس المال، راجع:

Lexique des termes juridiques, DALLOZ, 2010, p254. Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, Puf, Paris 1987, p266. Anne Chaveriat, Mémento pratique, Francis Lefebvre, 2008, p18.

³-Géraldine GOFFAUX- Callebaut, du contrat en droit des sociétés, op.cit, p127. Philippe MERLE, droit commercial : sociétés commerciales, op.cit, p326.

صحة هذا الإتفاق على أن لا يكون مخالفا لمصلحة الشركة التي ينتمي إليها المساهمون، وكذا تكون هذه الإتفاقات المتعلقة بالتصويت ذات آثار مؤقتة أو قد تكون مجرد توكيل، وإذا اعتبرت صحيحة جاز للشركة المراقبة التي أصبحت قابضة بممارسة حق التصويت بدلا عن المساهمين الذين منحوا لها حقوقهم في التصويت.⁽¹⁾

إنه من السهل حقيقة القول بأن الإتفاق المبرم بين الشركة القابضة والمساهمين في الشركة الخاضعة لرقابتها هو من بين إتفاقات التصويت، لأن الإتفاق المذكور يتعلق أساسا بحق التصويت وبناء عليه يتنازل مساهمو الشركة الخاضعة للرقابة عن حقوقهم في التصويت لمصلحة الشركة القابضة، إن إتفاقا بهذا الشكل يعد غير مشروع في الأصل، لأن حق التصويت من أهم الحقوق المرتبطة بصفة المساهم ولذا يعتبر من النظام العام فلا يجوز حرمان المساهم منه إلا إذا إقتضى المشرع ذلك، إلا أن المشرع إعترف بصحته صراحة بصدد الشركات القابضة، وبالتحديد عندما تتمكن من رقابة شركة أو شركات أخرى بناء على إتفاق مبرم مع مساهمي هذه الشركات، يكون الهدف من هذا الإتفاق تنظيم السلطة داخل مجمّع الشركات، إنطلاقا من الحرية التعاقدية في هذا المجال، وإذا كان مثل هذا التنظيم الإتفاقي ممكنا من خلال إتفاقات التصويت فإن مثل هذه الأخيرة لا ينحصر وجودها في مجمّع الشركات أي الشركة القابضة والشركات التابعة لها، وإنما يمكن إبرامها بين المساهمين خارج المجمع⁽²⁾ لتنظيم حق التصويت في الجمعيات العامة، وعلى العموم سنكتفي هنا بالقول أن المشرع الجزائري يجيز اللجوء إلى إتفاقات المساهمين بغية تنظيم الرقابة داخل مجمّع الشركات بناء على إتفاقات التصويت، التي تصبح مشروعة من هذا المنظور⁽³⁾، ولعل السبب في مشروعيتها هنا أن التنازل لا يقع على حقوق التصويت فقط بل يرد على الأسهم جميعها فيتنازل المساهمون عن حصصهم لمصلحة الشركة القابضة، فالفقهاء في هذه الحال لا يركزون نظرهم على مدى مشروعية الإتفاقات المبرمة بقدر ما يركزون على مشروعية إنشاء شركة قابضة.⁽⁴⁾

¹-Farage HMODA, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, op.cit, p41.

²-لقد ارتأينا هنا أن نكتفي بعرض موقف المشرع الذي يعترف بإتفاقات المساهمين كتجسيد لحرية التعاقد، وسنترك تفصيل ومضمون إتفاقات التصويت فيما يأتي عند عرض محتوى إتفاقات المساهمين، وحينها سنبين مضمون إتفاقات التصويت ومدى صحتها.

³-كما أن الرقابة لا تنحصر فقط في مجمّع الشركات، فهي أعم وأشمل، يستطيع المساهمون تنظيمها بمقتضى إتفاقات المساهمين، والتي تندرج ضمن الإتفاقات المنظمة للسلطة داخل الشركة التجارية.

R- MARRU, un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés, Petites affiches, 5 aout 1996, n° :94, p4. J- PAILLUSSEAU, Le fondement du droit moderne des sociétés, JCP 1984, 3148, p56. M-STORCK, Définition légale du contrôle d'une société en droit français, Rev soc 1986, p385.

⁴-هناك أسباب عديدة تجعل من المساهمين يتنازلون عن حقوق التصويت لمساهمين آخرين أو للغير أو للشركة القابضة، منها أن هناك بعضا من المساهمين الحائزون لحقوق التصويت لا يهتمون بتسيير الشركة كما أن المساهمين الصغار أي أصحاب المساهمات الضئيلة لا يدركون في الغالب مصالحهم المشتركة ولذا هم لا يهتمون بالمشاركة في الجمعيات العامة خاصة إذا كانوا أجراء أو موظفون، كما أن عددا كبيرا من المساهمين يرون أنفسهم كدائنين للشركة لا يستردون أموالهم إلا بعد حل الشركة فلا يتدخلون في التسيير، في حين أن إدارة الشركة تحتاج دائما لوجود مساهمين دائمين يتمتعون بكفاءة حول مسائل الشركة خاصة إذا اتسع نشاطها، وفي الأخير قد يكتفي المساهمون بقبض الأرباح دون الإشتغال بممارسة حق التصويت، ولذا يتنازلون عنه لآخرين، راجع:

Géraldine GOFFAUX- CALLEBAUT, du contrat en droit des sociétés, op.cit, p128.

المبحث الثاني

مضمون إتفاقات المساهمين

إن اللجوء إلى إبرام إتفاقات المساهمين يحفزّه تنوّع فئات المساهمين وإختلاف دوافعهم، إذ لا يمكن أن تحجب هذه الأخيرة لمجرّد إبرام عقد الشركة الذي يفرض فعلا أن المساهمين تجمعهم أهداف مشتركة يريدون تحقيقها من وراء إنشاء الشركة ألا وهي المصلحة المشتركة، رغم ذلك يظل المساهمون يسعون وراء تحقيق مصالحهم الشخصية، كالبحت عن السلطة والمشاركة النشطة والمؤثرة في إتخاذ القرارات داخل الشركة، أو على النقيض من ذلك العمل على جعل المساهمة في الشركة إستثمارا مربحا دون الإهتمام بمسائل الشركة، إن الدوافع الشخصية الموجودة لدى المساهمين ليست من صميم عقد الشركة، لأن هذا الأخير يقوم أساسا على المصلحة المشتركة، التي تسمح بالتقريب بين المساهمين رغم وجود مصالح شخصية تدفعهم، ومن هذا المنظور تتموقع إتفاقات المساهمين تموقعا يختلف عن القانون الأساسي، إذ تنفصل عنه شكلا ومضمونا، فمن ناحية الشكل تكون هذه الإتفاقات مستقلة من الناحية المادية عن القوانين الأساسية، أما من ناحية المضمون فهي تحتوي مسائل لم يتضمنّها القانون الأساسي ولكن بما لا يتعارض مع ما ينص عليه هذا الأخير.

وتجسد إتفاقات المساهمين حقيقة توازن القوى بين مختلف فئات المساهمين مادامت تنبعث من المصالح الخاصة لدى هؤلاء، فكل فئة تسعى إلى تثبيت مصالحها بمقتضى الإتفاقات، ولا يجعل هذا الطابع من إتفاقات المساهمين متعارضة مع غايات عقد الشركة، وإنما قد يجعل هذا الأمر من هذه الإتفاقات أداة لضمان التماسك بين المساهمين من خلال إحداث توازن بين الفئات والمصالح المتنوّعة، وعلى هذا الأساس تكمل إتفاقات المساهمين عقد الشركة وتيسّر تحقيق الغاية المرجوة منه.

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة حرية الأفراد في التعاقد أو رفض التعاقد، وفي تحديد مضامين العقد بالإتفاق، مع مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة، وأن يتم التعبير عن الإرادة دون إستراط آخر، وإتفاقات المساهمين تخضع بدورها إلى هذا المبدأ بدءاً من إبرامها إلى غاية انتهائها، أما عقد الشركة فإنه يخضع إلى قواعد أمرّة، كشركة المساهمة التي تخضع إلى قاعدة الأغلبية وسلّمية الأجهزة وتخصّصها.

وتعد إتفاقات المساهمين عقودا ذات تراكيب متغيرة إذ تختلف بإختلاف المسائل المشتملة عليها، وتضع على عاتق المساهمين إلتزامات خاصة مقابل إكتسابهم لحقوق معينة وهو ما يجعل من إتفاقات المساهمين قابلة للتعديل وإعادة تكييفها وفقا لمصالح المتعاقدين، الذين يلتزمون بها دون بقية المساهمين غير الموقعين عليها، فهؤلاء من الغير في مواجهة أطراف إتفاقات المساهمين.

وترتبط إتفاقات المساهمين بعقد الشركة وجوداً وهدماً، إذ لا يتصور وجود إتفاقات المساهمين دون وجود شركة قائمة، وكذا تنقضي هذه الإتفاقات إذا زالت صفة المساهم عن أحد أطرافها، وكذا لا يتصور بقاء إتفاقات المساهمين بعد إنحلال عقد الشركة.

تشارك إتفاقات المساهمين جميعها - رغم تنوعها - في كونها نتاجاً للواقع، و كذا إحتياج أطرافها إلى تكريس حرية التعاقد، حيث يسعى محررو هذه الإتفاقات إلى الاستجابة بقدر الإمكان إلى تصورات المساهمين وكيفية تنظيم المسائل المتفق عليها، وتدور هذه المسائل عادة حول بنية الشركة وأدائها، أي حول رأس المال كعنصر جوهري في بنيتها وحول مسائل التسيير.

نحاول في هذا المبحث التعرّض إلى مختلف الإتفاقات والشروط التي يتفق عليها المساهمون في سبيل تنظيم مسائل رأس المال والتسيير، وعلى كل فإن المواضيع التي تحتويها هذه الإتفاقات والغايات المرجوة منها تلعب دوراً هاماً في تصنيفها، كأن تهدف إلى مراقبة المساهمة في رأسمال الشركة بغية حماية المساهمين من دخول آخرين غير مرغوب فيهم، أو تهدف إلى تحديد نسب المساهمة أو تنظيم عملية توزيع الأرباح والخسائر، وغير ذلك من المسائل التي ترتبط برأس المال (المطلب الأول)، غير أن إتفاقات المساهمين لا تقتصر على تنظيم العلاقات المالية بين المساهمين بل تمتد لتشمل علاقاتهم السياسية داخل الشركة، كتنظيم حق التصويت أو تعيين المسيرين وضبط تكوين أجهزة الشركة أو بصفة عامة مسائل التسيير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إتفاقات المساهمين المتعلقة برأسمال الشركة

تتضمن إتفاقات المساهمين المتصلة برأسمال الشركة على جميع الشروط والإتفاقات التي تهدف إلى المحافظة على التوازن في رأسمال الشركة على الشكل الذي كان عليه منذ التأسيس، ولكن آثار هذه الإتفاقات لا تؤدي حتماً إلى تجميد رأس المال وكبح تطوره، لأن حياة الشركة معرضة الى تغيير الأوضاع وجوانب الذمة المالية فيها، وإنما تؤدي هذه الإتفاقات والشروط إلى ضمان عدم إحداث تغييرات في رأسمال الشركة مما يفضي إلى وقوع اضطراب عميق في التوازنات الأساسية، وتنقسم هذه الإتفاقات إلى فئات ثلاثة، فئة موجهة إلى المحافظة على التوازن التأسيسي في رأس المال (الفرع الأول)، وفئة تهدف إلى مراقبة تطور رأسمال الشركة (الفرع الثاني)، وفئة ترمي إلى تنظيم الخروج من رأسمال الشركة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إتفاقات المساهمين الرامية إلى المحافظة على التوازن التأسيسي في رأس المال

ترمي هذه الفئة من الإتفاقات المبرمة بين المساهمين إلى الإبقاء على توزيع رأس المال بحسب ما أتفق عليه عند تأسيس الشركة بغية تفادي أي تغيير غير مرتقب في رأسمال الشركة أو تطوّر يؤدي إلى المساس بالتوازن الذي كان قد حدده المساهمون عند التأسيس، ويعد خطر التميّع أهم الأخطار التي تبرم بشأنها مثل هذه الإتفاقات، ويقصد بالتميّع هنا إضمحلال مساهمات الأطراف في رأس المال بسبب عمليات التنازل عن الأسهم أو نتيجة لعمليات ترد على رأس المال كالزيادة مثلا، فيلجأ المساهمون إلى الإتفاق حول شروط تسقيف المساهمات (أولا)، وإلى الإتفاق حول شروط المنع من التنازل (ثانيا).

أولاً: شروط تسقيف المساهمات في رأس المال

Clauses de plafonnement des participations
قد يقع عادة أن يتفق المساهمون على تبني سياسة مشتركة داخل الشركة، فيعملون على تقوية مراكزهم باللجوء إلى آليات التعاقد، وبالسعي إلى جعل حركة المساهمة داخل الشركة مستقرّة، فيصبح كل مساهم مرتبط بالمساهمين الآخرين، فإذا انسحب أحدهم أو خرج من الشركة سيؤثر ذلك في التعاون الجماعي الذي كان موجودا بين المساهمين، لذا يغدو إلزام كل شريك مرهونا ببقاء الشركاء الآخرين، ولا تقوم سياسة المساهمين في هذه الحالة على أساس فردي بل جماعي ليس كما هو الحال بالنسبة للمساهم الذي يحوز الأغلبية بمفرده ويحدد إتجاه التسيير في الشركة، ولذلك يجد هؤلاء المساهمون أنفسهم ملزمون بتأمين إستقرار المساهمة في رأسمال الشركة وتكوينه، وكما يقول DOM إن المنفعة من إبرام إتفاقات التعاون تكمن في الإحتفاظ على الحقائق الحاضرة، من أجل ضمان مستقبل قريب.⁽¹⁾

إن أهم الطرق الكفيلة للحفاظ على التوازن في رأس المال هي الإبقاء على الإعدادات التأسيسية والإبقاء على نفس المساهمين إلى غاية إنتهاء المشروع مما يعني بقاء جوهر الشركة ثابتا. وتقف هذه الطرق في مواجهة خطر التميّع في المساهمات خاصة عند زيادة رأسمال الشركة بطريق مباشر أو في حال الدمج مع شركة أخرى، ففي زيادة رأس المال قد يتعرض التوازن بين الشركاء إلى التغيير، لذا يحتاج هؤلاء إلى شروط إتفاقية تجنّبهم نتائج الزيادة السيئة من هذا المنظور، وبما أن لكل مساهم الحق في الإكتتاب في الأسهم المصدرة بصدد الزيادة، فإنه سيتمكن من المحافظة على مساهمته بالوضع نفسه، إلا أن الإكتفاء بممارسة هذا الحق قد لا تؤدي إلى الغرض المطلوب، لأن المساهم قد لا يهتم بالإكتتاب في الزيادة، كأن لا يرغب في رفع مقدار مساهمته، أو أن الزيادة كانت مخصصة للغير دون أن يتمكن المساهم المهتم بمعارضة هذا التخصيص بسبب عدم توفر الأقلية المعارضة، وهنا تتجلى بعض الإتفاقات التي تمكّن مساهمي الأغلبية أو الأقلية من تفادي هذه الأخطار.⁽²⁾

¹-Jean Philippe DOM, Les montages en droit des sociétés, GLN Joly éditions, paris 1998, p2.

²-Jean Jacques DAIGRE, Monique SENTILLES-DUONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 22.

من بين هذه الشروط شرط منع التميّع [Clause anti dilution]، حيث يتفق مساهمو الأقلية والأغلبية على إلزام الأغلبية بالمحافظة على مقدار مساهمتهم في زيادة رأس المال⁽¹⁾، وبهذا تحافظ الأغلبية على نفس المقدار من المساهمة، ويكون إلزام الأغلبية بالتنازل وارداً في جميع طرق الزيادة أي بإصدار أسهم جديدة، أو إصدار سندات الإستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم، ويقع التنازل بنفس السعر الذي أصدرت به الأسهم الجديدة، ويعد مثل هذا الشرط وعداً بالبيع من جانب واحد معلق على شرط واقف هو زيادة رأس المال، ويعتبر التنازل صحيحاً كلما كان السعر محدداً أو قابلاً للتحديد، وأن يكون محددًا بمدة حتى لا يتحوّل إلى شرط الأسد⁽²⁾، وي طرح مثل هذا الشرط إشكالا حول ثمن التنازل لذا يجب أن تكون الشروط المحددة للثمن دقيقة ولا تدع مجالاً للشك بغية تقادي خطر عدم تحديده⁽³⁾، كما يطرح الشرط من جهة خطر تمييع مساهمة الأغلبية في حد ذاتها لأنهم سيتحمّلون تخفيف رأس المال الذي قد يؤدي إلى فقدان رقابة الشركة بسبب عملية التنازل⁽⁴⁾.

ثانياً: الشروط المانعة من التصرف حول الأسهم Clauses d'interdiction de céder ou d'acquérir

تندرج الشروط المانعة من التصرف ضمن الإتفاقات المبرمة بين المساهمين التي تقوم على إلزام هؤلاء بعدم فعل شيء محدد، وهو الإمتناع عن تداول الأسهم تنازلاً أو إكتساباً، وتستخدم مثل هذه الشروط بخاصية من الخصائص الهامة في الأسهم، إذ تعد قابلية السهم للتداول من الخصائص الجوهرية فيه⁽⁵⁾، إذ يمتلك المساهم كمبدأ عام حق التصرف في أسهمه بحرية، ويعتبر أي قيد أو شرط يرد على هذا المبدأ إستثناءً يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً بما لا يمس جوهره، والتداول هو التنازل عن السهم للغير دون إتباع إجراءات حوالة الحق، وما تقتضيه من قبول الشركة للحوالة أو إعلانها بها حتى تكون نافذة في مواجهتها، وعموماً فالتنازل هنا يتم بالطريق التجاري دون طريق الحوالة المدنية، وحق المساهم في تداول أسهمه حق لا يجوز إسقاطه أو تقييده بما ينافي مقتضاه لكونه مبدأ متصل بالنظام العام، ولكنه بالرغم من ذلك فإن ورود قيود قانونية أو إتفاقية تنظم عملية التداول لا تنفي عنه مباشرة إتصاله بالنظام العام، مادامت لم تبلغ هذه القيود درجة حرمان المساهم منه مطلقاً وإلا أصبحت القيود باطلة بطلاناً مطلقاً⁽⁶⁾.

لقد كرّس المشرع الجزائري قابلية الأسهم للتداول من خلال المادة 715 مكرر 40 التي نصت على أن السهم هو سند قابل للتداول، فالقابلية للتداول تدخل في تكوين السهم⁽⁷⁾، وعليه إذا فقد السهم قابليته للتداول فقد جوهره، ويستنتج من ذلك أن قابلية السهم للتداول من شأنها أن تميّز بين شركة المساهمة

¹-Ghislaine- Bouillet CORDONNIER, Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, n° :325

²-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, répertoire des sociétés, DALLOZ, 2009, p23.

³-Jean Jacques DAIGRE, Monique SENTILLES-DUONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 22.

⁴-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p23.

⁵-غادة أحمد عيسى، الإتفاقات بين المساهمين في الشركات المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص67..

⁶- عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دت ، ص 60.

⁷-Laurent COTRET, La négociabilité des instruments financiers, thèse, université de Reams, p33.

وشركات الأشخاص، حيث تقوم هذه الأخيرة على الإعتبار الشخصي، ولا يكون فيها التنازل عن الحصص ممكنا وناظرا في مواجهة الشركاء والشركة إلا بموافقة بقية الشركاء، بينما تقوم شركة المساهمة على الإعتبار المالي، إذ المهم في هذه الشركة الوفاء بقيمة الأسهم أكثر من الإعتبار الشخصي، ولذلك يجوز أن يتغير الشركاء المساهمون عن طريق إنتقال السهم من مساهم إلى آخر.⁽¹⁾

تؤكد المادة المذكورة على حرية التداول في الأسهم، إلا أن المشرع ينص على قيود تحد من حرية التداول في مواضع محددة، كالقيود المفروضة على الأسهم العينية، والقيود المتعلقة بأسهم الضمان الخاصة بأعضاء مجلس الإدارة⁽²⁾، وهذه قيود قانونية قد ترد على حرية التداول حول الأسهم، ويشترط في هذه الإتفاقات المقيّدة أن لا تجعل المساهم حبيسا، وأن تكون محدودة في الزمن وترمي هذه الإتفاقات المقيّدة لحرية التداول على الأسهم إلى تأمين إستقرار رأسمال الشركة⁽³⁾، وتتضمن شروطا تمنع التصرف في الأسهم وشروطا أخرى تمنع إكتسابها.

أ- شروط المنع من التنازل Clauses d'inaliénabilité de cession

يهدف إتفاق المنع من التنازل إلزام المساهمين الموقعين عليه بعدم التنازل عن أسهمهم، ويندرج مثل هذا الإتفاق في سياق المحافظة على الإستقرار في رأس المال، ويكثر وجود إتفاق المنع من التنازل في البروتوكولات الإتفاقية المبرمة مع المؤسسات المالية أو شركات الرأسمال الإستثماري، وكما توجد في الشركات الفرعية المشتركة [Filiales commune] التي يتساوى فيها نسب المساهمة [50% / 50%] ولذا يساعد الإتفاق المذكور في هذه الحالات على إلزام الأطراف على المحافظة على الأسهم خلال المدة التي يظل فيها البرنامج المالي قائما، وكذا المحافظة على التوازن بين المساهمين⁽⁴⁾، وتؤدي آثار هذا الإتفاق من منع للتنازل إلى تسليح الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة، خاصة إذا كان المساهمون الموقعون عليه ينتمون إلى عائلة واحدة أو توجه واحد، ويؤدي أيضا إلى تمكين مؤسسي الشركة من منع دخول مساهمين جدد قد لا تتفق أهدافهم مع مصلحة الشركة.⁽⁵⁾

ويبدو واضحا أن شرط المنع من التنازل عن الأسهم يتعارض مع حرية المساهمين في التنازل عن الأسهم وتداولها، وتقيد هذه الحرية قد يجعل من السهم يتحوّل إلى حصة من الحصص كما هو الأمر في شركات الأشخاص، ولذا تقضي قواعد القانون المدني أن المنع المطلق في التنازل يخالف هذه القواعد لأن من شأنها إنشاء إلزام أبدي بعدم التنازل، والفقهاء لا يعترفون مطلقا بصحة الإلتزامات الأبدية، ومن هذا المنطلق أصبح ينظر إلى إتفاق المنع من التنازل عن الأسهم على أنه إتفاق باطل إذا كان يفرض على

¹-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 68.

²-راجع المادة 619 من القانون التجاري

³-Yves GUYON, Traité des contrats, op. cit, p 330.

⁴-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p8

⁵-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 69.

أطرافه منعاً مطلقاً حول التنازل وذلك لكونه مخالف للنظام العام⁽¹⁾، لذلك لا يجوز مثلاً أن يتضمن إتفاق المساهمين أو حتى القانون الأساسي للشركة بنداً يمنع تداول الأسهم مطلقاً دون قيد أو شرط، ولكن إذا إقتصرت البند على منع التنازل عن السهم إلى فئة معينة من الأشخاص كالغير فالمنع لا يكون مطلقاً، ورغم أن المشرع الجزائري⁽²⁾ لم ينص صراحة على مثل هذا الشرط بصدد الأسهم غير أن الرأي قد إستقر في الفقه و القضاء على جواز إتفاق المساهمين على منع تداول الأسهم إذا توفرت شروط محددة.⁽³⁾ ويصبح إتفاق المنع من التنازل عن الأسهم صحيحاً إذا توفّر فيه شرطان، أن يكون محدوداً من حيث الزمان، وأن تبرر وجوده مصلحة جدية ومشروعة.⁽⁴⁾

بداية يجب أن يفترن إلزام المساهم بعدم التنازل عن الأسهم بمدة محددة، وهو شرط من خلق القضاء لأن المشرع لم يشر إلى تفاصيل هذا الإتفاق، والقضاء يستند في هذا الصدد إلى فكرة الحفاظ على خاصية التداول في الأسهم والعمل على الأقل في سبيل عدم القضاء عليها، لذا يشترط القضاء الفرنسي أن يكون المنع من التنازل مؤقتاً، غير أن محكمة باريس ذهبت في حكم لها إلى قبول إتفاق المساهمين القاضي بمنع المساهمين من التنازل عن الأسهم لمدة أربعة عشر سنة.⁽⁵⁾

أما إشتراط المصلحة الجدية والمشروعة فهو شرط يجعل من إتفاق المساهمين على المنع من التنازل متفقاً مع مصلحة الشركة ومراعيها، إذ تذهب غالبية الفقه إلى القول بأن قصد المساهمين الحفاظ على إستقرار رأسمال الشركة وثبات المساهمة فيه قد يخدم مصلحة الشركة ومنه فهو بمثابة المصلحة المشروعة والجدية⁽⁶⁾، وعليه إذا كان الغرض من شرط المنع من التنازل تحقيق مصلحة مشروعة كأن يستهدف المساهمون الإبقاء على مجموعة من المساهمين في الشركة من خلال منعهم من التنازل عن الأسهم تعتبر صحيحة، أو حتى ضمان إستقرار سعر الأسهم في حد معين، من خلال عدم بيعها في مدة محددة، كذلك تعد مصلحة مشروعة.⁽⁷⁾

وبما أن إتفاقات المساهمين هي إتفاقات غير معلنة فإن الطرف الدائن فيها يحق له إثارة وجود الإتفاق، وعلى هذا الأساس يجوز للمستفيد من إتفاق المنع من التنازل عن الأسهم الإحتجاج به في مواجهة المساهمين الآخرين الملزمين به، وفي حال مخالفة بنود الإتفاق جاز للطرف المتضرر المطالبة

¹-Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, op.cit, p116.

²-بخلاف المشرع الفرنسي الذي أجازها صراحة بصدد شركة المساهمة المبسطة (SAS) حيث يجوز أن يتضمن القانون الأساسي لهذه الشركة شرط المنع من التنازل عن الأسهم على أن لا تتجاوز مدة المنع 10 سنوات، كما يترتب على مخالفة هذا الشرط بطلان التصرفات التي تمت مخالفة له، حتى وإن كان الغير لا يعلم بهذا الشرط، راجع المواد 13/227 ، 11-229 ، 15-277 من القانون التجاري الفرنسي، كما أن المشرع يمنع في نصوص متفرقة التنازل عن الأسهم ولعل مثل هذا المنع تبرره المصلحة العامة، وكذا هو لا يتعارض مع الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

A -LIENHARD, note sous cass com. 12 juillet 2005, D 2005, n° :03-14.045.

³-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 71.

⁴-R- MORTIER, L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés, Actes pratiques 2008, n° :2, p1.

⁵-CA Paris.3^{eme}ch, 4 mai 1982. Gaz Pal, 1983, 1 jur, p152.

⁶-Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p169. L- Vincent, L'inaliénabilité répertoire de droit civil, DALLOZ, p1.

⁷-Jean ESCARRA, Edouard ESCARRA, Jean RALT, Traité théorique et pratique de droit commercial : Les sociétés commerciales, T1, Sirey, Paris 1955, n° 1241. Jacque MESTRE, note sous cass, com 26 avril 1984, Rev soc 1985, p411.

بالتعويض، كما يجوز إبطال التصرف الذي يتم مخالفة لشرط المنع من التنازل عن الأسهم، إذا كان الغير سيئ النية أي كان عالماً بوجود الإتفاق أو ثبت تواطؤه مع أطراف التصرف⁽¹⁾، ويعترض بعض الفقهاء على جزاء الإبطال بالقول أن إتفاق المنع من التنازل إلزاماً بالإمتناع عن فعل مخالفته لا ترتب سوى التعويض عن الإخلال به.⁽²⁾

ب/- شروط المنع من الإكتساب Clause d'interdiction d'acquérir

تهدف شروط المنع من الإكتساب أو ما يصطلح عليها [Standstill agreement] أو [Clauses de non-agression] إلزام المساهمين الموقعين عليها بعدم إكتساب أسهم جديدة، أي بمعنى آخر الإبقاء على مقدار مساهمة كل منهم في رأس المال عند حدّ معين⁽³⁾، ويصبح إتفاق المنع من الإكتساب الوجه الآخر لإتفاق المنع من التنازل غير أن المنع إذا كان يرد في هذا الأخير على البيع فالمنع في الإتفاق الأول يرد على الشراء، ولكن كلاهما يتضمنان إلزاماً بعدم فعل شيء ما.⁽⁴⁾

ويبرم إتفاق المنع من الإكتساب عادة بين مساهمي الأغلبية ومساهمو الأقلية، الهدف منه ضمان بقاء توزيع رأس المال فيما بين الفريقين على حاله، حتى لا تنقلب الأغلبية ويتجسّد عملياً بعدم شراء الأسهم، وبهذا الشكل يحتفظ جميع المساهمين بإمكانية التأثير في رسم الإستراتيجية المتبعة داخل الشركة.⁽⁵⁾

ويتفرّع على شروط المنع من الإكتساب أنماط مختلفة من الإتفاقات، منها إتفاقات منع التعدي وهي إتفاقات ترمي إلى منع قيام أحد المساهمين من شراء أسهم المساهمين الآخرين، ويلجأ إليها بكثرة بصدد الشركات الفرعية المشتركة التي يحوز فيها كل مساهم 50 % من رأسمال الشركة، ولذا تسمح هذه الإتفاقات ببقاء التوزيع النصفى قائماً⁽⁶⁾، ويذهب القضاء الفرنسي إلى قبول صحة شروط عدم التعدي لأنها لا تخالف مبدأ حرية التداول في الأسهم، وذلك في نزاع يتعلق بشرط أنفق عليه بين شركتين أسستنا شركة فرعية مشتركة يمتنعان بمقتضاه على شراء كل شركة أسهم الشركة الأخرى.⁽⁷⁾

وتخضع هذه الشروط للمبادئ العامة في الإلتزامات كما يجوز إعتقاد كفاءات واسعة من طرف المساهمين وفقاً لما تقضي به الحرية التعاقدية، وتكون مدة الشروط المانعة للإكتساب محددة أو غير محددة، وإذا كانت غير محددة فإنه يجوز للأطراف إنهاؤها بالإرادة المنفردة.⁽⁸⁾

¹-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p8

²-Gilbert PARLEANI, Les pactes d'actionnaires, Rev soc 1991, p1.

³-Lamy sociétés commerciales, n° : 4217.

⁴-Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, op.cit, p118

⁵-Jean Jacques DAIGRE, Monique SENTILLES-DUONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 23.

⁶-Alain VIANDIER, OPA, OPE et autres offres publiques, éd pratique, Francis Lefebvre, n° :600.

⁷- T. com Paris, 10 aout 1974, Bull Joly 1975, p184.

⁸-Gilbert PARLEAN, Pactes d'actionnaires, op.cit, p4.

الفرع الثاني: إتفاقات المساهمين المتعلقة بمراقبة تطوّر رأسمال الشركة

لا يمكن للشركاء أو المساهمين بأي حال من الأحوال تفادي وقوع تغيير في رأسمال الشركة، فتغيّر أو تطوّر هذا الأخير أمر يفرضه الواقع، وبعد رأس المال عنصرا بنيويا هاما في الشركة خاصة شركة المساهمة، التي يجسّد فيها رأس المال الضمان لمصلحة الدائنين كمقابل لهؤلاء في مواجهة تحديد مسؤولية المساهمين⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس يخضع رأس المال إلى مبدأ عدم المساس [Principe d'intangibilité] إذ يقتضي هذا المبدأ أن تلتزم الشركة بالإبقاء على قيم أصولية تعادل دائما المقدار العددي لرأس المال المدرج في خصوم ميزانية الشركة، وكما يخضع رأس المال إلى مبدأ الثبات [Principe de fixité] وبمقتضاه أن تمتنع الشركة عن توزيع الأرباح الصورية أو القيام بتوزيع الأسهم مجّانا على المساهمين دون إتباع الإجراءات القانونية المرصودة لذلك.⁽²⁾

إن وجود مثل هذه المبادئ لا يمنع من أن يطرأ على رأس المال طارئ يؤدي إلى تطوّر، فيعمد المساهمون إزاء ذلك إلى إبرام إتفاقات فيما بينهم تهدف إلى المحافظة على التوازن الأصلي الذي كان عليه رأس المال، وينتج تغيير رأس المال عادة بسبب دخول مساهمين جدد، أو لجوء الشركة إلى عمليات الزيادة في رأس المال.⁽³⁾

إذن يسعى المساهمون إلى إيجاد آليات تمكّتهم من تخفيف أثر التغيير في التوزيع الذي كان سائدا وهذه الآليات هي جملة من الشروط الإتفاقية هدفها الرئيسي حفظ هذا التوازن، وتعد هذه الشروط ملزمة للمساهمين الموقعين، وعلى العموم تبسط هذه الشروط آثارها على كل تغيير في توزيع رأسمال (أولا)، وكما تمتد آثارها على عمليات الإكتتاب في إصدارات جديدة (ثانيا).

أولا: مراقبة تغيير رأس المال Contrôle de mutations de capital social

ترمي الشروط العقدية المدرجة في إتفاقات المساهمين والمتعلقة بمراقبة التغيير في رأس المال إلى مراقبة حركة المساهمة والحووّل دون دخول شريك أو مساهم غير مرغوب فيه، وفي الوقت ذاته دون أن

¹ لقد أصبح دور رأس المال كضمان للدائنين مشكوك فيه، بعد أن قام المشرع نفسه بخرق هذا الدور وإنتهاكه في مواضع عديدة. قام الفقهاء بتوجيه العديد من الإنتقادات حول وظيفة رأس المال الحمائية ومدى إعتبارها ضمنا هاما لحقوق دائني الشركة، فذهب البعض إلى حد القول بأن رأس المال يعد إكراها يلقي على عاتق الشركة، ويؤدي إلى كبح المبادرة الإقتصادية فيها طالما يشترط المشرع حدّا أدنى لا تقوم الشركة إلا به، كما ذهبوا إلى القول بأن رأس المال ليس الضمان الوحيد أمام دائني الشركة لأن حق الضمان يجب أن يشمل كافة عناصر الذمة المالية في الشركة أي جميع الأصول المملوكة من طرفها، ومن هنا أصبح مفهوم رأس المال غير فعال ويات لا مستقبل له، ويذهب البعض أيضا إلى إزالة مفهوم رأسمال الأدنى وجواز تأسيس الشركة الصفرية أي دون إشتراط لرأسمال عند بداية النشاط، ويقترح فريق آخر من الفقهاء بالبحث عن بديل لمفهوم رأس المال ليستقر الأمر في مفهوم الوضع الصافي (Situation nette) وهي الفارق بين الأصول والخصوم الخارجية، راجع بشأن ذلك:

M- COZAIAN, A- VIANDIER, Fl- DEBOISSY, Droit des sociétés, op.cit, p116. Paul LECANNU, Droit des sociétés, p132. Arnaud LECOURT, capital social, répertoire sociétés, DALLOZ, mai 2009, n° :19.

²-بالطبيب محمد البشير، القيمة الإنتمائية لرأسمال شركات المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة عنابة، 2008، ص84.

Nany Elodie ITSIEMBOU MABIKA, L'utilité du capital social : Etude de droit français, thèse, Université d'auvergne, 2010, p103.

³-Jean jacque DAIGRE, Monique SENTILLES- DUPONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p24.

يؤدي ذلك إلى حرمان المساهم الذي يرغب في التنازل عن أسهمه من مغادرة الشركة⁽¹⁾، وتتم هذه المراقبة من خلال آليتين هامتين، شرط الإعتماد وهو شرط يرد في القانون الأساسي للشركة، وشرط الشفعة وهو شرط عقدي يرد في إتفاقات المساهمين، وبما أننا درسنا شرط الإعتماد في فئة الشروط التأسيسية سنسلط الضوء على شرط الشفعة.

بالرجوع إلى طبيعة شركات الأموال، نجد أن المبدأ الأساسي فيها هو حرية تداول الأسهم، المبدأ الذي بات يعرف الكثير من التنظيمات الإتفاقيه من طرف المساهمين والشركاء، خاصة فيما يتعلق بالتنازل عن الأسهم بين الشركاء مقارنة بعمليات التنازل التي تجرى مع الغير، ويأخذ هذا التنظيم الإتفاقي شكل العقود تبرم بين الشركاء وتدرج في إتفاقات الشركاء، إن أهمية مثل هذه الإتفاقات لا تكمن في التصرف الذي يجسدها بقدر ما تكمن في الغايات والمحتوى الذي تتحكم فيهما إرادة الأطراف المتعاقدة، ولما كانت الغاية الأسمى لهؤلاء هي مراقبة توزيع رأسمال الشركة وإستقراره تحتوي هذه الإتفاقات شروطا كشرط الشفعة [Clause de préemption] الذي يعد شرطاً رائجاً في الجانب العملي في الشركات التجارية.⁽²⁾

ويقصد بشرط الشفعة في إتفاقات المساهمين ذلك الشرط الذي يلزم كل شريك أو مساهم كان طرفاً في الإتفاق بإخطار المساهمين الآخرين بنيته في التنازل عن أسهمه، عند البدء في عملية التنازل وبأن يشير إلى عدد الأسهم المراد بيعها وسعر التنازل وطرق الوفاء وشخص المتنازل إليه إذا إقتضى الحال، ويمتلك المساهمون هنا أجلاً محدداً من أجل التعبير عن إرادتهم في إمتلاك الأسهم محل التنازل على أن يتم الإكتساب هنا على أساس السعر الذي تم الإخطار به من طرف المساهم المتنازل أو على أساس سعر محدد أو قابل للتحديد، أو على أساس سعر يتفق عليه المساهمون جميعاً، وإذا تعذر ذلك يتولى تحديده خبير معتمد، وفي حال لم يمارس المساهمون حقهم في الشفعة أو لم يتم تسديد الثمن، جاز للمساهم المتنازل الإستمرار في عملية التنازل مع المتنازل إليه بحرية مطلقة.⁽³⁾

يكتسب شرط الشفعة أهمية من بين إتفاقات المساهمين، لأن القضاء يميل بقوة إلى قبول صحة هذا الشرط⁽⁴⁾، رغم أن المشرع لم يشر إليه صراحة، ولذلك يخضع شرط الشفعة إلى الأحكام العامة في

¹- إن التزام المساهمين بهذا النوع من الشروط العقدية من شأنه أن يكبح حركة السهم من خلال إخضاع تداوله للرقابة المسبقة وبهذا يحمي المساهمون أنفسهم من دخول أشخاص غير مرغوب فيهم إلى الشركة، الأمر الذي يفرض على المساهم القيام بأعمال معينة قبل التنازل عن الأسهم. راجع: عادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص47.

²- Maria – Beatriz SALGADO, Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes, Chronique, juriste, Mars 2003, p5.

³- لا يؤدي بالضرورة استعمال مصطلح الشفعة في قانون الشركات التجارية إلى الخلط بينه وبين الشفعة المعروفة في القانون المدني، لأن الإستعمال في هذه الحالة يقتصر على المعنى الوظيفي أو العملي للشفعة أي حلول المستفيد من حق الشفعة محل المتصرف إليه في بيع العقار بنفس شروط التعاقد التي أتفق عليها مع المتصرف، أما في الشركات التجارية فإن حق الشفعة لا يقوم إلا بمقتضى شرط تعاقدي يقضي بحق المساهمين في الحلول محل المتنازل إليه في عملية تنازل عن الأسهم، راجع:

Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, op.cit, p172. Jean jacque DAIGRE, Monique SENTILLES- DUPO NT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p27.

⁴-TGI Angers. 1^{er}ch, 20 mai 1986, Bull Joly 1987, p675. CA Angers 1^{er}ch A. 20 sept 1988, Bull Joly 1988, p580. CA Paris 25 ch. B, 18 fév 2000. RJDA juin 2000, n° : 662. Cass com . 7 mars 1989, Rev soc 1989, p478, note : Faugérolas.

نظرية العقود⁽¹⁾، ويختلف شرط الشفعة من هذه النواحي عن شرط الموافقة أو الإعتداد [Clause d'agrément] الذي نظمته المشرع بأحكام صريحة⁽²⁾.

فشرط الشفعة المنصوص عنه في إتفاقات المساهمين المنفصلة عن القانون الأساسي للشركة قد يصبح مصدرا لعدم المساواة بين المساهمين لأنه سيكتسب بعضهم حقا للشفعة بمقتضى هذا الشرط دون المساهمين الآخرين الذين لم يوقعوا على الإتفاق، في حين يؤدي شرط الإعتداد إلى إنتفاع جميع المساهمين لأنه يرد في القانون الأساسي ذاته، كما يعد شرط الشفعة شرطا مقيدا لمبدأ حرية التداول في أسهم الشركة، لأن المساهم بمجرد توقيعه على الإتفاق يمتنع عن التنازل على أسهمه إلا بإتباع مقتضيات الشرط نفسه⁽³⁾.

ويؤدي شرط الشفعة دورا هاما في تعطيل إنفتاح رأسمال الشركة أمام أطراف من الغير، كما يسمح في الوقت ذاته إلى فريق من المساهمين المحافظة على التأثير الممارس من طرفهم في الشركة من خلال تمكين المستفيد من شرط الشفعة من إمتلاك أسهم المدين بالشرط عند قيام هذا الأخير بالتنازل عن أسهمه⁽⁴⁾.

لقد كانت مسألة صحة شرط الشفعة محلا لجدل فقهي كبير، ورغم أن غالبية الفقه لا تعارض صحته إلا أن الشرط أنتقد من نواح عديدة خاصة إذا ما شملت آثاره علاقة المساهمين بعضهم ببعض، فالمشرع في هذا الجانب يمنع التقييد الداخلي في التنازل عن الأسهم، وعليه فالتنازل بين المساهمين أنفسهم أو بين الأصول والفروع أو بين الأزواج يجب أن يظل حراً لا يجوز تقييده ولو بمقتضى شرط الإعتداد، ولهذا يفترق شرط الشفعة بأنه يسمح لمساهمي الأغلبية درء تقلب التوازن الذي يتأتى من مساهمي الأقلية⁽⁵⁾.

ورغم تردد الفقه بصدد شرط الشفعة يميل القضاء في العديد من قراراته إلى تأكيد صحة هذا الشرط⁽⁶⁾ من منظور قانون العقود أو من منظور قانون الشركات، بصفة عامة يخضع شرط الشفعة إلى ما تخضع له إتفاقات المساهمين من شروط الصحة المعروفة، التي يجب أن تتوفر في كل عقد كسلامة رضا الأطراف ومشروعية المحل والسبب⁽⁷⁾، ويضيف القضاء شروطاً أخرى لتكتمل قواعد الصحة في شرط الشفعة فالشرط الأول لا بد أن يحدد فيه أجلا لإستعمال الشفعة من طرف المساهمين الآخرين، وأن يتضمن

¹- لأنه يقوم على التصور التعاقدى الموجود لدى المساهمين الموقعين.

Caroline LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, op.cit, p 235.

²-راجع المادة 715 مكرر 56 وما بعدها وراجع تفصيل شرط الإعتداد صفحة 91

³-تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى شرط الشفعة لا يتنافى كقاعدة عامة مع حرية التداول في الأسهم في شركات المساهمة طالما كان الإتفاق الوارد ضمنه يؤمن لكل المساهم الحق في التنازل عن أسهمه حتى لا يظل حبيسا في الشركة.

Michel JEANTIN, Les clauses de préemptions statutaires entre actionnaires, Dr sociétés, juin 1 1990, Chron, p3

⁴-F- D POITRINAL, Le capital investissement, Revue banque, 1996, p30.

⁵-Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p798.

⁶-Le Bras- W, La validité des clauses de préemption dans les conventions extra statutaires, Bull Joly, 1986, p665.

⁷-أنظر المواد: 59، 92، 97 من القانون المدني الجزائري.

François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil : Les obligations, 8^{ème} éd, DALLOZ 2002, p93

ثانياً ما يمكن من تحديد سعر أو ثمن التنازل، وأن يضمن ثالثاً للمساهم المتنازل إتمام عملية التنازل في حال عدم استعمال المساهمين لحق الشفعة.⁽¹⁾

بداية يجب أن يرتبط استعمال حق الشفعة بمدة زمنية محددة في الشرط، ويفسر هذا القيد عملاً بالمادة 546 من القانون التجاري، التي حددت حياة الشركة بـ 99 سنة، لذا لا يتصور أن لا يتعلق حق الشفعة بأجل، ويضاف إلى ذلك عدم صحة الإلتزامات الأبدية في الممارسات العقدية، وعليه يجب أن يتحدد حق الشفعة بمدة زمنية حتى لا يصبح تعدياً على مبدأ حرية التداول في الأسهم وإذا كان شرط الشفعة قائماً لمدة غير محددة جاز إبطاله أو إلغاؤه بالإرادة المنفردة⁽²⁾، ويستطيع المساهمون الموقعون على إتفاق المساهمين تمديد الأجل المحدد، على أن يشار إلى الأجل الجديد حتى لا يظل شرط الشفعة أبدياً.

كما تنظم أحكام العقود مسألة تحديد الثمن الذي ستنتم على أساسه الشفعة والضابط في هذه المسألة هو أن المساهم لا يلزم بالتنازل عن أسهمه في ظل حق الشفعة مقابل ثمن لا يتناسب مع القيمة الحقيقية لهذه الأسهم، ولذا يجب أن يكون الثمن محددًا أو قابلاً للتحديد من خلال الآليات المعروفة كأن يتولى المساهمون تحديد ثمن التنازل وفقاً للإرادة، أو أن توكل مهمة التحديد إلى شخص ثالث من الغير، ويشترط في هذا الأخير إذا تم تعيينه من طرف المساهمين بناءً على إتفاق مشترك أن لا يخضع لأي من الفريقين، ويعد الثمن الذي يحدده هذا الغير ثمناً نهائياً لا يحتج فيه، كما يجوز للمساهمين إذا لم يبلغوا حدّ الإتفاق حول الثمن أن يعينوا خبيراً مختصاً ويعتبر الثمن المحدد من طرفه ملزماً هو الآخر لجميع الأطراف.⁽³⁾

ويشترط في الثمن أن يكون حقيقياً لا صورياً، وعدم تحديده قد يؤدي إلى إبطال الإتفاق ولا يشترط أن يكون الثمن ثابتاً لا يتغير، بل يمكن أن يكون قابلاً للتعديل عند الحاجة فقط، كما يمكن لإتفاق المساهمين أن يضع حداً أدنى لسعر الأسهم.⁽⁴⁾

يسمح مبدأ الحرية التعاقدية للمساهمين بإبرام إتفاق والتوقيع عليه، يقضي هذا الإتفاق بإلزام كل منهم بعرض أسهمه على المساهمين الآخرين للبيع بالأولوية وذلك في حال قرر التنازل عن حصصه وهذا هو شرط الشفعة الذي لا تخضع الصحة فيه إلى قانون العقود فقط، كما رأينا وإنما تخضع كذلك إلى أحكام قانون الشركات من جهة وإلى عقد الشركة من جهة أخرى.

يفرض المشرع بعض القيود ترمي إلى تقوية الشروط المدرجة في إتفاقات المساهمين منها قيد الشفافية في العروض العمومية، وبمقتضى هذا المبدأ يلتزم المساهمون بإعلام لجنة تنظيم عمليات

¹-Michel JEANTIN, Les clauses de préemptions statutaires entre actionnaires, op.cit, p4.

²-Jean jacque DAIGRE, Monique SENTILLES- DUPONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p29.

³-Maria – Beatriz SALGADO, Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes, op.cit, p 6.

⁴-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص62.

البورصة بكافة الشروط الإتفاقية المقيدة لتداول الأسهم بغية جعلها معلومة للجمهور، ويعد شرط الشفعة من بين الإتفاقات الهامة التي تتعلق بتداول القيم المنقولة والتي تمنح ظروفًا تفضيلية لأطراف محددة⁽¹⁾، ويفرض عقد الشركة بدوره قيودًا على الإتفاق المتضمن شرط الشفعة، إذ يفترض في هذا الشرط أن يكون متطابقًا مع بنود القانون الأساسي للشركة.⁽²⁾

يعد شرط الشفعة شرطًا ملزمًا للمساهمين الموقعين على الإتفاق، فيترتب على الإخلال به ما يترتب بصدد الإلتزامات عموماً، إذ تنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ، ويذهب القضاء الفرنسي في قرار حديث إلى أن شرط الشفعة لا يربط سوى حق شخصي لمصلحة المستفيد منه، لأنه في الأصل إلتزام بفعل، ولا يمتلك المستفيد في حال الإخلال به سوى المطالبة بالتعويض [Dommages-intérêts] في مواجهة المدين، ولا يمكن اللجوء إلى إبطال التنازل الذي لم تراعى فيه شروط الشفعة ولا التنفيذ الجبري.⁽³⁾

وتضيف محكمة النقض الفرنسية قاعدة عامة أخرى تلزم فيها المستفيد من شرط الشفعة إثبات الضرر⁽⁴⁾، ولا يمكن هنا تجاهل الصعوبة التي قد تعترض المساهمين المستفيدين من شرط الشفعة في الإثبات، إذ يعد تعويض الضرر في هذه الحالة مصدراً للتعقيد خاصة عند تحديد ماهية الضرر.⁽⁵⁾

إن الإكتفاء بالتعويض عند الإخلال بشرط الشفعة يعد جزءاً غير كافٍ، لذا ينبغي اللجوء إلى جزاءات أخرى كإبطال البيع الذي أبرمه المساهم المتنازل على أسهمه دون أن يقوم بإخطار المساهمين الآخرين بغية إستعمال حق الشفعة، خاصة وأن نتائج عدم مراعاة شرط الشفعة تختلف بحسب علم الغير الذي قام بشراء أسهم التنازل أو عدم علمه بوجود هذا الشرط، فعلى فرض أن الغير لا يعلم بوجود شرط الشفعة بين المساهمين وقام بالشراء، فإن التنازل عن الأسهم في هذه الحالة لا يؤول إلى الإبطال بل يصبح الغير مساهماً، ويلزم المساهم المخل بالتعويض⁽⁶⁾، أما إذا كان الغير يعلم بوجود الشرط وتصرف على هذا الأساس ويعلم بنية المساهمين في إستعمال حق الشفعة، جاز لهؤلاء في هذه الحالة طلب إبطال التنازل

¹ - لقد رأينا أن أهداف الإعلام البورصي هو تكريس المساواة بين الجمهور المستثمر في البورصة وكذا حماية الإخبار العام، وأخيراً ضمان الأمن في إتمام العمليات البورصية، راجع:

Françoise CHERCHOULY- SICARD, Les pactes d'actionnaires, RJ com, 1990, n° : 1, p49.

² - هو ما يعرف بمبدأ السلمية الذي يفرض أن تخضع إتفاقات المساهمين إلى أحكام القانون الأساسي باعتباره يسمو على جميع الإتفاقات الأخرى، راجع:

Dominique Velardocchio- Flores, Les accords extra-statutaires entre associés, op.cit, p222. Cass com 22 oct 1969, JCP éd G 1975, II, 16197, obs :Paillusseau.

³ -CA Paris, 25^e ch. B. 12 avr 2002, juris data n°: 2002-17 56601

⁴ -D- MAZAEAUD, note sous cass. 3^{eme} civ, 30 avr 1997, Bull civ, III, n° 96, D 1997, jurispr, p475

⁵ -تذهب محكمة باريس إلى رفض طلب التعويض من طرف المساهم المتضرر المتضرر من الإخلال بشرط التعويض إذا ما إلتجأ إلى إبطال التنازل عن الأسهم الذي تمّ دون مراعاة حق الشفعة.

CA Paris, 2^e ch. B, 13 déc 2001, juris-data, n° : 2001-169273.

⁶ - لأن الغير هنا حسن النية فيصبح شرط الشفعة غير نافذ في مواجهته.

Y- REINHARD, note sous cass com 7 mars 1989, JCP éd, 1989, II, 21316.

عن الأسهم الذي تم لمصلحة هذا الغير، وعليه فالإبطال لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا ثبت وجود توافق المساهم المتنازل مع الغير.⁽¹⁾

ومن أجل تفادي ضعف تنفيذ شرط الشفعة يقوم محرر إتفاق المساهمين بتحديد كليات أعمال هذا الشرط خاصة ما تعلق بطريقة إخطار المساهمين والآثار المترتبة في حال عدم الإخطار، وكذا إدراج بند يقضي بحق العدول أو الرجوع [Droit de repentir] يستعمله المساهم المتنازل أو حتى المساهمون الآخرون إذا وجد الأطراف أن الظروف غير ملائمة لتنفيذ شرط الشفعة فيتحلل كل طرف من تنفيذ التزاماته.⁽²⁾

ثانياً: مراقبة إصدارات الأسهم الجديدة Contrôle des souscriptions nouvelles

حقيقة لا يمكن تصور بقاء رأسمال الشركة التجارية جامدا طيلة بقاءها، فبقاؤه دون تغيير بعد التأسيس أمر يتنافى مع طبيعة النشاط التجاري والإقتصادي عموماً، الذي يفرض دخول الشركة في فترات نمو نظراً للمشاريع الإستثمارية المنجزة من طرفها، وكذا تحسّن البيئة الإقتصادية المباشرة، لكنها قد تواجه صعوبات مالية لأسباب عديدة، كتراجع مستويات الأرباح المحققة، أو إشتداد المنافسة من طرف شركات أخرى، فتضطر الشركة في ظل هذه الظروف إلى البحث عن موارد مالية جديدة لإعادة البناء في الهيكلية المالية، ومن بين تلك الموارد اللجوء إلى زيادة رأس المال، وهي عملية تقوم بها الشركة قصد رفع مقدار رأسمالها من خلال جلب الأموال من أطراف خارجية في الغالب، لأن الزيادة بهذا المفهوم هي التي تعد وسيلة تمويلية حقيقية لتأثيرها في الذمة المالية للشركة، خلافاً للوسائل الأخرى في زيادة رأس المال كدمج الإحتياجات أو الأرباح، وتهدف زيادة رأس المال إلى تمويل مشاريع جديدة، وكذا مواجهة التداعيات الخطيرة بسبب القيام بإستدانة بنكية أثقلت ميزانية الشركة، ويترتب على زيادة رأس المال تحسين ضمان الدائنين نظراً لكون رأس المال ضماناً لهم، وتعزيز فئة الأموال الخاصة في الشركة مما يؤدي إلى إرجاع التوازن المالي في ميزانيتها.⁽³⁾

ولا تحجب الأهمية المتزايدة لعملية زيادة رأسمال الشركة - خاصة من ناحية الشق التمويلي فيها - مسألة أن هذه العملية تؤدي عادة إلى دخول مساهمين جدد، فالتطور الإستراتيجي في وضعية الشركة قد لا يتحقق إلا بدخول شركاء آخرين، ولكنه من الضروري أيضاً أن يسعى مساهمو الأقلية إلى المحافظة على مستوى مساهمتهم في رأس المال إزاء العملية التي ستؤدي إلى الزيادة فيه وما يتبع ذلك من تغيير في

¹ - تتشدد المحاكم الفرنسية في تعريف الغش الذي يؤدي إلى إبطال عملية التنازل عن الأسهم إذ يقوم على علم الغير بوجود شرط الشفعة وعلمه بنية المساهمين في إستعمال حق الشفعة.

Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 306.

² - يرى الأستاذ JEANTIN أن حق العدول يتنافى مع حق الشفعة.

« Le droit de repentir est incompatible avec le droit de préemption », V : Michel JEANTIN, Les clauses de préemption statutaires antre actionnaires, op.cit, p58.

غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 67.

³ - George NAFFAH, Les conditions de l'augmentations du capital en numéraire, J-cl (société traite) Fasc 1568, 1989, p5. Anne BOUGNOUX, sociétés anonymes ; augmentation de capital, J- CL, Fasc 73, 1999, p3. Arnaud LECOURT, capital social, Répertoire des sociétés, DALLOZ, 2009, p 28. Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 463.

التوزيع الذي كان سائدا من قبل، إذن فبدافع المحافظة على إستقرار المساهمة يلجأ مساهمو الأقلية إلى إبرام إتفاقات مساهمين تحتوي شروطا متنوّعة تمكنهم من متابعة الإصدارات الجديدة في الأسهم التي تمنح حق الدخول مباشرة في رأس المال، أو بعد أجل كسندات الإستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم⁽¹⁾، ويلجأ مساهمو الأقلية إلى الآليات العقدية هذه إذا لم يتمكنوا من بلوغ أقلية التجميد [minorité de blocage]، التي تسمح بتعطيل أي قرار يهدف إلى إحداث تغيير في توازن رأسمال الشركة.⁽²⁾

إن من بين الإتفاقات المبرمة بهذا الصدد، والتي تهدف إلى مراقبة إصدارات الأسهم الجديدة، إتفاق المساهمين المشتمل على شرط الشريك الأكثر تفضيل [Clause de l'associé le plus favorisé]، وبمقتضاه يلتزم مساهمو الأغلبية بتمكين مساهمي الأقلية من الإستفادة من جميع المكافآت والإمتيازات التي قد يتم تقريرها في المستقبل لمصلحة مساهمين جدد، وبهذا يستفيد مساهمو الأقلية مما يتقرر للغير بصفة مسبقة، وعلى هذا الأساس إذا قرر الشركاء منح شريك جديد ضمانات إضافية مترتبة مثلا على حق الخروج، أو الإنسحاب، أو فيما يتعلق بحق الإعلام أو الرقابة أو منحه أرباحا أولية، فإنهم يلتزمون بتمديد الإستفادة من هذه الميزات إلى المستفيد من شرط التفضيل، إن صحة شرط الشريك الأكثر تفضيل ثابتة لتعلقها بالحرية التعاقدية، غير أن تطبيق الشرط قد يترتب صعوبات خاصة من ناحية الأسس التي يقوم عليها التمديد، لأن المستفيد من شرط التفضيل سيحصل على مزايا ما كان الشريك الجديد ليستفيد منها لولا دخوله في الشركة أو لتوفر وضعية قانونية خاصة تبرر منحه تلك المزايا، لذا يصبح من الصعب تبرير إستفادة مساهمين آخرين من نفس المزايا.⁽³⁾

ومن بين الإتفاقات أيضا، إتفاق المساهمين المتضمن شرط المعاملة المتساوية [clause de traitement égal] أو [clause pari passu] ويقضي هذا الإتفاق بأن توضع للشروط المالية من مكافآت و ضمانات - التي سبق وأن تحصل عليها المستفيد من شرط المعاملة المتساوية عند دخوله الشركة - حدودا قصوى لا يمكن منح ميزات مكملة أخرى تتجاوزها، وبهذا يترتب على هذا الشرط أن الإصدارات الجديدة في الأسهم ستكون مشابهة لنفس عملية الإصدار التي نتج عنها دخول المستفيد من الشرط، وبذا

¹ - Jean Jaque DAIGRE, Monique SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op cit, p 30.

² - تتجسد عادة أقلية التجميد بصدد زيادة رأس المال، ويقصد بها سلوكات المساهمين الأقلية التي تصبح تعسفية عندما تتجاوز حد النقد المشروع وتتحول إلى تضيق لأعمال إدارة الشركة، فيترتب على ذلك عدم تمكن أجهزة الشركة من إصدار القرار، وغالبا ما تؤدي أقلية التجميد إلى حدوث تعسف الأقلية، فالقضاء الفرنسي وكذا الفقه يؤسس لمفهوم تعسف الأقلية معايير دقيقة يقصد مواجهة هذا السلوك، وهي أن تؤدي معارضة الأقلية إلى وضع الشركة في حال الخطر، وإتباع مساهمي الأقلية مصالح ذاتية تخالف مصلحة الشركة، وتعد قضية Flandin مثلا قضائيا يبين مفهوم تعسف الأقلية، وفيها ذهبت محكمة النقض إلى أن عدم تصويت بعض المساهمين في زيادة رأس المال وكانت الزيادة معتبرة فعلا ليس تعسفا، وعلى النقيض من ذلك فإن منع الشركة من زيادة رأسمالها حتى يكتمل هذه الأدنى القانوني يعد فعلا تعسفا، أما تخوف أقلية المساهمين من تميع رأس المال وعلى أساسه إمتنعوا من التصويت، فالتخوف لم يعد سببا كافيا للرفض إذا كانت زيادة رأسمال عملية ضرورية لبقاء الشركة، ويتم حل تعسف الأقلية بتعيين القضاء لمسير مؤقت (Ad hoc) يتولى التصويت محل مساهمي الأقلية في حال تبث تعسفهم في ذلك، راجع:

Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p146. Jean Pierre SORTAIS, Abus de droit (Majorité, égalité) Répertoire des Sociétés, Dalloz, 2003, p8, M- BOIZARD, L'abus de minorité, Rév soc 1988, p 365.

³ - Ali Bougrine, Anne - Laure Legout, organisation des relations entre associés, journal des sociétés 2008, n° : 51, p42.

يعمل هذا الشرط على الحد من المكافآت الممنوحة إلى الغير عند دخوله الشركة بما لا يتجاوز حقوقا سبق وجودها.⁽¹⁾

كما نجد ضمن الإتفاقات المنظمة لمراقبة الإصدارات الجديدة في الأسهم، التعهد عن الغير [Promesse de porte fort] وفيه يلتزم شخص لمصلحة شخص آخر بجعل الغير يتعاقد مع هذا الأخير، أي أن يبذل المتعهد [porte fort أو promettant] جهده في حمل الغير على الإلتزام بأمر معين نحو المتعاقد الثاني، ويشبه الفقه هنا المتعهد بذلك الوكيل الذي ليست لديه صلاحيات لذا فهو يتعهد باسمه ولحسابه الخاص لكنه يتصرف على أساس نية العمل لحساب الغير، فهو يضمن تنفيذ الإلتزام لم يوجد بعد، وفي حال إمتناع الغير عن قبول الإلتزام يلزم المتعهد بالتعويض فقط، غير أنه يستطيع التخلص من التعويض إذا قام هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.⁽²⁾

لقد ظل مفهوم التعهد عن الغير من المفاهيم المرتبطة بالتشريع المدني والتشريعات الدائرة معه كقانون الأسرة، إلا أن اللجوء إليه في واقع الشركات التجارية يعد تجديدا وتفعيلا للتعهد عن الغير، وبات راجعا في الشركات التجارية ومستعملا في كثير من جوانبها.⁽³⁾

والتعهد عن الغير إذن هو إتفاق يلتزم فيه طرف بجعل الغير يقبل التعاقد لمصلحة المتعهد إليه، والغير في هذه الحالة هي الشركة أو ممثلها، وكمثال على هذا التعهد أن يلتزم مساهمو الأغلبية تجاه الأقلية بجعل الشركة لا تتخذ أي قرار يحدث تعديلا في رأس المال دون ترخيص من هؤلاء، أو أن يحفظ لهؤلاء حقهم في زيادة رأس المال.⁽⁴⁾

ويفترض في التعهد عن الغير وجود علاقة ثلاثية الأطراف أو بمعنى أدق ثلاث ذمم متفرقة، ولذا فالغير إذا كان يتمتع بالحرية الكاملة في قبول التعهد والمصادقة على التصرف ذلك لأنه لا يتأثر إذا لم يتم تنفيذ التعهد لأن ذمته مستقلة عن المتعهد، وتعد هذه الإستقلالية جوهر التعهد عن الغير، والذي يعد أساسيا إذا كان بصدد قانون الشركات، وعليه لا يمكن مثلا لمسير الشركة أن يتعهد عن الغير جاعلا من الشركة التي يمثلها قانونا هذا الغير، بأن يلتزم في مواجهة شخص ما بجعل الشركة تقرر بتصرف معين، أو أن تصدر أجهزة الشركة قرارا لمصلحته، فإتفاق بهذا الشكل لا يمكن تكييفه على أنه تعهد عن الغير، بل هو

¹ - Jean Jacques DAIGRE, Monique SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op cit, p35. Pascal Julien SAINT-AMAND, Paul André SOREAU, Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil, Francis LEFEBVRE, 2006, n° : 558.

² - تناول المشرع الجزائري موضوع التعهد عن الغير في المادة 114 من القانون المدني، ولا يفقد التعهد عن الغير وجوده العملي إذ يحدث أن يلجأ إليه الولي عند التصرف في أموال الصبي غير المميز، ولكي لا يفقد فرصة التعاقد أثناء الحصول على رخصة القاضي يبرم تعهدا عن الغير يلتزم بالحصول على رضا الصبي عند بلوغ سن الرشد، وكما يلجأ إليه في بيع المال المشاع، ويعد التعهد عن الغير عقدا مرفقا بعقد أصلي أو رئيسي كعقد البيع الواقع على مال مملوك للغير، فالمتعهد الذي أخذ مبادرة البيع هو الذي يلتزم بالحصول على مصادقة هذا الغير على البيع، راجع:

علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص334. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 350.

Pierre GUIHO, Georges PEYRARD, Droit civil : Les obligations, Tome 1, 3^{eme} éd, L'HERMES, Paris 1991, p 194. H et L MAZEAD, J- MAZEAD, F- CHABAS, Leçons de droit civil : Les obligations, Tome 2, V1, 9^{eme} éd, Montchrestien et DELTA, Liban 1998.

³ - Geneviève TILLEMENT, Promesse de porte fort et droit des sociétés, Rev soc, 1993, p 51.

⁴ - Jean Jacques DAIGRE, Monique SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p37.

مجرد إلتزام مباشر للشركة قد يصبح باطلا لمخالفته بعضا من القواعد الأمرة المنظمة للسلطة داخل شركة المساهمة، فالمسيّر لا يستطيع إدخال الشركة في إلتزام في مواجهة الغير، وإلزام الجهاز المختص داخلها باتخاذ القرار، إذ يفترض في هذه الأجهزة أن تمارس صلاحياتها بكل إستقلالية وحرية، ولذا ليس هناك من تعهد عن الغير إلا إذا التزم المسيّر شخصيا مع المتعاقد.⁽¹⁾

إن إخلال المتعهد عن الغير بتنفيذ إلتزامه في جعل الغير يتعاقد لا يرتب سوى التعويض عن الضرر لمصلحة المستفيد من التعهد.⁽²⁾

الفرع الثالث: إتفاقات المساهمين المتعلقة بالتنازل عن الأسهم

Pactes d'actionnaires relatifs au transfert des actions

إن التنازل في ظل قانون الشركات التجارية هو ذلك التصرف القانوني المبرم بين أحياء الناقل للملكية، وبمقتضاه يتنازل الشريك عن كامل أو جزء من حقوقه الإجتماعية في الشركة إلى الغير، فيصبح الشريك متنازلا [Cédant] والغير متنازلا إليه [Cessionnaire]. ويكتسي التنازل طابعا مدنيا كقاعدة عامة رغم حدوثه في شركة تجارية بحسب الشكل ورغم اللجوء إلى آليات التعاقد التجاري في عملية التنازل ذاتها، ويستتبع إتمام عملية التنازل اللجوء إلى أحكام التنازل عن الحق، غير أنه إستثناءً قد يكتسي التنازل طابعا تجاريا بسبب أطراف التنازل من جهة أو بسبب الآثار الناجمة عنه من جهة أخرى، فيصبح التنازل تجاريا إذا كان أطرافه تجارا وتم بصدد أعمالهم التجارية، فوفقا لنظرية التبعية يغدو العمل المدني بطبيعته عملا تجاريا بالتبعية، كما يصبح التنازل تجاريا إذا أدى إلى إنتقال الرقابة في الشركة، ويخضع التنازل عن الحقوق الإجتماعية من طرف الشريك إلى أحكام نظرية العقد من جهة وإلى أحكام عقد البيع من جهة أخرى، ولذا وكأي عقد يجب أن تتوفر في عملية التنازل الشروط المستوجبة لقيام العقد حتى ينتج آثاره، وهي الرضا والمحل والسبب وشروط الصحة، من أهلية وسلامة الإرادة من العيوب المتعلقة بها.

وتقف وراء إتخاذ الشريك لقرار التنازل عن حقوقه الإجتماعية أسباب عديدة منها رغبته في الخروج من الشركة نظرا لإشتداد التنارع بين الشركاء أو لأن الشريك كان يهدف فقط إلى تسيير ذمته المالية من خلال المساهمة في الشركة وليس إلى تفعيل مساهمته وفقا لمقتضيات نية الإشتراك خاصة إذا وجد فارقا ربحيا في قيمة التنازل عن أسهمه، و في فرضية وقوع التنازل من مجموع الشركاء، فهؤلاء يقصدون عادة التنازل عن ملكية الشركة إلى أشخاص آخرين، وعلى كل حال ففي كل هذه العمليات العنصر المشترك فيها أن الشريك أو الشركاء يتنازلون عن أسهمهم أو الحقوق المالية المتعلقة بها إلى الغير من خلال التصرف فيها وفقا لأحكام عقد البيع.

¹ - Geneviève TILLEMENT, op.cit, p56.

² - Jean Jacque DAIGRE, Monique SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op cit, p37.

غير أنه لا يهمننا هنا عقد التنازل في ذاته، فهو ينشأ من خلال توافق إرادات الأطراف المتنازل والمتنازل إليه، ويترتب على ذلك إنتقال ملكية الحقوق الإجتماعية من أسهم أو حقوق ملازمة لها من المتنازل إلى المتنازل إليه، وإنما يهمننا تسليط الضوء على مجمل الإتفاقات المبرمة التي يهدف من خلالها الشركاء أو المساهمون تنظيم عملية التنازل، وهي إتفاقات المساهمين المحيطة بعملية التنازل، وترد هذه الإتفاقات رغم تعلقها بالتنازل على ملكية الأسهم في ذاتها أو على الحقوق المالية المترتبة عنها. فبصدد الإتفاقات المنظمة للتنازل على ملكية الأسهم نجد أن بعضا منها يكون سابقا لعملية التنازل، إذ قد يعتمد المساهمون إلى تنظيم مرحلة ما قبل التعاقد في عمليات التنازل، وقد تأتي الإتفاقات المنظمة للتنازل غير ناقلة للملكية بصفة نهائية وإنما بصورة وقتية، كما تهدف الإتفاقات المنظمة هذه إلى ضبط عنصر الثمن في التنازل أو قد تهدف إلى تأمين وضع المتنازل إليه بعد إتمام عملية التنازل. وعلى ضوء ما ذكر سنتعرض إلى إتفاقات المساهمين السابقة لعملية التنازل عن الأسهم (أولا)، وإلى إتفاقات المساهمين المنظمة للثمن في التنازل (ثانيا)، وإلى إتفاقات المساهمين المنظمة للتنازل المؤقت (ثالثا).

أولا: إتفاقات المساهمين السابقة لعملية التنازل Pacts d'actionnaires préparatoires de cession

يشير الواقع العملي في الشركات التجارية إلى أنه لا تتم عمليات التنازل عن الأسهم أو الحصص في وقت وجيز، وإنما تكون مسبقة بمفاوضات تحضيرية أو مرحلة ما قبل التعاقد النهائي، ففي كل الأنظمة القانونية تعد الميزة الأساسية في كل عقد هي وجود إتفاق، إذ يمكن لهذا الإتفاق أن يقوم في لحظة زمنية وجيزة لمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، غير أن هذه الكيفية في التعاقد لا تتنافى مع وجود إتفاقات سابقة لإبرام العقد تكون هذه الإتفاقات كنتيجة للتفاوض بين الأطراف، ومن شأنها تحديد كيفيات ومميزات العقد النهائي، وتخضع مرحلة ما قبل العقد إلى مبدأ الحرية التعاقدية لذا لا يشترط فيها شكلا معيناً، إلا أن الفقه يتناول عقوداً معينة ويعتبرها من أهم العقود التي تتمخض عن تلك المرحلة، وبصدد التنازل عن الأسهم يمكن التطرق إلى إتفاقات ثلاثة ذات أهمية بالغة، هي خطاب النوايا، الوعد بالبيع أو بالشراء وإتفاق التفضيل.

أ- خطاب النوايا Lettres d'intention

تختلف خطابات النوايا عن خطابات الملاءة [Lettre de confort] التي باتت معروفة في قانون الأعمال خاصة في ظل النشاطات البنكية، فخطابات الملاءة هي من بين التأمينات الشخصية التي لم ينص عنها المشرع إلا أنها من أهم الممارسات البنكية، كما تلجأ إليها الشركات الأم في المجمععات بغية تمكين الشركات الفروع التابعة لها من الحصول على قروض بنكية، من خلال إرسال خطابات الملاءة إلى المؤسسات البنكية تؤكد فيها على ملاءة الشركات الفرعية وقدرتها على رد المبالغ المقترضة. أما خطاب النوايا الذي يعيننا هنا، هو وثيقة تعاقدية تسبق إبرام العقد النهائي يظهر فيها أحد الأطراف أو جميعهم

العزم على تسوية مرحلة المفاوضات وإبرام العقد النهائي، وبصدد التنازل عن الأسهم تعتبر خطابات النوايا الخطوة الأولى في عملية إبرام العقد التي تكتسي طابعاً شكلياً أي مكتوباً مما يؤدي بالأطراف فيما بعد بإتمام عملية التنازل، وتحتوي خطابات النوايا على إلزام الغير الذي يرغب في تملك الأسهم التقيد بالسرية حول جميع المعلومات غير المعلنة التي قد يتم تداولها خلال التفاوض، وليس لهذه الخطابات شكلاً معيناً و يتولى تحريرها المتنازل إليه بغية الحصول على فرصة حصرية في التفاوض أو لأن المتنازل يفرض على المتنازل إليه إظهار مثل هذه الإرادة حتى يتمكن من التقدم في التفاوض.⁽¹⁾

ب- إتفاق المساهمين المتضمن وعداً بالبيع أو بالشراء Promesse de vente ou d'achat

إن الوعد بالتعاقد أو الوعد [contrat de promesse] من أهم العناصر الأساسية في إتفاقات المساهمين المتعلقة بالتنازل عن القيم المنقولة، ويعد هذا العقد نموذجاً أصلياً من العقود السابقة لإبرام العقد النهائي.⁽²⁾ إذ يستمد أهميته ومشروعيته من كونه جزءاً من إتفاق المساهمين الذي يرمي إلى تنظيم كيفية تحويل ملكية الأسهم في المستقبل، الأسهم المملوكة من طرف هؤلاء المساهمين الموقعين على إتفاق الوعد.⁽³⁾ إن إبرام إتفاقات الوعد بالبيع أو بالشراء من التصرفات المتداولة بين المساهمين، ليس لأنها تتعلق بالتنازل عن الأسهم فقط، بل لأنها قد تهدف إلى تنظيم السلطة كما سنرى فيما يأتي، أو لأنها تؤثر بشكل كبير في تبادل الأسهم داخل شركة المساهمة، ولا يتوقف دورها على ما يبدو عند تأمين خروج الموعود له من الشركة.⁽⁴⁾

وينقسم عقد الوعد بصدد إتفاقات المساهمين إلى وعد بالبيع ووعد بالشراء، ويقصد بعقد الوعد بالبيع إتفاق المساهمين فيما بينهم يتضمن تعهداً من جانب واحد يلتزم بموجبه أحدهم أو بعضهم ببيع أسهمه في الشركة من البعض الآخر وفقاً لشروط محددة مسبقاً أو قابلة للتحديد إذا أبدى المستفيد من هذا العقد رغبته في الشراء. يطلق عليها الوعد بالبيع أو خيار بالشراء⁽⁵⁾، فالإلتزام بالبيع في هذا الوعد يقع على طرف واحد لذا فهو عقد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد.⁽⁶⁾

أما إذا كان إتفاق المساهمين يتضمن تعهداً من جانب واحد يلتزم بموجبه أحد أو بعض المساهمين بشراء أسهم في الشركة من الفريق الآخر وفقاً لشروط محددة مسبقاً أو قابلة للتحديد في ما لو أبدى المستفيد من هذا التعهد رغبته في البيع، فيطلق على مثل هذا الإتفاق إسم الوعد بالشراء أو خيار البيع⁽⁷⁾، فالإلتزام بالشراء في هذا الوعد يقع على طرف واحد، لذا فهو عقد بالشراء ملزم لجانب واحد.

¹ -Régis Pétoin, La lettre d'intention, disponible en : www.petoin-associes.com, p1.

² -H et L MAZEAUD, J- MAZEAUD, F- CHABAS, Leçons de droit civil, op.cit, p 129.

³ -Sébastien PRAT, op.cit, p 84.

⁴ -Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p7.

⁵ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 19.

⁶ -Benoit LECOURT, Cession de droits sociaux, op.cit, p 7.

⁷ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 19.

وفي كلا نوعي الوعد سواء بالبيع أو بالشراء يملك المستفيد فيه حرية إبداء الرغبة في الشراء أو البيع أي في الاختيار، غير أن هذه الحرية تكون مقترنة بمدة زمنية محددة يصبح إبداء الرغبة غير مجدي بعد إنتهائها، ويضاف هنا أن الوعد يشتمل بما يفيد تقييد الملتزم فيه بعدم بيع الأسهم قبل إنتهاء تلك المدة، ويكتسب المستفيد في مواجهة الواعد حقا شخصيا يقبل التنفيذ وهو حق ذو طبيعة مالية وقابل للتحويل.⁽¹⁾

وإذا كان الوعد ملزم لجانب واحد [promesse unilatérale] ففي حالات أخرى يكون ملزما لجانبين [promesse synallagmatique]، ويكون عقد الوعد ملزما لجانبين إذا تضمن تعهدا من المتنازل والمتنازل إليه في آن واحد، فيلتزم أحدهما بالبيع والآخر بالشراء فتكون إلتزاماتهما بالوعد متبادلة، ويرى الفقه والقضاء أن الوعد بالبيع أو بالشراء الملزم لجانبين يصبح عقدا نهائيا مادام الوعدان متبادلان ولهما نفس المحل ونفس الشروط، وهذا العقد النهائي هو عقد التنازل عن الأسهم، ويلجأ المساهمون إلى هذا النوع من الوعد أي الملزم لجانبين من أجل تأكيد إبرام عقد التنازل في مدة زمنية محددة.⁽²⁾

وإذا كان الوعد بالبيع أو بالشراء يرد بصورته المعتادة التي أشرنا إليها، فإنه قد يرد بصور أخرى كصورة التنازل على بياض [cession en blanc]، وهو عقد يقوم أساسا على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، ويكثر اللجوء إلى التنازل على بياض عادة بصدد شركات المساهمة العائلية المغلقة، ومؤدى هذا العقد هو إلزام الغير الذي تم تعيينه كعضو إدارة في هذا النوع من الشركات - خاصة عند إكتسابه للأسهم التي جعلت منه مساهما - بتوقيع وعد على بياض يقضي بوجوب قيامه بالتنازل عن تلك الأسهم للمساهمين الآخرين، وبالتالي فإن هدف هؤلاء المساهمين هو إعادة إكتساب أسهم عضو الإدارة في حال توفقه عن مهام الإدارة.⁽³⁾

ولكي يقوم الوعد بالبيع أو بالشراء صحيحا مرتبا لآثاره ينبغي أن تتوفر فيه شروط، عمل القضاء على وضعها، وتعد الشروط المتعلقة بالثمن من أهم الشروط، إذ يجب أن يكون الثمن محددًا أو قابلا للتحديد، وأن يكون جديًا وحقيقيًا.⁽⁴⁾ كما يشترط في عقد الوعد بالتنازل على الأسهم أن لا يتضمن شرط الأسد. حقيقة أن موقف القضاء الفرنسي بصدد صحة عقد الوعد بالبيع أو بالشراء حول التنازل عن الأسهم تدرج بين الحظر والجواز، إذ لم تقبل محكمة النقض الفرنسية بصحة الوعد بالبيع أو بالشراء في التنازل على الأسهم وبسعر محدد إلا حديثا، إذ تأخذ بالمفهوم الموسع للمادة 1844-1 من القانون المدني

¹ -P- MALAURIE, L- AYNES, op.cit, n° 111. Jacque CHESTIN, op.cit,p300. Pierre GUIHO, Georges PEYRARD, op cit, p54. Sébastien PRAT, op cit, p 84.

وبالرجوع إلى المواد 715 مكرر 51، 808 من القانون التجاري نجد أن تحويل عقود الوعد الواردة على التنازل في الأسهم محظور كقاعدة عامة، إذ يمنع التداول في وعود الأسهم إلا إذا كانت ناشئة بمناسبة زيادة رأسمال شركة المساهمة، وكان أيضا قد تم قيد الأسهم القديمة في البورصة.

² - ويذهب القضاء الفرنسي في هذا الإتجاه إذ يجعل من عقد الوعد الملزم لجانبين هو البيع ذاته، راجع:

C- BARCOT, P- BERGEL, note sous cass com 18 juill 1989, Bull Joly 1989, p822. A- LIENHARD, note sous cass com 22 nov 2005, AJ 149. Y- STEIFF, note sous cass com 16 janv 1990, Bull Joly, 1990, p 272.

³ - ويرى بعض الفقهاء بخطورة التنازل على بياض الذي تتعدد صورته حقيقة، إذ يمكن أن يتم من خلال أمر تحويل ملكية الأسهم بدون ذكر تاريخ محدد، وتكمن الخطورة في كونه غامض ويثير صعوبة في تكييفه خاصة إذا تم بين أعضاء الأسرة الواحدة، إذ يمكن تكييفه على أساس الهبة وليس بيبعا، وكما تظهر الخطورة في إمكانية عدم تحديد الثمن الذي يتم به التنازل فيما بعد، وكذا إمكانية التهرب الضريبي، راجع:

S- LACHAT, La mise à disposition d'actions de garantie, Rev soc 1977, p 423. J- MESTRE, D- Velardocchio Flores, Lamy sociétés commerciales, 2008, n° : 233.

⁴ -Benoit LE COURT, Cession de droit sociaux, op cit, p 5.

الفرنسي التي تقابل المادة 425 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، حيث أبطلت على أساس هذا النص وعودا بالبيع أو الشراء المعروضة عليها متى كان يترتب عليها حرمان الشريك من الأرباح أو إعفاؤه من تحمّل الخسائر، وإذا أردنا تحليل موقف الغرفة المدنية حول هذه المسألة لوجدنا أنها تربط بهذا الصدد بين الوعد من جهة ومساهمة الشريك المتنازل في نتائج نشاط الشركة من جهة أخرى، فهي لم تتوقف عند البحث ما إذا كان الشرط المتنازع عليه في الوعد يحرم الشريك من فرصة الربح أو يعفيه من خطر الخسارة، بل يجب أن يكون الشرط قد أدى إلى ذلك فعلا، وبهذا ذهبت إلى إبطال الشروط الواردة في القانون الأساسي والمتضمنة وعدا بالشراء، وكما أبطلت وعود الشراء حول الأسهم الواردة في إتفاقات المساهمين.⁽²⁾

فبصدد البنود الواردة في القانون الأساسي ذات العلاقة بعقد الوعد بالشراء، نجد أنه في حالات معينة تستفيد الشركة من بعض الشروط الإتفاقية عند التنازل عن الأسهم كشرط الإعتماد أو شرط الشفعة، إذ تحتفظ لنفسها بإمكانية شراء أسهم الشريك المتنازل إذا لم توافق على الأشخاص المتنازل إليهم، وبالتالي فإن إعادة شراء⁽³⁾ أسهم الشريك المتنازل - وهذا حتى لا يظل حبيسا في الشركة - تحتاج فيها الشركة إلى الوقوف على الثمن الذي ستتم به عملية إعادة الشراء، فتعمل على تحديده مسبقا، فإذا لم تراخ الشركة في تحديد مقدار ثمن الشراء قيمة الأرباح المحققة أو الخسائر الواقعة من قبل، كأن يكون مثلا مساويا للمبلغ الذي سبق وأن إكتسب على أساسه الشريك المتنازل أسهمه، فإن ذلك سيؤثر بشكل مباشر في وضع الشريك المتنازل فقد يحرمه من الأرباح أو يعفيه من الخسائر، وهذه هي الحجة التي استندت عليها محكمة النقض في قراراتها الأولى، وإن كان البعض يرى أن هذه القرارات التي أبطلت فيها المحكمة عقود الوعد لم تكن على أساس شرط الأسد وإنما بخصوص تمكّن الشريك المتنازل من الحصول على ثمن عادل عند تنازله عن الأسهم.⁽⁴⁾

ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁾ قضت فيه، أن شرط إعادة الشراء إذا لم يتضمنّ ثمنا محددًا يكون باطلا إذا لم يوفّر للمتنازل إليه ثمنا عادلا وحقيقيا للأسهم، وترجع حيثيات النزاع إلى قرار أصدرته الجمعية العامة للمساهمين في شركة مساهمة، ينص على أنه في حال تمّ تحويل أسهم الشركة فإن هذه الأخيرة تحتفظ لنفسها بحق الشفعة ويكون ثمن أعمال الشفعة أي ثمن الشراء لمصلحتها محددًا كل سنة، فرأت محكمة النقض هنا أنه إلى جانب قبولها لشرط الشفعة دون تعقيب أردفت بالقول أنه يجب تمكين الشريك الذي أعمل في مواجهته حق الشفعة من الحصول على ثمن عادل للأسهم المتنازل عليها، وعليه

¹ - تنص المادة 425 من القانون المدني: "إذا وقع الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً" ولقد جاءت صياغة هذه المادة قريبة من النص الفرنسي المذكور.

² -Mathieu STOCLET, Le prix dans les cessions de droit sociaux, thèse, Université de Lille, 2008, p40.

³ - يدعى هذا الشرط بشرط إعادة شراء الأسهم Clause de rachat d'actions وهو مجرد وعد بالبيع من جانب واحد.

Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires. Op cit, p7.

⁴ -Mathieu STOCLET , Thèse précité, p41.

⁵ -Cass civ, 9 Fev 1937, RGDC 1938, p529, note : A- JAUFFRET.

فإن الجمعية العامة عندما رخصت للشركة شراء الأسهم بسعر يقل عن القيمة الحقيقية للسهم تكون أخطأت وتجاوزت سلطتها بما يؤدي إلى إبطال قرارها.⁽¹⁾

وفي قرار⁽²⁾ آخر تعرضت فيه محكمة النقض إلى مدى صحة الوعد من زاوية الشرط الأسدي ذهبت فيه أيضا إلى اعتبار الإتفاقات التي تحرم الشريك من ثمن عادل لأسهمه باطلة لمخالفتها نص المادة 1-1844 المذكورة، فصادقت المحكمة على أحكام الجهات القضائية الدنيا في إبطالها لشروط إستنادا على الحجة ذاتها، كالإبطال الذي طال شرطا يقضي أنه في حال وفاة أحد الشركاء تقوم الشركة بشراء أسهمه على أساس القيمة الإسمية، فمثل هذا الشرط يحرم الورثة من فائض التصفية عوضا أن يؤمن لهم ثمنا عادلا يراعي القيمة الحقيقية للأسهم.⁽³⁾

يرى بعض الفقهاء أن تسبب قرار محكمة النقض قابل للنقد، فهي قد حاولت وضع تعريف للثمن العادل في حين أنه من الصعب الجزم بمفهوم شامل حوله. وفي قرارين آخرين غيرت محكمة النقض من الأسس والحجج التي تستند عليها، فذهبت إلى القول بأن شراء الأسهم لا يمكن إبطاله إلا إذا كان الشرط المتعلق به من شأنه التأثير بشكل حقيقي ومباشر في حق الشريك المتنازل في الحصول على الأرباح وتحمل الخسائر، وعليه فإن قيام الشركة بإعادة شراء أسهم الشريك على أساس القيمة الإسمية للأسهم أو القيمة المسددة من قبل لا يمنع ولا يحول دون مشاركة هذا الشريك في الأرباح أثناء تواجده في الشركة، ولم تقف محكمة النقض عند طلبات الشريك المتنازل الذي طالب بوجوب مراعاة الثمن لقيمة الحصاة وكذا مقدار الإحتياطات المكوّنة من طرف الشركة، وفي الأخير فإن محكمة النقض باتت ترى أن الشرط الأسدي هو ذلك الشرط الذي يحرم فعلا ومباشرة الشريك من قبض الأرباح أو يعفيه من تحمل أي خسارة.⁽⁴⁾

أما بخصوص الوعد بالبيع أو بالشراء المنصوص عنه في إتفاقات المساهمين أي في إتفاق منفصل عن القانون الأساسي، فإن محكمة النقض الفرنسية تقضي بصحته، حيث يعد القرار⁽⁵⁾ الصادر في 10 فيفري 1981 نقطة تحوّل في مسار قضاء محكمة النقض بشأن عقد الوعد بالشراء المبرم بين الشركاء وكان الثمن فيه محددًا، بشرط أن لا يؤدي عقد الوعد إلى تأمين الشريك المتنازل عن المشاركة في تحمل الخسائر، حتى لا يغدو شرطا أسدياً.⁽⁶⁾

¹ - لكنه يبدو أن أساس الإبطال الوارد في هذا القرار غير دقيق لأن الغبن البسيط لا يسمح كقاعدة عامة بإبطال أو تخفيض ما ورد في عقد البيع المتعلق بمنقول، راجع:

P- CORDONNIER, note sous req, 11 sept 1940, DC 1942, p 116. J- GHESTIN, Le contrat, op.cit, p 762. F- TERRE, Ph-SIMLER, Y- LEQUETTE, op.cit, p282.

² -Req, 21 déc 1937 , RE DC 1938, p529, note : JAUFFRET.

³ -Mathieu STOCLET, Thèse précité, p 42.

⁴ -Cass.com, 21 déc 1955, JCP 1956, II, 9212, note : BASTIAN. Cass.com, 16 nov 1959, JCP 1960, II, 11725, BASTIAN.

⁵ -Cass.com, 10 fév 1981, Bull civ, IV, n° : 77, p60, Rev soc 1982, p98, Obs : Ph- MERLE.

⁶ - كما تضيف الغرفة التجارية بمحكمة النقض عدم وقوع الغش.

Cass.com, 20 mai 1986, Rev soc 1986, p 57, note : D- RANDOUX.

وفي قرار حديث ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض إلى الإعتداد بصحة وعد بإعادة شراء الأسهم على أساس سعر مثبت أدنى [prix plancher]، قرّره مؤسسو الشركة لمصلحة مستثمر دخل شريكاً في الشركة، وكانت حجة المحكمة هي أن الوعد لم يكن إتفاقاً أسدياً لتعلقه فقط بتحويل الأسهم بين الشركاء، ولا تأثير له في مدى مساهمة الشريك في خسائر الشركة، إضافة إلى أن الاتفاق كان وارداً في عقد منفصل عن القانون الأساسي.⁽¹⁾

بقي في الأخير أن نشير إلى شروط الصحة في عقود الوعد المتعلقة بالتنازل على بياض التي سبق وأن أشرنا إليها، حقيقة أن التزام الشركة بإعادة شراء أسهم المسير عند توقفه عن أداء مهام الإدارة يعد وعداً من جانبها دون تحديد مدة بقاء الوعد⁽²⁾، تتجاذب مسألة الصحة فيه أحكام العقد من جهة وأحكام الشركات من جهة أخرى.

فمن ناحية القواعد العامة في العقود، يعد الوعد على بياض وعداً بالبيع، لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت فيه عدد الأسهم الموعود بيعها وكذا الثمن الذي يجب أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد، ويعد التنازل على بياض محدود الأثر لعدم ذكر تاريخ تنفيذ الإلتزام وذلك كنتيجة لعدم القدرة على تحديد تاريخ التوقف على أداء مهام الإدارة، لذا يمكن إلغاؤه في أي لحظة من طرف الواعد كأي إلتزام آخر غير محدد المدة.⁽³⁾ أما من منظور قانون الشركات، يثير التنازل على بياض بعض الصعوبات، فالتنازل يرد على أسهم عضو من أعضاء الإدارة، وعليه فالعضو الذي يقبل الوعد بالشراء من طرف المساهمين الذين عيّنه سيتعرض في كل لحظة إلى إمكانية عزله [révocation ad nutum] سيؤدي ذلك إلى توقفه عن مهام الإدارة تليها فقدانه لصفة المساهم بسبب وجود الوعد بالتنازل على بياض.⁽⁴⁾

ولكي يكسب الوعد بالتنازل على بياض فاعليته القانونية يجب أن يصل إلى علم الشركة وجود هذا الاتفاق حتى يصبح نافذاً في مواجهتها، خاصة إذا كانت الشركة مغلقة، وكذا أن يقترن مع شرط الإعتماد، وإذا قام المساهم المستفيد من الوعد على بياض بالتصرف في أسهمه متجاهلاً وجود الوعد، فإن تحويل الأسهم لا يكون باطلاً إذا ما تم تسجيله ضمن سجلات الشركة.⁽⁵⁾

ت- إتفاقات التفضيل Pactes de préférence

يرد شرط التفضيل في إتفاق المساهمين المنفصل عن القانون الأساسي، وبمقتضاه يستفيد المساهم الأقلية من الأولوية عند كل لجوء إلى طريقة تمويلية خارجية كزيادة رأس المال أو إصدار سندات الإستحقاق، حيث يلتزم الواعد في مثل هذا الاتفاق - في حال إحتياج الشركة إلى أموال خاصة أو شبه

¹ -Cass.com, 16 novembre 2004, Dr et Patr, Fév 2005, p 133, obs : D- PORACCHIA.

وانظر مواقف أخرى لمحكمة النقض وثبات منحاها:

Cass.com, 22 fév 2005, JCP, éd E, 2005, p1029, note : H- HOUASSE. Cass.com, 27 sept 2005, Dr sociétés 2005, n° : 210, p26, note : H- Lecuyer.

² -Sébastien PRAT, op cit, p85.

³ -Yves GUYON, Traité de contrats, op.cit, p336.

⁴ -Sébastien PRAT, op.cit, p85.

⁵ -Yves GUYON, Traité de contrats, op.cit, p336.

خاصة - تمكين الموعود له من المشاركة في هذا التمويل، ولا تنتهي هذه الطرق لصالح الغير إلا إذا تنازل مساهم الأقلية عن حقه في المشاركة، ومن الناحية الواقعية يجدر تحديد ما إذا كان إتفاق التفضيل يشمل كامل التمويل أو جزء منه، وهل يؤدي ذلك إلى إتمام عملية التمويل أم لا.⁽¹⁾

ثانيا: إتفاقات المساهمين المنظمة للثمن في التنازل عن الأسهم

Pactes d'actionnaires relatifs au prix

يصبح عقد البيع⁽²⁾ وكذا عقد الوعد بالبيع⁽³⁾ من العقود الصحيحة القائمة إذا اتفق فيهما الأطراف حول المسائل الجوهرية المتعلقة بطبيعة العقد، وهي الشيء محل العقد والثمن، وإذا كانت إتفاقات المساهمين ترد على تحويل الأسهم أو التنازل عنها فإنها تخضع إلى هذا الحكم، فيجب أن يتم إتفاق الأطراف حول العناصر الأساسية في عقد التنازل عن الأسهم، وإلى جانب تحديد الأسهم من كمية ونوع، نجد الثمن الذي يعد هو الآخر عنصرا أساسيا⁽⁴⁾، ويتم تحديد الثمن عادة بإتفاق الأطراف أي المتنازل والمتنازل إليه، من خلال تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، إلا أن وجود إتفاق جانبي بين الأطراف يتناول كفيات تحديد الثمن من شأنه أن يؤثر في عقد التنازل، لذا يمكن الإستنتاج أنه يمكن للمساهمين تضمين الإتفاقات المبرمة بينهم شروطا عقدية تنظم عنصر الثمن.⁽⁵⁾

ويلعب الثمن دورا مهما في إتفاقات المساهمين، إذ تنبثق أهميته من كون التنازل ما هو إلا تحويل لملكية الأسهم باعتبارها قيما منقولة، لذا وجب أن تحتوي على ثمن، وبما أن التنازل عن الأسهم عملية تقوم على طبيعة خاصة يشترط القضاء عادة أن يكون الثمن حقيقيا وعادلا، بل ويجعل من ذلك شرطا من شروط صحة الإتفاقات المبرمة بين المساهمين بخصوص التنازل⁽⁶⁾، ويسعى الأطراف خاصة المتنازل إلى الحفاظ على مصالحه في ظل الشروط العقدية المنظمة للثمن⁽⁷⁾، إلا أن الثمن في عملية التنازل إذا كان كان منظورا إليه على أنه القيمة المالية للممنوحة للأسهم المتصرف فيها أو الواقع عليها الإتفاق، فإنه يصعب أحيانا تحديده إذا كان الأطراف بصدد إبرام عقد تنازل عن رقابة الشركة، لأن عملية كهذه لا تتوقف آثارها عند نقل الملكية من مجموعة مساهمين إلى مجموعة أخرى، بل ان الأمر يتعدى ذلك إلى تمكّن الفئة المتنازل إليها من السيطرة على الشركة وتسييرها.

وعلى ضوء ما ذكر سنتعرض إلى مسألة الثمن العادل في إتفاقات المساهمين ثم إلى كفيات تحديد الثمن، وأخيرا الثمن في التنازل على رقابة الشركة.

¹ -Jean Jacques DAIGRE, Monique SENTILLE DUPONT, Les pactes d'actionnaires, op.cit, p34.

² - راجع المواد: 94، 356 من القانون المدني الجزائري.

³ - راجع المادة 71 من القانون المدني الجزائري.

⁴ -Sébastien PRAT, op.cit, p 175.

⁵ -Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 20.

⁶ -Sébastien PRAT, op.cit, p 176.

⁷ -Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 21.

أ- مفهوم الثمن العادل La notion de prix juste

يستمد مفهوم الثمن العادل وجوده من القواعد العامة في العقود، حيث يقع عادة الخلط بينه وبين مفهوم الثمن الجدّي والحقيقي [prix sérieux et réel]، ويقصد بهذا الأخير ذلك الثمن الذي يجسّد مقابلاً حقيقياً لنقل الملكية أي أن الثمن ليس تافهاً، أما الثمن العادل فإنه يتعلق بالتوازن الاقتصادي في العقد الذي لا يفترض في القاضي بشأنه أن يراقب مقداره خارج الحالات المنصوص عليها بمقتضى نصوص القانون كالغبن مثلاً، ولم يرد نص خاص يبيّن ما المقصود بالثمن العادل في مادة التنازل عن الأسهم، فالثمن يتم تحديده بحرية من قبل الأطراف مع مراعاة أن يكون الثمن جدّياً وحقيقياً، وتطبيقاً لذلك إذا كان الثمن المتفق عليه بصدد عقد التنازل مبالغاً فيه أو على النقيض كان فيه غبن مقارنة مع القيمة السوقية للسهم، فإن ذلك لا يؤدي إلى إبطال عملية التنازل ما دام الثمن ليس تافهاً.⁽¹⁾

ويرجع ظهور مفهوم الثمن العادل في قضاء محكمة النقض الفرنسية، في قرار⁽²⁾ يتعلق بنزاع قام حول شرط مدرج في القانون الأساسي يمنح حق الإعتماد البسيط لمجلس الإدارة في الشركة ومقترن بحق الشفعة الإختياري، كما يتضمن هذا الشرط إشارة إلى الثمن حيث قضى بأن الثمن المعتمد في حال إستعمال مجلس الإدارة حق الشفعة يتم تحديده بحرية من طرف الجمعية العامة للمساهمين، شريطة أن لا يتجاوز حدّاً أقصى يتم تحديده سنوياً على أساس الجرد، فقام مساهم بالتنازل عن أسهمه على أساس ثمن تم تحديده من قبل المتنازل والمتنازل إليه، وكان محددًا بـ 1600 فرنك للسهم الواحد، فقامت الشركة بعد ذلك بإبداء رغبتها في ممارسة حق الشفعة حول هذا التنازل، عارضة ثمنًا أدنى ما مقداره 850 فرنك للسهم الواحد، بيد أن المساهم المتنازل قدّم طلباً قضائياً بإبطال المداولة التي تمخّص عنها إدراج الشرط القاضي بحق الشفعة لمصلحة الشركة على أساس أن مثل هذا الشرط يزيد من إلزامات المساهمين.

قضت محكمة إستئناف Rouen بأحقية طلبات المساهم المتنازل مستندةً إلى سببين، الأول هو الطبيعة غير الملزمة لحق الإعتماد المقترن بحق الشفعة الإختياري، لذا تعد صفة الإختيار مؤدية إلى زيادة إلزامات المساهمين، أما السبب الثاني هو أن الثمن تتولى الشركة تحديده بصفة تحكّمية، أما محكمة النقض فقد رفضت الطعن بالنقض الموجّه حول قرار محكمة الإستئناف مؤكدة على صحة التسبيب الأول، حقيقة يمكن تبرير موقف محكمة النقض بوجود التعسّف في فحوى الشرط المتنازع عليه وحتى وإن كان القرار لا يشير إلى مفهوم الثمن العادل فإنه لا يمكن نفي تأثره به.⁽³⁾

لقد استعمل القضاء مفهوم الثمن العادل كذريعة لإجراء رقابة حول تحديد الثمن الذي يتم على أساسه حق الشفعة، وتدخل القضاء في هذه الحالة هدفه تجنيب المتعاقدين خطر التعسف في تحديد الثمن أو خطر

¹ -Th- LAMBERT, L'exigence d'un prix réel et sérieux dans les cessions de droits sociaux, Rev soc 1993, p 11. S-SHINDLER- VIGUE, La notion de juste prix en droit positif français, thèse, Paris, 1993, p2.

² -Cass.req, 2 janvier 1924, D 1927 : 1.161, note : ESCARRA.

³ -ESCARRA, RAULT, op.cit, T3, n° : 1230. Sébastien BRAT, op.cit, p176.

إنتهاك حق من حقوق المساهم⁽¹⁾، ويرى جانب كبير من الفقه أن مفهوم الثمن العادل هو وجه آخر لمبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة إنطلاقاً من كون هذا المبدأ لا يتجسد حقيقة إلا إذا تمكّن المساهم من التنازل عن أسهمه بناء على ثمن كاف ومناسب، وإلا ظل المساهم حبيسا للشركة إذا كان الثمن المحدد في حق الشفعة تافها يعطلّ المساهم في تحويل أسهمه إلى الغير⁽²⁾، وحق المساهم في الثمن العادل من هذا المنظور هو حقّه في إيجاد السيولة النقدية الملائمة لقيمة الأسهم المملوكة من طرفه⁽³⁾.

وبصدد دراسة الثمن العادل لا بد من الإشارة إلى الثمن البخس الذي لا ينعقد به التنازل أو الثمن غير الموجود⁽⁴⁾، فالبيع الذي لا يحدد فيه الأطراف مقدار الثمن يعد عقداً لم يحدد فيه عنصر جوهرى من عناصر العقد فيصير إلى البطلان الذي يخضع للتقادم الطويل أي خمسة عشر سنة⁽⁵⁾، إلا أن القضاء الفرنسى يذهب في بعض قراراته إلى القول بصحة عقد التنازل عن الأسهم بسعر رمزي [Prix symbolique] في حال فقدان الأسهم لقيمتها بسبب الخسائر المتعاقبة التي تكبّتها الشركة، تقضي الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بصحة التنازل حول هذه الأسهم إذا ما تمّ بسعر رمزي⁽⁶⁾، وفي قرار لها حول نزاع قام بين شريكين قاما بإبرام وعد بيع أسهمهما إلى الغير بثمن تمّ الاتفاق حوله عند إبرام الوعد على تكليف محكم يتولى تحديده، وعند إبداء رغبة البيع إحتج الغير المتنازل إليه بأن الأسهم الموعود ببيعها قد فقدت قيمتها بسبب الخسائر المتلاحقة، مطالباً إبرام البيع بدفع ثمن رمزي أي فرنك فرنسي، وهو ما أكدّه عمل المحكم الذي بدوره تولى تقييم الأسهم وكان ثمنها فرنكاً رمزياً، إلا أن الشريكين المتنازليين طالبا بإبطال التنازل، فكان حكم قضاة الموضوع مستجيباً لطلبهما وقضوا ببطلان التنازل على أساس عدم وجود عنصر الثمن، غير أن محكمة النقض نقضت الحكم مستندة على أن قضاة الموضوع لم يذهبوا فيما تدل عليه الوقائع، فانطلاقاً من كون الأطراف قد إتفقوا على الثمن بان يتولى تحديده طرف أجنبي عن العقد، وهو ما تمّ فعلاً حيث قام هذا الأجنبي بتقييم الأسهم، ولكنه بسبب الخسائر فقدت تلك الأسهم قيمتها، وهو ما يؤكد الطرف الأجنبي، لذا كان الثمن فرنكاً رمزياً، ويلاحظ البعض في هذا القضاء الذي قضت فيه محكمة النقض بصحة التنازل بثمن رمزي أن الهدف منه تحفيز عمليات التنازل عن الشركات.⁽⁷⁾

¹ -G-RIPERT, R-ROBLLOT, op.cit, n° 1253.

² -Ch- GOYET, note sous Paris, 14 mars 1990, Rev.jurispr.com, 1990, p243.

³ -Sébastien PRAT, op.cit, p177.

⁴ -Benoit LECOURT, Cession de droit sociaux, op.cit, p26.

⁵ -X- DELPECH, note sous cass.com 23 oct 2007, D2007, p2812.

⁶ -J- HEMARD, note sous cass.com 3 janv 1985, rev soc 1985, p827.

⁷ -H- LENABASQUE, Le cession de l'entreprise en redressement judiciaire, JCP, éd E1990, II, 15770.

ب- الثمن المحدد أو القابل للتحديد في إتفاقات المساهمين

Prix déterminé ou déterminable dans les pactes d'actionnaires

إن إتفاقات المساهمين المتعلقة بتحويل الأسهم هي عقود تحضيرية لنقل الملكية بصدد هذا النوع من القيم المنقولة، ولذا تحتوي هذه الإتفاقات العديد من الشروط والبنود التي تتراوح بين الوعود بالتنازل أو التنازل في حد ذاته، ومن هنا يقتضي أن يكون الثمن محددًا أو قابلاً للتحديد، وهو الحكم الذي أشارت إليه المادتان 356 و357 من القانون المدني، وقياساً على ذلك ينبغي أن تتضمن الإتفاقات المنظمة للتنازل عن الأسهم تحديد الثمن أو تحديد الأسس التي تمكّن من تحديده.⁽¹⁾

إن تفسير المادتين المشار إليهما يسمح بالقول إبتداءً أن الأطراف يلتزمون بالاتفاق حول مقدار الثمن المرصود للتنازل عن الأسهم، وإن تعدّر ذلك أمكنهم الاتفاق على الأقل حول أساس معين يستند عليه فيما بعد عند تحديد الثمن، ويستنتج من النصين أن المشرّع أثار مسألة تحديد الثمن دون أن يضع نصوصاً واضحة وكافية خاصة وأن القانون التجاري لم ينص على طرق موحّدة لتحديد ثمن الأسهم أو قيمتها، ودون تفضيل طريقة على أخرى، غير أن الاستنتاج المرجّح هو أن النصوص القانونية التي تعرّضت إلى عنصر الثمن تضمنت في مجملها الإحاطة بمسألة تحديد الثمن والمراقبة في تحديده، وأخيراً جعل الثمن معلوماً بقدر الإمكان.⁽²⁾

وإذا استثنينا نص المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري التي أشارت إلى عنصر الثمن بصدد شرط الإعتماد، فإن المشرّع لم يذكر صراحة كيفية تحديد ثمن التنازل في الأسهم، غير أنه يمكن الإعتماد على نصوص أخرى وردت بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة، إذ تجيز المادة 571 من القانون التجاري أن يتولّى خبير تقدير ثمن الحصص المتنازل عليها.

تسمح نصوص القانون التجاري المذكورة بحصر الطرق المعتمدة عادة من طرف المساهمين في تحديد قيمة الأسهم المتنازل عنها ورصد ثمن لها، هذا إذا لم يقر أطراف التنازل بتحديد الثمن عند إبرام عقد التنازل، ولعل الاتفاق حوله في لحظة الإنعقاد وجعله ثمناً محددًا يسمح للمتنازل بتوقّي خطر تراجع قيمة الأسهم خلال المدة الفاصلة بين الوعد بالتنازل ونقل الملكية بصفة نهائية.⁽³⁾

ويحكم مسألة تحديد الثمن مبدأ الحرية التعاقدية، فيقوم المتنازل والمتنازل إليه بتبني قيمة محددة للأسهم تعادل القيمة التبادلية، وفي هذه الحالة يبت الطرفان في مسألة الثمن مباشرة عند التوقيع على عقد التنازل، أي أنهما يحددان المبلغ النقدي الذي يلتزم بدفعه المتنازل إليه إلى المتنازل⁽⁴⁾، وفي حالات معينة قد يلتزم المتنازل إليه بتسوية الديون المترتبة لمصلحة دائني الشركة والمتعلقة بالأسهم المتنازل عليها،

¹ -Sébastien PRAT, op.cit, p179.

² -Hélène Guebidiang Tchoyi Doumbe, La cession de droit sociaux de l'associé minoritaire, op.cit, p73.

³ -C- PRETO, Conventions extra-statutaires entre associés, in MESTRE, E- PUTMAN, D- VIDAL, Grands arrêts du droit des affaires, 1995, p443.

⁴ -T- MASSART, Observation sous cass.com 11 octobre 2005, Bull Joly, 2006, p632.

ومن هنا يمكن القول أن التحديد النهائي للثمن قد تم على أساس القيمة التبادلية للأسهم مع مراعاة القيمة التي يمنحها الأطراف للالتزامات الملقاة على المتنازل إليه والتي تندرج عادة ضمن ضمان خصوم الشركة.⁽¹⁾

إن تحديد الثمن من قبل الأطراف لا يتم عادة إلا بعد إجراء تقييم الأسهم محل التنازل، وذلك بهدف الوصول بالثمن إلى أن يكون القيمة الأقرب إلى القيمة الحقيقية للأسهم حتى يصبح في الأخير كمقابل جدّي وحقيقي لنقل الملكية إلى المتنازل إليه⁽²⁾، غير أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون الثمن مجرد مبلغ رمزي، خاصة إذا كان المقابل المتحصّل عليه من طرف المتنازل قد وجد في التزامات أخرى تلقى على عاتق المتنازل إليه، كالالتزام مثلا بضمان خصوم الشركة الناشئة بعد التنازل أو ضمان ديون المتنازل نفسه، أو التزام المتنازل إليه برد مدفوعات الحساب الجاري للشريك أو التعهد بالالتزامات المترتبة على الكفالة المقررة من قبل المتنازل، أو التزام المتنازل إليه بتقديم مساهمات مالية لمصلحة الشركة، اذن فالثمن الحقيقي للأسهم يقوم على تقدير قيمة هذه الالتزامات و ليس فقط على القيمة الموضوعية للأسهم في حد ذاتها، وهذا ما ذهبت إليه إرادة المتنازل أي ليس فقط الإكتفاء بالسعر الرمزي للسهم وإنما بمدى تنفيذ المتنازل إليه تلك الالتزامات المذكورة.⁽³⁾

وكما يمكن أن يلجأ الأطراف إلى الثمن الرمزي في الحالة التي تفقد الأسهم قيمتها السوقية بسبب الخسائر التي تكبّتها الشركة أو عندما تتعرض الشركة إلى خطر التوقف عن الدفع، وفي هذه الظروف يقوم المساهمون بالتخلي عن الأسهم بغية نقل أعباء النشاط إلى غيرهم وهم المتنازل إليهم، فتنقل ملكية الأسهم مقترنة بالمخاطر أملا في أن يقوم هؤلاء بتقويم الشركة ومساعدتها في المحافظة على استمرارية النشاط، فينفادى المتنازل إليهم من جهة أخرى دعوى الدائنين في إقتضاء حقوقهم، ففقدان الأسهم لقيمتها والأعباء والمخاطر المحوّلة إلى المتنازل إليهم والمصلحة التي يمكن أن يحققها التنازل إلى المتنازل، تقوده في الأخير إلى التنازل عن الأسهم بسعر رمزي، فالمقابل الحقيقي لنقل الملكية يكمن في الآثار الكلية للتنازل.⁽⁴⁾

وإذا كان المساهمون بإمكانهم تنظيم عنصر الثمن تنظيماً إتفاقياً عند التنازل عن الأسهم فهم من ناحية أخرى يخضعون إلى مبادئ هامة، فالثمن يجب أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد وألا يكون أسدياً كأن يحدد الثمن جزافاً مثلاً.⁽⁵⁾

¹ -Mathieu STOCLET, Le prix dans les cessions de droit sociaux, op cit, p126.

² -B- GARRIGUES, La contre prestation du franc symbolique, RTD civ 1991, p459.

³ -C- FREYRA, Le prix de vente symbolique, D1997, Chr 51, p 55. M- JEANTIN, note sous cass.com 18 nov 1986, JCP 1987, II, 20806.

ويلجأ الأطراف هنا إلى اعتماد الثمن الرمزي بغية إصباح العقد بطبيعة عقد البيع، وتمييزه عن المقايضة لذا يذكر الثمن بقيمة نقدية.

⁴ -T- LAMBERT, L'exigence du prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, op cit, p14. Mathieu STOCLET, Le prix dans les cessions de droits sociaux, op cit, p128.

⁵ -Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op cit, p21.

بيد أن الأطراف إذا كان بإمكانهم تحديد الثمن في حد ذاته، فهم قد يتفقون فقط على الآليات والأسس التي تمكن من تحديد مقدار الثمن فيما بعد، وفي هذه الحالة يصبح الثمن قابلاً للتحديد، ويستنتج ذلك من نص المادة 356 من القانون المدني التي أجازت أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، فالقضاء الفرنسي⁽¹⁾ والفقهاء يذهبون إلى تأكيد صحة عقد البيع الذي لم يحدد فيه مقدار الثمن بصفة نهائية، وإنما يكفي أن يكون قابلاً للتحديد⁽²⁾، ويجد هذا المبدأ مجالاً للتطبيق في مسألة التنازل عن الأسهم، فالمساهم المتنازل والمتنازل إليه إذا لم تتوفر لديهما المعلومات والمعطيات الضرورية لا يقومان بالبت في قيمة الأسهم بشكل نهائي وعليه لا يتفقان على مقدار معين، وإنما يكتفیان بالاتفاق حول كيفية تحديد الثمن لاحقاً، فتتأجل عملية تحديد الثمن إلى اللحظة التي يصبح فيها الوقوف على الثمن ممكناً⁽³⁾.

ويلجأ الأطراف عادة إلى أسس مرجعية تساعد على تحديد الثمن لاحقاً، ولكي يصح التعاقد لا بد أن لا تكون تلك الأسس معلقة على إرادة أحد الأطراف أو بإنجاز اتفاق آخر، أو أن يعلّق تحديد الثمن بشرط يتوقف تحققه على محض إرادة طرف دون غيره، بمعنى آخر ينبغي أن يكون تحديد الثمن مبنياً على أسس حسابية موضوعية⁽⁴⁾، وبالرجوع إلى واقع الشركات يمكن الإستنتاج أن العمل قد استقر على إتخاذ معايير ترتبط بالشركة في سبيل تقييم الأسهم ومنحها قيمة مالية يعتد بها كثمن في عملية التنازل⁽⁵⁾، وإن كان ثابتاً أنه لا وجود لأسس تسمح بتحديد الثمن بشكل حاسم لا نقاش فيه، لذا فالقضاء يتناول مثل هذه الأسس حالة بحالة⁽⁶⁾.

وبالرجوع إلى قرارات القضاء نجد أن هناك العديد من الطرق التي تعتمد لتحديد الثمن وتعيين القيمة الحقيقية للأسهم المراد التنازل عنها، والتي تكون محل اتفاق الأطراف حول عنصر الثمن، وتتجلى أهمية هذه الطرق بشكل واضح إذا لم تكن الشركة مسجّرة ببورصة القيم المنقولة، نذكر هنا مثلاً تطبيق مفهوم القيم الرياضية القائم على مراعاة قيمة أموال الشركة غير المسجّرة، أو قيمة المردودية القائمة على الفاعلية الاقتصادية للشركة، أو القيمة الناشئة عن المقارنة بحيث تراعى هنا عمليات التنازل السابقة التي تم إنجازها.

تعد القيمة الرياضية [valeur mathématique] من أهم الطرق المعتمدة، لأنها تأخذ بالحسبان قيمة جميع أموال الشركة، فيستند الأطراف في هذه الحالة في تحديد الثمن على ما تحتويه ميزانية الشركة،

¹- وذلك ابتداءً من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 جانفي 1925، لتتوالى القرارات المؤيدة لصحة عقود البيع التي تحدد فيها أسس تعيين الثمن دون تحديده بصفة نهائية عند إبرام العقد، راجع:

Req, 7 janvier 1925, D.H 1925.57. Req 14 fev 1927.5.1927. 1.175. D 1928. 180. Cass civ 1^{er} ch. 19 fev 1974. Bull civ. I. n° 62, p52.

²-F- TERRE, Ph- SIMLER, Y- LEQUETTE, Droit civil, op cit, p 285.

³-J- J CAUSSAIN, M- GERMAIN, Pratiques des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées, JCP. Ed E1987. II, 14915, n°13, p210.

⁴- أي أن تكون عناصر حسابية خارجة عن الأطراف (Eléments de calcul extérieurs des parties) فلا تخضع فقط لسلطة أحدهم دون الآخر. Jacques GHESTIN, Le contrat, op.cit, n° : 527.

⁵-Hélène Guebidiang Tchoyi Doumbe, op cit, p73.

⁶-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op cit, p 21.

والنظر في أموال الشركة المنقولة والعقارية وفي الحقوق المكتسبة تجاه الغير والالتزامات المترتبة، ومن هنا قد يطلق عليها بعض الفقهاء تسمية طريقة الذمة المالية [méthode patrimoniale] ويتم هنا حساب الأصول الصافية أي استخلاص مجموع الخصوم الخارجية [passif externe] من مجموع القيم السوقية لعناصر الأصول، فتكون قيمة الأصول الصافية هي نفسها قيمة الأسهم.⁽¹⁾

أما قيمة المردودية فهي طريقة تقوم على مراعاة نتائج نشاط الشركة بخلاف طريقة الذمة المالية السابقة، لا يهتم الأطراف هنا في تحديد الثمن إلا بالنتيجة الاقتصادية، ومن الناحية المحاسبية قد تنتج قيمة المردودية من خلال حساب معدّل الأرباح الموزعة على المساهمين أو الشركاء في السنتين أو خمس سنوات ماضية، يضاف إليه نسبة تغيّر رأس المال بحسب نوع النشاط.⁽²⁾

يعترف القضاء الفرنسي بصحة اللجوء إلى هذه الطرق في تحديد الثمن عند إبرام عقد التنازل شريطة ألا تقترن بالغش، وألا يكون لأحد الأطراف تأثير كبير في تحديدها، كما يشترط القضاء أن تكون مثل هذه الأسس والمعايير ذات دلالة [non absurde]، إذ جاء في حكم محكمة La seine التجارية أن الصيغة التي إستعملها القائم بالتقييم في النزاع المعروض، بقصد الوقوف على القيمة المالية للشركة، لا تسمح بالوصول إلى نتيجة دقيقة، وإن كان ثابتاً أنه لا يمكن تقاضي الطبيعة النسبية والتقريبية في عملية التقييم، فإنه يكفي أن يتأكد القائم بالتقييم وجود دلالة في التقييم، وأن يتأكد من أن العناصر المستند إليها في الحساب دقيقة وتم إعدادها عند إبرام عقد التنازل وأن لا يتوقف تحديد الثمن على أساس الوضعية المحاسبية المستقبلية، مما يجعل الشك يتخلل عملية التقييم.⁽³⁾

كما لا يأخذ القضاء الفرنسي في الاعتبار عند تحديد الثمن بالقيمة الإسمية للأسهم، لأن هذه الأخيرة قد لا تمثل القيمة الحقيقية للأسهم، وبالتالي لا يمكن أن تصبح أساساً كافياً في تحديد عنصر الثمن عند إبرام عقد التنازل.⁽⁴⁾

لقد رأينا فيما ذكر، أن الثمن يتولى تحديده أطراف عقد التنازل عن الأسهم، بالاتفاق فيما بينهم وفقاً للحرية التعاقدية، أو أن يتفقوا على جعله قابلاً للتحديد بناءً على أسس ومعايير تسمح بتحديدده فيما بعد. إلا

¹ - لا يتم التطرق إلى مفهوم الأصول الصافية (Actifs net) إلا بصدد تحديد الوضعية المالية (Situation financière) للشركة، وبالرجوع إلى قرار وزير المالية المؤرخ في 26 يونيو 2008 الذي يحدد قواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، نجد أن الوضعية المالية تقدّم من خلال الميزانية أي بتحديد العلاقة بين الأصول والخصوم الخارجية ورؤوس الأموال الخاصة، أي: Actif net = actif – passif externe والحقيقة أن الأطراف يتمتعون بحرية واسعة في استعمال معيار الذمة المالية في تحديد ثمن الأسهم محل التنازل، مثل أن يتفقوا على الإستناد إلى حسابات الشركة عند إبرام عقد التنازل أو أن يكتفوا بعنصر من عناصر الذمة المالية كالأموال الخاصة وجعلها أساساً في التقييم، أو التثبيتات العينية (Immobilisation en nature) راجع:

J- PAILLUSSEAU, La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, JCP, 1992, I, 3578, N° 29, p191. F-VINCENT, La vente de titre dans les sociétés non cotées, petites affiches, n°139, du 8 décembre 1980, p6. Yves Courtois, Introduction à l'évaluation des entreprises et du private equity, Wolters Kluwer, Belgique, 2014, p120.

² -F-X Lucas, obs sous cass 1^{er} ch. Civ. 20 déc 2007, Bull Joly, 2008, p216.

³ -Hélène Guebidiang Tchoyi Doumbe, op cit, p 74.

وفي قرار آخر ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد جواز عدم تحديد الثمن عند التعاقد بل يكفي أن يكون قابلاً للتحديد، دون أن يتوقف ذلك على إرادة أحد الأطراف، وكان النزاع الذي صدر بشأنه هذا القرار متعلقاً باتفاق أطراف عقد التنازل على الرجوع في تحديد الثمن إلى وضعية محاسبية يقومون بتحديددها بأنفسهم، إلا أن الأطراف واجهوا صعوبات في تقييم بعض العناصر كرصيد الحساب الجاري (Compte courant)، البضائع المهتلكة (Marchandise dépréciés) فلم يتوصّلوا إلى تحديد الوضعية المحاسبية ولا إلى تعيين خبير.

Cass.com 23 janvier 1990, Bull Joly 1990, p275.

⁴ -F- Lucas, obs sous cass civ 1^{er} civ, 20 déc 2007, Bull Joly, 2008, p 216.

أن الأطراف بإمكانهم الاتفاق على أن يتولى شخص من الغير مستقل عن الأطراف القيام بتحديد الثمن، فيقوم هذا الغير بتقويم الأسهم محل التنازل، ويتمتع المساهمون في هذه الحالة بحرية واسعة في تحديد الكيفيات التي تتم على أساسها هذه الطريقة في تعيين الثمن، كما يجوز للأطراف أن يتيحوا للقاضي أن يتولى تعيين الغير، ويعد نص المادة 571 من القانون التجاري أهم نص يشير صراحة إلى جواز تولي الغير مهمة تحديد الثمن عند التنازل، ورغم أن النص قد ورد بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا أنه يمكن سحبه وتطبيق محتواه في شركة المساهمة مثلا، ويندرج النص في سياق الزام الشركة ذات المسؤولية المحدودة في حال رفضها قبول الإحالة - حين يرغب شريك في التنازل على حصته - على تولي الشركاء الآخرون شراء الحصص بالثمن الذي يقدره خبير معتمد يتم تعيينه من قبل الأطراف أو يعينه القاضي في حال عدم حصول الاتفاق بينهم، ونستدل من هذا النص على أنه يمكن أن يحدد ثمن الأسهم شخص من الغير.

لقد أجازت المادة المذكورة أن يحدد الثمن في عملية التنازل عن الأسهم أو عند إعادة شرائها من طرف الشركة خبير معتمد يعينه القاضي إذا لم يتمكن الأطراف في التنازل من الاتفاق على تعيينه، ولعل النص يحصر مجال تدخل الخبير في حال التنازع بين الأطراف، إلا أن اللجوء إلى الغير في تحديد الثمن قد يقع حتى في الحالة التي لا يتنازع فيها المساهمون حول الثمن⁽¹⁾، وهنا يفهم الغير بمعناه الواسع أي كل شخص من غير الأطراف يتولى بتوكيل من هؤلاء تعيين الثمن.⁽²⁾ لذا ينبغي في البداية أن يحدد الإطار العام في تدخل الغير أو الخبير عند تحديد ثمن الأسهم المتنازل عليها، يقوم المتنازل والمتنازل إليه باختيار الغير الذي يتولى تحديد الثمن، وذلك بإدراج بند في عقد التنازل يبين ذلك أو أن يترك ذلك للقاضي إذا لم يتمكن من تعيين الغير، أو أن يتولى كل منهما تعيين الغير وإذا ظل الخلاف حول الثمن جاز اللجوء إلى طرف ثالث وهكذا.⁽³⁾

كما يمتلك الطرفان حرية واسعة في تنظيم مهمة الغير المتصدّي لتحديد الثمن⁽⁴⁾، كأن يفيد المهمة الموكّلة إليه بفرض قيود أو أن يفسح أمامه المجال في ذلك، ومن أمثلة القيود أن يفرض على الغير كيفيات حساب الثمن، وطرق تقييم الأسهم كوضع حدود عليا وحدود دنيا⁽⁵⁾، كما يعد مرجّحا لدى الفقهاء أن الغير عند تصديده لتحديد قيمة الأسهم يؤخذ في الاعتبار التاريخ الذي اتفق فيه الأطراف على اللجوء

¹ -D-RANDOUX, note sous Ca Douai, 24 fév 1983, Rev soc 1983, p337.

² -CA Paris, 17 sep 2004, Bull Joly 2005, p49, obs : N- Rontchevsky.

³ -Mathieu STOCLET, Le prix dans les cessions de droits sociaux, op cit, 134. Urbain Parleani, note sous casscom 26 juin 1990, Bull civ, IV, n° : 197 ,rev soc 1993, p 96. B- Paulz D'ivoy, expertise et prix de cession de droits sociaux, Bull Joly, 1995, p313.

⁴ - مع وجوب ذكر المهمة المسندة للغير صراحة، بأن يذكر في الاتفاق على أن تعيين الغير هو بصدد قيامه بتحديد الثمن، وإذا لم يبين ذلك صراحة فإن الثمن لا يلزم الأطراف فيما بعد.

D- RANDOUX, note sous cass com, 23 nov 1993, Bull civ, IV, n° 416, rev soc 1994, p275.

⁵ - إن مهمة الغير تتمثل في تحديد مقدار الثمن بدقة، لذا يجب ألا يقتصر دوره على وضع حد أدنى وحد أقصى للثمن، لأن ذلك لا يبيّن في الخلاف القائم حول عنصر الثمن.

M- Guilberteau, note sous cass.com, 29 mai 1972, Rev soc 1973, p116.

إلى الغير، لأنه في ذلك التاريخ يعتبر العقد قد إنبرم، إلا إذا قام الأطراف بتعديل ذلك التاريخ والاعتداد بتاريخ آخر يراعي المعطيات المستقبلية⁽¹⁾، كما يجوز للأطراف من ناحية أخرى إلزام الغير بمراعاة قواعد إجرائية كاحترام مبدأ الوجاهية⁽²⁾.

ويعد الغير المعين من قبل أطراف عقد التنازل وكيلا مشتركا لهؤلاء⁽³⁾، توكل إليه سلطة تحديد الثمن بدلا منهم، وهذه السلطة يتوقف عليها قيام عقد البيع الوارد على الأسهم لأن الثمن عنصر أساسي في هذا العقد وما دام الأطراف لم يتوصلوا إلى الاتفاق حوله فإن العقد لا يقوم صحيحا، كما يصبح عمل الغير أو النتيجة التي يتوصل إليها بمثابة شريعة المتعاقدين إذ تغدو إمتداداً لإرادتهما، ولا يجوز حينئذ الاعتراض على ذلك إلا إذا توفرت الأسباب القانونية للإحتجاج حول عمل الغير⁽⁴⁾.

وبالنظر إلى الآثار المترتبة على قرار الغير، يتضح أن دور الغير يختلف عن أشخاص آخرين يتولون نفس الدور الذي يتصدى له، فبما أن الغير يعتبر في تحديده للثمن وكيلا مشتركا لطرفي عقد التنازل فإن هذين الأخيرين يتقيدان بقراره، ومن هنا يفترق هذا الغير عن الخبير كما يفترق عن المحكم. يتميز الغير بداية عن الخبير المعتمد لأن الغير قد لا يكون خبيرا معتمداً، أما الخبير المعتمد فإنه دوما من الغير، فالخبير المعتمد يعتبر شخص مختص، تتميز المهمة الموكلة إليه بطابع تقني دون أن يكون قراره ملزم للأطراف ولا للقاضي، إذ يمكن لهذا الأخير أن يحدد ثمناً يختلف عن ما توصل إليه الخبير المعتمد، وهذا ما تذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قولها بأن مهمة الغير لا تقتصر فقط على إصدار رأي وإنما إصدار قرار يعد كشريعة للمتعاقدين، ولذا لا يمكن للقاضي الوقوف عند تكيف الأطراف لطبيعة عمل الغير⁽⁵⁾.

كما يتميز الغير عن المحكم [L'arbitre] رغم وجود عناصر مشتركة بينهما فكلاهما يتم توكيله من الأطراف لأداء دور محدد، ويكون قرارهما ملزما لهم، إلا أن الغير يختلف عن المحكم في عدة أمور، فالفقه والقضاء يستندان في هذه التفرقة على وجود النزاع وطبيعة المهمة التي توكل إلى الغير، إن الغير الذي يبيت في مقدار الثمن عند التنازل عن الأسهم لا يبيت في نزاع قائم بين الأطراف، وإنما تعد مسألة الثمن مسألة واقعية وليست نزاعاً قانونياً، وبذا لا يكفي أن يؤدي الخلاف حول الثمن في العقود التبادلية

¹ -Mathieu STOCLET, Le prix dans les cessions de droits sociaux, op cit, p 134.

² - كمبدأ عام أن الغير حين تصدّيه لتحديد الثمن لا يلزم بالتقيّد بالوجاهية في الإجراءات (Le débat contradictoire) وهو المبدأ الإجرائي الذي يلزم القاضي بمواجهة طلبات الخصوم ببعضها البعض وإعلام كل طرف بما يدعيه الطرف الآخر، فمهمة الغير لا علاقة لها بالخصومة لإنقضاء فكرة النزاع القضائي في مسألة تحديد الثمن، إلا أنه يجوز للأطراف في عقد التنازل إلزام الغير بالاتفاق بمراعاة مبدأ الوجاهية في أداء مهمته، راجع:

A- COUIRET, Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux, Bull Joly, 2001, p1045. D- DANET, CI-CHMPAUD, note sous cass.com 4 février 2004, RTD com 2007, p383. Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, Procédure civile, 25^{ème} éd, DALLOZ, Paris, 1999, p511.

³ - ولا يشترط في الغير مؤهلات مهنية خاصة وإنما يشترط أن يكون مستقلاً عن الأطراف، فإذا وجد الغير أن هناك روابط عائلية أو مهنية أو متعلقة بالأعمال مع أحد الأطراف في عقد التنازل وجب عليه إعلام الطرف الآخر، وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى التأكيد على ضرورة البحث حول ما إذا كان للغير علاقات شخصية مع الشركة أو مسيريتها، علاقات من شأنها بعث الشك في حياد الغير، شريطة أن يكون شكاً مشروعاً وقائماً.

G- C GIORGINI, obs sous cass com 5 oct 2004, Bull Joly, 2005, p262. Benoit LECOURT, Cession de droits sociaux, op cit, p 25.

⁴ -A- VIANDIER, note sous cass.com, 4 nov 1987, Bull civ, IV, n° : 226, 20 déc 1988, JCP 1989, II, 21260. Mathieu STOCLET, op cit, p135.

⁵ -J- MOURY, Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers, Rev soc 1997, p 461.

إلى نشوء نزاع بين المتعاقدين، وبالنتيجة لا يمكن أن نكيّف عمل الغير بالعمل القضائي، ومن هنا يفترق الغير عن المحكم، فبصدد المحكم يعمل الأطراف على توجيه طلبات قانونية من أجل أن يبيت فيها، مبيّنا مدى سلامة الأسس القانونية فيها، ولذا يؤول قرار المحكم عادة إلى التنفيذ وتغيير مراكز الأطراف القانونية، أما قرارات الغير فلقد أشرنا إلى أنها إمتداد لإرادة الأطراف.⁽¹⁾

إن لجوء الأطراف إلى تعيين الغير يسمح بتبني الثمن الذي يرصده هذا الأخير، ومن ثمة يكتمل إنعقاد التنازل عن الأسهم، لأن تأخير الإنعقاد كان مقصودا من قبل الأطراف بسبب رغبتهم في تمكين الغير من تحديد الثمن بعد أن تكتمل جميع العناصر الداخلة في حساب الثمن، وهي اللحظة التي يقوم فيها الأطراف بالتحويل الفعلي للأسهم ونقل ملكيتها.⁽²⁾

لابد من الإشارة هنا إلى النظام القانوني الذي يخضع له الخبير المعتمد [expert agréé]، لقد ذكرنا أن الخبير المعتمد يعتبر غيراً يوكله أطراف التنازل مهمة تحديد الثمن، وإذا لم يتمكنوا من تعيينه عينه القاضي بناء على طلب الطرف المستعجل، وبالرجوع إلى نص المادة 571 من القانون التجاري نجد أنها حصرت اللجوء إلى الخبرة في مسألة إعادة شراء الحصص المتنازل عليها من طرف الشريك، ولا مانع من أن يطبق النص في الشركات الأخرى كشركة المساهمة، كما يمكن اللجوء إلى الخبير خارج إعادة الشراء أي في عمليات التنازل المعتادة التي يجريها المساهمون.⁽³⁾

وبمقتضى النص المذكور، لا يجوز للقاضي أن يعيّن خبيراً معتمداً على أساس نص المادة 571 إذا لم يكن الأطراف بصدد التنازل عن الأسهم أو إعادة شرائها حتى من طرف الشركة، وكأن تطبيق النص ينحصر في هذه المسألة، ويفسّر حصرية النص في كون الخبرة ما هي إلا وسيلة لحل الخلاف الحاصل بين المتنازل والمتنازل إليه في عنصر الثمن، ولذا فالخبرة مجرد حل لإنقاذ الطرفين، وعليه لا يمكن التوسّع في تطبيق النص بما يخالف نية المشرّع حين وضعه له.⁽⁴⁾

كما لا يجوز للقاضي تطبيق نص المادة المذكور إلا إذا نشأ نزاع بين الأطراف في عقد التنازل حول الثمن، والمشرّع ولا القضاء عرّفا مفهوم التنازع حول الثمن، ولذا يبقى مثل هذا المفهوم متعلّقاً بالواقع، غير أن محكمة النقض الفرنسية تعتقد أن النزاع ينشأ لمجرد الخلاف حول الثمن [Désaccord dans le prix] مما يؤدي إلى إنقطاع التفاوض بين الأطراف.⁽⁵⁾ وغني عن البيان أن يشترط وقوع النزاع حول

¹ - يتضح إذن أن الفرق بين الغير والمحكم يكمن في وجود فكرة النزاع (Le litige) فدور المحكم لا يظهر إلا في حل النزاع، ويعرّف النزاع بأنه الوضعية التي يوجد فيها شخصان فاكتر في حالة خلاف، بحيث يتجسد ذلك الخلاف في إختلاف وجهات النظر، ويحتاج في سبيل حل ذلك الخلاف إيجاد النص القانوني الملائم.

V : La définition de litige, Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, PUAUF, Paris 1987, p482. et V : www.dictionnaire-juridique.com

² -Mathieu STOCLET, Le prix de cession de droits sociaux, op cit, p 139.

³ - Benoit LECORT, Cession de droits sociaux, op cit, p25. J- J DAIGRE, Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du code civil, Bull Joly 1996, p789.

⁴ -A- VIANDIER, note sous CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris 25 juin 1996, Revue de l' arbitrage 1996, p625.

⁵ - J-MOURY, Jeux d'ombres sur la détermination du prix par la tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil, Rev soc 2005, p516. B- Paulze D'ivoy, Expertise et prix de cession de droits sociaux, op cit, p 313.

الثلث، وليس على مسائل أخرى كصحة عقد التنازل أو حول صفة المساهم أو الشريك، أو وجود الأسهم نفسها.

إن الخبير المعتمد حين يقوم بتحديد الثمن يعتبر قراره ملزماً للأطراف من حيث المبدأ إذا رضوا به، إذ لا يمكن تعديله من طرف القاضي⁽¹⁾، إلا إذا قام عمل الخبير على خطأ جسيم أو تدليس أو إذا تجاوز الخبير صلاحياته، ويعرف VIANDIER الخطأ الجسيم بالرجوع إلى المقارنة مع سلوك الشخص الحكيم الذي كان بإمكانه تدارك الأخطاء، كالتنبه لوجود خطأ في الحساب، أو إغفال معيار معين... إلخ.⁽²⁾ أي أن الخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي لا يمكن للتقني البسيط المهتم بأعماله أن يرتكبه⁽³⁾، وعلى العموم فإن محكمة النقض الفرنسية تلزم الجهات القضائية الدنيا بالتأكد من وجود الخطأ الجسيم في عمل الخبرة⁽⁴⁾ ولذا ذهبت الغرفة التجارية إلى القول بأنه لما إرتضى الأطراف بقرار الخبير وجعلوه شريعة لهم، لا يجوز لقضاة الموضوع أن يطعنوا في قرار الخبير مادام لم يقم الأطراف بإثارة وجود خطأ جسيم، فالخبير له كامل الحرية في تحديد ثمن الأسهم المتنازل عليها، وأن يلجأ إلى كافة المعايير والأسس الملائمة، ولقد ثبت في قضية الحال أنه لا وجود لخطأ جسيم في التقييم المتوصل إليه⁽⁵⁾.

لقد أشرنا فيما سبق شرحه إلى أن المتنازل والمتنازل إليه يحددان الثمن بالإتفاق أو يحددان الأسس التي يتم على أساسها تعيين مقداره فيما بعد، أي أن الثمن إما أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد، إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى ضرورة التفرقة بين الشركات التجارية المقيدة بالبورصة والشركات الأخرى غير المقيدة، ففي الشركات المقيدة [Sociétés cotées] يستطيع الأطراف في عقد التنازل أن يلجؤوا في تحديد الثمن إلى سعر السوق البورصي [Le cours de marché boursier] إنطلاقاً من كون البورصة سوقاً منظّمة يتم فيها تداول القيم المنقولة، وتحديد الأسعار التي يتم على أساسها تحويل القيم لدى الجمهور المستثمر، وبالرجوع إلى أحكام بورصة القيم المنقولة نجد أن الشركة صاحبة العرض العمومي هي من تتولّى تحديد سعر الأسهم المراد التنازل عليها، إلا أن النظام البورصي يعمل على ضبط التسعير بما يحتويه من آليات معينة، وعلى العموم إذا تمّ التنازل عن الأسهم من خلال البورصة فإن الأسعار المحددة من طرفها تعد مرجعاً، لأن القيد في البورصة من شأنه أن يعكس الوضع المالي للشركة، خاصة وأن سعر الأسهم يخضع إلى رقابة لجنة تنظيم عمليات البورصة (COSOB) عند قيام الشركة بإيداع مشروع القيد أو الإدراج، وتلجأ اللجنة في هذا العمل إلى استعمال معايير عديدة⁽⁶⁾.

¹ -Benoit LECROIT, Cession de droits sociaux, op cit, p 25.

² -A- VIANDIER, obs sous cass.com 4 nov 1987, JCP éd E 1988, 15212, p423.

³ -A- VIANDIER, M- COZAIN, F- DEBOISSY, Droit des sociétés,op.cit, n° 752.

⁴ -Cl- CHAMPAUD, obs sous cass.com 9 avr 1991, RTD com 1992, p625.

⁵ - فالخطأ الجسيم (Erreur grossière) ما هو إلا سبب يتم اللجوء إليه للطعن في قرار الخبير المعتمد.

J- MOURY, note sous cass.com 4fev 2004, Rev soc 2004, p 863.

⁶ -Hélène Guebidiang Tchoyi-Doumbre, La cession des droits sociaux de l'associé minoritaire, op.cit, p77.

ج- الثمن في التنازل على رقابة الشركة

لقد ظل مفهوم الرقابة في الشركات التجارية مستعصيا على الإحاطة به من طرف الفقه القانوني، ولم تكف تلك النصوص التي وضعها المشرع التجاري في توضيح المقصود من رقابة الشركة⁽¹⁾، ليس بمعرض حديثنا هنا التطرق الى الرقابة في ذاتها وإنما سنقصر الكلام حول الثمن الذي يلتزم بدفعه المتنازل إليه إذا كان من آثار التنازل عن الأسهم انتقال رقابة الشركة.

إن التنازل عن الرقابة ليس تنازلاً بسيطاً على الأسهم كما أشرنا سابقاً، وإنما هو تنازل يؤدي إلى جانب انتقال ملكية الأسهم إلى المتنازل إليهم، يؤدي إلى انتقال الأغلبية إلى مجموعة أخرى من المساهمين، فيصبح هؤلاء بإمكانهم توجيه الشركة بسبب بلوغهم الأغلبية في الجمعية العامة للمساهمين⁽²⁾، ومن هذا المنطلق تبرز صعوبة تحديد الثمن في عقد التنازل، إذ أن الثمن في هذه الحالة لا ينصب على قيمة الأسهم محل التنازل فقط بل يجب أن يشمل الآثار الأخرى أي انتقال الرقابة بمقتضى عقد التنازل⁽³⁾.

وعليه يرى أغلب الفقه أن الثمن في التنازل عن الرقابة يأخذ شكلان، فإما أن يعتبر كثمن المقدار الأدنى الذي ينبغي أن يدفعه المتنازل إليه حتى يتمكن من الحصول على الرقابة، وهذا النوع من الثمن يرتبط مباشرة بمدى الجهد المالي الذي يبذله المتنازل إليه حتى يتمكن في الأخير من السيطرة على الشركة⁽⁴⁾ أو أن يعتبر الثمن في التنازل عن الرقابة القيمة الكلية التي يمنحها الأطراف لانتقال الرقابة دون أن يقتصر الثمن على قيمة الأسهم فقط، وتشمل القيمة الكلية في هذه الحالة القيمة المالية الإجمالية لوضعية الشركة، وكذا القيمة الاقتصادية لجميع المكاسب التي ينالها المتنازل إليه، ويسمى الفقهاء هذا النوع من الثمن بعلاوة الرقابة [prime de contrôle]⁽⁵⁾.

ففي النوع الأول من الثمن يكون ثمن التنازل عن الرقابة قابلاً للتحديد الكمي، لأن الأطراف سيلجؤون إلى تحديد نسبة المساهمة في رأس المال التي تمنح الأغلبية، وبالرجوع إلى نصوص القانون التجاري المنظمة للشركات التجارية نجد أن المشرع يعتد بنسب محدودة في تعيين الأغلبية ضمن كل نوع من أنواع الشركات، وعلى ضوء ذلك يحدد الثمن، إلا أن هذا يبدو بسيطاً في الحالات الإعتيادية أي عند

¹ - خلافاً للفقه الاقتصادي والمالي الذي تناول مفهوم الرقابة والثمن المقترن بها، راجع:

Alain COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, Rev soc 1984, p243.
Manuel FERNANDEZ, Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais, thèse Paris II, 2007, p10.

² -Pierre MOUSSERON, Cession de contrôle, op.cit, p3. Benoit LECOURT, Cession de droits sociaux, op cit, p 3.

³ - ترفع الصعوبة في تحديد الثمن عند التنازل على رقابة الشركة إلى عدم وضوح النظام القانوني لهذا النوع من التنازل، لقد ذكرنا أن التنازل على الرقابة ليس مجرد تنازل بسيط على الأسهم، فهي إضافة إلى انتقال ملكية الأسهم تنتقل أيضاً الأغلبية في الشركة إلى المتنازل إليه، لذا من الناحية الاقتصادية يبدو أن هذا الأخير قد إنتقلت إليه ملكية الشركة، لكنه من الناحية القانونية - وكما تذهب إليه محكمة النقض الفرنسية - أن المتنازل إليه ورغم إمتلاكه للأغلبية فذلك لا يمكنه بالضرورة من حق مباشر على أصول الشركة، وإنما سيظل ملزماً بالإبقاء على جميع العقود المبرمة من قبل المتنازل خاصة عقود العمل، وبظل ملزماً بخصوص الشركة أيضاً: راجع:

Samuel BERREBBI, Les difficultés relatives à la cession de droits sociaux, Magistère de juriste d'affaires, université de Paris 1, 2013, p9.

⁴ -Sébastien PRAT, op cit, p60.

⁵ -Pierre MOUSSERON, Cession de contrôle, op.cit, p3.

وجود أسهم عادية، فالأمر يصبح مفيدا للمتنازل إليه عندما تكون الشركة أصدرت أسهماً تمنح حقوقاً مضاعفة في التصويت أو قيماً منقولة لا تمنح حق التصويت، فالملاحظ هنا أن عتبة الحصول على الرقابة ستتضاءل، فيتناقص عدد الأسهم الواجب شراؤها من طرف المتنازل إليه⁽¹⁾، وأمام هذا الوضع قد يلجأ الطرف الآخر أي المتنازل والذي قد يضم العديد من المساهمين إلى إبرام إتفاقات مع المتنازل إليه هدفها تنظيم عنصر الثمن إتفاقاً، ويبرز أمامنا إتفاقيين هامين هما إتفاق تكملة الثمن⁽²⁾، وإتفاق مراجعة الثمن⁽³⁾. قد يتفق أطراف التنازل على آلية عقدية هدفها ضبط عنصر الثمن في عقد التنازل عن الرقابة وتدعى من طرف الفقه باتفاقية تكملة الثمن⁽⁴⁾ [Convention de earn out ou complément de prix] ، ويرجع مصدر هذا الإتفاق إلى القانون الأنجلوسكسوني، ليظهر في فرنسا عند نهاية الثمانينات، ولقد عرف ازدهاراً ورواجاً ملحوظين⁽⁵⁾، يمكن تلخيص محتوى الإتفاق وفوائده بالقول أنه عند قيام مساهم أو أكثر بالتنازل عن رقابة الشركة أي عند التنازل على الأسهم التي تمكّن من الحصول على الأغلبية في هذه الشركة، ولم يتمكّن حينها هذا المتنازل من الوقوف على القيمة الحقيقية لأسهمه، بسبب اعتقاده أن السنوات القادمة ستحمل نتائج مالية جيدة في نشاط الشركة، ولعل اعتقاده هذا يستند إلى أسباب موضوعية كوجود مشاريع مؤسسة حديثاً، أو ارتفاع وشيك للطلب، أو إيجاد أسواق جديدة، أو انخفاض تكاليف الإنتاج ... إلخ، وبما أن هذه الأسباب وغيرها تعد أسباباً جدية قد يقبل المتنازل إليه بأخذها بعين الاعتبار عند الإتفاق حول ثمن التنازل عن الرقابة، بيد أنه قد يقع أن هذه الأسباب يتضح لدى المتنازل إليه أنها ليست جدية، فيهددي الطرفان إلى حل وسط في مسألة الثمن باعتبار ذلك حد أدنى من الإتفاق بين الطرفين، فيجعلان الثمن مقسماً إلى قسمين، قسم يلتزم المتنازل إليه بدفعه حالاً عند إبرام عقد التنازل، والقسم الآخر يتم تسديده بعد أجل ويكون متغيراً بحسب النتائج المحققة في نشاط الشركة⁽⁶⁾، أو متعلقاً بمدى تطور مردودية الشركة في المستقبل⁽⁷⁾.

إذن يقتضي اتفاق تكملة الثمن [earn out]⁽⁸⁾ أن يكون الثمن في عقد التنازل قائماً على أسس تجعله متغيراً بحسب الأداء المنجز في الشركة خلال مدة زمنية محددة تلي عقد التنازل، وبحسب الممارسة

¹ -Alain COURET, Le prix du contrôle d'une société anonyme, Bull July 1986, p167.

² -Pierre MOUSSERON, Les conventions sociétaires, op.cit, p128. J-P BERTEL, M-BERTEL, L'earn out, Dr et Patr, novembre 2008, p44.

³ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 43.

⁴ -Gatienne Brault et associés, Essor de l'earn out : un tien vaut il toujours mieux que deux tu l'auras ?, disponible en : www.brault.net

⁵ -J-SALES, D- LACAZE, Clauses de earn out : un avenir prometteur, Dr soc 2000, p13. Ph- BOURMALEAU, Les clauses earn out, Lamy Droit du financement, Dossier earn out in Fusions et Acquisitions, juill 1999, p19.

⁶ -François-Denis POITRINAL, Cession d'entreprise : Les conventions de earn out, JCP éd E 1999, p18.

⁷ -Mathieu STOCLET, Le prix dans les cessions de droits sociaux, op.cit, p 130.

⁸ - إن المدلول اللغوي للترجمة الحرفية لعبارة "earn out أي " الربح بعد الخروج " يؤدي بنا إلى القول بأن المتنازل على رقابة الشركة رغم خروجه من الشركة بسبب التنازل على أسهمه (out) إلا أنه يستمر في الكسب والربح (earn) من خلال الحصول على جزء من الثمن بعد تحقيق نتائج جيدة في النشاط.

الواقعية في مثل هذا الاتفاق لا تتجاوز تلك المدة عادة الخمس سنوات، وتدعى من طرف الفقه بالمدة الوسيطة أو المرجعية⁽¹⁾ [Période intermédiaire ou de référence].

إن الاتفاق على جعل الثمن مجزئاً إلى جزئين - جزء يدفع حالياً [Au comptant] وجزء آخر يدفع في المستقبل ويكون متغيراً بحسب نتائج الشركة - هو جوهر اتفاق تكملة الثمن، وهو الذي يجعل من هذا الاتفاق حلاً ملائماً لاحتياجات المتنازل والمتنازل إليه عند إبرام عقد التنازل على رقابة الشركة⁽²⁾، من جهة يسمح الاتفاق للمتنازل بالحصول على ثمار الجهد المبذول من طرفه في الماضي القريب قبل إبرام عقد التنازل خاصة إذا كان واثقاً من احتمال تطوّر نتائج الشركة⁽³⁾ كما يضطر إلى إبرام هذا الاتفاق عند عجزه عن إعداد خطة عمل [Business plan] ناجعة بسبب عدم استقرار البيئة الاقتصادية⁽⁴⁾، ومن جهة أخرى يسمح الاتفاق للمتنازل إليه تفادي المبالغة في تقييم الشركة عند التنازل، ولذا يكون الثمن متغيراً في جزء منه، كما يفضل للمتنازل إليه إشراك المتنازل في التسيير بعد التنازل، وخلال المدة الزمنية المحددة خاصة إذا ارتبطت نتائج الشركة بمعارف المتنازل واختصاصاته، والتي يفنقدها المتنازل إليه أو المالك الجديد للشركة، فاتفق تكملة الثمن يسمح للأطراف بأن يتفقوا على بقاء المتنازل مسيراً للشركة مهما كان نوع الشركة، وهكذا يكون للمتنازل فرصة تحقيق نتائج النشاط وتحسينها وكذا تمكين المتنازل إليه من تسديد الجزء المتعلق بالنتائج⁽⁵⁾.

ويدخل عادة في حساب الثمن أو بعبارة أدق يقوم الجزء المتغير من الثمن على أسس تكون محل اتفاق بين الأطراف، والتي تتمثل عادة في الأرباح المحققة خلال المدة المتفق عليها أو بالنظر إلى الأرباح المحققة قبل احتساب الضرائب، أو بالنظر إلى رقم الأعمال، أو أي طريقة حسابية تقوم على مراعاة المؤشرات المالية في ذمة الشركة⁽⁶⁾ [Ratios financiers].

يقوم إتفاق تكملة الثمن في جوهره على الربط بين الثمن في عقد التنازل والأداء المستقبلي للشركة⁽⁷⁾، فتكون نتائج الشركة المحققة بعد التنازل معياراً لإحتساب مقدار ثمن الأسهم المتنازل عليها، فاتفق ينظم الثمن بهذه الكيفية لابد أن يطرح تساؤلات حول مدى صحته، وكقاعدة عامة يرى الفقه والقضاء أن اتفاق تكملة الثمن [Convention de earn out] إتفاق صحيح، لأن الاتفاق المذكور يتضمن عنصر الثمن، حتى وإن لم يحدد بصفة نهائية إلا أن الأطراف اتفقوا على الأسس التي يتحدد بها في المستقبل، إذن فهو ثمن قابل للتحديد، ثم إن الأسس المتفق عليها لا تتعلق بأحد الأطراف فقط بل هي أسس موضوعية خارجة عن شخوص الأطراف، ولهذا ينبغي على الأطراف صياغة الاتفاق صياغة دقيقة، بأن يبيّنوا بدقة كيفية حساب

¹ -Caroline LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, op.cit, p 103.

² -S-KANDE DE BEAUPUY, Les clauses d'earn out, Dr et Patr, janvier 1994, p 30.

³ -Mathieu STOCLET, Le prix de cession de droits sociaux, op.cit, p 131.

⁴ -Gatienne Brault et associés, op.cit, p 32.

⁵ -François Denis POITRINAL, Cessions d'entreprise : Les conventions de earn out, op.cit, p18.

⁶ -H-BONTE, La prévention des risques dans les clauses d'earn out, Master ,paris 1997, p2. P- Conso, La gestion financière de l'entreprise, 7^{ème} éd, Dunod, p97.

⁷ -Etienne GROSBOIS, Responsabilité civile et contrôle de la société, thèse université de Caen, 2012, p594.

الثلث، وتحديد الأسس والمتغيرات الداخلة في الثمن دون تركها للتأويل أو التقريب، مما يؤدي إلى التنازع حول الثمن أو قد يجعل من الثمن غير قابل للتحديد فيبطل التنازل، فلا يكفي مثلا أن يذكر في عقد التنازل أن الثمن يتم تحديده على أساس النتائج [Résultats] بل يجب تخصيص النتائج حصراً إن كانت نتائج النشاط قبل إحتساب الضرائب أو بعدها، وهل يندرج في النتائج الأرباح الإستثنائية، كما ينبغي أن يبين في الاتفاق الصيغة الرياضية المعتمدة لحساب الثمن، وكذا الطرق المحاسبية ذات الصلة، وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى القول بصحة إتفاقات تكملة الثمن إذا جاءت مراعية لهذا القيد.⁽¹⁾

كما يعد اتفاق تكملة الثمن اتفاقاً صحيحاً لاستبعاد فرضية احتوائه على شرط الأسد، لأن الاتفاق المذكور لا ينظر إلى صحته من منظور وجود شرط الأسد أو عدم وجوده، فذلك محله عقد الوعد بالتنازل عن الأسهم، أما اتفاق تكملة الثمن ما هو إلا مجرد اتفاق ملحق بعقد الوعد يعني بتنظيم آليات تحديد الثمن ولا علاقة له بمدى مساهمة الشريك في الخسائر أو استنثاره بكافة الأرباح.⁽²⁾

كما قد يتفق أطراف التنازل حول آلية عقدية أخرى لتنظيم عنصر الثمن في التنازل على رقابة الشركة ويدعى الاتفاق في هذه الحالة باتفاق مراجعة الثمن [Clause de révision de prix]، وبهذا الصدد يذهب جانب كبير من الفقه إلى التمييز في شروط ضمان الخصوم بين نوعين من الشروط، شروط الضمان بالمعنى الدقيق وشروط مراجعة الثمن، ويقصد بشروط مراجعة الثمن تلك الشروط التعاقدية التي يلتزم بمقتضاها المتنازل على الأسهم تجاه المتنازل إليه بتعويضه إذا حدث وأن تراجعت قيمة الأسهم بعد إبرام التنازل.⁽³⁾ فيلتزم المتنازل إذن بموجب شرط مراجعة الثمن أن يدفع للمتنازل إليه تعويضاً يعادل النقص الذي طرأ على قيمة الأسهم المكتتبه و الناتج عن تخفيض موجودات الشركة أو إنخفاض رأسمالها، ويتميز الضمان المنبثق عن هذا الشرط بأن قيمته لا تتجاوز الثمن المدفوع لقاء التنازل عن الأسهم، ويتضح إذن أن المستفيد من هذا الشرط هو فقط المتنازل إليه دون غيره وذلك كما ذكرنا سابقاً بنسبة الأسهم المتنازل عنها.⁽⁴⁾ أما شروط الضمان بالمعنى الدقيق فهي شروط تجعل من المتنازل يلتزم في مواجهة الشركة أو الدائنين بتحمل الخصوم والأعباء التي لم تكن ظاهرة لحظة إبرام عقد التنازل على الأسهم.⁽⁵⁾

¹ - ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صراحة إلى قبول صحة اتفاق تكملة الثمن (earn out) وجاء في حيثيات النزاع الذي كان متعلقاً بوعد بالشراء حول عدد من الأسهم في شركة المساهمة وكان الثمن فيه محددًا بحسب تطور نتائج الشركة وقيمتها الحقيقية عند كل صفقة تنازل " Le prix sera fonction de l'évolution du résultats et de la valeur réelle de l'entreprise au moment de chaque transaction " لتأكد بعد ذلك محكمة النقض صحة الاتفاق بهذه الصيغة على اعتبار أن القيمة الحقيقية للشركة وتطور النتائج هي عناصر مستقلة عن إرادة الأطراف وبذا تعد من قبيل المعايير الموضوعية في تعيين الثمن مما يجعل من هذا العنصر قابلاً للتحديد ...

« Valeur réelle de l'entreprise et évolution des résultats sont indépendants de la seule volonté des parties ; que la cour d'appel qui a ainsi fait ressortir le caractère objectif du critère choisi pour la fixation du prix, a en déduire que celui-ci était déterminable » V : cass.com, 10 mars 1998, Bull Joly 1998, p464. Note :Courret. Jacque MESTRE, D-VELARDOCHIO, Lamy sociétés commerciales, Editions Lamy, 2014. A- GUENGANT, Quelques réflexions sur les clauses d'earn out ou clauses d'intéressement, JCP, Ed. E, 1993, 100169.

² -Mathieu STOCLET, Le prix de cession de droits sociaux, op.cit, p 131.

³ -G- BAFFROY, Les clauses de révision de prix et de complément de prix dans les cessions de valeurs mobilières, JCP, éd, N 1997, Prat 391. H-DUBOUT, La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition, Bull Joly, p892.

⁴ -Pierre MOUSSERON, Cession de contrôle, op.cit, p 10.

غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 43.

⁵ -Hélène Guebidiang Atchoyi-Doumbre, La cession des droits sociaux de l'associé minoritaire, op.cit, p 132.

بقي أن نشير في الأخير إلى مفهوم ذو أهمية في سياق تحديد ثمن التنازل على رقابة الشركة ألا وهو علاوة الرقابة [Prime de contrôle]، ووفقا لهذا التصور يصبح الثمن في التنازل على الرقابة هو المقابل المالي لحصول المتنازل إليه على السلطة داخل الشركة ولا ينحصر الثمن عند مجرد المقابل المالي للأسهم المتنازل عليها، وتشمل علاوة التنازل كل ما كان ينتظره المتنازل إليه من وراء عملية التنازل، كرجيته في تكملة النشاط الذي يمارسه بالحصول على شركات أخرى، الأمل في الحصول على الأرباح أو الحصول على السلطة من منظور دولي، ويعرّف الفقه مثل هذه الروابط الاقتصادية بمصطلح [Synergie].⁽¹⁾

ثالثا: إتفاقات المساهمين المنظمة للتنازل المؤقت على الأسهم

Pactes d'actionnaires relatifs aux aliénations temporaires des actions

يؤدي عقد التنازل عن الاسهم عادة إلى نقل ملكية هذه القيم المنقولة من المتنازل إلى المتنازل إليه، ويتم هذا النقل بصفة مؤبدة ومستمرة ونهائية، ولذا قلنا سابقا أن عقد التنازل ما هو إلا عقد بيع يخضع في جانب كبير منه إلى أحكام القانون المدني⁽²⁾، وبالرجوع إلى أحكام عقد البيع نجد أنه يقوم في جوهره على إنتقال الملكية بين المتعاقدين على وجه التأييد والإستمرار⁽³⁾، ومن هذا المنظر قد لا ينسجم عقد البيع مع إحتياجات بعض المساهمين عندما يرغبون في التنازل عن الأسهم ليس على وجه التأييد وإنما يرغب المتنازل في استردادها واسترجاعها بعد مدة زمنية محددة، فيصبح التنازل في هذه الحالة تنازلا مؤقتاً وليس تنازلا نهائيا مؤبداً، وإذا كان اتفاق التنازل والمتنازل إليه يتجه نحو جعل نقل الملكية مؤقتا يرى الفقه أن مثل هذا الاتفاق يعد مجرد تحويل مؤقت للأسهم ليعيد المتنازل استردادها من المتنازل إليه بعد انتهاء المدة الزمنية المتفق عليها.⁽⁴⁾

وفي سبيل ان يتمكن المتنازل على الأسهم من استردادها بعد مدة زمنية من التنازل عليها يلجأ أطراف التنازل إلى إتخاذ آلية عقدية تحقق هذا الهدف، ويرصد الفقه هنا العديد من التقنيات التعاقدية بهذا الصدد، منها جملة من العقود المنظمة من قبل المشرع كعقد القرض والرهن الحيازي وغيرها من العقود، إلا أن هذه العقود المدنية لا تتلائم في الغالب مع مقاصد المساهمين، لأن هؤلاء يرغبون غالبا عند لجوئهم إلى التنازل المؤقت عن الأسهم في استعمال صيغة عقدية تمكن المتنازل إليه من ممارسة صفة المساهم، أي أن تنتقل إليه ملكية الأسهم ملكية تامة، وأن يتمكن أيضا من استعمال الحقوق المتعلقة بالأسهم، كحق

¹ - ويتناول علماء الاقتصاد مفهوم علاوة الرقابة بشكل أوسع من نظرائهم في الفقه القانوني، فهم يتكلمون عن الربح (La rente de contrôle) ويقصد بالربح هنا المكاسب المتحصّل عليها من وراء إبرام عقد التنازل على رقابة الشركة، راجع:

Salma Fourati, Transferts négociés de blocs de contrôle bénéfiques privés et protection des actionnaires minoritaires, la comptabilité le contrôle et l'audit entre changement et stabilité, May 2008, France. Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières, op.cit, p 62.

² - لا يتوقف الأمر عند أحكام البيع فقط، إن عقد التنازل على الأسهم يخضع إلى قانون العقود بصفة عامة، كما نجد بعضا من الأحكام الجبائية ذات الصلة. Benoit LECROIT, Cession de droits sociaux, op.cit, p2. Hélène Guebidiang Atchoyi-Doumbre, La cession des droits sociaux de l'associé minoritaire, op.cit, p 2.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع، المجلد الأول، داء إحياء التراث العربي، لبنان (ب ت)، ص 420. مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي: عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012، ص 2.

⁴ - Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 338.

التصويت وغيره، وعلى العموم أن يظهر بمظهر المساهم النشط [Actionnaire activiste]، فالمشرع الفرنسي يعترف صراحة بطرق أخرى من غير التي وردت في القانون المدني، فعلى سبيل المثال ينظم قانون النقد والقرض الفرنسي طريقتين هامتين يلجأ إليها المساهمون عند إبرام تنازل مؤقت على الأسهم، وهما إقراض الأسهم [prêt de titre] واتفاق المنحة مع إعادة الشراء [pension livrée].⁽¹⁾

ويقصد بقرض الأسهم قيام مقرض الأسهم - الذي غالباً ما يكون شخص معنوي كمستثمر مؤسسي- بإقراض جزء من حافظة القيم المنقولة إلى مقرضي الأسهم وهم الأشخاص المعنويون وهيئات التوظيف الجماعي، مقابل قيام هؤلاء المقترضين بتقديم مبالغ مالية إلى مقرض الأسهم، وفي هذه الحالة يصبح مقرض الأسهم مقرضاً للنقد، وعند انتهاء الأجل المتفق عليه يسترد مقرض الأسهم أسهمه، ويسترد مقرض الأسهم المبالغ المالية مضافاً إليها الفائدة المتعلقة بالقرض [prorata temporis].⁽²⁾

لقد نظم المشرع الفرنسي هذا العقد بمقتضى القانون الصادر في 17 جوان 1987 المتعلق بالادخار⁽³⁾، والتي أدرجت نصوصه فيما بعد في قانون النقد والقرض بمقتضى المواد 211-22 وما يليها⁽⁴⁾، بيد أن الملاحظ هو إحالة هذه المادة المذكورة إلى نصوص المواد 1904 و 1892 من القانون المدني الفرنسي مما يسمح بالقول أن عقد إقراض الأسهم يخضع في جانب منه إلى أحكام القرض الإستهلاكي، مما يؤكد على أن المشرع الفرنسي يبيت في طبيعة القيم المنقولة في ظل عقد إقراض الأسهم ويعتبرها أشياء استهلاكية [Consumptibles] فالفقه طالما عارض تطبيق عقد القرض الاستهلاكي على الأسهم بسبب عدم ملائمتها لهذا العقد.⁽⁵⁾

أما اتفاق المنحة مع إعادة الشراء فمنشئها الممارسات البنكية، حيث يرجع ظهورها إلى القرن الماضي لدى البنوك الإنجليزية، ويتلخص هذا الاتفاق في قيام المؤسسة المالية بالتنازل عن جزء من سنداتها مؤقتاً مقابل الحصول على مبالغ مالية من الطرف الآخر بطريقة منتظمة على شكل أقساط، مما يسمح للمؤسسة المالية بتمويل نفسها إلى حين إنتهاء الأجل، عندها يقوم الطرف الآخر برد الأسهم مضافاً إليها مقدار الفائدة المتعلقة بالسندات، فيتمكن هذا الطرف من توظيف الأسهم التي سبق وأن تحصل

¹ -Benoit DELECOURT, Les contrats civils appliqués aux actions, thèse, Université de Lille, 2010, p276.

² -Yves GUYON, Le régime juridique des prêteurs de titres, Revue de droit bancaire 1988, p36. H- CAUSSE, Prête de titres et titres de créance négociables, JCP, 1992 éd E, 125. Michel JEANTIN, Les prêteurs de titres, Rev soc 1992, p465. Alain COURET, Le prêt de titre consenti par une société à un futur administrateur d'une filiale, Bull Joly 2000, p 477.

³ -Loi n° 87-416 du 17 juin 1987. Loi sur l'épargne. J.O.R.F du 18 juin 1987, p6519.

⁴ - لم يكن قانون النقد والقرض الموقع الملائم لمثل هذا العقد، ليعيد المشرع الفرنسي هندسة قانون النقد والقرض فيما يتعلق بالأدوات المالية (Instruments financiers) راجع:

Ordonnance n° 2009-15 du 8janvier 2009, relative aux instruments financiers, J.O.R.F du 9 janvier 2009, p 570.

⁵ - لقد نظم المشرع الفرنسي عقد القرض الوارد على الأسهم بهدف تخصيص أحكام عقد القرض في ظل الشريعة العامة، أي عقد القرض بمفهومه العام، وكذا لجعل عقد قرض الأسهم ينسجم أكثر مع التنازل المؤقت على الأسهم وبهذا يستجيب هذا التنظيم إلى عاملين أساسيين:

- تجنب المساهمين مساوئ النظام القانوني المطبق على القرض في القانون المدني.

- إدراج تحفيظات جانبية في عقد القرض على الأسهم، راجع:

F- MELIN, Le prêt de consommation de valeurs mobilières : remarques sur la validité d'un instrument contesté. petites affiches, 26 sept 2000, n° 192, p6. J-B HEINRICH, Du prêt de titre, RJ com 1992, p295.

عليها.⁽¹⁾ نظم المشرع الفرنسي هذا الاتفاق بمقتضى المواد 211-27 وما يليها من قانون النقد والقرض الفرنسي، وكانت قبل هذا التنظيم مجرد عقد غير مسمى يخضع لإرادة الأطراف.⁽²⁾

إن ما يهّمنا هنا هو الإشارة إلى أن هذه العقود وغيرها لم تكن ملائمة لإحتياجات المساهمين التعاقدية بصدد التنازل المؤقت، خاصة وأن العقود المذكورة تستند إلى أحكام القانون المدني، التي أثبتت ضعفها وهشاشتها بعد قضية DG Bank⁽³⁾، مما دفع بالمتعاملين إلى البحث عن تقنيات عقدية أخرى تكون أكثر فاعلية وأكثر أمنا من الناحية القانونية، وكذا تمنح نظاما جباييا ملائما، وتقف هذه الدوافع وراء لجوء المساهمين إلى تقنيات عقدية أخرى رغم كونها عقوداً غير مسمّاة لم يقم المشرع بتنظيمها، وأهم هذه الإتفاقات إتفاق استرداد الحيازة [Convention de portage].⁽⁴⁾

و تجدر الإشارة هنا - قبل التطرق لاتفاق إسترداد الحيازة - إلى مدى ملائمة البيئة التشريعية الجزائية لوجود اتفاقات منظمة للتنازل المؤقت حول الأسهم، يبدو أن موقف المشرع المدني واضح بهذا الخصوص إذ تنص المادة 396 من القانون المدني الجزائري " يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين "، وبما أن عملية التنازل على الأسهم تعد تداولاً تجارياً لقيم منقولة، فإن التعامل فيها ينفرد بأحكام خاصة تختلف عن التنازل العادي أو المدني، وبما أن المشرع الجزائري لم يبلغ ما بلغه المشرع الفرنسي في تنظيم عقود التنازل المؤقت التي أشرنا إليها، يمكن القول أنه يجوز للمساهمين أن يبرموا اتفاقات تنظم التنازل المؤقت على الأسهم، خاصة وأن القضاء الفرنسي نفسه يعترف بصحة هذه الإتفاقات.

إن إتفاق استرداد حيازة الأسهم من العقود غير المسماة ذو ذاتية خاصة تجعله عقداً مستقلاً بما يتضمّنه [Sui generis]⁽⁵⁾، وهو من العقود الناشئة عن الممارسات البنكية والمالية، يرجع ظهوره إلى سنة 1950 في فرنسا عندما لجأت إلى هذه الوسيلة العقدية شركات التنمية الإقليمية التي أوكلت إليها مهمة تحفيز الإستثمار في المناطق الفرنسية المتعثرة اقتصادياً، ففي سبيل المساهمة في رساميل الشركات الواقعة في هذه المناطق قامت شركات التنمية الإقليمية بإبرام اتفاقات استرداد حيازة الأسهم [Le portage]⁽⁶⁾، ويتلخص محتوى هذا الاتفاق فيما يلي: أن يقوم شخص معنوي أو طبيعي يدعى الحامل

¹ -C-FERRY, J-C BIGNON, Les opérations de pensions, JCP éd, E, 1994, I, 389. A- PERROT, Pension de titres et transfert de propriété, Rev Dr bancaire et bourse 1994, p252.

² -Benoist DELCOURT, Les contrats civils appliqués aux actions, op.cit, p 200

³ - تتلخص وقائع قضية DG Bank في رفض هذا البنك إعادة شراء الأسهم بعد تراجع أسعارها تراجعاً شديداً، رغم أن أكبر بنك في ألمانيا كان ملتزماً بمقتضى عقد المنحة مع إعادة الشراء (Le pension livrée) أن يعد إعادة الشراء إلزامياً، غير أن البنك تحمّل فيما بعد المسؤولية عن الإخلال، إلا أن جميع المتعاملين استخلصوا عدم فعالية العقود المستمدة من القانون المدني، راجع:

F- AUCKENTHALER, Les transferts temporaires de titres, RJDA 1993, p 243. Antoine DESPINOY, L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières, DEA de droit des contrats, université de Lille 2, 2001, p16.

⁴ -B-BABADJANG, Réflexions sur les conventions de portage, les petites affiches, 19 janvier, n° :14. J- P BERTEL, Analyse des conventions de portage, Dr et Patrimoine, sept 1995, p38.

⁵ - يقصد بالقول أن العقد أو اي مفهوم قانوني اخر يكون ذو ذاتية خاصة (sui generis) عندما لا يمكن نسبته إلى فئة معينة موجودة سابقاً من المفاهيم بمعنى أنه منفرد بما يحتويه أو أنه مفهوم جديد.

H-ROLAND, L-BOYER, Locutions latines et adages du droit Français contemporain, éd L'Hermès, 1979.

⁶ -Benoist DELLECOURT, Les contrats civils appliqués aux actions, op.cit, p 335.

[Le porteur] باكتساب أو الاكتتاب في أسهم شركة معينة بناء على طلب شخص آخر يدعى معطي الأمر [Le donneur d'ordre]، أي أن يصبح الحامل مساهما في هذه الشركة بناء على الأمر الموجّه من معطي الأمر، إلى حين إنتهاء الأجل المحدد من طرفه، عندها يقوم معطي الأمر بشراء الأسهم التي كان قد إكتسبها الحامل، معنى ذلك أن الاتفاق يتضمن من البداية التزام معطي الأمر بإعادة شراء أسهم الحامل عند نهاية الأجل المتفق عليه، ويكون سعر إعادة الشراء عادة أعلى من الثمن الذي إكتسب على أساسه الحامل تلك الأسهم.⁽¹⁾

إذن فمساهمة الحامل في الشركة هي مساهمة مؤقتة، تنتهي بقيام معطي الأمر بشراء الأسهم والحلول محل الحامل، وبهذا يكون الحامل قد قدّم خدمة إلى معطي الأمر لأن اتفاق استرداد حيازة الأسهم يرتكز على امتلاك أسهم لحساب شخص آخر يسترجعها هذا الأخير بانقضاء المهلة المتفق عليها والتي غالبا ما تكون قصيرة.⁽²⁾

يرتّب اتفاق استرداد الحيازة جملة من الالتزامات على عاتق الأطراف، إن أهم تلك الالتزامات التزام الأطراف بالتعاون وبحسن النية حتى يتم تنفيذ الاتفاق تنفيذا صحيحا وتكييفه وفقا للظروف غير المتوقعة.⁽³⁾ أما الالتزامات المترتبة على الحامل [Le porteur]، فإنها تتمثل في التزامه بشراء الأسهم والظهور خلال المدة المحددة في الاتفاق بمظهر المساهم في الشركة، ويتضمن الاتفاق عادة بنوداً تلزم الحامل بالحصول على موافقة معطي الأمر قبل ممارسة الحقوق المرتبطة بصفة المساهم، كأن يبيّن معطي الأمر كفاءات ممارسة الحامل لحق التصويت في الجمعيات العامة، وكذا هل يقبض الحامل أرباحاً على شكل أسهم أو أموال نقدية، وهل يكتتب في زيادات رأس المال، وعادة ما يلجأ معطي الأمر إلى صياغة عامة بهذا الخصوص لأنه قد يتعذر التطرق إلى جميع الافتراضات، كما يشير الاتفاق أيضا إلى الوقائع التي تؤثر في تنفيذ الاتفاق كدخول الشركة في عمليات التسوية القضائية، أو إندماجها مع شركة أخرى أو تحويل شكلها القانوني ... إلخ، وكما يعهد الأطراف إلى إدراج اتفاقات أخرى مالية تحدد ما إذا كانت الأرباح المقبوضة من طرف الحامل هي في حد ذاتها مقابلاً للخدمة التي يقدمها إلى معطي الأمر، أو على العكس يلتزم بردها مع الأسهم.⁽⁴⁾

كما يلتزم الحامل برد الأسهم إلى معطي الأمر عند نهاية المدة الزمنية المبينة في الاتفاق، ويكون هذا الرد بمثابة تنازل عن الأسهم فيه ثمن محدد منذ إبرام الاتفاق، ويتم رد الأسهم بكامل عددها وما يلحقها من مكاسب إذا كان الحامل قد تحصّل عليها أثناء كونه مساهما بالشركة، كالأسهم المجانية الموزعة أو الأسهم المتحصّل عليها بعد استعمال الحامل لحقه في الإكتتاب بالأفضلية في زيادات رأس المال.⁽⁵⁾

¹ - J-P BERTEL, Michel JEANTIN, Le portage d'actions, RJDA 1991, p683.

² - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 26.

³ -Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 343.

⁴ -Brigitte TREILLE, Les conventions de portage, Rev soc 1997, p763.

⁵ -Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 343.

أما الالتزامات الملقاة على عاتق معطي الأمر فإنها تنحصر في التزامه بمنح الحامل المقابل المالي نظير تنفيذه لإتفاق استرداد الحيازة، وكما يلتزم بإعادة شراء الأسهم بعد إنتهاء مدة الاتفاق.⁽¹⁾

وبما أن اتفاق استرداد الحيازة عقد غير مسمّى، فإنه ليس هناك أشكال معينة في إبرامه إلا ما كان متعلقاً بعقد التنازل في حد ذاته، لأننا ذكرنا فيما سبق أن اتفاق استرداد الحيازة يتضمن عقدي تنازل، الأول عند الإبرام والثاني عند إنتهاء المدة، وعليه فإن الاتفاق يخضع من هذه الناحية إلى ما يخضع له عقد التنازل عن الأسهم، وبالرغم من أنه لا شكلية في الاتفاق إلا أن الأطراف يمكنهم اللجوء إلى الكتابة بهدف تثبيت الالتزامات الرئيسية فيه، كتحديد ثمن التنازل و ثمن إعادة الشراء، أجل إعادة الشراء ... إلخ، وإذا لم يحرر الأطراف الاتفاق فإنهم يفقدون وسيلة إثبات هامة وبهذا يتعرضون إلى مخاطر عدم تنفيذه إلى جانب احتمال نشوء نزاع بينهما بسبب عدم وجود السلامة القانونية في ظل هذا الاتفاق غير المكتوب، ولذا يندر في الواقع أن لا يحرر الأطراف اتفاق استرداد حيازة الأسهم، خاصة إذا علمنا أن الحامل غالباً ما يكون مؤسسة مالية ومعطي الأمر غالباً ما يكون شركة تجارية وعليه فإن طابع الاحترافية والمهنية متوفر في مثل هذه الأطراف فيما يتعلق بقانون الأعمال فيلجأون دائماً إلى الكتابة.⁽²⁾

ويلجأ المساهمون إلى إبرام اتفاق استرداد حيازة الأسهم [Le portage] من أجل تحقيق غايات عملية متنوّعة⁽³⁾، منها أن مثل هذا الاتفاق يصلح أن يكون إجراءً تحفظياً لأن الحامل سيكتسب الأسهم لحساب معطي الأمر الذي لا يستطيع شرائها في الحال، أو لأنه لم يرد تفويت فرصة إمتلاك أسهم تلك الشركة، لأن معطي الأمر أجنبي لم يتحصّل على التراخيص الإدارية اللازمة أو لأن معطي الأمر من منافسي الشركة يخشى معارضة مساهميها إذا أقدم بشخصه على الاكتتاب فيلجأ إلى الحامل⁽⁴⁾، كما يستعمل اتفاق استرداد الحيازة عند نقل رقابة الشركة إلى الورثة أو إلى الغير، فالورثة إذا كانوا صغاراً تقوم مؤسسة مالية بلعب دور الحامل إلى غاية بلوغ الورثة السن القانونية التي تمكّنهم من تولي إدارة الشركة بدلاً من مورّثهم، أما بالنسبة للغير فيتصوّر أن من يريد الحصول على رقابة شركة ما يلجأ إلى إبرام اتفاق حيازة الأسهم في البداية حتى تتضح لديه ملائمة الشركة ومدى تحقيق الأرباح فيها، وكان الاتفاق في هذه الحالة يأخذ شكل الفترة التجريبية وبعدها قد يرغب الغير في شراء الأسهم المفضية إلى الرقابة.⁽⁵⁾

كما يصلح اتفاق استرداد حيازة الأسهم أن يكون عملية قرض [Opération de crédit]، لأن الحامل سيشتري أسهم الشركة فيصبح مساهماً فيها إلى حين تمكّن معطي الأمر من إعادة شراء الأسهم منه، أو

¹ - ولذلك يتضمن اتفاق استرداد الحيازة دائماً وعداً بالشراء يقع على عاتق معطي الأمر ووعداً بالبيع يقع على عاتق الحامل، ومنه فإن شراء معطي الأمر للأسهم هو تنفيذ لعقد الوعد بالشراء، راجع:

Benoit LECOURT, Cession de droits sociaux, op.cit, p 6.

² -F-X LUCAS, conventions de portage : Jurisclasseur, Banque- Crédit- Bourse, 1999, Fascicule n° : 2128, n° : 110, p19. Benoist DELLECOURT, Les contrats civils appliqués aux actions, op cit, p 353.

³ - نظراً لأنه يترتب عليه نقل ملكية الأسهم إلى الحامل خلافاً لعقد الرهن مثلاً، فهو ينقل الحيازة لا الملكية، وكما يعد اتفاق استرداد الحيازة اتفاقاً سرّياً.

M- AMSELLEM, Distinction entre le prêt et la convention de portage, RJDA 2007, n° : 5, p 428. F-NAFTALSKI, F-D POITRINAL, Cl- PARCOT, Les conventions de portage, Dr société, Actes pratique 1997, p341.

⁴ -Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 341.

⁵ -J- DEVEZE, A- COURET, G- HIRIGOYEN, Lamy droit du financement, Lamy 2001, n° : 1139, p 674.

أن الحامل يقوم بالاكتتاب في عدد من أسهم شركة ما بغية تمكين هذه الأخيرة من القيد في بورصة القيم المنقولة، وقبل إجراء القيد يقوم الحامل بالتنازل على أسهمه إلى معطي الأمر⁽¹⁾، وهناك استعمالات أخرى لهذا الاتفاق لكنها ذات طابع استثنائي، مثال ذلك أن يقوم شريكان في شركة فرعية مشتركة بالتنازل عن جزء من أسهمها إلى شخص ثالث، وذلك في حال نشوء نزاع بينهما فيلعب هذا الغير دور الحامل بغية حل النزاع القائم بين الشريكين والذي استحال بسببه تسيير الشركة، نظراً لتساوي مساهمتي الشريكين في رأس المال، وعند البت في النزاع يقوم الغير بإعادة التنازل على الأسهم إلى الشريكين الأصليين، ويعد هذا الحل أفضل من الناحية القانونية من قيام الشريكين بتفويض الصلاحيات إلى شخص ثالث.⁽²⁾

لقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لاتفاق استرداد حيازة الأسهم، ويرجع السبب في ذلك إلى التركيب العقدي [Montage contractuel] في حد ذاته، إلا أن الراجح هو ذهاب الفقه إلى إعتبره من اتفاقات الائتمان، وهناك من يرى بأن الاتفاق يقترب من عقد الاقتراض، الذي يكون الضمان فيه حق الملكية نفسه، أي أن معطي الأمر يقدم ملكية الأسهم كضمان⁽³⁾، ومن هذا المنظور يعد اتفاق استرداد حيازة الأسهم أفضل من إبرام رهن حيازي على الأسهم [Nantissement de titres].⁽⁴⁾ وبالرغم من صعوبة التكييف فإن اتفاق استرداد حيازة الأسهم لا يتضمن أي مساوئ لمراكز الأطراف القانونية إذا تمت صياغته بوضوح وبيّنت فيه التزامات الأطراف بدقة ولم يخالف النظام العام.⁽⁵⁾

ويعتبر الاتفاق صحيحاً إذا راعى فيه الأطراف قواعد الصحة في كلا قانوني العقود والشركات التجارية، فمن بين قواعد الصحة المستمدة من أحكام العقود أن يتجنّب الأطراف الصورية في الاتفاق بغية إخفاء الغش⁽⁶⁾، وكذا مراعاة أن الاتفاق المذكور قد يتضمن شرط تملك الأسهم [Pacte comissoire] عند عدم قدرة معطي الأمر على إعادة شراء الأسهم، أو أن الاتفاق قد يتحوّل إلى قرض بفائدة إذا كانت الأرباح المتحصّلة عليها من طرف الحامل مبالغ فيها.⁽⁷⁾

ومن بين قواعد الصحة المستمدة من قانون الشركات، اجتناب الشروط الأسمية، وشرط الأسد هو ذلك الشرط الذي يقضي بحصول الشريك على كامل الأرباح أو عدم مساهمته في الخسائر، وحقيقة يصطدم اتفاق استرداد حيازة الأسهم بمثل هذا الشرط، لأن هذا الاتفاق يتضمن وعداً بشراء الأسهم منذ الأساس وبثمن محدد منذ البداية، وهذا الثمن لا يقل عادة عن الثمن الذي اكتتب به الحامل مضافاً إليه

¹ -Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit , p 341.

² -Benoit LECOURT, Cession de droits sociaux, op cit, p 7.

³ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 27.

⁴ -B-MONASSIER, Typologie des conventions de portage d'action, RD bancaire et bourse 1991, n° : 26, p119.

⁵ -Yves GUYON, Traité des contrats, op cit, p 342.

⁶ -Ph-MALAUURIE, L-AYNES, Cours de droit civil, t 3, Les obligations Cujas, 10^{ème} éd, 1999, p363.

⁷ - بالرغم من أن المشرع الفرنسي قد ألغى المنع الذي كان وارداً على شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء بمقتضى الأمر 346/2006 المتضمن تعديل قانون التأمينات العينية والشخصية، إلا أن الفقه ظل يذكر مثل هذا القيد في صحة اتفاق استرداد الحيازة، ولكن الراجح أن هذا التعديل قد أضعف من استعمال هذا الاتفاق كوسيلة للضمان فقط، راجع:

Benoit LECOURT, Les contrats civils appliqués aux actions, op cit, p 364. Manuelle BOURASSIN, Vincent BREMOND, Marie- Noëlle JOBARD- BACHELLIER, Droit des sûretés, 3^{ème} éd, SIREY, Paris 2007, p 444.

المكافآت المتفق عليها، ولكنه قد تتراجع قيمة الأسهم او ترتفع في لحظة إعادة الشراء أي عند انتهاء مدة الاتفاق، وبما أن هذا المقابل المالي ثابت فإن الحامل سوف لن يتحمل الخسائر التي تلحق بالشركة عند التنازل أو على النقيض سوف لن يستفيد من الأرباح المحققة وارتفاع قيمة الأسهم، وهذا ما يعد من الناحية النظرية شرطاً أسدياً، وفي هذه المسألة لقد رأينا أن القضاء الفرنسي يذهب بعد تطوّر حديث في مساره إلى قبول صحة الوعد بالشراء إذا كان فيه الثمن محددًا منذ البداية.⁽¹⁾ ومن بين قواعد الصحة أيضا عدم تنظيم حق التصويت فيما بين الحامل ومعطي الأمر بما يتعارض مع مصلحة الشركة أو يحرم الحامل من المشاركة في اتخاذ القرار داخلها.⁽²⁾

الفرع الرابع: إتفاقات المساهمين المتعلقة بالخروج من الشركة

Pactes d'actionnaires relatifs à la sortie de la société

يهتم المساهمون كثيرا بحادثة خروج أحدهم من الشركة خاصة إذا كانت هناك اتفاقات مبرمة بينهم، فخروج أحدهم يؤثر لا محالة في التوازن المكرّس بمقتضى تلك الإتفاقات، لذا فإن المساهمين ينظّمون مسالة خروج المساهم من الشركة باتفاق مباشر ودقيق يتمكنون من خلاله تأمين رقابتهم على عمليات التنازل حول الأسهم وكذا تأمين خروج المساهم من الإتفاقات التي سبق إبرامها.⁽³⁾

وتنحصر جميع اتفاقات المساهمين الرامية إلى تنظيم خروج المساهم في الاتفاقات التي يطلق عليها الفقهاء شروط قطع العلاقة العقدية [Clauses de rupture]، تمكّن شروط القطع هذه كل مساهم إذا كان طرفا في اتفاق ما مع مساهمين آخرين من الخروج من الشركة من خلال التنازل على أسهمه إلى المساهمين الآخرين، كما قد تسمح إلى مساهمي الأقلية تفادي البقاء في الشركة إذا تغيّر مساهمو الأغلبية، وبهذا لا يظل مساهمو الأقلية حبيسي الأسهم التي إكتتبوا بها.⁽⁴⁾

وحتى تؤدي شروط قطع العلاقة العقدية دورها لا بد على المساهمين حين إبرامها أن يراعوا تكافؤ مراكزهم الاقتصادية داخل الشركة، لأن هؤلاء الأطراف مرتبطون باتفاقات التعاون من جهة أخرى، وعليه إذا احتاج أحد هؤلاء إلى الخروج لجأ إلى شروط القطع فيضع حدًا لارتباطه بالمساهمين الآخرين، وقد تتحوّل مثل هذه الشروط إلى وسيلة ضغط يستعملها أحد المساهمين لدفع الآخرين إلى الحلول الودية عند نشوء نزاع بين الأطراف، وذلك بأن يثير هذا المساهم رغبته في تفعيل شروط قطع العلاقات العقدية.⁽⁵⁾

¹ - لقد سبق وأن تعرضنا إلى موقف القضاء الفرنسي من مسألة صحة عقود الوعد بالبيع والشراء، راجع ص199

² -Brigitte TREILLE, Les conventions de portage, Rev soc 1997, p76.4

³ -Pascal Julien SAINT-AMAND, Paul SOREAU, Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil, Francis LEFEBVRE, Paris 2008, n° 900.

⁴ - A-CHARVERIAT, A- COURET, B-ZABALA, Sociétés commerciales, Mémento pratique, Francis LEFEBVRE, Paris 2015, n° 69174.

⁵ -Protection des minoritaires, édition Francis LEFEBVRE, Paris 2001, n° 35610.

يتطرق الفقهاء إلى العديد من الشروط المؤدية إلى قطع العلاقات العقدية القائمة بين المساهمين، ولهذه الشروط تسميات متنوعة، إلا أنها تشترك في الوظيفة التي تؤديها، فنجد مثلا شرط الخروج المقترن، أو شرط الخروج الجبري أو شرط العرض التبادلي، فكل هذه الشروط تسمح في الأخير للمساهم بالخروج من الشركة. إلا أنه من ناحية أخرى يدرج الفقه إلى جانب شروط القطع شروطاً واتفاقات أخرى تؤدي أيضاً إلى خروج المساهم، كشرط الانسحاب. وعلى ضوء ما سبق سنتعرض إلى شرط الخروج المقترن (أولاً)، وإلى شرط الخروج الجبري (ثانياً)، وإلى شرط العرض التبادلي (ثالثاً) وأخيراً شرط الانسحاب (رابعاً).

أولاً: شرط الخروج المقترن Clause de sortie conjointe

تحتل اتفاقات المساهمين مكانة هامة في الممارسات المتصلة بقانون الأعمال، فالسماح للمساهمين بتنظيم العلاقات فيما بينهم تنظيمًا اتفاقيًا يتميز بالمرونة وبالسرّية مقارنة بالقانون الأساسي للشركة يعد حقيقة تكملة لدور قانون الشركات في تنظيم حياة الشركة بشكل عام.⁽¹⁾

إن تنوع الشروط المدرجة في اتفاقات المساهمين نتيجة حتمية لتنوع الأهداف المرجوة من مثل هذه الاتفاقات، ومن بين هذه الأهداف تنظيم شروط الخروج من الشركة، حتى يتمكن المساهمون من تنظيم سيولة المساهمة المقدّمة من طرفهم، ويتم هذا التنظيم عند الدخول في الشركة، فالمساهمون غالباً ما تكون لديهم النية في الخروج من رأس المال خلال أجل، مما يضطرون إلى التمسك بالآليات العقدية التي تحقق لهم هذه الأهداف.⁽²⁾

إن من بين الآليات العقدية الرامية إلى تنظيم خروج المساهم من رأسمال الشركة شرط الخروج المقترن الذي يعد نتاجاً للممارسات الأنجلوساكسونية، يسمح شرط الخروج المقترن [Tag along right] للمساهمين بالتنازل على كل أو جزء من أسهمهم وبنفس الشروط والمزايا التي تمت بها عملية التنازل على الأسهم من طرف مساهم أو مساهمين آخرين غالباً ما يكونون من مساهمي الأغلبية.⁽³⁾

إذن ففي حال قام مساهمو الأغلبية بالتنازل عن أسهمهم فإن وجود شرط الخروج المقترن يجيز لمساهمي الأقلية أن يتنازلوا هم أيضاً على أسهمهم إلى نفس المتنازل إليه الذي اكتسب أسهم الأغلبية، وبهذا الشكل يستفيد مساهمو الأقلية من زاويتين، من ناحية يجدون أمامهم طريقاً للخروج من الشركة بعد أن تغيرت الأغلبية فيها وانتقلت إلى أشخاص جدد، ومن ناحية أخرى يتمكن مساهمو الأقلية من تفادي

¹ -Ghislaine BOUILLET-CORDONNIER, Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, p 124.

² -Th-Jacomet, Ph- Matignon, S- Montet, LBO : Utilisation de l'effet de levier juridique et financier lors d'une acquisition, Bull Joly, sociétés 1990, p 415. N- L RAVISKY, M- Levesque, Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO, Gazette de palais, mai 2004, p1628.

³ -Xavier VAMPARYS, Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, Bull Joly 2005, p 821.

مشكلة خصم أسهم الأقلية [Décote de minorité]، لأن التنازل سيتم بنفس السعر الذي تنازل على أساسه مساهمو الأغلبية.⁽¹⁾

و يتضح مما سبق أن شرط الخروج المقترن يندرج في اتفاق بين مساهمي الأغلبية ومساهمي الأقلية، من شأن هذا الاتفاق أن يجعل خروج مساهمي الأغلبية من الشركة يؤدي أيضا إلى خروج مساهمي الأقلية، لذا كان الخروج خروجاً مقترناً، وتتمثل الخصائص الأساسية في شرط الخروج المقترن أنه بداية يدور حول عمليات تنازل على الأسهم، وتسمح آثار الشرط لمساهمي الأقلية التنازل على أسهمهم بنفس السعر الذي سبق وأن قام مساهمو الأغلبية بالتنازل على رقابة الشركة وفقه، وبهذا يرى البعض أن الشرط مفيد لمساهمي الأقلية لأنه يمكنهم من الخروج من الشركة بطريقة غير متاحة في عمليات التنازل العادية التي لا يوجد فيها شرط الخروج المقترن⁽²⁾، وكذا يسمح لمساهمي الأقلية باسترجاع سيولة الأسهم بأمان مرتفعة رغم كونها أسهم أقلية، وبما أن شرط الخروج المقترن يبدأ أثره عند انتقال الرقابة من مساهمي الأغلبية إلى الغير وبما أن المشرع لم يعرّف ما المقصود من الرقابة، يجب أن يتم تحديد مفهوم الرقابة في بنود اتفاق المساهمين، ويؤخذ في الحسبان هنا التوزيع العددي لرأس المال الشركة على المساهمين، فبيّن في الشرط العتبات التي تسبب إعمال شرط الخروج المقترن عند تجاوزها، فإذا بلغت الأسهم المتنازل عليها من طرف مساهمي الأغلبية أمكن حينها لمساهمي الأقلية الاستفادة من وجود الشرط، ويعتد بعض الفقه هنا مثلاً بما يعرف بأقلية التجميد [Minorité de blocage] أو فقدان الأغلبية المطلقة.⁽³⁾

ولقد اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية لشرط الخروج المقترن إلا أن الراجح هو اعتبار الشرط مجرد وعد بالشراء ملزم لجانب واحد، وفيه يلتزم الواعد وهم مساهمو الأغلبية الذين تنازلوا على أسهمهم بإعادة شراء أسهم الأقلية، وهم المستفيديون من شرط الخروج المقترن، بشرط أن يبدي هؤلاء رغبتهم في البيع [Lever l'option de vente]⁽⁴⁾، وقد يواجه تنفيذ شرط الخروج المقترن في هذه الحالة رفض الغير شراء أسهم الأقلية بنفس شروط شراء أسهم الأغلبية فيمكن هنا إدراج بند في الاتفاق يقضي بتوزيع عرض الغير بشراء الأسهم على جميع المساهمين أغلبية وأقلية.⁽⁵⁾

إن الالتزام بشراء أسهم الأقلية التزام معلق على شرط مزدوج إذ ينبغي حتى يصير الواعد ملزماً بتنفيذ الوعد أن يقع تنازل مساهمي الأغلبية على أسهمهم، وأن يترتب على هذا التنازل انتقال الرقابة إلى

¹ -François-Denis POITRINAL, La révolution contractuelle du droit des sociétés : dynamique et Paradoxes, revue banque édition, Paris 2003, p103.

² -Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p574.

³ -Michel STORCK, Définition légale du contrôle, Rev soc 1986, p385.Ghislaine Bouillet- CORDONNIER, Pacte d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, p 168.

⁴ -Xavier VAMPARYS, Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, op cit, p 824.

⁵ -Caroline LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, op.cit, p 104.

الغير، فإذا تحقق هذا الشرط ثم أبدى مساهمو الأقلية رغبتهم في البيع فإن البيع يعتبر قائماً، لذا يلتزم مساهمو الأغلبية بالشراء بنفس الشروط خاصة الثمن الذي عرضه الغير.

إلا أن الواقع يشير إلى انه ينذر أن يرغب مساهمو الأغلبية في شراء أسهم الأقلية بأنفسهم ، لذا يتولى الغير عادة شراء أسهم الأقلية، فيصبح شرط الخروج المقترن في هذه الحالة أقرب إلى مفهوم التعهد عن الغير [Promesse de porte fort]، وفيه لا يقوم مساهمو الأغلبية بالشراء وإنما يلتزمون فقط بجعل الغير يشتري أسهم الأقلية.⁽¹⁾

وليضمن الأطراف فاعلية شرط الخروج المقترن لمساهمي الأقلية المطالبة بالتعويض في حال أخل مساهمو الأغلبية بتنفيذ الشرط، وذلك من منطلق أن هذا الشرط يتضمن التزاماً بفعل، فالجزء المناسب عادة هو التعويض [Dommage et intérêts] أو أن يؤدي الإخلال بتنفيذ الشرط إلى إبطال التنازل الذي باشره مساهمو الأغلبية في حال ثبوت الغش والتواطؤ مع الغير، أي أن الغير كان يعلم بوجود الشرط وبرغبة مساهمي الأقلية في البيع.⁽²⁾

ثانياً: شرط الخروج الجبري Clause d'entraînement

يؤدي شرط الخروج الجبري [Drag along right] إلى تمكين مساهم أو أكثر يمتلك مساهمة معتبرة في رأسمال الشركة من إجبار المساهمين الآخرين على التنازل على أسهمهم إلى الغير، وذلك عندما يقوم هو نفسه بالتنازل على أسهمه إلى نفس الغير، ويتم التنازل في ظل نفس الشروط خاصة ما كان متعلقاً بالثمن⁽³⁾، بمعنى آخر أن شرط الخروج الجبري يجعل من مساهمي الأقلية ملزمون ببيع أسهمهم إلى الغير الذي اشترى أسهم الأغلبية، فهذا الشرط يختلف عن الشرط السابق شرط الخروج المقترن، لأن شرط الخروج الجبري يلاحظ أنه مفيد للغير بشكل واضح وكذا لمساهمي الأغلبية من زاوية أنه يؤدي لا محالة إلى تحقيق عملية التنازل على كامل أسهم الشركة أو على نسبة كاملة من هذه الأسهم.⁽⁴⁾

ويأخذ شرط الخروج الجبري عادة شكل الاشتراط لمصلحة الغير، فمن الناحية العملية يمكن القول أن الغير هو المستفيد المباشر من شرط الخروج الجبري، أما مساهمو الأغلبية فهم المشتراط الذين يجعلون مساهمي الأقلية يتعهدون بالتنازل على أسهمهم لمصلحة الغير المستفيد من الاشتراط، فالغير هنا رغم كونه ليس طرفاً في الوعد إلا أنه يستفيد من الحق مباشرة في مواجهة مساهمي الأقلية.⁽⁵⁾

¹ -Ghislaine Bouillet-CORDONNIER, Pacte d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, p 168. Xavier VAMPARYS, Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, op.cit, p 825.

² -François-Denis POITRINAL, La révolution contractuelle du droit des sociétés : dynamique et Paradoxes, op.cit, p 104.

³ -Xavier VAMPARYS, Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, op.cit, p 821.

⁴ -G- RИPERT, R- ROBLOT, Traité de droit commercial, T1, V2, Les sociétés commerciales, par Michel GERMAIN, LGDJ, Paris 2009, p 430.. Ph-RAIMOURG, Martin BOIZARD, Ingénierie financière fiscale et juridique, 2ème éd, DALLOZ, Paris 2009, p1301.

⁵ -Xavier VAMPARYS, Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, op cit, p 824.

ثالثاً: شرط العرض التبادلي La clause d'offre alternative

إذا أراد الشركاء قسمة الحصص فيما بينهم لسبب ما بعد مدة من ممارسة النشاط، يلجؤون عادة إلى إدراج شروط عقدية تؤدي إلى هذا الغرض، أي قسمة الحصص فيما بين الشركاء بما يسمح بخروج بعضهم من الشركة وانتقال حصصهم إلى الشركاء الآخرين، وتنص هذه الشروط أن يقوم أحد الشركاء بتحديد الثمن في التنازل وأن يختار الشريك أو الشركاء الآخرون بين أن يقوموا بالشراء أو بالبيع على أساس الثمن المحدد من طرف الشريك العارض، فالشريك العارض هذا لا يعلم عند تقديمه العرض إن كان سيترتب عليه بيع أسهمه هو أو إن كان سيشتري أسهم الشركاء الآخرين، وعليه سيجد نفسه ملزم بعرض ثمن عادل، إذا تضمّن الشرط مثل هذه الصياغة سمي بشرط العرض التبادلي الذي تتعدد تسمياته بحسب لغة المصدر إذ يطلق عليه العديد من الاصطلاحات منها [Clause américaine] ، [Buy or sell] ، [Shotgun] ويعد هذا الشرط من شروط قطع العلاقة العقدية أو شروط الانسداد [Clause d'impasse] وهو شرط يهدف إلى تهيئة الظروف لقسمة الحصص أو إفتراق الشركاء في حال حدث نزاع بينهم، أو في حال وقوع انسداد في العلاقات القائمة بينهم بمناسبة الشركة⁽¹⁾، ويقوم شرط العرض التبادلي على آلية بسيطة هي أن يقوم الشريك " أ " مثلاً وهو المتنازل الأول باقتراح إلى شريك آخر " ب " وهو المتنازل إليه بأن يبيعه أسهمه بثمن محدد " س " مسبقاً، وبوجود هذا العرض يظل الشريك " ب " حر في شراء أسهم الشريك " أ "، أما إذا رفض الشراء فإنه يلزم بمقتضى شرط العرض التبادلي أن يتنازل هو عن أسهمه وبنفس الثمن "س" الذي سبق وأن حدده الشريك " أ " .

بيدو إذن أن شرط العرض التبادلي يتضمن بعضاً من الخطورة، لأنه سلاح ذو حدين يستعمله الشريك الراغب في الخروج من الشركة فقد يكون لصالحه أو العكس، غير أنه بالرغم من خطورته فإن المساهمين يدرجونه عادة في اتفاقاتهم خاصة في شركات الفروع التابعة [Filiale commune] أو في عمليات رأس المال الاستثماري [Capital Investissement] ويمكن تفسير الاستعانة بمثل هذا الشرط الخطير، بالقول بأنه بداية هو شرط بسيط غير معقد، وفعل في حل الخلافات التي تنشأ بين الشركاء، كما يسمح الشرط بحل مشكلة تحديد الثمن في عمليات التنازل، إضافة إلى أنه يصلح أن يكون وسيلة ضغط حتى يضطر الشريك المتسبب في النزاع إلى التوجّه لإتخاذ الحلول الودية.⁽²⁾

لقد ذكرنا أن شرط العرض التبادلي يحتوي على أمرين هامين، إقتراح الثمن من طرف الشريك وقيام الشريك الآخر بالاختيار بين الشراء أو البيع، وعلى ضوء هذين المكونين يمكن القول إن صيغة الشرط وآثاره تقترب كثيراً من مفهوم الوعد، فكلا الشريكين كأنهما يعدان بعضهما البعض إما بالبيع أو بالشراء، ويرى الفقهاء أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لشرط العرض التبادلي مسألة هامة لأن البت فيها

¹ -Sophie SCHILLER, Hugo DIENER, Les clauses d'offre alternative, JCL Actes pratiques, société, sep/ octobre 2002, p32.

² -Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, n° : 220. G- PARLEANI, Les pactes d'actionnaires, op cit,p1. H-LENABASQUE, P- DUNAUD, P- ELSEN, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr sociétés, Actes Prat, 5/1992, p12.

يجعل من الملزم على الشركاء مراعاة الأحكام المتعلقة بالبيع، خاصة وجوب تحديد الثمن أو جعله قابلاً للتحديد، وعلى العموم فإن الفقه يذهب بصدد الطبيعة القانونية لهذا الشرط إلى القول بأنه مجرد جمع بين وعد بالشراء من جانب واحد ووعد بالبيع من جانب واحد لكنه ليس بيعاً نهائياً بل أنه عقد معلق على شرط واقف، ويجب أن يراعى فيه الشروط المعروفة في صحة الوعد كتحديد الثمن من جهة، وعدم تعليق تنفيذ الالتزامات على محض إرادة الأطراف من جهة أخرى.⁽¹⁾ غير أن القضاء الفرنسي ذهب في إحدى قراراته مضيفاً تكييفاً آخر لشرط العرض التبادلي، ففي قرار لمحكمة استئناف باريس ذهب في إلى أن هذا الشرط يعتبر اتفاقاً إطارياً يسمح بتنفيذ عمليات تنازل على الأسهم، في فترة زمنية محددة تبعاً لظروف معينة، فالمحكمة تؤكد من جديد على أن شرط العرض التبادلي ما هو إلا اتفاق ينظم فيه الشركاء كيفية افتراقهم في المستقبل.⁽²⁾

رابعا: شرط الانسحاب Clause de retrait

يعد شرط الانسحاب من بين الشروط المنظمة لخروج الشريك أو المساهم من الشركة، لأنه يترتب عليه تنازل الشريك المنسحب على حصته أو أسهمه وانفصاله عن الشركاء، ولكن هذا الشرط يختلف عن الشروط الأخرى كونه إرادي أي يتوقف على رغبة الشريك في الخروج هذا من جهة، ومن جهة أخرى يختلف عن شرط الاقضاء الذي يحتاج إلى قرار جماعي من طرف الشركاء حتى يتم اقضاء الشريك أو إخراجه من الشركة، إذن يقع شرط الانسحاب في مرتبة وسطى بين شرط الخروج المقترن وبين شرط الاقضاء.⁽³⁾

ويتم من الناحية العملية تكريس حق المساهم أو الشريك في الانسحاب من خلال إدراج شرط الانسحاب في اتفاق المساهمين، وهو شرط يسمح لمساهمي الأقلية خاصة بالانسحاب من الشركة وإلزام مساهمي الأغلبية بإعادة شراء أسهمهم بنسبة معينة، أو إن لم يتم البيع يجيز الشرط لمساهمي الأقلية التنازل عن أسهمهم للغير دون أن يستعمل مساهمو الأغلبية شرط الاعتماد في مواجهته، وعليه فإن هذا الشرط أي شرط الانسحاب من شأنه أن ييسر عملية الخروج من الشركة كما يعفي الشريك في هذه الحالة من انتظار مساهمي الأغلبية في تنازلهم على الأسهم.⁽⁴⁾

¹ - أي يشترط أن يكون الثمن في التنازل على الأسهم محددًا أو قابلاً للتحديد باستعمال معايير وعناصر لا ترتبط بإرادة أحد الأطراف، بل يجب اللجوء إلى تقنيات موضوعية في التقييم المالي، أو تعيين خبير أو استعمال طريقة المزايعة (Enchères)، أي أن يقوم الشركاء عند ظهور بوادر الخلاف بينهم بإدراج اقتراحات الثمن في ظروف مغلقة (Enveloppes fermées) وتقدم هذه الأطراف إلى شخص من الغير ليقيم بفتح الأطراف ويخطر الشركاء بالثمن الأعلى لكي يعتد بهذا الأخير كتمن للتنازل، كما يشترط أيضاً ألا يتوقف تنفيذ الالتزامات على الإرادة المطلقة لأحد الأطراف أي يجب على الشركاء أن يحددوا الأسباب التي تؤدي إلى إعمال شرط العرض التبادلي، ولهذا يجب أن تكون هذه الأسباب موضوعية ومادية والتي تبيّن وتوضّح وقوع الانسداد فيما بين الشركاء ويتم وصف حالة الانسداد بدقة كأن يذكر في الاتفاق أن الشرط يتم إعماله عند حدوث وقائع تؤدي إلى الاستحالة المطلقة أمام الشركاء في مواصلة مشروع الشركة سوية، أو عدم توصّل الشركاء في مرات عديدة إلى التصويت حول قرار معين في الجمعية العامة يمس مسائل هامة في الشركة، كما يجوز للشركاء هنا أن يتفقوا على أن الأمر يعرض على خبير مستقل يتولى تحديد ما إذا كانت أسباب إعمال الشرط قد قامت أو من عدمه، وهذا ما يندرج ضمن ما يسمى بالوساطة الوقائية التي أثبتت فعاليتها بشكل كبير، راجع: Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs aux transferts de valeurs mobilières, op.cit, p 181. H- Le NABASQUE, P-DUNAND, P- ELSEN, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, op cit, p 13. J- TIMSIT, La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative, GAZ PAL 2001, doct, p 1773. J-J DAIGRE, note sous CA Paris, 10 déc 1998, Bull Joly 2000, p482.

² -CA Paris, 25th ch, sect B, 12 avr 2002, juris-Data,n° : 175601.

³ -J-J DAIGRE, Monique SENTILLES DUPONT, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 43.

⁴ -Pascal Julien SAINT-AMAND, Paul André SOREAU, Pactes d'actionnaires et engagements d'utreil, op.cit, p n° 1010.

يجب أن يكون الثمن الذي يتم به التنازل على الأسهم بمقتضى شرط الانسحاب محددًا أو قابلاً للتحديد، وبما أن إعمال الشرط قد تؤثر فيه دواعي عملية متعلقة بطبيعة العمليات المالية فإنه يصعب أحياناً تحديد الثمن في البداية، كما أن تحديد السعر الثابت قد يحوّل من شرط الانسحاب إلى شرط أسدي، لذا يبدو أكثر أمناً للأطراف أن يترك تحديد الثمن إلى محكم أجنبي أو خبير أو استعمال معايير موضوعية.⁽¹⁾ وينقسم شرط الانسحاب إلى أقسام بحسب ما إذا كان مشروطاً أو غير مشروط، فإذا لم يعلّق المساهمون الانسحاب بحدوث وقائع معيّنة جاز لكل مساهم ممارسة حقّه في الانسحاب في أي لحظة أو في فترة زمنية محددة، ويتم الانسحاب في هذه الحالة بكامل الأسهم المملوكة من طرف المساهم المنسحب، على أن هذا الأخير يلتزم عند رغبته في ممارسة حق الانسحاب بإخطار الشركة بواسطة رسالة مضمونة الوصول، أما إذا قام المساهمون بتعليق الانسحاب بوقائع وشروط معيّنة وجب تحديد هذه الوقائع بدقة، كأن يذكر مثلاً الخطر السياسي الذي يتخوّف منه بعض المساهمين بأن تمنع الدولة التي تمارس فيها الشركة نشاطها المستفيدين من شرط الانسحاب من ممارسة مهام التسيير، أو أن تتمثل الوقائع في فقدان الشركة لعلاقات هامة مع شركات أخرى أو تغيّر الأغلبية، أو عدم تحقيق رقم الأعمال الموعد بتحقيقه ... إلخ.⁽²⁾

المطلب الثاني: اتفاقات المساهمين المتعلقة بتسيير الشركة

Pactes d'actionnaires relatifs à la gestion de la société

يلجأ المساهمون عادة إلى إبرام اتفاقات فيما بينهم تتنوّع مضامينها ومحتوياتها، وكثير من هذه الاتفاقات تنظم مسائل هامة تمس كافة جوانب الشركة وبنيتها، إلا أن بعضها منها يمس مسائل خاصة دقيقة وهي تلك الاتفاقات المنظمة لإدارة الشركة وتسييرها، وتبرز أهمية هذا النوع من التنظيم العقدي في ظل شركة المساهمة.

لقد استقر خلال مدة طويلة العمل على تنظيم إدارة شركة المساهمة على أسس تعاقدية، غير أنه بفعل تطوّر عالم الشركات واشتداد الحاجة إلى حماية الغير، أصبحت أغلب الشركات تخضع إلى نظام قانوني صارم يتطرّق إلى إدارة الشركة وأجهزتها الداخلية، فدفع ذلك بالمساهمين وممارسي قانون الشركات والمهنيين إلى المطالبة بإضفاء نوع من المرونة والليونة وتخفيف حدة وصرامة النصوص القانونية المنظمة لشركة المساهمة، مما يسمح لهم بتنشيط العمليات الاستثمارية وتأسيس شركات جديدة وإفراح مجال أوسع للإدارة.

¹ -Ghislaine Bouillet CORDONNIER, Bruno Martin LAPARDE Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, op.cit, p 177.

² -Pascal Julien SAINT-AMAND, Paul André SOREAU, Pactes d'actionnaires et engagements duteuil, op cit, p n° 1015. Henri HOVASSE, Le retrait d'associé et la gestion du patrimoine, Dr et pat, décembre 1998, n° 66, p42.

وإلى جانب إبداء المساهمين رغبتهم في تليين أحكام الشركات، ففي الواقع نجد أن هؤلاء يسعون إلى إيجاد فرص بين تلك النصوص الصارمة من أجل الخروج على الأقل بتنظيم اتفاقي يتناول مسألة من مسائل الإدارة، فيلجأ المساهمون وحتى مسيري الشركة إلى تأمين مراكزهم القانونية بإبرام اتفاقات قد يكون هدفها تصحيح وتعديل الآثار المترتبة على تطبيق النصوص القانونية التي رأوا أنها غير مناسبة، أو أن يكون هدفها إضافة أجهزة أخرى زيادة على ما يقرره المشرع لأن المساهمين رأوا بعدم كفاية التنظيم القانوني في الوصول إلى النتائج المرجوة.

وتؤثر اتفاقات المساهمين المتعلقة بتسيير الشركة في فاعلية أدائها، رغم كونها غير نافذة في مواجهتها إلا إذا وقّعت عليها من خلال ممثلها القانوني، وبصفة عامة تنقسم الاتفاقات المنظمة لإدارة شركة المساهمة إلى اتفاقات تعنى بحق المساهمين في التصويت، وإلى اتفاقات تعنى بالوضع القانوني لمسير الشركة.

ومن المعلوم أن المشرع يعترف لكل شريك بالحق في التصويت في الجمعيات العامة، أي الحق في المشاركة في إصدار القرارات الجماعية في الشركة، ويرى الفقه أن أساس الحق في التصويت يرجع إلى مفاهيم العقد، لأنه ينشأ لمجرد دخول الشريك في الشركة، إضافة إلى أن نية الاشتراك تدعم حق التصويت حتى تغدو تلك النية سبب وجود حق التصويت، إن إنضمام الشريك إلى مجموع الشركاء بأن صار طرفاً في عقد الشركة، ثم التزامه بالتعاون مع بقية الشركاء حتى تقوم الشركة وتستمر، من شأنهما إصباح حق التصويت بطبيعة عقدية، ومن هنا أجاز كثير من الفقهاء خضوع هذا الحق إلى التنظيم الاتفاقي من طرف الشركاء، وهو ما يثبت بالرجوع إلى الواقع الذي يدل على وجود كثير من الاتفاقات المبرمة التي يهدف من خلالها الأطراف الموقعون عليها تنظيم ممارسة حق التصويت (الفرع الأول).

لقد دفعت الطبيعة الجامدة في نصوص التشريع المنظم للشركات التجارية - خاصة في مسائل الإدارة والتسيير - المساهمين إلى إبرام اتفاقات عقدية تنظم جوانب هامة في إدارة الشركة، وذلك بما لا يتعارض مع النظام العام، ولعل أبرز تلك الاتفاقات هي تلك الاتفاقات التي يكون فيها مسير الشركة طرفاً، إذ يهدف من وراء ذلك إلى ضبط الوضع القانوني وتفادي الآثار غير المناسبة لبعض نصوص القانون التي من شأنها جعل مركزه القانوني في الشركة هشاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اتفاقات المساهمين المنظمة لحق التصويت

لا يتوانى البعض في القول بأن الشريك يشبه إلى حد بعيد المواطن في علاقته بالدولة التي ينتمي إليها، فالشريك أيضاً يكتسب حقوقاً وتقع عليه التزامات نتيجة كونه شريكاً في الشركة، إذ تسمح له تلك الحقوق بلعب دور جوهري، ولا ينحصر دوره في مجرد تعيين ممثلي الشركة وإنما يشمل جميع المظاهر السلوكية التي تجعل من الشريك يساهم بشكل إيجابي في تطوير الشركة، وإذا كان المواطن مسؤولاً عما

تؤول إليه أوضاع دولته، فالشريك أيضا يعد مسؤولاً عما يلحق الشركة، وعليه فالشريك يلتزم من هذا المنظور بالمشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية بأن يقوم بالاطلاع على وثائق الشركة والدخول في المفاوضات وتبني القرارات التي تفيد مصلحة الشركة نفسها، وبصريح العبارة على الشريك أن يعبر عن إرادته كلما دعت الحاجة إلى ذلك بأن يمارس حقه في التصويت.

لقد إهتم المشرع بحق الشريك أو المساهم في التصويت، ويرجع سبب الاهتمام إلى كون حق التصويت يعتبر من أهم الحقوق الأساسية لدى المساهمين، لذا فهو حق من الحقوق وليس مجرد التزام، فيستطيع المساهم إذن ممارسة حقه في التصويت بالشكل الذي يمكنه من تحقيق مصالحه في الشركة مع التقيد بعدم التعسف في استعماله، كما تتجلى أهمية حق التصويت في كونه معياراً يلجأ إليه عند التفرقة بين عقد الشركة وغيره من العقود، ليرز بشكل أساسي في شركة المساهمة حتى غدت هذه الشركة نموذجاً.

يرتبط حق التصويت ارتباطاً وثيقاً بطبيعة الشركة، إذ لا يمكن تجاهل تأثير حق التصويت بالجدال الفقهي القائم حول ما إذا كانت الشركة عقد أم نظام قانوني، وبما أن الشركة هي عقد قبل كل شيء، فالشريك هو كل من يعبر عن إرادته بالدخول في هذا العقد، ويقدم مالا في سبيل تكوين الشركة، بهدف الحصول على الأرباح والمساهمة في الخسائر، ويفسر سلوك الشريك هذا سواء عند دخوله إلى الشركة أو أثناء وجوده فيها بوجود عنصر هام يحكم علاقة الشريك بغيره من الشركاء والشركة على حد سواء، ألا وهو عنصر نية الاشتراك.

يترتب على نشأة الشركة ميلاد شخص معنوي جديد، وفي إطار الشخصية المعنوية تتجلى أهمية الحقوق الممنوحة للشريك، وإلا - أي في حال عدم وجود الشخصية المعنوية - أصبحت الشركة مجرد عقد يخضع إلى قانون العقود، فيتأثر حق التصويت ويترتب للشريك لمجرد دخوله ومساهمته في الشركة، وبما أن الشريك متعاقد وفقا للوصف الذي تقدم ذكره، فإنه يحظى بحماية قانونية مزدوجة، في أحكام العقود من جهة وفي أحكام الشركات من جهة أخرى، وبالنتيجة يبدو جليا أن مسألة تمتع الشريك بحق التصويت ما هو إلا نتيجة للطبيعة العقدية الموجودة في الشركة، ويصبح حق التصويت من هذا المنظور حقا أساسياً للشريك المتعاقد.

غير أن الطبيعة العقدية هذه التي أسندها الفقه لعقد الشركة، تسمح للشركاء بتنظيم الحقوق المكتسبة من طرفهم بالاتفاق، فالعقد من هذه الناحية هو وسيلة لتلبيين الأحكام القانونية الصارمة في هذا المجال، كما أن جمود القواعد القانونية تدفع الشركاء إلى عدم إدراج مسائل معينة في القانون الأساسي وتفضيل الاتفاق حولها في إطار اتفاقات المساهمين الجانبية، إذن فالطبيعة العقدية لحق التصويت تسمح بإخضاعه إلى التنظيم الاتفاقي.

نحاول هنا إبراز أسس الطبيعة العقدية في حق التصويت (أولا) ثم إلى كيفية خضوع ممارسة حق التصويت إلى التنظيم الاتفاقي (ثانيا).

أولاً: أسس الطبيعة العقدية في حق التصويت La nature contractuelle de droit de vote

لكل شريك أو مساهم الحق في المشاركة في إصدار القرارات الجماعية داخل الشركة، ويجسد هذا الحق قاعدة هامة في قواعد الشركات التجارية وفي جميع أشكالها القانونية، ويعد حق التصويت حقاً ذو طبيعة عقدية لأنه ينشأ وينتج عن وجود نية الاشتراك من جهة ولأنه يترتب للشريك مثل هذا الحق لمجرد انضمامه الى الشركة من جهة أخرى.

إن لعقد الشركة طبيعة خاصة، فإضافة الى انه يؤدي إلى نشأة شخص معنوي جديد فهو عقد تنظيمي يسمح للشركاء بتنظيم العلاقات القائمة بينهم وكذا تنظيم التعاون حتى تستمر الشركة وتؤدي الغرض الذي أنشأت من أجله، وحمية التعاون بين الشركاء هذه هو نية الاشتراك الذي يقصد بها أن الشريك حين يقدم حصة في رأسمال الشركة ينشأ له الحق مباشرة في المساهمة في حياة الشركة، كما أن نية الاشتراك لا يتوقف أثرها عند كونها شرطاً لقيام الشركة فقط، بل إن أثرها يجعل من مسألة التمتع بحق التصويت يتوقف عليها. نحاول هنا أن نبيّن الأسس التي من شأنها أن تجعل تمتع الشريك أو المساهم بحق التصويت يطغى عليه الطابع العقدي، وتتحصّر هذه الأسس في وجود نية الاشتراك، وفي انضمام الشريك إلى الشركة.

أ- أثر نية الاشتراك في طبيعة حق التصويت

لقد سار الفقه في جدال عميق حول مفهوم نية الاشتراك [Affectio societatis]، غير أن الفقه يجمع على الرأي الذي يرى في نية الاشتراك انه ليس مجرد تعبير الشريك على رغبته أو نيته في تأسيس الشركة، فدور نية الاشتراك يتجاوز بكثير هذه الفكرة، إن نية الاشتراك عنصر مهم في تكييف عقد الشركة، وليس مجرد شعور يتولد لدى الشريك بل هو مفهوم قانوني ليس تصوّرياً فحسب بل وظيفياً أيضاً.⁽¹⁾

يرى الفقه الكلاسيكي في نية الاشتراك أنه إرادة التعاون الإيجابية لدى الشركاء، بهدف تحقيق غرض مشترك وهو الإثراء من خلال نشاط الشركة وتقديم الأموال اللازمة لذلك، ووفقاً لهذا الرأي فإن نية الاشتراك هي إرادة الشركاء في المساهمة في حياة الشركة على قدم المساواة.⁽²⁾

كما يذهب القضاء الفرنسي إلى مثل هذا الرأي، ففي قرارات عديدة تؤكد الجهات القضائية إلى أن نية الاشتراك زيادة على ما ينبغي للشركاء من حقوق، يفرض هذا العنصر مساهمة هؤلاء في تسيير شؤون الشركة على قدم المساواة فيما بينهم، وإمكانية المراقبة والنقد، والدعم المتواصل لسير نشاط الشركة⁽³⁾،

¹ -Nadège REBOUL, Remarques sur une notion conceptuelle : L'affectio societatis, Rev soc 2000, p 425.

² -Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 130.

³ -TGI Paris, 14 mars 1973, GAZ PAL 1973, p, p 913, note : M- PEISSE.

ووفقاً لهذا التوجه القضائي بصدد نية الاشتراك فإن هذه النية تفرض على كل شريك المساهمة الفعالة في حياة الشركة.⁽¹⁾

ويذهب الأستاذ HAMEL في رأي مغاير إلى القول بأن تحليل عنصر نية الاشتراك يقتضي الرجوع إلى مفهوم السبب، وعليه هو يرى أن نية الاشتراك تنشأ بوجود إرادة الاتحاد من جهة وقبول المخاطر من جهة أخرى، ونية الاشتراك هي عنصر من عناصر السبب في عقد الشركة لأن الشركاء لا يؤسسونها إلا بسبب الرغبة في الاتحاد، أما قبول الشركاء للمخاطر فإنه كما يوجد في كل عقد جانب من الغرر والاحتمال [Aléa]، كاحتمال عدم ملاءة المدين بعد إبرام العقد، وفي الأخير يؤكد HAMEL أن اجتماع عنصري إرادة الاتحاد وقبول المخاطر من شأنه قيام نية الاشتراك.⁽²⁾

كما يذهب آخر إلى القول بأن نية الاشتراك هو الكاشف لوجود الشركة والمعدّل لحياتها ومعياري لتميز صفة الشريك عن غيرها من المفاهيم القريبة، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد لأنه يخلط بين مفهوم نية الاشتراك ووظائفه.⁽³⁾

نرى أن رؤية الفقه الكلاسيكي حول نية الاشتراك هي الأرجح، رغم ما قيل حولها من نقد خاصة ذلك الذي يرى بأن نية الاشتراك لا يمكن أن تكون نفسها في جميع أنواع الشركات، ففي شركات الأشخاص مثلاً تكون نية الاشتراك في أوجها، إذ يسعى كل شريك إلى أن يكون فاعلاً في حياة الشركة نظراً للمسؤولية المترتبة عليه، بينما تكون شبه معدومة لدى صغار حاملي الأسهم في شركة مسعرة بالبورصة، وعليه فإنه بسبب وجود نية الاشتراك يفترض دائماً أن الشركاء في شركة الأشخاص يكونون على وفاق في جميع مسائل الشركة، بينما لا يفترض ذلك بصدد شركات الأموال لأن قانون الأغلبية سيحل محل الإجماع.⁽⁴⁾

كما تعد نية الاشتراك عنصراً مهماً لدى الشركاء الموصون في شركات التوصية، رغم أن المادة 563 مكرر 4 من القانون التجاري تمنع الشركاء الموصون من القيام بأي عمل من أعمال التسيير، فالفقه يرى أن المقصود هنا أعمال التسيير الخارجية، أما الأعمال المؤدية إلى تنظيم التعاون الداخلي بين الشركاء يبدو أنها غير مشمولة بهذا النص.⁽⁵⁾

¹ -Renné KADDOUCHE, Le droit de vote de l'associé, op.cit, p 21.

² -J-HAMEL, L'affectio societatis, RTD civ 1925, p 761.

لا شك أن الطرح الشخصي الذي تفضّل به HAMEL لا يحظى بقبول القضاء والفقه، راجع:

J et E ESCARA, J- RAULT, Traité général théorique et pratique des sociétés commerciales, T1, Sirey 1950, n° 98. E-THALLER, Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales, 1907, n° : 420.

³ -Yves GUYON, Droit des affaires, op cit, p 133. A- VIANDIER, La notion d'associé, op.cit, p 76.

⁴ -Ph-MERLE, Droit commercial : Sociétés commerciales, op.cit, n°43. A- VIANDIER, La notion d'associé, op cit, p77.

⁵ -G-RIPERT, R- ROBLOT, Traité de droit commercial, op cit, n° 880.

وفي الأخير يمكن القول أن نية الاشتراك هي معيار سلوكي يفرضه مبدأ حسن النية، أكد عليه المشرع جاعلاً إياه مظهر من مظاهر التعاون بين الشركاء على قدم المساواة فيما بينهم، بغية تحقيق الغرض المشترك ألا وهو تحقيق نشاط الشركة.⁽¹⁾

يتضمن عنصر نية الاشتراك إلى جانب مسألة القصد لدى الشركاء، فكرة الاتحاد بين أعضاء الشركة، وكل شريك ينطلق في وجوده داخل الشركة من روح الفريق والبذل لمصلحة جميع الشركاء، ويجمع الفقه أن نية الاشتراك من هذا المنظور تؤسس صراحة للشريك الحق في التصويت لأن كلا منهم قد تولدت لديه إرادة الاتحاد وكذا وجود الرغبة في التعاون، مما يؤدي إلى القول بأن هناك حتما ضرورة للإعتراف بحق كل الشركاء في المساهمة في تسيير شؤون الشركة، وهذا هو جوهر عقد الشركة.⁽²⁾

كما يعلّق القضاء الفرنسي اكتساب الشريك للحقوق السياسية أو كما يسميها البعض بالحقوق غير المالية، بعنصر نية الاشتراك، إذ ذهبت محكمة استئناف باريس في قرار وصفه بعض الفقهاء بالهام، إلى أنه لا يمكن القول بوجود الشركة في حال لم يثبت لدى القاضي وجود العناصر المؤدية إليها كإمكانية التسيير المتاحة لدى كل طرف في العقد، والتمكّن من مراقبة الشركة والنقد أو كل الأعمال التي تشير إلى وجود نية الاشتراك⁽³⁾، وترجع حيثيات الحكم إلى نزاع ثار حول قرار الجمعية العامة لشركة مساهمة، حيث أنشأت هذه الجمعية عددا من الأسهم ذات الأولوية تمنح حاملها عائداً مالياً ثابتاً كل سنة، ويتم تسديد هذا العائد حتى في حال عدم تحقيق أي ربح، إلا أنه بالمقابل لا يحق لهؤلاء الحاملين المساهمة لا من قريب أو من بعيد في شؤون الشركة، ذهبت محكمة La seine التجارية باعتبارها جهة الدرجة الأولى⁽⁴⁾ ومحاكمة استئناف باريس إلى إلغاء مداولة الجمعية العامة محل النزاع واعتبرت أن حاملها هذا النوع من الأسهم ليسوا مساهمين حقيقيين وذلك لعدم وجود نية الاشتراك، وأكدت محكمة الاستئناف أن قدرة الشريك على المساهمة في تسيير الشركة هي مظهر من مظاهر الحالة النفسية لدى الشريك.

وبالفعل يعتبر عنصر نية الاشتراك عنصراً مهماً في عقد الشركة، وهذا ما أكدّه THALLER حين قال إن العلاقة القانونية الناشئة عن عقد الشركة والتعاون الذي يترتب عنه أيضاً، يفرضان أن يحظى الشريك بنوع من قدرة التدخّل [Ingérence] في الشركة.⁽⁵⁾

يذهب الفقه الحديث في نظريته إلى نية الاشتراك إلى التسليم بأن لهذا المفهوم محتوى متعدد [Conception pluraliste]، إذ يستعمل هذا المفهوم لتحديد متغيرات كثيرة كالتفرقة بين مفهوم الشريك

¹ -Renne KADDOUCHE, Le droit de vote de l'associé, op cit, p 24.

² - يعرف SERIEUX حسن النية بالقول: " الإرادة السليمة، النزاهة والاهتمام بالبذل لمصلحة المتعاقد الآخر، التعاون معه أي أن تنظر إلى المتعاقد الآخر كأخ". ويرى TERRE وآخرون أن التعاون بين الشركاء يفرضه مبدأ حسن النية وتعد الشركة المثال الأفضل لوجود الأخوة (Le jus Fraternitatis)، فالمشرع يعيد بهذه الفكرة ويرتب عليها آثار هامة في حال لم تعد موجودة بين الشركاء، راجع:

SERIAUX, Droit des obligations, 2^{ème} éd, Puf, 1998, n° : 55. F- TERRE, Ph, SIMLER, Y- LEQUETTE, Droit civil, op cit, p 438. J- MESTRE, Lamy sociétés commerciales, op cit, n° 301.

³ -CA Paris, 11 juillet 1951, Journ sociétés 1951, p193.

⁴ -Trib.com, Seine 20 juill 1950, Journ sociétés 1951, p 151.

حيث جاء في حكمها: على المساهمين أن يشاركوا في تسيير الشركة، وأن يجسدوا التعاون فيما بينهم بمختلف الطرق وأهمها ممارسة حق التصويت في الجمعيات العامة.

⁵ -Renne KADDOUCHE, Le droit de vote de l'associé, op cit, p 25.

وغيره، من ناحية هل الشريك يريد فعلاً تأدية هذه الصفة أو أنه مجرد مقرض للشركة بعضاً من الأموال، أو هل هو فعلاً شريك حقيقي أم مجرد إسم مستعار، وكذا يؤدي عنصر نية الاشتراك إلى معرفة مدى مشاركة الشريك في تسيير الشركة، أي المساهمة بفعالية في إصدار القرارات الجماعية من خلال ممارسة حق التصويت داخل الجمعيات العامة وتبني آراء معينة والقدرة على نقد أداء إدارة الشركة.⁽¹⁾

ب- اثر إنضمام الشريك إلى الشركة في طبيعة حق التصويت L'entrée de l'associé dans la société من الثابت أن الشريك لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد أن يقوم بتقديم الحصة المتعهد بها لمصلحة الشركة، وينشأ التزام الشريك أو المساهم بتقديم الحصة عند إبرام عقد الشركة أو عند زيادة رأسمالها، وتعد الحصة عنصراً جوهرياً في عقد الشركة يترتب على تخلفها بطلان العقد وعدم تأسيس الشركة، وتقوم جميع الشركات على تقديم الحصص سواء اكتسبت الشخصية المعنوية أو لم تكتسبها وسواء كانت من شركات الأشخاص أو شركات الأموال.² ويجمع الفقه على أن الحصة هي المقابل الذي يتلقاه الشريك نظير قيامه بتنفيذ الالتزام الملقى عليه وهو تقديم المال إلى مجموع الشركاء من خلال نقل ملكيته أو الانتفاع به إلى الشركة.³

إن الشريك الذي يقدم مالا كتنفيذ لالتزامه تجاه الشركة، يتحصل على حقوق إجتماعية تصدرها الشركة نفسها، وهذه الحقوق هي الأسهم والحصص، يطلق الفقه على هذه التركيبة بعملية الحصة [L'opération d'apport] أو عقد الحصة [Contrat d'apport]، ومن الناحية الفقهية الكلاسيكية ظل النظر مستقراً حول عملية الحصة باعتبارها عنصراً أساسياً في عقد الشركة، إذ تكتسي هذه العملية الاتفاقية طابعاً مزدوجاً، فمن جهة هي عملية ناقلة لحق معين قد يكون حق ملكية أو حق انتفاع، ومن جهة أخرى تتم بعوض فالشريك يقدم المال والشركة تمنحه حقوقاً مصدرية من طرفها.⁴

إن رؤية الفقه الكلاسيكية إلى عملية الحصة لاقت إنتقاداً يستند إلى أمرين، أولاً أن الطبيعة العقدية لعملية الحصة تجعل من الممكن القول أن هذه العملية ليست مجرد عنصر من عناصر عقد الشركة بل إنها تجسد إتفاقاً تاماً مستقلاً عنه، فعملية الحصة تستجيب إلى مفهوم العقد وفقاً لما تنص عليه المادة 54 من القانون المدني، فالشريك يلتزم بإعطاء شيء إلى الشركة، إن مثل هذا الرأي لا يستقيم في نواح متعددة، منها أنه يمس بطبيعة عقد الشركة، فالقول بأن اتفاق الحصة هو عقد مستقل يؤدي ذلك إلى إعادة النظر في تأسيس الشركة، لذا تصبح الشركة من هذه الزاوية عقداً إطارياً [un contrat cadre] وهو ذلك العقد الذي

¹ -Yves Guyon, Droit des affaires, op cit, p 134. Déborah ESKINAZI, La qualité d'associé, thèse, Université de Cergy Pontoise, 2005, p30.

² - في هذا المعنى انظر : علي البارودي، القانون التجاري : الاعمال التجارية و التجار - الشركات التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1993، ص137.

³ - Laurent GODON, les obligations des associés, Economica, paris 1999, p22.

⁴ - Y- GUYON, Droit des affaires, op. cit., p 100.

يتفق أطرافه على هدف محدد ليعقبه ابرام عقود تطبيقية لاحقة¹، وهذا رأي لا يستقيم .

ويرى آخرون خلاف ذلك، إذ ينفون الطبيعة العقدية في عملية الحصة، إذ يستندون في هذا إلى عدم وجود مصالح متعارضة في عقد الشركة وهو جوهر العقود الأخرى، وعليه فالشركة مجرد تصرف قانوني جماعي، ولذا لا يمكن أن تكون عملية الحصة عقد مستقل وإنما مجرد عنصر من هذا التصرف الجماعي ومجرد إجراء يلزم إتمامه من طرف الشريك، إن مثل هذا الرأي لم يسلم هو الآخر من النقد لأن تعارض المصالح لم يعد الميزة الأهم في العقود، لأن العقد لم يظل ذلك الاتفاق الذي يبرمه أطراف يسعون إلى تحقيق مصالحهم المختلفة وإنما أصبح العقد أيضا وسيلة لتنظيم التعاون بين الأفراد.²

إن تحليل عملية الحصة على أنها ذات طبيعة عقدية أكثر الآراء ترجيحاً، وعلى أثر ذلك إن التزام الشريك بتقديم مال معين هو التزام بمناسبة عقد الشركة، وينال مقابله الشريك حقوقاً في الشركة التي قدم إليها المال، لذا تعد عملية الحصة من هذه الزاوية عملية تبادلية تخضع إلى أحكام العقود، ويعد سبب مثل هذا الالتزام هو منح الحقوق، فلو لا هذه الحقوق التي يتحصل عليها الشريك لما أقدم على الانضمام إلى الشركة ومن ثمة إكتساب صفة الشريك.

إذن يدور مفهوم الحصة حول الحقوق الممنوحة إلى الشريك من طرف الشركة، وهذا المفهوم يعد مفهوماً ثابتاً في جميع أشكال الشركات، وإن من بين تلك الحقوق الممنوحة إلى الشريك الحق في التصويت، الذي يرى فيه القضاء الفرنسي أنه حق يرتبط ارتباطاً جوهرياً بالسهم، ويأخذ المشرع صراحة بهذا التصور في المادة 684 من القانون التجاري التي نصت على أنه: " مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين 603 و 685، يكون حق التصويت المرتبط بأسهم رأس المال أو الانتفاع متناسباً مع حصة رأس المال التي تنوب عنها، ولكل سهم صوت على الأقل، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن".

يتعلق هذا النص بأحكام شركة المساهمة، كما يأخذ به المشرع بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة بمقتضى المادة 581 من القانون التجاري، التي جاء فيها: " يجوز لكل شريك أن يشارك في القرارات وله عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي يملكها في الشركة ..."

يمكن أن نستخلص من هذين النصين أن هناك علاقة وطيدة بين حق التصويت من جهة والسند الذي تحصل عليه الشريك كمقابل للحصة المقدّمة من طرفه، بمعنى آخر أن حق التصويت يرتبط بالحق الذي يكتسبه الشريك على السندات المتحصّل عليها، فتصبح من هذا المنظور مسألة هامة تحديد طبيعة هذا الحق الوارد على السند، لا يثير الفقهاء مسألة طبيعة حق الشريك تجاه الشركة إلا بصدد شركات المساهمة، فلا إشكال يذكر مثلاً فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وعلى العموم فإن الفقه يرى

¹ - يعد مفهوم العقد الإطار من المفاهيم المنبثقة عن الواقع في قانون الأعمال، خاصة في عقود التوزيع، ولقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا المفهوم من خلال الجمعية العامة سنة 1995، راجع:

cass Plén. 1er déc. 1995, RTD civ 1996 p. 153, obs : J. MESTRE. V: contrat, Gérard CORNU, vocabulaire juridique op.cit, p202

² - Renne KADDOUCHE, Le droit de vote de l'associé, op cit, p 32.

أن حق الشريك تجاه الشركة ما هو إلا حق دائنية [créance] أي مجرد حق شخصي، يستمد هذا الحق وجوده من العقد.¹

ولقد اختلف الفقه أيضا حول طبيعة السهم من حيث مدى إعتباره مالا منقولاً معنوياً أو مادياً، وكان الفقهاء يعتبرون السهم مالا منقولاً إستناداً إلى نظرية دمج الحق في السند، غير أن هذه المقاربة لاقت نقداً من ناحية أنها تخلط بين مفهومي السند، ويذهب الرأي الراجح إلى القول أن السهم هو السند الذي يحمل حقوق المساهم، فيصبح مفهوم السهم في هذه الحالة وارداً على السند المادي أي الوثيقة المكتوبة المثبتة للتصرف القانوني أو العمل المادي المنتج لآثار قانونية، ومن هذا المنظور يصبح المساهم مالكا لهذا السند المادي.²

إن هذه الآراء أصبحت ضعيفة بعد أن أجاز المشرع تجريد القيم المنقولة [dématérialisation des valeurs mobilières]، أي أنه ليس من الضروري أن تنشأ الأسهم على شكل سندات مادية إذ يمكن فقط تسجيلها في سجلات معدة لذلك أو أن تفتح حسابات تقيد فيها أسهم الشركة، ومن هنا أصبحت الأسهم مجرد أموال معنوية.³

ويعتبر السهم مصدراً لإكتساب المساهم حقوقا مالية وغير مالية، كالحق في الأرباح والحق في التصويت، ويرتبط السهم أيضا بعقد الشركة، وعقد الشركة ليس من العقود الاحتمالية.⁴ لأن الشريك يعلم منذ الانعقاد بمقدار المخاطرة المالية المترتبة على تأسيس الشركة، ومن خلال مشاركة المساهم في شؤون الشركة بشكل فعال يساعد ذلك في رسم وتحديد مصلحة هذه الاخيرة وبهذا الشكل فإن المساهم يستمر في تسيير أمواله المقدّمة إلى الشركة لكن بطريق غير مباشرة، ولذا يصبح حق التصويت في هذا الظرف الضمان الأساسي في المحافظة على حقوق المساهم ، ويرى كثير من الفقهاء أن حق التصويت من لواحق الدين [Accessoire de créance]، وذلك في السياق الفقهي الذي يميل إلى تكييف حق المساهم تجاه الشركة حق دائنية أو حق شخصي ويغدو حق التصويت من لواحق هذا الحق الشخصي، ويعرف الفقه لواحق الدين بأنها حق أو دعوى لا غاية من ورائها إلا تعزيز قيمة الحق الأصلي أو الدفع نحو تحصيله، وهي ميزة لا يكون استعمالها نافعا إلا لصاحب الحق نفسه، فهل يصدق مثل هذا الوصف على حق التصويت؟

حقيقة، إن لواحق الدين قد جعلت لخدمة الحق الأصلي، أي أن آثارها يجب أن تمس نطاق الحق وتحصيله، وبصدد حق التصويت فإنه حتى يقبل تكييفه على أنه من اللواحق أو الملحقات لا بد أن يؤثر أعماله في القيمة الحقيقية للسهم ذاته أو تحفيز عملية توزيع الأرباح المتعلقة به، فالجزء الوحيد في السهم الذي يقبل التحصيل هو توزيع الأرباح، ولاشك أن حق التصويت يستجيب الى هذا الوصف لأن الجمعية

¹ - Ibid, p40

² - فريد العربي، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 2000.

³ - انظر المادة 715 مكرر 37 من القانون التجاري الجزائري و في الفقه راجع:

Y – GUYON, les aspects juridiques de la dématérialisations des valeurs mobilières , Rev soc 1984, p451. H- CAUSSE, principe et logique de la dématérialisation, JCP 1992, éd E , p194.

⁴ - نعيم مغيب، قانون الاعمال: دراسة في القانون المقارن، لبنان 2000، ص 443.

العامّة هي الجهاز المختص بإصدار قرار توزيع الأرباح ولا يمكن لهذا القرار أن يتم إلا باستعمال المساهمين لحقهم في التصويت، غير أن تحديد أثر حق التصويت في قيمة السهم الحقيقية يظل صعب من هذه الناحية، لأن هذه المسألة ترتبط بمسألة أخرى وهي تحديد قيمة أصول الشركة في لحظة زمنية معينة وهو أمر يتعلق أيضاً بالنتائج المحققة من طرف الشركة، وكذا مدى تأثير السياسة المتبعة من طرف المسيرين والقرارات المعتمدة من طرف الجمعية العامة، وعليه فالمسألة هي أكبر من ذلك وهي كيف يؤثر حق التصويت حين إستعماله من طرف المساهم في السياسة الاقتصادية والمالية المطبقة من طرف مسيرى الشركة، حيث يبرز أثر حق التصويت عادة عند تعيين هؤلاء المسيرين من طرف الجمعية العامة أو عند عزلهم في حال خالفوا مصلحة الشركة في سياساتهم تلك، ومن ناحية أخرى يمكن القول أن اهتمام المساهمين بالحق في التصويت يحول دون قيام المسيرين بالإضرار بمصلحة الشركة، وهكذا فإن حق التصويت يؤثر في القيمة الحقيقية للسهم.

ويرى القضاء الفرنسي أن حق التصويت هو عمل ضروري يهدف إلى الحفاظ على قيمة حق المساهم بالنظر إلى ذمة هذا الأخير، وكذا أن حق التصويت يسمح لكل شريك بتعيين أو عزل مسيرى الشركة ولهذا هو يضمن بقاء حقوق الشريك المالية، الذي يعتبر مكملاً لها وملحقاً بها.

بيد أن المساهم حين يستعمل حقه في التصويت هو لا يستعمله فقط بشكل يخدم مصالحه الشخصية وإنما ينبغي أن يكون استعماله يصب في مصلحة الشركة عامة، فحين يقوم بالتصويت يجب أن يضع في الاعتبار مصلحة الشركة أولاً وليس مصلحته الخاصة فقط، وإلا أصبح مخالفاً بالالتزام بحسن النية، ومن هذا المنظور يهتز الرأي الذي يرى أن حق التصويت من ملحقات الدين، ولكن هل يتغير الوضع إذا اعتبرنا أن مصلحة الشركة هي نفسها المصلحة المشتركة لعموم الشركاء، فالشريك في هذه الحالة حتى وإن كان يرمي إلى تحقيق مصلحته الخاصة، سيضع في الحسبان بكل تأكيد مصلحة الشركة، ولكنها في هذه الحالة أيضاً مصلحة خاصة تنحصر داخل الشركة، أما إذا كان قد فضل مصلحته الخارجية على مصلحة الشركة فسوء النية يفترض هنا.

ويعتبر من الناحية الكلاسيكية حق التصويت حق غير مالي أي حق لا يقبل التقويم نقداً، وتعد مسألة التقويم النقدي من أهم المعايير في التفرقة بين الحقوق المالية وغير المالية أو الحقوق السياسية كما يسميها بعض الفقهاء، إذ الحقوق غير المالية وإن كانت لا تقبل التقويم نقداً فإنها تحدث في بعض الأحيان آثاراً مالية، ففيما يتعلق بقرار الجمعية العامة بتوزيع الأرباح، فالشريك حين يبدي رأيه من خلال التصويت على هذا القرار فإنه يبدي رضاه على قرار يؤثر بشكل كبير في ذمته المالية الخاصة، فإذا وافقت الجمعية العامة على توزيع الأرباح، الشريك سيتحصل على مبالغ مالية بحسب الحصة المقدّمة.

ثانياً: التنظيم الاتفاقي لممارسة حق التصويت

إن لكل مساهم الحق في المساهمة في حياة الشركة من خلال ممارسة حقه في التصويت، فحق التصويت سمة أساسية في صفة المساهم، وبهذا المفهوم يعد حق التصويت الوسيلة الوحيدة التي تمكن المساهمين من المشاركة في شؤون الشركة وإبداء رأيهم في أداء مسيرتها.⁽¹⁾

ولما كان حق التصويت من الحقوق الأساسية لدى المساهم، فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يبرم اتفاقاً يتنازل فيه على هذا الحق من ناحية التمتع به أو من عدمه، وإنما يجوز له أن يبرم اتفاقاً ينظم من خلاله كيفية ممارسة هذا الحق، أي باستعماله بشكل معيّن، وهذه هي التي يسمّيها الفقه والقضاء باتفاقات التصويت، وهي اتفاقات تنصب على ممارسة حق التصويت، أي تلك العقود التي يلتزم بمقتضاها أحد الشركاء أو أكثر في مواجهة شريك آخر أو أكثر بالتصويت في الجمعية العامة وفق توجيه معيّن متفق عليه أو أن لا يصوّت.⁽²⁾

وتعد اتفاقات التصويت كثيرة التداول من ناحية الواقع العملي، خاصة في الشركات الفروع المشتركة بين شركات أخرى أو في الشركات ذات العدد الكبير من المساهمين والذين انقسموا بسبب كثرتهم على مجموعات صغيرة، فاتفاقات التصويت المنظمة لكيفية ممارسته قد تضيي نوعاً من التماسك في تسيير الشركة، وتفايدي التوجّهات الكثيرة، وترد اتفاقات التصويت في اتفاقات مستقلة عن القانون الأساسي لأنها عادة اتفاقات مؤقتة ولا تدوم طويلاً.⁽³⁾

وتعد اتفاقات التصويت عقوداً ملزمة لجانب واحد، لأن هناك طرف وحيد يقع عليه الالتزام المتعلق بكيفية التصويت، معنى ذلك أنه ليس هناك التزامات تلقى على الطرف الآخر في هذه الاتفاقات وهذه الخاصية أي خاصية الالتزام لجانب واحد هي التي تجعل الاتفاقات صحيحة مبدئياً، لأن اتفاقات التصويت الملزمة لجانبين هي اتفاقات محظورة، لأن المشرّع الجزائري قضى بترتيب عقوبات جزائية على كل من يحصل على منح أو ضمانات أو سمح له الاستفادة بمزايا من التصويت في اتجاه معيّن، أو يمتنع عن المشاركة في التصويت، كما تترتب العقوبات أيضاً على الأشخاص الذين ضمنوا أو وعدوا بهذه المزايا.⁽⁴⁾

ويترتب على الطرف الملتمزم في اتفاقات التصويت التزام بفعل أو بعدم فعل، أي التصويت في اتجاه محدد أو عدم التصويت أصلاً، وتستهدف اتفاقات التصويت تنظيم ممارسة التصويت في الجمعية العامة للمساهمين، كما قد ترد في مداوالات أجهزة التسيير كمجلس المديرين أو مجلس الإدارة، وتختلف أشكال اتفاقات التصويت بالنظر إلى مستوى بساطة أو تعقيد كيفية تنظيم حق التصويت، فيمكن أن يحتوي مثلاً تعهدات يتخذها أحد الأطراف فردياً، وقد لا يفرغ في شكل مكتوب أو أن يدرج الالتزام في اتفاق مكتوب

¹-Caroline LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, op.cit, p 87.

²-Renné KADDOUCHE, Le droit de vote de l'associé, op cit, p240.

³- Caroline LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, op.cit, p 87

⁴- راجع المادة 814 من القانون التجاري الفقرة 3.

يتضمن تفصيلاً حول مضمون الاتفاق ككفية التنفيذ وآجالها، أو أن الاتفاق ينفذ بصدد قرار بعينه أو جميع القرارات الجماعية الصادرة عن الجمعية العامة أو جهاز جماعي آخر.⁽¹⁾

كما قد تأخذ اتفاقات التصويت شكلاً أكثر تنظيماً يغلب عليه الطابع الجماعي، كما هو الحال بصدد نقابة التجميد [Syndicat de blocage]، وهي اتفاقات مرتبطة بحق التصويت يبرمها المساهمون الصغار للدفاع عن مصالحهم في مواجهة المساهمين الأغلبية، وذلك بتوحيد مساهمي الأقلية لتوجهاتهم وآرائهم بإنشاء نقابات التجميد، وبمقتضاها يتنازل المساهمون على حيازة أسهمهم ويضعونها في مركز النقابة فلا يستطيعون بعدها ممارسة الحقوق الملازمة لهذه الأسهم بأنفسهم مباشرة، وإنما من خلال وكيل غالباً ما يكون مدير النقابة الذي تتجمع لديه هذه الأسهم، ونقابة التجميد وفقاً لهذه الكيفية تصدق بمناسبة الاسهم المجسدة في سندات ورقية والتي تودع لدى مسير النقابة ويسهر على تنفيذ اتفاقات التصويت، غير أنه إذا كانت الأسهم مجردة أي لا وجود مادي لها فانه لا حاجة إذن إلى الإيداع، ويصبح الإجراء مجرد الالتزام بالقيام بمشاورات تسبق انعقاد المداولة في الجمعية العامة من أجل الوصول إلى الأغلبية أو إلى الإجماع بينهم ثم يمارس كل منهم حقه في التصويت منفرداً في الإتجاه الذي أُنفق عليه في المشاورات، كما يمكن للمساهمين تمكين المؤسسة حافظة الحسابات باعتبارها حارساً.⁽²⁾

كما يندرج ضمن اتفاقات التصويت - وفقاً لبعض الفقه - الاتفاقات المرتبطة بالشركة القابضة، وهي الشركة التي يؤسسها أشخاص ويتنازلون لها عن أسهمهم في شركة أخرى تدعى الشركة المستهدفة، فهؤلاء الأشخاص يرغبون في توحيد أصواتهم بغية الحصول على مراقبة الشركة المستهدفة فتصبح الشركة القابضة هي الممارسة لحق التصويت وفقاً للتوجه الذي يحدده مؤسسو هذه الأخيرة.⁽³⁾

ولا تعد من قبيل اتفاقات التصويت - التي نقصدها هنا - الاتفاقات المعروفة في القانون المدني والتي يكون محلها حق التصويت كعقد الوكالة في التصويت، أو ممارسة حق التصويت في ظل وجود حق إنتفاع يقع على الأسهم، فمثل هذه العقود مستقلة وقائمة بذاتها ولها نظامها القانوني.⁽⁴⁾

رغم أن الفقه والقضاء الفرنسيان لا يعارضان إبرام اتفاقات تنظم ممارسة حق التصويت، فإنه يجب من ناحية أخرى أن يتم تمكين المساهم من ممارسة الحق في التصويت بحرية تامة لأن هذا الحق من الحقوق الملازمة بصورة أساسية للسهم، فالحرية في ممارسة هذا الحق هي القاعدة العامة أما تقييدها فهي الإستثناء، ونقصد بالاتفاقات هنا تلك الاتفاقات المنظمة لممارسة حق التصويت داخل الجمعية العامة أو

¹-Dominique SCHMIDT, Rapport de synthèse, RJ com, nov 1990, n° : spécial, Stabilité de pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, p 175.

²-تعد نقابة التجميد من هذه الناحية وسيلة من وسائل المراقبة التي يستعملها مساهمو الأقلية لأن اتفاقات التصويت باعتبارها جوهر نقابة التجميد تمكن هؤلاء من زيادة تأثيرهم في الجمعية العامة، وزيادة الضغط على الأغلبية ومسيرى الشركة، شريطة ألا يقترن ذلك بسوء الاستعمال أو التعسف فيه. G-TERNAY, du bon usage de la clause de gestion dans les conventions extra statutaires à la lumière de l'article 24 de l'ordonnance du 24 juin 2004, JCP, éd N. 2007. 1047.

³- أنظر المادة 731 من القانون التجاري، البند 2، راجع البحث المفصل حول الشركة القابضة في الباب الأول، الفصل الثاني، ص 177 D-COHEN, Les conventions de vote, in Liber amicorum Christian LERROUMET, Economica, 2010, p97.

⁴-ويضاف إليها حالة الشروع في السهم وتأثيرها في حق التصويت المترتب عنها، فمثل هذه الاتفاقات تستقل بأحكام خاصة بها، راجع: Michel GERMAIN, Le transfert du droit de vote, RJ com 1990, p135. M- STORCK, Les groupements de copropriétaires d'actions, Rev soc 1983, p293.

أي جهاز جماعي آخر في الشركة، شريطة أن لا تؤدي هذه إلى حرمان المساهم نهائياً من حقه في التصويت، فالتصويت يجب أن يكون التعبير الصحيح عن الإرادة الحرة المعبر عنها بنتائج المناقشات التي تجرى في الجمعية العامة.⁽¹⁾

قد تنظم اتفاقات التصويت عملية صدور القرار عن الجمعية العامة أو جهاز جماعي آخر، وهذه الاتفاقات تعد من أكثر الاتفاقات تأثيراً في حياة الشركة لأنها تمس بالكيفية التي يمارس وفقها المساهم حقه في التصويت، لذا يطلق عليها اتفاقات التصويت ذات التوجيه المباشر، وتكثر هذه الاتفاقات بصدد إصدار القرارات الهامة في الشركة، كقرار تعديل القانون الأساسي في بعض المسائل، كزيادة رأس المال أو تعديل الغرض الاجتماعي، أو بصدد قرار من قرارات التسيير من شأنه إحداث تغيير معتبر في الوضعية المالية للشركة، كإبرام عقد قرض أو القيام باستثمارات تتجاوز حدًا معيناً، ويبرم إتفاقات التصويت ذات التوجيه المباشر مساهمو الأقلية الذين لم يتمكنوا من تشكيل أقلية تجميد [Minorité de blocage] في الجمعية العامة غير العادية، فنظراً لاكتفائهم بمقدار مساهمتهم ظلوا غير قادرين على فرض إرادتهم داخل الجمعية العامة، فيبرمون اتفاقات التصويت ينظمون من خلالها عملية تدخلهم وتقوية صوتهم، فيمكن أن تحتوي هذه الاتفاقات على ضرورة إجراء مشاورات مسبقة.⁽²⁾

كما تنظم اتفاقات التصويت أيضاً مسألة التصويت باتجاه معين مع بقاء المساهم حراً في الاختيار، وتعد هذه الاتفاقات صحيحة ما دامت لا تعدم حرية المساهم، وقد تربط مثل هذه الاتفاقات عدداً من المساهمين يلتزمون بالتصويت في الجمعية العامة بالشكل الذي يضمن التوزيع المتفق عليه في مناصب الإدارة، كأن يقترح هذا الفريق من المساهمين مرشحين معينين يتم التصويت لصالحهم، أو الاتفاق الذي يضمن توزيع متساو لمراكز الأعضاء بين فريقين من المساهمين أو أكثر في شركة تابعة مشتركة.⁽³⁾

ويتقبل القضاء والفقهاء اتفاقات التصويت بمرونة معتبرة إياها صحيحة كلما توفرت فيها شروط الصحة المتعلقة بمثل هذه الاتفاقات، فهي إلى جانب كونها اتفاقات تراعي النظام العام الخاص بالشركات التجارية وغير متضمنة للغش، وكذا تراعي مصلحة الشركة يجب أن تكون مؤقتة.⁽⁴⁾

وبما أن المشرع لم ينص صراحة على عدم جواز اتفاقات التصويت، فإن الشركاء يلجؤون إلى الحرية التعاقدية في هذا المجال ويبرمون مثل هذه الاتفاقات⁽⁵⁾، التي يشترط فيها أن تكون مؤقتة وظرفية⁽⁶⁾، يمكن تفسير هذا الشرط من نواح عديدة، منها أن طبيعة حق التصويت الأساسية تحول دون تأبيد الاتفاقات المتعلقة به، ويضيف آخرون أن تفسير شرط التأقت يكمن في عدم جواز حرمان المساهم

¹- غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 114.

²- Caroline LEROY, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, op.cit, p 92.

³- غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 118.

⁴- Alexis CONSTANTIN, Réflexions sur la validité des conventions de vote, Etudes offertes à Jacques GHESTIN, in Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2014, p259.

⁵- Michel JEANTIN, Les conventions de vote, RJ com 1990, p 124.

⁶- G-PARLEANI, Les pactes d'actionnaires, op.cit, N° : 44.

من أهم السمات في الأسهم بدون وجود مصلحة مشروعة تيرر ذلك، ويبدو أن التفسير المرجح هو عدم جواز الالتزامات الأبدية.⁽¹⁾

كما يشترط الفقه والقضاء في إتفاقات التصويت عدم تعارضها مع القواعد الأمرة في قانون الشركات التجارية⁽²⁾، وهي القواعد المشكّلة للنظام العام التي تبقى مسألة حصرها وتحديد نطاقها غير باتة، لأن الفقه والقضاء يذهبان إلى تأكيد الطبيعة التطورية لهذه القواعد، ومن بين القواعد الأمرة التي تتعلق باتفاقات التصويت المادة 814 من القانون التجاري التي حظرت الحصول على منح أو مزايا متأتية كنتيجة للتصويت في اتجاه معيّن، إن مخالفة مثل هذا النص تؤدي إلى بطلان الاتفاق المخالف، وكذا يمكن ذكر نصوص أخرى كذلك التي تنظم الفصل بين أجهزة الشركة من حيث الصلاحيات والسلمية فيما بينها، والنصوص المتعلقة بمبدأ جواز عزل المسيّرين دون تسبیب.⁽³⁾

كما لا يجوز للشريك أن يتنازل على حقه في التصويت، ويمكن تفسير هذا المنع بالقول أن المشرع لا يجيز - إلا في الحالات المحددة من طرفه - الفصل بين السهم والحقوق التي يمنحها، وعليه فإن الالتزامات المتعلقة بالتصويت تصبح غير مشروعة في الحالة التي تخالف قاعدة أمره، كما يمكن استخلاص عدم مشروعية المحل في اتفاقات المساهمين من خلال معاينة الآثار المترتبة على تنفيذها، وعليه يصبح الالتزام المتعلق بالتصويت غير مشروع إذا كان تنفيذه يؤدي إلى إنشاء وضعية معيّنة ورد بشأنها نص، بحيث أن هذا النص يتضمن حكماً يقضي بمنع تلك الآثار أو تأكيد صحتها.

وكما يعد باطلاً إذا كان الاتفاق المبرم بين المساهمين بشأن التصويت - رغم مشروعية المحل فيه - إلا أن الأطراف كانت لديهم نية التحايل على القواعد الأمرة ففي هذه الحالة يبطل الاتفاق لوجود الغش.⁽⁴⁾ كما يشترط أيضاً في صحة اتفاقات المساهمين المنظمة لحق التصويت أن تكون مراعية لمصلحة الشركة⁽⁵⁾، أو أن لا تخالفها على الأقل⁽⁶⁾، ويلجأ القضاء بكثرة إلى الإعتداد بهذا المعيار حتى يتسنى للقاضي التثبت من صحة اتفاقات التصويت، كأن ينظر مثلاً في مدى استفادة الشركة من وجود هكذا اتفاقات بين المساهمين، أو ما إذا كان من شأنها تحسين أداء الشركة أو تدعيم الهيكلة المالية فيها.⁽⁷⁾

¹-Alexis CONSTANTIN, Réflexion sur la validité des conventions de vote, op.cit, p260.

²-J-J DAGRE, Monique-SENTILLES- DU PONT, op.cit, n° : 78.

³-Yves GUYON, Traité de contrats, op cit, n° : 288.

⁴-لا يجيز القضاء اتفاقات التصويت التي يتنازل بمقتضاها أحد المساهمين على حقه في التصويت لمساهم آخر أو الغير، أو أن تمنح توكيلاً غير قابل للنقض، أو تؤدي إلى التنازل على ممارسة حق التصويت بشكل مطلق وغير مقيد، راجع:

M-GERMAIN, Le transfert du droit de vote, RJ com 1990, p135. C-BAJ, La cessibilité du droit de vote, cah, dr, entr 1996, n° :4. CORDONNIER, note sous cass, civ, 7 avril 1932, DP 1933, 1, p153. ROUSSEAU, note sous T com, Seine, 8 mars 1928. A- VIANDIER, Observations sur les conventions de vote, La semaine juridique, éd : G, 1986, n° : 28.

⁵كما أكد على هذا الشرط النائب MARINI في إقتراحه الشهير لنص قانون ينظم من خلاله اتفاقات المساهمين، إذ قتمه أمام البرلمان الفرنسي سنة 1997، راجع: G-DECOQ, Proposition de loi relative aux pactes d'actionnaires présentée par le sénateur Philippe MARINI, Actes pratiques, Dr soc, 1997, p3.

⁶- يكاد الفقه يجمع على ضرورة توفر هذا الشرط حتى تغدو اتفاقات المساهمين صحيحة، راجع:

Philippe MERLE, Droit des sociétés, op.cit, n° : 314.

⁷-Alexis CONSTANTIN, Réflexions sur la validité les conventions de vote, op.cit, p 263.

ويعترف المشرع بصحة اتفاقات التصويت بصدد مجمع الشركات، وذلك عند إنشاء الشركة القابضة شريطة أن لا تكون مخالفة لمصلحة الشركة المستهدفة.

الفرع الثاني: اتفاقات المساهمين المنظمة للمركز القانوني للمسيّرين

تعد اتفاقات المساهمين المنظمة للوضع القانوني لمسيّري الشركة من الاتفاقات التي يكثر اللجوء إليها من طرف هؤلاء، سواء كانوا شركاء أو ليسوا بشركاء، ويمكن تفسير كثرة هذه الاتفاقات بالقول أن المسيّرين كما هو معروف يشغلون مكانة أساسية في الشركة، ولذا فهم عندما ينظّمون مركزهم القانوني بمقتضى الاتفاق فإنهم يعززون من مدى نفوذهم في تسيير الشركة، كما أن المسيّرين حين إبرامهم لاتفاقات جانبية يتفادون كشف تلك الاتفاقات للغير وهو ما لا يمكن تحقيقه بصدد بنود القانون الأساسي التي يقتضي الأمر نشرها.

ولا يقصد بهذه الاتفاقات تلك الاتفاقات التي يبرمها المسيّرين مع الشركة نفسها، لأن مثل هذه الاتفاقات تخضع لنظام قانوني حدّده المشرّع، وتكون كقاعدة عامة اتفاقات محظورة ما عدا ما كان منها متعلّقاً بالعقود الجارية والتي تبرم في ظروف عادية، وتعد أحكام هذه الاتفاقات معروفة في قانون الشركات التجارية وهي تهدف إلى إنشاء توازن في تلك العقود لصالح الشركة رغم أن الغبن لا يعد سبباً لإلغاء العقد مادام أطرافه كاملي الأهلية. لذا سنقوم بدراسة الاتفاقات المبرمة بين المسيّرين والمساهمين بغية تنظيم وضع المسيّر وكذا صلاحياته.

أولاً: اتفاقات المساهمين المنظمة لوضع المسيّر

إن الاتفاقات من هذا النوع كثيرة ومتنوعة، ولذا فإن كل ما يدرس منها يظل مجرد نموذج لاتفاقات أخرى لا يمكن حصرها، وتنظم هذه الاتفاقات جوانب كثيرة في وضع المسيّر كمسألة التعيين، ومدى إلزام المسيّر بعدم منافسة الشركة التي يمثّلها قانوناً، وأخيراً كيف يضمن المسيّر لنفسه شروطاً أفضل في مواجهة خطر العزل وإنهاء مهامه.

أ- إتفاق المساهمين حول كيفية تعيين المسيّرين

إن تعيين المسيّرين يخضع دائماً لرأي الأغلبية، إذ يقوم مساهمو الأغلبية بإدراج مسألة التعيين في جدول أعمال الجمعية العامة للمساهمين، ليقوم الجميع باختيار الأعضاء من قائمة المرشّحين لمناصب أجهزة الإدارة، سواء كان مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، وتؤخذ القرارات في هذه الحالة وفقاً للأغلبية البسيطة، ويقوم مجلس الإدارة بتعيين مدير عام له، أما أعضاء مجلس المراقبة فإنهم يعينون بنفس الطريقة كأعضاء الإدارة، ويتم تعيين أعضاء مجلس المديرين من طرف مجلس المراقبة، وكمبدأ عام إن

الحصول على خمسين صوتاً مضافاً إليه صوت واحد من حقوق التصويت يسمح للأغلبية بالتمكن من مجلس الإدارة تمكناً كاملاً.⁽¹⁾

إن قاعدة الأغلبية البسيطة قد تصبح صعبة التحقق، وقد يترتب عليها تجميد حياة الشركة في حالات معينة، كأن تكون الشركة شركة فرعية تابعة مملوكة من طرف مساهمين إثنين بالتساوي أو من طرف مساهمين لا يحوز أي منهم الأغلبية، ففي مثل هذه الحالات وغيرها يجد المساهمون أنفسهم ملزمون بتنظيمها اتفاقاً حتى تستمر الشركة، وبما أن هدف المساهمين هو التمكن من تشكيلة مجلس الإدارة حتى يتسنى لهم إمتلاك سلطة القرار [Pouvoir décisionnel] لهذا تكثر الاتفاقات المنظمة لتعيين أعضاء أجهزة الإدارة، وتأخذ هذه الاتفاقات شكل الاتفاقات الجانبية مما يضمن للأطراف فيها السرية،⁽²⁾ وتحتوي عادة على مضامين متنوعة تتحكم فيها حرية الأطراف في التعاقد، كأن يتفق المساهمون على إختيار أعضاء الإدارة من حملة أنواع معينة من الأسهم أو من بعض فئات المساهمين، كما يمكن أن يتم الاتفاق على توزيع معين للمناصب الإدارية بهدف تأمين التمثيل المتناسب في المجلس بين الأعضاء ورأسمال الشركة، والإنفاص من آثار مبدأ الأكثرية، المبدأ الذي تخضع له شركة المساهمة.⁽³⁾

وترتبط إتفاقات تعيين المسيّرين إرتباطاً وثيقاً باتفاقات التصويت، ولذا ليست كل اتفاقات التصويت بهذا الصدد صحيحة، فالإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أحد المساهمين بالتصويت منهجياً لمصلحة مسيّر يقوم باقتراحه مساهم آخر يعد باطلاً، لأنه يحرم هذا المساهم من حقّه في التصويت بحرية، كما يعد باطلاً الإتفاق الذي يعدم إمكانية الشريك أو المساهم في الإختيار حين إلزامه باختيار المسيّرين من بين قائمة بالأسماء.⁽⁴⁾

ويعد شرط التأكيد في غاية الأهمية عند وجود اتفاق تصويت يرمي إلى تعيين أعضاء الإدارة، فامتداد هذه الاتفاقات من الناحية الزمانية يؤدي إلى بطلانها، من ذلك أن مساهمين أو أكثر يقومون بالاتفاق جماعياً قبل إنعقاد الجمعية العامة على تحديد المسيّرين الذين سيمنح لهم الأصوات، فمثل هذا الاتفاق يعد صحيحاً ما دام متعلقاً باجتماع واحد من إجتماعات الجمعية العامة، أي أن يكون مؤقّتا، ويختلف هذا الاتفاق عن الشرط الذي يحتوي إعداد قائمة مقترحة من طرف لجنة يتم التصويت عليها في الجمعية العامة، إن مثل هذا الشرط باطل لأنه يحول دون تمكّن الجمعية العامة من إختيار أعضاء الإدارة بإرادتها الحرّة، كما يمس بأهم صلاحيات هذا الجهاز. كما يمكن من ناحية أخرى أن يتضمن الاتفاق

¹-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 37.

²-Ibid, p37.

³-ويذهب القضاء الفرنسي إلى صحة الاتفاقات المتضمنة توزيعاً متساوياً لمقاعد الإدارة في الشركة التابعة الفرعية وهو اتفاق نافذ في مواجهة المساهمين، إلا أن الإتفاق الذي يتضمن وعداً لصالح أحد المساهمين يقضي بتعيينه مديراً للشركة ليس له أي مفعول، وعلى العموم يكرّس هذا القضاء صحة هذه الاتفاقات متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الهدف المنشود من عملية التوزيع متوافقاً مع مصلحة الشركة. و أن يحتفظ المساهمون بحرية إختيار العضو من بين عدة أشخاص وأن لا يشترط إختيار شخص معين، راجع:

M-C MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit, p n° 16.

⁴-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op cit, p 37. BASTIAN, note sous CA Douai , 24 mai 1962, JCP 1962, II, 12871

شروطاً متعلّقة بالسن أو المعرفة العلمية أو الخبرة، بحيث يجب أن تتوفر هذه الشروط في المسيرين المصوّت لصالحهم، ولقد أدّت فكرة الحوكمة وتطوّرها إلى ظهور آليات جديدة كآلية تعيين المسير المستقل الذي يتولّى رئاسة مجلس الإدارة، ومن هنا يجب أن يكون هناك اتفاق يبيّن المواصفات المطلوبة فيه، كالخبرة القطاعية، أو عدم وجود رابطة تربطه بالشركة.⁽¹⁾

ب- الاتفاق المتعلق بعدم منافسة المسير للشركة

إن التزام مسير الشركة بعدم المنافسة يعد من الالتزامات الضمنية التي تقع عليه خلال ممارسته لوظيفة التسيير، والتزامه بعدم المنافسة يصب في مصلحة الشركة والشركاء، ويذهب جانب عريض من الفقهاء إلى الاعتراف بوجود التزام بعدم المنافسة يلتزم به مسير الشركة، ويتمثل الأساس المنطقي في وجود مثل هذا الالتزام في كون المسير يقوم دائماً بتجسيد مهمة الدفاع عن مصالح الشركة لذا لا يمكن أن يقوم من ناحية أخرى بالإضرار بها من خلال ممارسة نفس النشاط الذي تمارسه الشركة، ورغم بقاء المشرّع صامتا أمام هذه المسألة إلا أنه يمكن استخلاص بعض الأسس في الالتزام بعدم المنافسة من القواعد القانونية المتعلقة بالالتزام بالنزاهة [obligation de loyauté] من باب أن المسير يقع عليه بقوة القانون الامتناع عن منافسة الشركة.⁽²⁾

ويقصد بالمسير هنا ممثل الشركة القانوني بالمفهوم الضيق الذي يمتلك توأصلاً مستمراً مع زبائن الشركة وعملائها، لذا فخطر المنافسة من طرفه يعد قائماً لأنه يحتفظ بإمكانية الإقتراب من مصالح الشركة الأساسية وبشكل مستمر، يضاف إليها الإستقلالية التي يتمتع بها وقدرته على التعهد في مواجهة الغير، ومنه فإن خطورة المنافسة تكون أقل حدّة إذا كان الأمر يتعلق بالأعضاء الآخرين في تسيير الشركة كأعضاء مجلس الإدارة أو أعضاء مجلس المراقبة.⁽³⁾

ولا يقصد بالالتزام بعدم المنافسة منع المسير من ممارسة نشاطات متعددة وإنما يظل محتفظ بحرية العمل كمبدأ أساسي، وإنما يقصد بعدم المنافسة إمتناع المسير باعتباره ممثل الشركة عن تنمية نشاط منافس للشركة، وعليه أن يعمل على الدفاع عن مصالحها، وكذا إجتناّب أي موقف يمكن أن يضر بمصلحة الشركة، كأن يقوم المسير بتمرير معلومات هامة إلى شركة أخرى منافسة، فمثل هذا السلوك يعد خرقاً في تنفيذ الالتزام بعدم المنافسة.⁽⁴⁾

¹-CA Paris, 17 déc 1954, Gaz Pal 1955,1, 149 concl : Laucien. Cass. Com, 19 déc 1983, rev soc 1985, p 105, note : D.SCHMIDIT.

²-Y-PICOD, L'obligation de non concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle, JCP, éd E 1994, I, n° : 349. Laurent GODON, L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux, Bull July 1999, p 05.

³- ويعرّف الممثل القانوني للشركة بأنه الجهة المخوّلة قانوناً بإنجاز أعمال الشركة وجعل الشركة ملتزمة تجاه الغير، وتوجد هذه الصفة في رئيس مجلس الإدارة ورئيس مجلس المديرين والمديرين العامين، راجع:

D-GIBIRILA, Le dirigeant de société : Statut juridique, social et fiscal, Litec 1995. P- LECANNU, La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance, Bull July 1989, p479.

⁴-Y-SERRA, La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, Dalloz, 1991, n° 151. J-PELLISSIER, La liberté de travail, Dr. Social, 1990, p 19. B-SAINTOURENS, note sous cass com, 7 juin 1994, Bull July 1994, p1282.

ويعد شرط عدم المنافسة صحيحاً إذا تضمن شروط الصحة المتعلقة به، لأن المنافسة مضمونة لا يجب تقييدها إلا إذا كانت الحاجة تبرر ذلك، وبما أنه لا توجد نصوص صريحة عمل القضاء الفرنسي على بناء قاعدة صحة شرط عدم المنافسة بالشكل الذي يسمح بحماية مصالح الشركة، باعتبارها دائنة في التزام المسير بعدم المنافسة والحفاظ في الوقت ذاته على الحرية المهنية لهذا المسير، وتنحصر شروط الصحة في شرطين رئيسيين، الشرط الأول هو أن يكون هناك تناسب [proportionnalité] بين ضرورة وجود مصلحة مشروعة للدائن وهو الشركة في عدم المنافسة من جهة، وعدم المساس الجسيم بالحرية الاقتصادية للمدين وهو المسير من جهة أخرى، بمعنى آخر أن تكون هناك ضرورة في الزام المسير بعدم المنافسة.⁽¹⁾ أما الشرط الثاني، المصلحة المشروعة لدى الشركة، وتتمثل تلك المصلحة في المحافظة على نشاط الشركة في مواجهة أي منافسة غير طبيعية وضارة يكون المسير سبباً فيها.⁽²⁾

ج- الاتفاقات المنظمة لعزل المسير وإنهاء مهامه

تعتبر مهام التسيير في الشركة من أهم الوظائف فيها، لأن المسير يستغل في إطار مهمة التسيير الصلاحيات الواسعة في توجيه شؤون الشركة، وعادة ينسب تطوّر نشاط الشركة وتحقيق الأرباح إلى أداء المسير وكذا تراجعها، وعليه فإن الأمر الذي يحدد مدى بقاء المسير على قيادة الشركة هو تحقيق النتائج، وهو ما يتلائم مع مصلحة الشركاء أو المساهمون الذين يرجع إليهم قرار الإبقاء على المسيرين في مناصبهم، غير أنه قد تصبح مسألة إنهاء مهام المسير أمراً مفروضاً في حياة الشركة، وهنا يرى الأستاذ SOULEAU أن نشاط مسير الشركة يعد من أكثر النشاطات الإنسانية التي لا يمكن أن يتصور إمتداده في الزمن، ومنه فإن إنتهاء مهام المسير أمر لا مفرّ منه، وهذا بغض النظر عن الكيفيات التي تنتهي بها مهامه، فإن كل طريقة تحمل أثراً تجاه الشركة من جهة وتجاه المسير من جهة أخرى.⁽³⁾

لقد تطرّق المشرّع الجزائري إلى مسألة إنهاء مهام مسيري الشركة في نصوص متفرقة دون أن يجعلها نظاماً قانونياً كاملاً، وعلى العموم فالمشرّع قد أشار إلى أن إنهاء المهام يكون بطرق عديدة، كالوفاة، أو إنتهاء مدة المهام، أو بالاستقالة، وأخيراً قد يتم ذلك بالعزل، ولا شك أن هناك طرق عامة تستهدف مباشرة المسيرين وإن كانت تنهي مهامهم كحل الشركة مثلاً.⁽⁴⁾

وأمام هشاشة وضع المسير في مواجهة مسألة إنهاء المهام، يلجأ عادة إلى تقوية مركزه القانوني بأن يحتاط بغية التقليل من آثار التوقف عن مهام تسيير الشركة ورجوعه إلى مساهم بسيط أو مجردّ أجبر أو لا يحظى بشيء حتى، وعليه تعد الوسائل العقدية هنا ذات أهمية فيعكف المسير على إبرام إتفاقات مع المساهمين هدفها رفع مستوى الاستقرار في أداء مهام التسيير خاصة إذا كان المسير لا يمتلك أغلبية

¹-Y-SERRA, La validité de la clause de non concurrence, D 1987, Chron, p113.

²-Y-SERRA, Les fondement et le régime de l'obligation de non concurrence, RTD com 1998, p7.

³-H-SOULEAU, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, RTD com 1972, p21. D- SCHMIDT, de l'intérêt social, JCP 1995, éd, E, I, p361.

⁴- فتحة يوسف، أحكام الشركات التجارية وفقاً للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، الطبعة الثانية، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2007، ص 155.

حقوق التصويت في الجمعية العامة، و يهم هذا الأمر الأشخاص الذين يتم إختيارهم من قبل المساهمين الأغلبية لشغل مناصب إدارية، نذكر هنا رئيس مجلس الإدارة، المدير العام، أو رئيس مجلس المديرين، إن إبرام اتفاق بين المسير والمساهمين يمكن أن يقي المسير في مواجهة إنهاء المهام أو العزل⁽¹⁾، ولا شك أن الواقع العملي أفرز حلولاً تعاقدية كثيرة أشهرها إتفاق المظلات الذهبية، لذا سنقوم بعرض مختلف التنظيمات العقدية التي تمس طرق إنهاء مهام المسيرين كالاستقالة والتقاعد والعزل.

ج-1-التنظيم التعاقدى للاستقالة

حقيقة لم ينظم المشرع إستقالة المسير أو أعضاء الإدارة تنظيماً خاصاً، وإنما أشار إليها في بعض النصوص في القانون التجاري، لذا فهو لم يبيّن نظام الاستقالة، ولا الشروط القانونية لإعمالها ولا حتى المسؤولية المحتملة التي يمكن أن يتحمّلها المسير تجاه الشركة بعد إستقالته⁽²⁾.

ويميّز الفقهاء بين نوعين من الاستقالة، إستقالة إرادية وإستقالة جبرية، يقصد بالاستقالة الإرادية [Démission volontaire] قيام مسير الشركة بإصدار قرار بمغادرة منصبه والتوقف عن مهام التسيير بدون أن يكون مكرهاً على ذلك، أي أن الاستقالة الإرادية تنشأ بمبادرة شخصية من المسير نفسه⁽³⁾، وعليه فإن الاستقالة الإرادية بهذا المفهوم هي تصرف بإرادة منفردة يرتب آثاراً قانونية بمجرد علم الشركة به دون أن يشترط قبول هذه الأخيرة ودون أن تكون قابلة للتراجع عنها، إلا إذا استطاع المسير إثبات أن قرار الاستقالة لم يكن حراً عند إصداره ولم يكن مستنيراً⁽⁴⁾. أما إذا كان المسير أو عضو الإدارة ممثلاً لشخص معنوي آخر، فإن الاستقالة يتم إتخاذها من طرف الأجهزة المختصة في هذا الشخص المعنوي، ولا يكفي أن يتخذها الشخص الطبيعي المعين⁽⁵⁾.

ويقصد بالاستقالة الجبرية [Démission forcée]، قيام مسير الشركة بترك مهام التسيير مكرهاً، أي أن الاستقالة لم تكن ناتجة عن إرادته الحرة، ويمكن ذكر بعض الحالات التي يوجد فيها المسير ملزماً بالاستقالة كأن يكون واقعا في حالات التنافي مع مهمة أخرى أو أن يصير فاقداً للأهلية أو وقع عليه مانع ما، ففي هذه الحالات تعد الاستقالة لازمة مما يجعلها وسيلة لحماية مصلحة الشركة⁽⁶⁾.

كما يمكن أن يكون المسير ملزماً بالاستقالة بضغط من الشركاء أو المساهمين عندما يكونون في حال من عدم الرضا حول مهام التسيير أو عندما يفتر هؤلاء عدم كفاءة المسير لتولي مهام التسيير، فعوض أن يقوم هؤلاء بعزل المسير فهم يدفعونه إلى الاستقالة بدلا من العزل⁽⁷⁾.

¹-Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 363.

²- نذكر مثلا المادة 617 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على أنه يجوز لمجلس الإدارة أن يسعى إلى تعيينات مؤقتة في حالة شغور منصب قائم بالإدارة أو أكثر بسبب الوفاة أو الاستقالة.

³- Paul LECANNU, note sous cass soc 6mai 1982, rev soc 1982, p 523. H-SOULEAU, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, op cit, n° : 19.

⁴- Cass.com 22 fév 2005, Rev soc 2005, p625

⁵-B-MERCADAL, Ph- JANIN, Mémento pratique, Francis Lefèvre 2003, n° : 7857.

⁶-André AKAM AKAM, La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit OHADA, disponible en www.afrilex.II, Bordeaux 4, fr, 2016, p05.

⁷-D-MARTIN, La démission des organes de gestion des sociétés commerciales, Rev soc 1973, p373.

كما يمكن أن يكون المسير مستقياً عندما ينخفض عدد الأسهم الواجب إمتلاكها من طرف أعضاء الإدارة، وفقاً لما تنص عليه المادة 1/619 من القانون التجاري، وتمثل هذه الأسهم 20% من رأسمال الشركة.⁽¹⁾

يجوز أن تخضع الاستقالة إلى تنظيم تعاقدي ينص على بنود تنظم جوانب الاستقالة، كأن يتضمن أجلاً يمكن للمسير فيه أن يتراجع عن قراره بالإستقالة، أو أن يتضمن النص على وجوب منح الشركة أجلاً قبل تقديم المسير لإستقالته، على أنه يجب أن يكون هذا الأجل معقولاً حتى تتمكن الشركة من إيجاد بديل، كما يمكن تقييد الاستقالة بوجوب قبولها من الجمعية العامة. غير أن مثل هذا الشرط قد يجعل من المسير ملزماً بالبقاء في مهامه بسبب عدم موافقة الجمعية العامة.⁽²⁾

ج-2-التنظيم التعاقدي للتقاعد

قد يتمكن مسير الشركة من الحصول على مكمل للتقاعد أو ما يطلق عليه المكافأة المقسّطة أو المؤجلة [Rémunération différée] لأنها ستقبض بعد أن تنتهي مهام المسير في الإدارة، والتي تمكنه من تكملة المبالغ التقاعدية الممنوحة له من طرف أجهزة الضمان الاجتماعي، ولا يعني وجود مثل هذه التكملة المالية أن المسير أصبح محمياً تجاه العزل، تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد جواز منح المسير تكملة التقاعد في المستقبل ولكنها تكيّف هذه الممنوحات على أنها جزء من مكافآت المسير لأنها تعتبر كمقابل للخدمات التي سبق وأن أداها المسير إلى الشركة خلال توليه مهمة التسيير، كما أن مقدار هذه التكملة يكون عادة متناسباً مع تلك الخدمات ولا يشكل عبئاً مالياً إضافياً على الشركة.⁽³⁾

ويتولى تحديد تكملة التقاعد مجلس الإدارة نفسه تحت طائلة بطلان أي قرار آخر يتضمن ذلك ولم يكن صادراً عن هذا الجهاز، ولا يمكن إخضاع هذه التكملة إلى نظام الاتفاقات المنظمة [conventions réglementées] التي أحاطها المشرع بقواعد خاصة لحماية للشركة، والسبب أن تكملة التقاعد هذه تعتبر جزءاً من مكافآت المسير نظير جهده، شريطة أن تتوفر الشروط المشار إليها وهي أن تكون التكملة مقابلاً للخدمات ومنتاسباً معها وأن لا تشكل عبئاً إضافياً على الشركة.⁽⁴⁾

ولا يتوقف الأمر عند رئيس مجلس الإدارة، إذ يجوز أن يقوم مجلس الإدارة أن يمنح تكملة التقاعد إلى المدير العام والمدراء العامون المفوضون، وكما يجوز لمجلس المراقبة أن يمنحها إلى أعضاء مجلس المديرين.

ج-3-التنظيم التعاقدي لعزل المسيرين

إن العزل [Révocation] باعتباره سبب في انتهاء مهام المسير أو القائم بالإدارة يختلف عن الاستقالة، فالعزل هو قرار خارجي يفرض على المسير ويؤدي إلى إنهاء مهامه في التسيير. والعزل هو

¹فتيحة يوسف، المرجع السابق، ص 155.

²-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op cit, p39.

³-Y-CHRTIER, J-MESTRE, Les sociétés, Les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, paris 1988, p 217.

⁴-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op cit, p 40.

تجسيد من طرف الشركاء أو المساهمين لحقهم في ممارسة الرقابة على كيفية تسيير الشركة وتغيير شخص المسيّر إذا أصبح غير جدير بالثقة.⁽¹⁾ إذ تنص المادة 613 من القانون التجاري على أن الجمعية العامة للمساهمين يمكنها عزل القائمين بالإدارة في أي وقت، كما تنص المادة 636 من نفس القانون على أن مجلس الإدارة يمكنه عزل رئيسه في أي وقت، إذن فمسألة عزل المسيّرين تدخل في صميم إختصاصات الجمعية العامة بشكل شامل، فهي المصدر الجوهري لإرادة المساهمين⁽²⁾، وهي تقوم بعزل المسيّرين وفق منظور عزل الموكل لوكيله وهذا ما يجمع عليه الفقهاء في تبرير العزل، ويعد العزل هنا قاعدة من النظام العام.⁽³⁾

والعزل ليس درجة واحدة، فالعزل ينقسم إلى عزل تقديري لا تلتزم فيه الجهة المصدرة بإبداء مبررات له فهو يتم في أي وقت ودون أسباب، وإلى عزل مقيد تلتزم فيه الجهة المصدرة بإبداء الأسباب المشروعة المؤدية إلى إتخاذه.

إن العزل التقديري [révocation discrétionnaire ou ad nutum] طريق من طرق إنهاء وظائف المسيّرين أو القائمين بالإدارة، إذ يمس هذا النوع من العزل مسيري شركة المساهمة وكذا أعضاء مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة والمدير العام والمدراء العامون المفوضون وأعضاء مجلس المراقبة⁽⁴⁾، وتتولى ذلك الجمعية العامة العادية أو مجلس الإدارة.

إنه من الثابت من الناحية التقليدية أن العزل التقديري يقصد به أن المسيّر تنتهي مهامه في أي وقت بدون إخطار أو تبرير أو تعويض⁽⁵⁾، بمعنى آخر يعترف المشرع لمصلحة الشركاء أو المساهمين أو إلى الأجهزة المختصة الحق في وضع حد لوظائف المسيّر دون الاكتراث بسوق الأسباب أو رصد التعويض⁽⁶⁾، إضافة إلى أن هذا الحق من النظام العام، لأن النصوص تتضمن صراحة أن كل اتفاق مخالف يعد كأن لم يكن، وعليه فإن الشروط الأساسية أو بنود اتفاقات المساهمين التي تحرم المساهمين أو تقيدهم في حق العزل - فكل هذه الاتفاقات إذا كانت تهدف إلى ضمان استمرارية المسيّر في منصبه - القضاء يقف دائما في موقف معارض تجاهها.⁽⁷⁾

ويمتلك المسيّر مكنة اللجوء إلى القضاء من أجل التحقق من مشروعية قرار العزل المتخذ من الجمعية العامة العادية أو مجلس الإدارة، ويستطيع القضاء في هذه الحالة ممارسة الرقابة من أجل التأكد

¹-K-ADOM, La révocation des dirigeants des sociétés commerciales, Rev soc, 1998, p 488

²-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 88.

³-Dominique VELARDOCHIO FLORES, Les accords extra statutaire entre associés , op.cit, p 58.

حيث يتشابه إختصاص الجمعية العامة في عزل المسيّرين بحرية إختصاص الموكل في إنهاء الوكالة في أي وقت (المادة 587 من القانون المدني)، وكان عمل إدارة الشركة يطغى عليه المفهوم العقدي والذي يقوم على مفهوم الوكالة، ويصبح على ضوء ذلك المسيّر كوكيل عن المساهمين الذين عينوه في القانون الأساسي أثناء التأسيس أو من خلال التصويت في الجمعية العامة، غير أن هناك من الفقهاء من لا يأخذ بهذا التفسير على أساس أن شركة المساهمة مثلا يطغى عليها الطابع النظامي وليس العقدي وكذا المسيّر يخضع لنصوص قانونية في علاقته بالمساهمين، راجع:

J-L-CAUSSAIN, La précarité de la fonction de mandataire social, Bull Joly, 1993, 523

⁴-Ph- REIGNE, Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et future de la société, Rev soc 1991, p 449.

⁵-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 416.

⁶-André AKAM AKAM, op cit, p10.

⁷-Philippe DELEBECQUE, Administrateur, répertoire des sociétés, Dalloz, sociétés, janvier 2003, p 19.

من إنتظامية قرار العزل من الناحية الشكلية، أي مدى إحترام القواعد الإجرائية المتعلقة بانعقاد الجمعية العامة أو المجلس، والقضاء بالبطلان في حال ثبوت خلاف ذلك، وكذا معاينة ظروف صدور القرار من أجل إستخلاص عناصر التعسّف، كأن يتضمن قرار العزل إنتهاكاً غير مبرر لحق من حقوقه الشخصية، أو إذا كان القرار قد صدر في وقت غير ملائم فنتج عنه حرمان المسيرّ المعزول من إمكانية الدفاع، وهذا ما تذهب إليه محكمة النقض الفرنسية حين رأت أن العزل التقديري [ad nutum] يكون تعسفياً إذا كان مقترناً بظروف أو تم بشروط تتضمن مساساً بسمعة أو شرف المسيرّ المعزول، أو تمّ إتخاذة دون إحترام مبدأ الوجاهية.⁽¹⁾

غير أن العزل التقديري وما يشتمل عليه من خصائص ألا وهي إمكانية حدوثه في أي وقت وكذا عدم إلزامية الإخطار فيه ولا التعويض لأنه يتم دون حاجة على ذكر الأسباب، دفعت القضاء من جهة والواقع العملي من جهة أخرى الى التخفيف من آثاره. فمن جهة القضاء، فإن كثيراً من أحكام القضاء الفرنسي تفرض على الأجهزة المختصة بإصدار قرار العزل بمراعاة مبدأ الوجاهية⁽²⁾، مما يعني ضمناً أن هذه الأجهزة ستتولّى إخطار المسيرّ، والإخطار هنا يقصد به إعلام المسيرّ مسبقاً بمشروع العزل حتى يتفادى المساهمون أو أعضاء مجلس الإدارة مفاجأة المسيرّ، وعليه سيتمح بالننتيجة لهذا الأخير أجلا معقولاً لتحصير دفاعه، وكذا ينتج عن مبدأ الوجاهية التزام الجهاز المختص بالعزل تحديد الأسباب المؤدية إلى العزل، أي إعلام المسيرّ بالمبررات المساقاة من طرف المساهمين التي تجعل من عزله أمراً محتملاً.⁽³⁾

أما من جهة الواقع العملي، فلقد أوجد العديد من الوسائل التي تهدف إلى التخفيف من آثار العزل، لأنه - وبالنظر إلى صعوبة تعطيل قاعدة العزل التقديري لأنها من النظام العام ولا يتم فيه إخطار ولا تعويض- يقدّم الواقع العملي حلاً مخففة لهذه الجوانب من العزل وتأمين نوع من السلامة لدى المسيرّ في مواجهة إنقطاع الصلاحيات عليه⁽⁴⁾، وتشارك جميع هذه الحلول في كونها تقوم على فكرة منح مقابل مالي لمصلحة المسيرّ نظير تركه لوظيفة التسيير، وبهذا الشكل يتم تقزيم مفعول العزل، وكذا يجعل من العزل أقرب إلى التقييد منه إلى الحرية.⁽⁵⁾

يجب أن نشير هنا إلى أن بعضاً من الاتفاقات التي تنبثق عن الواقع العملي قد تكون باطلة رغم تنظيمها لمسألة عزل المسيرّين، كالاتفاقات التي تهدف إلى تجنّب العزل التقديري [ad nutum] كأن يبرم المسيرّ مع المساهمين اتفاق تصويت يهدف إلى منع هؤلاء من التصويت لصالح قرار العزل وفقاً للشروط القانونية، إن مثل هذا الاتفاق هو اتفاق باطل لأنه قد أبرم لمصلحة المسيرّ حصراً في حين أن صحة اتفاق

¹ - Ph- REIGNE, Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et future de la société, Rev soc 1991, p 449

وعليه لا يتوانى القضاء الفرنسي في منح تعويض في حال ثبت لديه كيدية العزل أو كان العزل همجياً أو جارحاً.

Cass.com 6 mai 1974, Rev soc 1974, p 524, note : MERLE. CA Paris 25 janv 1972, rev soc 1972, p 688, note : SCHMIDT.

² - Paul LECANNU, Principe de la contradiction et la protection des dirigeants, Bull Joly, 1996, p11.

³ - André AKAM AKAM, op cit, p13.

⁴ - J-J-CAUSSAIN, La précarité de la fonction de mandataire social, Bull Joly, 1993, p523.

⁵ - Yves GUYON, Traité des sociétés, op cit, p 364.

التصويت معلقة بمدى مراعاتها لمصلحة الشركة، كما أن المنطق يقضي بالقول أن مصلحة الشركة لا يمكن أن تكون مرهونة بالمحافظة على شخص المسير رغم عدم ثقة المساهمين به.⁽¹⁾

أما الاتفاقات الصحيحة التي لاقت قبولاً من طرف الفقه والقضاء فهي متنوّعة، ونذكر مثلاً إبرام عقد العمل، يقوم المسير بالحصول من الشركة على عقد عمل يسمح له تأمين مصدر رزق بعد حصول العزل فيصبح بعد ذلك أجيراً، ويبرم مثل هذا العقد رئيس مجلس الإدارة وأعضاء مجلس الإدارة، على أن الأطراف ملزمون بمراعاة الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 615 من القانون التجاري التي جاء فيها أن الأجير المساهم في الشركة لا يجوز أن يعين كقائم بالإدارة إلا إذا كان عقد عمله سابقاً بسنة واحدة لتعيينه ومطابقاً لمنصب العمل الفعلي، كما نصت المادة 616 من نفس القانون أن القائم بالإدارة لا يمكنه إبرام عقد عمل بعد تعيينه في هذا المنصب، وعلى ضوء هذه النصوص التي تضعف نوعاً ما من الوسيلة العقدية المتمثلة في إبرام عقد العمل إلا أنها تظل وسيلة فعّالة، لأن القضاء الفرنسي يذهب في اتجاه يمكن القول فيه أن تعيين الأجير في منصب كقائم بالإدارة يجعل من عقد العمل موقوفاً ولا يؤدي إلى إلغائه، ولا يفقد المسير الذي كان أجيراً فوائد عقد العمل وإنما يسترد ذلك بمجرد عزله، ورجوع المسير إلى منصب العمل بعد العزل هدفه حماية هذا الأخير في مواجهة العزل.⁽²⁾

كما يتضمن الواقع العملي اتفاقات أخرى في سبيل تليين آثار العزل، كأن يتحصّل المسير المعزول على وعد بشراء الأسهم المملوكة من طرفه بثمن يعلو عن قيمتها الحقيقية، أو الوعد بالحصول على تعويض في المستقبل في حال حدوث العزل، ويرى GUYON أن مثل هذه الوعود قد تصبح اتفاقات صحيحة إذا كانت صادرة عن الغير، كما أنها حتى إن وجدت فهي لا تحول دون وقوع العزل لأن المدين في هذه الوعود لم يكن طرفاً فيها.⁽³⁾

إن من بين الوسائل العقدية الهامة المستعملة في الواقع العملي والتي ترمي إلى تنظيم آثار العزل، إبرام المسيرين لاتفاقات المظلات الذهبية [parachutes dorées] والتي يرجع مصدرها إلى القانون الأنجلوسكسوني، ويعرّف اتفاق المظلات الذهبية بأنه تعويض أو بدل مالي يمنح بالاتفاق إلى المسير عند عزله أو مغادرته لمنصب الإدارة، والذي لا يحق له في الأصل من الناحية القانونية الحصول على مثل هذا البدل، وإنما الهدف من هذا التعويض هو تنظيم وتهذيب الآثار المالية الناجمة عن العزل.⁽⁴⁾

ولقد ظهرت اتفاقات المظلات الذهبية في ستينيات القرن الماضي، لتشتد بفعل المنافسة بين المؤسسات والشركات، لأن مثل هذه الاتفاقات من شأنها تسوية وضع المسير خاصة عند تغيير الأغلبية وانتقال رقابة

¹-J-DUPICHOT, note sous cass.com 17 janv 1984, Gaz Pal, 1984, p 389.

²-M-DESLANDES, Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, D 1982, p19. B-PETIT, la suspension du contrat de travail des dirigeants de sociétés anonyme, RTD com 1981, p 29.

وراجع أيضاً رأي محكمة النقض الفرنسية الذي ترى فيه أن عقد العمل يعلّق خلال المدة التي يتولّى فيها الأجير مهمة إدارية في الشركة، إلا إذا وجد نص مخالف. Cass soc 11 juillet 1997, JCP 1998, p510, Obs : Viandier et caussain.

³-Yves GUYON, Traité des contrats, op cit, p 366.

⁴-Christine NOEL, Etienne REDOR, En quoi les parachutes dorés sont-ils conciliables avec l'intérêt de actionnaires ? REC : 404, novembre 2007, disponible en : www.sites.univ-provence.fr

الشركة إلى مساهمين آخرين، وكذا قد تلجأ إلى هذه الوسيلة العقدية الشركات التي تريد إجراء عرض عمومي لإمتلاك شركات أخرى، ففي سبيل تسهيل هذا الامتلاك تبرم اتفاق المظلات الذهبية مع مسيري الشركة المستهدفة من أجل تنظيم مغادرتهم، كما يهدف المساهمون أيضا من خلال هذا النوع من الاتفاقات استقطاب المسيرين ذو الكفاءة العالية.⁽¹⁾

بقي في الأخير أن نشير إلى النوع الثاني من العزل ألا وهو العزل المقيد، ويقصد به ذلك العزل الذي يشترط فيه التسبب، أي أن الجهة المختصة به لا يجوز لها اللجوء إليه إلا إذا توفرت الأسباب المشروعة [Juste motifs]، وفي حال عدم وجود ذلك يمكن أن تسلط جزاءات على العزل غير المسبب⁽²⁾، ونجد أن المشرع الجزائري ينص على هذا النوع من العزل بصدد شركة التضامن، إذ تنص المادة 559 من القانون التجاري على أن العزل إذا كان من دون سبب مشروع فإنه يكون موجبا لتعويض الضرر اللاحق بمسير الشركة، ويتعلق هذا الحكم بالمسير الذي لم يتم تعيينه بمقتضى القانون الأساسي، كما نجد نفس الحكم في المادة 579 من نفس القانون التي قضت بأن مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتم عزله من طرف الشركاء إذا وجد سبب مشروع وإلا كان موجبا لتعويض الضرر اللاحق.

نستخلص مما سبق أن المشرع يجيز للمسير الذي تم عزله بدون سبب مشروع المطالبة بتعويض الضرر، وفي هذه الحالة سيقوم القاضي بمراقبة مدى شرعية الأسباب بعد حدوث العزل. بيد أنه من ناحية أخرى، يجوز لأي شريك أن يطلب من القضاء عزل المدير إذا وجد سبب قانوني يبرر ذلك، وفي هذه الحالة سيقوم بمراقبة مشروعية السبب قبل الفصل في العزل.⁽³⁾

ففي الحالة الأولى رأينا أن الشركاء يمكنهم عزل مسير شركة التضامن، وذلك إذا لم يكن شريكا، ويتم العزل هنا وفقا لما يقضي به القانون الأساسي للشركة، وإذا لم يتضمن ذلك فالعزل يتم بأغلبية الأصوات، وعلى العموم فإن العزل هنا يخضع إلى كون المدير المعزول شريكا أم لا، وكذا هل تضمن القانون الأساسي تنظيم العزل أم لا، كما يمكن للشركاء عزل مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، إذا كانوا يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة، متى كان هناك سبب مشروع يجيز العزل.⁽⁴⁾

إذن، يتضح مما سبق أيضا أن العزل في هذه الحالات مرهون بوجود سبب مشروع، لذا يجب أن يشتمل قرار العزل على بيان الأسباب المبررة له، ولا تطرح مشكلة البحث عن الأسباب أو تقديرها إلا إذا قرر المسير المعزول معارضة قرار العزل قضائيا، فيتولى القاضي حينها المراقبة البعدية للأسباب التي استند

¹-أما من الناحية العملية فإن اتفاق المظلات الذهبية يأخذ شكل بند في عقد المسير مع الشركة الذي يتم التفاوض حوله عند التعيين أصلا مثله مثل البنود المنظمة لمكافآت المسير نظير خدماته، راجع تفصيل ذلك:

J-ELAHAB, Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : Approches pluridisciplinaires et comparée, Rev soc 2004, p18.

²-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op cit, p 489.

³-André AKAM AKAM, op cit, p15.

⁴- راجع نصي المادتين 559 و579 من القانون التجاري.

عليها الشركاء في قرار العزل.⁽¹⁾ وفي سبيل تحديد مشروعية الأسباب يعمل القاضي على تبيين مدى وجود الجسامة في أفعال المسيّر مقارنة مع أهمية الجزاء وهو العزل، وكذا توفر صفة الموضوعية أي يجب أن تكون الأسباب تلك مبنية على وقائع حقيقية ودقيقة، وعلى العموم فإن الأسباب المشروعة في العزل قد تتجسد في إخلال المسيّر بأداء مهامه أو لإعتبارات مصلحة الشركة.⁽²⁾

ففي المظهر الأول، أي عندما تتجسد الأسباب المشروعة في إخلال المسيّر بمهامه تكون العبرة بسلوك المسيّر، فالشركاء يستندون إلى خطأ قام به هذا الأخير على أن يكون ذلك الخطأ مرتبطاً بوظائف المسيّر عيناً، كأن يكون الخطأ مثلاً في عدم إحترام المسيّر للقانون، أو عدم مراعاة بنود القانون الأساسي، أو قرارات وتعليمات تلقاها، ونذكر هنا مثلاً، تعدّي المسيّر على محتوى تعليمة تنظم كيفية تدبير أموال الشركة وحساباتها البنكية، فهذا من قبيل السبب المشروع المؤدي إلى العزل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وتندرج هذه السلوكات بشكل عام فيما يطلق عليه الفقهاء الخطأ في التسيير [Faute de gestion]، الذي قد يظهر حتى في موقف غير مهني قد يتّخذه المسيّر مما يضر بمناخ العمل داخل الشركة ويؤدي إلى الإضرار بمصداقية هذه الأخيرة أمام عملائها.⁽³⁾

أما بالنسبة للمظهر الثاني أي عندما تتعلق الأسباب المشروعة بمصلحة الشركة، فالشركاء هنا يستندون إلى وقائع محددة تؤدي إلى عزل المسيّر دون أن تكون مما يرتب مسؤوليته الشخصية، كأن يمر على الشركة ظرف إقتصادي أدى إلى تراجع أرباحها، مما يدفع الشركاء إلى إعادة تنظيم الشركة ومن بين أسس هذا التنظيم القيام بعزل وتغيير المسيّرين الذين فقدوا ثقة الشركاء، وفي هذا النوع من القرارات يعتمد القضاء على فكرة الإضرار بمصلحة الشركة لتبرير العزل.⁽⁴⁾

وإذا تم العزل دون مراعاة وجود الأسباب المشروعة، فإن ذلك يمنح الحق للمسيّر المعزول المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به، دون أن يكون له الحق في طلب العودة إلى منصب الإدارة.⁽⁵⁾

أما في الحالة الثانية، فإنه يجوز لكل شريك المطالبة بعزل المسيّر كلما توفر السبب القانوني المؤدي إلى ذلك، ويطلق الفقهاء على العزل هنا بالعزل القضائي، لأنه يتم من طرف القضاء وليس من طرف جمعية الشركاء، وعلى هذا الأساس فالعزل القضائي هو طريق إستثنائي في إنهاء مهام المسيّرين.⁽⁶⁾ وما دام العزل القضائي معلق بوجود السبب القانوني، فهل هذا يستدعي أن هناك فرق بين السبب المشروع والسبب القانوني بحسب ما رأينا في العزل الصادر عن الشركاء، الراجح هنا هو أن لا فرق بين

¹-R-BAILLOD, Le juste motifs de révocation des dirigeants sociaux, RTD com 1983, p 395.

²-G-COFFAUX-CALLEBANT, La définition de l'intérêt social retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD com 2004, p35. Yves GUYON, Droit des affaires, op cit, p 540.

³-G-BARANGER, note cass.com 22 oct 2002, Bull Joly 2003, p 182. Paul LECANNU, note sous cass.com 4 mai 1999, Bull Joly 1999, p 215. J-HEMARD, note sous cass.com 29 mai 1972, Rev soc 1973, 487.

⁴-ويجب أن تكون مصلحة الشركة حقيقية ومحددة، تستند إلى عناصر موضوعية حتى تقبل الخضوع إلى رقابة القاضي، ويمتلك القاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد المصلحة.

M-JEANTIN, Le rôle du juge en droit des sociétés, Mélanges R-PERROT, Dalloz 1996, p149.

⁵-Yves GUYON, Droit des affaires, op cit, p 541.

⁶-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op cit, 776

المفهومين، فالعزل مهما كان مصدره سواء الشركاء أو القاضي فهو لا بد أن يقوم على سبب جدي وثابت، وعلى القضاء أن يتثبت من كون الأسباب المثارة حول أداء المسير تكفي لعزله وللقضاء إذن سلطة تقديرية واسعة لتقدير تلك الأسباب وتكييفها، ويعد القضاء التجاري هو المختص بالنظر في مسألة العزل أي أن قاضي الموضوع هو المختص مما يؤدي إلى إستبعاد القضاء الاستعجالي في هذا المجال، لأن العزل من القرارات الهامة والجوهرية في حياة الشركة لذا فالأمر يتجاوز قاضي الاستعجال، أما عدا ذلك فالقاضي الاستعجالي يمكنه إتخاذ إجراءات تحفظية كتعليق مهام المسير أو الحد من صلاحياته إلى حين نظر محكمة الموضوع في النزاع.⁽¹⁾

ثانيا: الاتفاقات المنظمة لصلاحيات المسير

تحدث عادة في الشركات التجارية الكبرى - أي تلك التي تقوم على بنية داخلية متكاملة - أن يتم تنظيم سلطات المسيرين، إلا أن ذلك لا يصعب على الشركة صبغة عقدية مطلقة، لأن إفتراض ذلك يؤدي إلى القول بأن أمر تنظيم إدارة الشركة يؤول إلى الشركاء أو المساهمين، إستناداً إلى الحرية التعاقدية، وهذا ما يبتعد قليلا عن الواقع، فالمشرع نظراً لتطور الاقتصاد الحديث والرغبة في حماية الشركاء والغير خاصة الأقلية في الشركاء، ذهب إلى تقييد المسيرين بصلاحيات مبيّنة قانوناً، ووضع لها نظاماً قانونياً يظهر جليا في شركة المساهمة وعلى العموم فإن العقد والنظام موجودان جنبا إلى جنب في جميع الشركات التجارية، وما العقد والاتفاق هنا إلا وسيلة بيد الشركاء أو المساهمين يتم اللجوء إليها من أجل الإحاطة بالقيود القانونية واستغلال المنافذ الموجودة خلالها، وإعطاء مجال للإرادة.

إذن فصلاحيات المسيرين تؤطرها نصوص قانونية وكذا بنود اتفاقية في حدود معينة، وتمس هذه القيود الصلاحيات المخولة للمسيرين، وكذا الأجهزة الأخرى كالجمعية العامة مثلا. بيد أن مجمل الاتفاقات المشار إليها لا تقف عند زاوية معينة، إذ أنها متنوّعة في هذا الجانب، وعلى هذا الأساس عمل القضاء على النظر في مدى صحة هذه الاتفاقات فأحاطها بمبادئ أساسية تضمن صحتها، وعلى ضوء هذه الرقابة القضائية جاءت هذه الإتفاقات منقسمة إلى ثلاث طوائف، طائفة تقيّد من صلاحيات المسير، وطائفة تنظّم توزيع الصلاحيات وطائفة أخرى تهدف إلى زيادة الصلاحيات.

أ- الاتفاقات المقيّدة لصلاحيات المسير

إن الاتفاقات المبرمة بين الشركاء أو المساهمين والتي تحد من سلطات الإدارة أو التسيير تثير نفس ما تثيره بنود القانون الأساسي بهذا الخصوص، إذ أن هذه الأخيرة هي غير نافذة في مواجهة الغير، فالمسير يمتلك من الصلاحيات ما يخوله التصرف في كل الظروف لتسيير الشركة وباسمها، وإذا كانت البنود الواردة في القانون الأساسي المقيّدة لسلطات المسير غير نافذة في مواجهة الغير فمن باب أولى لا

¹-André AKAM AKAM, op cit, p18.

تسري في مواجهته الاتفاقات الجانبية الأخرى.⁽¹⁾ كما أن الاتفاقات المقيّدة لصلاحيات المسير تعيق حياة الشركة من باب أنها تحرم المسير من الصلاحيات الممنوحة له من طرف المشرع، كما أن من شأنها خلق سلطة موازية في داخل الشركة، وتذهب محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه أي عدم جواز تقييد صلاحيات المسير، إذ أبطلت في قضائها اتفاقاً أبرمته شركة مع أحد الدائنين، حيث قضى هذا الاتفاق بالزام الشركة بالحصول على توقيع الدائن عند كل قرار هام، خاصة الطلبات وتوظيف المستخدمين وتسليم المنتجات الجديدة، رأت المحكمة أن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى التضيق من دور رئيس مجلس الإدارة في إدارة الشركة، وكذا ما من شأنه أن يجعل الدائن كأنه مسير واقعي ويتدخل في التسيير الخارجي للشركة، ويندرج مثل هذا الحكم في السياق العام للقضاء الذي يتحفظ حول العقود والاتفاقات التي تمنح الدائن الحق في التدخل في ذمة المدين.⁽²⁾

كما ذهبت محكمة باريس التجارية إلى وضع مشابه في قضية Creusot Loire، حيث يتعلق النزاع ببروتوكول اتفاقي مركّب ينظم العلاقات القائمة بين مساهمين إثنين بصدد إنشاء شركة فرعية تابعة، وكان البروتوكول يحتوي على بنود كثيرة تنظم الشركة الناشئة كمسألة التوزيع المتعاقب لمنصبي الرئيس ومساعدته بين المساهمين، وامتناع كل منهما عن زيادة حصته في رأسمال الشركة، وإلى جانب ذلك تضمن البروتوكول بندا يقضي بتعيين محكم يتولى إتخاذ القرارات الهامة في حال تعذر ذلك عند نشوء تنازع بين المساهمين، قضت محكمة باريس ببطلان هذا البند الأخير لأنه يتضمن إنتهاكاً بصلاحيات رئيس مجلس الإدارة.⁽³⁾

ورغم وجود أحكام قضائية صريحة في عدم قبول صحة الاتفاقات المقيّدة لصلاحيات المسير في الشركة، نجد أن الواقع العملي يتضمّن بعضاً منها خاصة في مجمّع الشركات، أين تفرض الشركة الأم ميثاقاً على مسيري الشركات الفروع، يتضمن السياسة العامة المنتهجة من طرف المجمع، وتعزز الشركة الأم عادة فاعلية مثل هذا الميثاق بعزل المسير الذي لا يراعي بنوده.⁽⁴⁾ ويفسر جمود القضاء إزاء تقييد صلاحيات المسيرين بضرورة حماية مصالح الغير والشركاء أو المساهمين الأقلية، لأن مضامين الاتفاقات المقيّدة من شأنها أن تقلل من السلطة الفعلية للمسير.⁽⁵⁾

¹-Yves GUYON, Traité des contrats, op cit, p 369.

²- وترجع حيثيات النزاع إلى شركة مساهمة قام رئيس مجلس الإدارة فيها بإبرام اتفاق مع دائن للشركة، حيث لجأت هذه الأخيرة إلى الاستدانة من أحد الشركاء فيها بمقتضى قرض مضمون بكفالة قدمها رئيس مجلس الإدارة وزوجته، ولقد احتوى عقد القرض ذاته على بند يمنح للمقرض أي الشريك صلاحيات موسعة في إدارة الشركة، إذ تشترط حصول الشركة على توقيعه عند إصدار أي قرار هام، ورفضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها حجج الشريك المقرض الذي استند فيها إلى كون مجلس الإدارة قد صادق على عقد القرض، وكانت أسانيد المحكمة تدور حول عدم تقييد سلطات المسير بما يؤدي إلى سحبها منه كالية، كما أن الشريك المقرض لم يرد أنه قد تمّ تعيينه كمدير عام مساعد ولهذا فهو يظل من الغير، وما يلاحظ على هذا الحكم أنه قد صدر في ظل قانون 16 نوفمبر 1940 الفرنسي ولكنه يبقى سائداً حتى في ظل القانون الجديد رقم 24 جويلية 1966، راجع:

HOUIN, observation sous cass.com 11 juin 1965, RTD com 1965, p 861.Yves GUYON, Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur, RJ.com, n° spéc, 1982, p 121.

³- B-OPPÉTIT, note sous trib.com Paris 1aout 1974, Rev soc 1974, p 685.

⁴-A-VIANDIER, note sous paris 14 mai 1978, Rev soc 1979, p 72.

⁵-Yves GUYON, Traité des contrats, op cit, p 730.

ب- الاتفاقات المنظمة لتوزيع الصلاحيات لدى المسيّرين

تعد الاتفاقات المنظمة لتوزيع الصلاحيات لدى المسيّرين صحيحة كقاعدة عامة لكن بفعالية محدودة، ويخلص الفقهاء إلى أن صحة هذه الاتفاقات متوقفة على مدى مراعاتها لمبدأ السّلمية بين أجهزة الشركة من جهة، وأن لا يتم التعدي على صلاحيات أجهزة الأخرى من جهة أخرى⁽¹⁾، لذا فالقضاء يخضع في رقابة هذه الاتفاقات والتراكيب العقدية من ناحية الصحة إلى مدى وجود الخاصية الأمرة في توزيع الصلاحيات القانونية بين أجهزة الإدارة في الشركة.⁽²⁾

تخضع الشركات التجارية وشركة المساهمة خصوصا إلى مبدأ عام وهو مبدأ السّلمية بين أجهزة الشركة، ولقد كان ظهور هذا المبدأ وغيره مرتبط بنظام شركة المساهمة في إطار نظرية النظام القانوني بعد صدور القرار القضائي الشهير المعروف بقرار MOTTE.⁽³⁾ واستعمله القضاء بعد ذلك، ثم قام المشرع الفرنسي باعتمادها في نصوص القانون، ويتأثر مبدأ السّلمية بالنظرية العقدية في طبيعة الشركة، ففي ظلّها تؤول تنظيم الشركة إلى الشركاء في جميع السلطات⁽⁴⁾، بحيث يكوّنون جمعية عامة هي مصدر السلطات وهي التي تختار مجلس الإدارة ليدبر الشركة لحسابها وتحت رقابتها، وأعضاء هذا المجلس وكلاء عن الجمعية العامة يستمدون منها سلطاتهم ويجوز لها أن تعزلهم بمحض إرادتها، ومجلس الإدارة بدوره يختار من بين أعضائه العضو التنفيذي الذي يتصرّف بشؤون الشركة تحت إشراف المجلس الذي يستطيع في كل وقت عزله واستبداله بآخر، ويطلق على هذا التنسيق والتنظيم بين السلطات إسم مبدأ التدرّج [Le principe de la hiérarchie].⁽⁵⁾

أما من منظور نظرية النظام القانوني التي اشتدت في القرن العشرين من خلال أفكار THALLER، فإن السلطات حقيقة ترجع إلى الشركاء مؤسسي الشخص المعنوي في إتخاذ القرارات الهامة محدودة العدد، بينما تؤول سلطة إتخاذ القرارات الأخرى إلى المسيّرين بمقتضى ما يمنحهم المشرّع من صلاحيات، فالتحويل ليس مردّه إلى عقد الوكالة وإنما إلى نصوص القانون، ويدعم هؤلاء المسيّرين أجهزة رقابية أخرى كمجلس المراقبة ومحافظ الحسابات، وهي أجهزة يمنحها المشرّع دورا خاصا تنقيّد به، وهناك من يرى بان مبدأ السّلمية أو التدرّج ضئيل في ظل هذه النظرية لأن الجمعية العامة لا تختص

¹-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 97.

²-Dominique VELARDHIO FLORES, Les accords extra statutaires entre associés, op cit, p 68.

³- بعد هذا القرار من أهم القرارات التي بيّنت فيها محكمة النقض الفرنسية الطابع الأمر في القواعد القانونية المنظمة لتوزيع صلاحيات أجهزة شركة المساهمة، إذ تخضع هذه الأجهزة إلى مبدأ السّلمية فيما بينها وإلى مبدأ التخصص وجاء فيه:

« Il ressort en effet, de cet arrêt que la société anonyme est une structure aux organes hiérarchisé et spécialisés : il revient en effet, à chaque organe d'assumer des fonctions bien définies »

J-MESTRE, note sous Aix 28 septembre 1982, Rev soc 1983, p 733

راجع:

⁴-غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 97.

⁵-Pau LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 270. Nedra ABDELMOUMEN, Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique, Thèse, Université de Paris 1, 2013, p2.

إلا بسلطات محدودة، لتأتي بعدها نظرية الحوكمة التي منحت لها نشاطا من خلال المطالبة بزيادة حقوق المساهمين وتعزيز دورهم في رقابة المسيرين في إدارة الشركة.⁽¹⁾

كما تخضع الشركات التجارية أيضا إلى مبدأ آخر يقضي بعدم تعدي جهاز ما على إختصاص أجهزة أخرى في الشركة، أو ما يعرف بمبدأ تخصص الأجهزة [principe de spécialisation] ومدلول هذا المبدأ أن المشرع والقانون الأساسي ينظمان مسألة التوازن الدقيق بين صلاحيات الأجهزة وواجباتها، والمشرع يقوم بتحديد صلاحيات كل جهاز ويعاقب عليها بتسليط جزاءات حول القرارات التي يتخذها أحد الأجهزة و كان الإختصاص فيها يرجع في الأصل إلى جهاز آخر فتكون هذه القرارات مشوبة بالبطلان، وعلى ضوء هذا المبدأ لا يجوز لمجلس الإدارة أن يحل محل الجمعية العامة في إختصاصها كأن يقوم بعزل أحد أعضائه أو أن يقوم بتعيينات دون إتباع الإجراءات المحددة من طرف المشرع، وكذا لا يجوز للجمعية العامة أن تعتدي على صلاحيات مجلس الإدارة بأن تقوم مثلا بانتخاب رئيس المجلس مباشرة في حين أنه من إختصاص مجلس الإدارة ذاته.⁽²⁾

إذن تكون الاتفاقات المتعلقة بصلاحيات المسيرين صحيحة إذا جاءت مراعية لهذين المبدأين، ورغم أن القضاء يقف حاجزا أمام الاتفاقات في هذا المجال ما دامت مراعية للمبدأين، فإن الواقع العملي يكشف عن وجود عدد من الاتفاقات التي يبرمها المساهمون والمسيرون تمس بالصلاحيات المخولة لهم، من بين هذه التقنيات العقدية نجد الاتفاق المنظم لعملية اتخاذ القرار في جهاز جماعي، الاتفاق المعزز للأغلبية، اتفاق تفويض الصلاحيات واتفاق تسيير المؤسسة، واتفاق الترخيص المسبق.

إن اتفاق تعزيز الأغلبية [Convention de majorité renforcé] يهدف من خلاله الشركاء أو المساهمون إلى تخصيص أغلبية معينة لقرارات محددة يلتزم مجلس الإدارة ومجلس المراقبة باعتمادها، وقد يبلغ الأمر إلى منح حق الفيتو [Droit de véto] إلى أحد أعضائه، كما يمكن الاتفاق على أن المداخلات التي تتم خلال المحاضرات المرئية لا يعتد بها بصدد قرارات معينة، وتكون القرارات المستهدفة هذه متعلقة عادة بإبرام عقود العمل المتضمنة لأجور عليا تتجاوز حدًا معينًا أو تتعلق هذه القرارات بدفع زيادات مالية للمسيرين.⁽³⁾

أما اتفاق تفويض الصلاحيات [Convention de délégation de pouvoirs]، فإنه تصرف يهدف من خلاله رئيس مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة ذاته إلى عدم تركيز الصلاحيات في هذين الجهازين حيث

¹-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op cit, p 270.

²-Yves GUYON, Droit des affaires, opcit, p 362.

³-على سبيل المثال قامت الشركة المكونة لمجمّع CANAL+ و Lagarde Images بإبرام اتفاق مساهمين بتاريخ 28 جويلية 2000 يقضي بأن القرارات المتعلقة بالتسيير والتطوير لا يمكن تبنيها من طرف مجلس الإدارة إلا باعتماد أغلبية خاصة تضم وجوباً صوتاً للأعضاء الممثلين للشركاء الذين يملكون 49% والشركاء الذين يملكون 51% من رأسمال الشركة، ولم يتم القضاء بالطعن في صحة مثل هذا الاتفاق، راجع:

Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 39. CE 20 oct 2004, Sté TF1, Rev soc 2005, note : D-CHAUVAUX et P-LACANNU.

يسمح عدم التركيز بإضفاء فاعلية أكثر في عملية إتخاذ القرارات، ويمكن أن يصدر التفويض من طرف رئيس مجلس الإدارة أو من طرف مجلس الإدارة.⁽¹⁾

إن تفويض الصلاحيات الذي يصدره رئيس مجلس الإدارة لا غنى عنه في الشركات الكبيرة ذات الحجم الاقتصادي المعتبر، فالرئيس لا يستطيع من الناحية العملية - حتى بمساعدة المدراء العاميين - تحمّل مهام تسيير الشركة، لذا يقوم بتكليف أشخاص آخرين أجراء أو غير أجراء، ولم ينص المشرّع صراحة على هذا النوع من التفويض الذي يصدر عن رئيس مجلس الإدارة خلافاً للتفويض الصادر عن مجلس الإدارة كما سنرى، غير أن القضاء يذهب إلى الإعتداد بصحة تفويض رئيس مجلس الإدارة لغيره في بعض مهام التسيير شريطة أن تتوفر بعض شروط الصحة، حتى وإن لم ينص القانون الأساسي على التفويض، وتتلخص شروط الصحة في وجوب إتخاذ التفويض شكل الوكالة الخاصة، وأن يكون التفويض مؤقتاً، وأن يراعى عند التفويض الصلاحيات الممنوحة من طرف المشرّع إلى الأجهزة الأخرى.⁽²⁾

وبما أن رئيس مجلس الإدارة يتولى قانوناً تمثيل الشركة في مواجهة الغير وتسيير الشؤون الجارية في الشركة من خلال الإمضاء على الوثائق وتظهير الأوراق المالية واستخدام الأجراء وتسريحهم والتوقيع على المراسلات وبصفة عامة القيام بكافة الأعمال المتعلقة بالتسيير، فإنه يستطيع أن يفوض بها غيره تفويضاً غير دائم، لأن ذلك يؤدي إلى تنازله عن الصلاحيات الأصلية الملقاة عليه، لذا ينبغي أن يكون التفويض جزئياً أي أن يتولى شخص آخر إتمام بعض الأعمال المحددة بدقة وخلال مدة محددة أيضاً.⁽³⁾ ويعتبر القضاء الفرنسي هنا أن رئيس مجلس الإدارة والمفوض يتحملان المسؤولية حول تأدية الأعمال محل التفويض تجاه الشركة وعن الأخطاء المرتكبة من طرفهما، على أساس أن رئيس مجلس الإدارة يتحمل المسؤولية بسبب سوء إختياره للشخص المفوض وكذا عدم تحديد صلاحيات هذا الأخير بدقة أو عدم مراقبته عند التنفيذ، أما في مواجهة الغير فإن الشركة هي من تتحمّل المسؤولية حول أعمال ممثلها القانوني لأن المفوض هنا لا يمثل رئيس مجلس الإدارة وإنما يظل ممثلاً للشركة.⁽⁴⁾

أما تفويض الصلاحيات الذي يصدره مجلس الإدارة نفسه، فالمشرّع نص صراحة في المواد 637 من القانون التجاري الجزائري على أنه يجوز في حال وقع مانع مؤقت لرئيس مجلس الإدارة أو وفاته أو استقالته أو عزله، أن ينتدب المجلس قائماً بالإدارة ليقوم بوظائف الرئيس.

إن النص المذكور يمنح لمجلس الإدارة تخويلاً قانونياً لنقل الصلاحيات القانونية إلى شخص آخر من غير رئيس المجلس ليتولّى تسيير الشركة، ويتم هذا النقل عند حدوث مانع مؤقت يحول دون قيام الرئيس

¹-Dominique VELARDHIO FLORES, Les accords extra statutaires entre associés, op.cit, p 71.

²-Marie Christine MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op cit, p 101.

³-كان يتولّى المفوض رفع دعاوى قضائية، التصريح بالديون بغية إشهار إفلاس مدين الشركة، تمثيل الشركة لدى الجمعية العامة للمساهمين، راجع: Paul LECANNU, Droit des sociétés, op cit, p 296.

⁴-Yves GUYON, Droit des affaires, op cit, p 373.

بمهامه، وهذا ما يضع الشركة أمام خطر محقق لذا يجب أن يحل محله مسير آخر منتدب.⁽¹⁾ ولم يعرف النص المذكور المانع المؤقت [empêchement] وعلى ما يبدو أن المقصود منه هو كل حادث يحول دون تمكّن المسير من أداء مهامه، كأن يكون سبب ذلك المرض أو الإرهاق أو التناهي.

ولا يصح التفويض الذي يجريه مجلس الإدارة لمسير آخر منتدب إلا إذا توفرت شروط في المسير المنتدب من جهة وفي عقد التفويض من جهة أخرى، فمن جهة المسير المفوض يجب أن تشتمل فيه جميع الشروط التي كان واجبا توافرها في المسير الأصلي، لذا فالمسير المنتدب يصبح مسيرا حقيقيا للشركة بالوكالة، وأهم تلك الشروط هو أن يكون شخصا طبيعيا، وعليه فممثل الشخص المعنوي لا يمكن أن يعين كمسير منتدب حتى وإن كان عضوا في مجلس الإدارة لأنه لا يحمل تلك الصفة أصالة عن نفسه، أما الشروط المتعلقة بصحة التفويض في ذاته، فمنها أن يكون التفويض أو الانتداب محدودا من ناحية الزمن، إلا أنها قابلة للتجديد في حال وقوع المانع المؤقت، أما في حال الوفاة فالتفويض يستمر إلى غاية انتخاب مسير جديد.⁽²⁾

وتجدر الإشارة هنا إلى الفرق الموجود بين المسير المنتدب أو المفوض في ظل المادة 637 من القانون التجاري وبين جواز أن يقوم مجلس الإدارة ببناء على إقتراح رئيس المجلس بتعيين واحداً أو اثنين من الأشخاص الطبيعيين لمساعدة الرئيس كمديرين عامين، وفقا للمادة 639 من نفس القانون.

أما إتفاق تسيير المؤسسة [convention de gestion d'entreprise]، فيقصد به ذلك العقد الذي تقوم بمقتضاه شركة مالكة لوسائل الإنتاج والعقارات الصناعية بتفويض تسيير هذه المملوكات إلى مؤسسة أخرى، تمتلك رصيذاً كافياً من المعرفة العملية [savoir faire]⁽³⁾، ولا يعد بحسب الظاهر هذا العقد مبرماً بين الشركاء، غير أن هذا العقد يمكن ان يجمع أطرافاً تربطهم علاقات قانونية وإقتصادية ومنه فمن المهم جداً أن يثار وجود عقد تسيير المؤسسة من زاوية أنه قد يتضمّن بنوداً تمس بقواعد سير الشركات وبما يخرق صلاحيات الأجهزة القانونية. ويتكون عقد تسيير المؤسسة من جملة من الاتفاقات المركّبة مما يجعله عقدا هجيناً، وتقوم من خلاله المؤسسة المسيّرة بكافة الأعمال المادية في التسيير وبكافة الأعمال القانونية المندرجة في سياق عقد الوكالة، وعليه يمكن القول أن عقد تسيير المؤسسة يؤدي إلى حرمان الشركة المسيّرة من كافة صلاحيات التسيير والرقابة وكأنها في هذه الحال تفوض هذه الصلاحيات بشكل دائم وشامل.⁽⁴⁾

¹-Alain VIANDIER, L'administration déléguée : une solution ? Dalloz affaires 1996, n° : 11, p311.

²-HAMEL, LAGARDE, JAUFFRET, Droit commercial, op cit, n° : 655. B-MERCADAL, Ph-JANIN, Mémento pratique, Francis Lefebvre, sociétés commerciales, n° : 1455.

³لقد ظهر هذا العقد في قطاعات إقتصادية تستلزم المزاجية بين حجم الاستثمار من الناحية المالية من جهة والمعرفة العملية في تسيير النشاط من جهة أخرى، كالفنادق مثلا أو الصناعات الدقيقة أو ذات التوزيع الواسع، وتتراوح مدة هذه العقود عادة من 10 على 20 سنة أي هي مدة زمنية تقل كثيراً على مدة حياة الشركات التجارية المسيّرة ولكنها طويلة جداً بالمقارنة بعقود الوكالة العادية، راجع:

Ph-MERLE, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans les sociétés anonymes, D1975, Chr, p 245. Michel JEANTIN, Contrat de gestion d'entreprise : Jurisclasseur, contrats, Fasc 450.

⁴-Dominique VELARDOCCHIO FLORES, Les accords extra statutaires entre associés, op cit, p72.

ذهبت محكمة باريس في قرار لها، إلى تكييف عقد أبرمه عدد من الشركاء على انه عقد تسيير المؤسسة، ويتضمن هذا العقد - الذي تم تكييفه على هذا الأساس - اتفاق الشركاء على منح الأجراء المساهمين في الشركة الحق في تكوين جمعية عامة تدعى بالتأسيسية، لها صلاحية تعيين المدير العام وتثبيت الأجور وكذا العلاوات السنوية المدفوعة إلى المستخدمين، اعتبرت محكمة باريس أن مثل هذا الاتفاق يتلاءم مع مفاهيم شركة المساهمة من زاوية أن رأسمال الشركة ذاته هو بالأصل مملوك من طرف الأجراء جميعاً، إضافة إلى أن هذا الاتفاق من شأنه تعزيز مشاركة الأجراء المساهمين في إتخاذ القرارات حول تحديد الكتلة الأجرية وتعيينها وفقاً للظروف. إلا أن الحقيقة هي أن هذا الاتفاق يمنح صلاحية إصدار قرار معين إلى جهة أخرى غير الجهة المختصة قانوناً في شركة المساهمة ألا وهي أجهزة الإدارة، رغم ذلك ذهبت المحكمة إلى الإعتداد بصحة هذا الاتفاق على أساس أن التفويض المخول إلى الأجراء كان محدداً من ناحية الموضوع.⁽¹⁾

وكخلاصة في طبيعة عقد تسيير المؤسسة يمكن القول أن محتوى العقد قد يكون معياراً حاسماً في تحديد طبيعته القانونية، فإذا كان العقد يفوض إلى المؤسسة المسيّرة مجرد أعمال مادية في التسيير فإن ذلك لا يجعله متعارضاً مع أحكام قانون الشركات، أما في الحالة المخالفة، أي إذا وجد أن المؤسسة المسيّرة تتولى إبرام العقود ومراقبة نشاطات الاستغلال، فإن ذلك يجعل من عقد التسيير مجرد عقد وكالة مما يؤثر في صحته، غير أن البعض يرى أنه حتى في هذه الحالة الأخيرة، يمكن مراعاة أهمية الشركة المسيّرة من الناحية الاقتصادية ومدى حجم النشاط الموكل إلى المؤسسة المسيّرة، فإذا كان ضئيلاً مقارنة بالنشاط الكلي فإن ذلك يدرأ فرضية حرمان أجهزة الشركة المسيّرة من الصلاحيات القانونية.⁽²⁾

بقي أن نشير في الأخير إلى إتفاق الترخيص المسبق [Les autorisation préalables] ، بالرجوع إلى أحكام الشركات التجارية نجد أن المشرّع يجيز - في حدود معينة - أعمال بعض التنظيمات الاتفاقية تتعلق بالصلاحيات البيئية لأجهزة الشركة، تخلص تلك التنظيمات إلى إرساء نظام الترخيص المسبق، إن إجراء الترخيص المسبق يهدف إلى تدعيم مبدأ السّلمية والتدرّج بين الأجهزة الداخلية في شركة المساهمة، من زاوية أن الترخيص يصدره جهاز أعلى يسمح لجهاز أدنى منه بإتمام عمل ما يختص قانوناً بإصداره.⁽³⁾

وينص اتفاق الترخيص المسبق على أن قرارات معينة لا تتخذ من طرف الأجهزة المختصة بها إلا بعد ان يرخّص بذلك من أجهزة أخرى داخل الشركة، كمجلس المراقبة مثلاً، وعادة تكون القرارات المتعلقة بالترخيص من القرارات التي قد ترهن مستقبل الشركة نظراً لأهميتها الاقتصادية أو الاستراتيجية كالمصادقة على مخططات العمل [Business Plan]، أو قرارات التعديل التي تمس الشركة ونشاطها، إنشاء قواعد محاسبية أو جبائية جديدة، قفل الحسابات والحسابات المدعّمة، تعيين وتغيير محافظي

¹-CA. Paris 29 juin 1982, JCP 1982 II, 19913.

²-Michel JEANTIN, Contrat de gestion d'entreprise, op.cit, n° : 8

³-Marie Christine MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit, p248.

الحسابات، تعديل سياسة الأرباح وتوزيعها، ويقوم مساهمو الأغلبية بالتوقيع على اتفاق المساهمين بصفتهم مساهمين وليس بصفة المسيرين أو ممثلي الشركة، ولذا فالشركة غير ملزمة باتفاق الترخيص المسبق، رغم أن آثاره تمس أجهزتها، ويشترط في اتفاق الترخيص المسبق أن لا تؤدي آثاره إلى عرقلة أجهزة الشركة في تادية دورها المنوط بها قانوناً.⁽¹⁾

ج-اتفاقات المساهمين المتضمنة زيادة صلاحيات المسيرين

تعد الاتفاقات التي تزيد من صلاحيات أجهزة الإدارة في الشركة زيادة على ما خولها المشرع باطلة، لأنها تؤدي حتماً إلى الإنقاص من صلاحيات جمعيات الشركاء، من الناحية العملية تختص أجهزة التسيير في الشركة بإتمام أعمال التسيير، لذا فإن كل سعي منها نحو إبرام اتفاق مساهمين يهدف على سبيل المثال إلى تعديل القانون الأساسي، فإن مثل هذا السعي يخالف القواعد الأساسية في تنظيم الشركة.⁽²⁾

¹-Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires, op.cit, p 39

²-Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 128. Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 360.

الباب الثاني قيود الحرية التعاقدية في الشركات التجارية

Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés

لقد إهتم الرومان قديما بمسائل تحديد الملكية بين الأفراد، فكانوا يحتفلون سنويا بوضع الحدود على الأرض، فكل فرد ترسم حدود ملكيته وكل شعب من شعوب الإمبراطورية يضع لإقليمه حدودا، فتحول عملية التحديد بلا شك دون الإعتداء على ملكية الغير⁽¹⁾.

ويبدو جليا من ناحية أخرى أن مفهوم الحدود أو القيود لا تتوقف أهميته عند إبراز حدود الملكية بل إن ذلك يجعل من هذا المفهوم عامل حسم لضبط الأمن الإجتماعي، وهو الدور الذي تلعبه القاعدة القانونية حين ترسم للأفراد حدودا لا يجوز مخالفتها.

وتشترك جميع فروع القانون في هذا الدور إذ تهدف جميع القوانين إلى معاقبة الأفراد حين يتجاوزون الحدود المرسومة من طرفها⁽²⁾، فقانون العقود مثلا يقوم على الجدلية المعروفة بين الحرية التعاقدية وحدودها، وإن كان الثابت في ظل هذا القانون أن الأصل هو حرية الفرد في التعاقد، أما تقييدها فهو الإستثناء⁽³⁾.

إن الجدلية التي أشرنا إليها ليست جدالا فقهيا مجردا من أي منفعة، فمسألة الحرية التعاقدية وحدودها مسألة جوهرية تسمح بالمحافظة على الحرية التعاقدية في ذاتها بل وتطورها حتى، من هنا تتضح أهمية وضع الحدود في كل الحقوق.

ويرجع الأصل التاريخي للحرية التعاقدية وحدودها إلى مبدأ سلطان الإرادة عقب الثورة الفرنسية في القانون المدني، ولم يستقر مبدأ سلطان الإرادة بعد صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804، بل خضع إلى العديد من التحولات العميقة، ويرجع الفقهاء بدايات ظهور مبدأ سلطان الإرادة إلى فقه التنوير الذي دعا في القرن السابع عشر إلى الاعتراف بحرية الفرد وعدم خضوعه لغيره، وهم يقرّون بذلك تبريرا منهم لجعل الإرادة المصدر الوحيد لتلك الحرية، وهي الوحيدة التي تجيز القول أن الفرد لا يمكنه الخضوع لغيره أو حتى أن يكون دائنا أو مدينا.

وبمعنى آخر فالفرد لا يلتزم إلا لأنه أراد الالتزام وهو ما يستتبع إحترام حريته في ذلك وبالمقابل يجد الفرد نفسه ملزما بما أراد كلما أراد الالتزام⁽⁴⁾.

¹ - يحتفل الرومان قديما بترسيم الملكية العقارية بين الأفراد وذلك تقديسا منهم لموضوع الحدود وعدم تجاوزها، وكان الاحتفال والذي يدعى Terminalia دليلا قويا على أهمية قيام الدولة بوضع الحدود للأفراد وتقييد حق الملكية، وتذكر المراجع التاريخية التي تعنى بالقانون الروماني أن Romolus مؤسس روما قتل أخاه Remus عندما تجاوز ساجرا حدود مدينة روما، ولقد ذكر رجل القانون CELSE قولها مهما بشأن الحدود حيث قال: " إذا وقع التجاوز على معالم الملكية لم تعد هناك أي قيمة للحدود"، راجع:

Michel THIAULT, Du bornage en droit romain, Thèse, université de Paris 1878, p3.Charle GIRAUD, Recherche sur le droit de propriété chez les romains, Tome 1, AUBIN, Paris 1838.

² - Sophie SHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés,op.cit,p2

³ - F - TERRE, PH- SMILER, Y- LEQUETTE, Droit civil ; Les obligations, Dalloz, 8éd, p27.

⁴ -Ibid , p 30.

ويتتبع مسار فقه المذهب الفردي نجد أن العقد هو مصدر للقانون لأن الإرادة بإمكانها أن تصنع لنفسها قانونا، ويستمد العقد قوته الملزمة بمجرد تلاقي إرادة الأطراف، بل وذهب فلاسفة القانون إلى أبعد من ذلك حين جعلوا العقد أساسا لتفسير النظام القانوني وعلى رأسهم روسو ROUSSEAU، الذي يقول أن العقد هو أساس السلطة بين الأفراد⁽¹⁾.

ولا يتجلى دور الإرادة والحرية التعاقدية إلا في الإقتصاد، بحيث لا يستطيع الفرد المبادرة وممارسة نشاطه إلا إذا كان حرا، فيتمكن من خلال العقد من إنشاء روابط عادلة ونافعة وهذا ما يدعو الفقهاء التحرر الإقتصادي الذي يقوم على إنبعاث الحرية وعدم تقييدها⁽²⁾.

ويستنتج من هذه الأفكار التي بناها المذهب الفردي أن الإرادة تحقق العدالة العقدية طالما أن الفرد هو الأدرى بمصالحه والتي يحفظها حين يكون حرا في التعاقد، وهو الفرق بين أن يفرض القانون على الفرد التزاما معيناً وبين أن يرتضيه الفرد بإرادته، ولقد عبّر FOUILLEE على ذلك بالقول " أن من يقول بالعقد فإنه يقول بالعدل"⁽³⁾.

وكما يترتب أيضا أن الإرادة هي محرك الإقتصاد والرفاهية وعليه فسعي الفرد إلى تحقيق مصالحه يؤدي في الأخير إلى تحقيق مصلحة الجماعة⁽⁴⁾.

بيد أن القانون المدني الفرنسي لم يتقمص أفكار المذهب الفردي على إطلاقه، و لم يمنح للفرد الحرية كما وصفها أصحاب سلطان الإرادة، وإنما كان معتدلا في موقفه، فمنح قوة للاتفاقات التي تنعقد صحيحة وجعلها قانونا للمتعاقدين⁽⁵⁾، وفي الوقت ذاته علّق صحة هذه العقود بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة⁽⁶⁾.

ومنذ أن صدر القانون المدني الفرنسي توسّع نطاق النظام العام وزاد نطاق القواعد الآمرة إلى أن أصبح دور الإرادة محصورا مما وضع حدا للمفهوم المجرد للحرية التعاقدية، التي يقصد بها دائما حرية الفرد في التعاقد أو في عدم التعاقد وحرية في تحديد مضمون العقد⁽⁷⁾.

وما لبث أن تصدّى الفقه مجددا بالنقد تجاه مبدأ سلطان الإرادة وذلك في أواخر القرن التاسع عشر، فقالوا أن الإرادة الحرة لا تقود دوما إلى تحقيق العدالة العقدية، لأن الأفراد أصلا غير متساوون حقيقة،

¹ - ويقول ROUSSEAU أيضا أن: " الحرية هي حالة طبيعية للفرد"، راجع:

Hervé Magloire Moneboulou Minkada, La question de la définition de contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle, Juridical Tribone, vol 4, issue 1, june 2014, p 89, disponible en : www.tribunajuridica.eu

² - Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Leçon de droit civil : obligations, T2, Vol1, 2^{ème} éd, Montchrestien, Delta, 1998, p 104.

³ - Fouillée dit : « Qui dit contractuel dit justice » voir : A- Fouillée, la science sociale nouvelle, 2^{ème} éd, Hachette et CIE, 1885, p 410.

⁴ - F - TERRE, PH- SMILER, Y- LEQUETTE, op.cit, p 31

⁵ - V : L'article 1134 code civil français ; Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites...

⁶ - V : L'article 06 de code civil français : On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs

⁷ - H et L- MAZAUD ,J – MAZAUD, F- CHABAS, op.cit, p 105.

فلا يمكن أن تنشأ بينهم علاقات متوازنة، بل إن الحرية التعاقدية ستغدو والحال هذه وسيلة يتمكن من خلالها الطرف القوي من فرض قانونه على الطرف الضعيف⁽¹⁾.

ولعل أهم أنصار هذا الفقه كان المدرسة الاجتماعية، فهذا هو DUGUIT يفتي عن الإرادة دورها في إنشاء الالتزام، ويعود ذلك إلى المجتمع وينزع أيضا خاصية العدالة التي تشبث بها أصحاب سلطان الإرادة، مؤكدا أن العقد يؤدي حتما إلى غلبة الطرف القوي على الطرف الضعيف، ويضيف قائلا أن الحرية التعاقدية تؤدي إلى آثار إقتصادية تنافي مصلحة المجتمع، ولا يحول دون ذلك إلا مجموعة من القواعد القانونية الأمرة⁽²⁾. وما عزز هذا النقد التحوّلات العميقة التي ألمت بالمجتمع، فقديمًا كان الإنتاج والتجارة يغلب عليها الطابع الحرفي والعائلي وكان غالبا على العلاقات العقدية الطابع الشخصي، لكنه أضحي اليوم أكثر تعقيدا وأصبح جليا ذلك التركيز الإقتصادي والتجاري الذي ترك تفاوتًا بين الأفراد وحاز الطرف القوي على وسائل تعزز من مركزه كالعقود النموذجية وما على الطرف الآخر إلا التسليم بالشروط الواردة بها⁽³⁾.

إذن تلعب الإرادة دورا مهمًا في أن تكون أداة لخدمة القانون ووسيلة لتحقيق الصالح العام، وعلى المشرع أن يتدخل في كل مرة للحفاظ على الصالح العام استنادا على مبادئ العدالة الأساسية، غير أن الصعوبة تكمن في تحديد معالم الصالح العام الذي يسميه الفقهاء بالنظام العام في السياقات الاصطلاحية وأن يضمن المشرع من ناحية ومن جهة أخرى التوازن العقدي الذي يمكن الفرد من المبادرة في ظل قيود المصلحة الاجتماعية⁽⁴⁾.

ويجمع الفقهاء أنه لا قيد للحرية التعاقدية إلا في قواعد النظام العام، والتي هي القواعد الأمرة التي تحمي المجتمع ومصالحته العليا تجاه إرادات الأفراد. ولكننا لا نريد من خلال هذه الدراسة الوقوف عند حدود القانون المدني وبالأخص قانون العقود، وإنما نريد من خلال هذا الباب أن نسقط ما وصل عليه حال حرية التعاقد في ظل القانون المدني على أحكام وقواعد الشركات التجارية، وما عسى أن تجلبه هذه القواعد من قيود للحرية التعاقدية.

لا بد من القول بداية أن قانون الشركات التجارية يعترف بوجود الحرية التعاقدية وتجسيدها من طرف الشركاء كما رأينا، إذ يعد قيام الشركاء بإدراج شروط إضافية في العقد التأسيسي ينظّمون من خلالها مسائل الشركة مظهر لحرية التعاقد، كما تعد اتفاقات المساهمين وهي الاتفاقات التي يبرمها الشركاء أو المساهمون خارج نطاق القانون الأساسي تجسيدا حقيقيا للحرية التعاقدية في قانون الشركات⁽⁵⁾.

¹ - F - TERRE, PH- SMILER, Y- LEQUETTE, op.cit, p 38.

² - H et L - MAZEUD, J - MAZEUD, F, CHABAS, op.cit, p .104

³ - F - TERRE, PH- SMILER, Y- LEQUETTE, op.cit, p 39

⁴ - H et L- MAZAUD, J - MAZAUD, F- CHABAS, op.cit, p 104

⁵ - Sophie SHILLER, les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés , op.cit, p 02.

إن دراسة حدود الحرية التعاقدية في ظل قانون الشركات التجارية يبرز جانبا مهماً في بناء هذا القانون والأيدولوجية التي غذاه بها المشرع، وما يشهد على ذلك الوصف الذي أطلقه الأستاذ GUYON حين قال " إن قانون الشركات يتخلله تياران متعارضان، تيار يغلب فيه سلطان القواعد الأمرة وكثرتها، وتيار آخر يحاول من خلاله البعض إضفاء بعض من الليونة وفقاً لمتطلبات الحرية التعاقدية في تنظيم حياة الشركة⁽¹⁾.

ويجب أن تكون دراسة هذه الحدود في ظل النظام الشامل للحرية التعاقدية دون الوقوف عند نوع محدد من الشركات التجارية المقيدة منها بالبورصة وغير المقيدة، بل إن القانون البورصي بدوره يضع قيوداً للحرية التعاقدية إلا أن التفرقة بين الشركات التجارية بحسب تقييدها أو عدمه تكون في غاية الأهمية من الناحية النظرية إذا وضعنا في الحسبان أن الشركات التجارية المقيدة تخضع إلى نصوص قانونية من غير قواعد القانون التجاري، إضافة إلى أن المستثمرين بحاجة إلى الحماية في البورصة⁽²⁾.

نتعرض في هذا الباب إلى الحدود المثق عليها في الحرية التعاقدية، حيث جاء قانون الشركات التجارية بقيود لا يجوز للشركاء أن يتجاوزوها عند التعبير عن الإرادة وعند إبرام العقود⁽³⁾، أن القيد الأول هو النظام العام، وهي القواعد الأمرة التي تحد من حرية الشركاء في إبرام الإتفاقات، فقانون الشركات يحتوي نصوصاً تنتمي إلى النظام العام، إلى جانب المبادئ الثابتة التي يمنحها القضاء الطبيعة الأمرة⁽⁴⁾ (الفصل الأول).

أما القيد الثاني فهو المصلحة الإجتماعية أو كما يسميها المشرع مصلحة الشركة، إن المصلحة الإجتماعية تقدم دائماً على أساس كونها قيوداً عاماً على حرية التعاقد وصحة الإتفاقات المبرمة بين الشركاء، فكل إتفاق هدف من خلاله الشركاء مصلحة الشركة عدّ صحيحاً⁽⁵⁾ (الفصل الثاني).

¹ - Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p7.

² - Sophie SHILLER, , les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, op.cit, p 4

1- وما دام الأمر كذلك فأول القيود التي تلقى على الحرية التعاقدية دائماً هي مراعاة شروط الصحة في العقود، فالمشرع وضع قواعد تجعل من العقد صحيحاً منتجاً لآثاره و التي نص عليها القانون المدني. راجع:

Dominique VELARDOCCIO FLORES, op.cit, p 189, Pierre GUITTO, Georges PEYRARD, Droit civil : Les obligations, Tome1, 3^{ème} éd, L'HERMES, Lyon 1991, p 36, F - TERRE, PH- SMILER, Y- LEQUETTE, op.cit, p 39.

⁴ -Géraldine GOFFAUX- CALLEBAUT, Du contrat en droit des sociétés, op.cit, p 155, Marie Christine MONSALLIER, op.cit, p356

⁵ - Yves GUYON, Traité de contrats, op.cit , p317, Alain COURET, L'intérêt social, cahiers d'entreprise 1996 n° :04, p 01, Bernard SAINTOURENS, La flexibilité du droit des sociétés, RTD com 1987, n° :73, p 484.

الفصل الأول

النظام العام في قانون الشركات التجارية

L'ordre public sociétaire

لم يتأخر الفقهاء في الإشارة إلى ظاهرة تشظّي فكرة النظام العام بعدما كانت وحدة واحدة، فقد كان مفهوم النظام العام مفهوماً موحدًا لكنه لم يلبث أن تعدد وانقسم في منتصف القرن العشرين، بل واتسع وأصبحت قواعده مبنوثة في أغلب فروع القانون، فلم يجد الفقهاء حرجاً في القول أن هناك نظاماً عاماً في شؤون الأسرة وآخر في القانون الجنائي ونظام عام بيئي وآخر جزائي... الخ.

وليس قانون الشركات التجارية ببعيد، فهو يشارك في رسم حدود النظام العام وإن كان يصطدم بذلك التباعد الذي نشأ بين مفهوم النظام العام بملامحه الكلاسيكية وما وصل إليه من تطوّر وتغيّر عميقين في العصر الحديث، ويحتفظ قانون الشركات والنظام العام بروابط قوية تدفعها مكانة النصوص الأمرة والنقاش الدائر حولها وما تبعها حين اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للشركة إن كانت عقداً أو نظاماً قانونياً، وإن كان قد تراجع هذا الخلاف إلا أنه عاد من جديد برجوع الطرح العقدي و اشتداده نتيجة لجوء الشركاء إلى الآليات التعاقدية من جهة وبما أفرزته نظرية الحوكمة من جهة أخرى.

ويرى كثير من الفقهاء أن وجود القواعد القانونية الأمرة أمر ضروري لمجابهة عجز الشركات التجارية أو العملاء الاقتصاديين على ضبط نفسها بنفسها، لذا فالحاجة إلى تنظيم قانوني ملزم يقيم توازناً بحيث لا يجعل من النظام العام في قانون الشركات عائقاً أمام الشركات التجارية يحول دون تحقيق أهدافها.

ولا يخفى على أحد تلك الصعوبة التي واجهت الفقه حين تصدّى إلى تعريف النظام العام، إن النظام العام كان محلاً لجدال فقهي عميق حتى وصفه أحد الفقهاء بالمفهوم غير القابل للتعريف، ناهيك عن التطورات العميقة التي طرأت عليه حيث كان في بدايته مفهوماً كلاسيكياً حتى في ظل قانون الشركات التجارية، إلا أنه أصبح بعد ذلك نظاماً عاماً إقتصادياً، والنظام العام الإقتصادي لم ينشأ وليد الصدفة بل إن نشأته تعود إلى حقبة قديمة ليتم بلورته في العصر الحديث بما هو عليه. ولقد تناوله الفقهاء ودرسوه من حيث دوره كقيد للحرية التعاقدية، وبهذا الدور يحقق منفعة عملية للشركاء حين إتفاقهم على شروط تأسيسية يرغبون في إدراجها في القانون الأساسي للشركة، فمعرفة النصوص الأمرة - وهي جوهر النظام العام كما سنرى - يؤدي لا محالة إلى سلامة الإتفاقات المبرمة بين الشركاء، والتي ما فتئت تتكاثر وتتعدد، ولقد قام الفقهاء بالعمل على رسم حدود إرادة الشركاء في ظل قواعد النظام العام، جاعلين إنطلاقة عملهم تعريف القواعد الأمرة وتحديد مفهومها وكيفية تكييف النص وتحديد طبيعته الأمرة أو المكملية.

انه من خلال هذا الفصل سنتعرض بالدراسة إلى تعريف النظام العام في قانون الشركات من خلال إبراز الكيفيات المعتمدة في تحديد طبيعة النصوص القانونية (المبحث الأول)، وإلى دور النظام العام في قانون الشركات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تعريف النظام العام في قانون الشركات التجارية

يعد النظام العام من المفاهيم التي صعب على الفقه تعريفها أو تحديد جوهرها، وهي عملية صعبة مما أضطر بعض الفقهاء إلى قصر مسألة تعريفه على دراسة القواعد الآمرة فقط، في حين نادى البعض إلى وضع أسس أخرى أو بدائل، ورغم كل المحاولات الفقهية في هذا السياق يظل النظام العام دائماً ذلك المفهوم القانوني القائم على الطبيعة الآمرة للنص القانوني، وما جعل تعريفه أكثر صعوبة هو ذلك التحول العميق في الدور المنوط به، إذ أصبح النظام العام وسيلة هامة من وسائل الضبط الإقتصادي.

وتنبعث أهمية البحث في فكرة النظام العام في ظل قانون الشركات التجارية من عمق الظاهرة العقدية التي غزت الواقع العملي في الشركات التجارية، حيث رأينا فيما سبق أن الشركاء يجسدون إرادة التعاقد بشروط تأسيسية مدرجة في القانون الأساسي، كما يقومون - تجسيدا لحرية التعاقد - بإبرام إتفاقات فيما بينهم مستقلة عن القانون الأساسي، فينظّمون من خلالها مسائل الشركة وهي تخضع لقانون العقود، ولعل ذلك دليل على أهمية الآليات العقدية ومدى تأثير الواقع العملي في الشركات التجارية نفسها، والشركاء حين لجأوا إلى العقد فهم يسعون إلى تكريس الحرية التعاقدية في مواجهة نصوص قانون الشركات التجارية التي ترى غالبية الفقه بشأنه أنه جاء أكثر جمودا وعدم مساييرته لحاجة الشركاء، ولا يكفي من جهة أخرى لصحة تلك الإتفاقات المبرمة بين الشركاء الإستناد إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بل إنه يجب أن لا تتعارض الشروط التأسيسية وإتفاقات المساهمين مع النصوص القانونية الآمرة في قانون الشركات التجارية.

إن الشركاء حين لجؤهم إلى إبرام إتفاقات فيما بينهم توازي تلك الإتفاقات القانون الأساسي وتنافسها في تنظيم مسائل الشركة، هم حقيقة قاموا بعملية تركيب قانوني، إذ يدعمون القانون الأساسي باتفاقات جانبية لينشأ في الأخير عمل قانوني مركب من العديد من التصرفات بحيث يتحقق ما لم يكن ممكنا تحقيقه من تلك التصرفات منعزلة، وليضمن الشركاء صحة العمل القانوني المركب وجب أن لا يتعارض مع القواعد الآمرة في قانون الشركات التجارية.

وستقوم هذه الدراسة ببيان الكيفيات اللازمة لتعريف النظام العام دون الاكتفاء بعرض النصوص الآمرة عينا، والسبب في ذلك طبيعة قانون الشركات ذاته، إذ يتسم بالسرعة والتطور الشديدين، فالنصوص

الجديدة تحل محل نصوص قديمة وقد يضيف المشرع مسائل جديدة أيضا، إن النصوص الأمرة جزء لا يتجزأ من كافة فروع القانون، لذا فالكيفيات الهادفة إلى الكشف عنها كيفيات عامة وأخرى خاصة، فالعامة منها تكاد تستقيم مع جميع فروع القانون ولا تقف عند فرع بعينه، أما الخاصة فهي تلك التي تخص قانون الشركات التجارية.

سنتعرض في هذا المبحث إلى الكيفيات العامة في تحديد طبيعة النص القانوني (المطلب الأول) وإلى المعايير الخاصة في تحديد طبيعة النص القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الكيفيات العامة في تحديد طبيعة النص القانوني

إن البحث عن القواعد القانونية الأمرة والتي تشكل جوهر النظام العام لم يكن محلا لدراسات الفقهاء دراسة مستفيضة، وكل ما هنالك أن الدراسات التي تعنى بمبادئ القانون تكشف جانبا ضئيلا حول الطبيعة الأمرة أو المكملة للنص القانوني، وذلك بإسناد مهمة الكشف عن هذه الطبيعة إلى قاضي الموضوع، ففي حال لم يكشف النص ذاته عن طبيعته خضع ذلك إلى سلطة القاضي، والحقيقة أن هذا الوضع أي قيام القاضي بتحديد طبيعة النص عند البت في النزاع لا يستقيم ولا يتلاءم مع مصلحة الشركاء أو المساهمين الذين اتفقوا على شروط القانون الأساسي أو أبرموا اتفاقات فيما بينهم، بل مصلحتهم تكمن في التثبت من طبيعة النص القانوني إن كان أمرا أو مكملًا قبل قيام القاضي بالتكييف وهذا ما يقتضيه الأمن القانوني في إبرام العقود، وتنفاذي تسلط القاضي وحاكميته في الكشف عن طبيعة النص يجب اللجوء إلى معايير موضوعية وعدم الإكتفاء بالتكييف الشخصي، والقاضي لا يلجأ إلى التكييف إلا في حال عدم قيام المشرع ببيان طبيعة النص القانوني إن كان أمرا أو مكملًا.

وعلى ضوء ما سبق نجد أن صياغة النص القانوني تصلح أن تكون معيارا لتكييف النص القانوني وتحديد طبيعته الأمرة (الفرع الأول) وغالبا ما يقترن النص القانوني الأمر بجزء البطلان، فالبطلان هنا معيار لا يغفل عنه في تحديد الطبيعة الأمرة للقاعدة القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصياغة اللغوية كمعيار في تحديد طبيعة النص القانوني

إن اللجوء إلى صياغة النص من أجل الكشف عن طبيعته الأمرة أو المكملة من الأسس الموضوعية في تحديد مفهوم النظام العام، وبالرجوع إلى لغة النص نجد أن المشرع قد تولى بنفسه تحديد طبيعة النص إن كان أمرا أو مكملًا، وأحيانا أخرى يخلوا النص تماما من أية إشارة إلى ذلك مما يستدعي

في هذه الحال التصدي إلى معرفة طبيعته ومن ثمة معرفة إنتماء النص القانوني محل البحث إلى النظام العام أو من عدمه.

إن قيام المشرع بتحديد طبيعة النص أو عدم قيامه بذلك له تأثير كبير في دراسة طبيعة النص وعلى ضوء ذلك سنتعرض إلى الحالة الأولى أين لا يشير واضع النص القانوني إلى طبيعته الأمرة، ثم إلى الحالة التي يقوم فيها بذلك.

أولاً: غياب التكييف التشريعي للطبيعة الأمرة

إذا لم يبين النص القانوني ما إذا كان أمراً أو مكملاً، قام القاضي بذلك نيابة عن المشرع ولا يجوز له بحجة سكوت المشرع أو عدم وضوح النص أن يرفض البت في النزاع المعروض أمامه وإلا كان مرتكباً لجرم إنكار العدالة، الإشكال يثور حين تصدّي القاضي لتحديد طبيعة النص، فهل يملك حرية مطلقة في سبيل تحقيق ذلك إذا علمنا أن هناك طرقاً تفسيرية تمنحه سلطة واسعة مما يفتح الباب أمام تسلط القضاء وتحكمه⁽¹⁾، وللتصدي لهذا الإشكال قام الفقه بتبني مبادئ تفسّر على أساسها نصوص القانون بغية إستنتاج طبيعتها، وفائدتها أنها تساعد على إضفاء قدر من الموضوعية على عمل القاضي⁽²⁾، ويقوم القاضي في عمله هذا على تحليل النص شكلاً وموضوعاً.

أ- التحليل الشكلي للنص القانوني

يهدف التحليل الشكلي للنص القانوني إلى إستخلاص طبيعته الأمرة أو المكملّة إستناداً إلى العبارات المستعملة من طرف المشرع عند صياغته للنص، فيقوم القاضي بتحليل البناء اللغوي وتركيب عبارات النص حتى يتوصّل في الأخير إلى إستنتاج طبيعة النص⁽³⁾، فالمشرع يستعمل أفعالاً ووحدات لغوية يمكنها أن تكشف تكييف النص، فالطبيعة الأمرة تبرز من خلال دلالات الألفاظ وهذا ما يدعوه الفقهاء بالدراسة اللغوية أو التفسيرية للنصوص الغامضة⁽⁴⁾.

إن أهم المؤشرات اللفظية على أمرية النص القانوني هي لجوء المشرع إلى صيغة الإخبار مع الإعتقاد على أفعال فحواها إلزام المخاطب بالنص بالقيام بالتزام معين⁽⁵⁾، كأن يستعمل المشرع أفعالاً

¹ - François TERRE, Introduction générale au droit, 9^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2012, p454.

² - إن قواعد التفسير كثيرة، حيث يستعين القاضي عند تفسيره لنصوص القانون الغامضة أو غير الدقيقة أو كانت غير ملائمة للبت في النزاع بصيغتها تلك، ومن بين تلك القواعد قاعدة عدم التوسع في تفسير الاستثناء (L'exception est d'interprétation stricte) ويستدل القاضي من خلال هذه القاعدة بأن لا يتوسع في تفسير الاستثناء، إذا استثنى النص من حكمه الرجوع إلى القواعد العامة، ويشير المشرع إلى الإستثناء باستعمال الألفاظ المعروفة لكن، إلا، ومع ذلك، وهناك قاعدة أخرى هي قاعدة عدم تجزئة القانون إذا كان لا يقبل التجزئة، ومعنى ذلك أنه لا يجوز للقاضي تقييد تطبيق النص إذا لم يحتوي شروطاً، كنص المادة 36 التي تقضي أن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، فهو يخص كل جزائري سواء مجنس أصالة أو إكتساباً، راجع:

Henri ROLAND, Laurent BOYER, Introduction au droit, Litec Paris 2003, p 135. Cass.crim16 mars 1988, D1988, p 490, note : E- AGOSTINI. Cass. Civ, 11 oct 1988, D : 1989, p333, note : A BRETON.

³ - Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p276.

⁴ - يقول الأستاذ LEGROS أن المشرع يستعمل تراكيب لغوية لا تدع مجالاً للشك حول الطبيعة الأمرة للنص القانوني، كأن يحتوي النص على أفعال بمعنى المنع أو الإلزام.

Jean PIERRE LEGROS, La nullité des décisions de sociétés, op.cit, p 280.

⁵ - Marie Christine MONSALLIER ,op.cit, p360.

كوجب، يجب، يلزم، يتعيّن، ومن أمثلة النصوص الواردة بالقانون التجاري نص المادة 617 الفقرة الثانية التي تقضي: " إذا أصبح عدد القائمين بالإدارة أقل من الحد الأدنى القانوني وجب على القائمين بالإدارة الباقين أن يستدعوا فوراً الجمعية العامة العادية للإنعقاد قصد إتمام أعضاء المجلس". وكذلك نص المادة 619 من نفس القانون والتي جاء نصها: " يجب على مجلس الإدارة أن يكون مالكا لعدد من الأسهم يمثل على الأقل 20% من رأسمال الشركة ..."

ونص المادة 624 الفقرة 3 التي نصت: " وإذا تجاوز الالتزام أحد المبالغ المحددة على الشكل المذكور، فيجب الحصول على إذن مجلس الإدارة في كل حالة ...".

يتضمن باب الشركات التجارية من القانون التجاري العديد من النصوص التي استعمل فيها المشرع صياغة لغوية ملزمة، نذكر المادة 627 والمادة 672 الفقرة 01، المادة 677، فكل هذه النصوص هي من النظام العام.

وعلى نفس الشاكلة، قد يستعمل المشرع صيغة المنع فتصبح النصوص القانونية نصوصا مانعة لا تجيز القيام بأمر معين، وهي بهذه الصيغة تغدو نصوصا من النظام العام وأفعال المنع كثيرة، ولا يشترط أن تقترب النصوص المانعة بالبطلان حين مخالفتها بل تكفي صياغتها للدلالة على إنتمائها للنظام العام.⁽¹⁾ ويمكن الإستدلال هنا بالمادة 575 الفقرة 03 من القانون التجاري التي تحظر على الشركة ذات المسؤولية المحدودة شراء حصصها الخاصة.

ونذكر كذلك المادة 631 من القانون التجاري التي منعت على القائمين بإدارة شركة المساهمة أن يحصلوا على أية أجرة خارج نطاق المواد المنظمة لأجورهم والمكافآت الواجبة لهم، ويلاحظ أن هذا النص يرتبط ارتباطا وثيقا بنص المادة 615 من نفس القانون التي جاءت بصيغة المنع هي الأخرى، حيث نصت " لا يجوز للأجير المساهم في الشركة أن يعيّن قائما بالإدارة " فصيغة عدم الجواز كافية لإدراج النص في نطاق النظام العام.

حقيقة أنه من اليسير أن تدل عبارات النص أو ألفاظه على معاني المنع أو الإلزام، لكنها تظل عاجزة في الدلالة على إنتماء النص إلى النظام العام، ومن ثمة عدم جواز مخالفته بإرادة الشركاء والسبب في ذلك أنه لا يمكن الجزم بأن المشرع أراد من خلال المنع أو الإلزام أن يكون النص القانوني من النظام العام، فالقاعدة القانونية ملزمة بطبيعتها والمشرع ما جعل لسن توصيات غير ملزمة، فسن القوانين هي أشد مظاهر السيادة، ولا شك أن جميع نصوص القانون تحرر بنفس الصياغة وبالتالي يتضح أن صيغة الأمر أو المنع لا تدل بالضرورة أن النص يعد من النظام العام.⁽²⁾

¹ - Dominique GRILLET- PONTON, La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibération des organes de la société, Rev soc 1984, p 265.

² - Gérard CORNU, Droit civil : introduction au droit, 13^{ème} éd, Montchrestien, Paris 2007, p186 .

ويرى الأستاذ CORNNU أنه يجب الحذر من الإستناد إلى أفعال الأمر والمنع وإن كانت تؤكد على أمرية النص القانوني إلا أنها تتضمن التزامات قانونية تقبل أن تتم مخالفتها بمقتضى الإتفاق.⁽¹⁾ وفي الأخير يمكن القول أنه لا يمكن الإكتفاء بالنظر إلى صياغة النص وتراكيبه اللغوية أو دلالات الألفاظ لإستخلاص طبيعة النص ومدى إنتمائه للنظام العام، فالجانب اللغوي وإن كان كافيا لإظهار ملامح القاعدة القانونية وتمييزها عن النصوص المكتوبة الأخرى، فهو لا يكفي لجعل القاعدة من النظام العام بحيث لا يجوز للشركاء مخالفتها بإبرام إتفاقات فيما بينهم أو إدراج شروط في القانون الأساسي للشركة⁽²⁾، لذا على القاضي أن ينظر أيضا في موضوع النص.

ب- التحليل الموضوعي للنص القانوني

إن الهدف من التحليل الموضوعي للنصوص القانونية هو العمل على كشف مدى إرتباط النص القانوني بالنظام العام وذلك دون الإستناد فقط إلى الصياغة اللغوية فيه، وإنما بالرجوع إلى محتواه، فإذا تبين للقاضي عدم كفاية الجانب اللغوي في إستخلاص الطبيعة الأمرة للنص ومن ثمة إنتمائه للنظام العام وجب في هذه الحال اللجوء إلى عمق النص والنظر في مدى أهميته في تنظيم الشركات التجارية⁽³⁾، وقد يجد القاضي نفسه ملزما بالنظر في محتوى النص في حالات معينة، كما نصت عليه المادة 733 من القانون، حين بيّنت أن بطلان العقود أو المداوالات لا يحصل إلا عند مخالفة نص ملزم من قانون الشركات التجارية أو القوانين التي تسري على العقود، إذن فالقاضي وفقا لهذا النص يجد نفسه مضطرا للنظر في مضمون النص.

والحقيقة أن المشرع لم يبين ما المقصود من مفهوم النص الملزم والذي أطلق عليه في النسخة الفرنسية لنفس النص بـ : *Disposition impérative*، ولذا دأب الفقهاء على تولي هذا الدور، فقال بعضهم بوجود الربط بين أهمية النص وطابعه الأمر⁽⁴⁾، وتطبيقا لهذا الربط ينتج أنه من الضروري تفحص النص القانوني والبحث في الأسس التي يقوم عليها قبل الحكم بأهميته في نظام الشركات التجارية، حيث تمنحه تلك الأهمية طابعا أمرا، وهو ما يتبناه الأستاذ TERRE حيث يرى بأن التحليل الدقيق لأسس النص يمكن القاضي من إستخلاص إرادة المشرع والتأكد من أنه فعلا أراد أن يمنح أهمية لنص ما من نصوص الشركات التجارية⁽⁵⁾.

¹ - Gérard CORNU, Linguistique juridique, 3^{ème} éd, Montchrestien, Paris 2005, p 266.

² - Marie Christine MONSALIER, op.cit, p 360.

³ - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p277, cass.com, 2juillet 1985, JCP éd. 1985, II 14578, note : A- Viandier.

⁴ - وعرفه ROBERT بأنه ذلك النص الذي يفرض أمرا معينا، راجع:

Petit ROBERT, dictionnaire de la langue française, 1996, p966, Marie Christine MONSALIER, op.cit, p359.

⁵ - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, op.cit, p 562.

إذن يفرض التحليل الموضوعي للنص القانوني تحديد مفهوم النظام العام⁽¹⁾، إنطلاقاً من تحديد قيمة النص وأهميته في تنظيم الشركات التجارية، ولقد أدّى سكوت المشرع وعدم إفصاحه عن طبيعة النص من حيث النظام العام إلى تضارب قرارات القضاء، فمحكمة النقض الفرنسية لم تكن على موقف واحد تجاه تفسير بعض النصوص المنضمة للشركات من حيث كونها نصوصاً من النظام العام أو نصوصاً مكملة، يرى الأستاذ LIENHARD وهو بصدد تعليقه على قرار محكمة النقض أن مسألة الاختلاف حول التحقق من طبيعة النص القانوني قد إنتقلت إلى غرف محكمة النقض الفرنسية، حيث إختلفت غرفها المدنية حول نص المادة 40 من المرسوم الصادر في 03 جويلية 1978 المتعلق بتطبيق القانون الصادر في 04 جانفي 1978 المعدل للقانون المدني⁽²⁾، والتي بيّنت كيفية إستدعاء الجمعية العامة في الشركة المدنية، حيث جاء فيها أن الشركاء يستدعون خمسة عشر يوماً قبل إنعقاد الجمعية برسالة موصى عليها، وبما أنه لم يتبين من النص إن كان أمراً فيترتب على مخالفة الأجل وهو خمسة عشر يوماً أو شكل الدعوة وهو رسالة موصى عليها البطلان، قامت الغرفة الأولى لمحكمة النقض في قرار صادر بتاريخ 04 أكتوبر 1988 بالتأكيد على جزاء البطلان لجميع المداولات التي قامت بها الجمعية العامة، وكان الشركاء فيها لم يستدعوا برسالة موصى عليها وإنما برسالة عادية، بيد أن الغرفة الثالثة لم تظل على هذا الموقف وتبنّت موقفاً مغايراً من خلال القرار الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2000، حيث ذهبت الغرفة الثالثة إلى أن مخالفة إجراءات الإستدعاء في الجمعية العامة لم يرد بشأنها نص وارد بالقانون المدني⁽³⁾، وترتّبياً على ذلك لا ينبغي القضاء ببطلان المداولات، ولقد أكدت الغرفة الثالثة من جديد موقفها هذا في قرار صدر سنة 2003، فوجب والحال هذه أي أمام تضارب مواقف الغرف إجتماع الغرفة المختلطة للبت فيه⁽⁴⁾.

إجتمعت الغرفة المختلطة⁽⁵⁾ المكونة من تشكيليّتي الغرفتين الأولى والثانية وأصدرت قراراً بتاريخ 16 ديسمبر 2005، مؤكّدة فيه أن الشركاء يستدعون تحت طائلة البطلان خمسة عشر يوماً قبل إنعقاد الجمعية

¹ - حقيقة لا يقتصر دور التحليل الموضوعي على تحديد مفهوم النظام العام فقط، فدوره قد يهدف إلى أشياء أخرى كما يقول الأستاذ FARJAT بأن التحليل الموضوعي هو عملية التحليل والتكييف والنقد للمراكز والمفاهيم القانونية أو المؤسسات أو حتى الوقائع إنطلاقاً من فرضيات يضعها القانون ويصل القائم بالتحليل إلى هذه الفرضيات من خلال قيامه بدراسة النظام القانوني، وعدم الإكتفاء بالجانب الشكللي، راجع:

J- B RACINE, F-SIIRIANEN, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, Revue internationale de droit économique, 2007/3. T.xxi.3, p259.

² - La teneur de l'article 40 est : « Les associés sont convoqué quinze jours ou moins avant la réunion de la l'assemblée par lettre recommandée... »

³ - وذلك لأن المشرع علّق إبطال مداولات الجمعية العامة بمخالفة نص ملزم أو أمر شريطة أن يرد في القانون التجاري نفسه وليس بنص خارج عنه، وهو ما قضت به المادة 235 - 1 من القانون التجاري الفرنسي التي تقابل المادة 733 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ - Cass, 1^{er} civ, 4 octobre 1988, Bull Joly, 1988, p935, Bulletin 2000 III N° 163, p113.

⁵ - وفقاً لقانون التنظيم القضائي الفرنسي فإن الغرفة المختلطة تتعقد إذا كان النزاع يتعلق بغرفتين على الأقل من غرف محكمة النقض بعد حدوث طعنين بالنقض. أما إذا كان النزاع يتعلق بموقف مبدئي للقضاء فإن الأمر يفرض إلى تشكيل الجمعية العامة التي شمل العديد من الغرف.

برسالة موسى عليها، إذن فالغرفة المختلطة ذهبت إلى الإعتداد بالطبيعة الأمرة لنص المادة 40 المذكورة، وعليه فإن جزاء الإخلال بإجراءات الإستدعاء هو البطلان⁽¹⁾.

لا شك أن التساؤل يثور حول أسانيد الغرفة المختلطة في توجيهها هذا، فالغرفة هذه وضعت حدا للخلاف القانوني القائم حول بطلان الجمعيات العامة إنطلاقا من التفسير المتضارب بين الغرف حول المادة 1844-10 من القانون المدني التي علقت بطلان مداوات الجمعية بمخالفة النصوص الأمرة الواردة في القانوني المدني، مما يوحي أن هذا النص يخرج من نطاق البطلان المنصوص عليه في قوانين ومراسيم أخرى خارجة عن القانون المدني، كالمرسوم الصادر في 03 جويلية 1978 الذي نظم في مادته 40 إجراءات الإستدعاء بصدد إنعقاد الجمعية العامة في الشركة المدنية، فمحكمة النقض الفرنسية من خلال غرفتها المختلطة أكدت على أن نصوص المرسوم المذكور والمتعلقة باستدعاء الجمعية العامة يمكن الإستناد عليها لطلب إبطال هذه الجمعية⁽²⁾، وكان محكمة النقض تتخلى عن ضرورة تموقع النص في القانون المدني حتى يقبل أن يكون أساسا للبطلان، وهو ما يضيف نوعا من الليونة على نظام البطلان⁽³⁾، ولقد اعتبرت محكمة النقض في قرارها هذا أن المادة 40 من المرسوم 03 جويلية 1978 ما هي إلا إمتداد للمادة 1844 من القانون المدني، وعليه فإن مخالفة نص تنظيمي لا يظهر ماديا في القانون المدني يمكن أن يترتب عنه البطلان لأنه مرتبط مباشرة به وهو ما يدعوه الأستاذ LIENHARD بنظرية التكافؤ⁽⁴⁾.

أما الأساس الآخر الذي لا يقل أهمية عن الأساس الأول، هو أن محكمة النقض أرادت حماية الشريك والمحافظة على حقه في المشاركة في قرارات الجمعية العامة، لذا قررت إبطال المداوات لمجرد الإخلال بإجراءات الدعوة إلى إجتماعات الجمعية العامة، والتي رأت بأنها تمس بحق الشريك⁽⁵⁾. إن محكمة النقض الفرنسية ومن خلال قرارها هذا أعطت حلا موحّدا بصدد مسألة بطلان مداوات الجمعية العامة، وهو حل من شأنه توفير الأمن القانوني لدى الشركاء⁽⁶⁾.

لا شك أن الخلاف القضائي حول مسألة البطلان دليل على صعوبة تحديد طبيعة النص من حيث إنتمائه للنظام العام، خاصة وأن المشرع لم يبين صراحة تلك الطبيعة، ولا شك من ناحية أخرى أن التحليل الشكلي والتحليل الموضوعي للنص القانوني أداتان هامتان بيد القاضي لإستبيان طبيعة النص، غير أنهما لا يكفيان لتحقيق ذلك، فالقاضي لا يقوم بهذا النشاط إلا بعد عرض النزاع عليه، ضف إلى ذلك

¹ -Cass. Ch. Mixte, 16 déc. 2005, N°04-10986, Bulletin 2005 N° 9, p 19, cass.ch.mixte, 16 déc. 2005, Bulletin July 2006, p538, note : Laurent GROSCLAUDE.

² - Cass.ch. mixte, 16déc 2005, RTD com 2006, p 149, note :M-A. M-B.

³ - Cass.ch. mixte, 16 déc 2005, Bulletin July, 2006, p 540, note: Laurent GROSCLAUDE.

⁴ - Cass.ch. mixte 16 déc 2005, D2006, Aj, p 146, obs : A- LIENHARD.

⁵ -Cass 3eme civ, 11 octobre 2000, Rev soc 2001, p341, note : B- SAINTOURENS

⁶ - Cass.ch. mixte 16 déc 2005. RTD com 2006, p150, note : M-H.M-B.

غلبة شخصية القاضي على عملية التحليل، كل ذلك يجعل الشركاء أمام إشكالات قانونية غير متوقعة وهو ما يتنافى بشدة مع مبدأ الأمن القانوني.

ثانياً: إحتواء النص على التكييف التشريعي للطبيعة الأمرة

إن ما أشرنا إليه فيما سبق من صعوبة يواجهها القاضي عند تحليله نصاً قانونياً قاصداً الكشف عن طبيعته الأمرة، تزول إذا تولى المشرع نفسه بيان تلك الطبيعة، إذ يتضمن النص ما يدل على أنه من النظام العام وليس مجرد نص مكمل لإرادة الشركاء.

وإذا تضمن النص ذلك فعلاً توقف القاضي عن التحليل والتفسير بسبب وضوح النص، والنص الواضح لا يحتاج إلى تفسير وهذا ما تقتضيه القاعدة الفقهية لا تفسير مع وضوح النص [Interpretatio cessat inclaris]⁽¹⁾، إن الفقه قد استقر على أن التفسير لا يتم إلا في مواجهة نص قانوني غامض أو غير دقيق، أما إذا كان واضحاً فالقاضي ملزم بتطبيقه مباشرة على النزاع وبته⁽²⁾.

إذن إن من شأن التكييف التشريعي الذي يحتويه النص أن يبين بكل وضوح إنتماء النص إلى النظام العام ومذاك لا يجوز للشركاء مخالفته بالإتفاق، وسبب ذلك أن النص واضح في دلالاته.

ويقوم المشرع بإظهار طبيعة النص القانوني من خلال أشكال عديدة، أبرزها وأكثرها استعمالاً أن يدرج في النص ذاته ما يدل صراحة على إنتمائه للنظام العام أو في فقرة من فقراته، وقد لا يظهر ذلك في النص مباشرة، وإنما يكتفي واضع النص ببيان ذلك عند نهاية جزء من أجزاء القانون أو فصل منه، على أن هذا الأخير جميع مواده هي قواعد من النظام العام، وقد يلجأ المشرع من ناحية أخرى إلى تقنية الإحالة⁽³⁾ فيبين في نص معين طبيعة نص متقدم، ولكنه قد لا يعتمد أي صيغة من هذه الصيغ فيقرر أن النص مجرد نص مكمل ويجوز للشركاء الإتفاق على خلافه⁽⁴⁾.

والمشرع قلماً يشير إلى طبيعة النص إن كان أمراً أو مكمل صراحة، فالنصوص من هذا النوع قليلة وإن كانت ذات فائدة في تحديد النظام العام وتيسير ذلك أمام القاضي، فهو لا يحتاج إلى القيام بمطابقة النص لتنتضح لديه طبيعته، فالواقع يدل على أن أغلب نصوص القانون تتضمن ذكراً صريحاً للنظام العام⁽⁵⁾.

¹ - F- TERRE, Introduction générale au droit, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris 2000, p 490.

² - إن فقهاء المدرسة الألمانية هم أول من أسسوا لنظرية النص الواضح (Sense-clair Doktrin) حيث تفترض معرفة إذا كان النص واضحاً أو عدمه، وكأنها عملية تفسير أولية يغلب عليها العوامل الذاتية للقاضي، ولذا كانت محل نقد شديد، راجع:

Jean Louis BERGEL, Méthodologie juridique, Puf, Paris 2001, p233.

³ - Sophie SHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : Les connexions radicales, op.cit, p25.

⁴ - والإحالة هي مجرد تقنية في صياغة القانون أو التشريع، يلجأ إليها واضع القانون لتفادي تكرار النصوص من خلال خلق جسور بينها مما يساعد على توجيه المخاطب بالقانون ورفع مستوى العلم به، كما يسهل تطبيق القواعد القانونية، والإحالة متعددة الأشكال إما أن تكون أفقية أو عمودية كأن يحيل نص قانوني إلى مرسوم في الإحالة العمودية، أما الإحالة الأفقية تكون بين نصين في نفس المستوى، والإحالة قد تكون داخلية أو خارجية، كأن يحيل نص قانوني إلى نص آخر في نفس القانون إذا كانت الإحالة داخلية، أما الإحالة الخارجية فإن النص المستهدف من الإحالة يقع في قانون آخر، راجع:

M- SAPATER, in rédaction des lois : Rendez-vous du droit de la culture Québec, 1980. D-BUREAU, Remarques sur la codification du droit de la consommation. D 1994, Chron, p291. Nicolas MOLFESSIS, Le renvoi d'un texte à un autre, revue de la recherche juridique : droit prospectif 2005, N° : spécial. PUAM, p 2721

⁵ -G- GORNU, Droit civil : introduction au droit, op.cit, p186.

يرى بعض الفقهاء أن المشرع قد منح للقاضي هامشا معتبرا في صناعة النظام العام، من خلال إجماعه عن إبراز طبيعة النص يكون المشرع قد أشرك القاضي في مسألة تحديد النظام العام، بل ويذهب بعض الفقهاء أيضا إلى أبعد من ذلك إذ يرون أن القاضي لا يتوقف عند التفسير حتى وإن كان النص قد بيّن طبيعته، فهذا هو TROPER يرفض تماما فكرة النص الواضح سواء كان واضحا في ألفاظه أو في طبيعته الأمرة أو المكلمة، ويرى BERGEL أن القول بوضوح النصوص القانونية ودقتها مجرد وصف مثالي⁽¹⁾.

لنضرب مثلا حول بعض النصوص التي يعتقد وضوحها، تنص المادة 679 من القانون التجاري: "يرجع حق التصويت المرتبط بالسهم إلى المنتفع في الجمعيات العامة العادية، ولمالك الرقبة في الجمعيات العامة غير العادية، ويمثل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد فإذا لم يحصل اتفاق عيّن الوكيل من القضاء بناء على طلب أحد المالكين الذي يهمه الإستعمال، ويمارس حق التصويت من مالك الأسهم المرهونة".

إن النص المذكور جاء منظما للمراكز القانونية الناشئة عن تجزئة حق الملكية الوارد على الأسهم، وواضح من عبارات النص أنه نص مكمل وليس من النظام العام لذا يجوز أن يتفق الشركاء على تنظيم آخر لحق التصويت في الحالات الثلاثة المذكورة، أي بين المنتفع ومالك الرقبة في حال كانت الأسهم متعلقة بحق الإنتفاع، وبين المالكين على الإشتياح إذا كانت الأسهم مملوكة لأكثر من شريك، وبين مالك الأسهم والدائن المرتهن لتلك الأسهم، غير أن التساؤل الذي يطرح هو إلى أي مدى يمكن للشركاء الخروج عن حكم هذه المادة؟ فلنأخذ على سبيل المثال حالة الشيوخ، إن القراءة الموسعة للمادة المذكورة قد تسمح باستخلاص أن الشركاء المالكين على الشيوخ أحرار في عدم تمثيلهم بوكيل في الجمعية العامة، فهذه المادة تجيز الخروج عنها إجمالا، وعلى النقيض تؤدي قراءة النص قراءة ضيقة إلى موقف مغاير إذ تصبح مسألة الإتفاق بين المالكين على الشيوخ حول من يمثلهم أمام الجمعية العامة أقل اتساعا وإن لم نقل ستتحصر في النتائج البسيطة المترتبة على النص، وعليه لا يجوز للشركاء المشتاعين أن يتفقوا على عدم تعيين الوكيل وإنما يجوز لهم فقط أن يتفقوا على أن الوكيل يتم تعيينه قضاء، أو أن يتفقوا على أن الوكيل الذي سيمثلهم يجب أن يكون من بينهم وليس شخصا من الغير، وكل ذلك من خلال إدراج شرط في القانون الأساسي، وإذا تسألنا حول أكثر الرأيين ترجيحنا لقنا إن الرأي الثاني أقرب إلى الصواب، لأن مسألة تعيين الوكيل ليمثل المالكين على الشيوخ للأسهم في حد ذاته من النظام العام بغض النظر عن كيفية تعيينه أو من سيكون وكيله.

¹ - Jean Louis BERGEL, Méthodologie juridique, op.cit, p233, Van de Kerchove, La doctrine de sens clair des textes et la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique, in L'interprétation en droit, Bruxelles. Publ Fac. Université Saint Louis, 1978, p13. Denis ALLAND, Stéphane RIALS, dictionnaire de la culture juridique, 1^{er} éd, Quadriga, PUF, Paris, 2003, p843.

نستخلص مما سبق أن وضوح النص لا يغني في حالات كثيرة عن اللجوء إلى التفسير، فرغم قيام المشرع بإيضاح طبيعة النص إن كان أمرا أو مكمّلا لا يعني ذلك البتة أن النص واضح فلا يحتاج إلى تفسيره من طرف القاضي، ولا يمكن المحاججة بالإستناد إلى قاعدة لا تفسير مع وضوح النص، فالقاعدة جد محدودة لإستحالة التثبّت من مسألة الوضوح والغموض، فهي مسألة شخصية فالنصوص الواضحة للبعض تعدّ خلاف ذلك لدى البعض الآخر.

الفرع الثاني: الجزاء المتعلق بمخالفة النص كميّار للنظام العام

استقرّ الفقه على القول بأن النص إذا تضمن صيغة المنع ثم أعقبه المشرع بجزاء هو أدلّ الشواهد على إنتماء النص للنظام العام، لذا يمكن إثبات الطبيعة الأمرة للقاعدة القانونية من خلال الجزاء، إن الجزاء الذي يرمز إلى النظام العام يأخذ ثلاثة أشكال، يذكر المشرع في العديد من النصوص على بطلان العقود والاتفاقات إذا خالفت أحكام القانون فهذا هو جزاء البطلان، وأحيانا أخرى يذكر المشرع في نصوص أخرى على اعتبار الشروط والبنود المخالفة لنصوص القانون كأنها لم تكن، مما يجنّب إبطال التصرف برمته ولكن يبطل فقط ما خالف منه نصوص القانون، وهذا هو جزاء الشرط الذي يعتبر كأن لم يكن، وأخيرا قد يقوم المشرع بإدراج عقوبة جزائية تترتب لمجرد مخالفة نص ما.

والحقيقة أن الجزاءات الثلاثة هذه تظل مجرد دلائل أو شواهد يلجأ إليها القاضي في تحديد النظام العام، إلى جانب الطرق التي سبق وأن أشرنا إليها فالطرق جميعا يدعم بعضها بعضا، لذا سنقوم بالتعرض إلى الجزاءات الثلاثة الدالة على النظام العام، وهي البطلان، إعتبار الشرط كأن لم يكن وأخيرا العقوبة الجزائية.

أولا: البطلان

يعدّ البطلان في قانون الشركات التجارية من أهمّ الدلائل والمؤشرات على إنتماء النص إلى النظام العام، إذ يمكن تكييف النص على أنه من النظام العام لمجرد ترتيب جزاء البطلان عند مخالفته⁽¹⁾. ويقوم البطلان في كل مرة عندما يتضمّن التصرف القانوني مخالفة لنص من النظام العام، مما يجعل من حصر حالات البطلان المنصوص عليها في قانون الشركات عملية لا تخلو من منفعة، إذ يمكن من خلالها كشف النصوص المتعلقة بالنظام العام.

وبالرجوع إلى قانون الشركات التجارية نجد أن المشرع لم يجعل البطلان نوعا واحدا، لم يجعله نصيا بأن ينص عليه صراحة من خلال مضمون النص، وإنما لا ينفي ذلك أن تتعرض بعض العقود أو الاتفاقات

¹ - Dominique GRILLET- PONTON, La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société, op.cit, p269. J- HEMARD. F- TERRE, P- MABILAT, op.cit, T1, p455.

إلى البطلان حتى وإن لم يشير النص صراحة إلى البطلان، وهذا هو البطلان النظري أو الافتراضي⁽¹⁾، ومن هنا كان البطلان الافتراضي هو ذلك البطلان الذي يقرره القاضي رغم عدم التصريح به من خلال النص، بشرط أن تبرر المصلحة ذلك⁽²⁾.

تنص المادة 733 من القانون التجاري على أن بطلان عقد الشركة أو العقود المعدلة للقانون الأساسي لا يحصل إلا بنص صريح في قانون الشركات أو قانون العقود، ويرى الفقه أن هذا الحكم تطبيق مباشر لقاعدة لا بطلان بغير نص⁽³⁾.

ولقد خصت المادة نفسها العقود والمداولات بحكم آخر أو لا وهو البطلان الفرضي، أي أنها تبطل لمجرد مخالفتها نصًا أمرا ولا يشترط أن يشير صراحة إلى البطلان، فيجد القاضي سلطة واسعة لتقرير البطلان، ومن خلال المقارنة يتضح أن حالات البطلان النصي وجودها يساعد على إبراز أهمية تحديد النظام العام ضمن نصوص قانون الشركات التجارية.

وإذا أمعنا النظر في مقابلة جزاء البطلان ودلالته على إنتماء النص إلى النظام العام ينكشف سريعا هشاشة الربط ونسبيتها، لأنه بدءا يجب أن لا يخلط بين تكييف النصوص وإدراجها في النظام العام وبين إلزامية النصوص، إن نصوص القانون تشترك جميعها في خاصية الإلزام.

إن الحد الفاصل بين قواعد النصوص المكملة وقواعد النظام العام لا يكمن إلا في جواز المخالفة أي إبرام إتفاقات مخالفة، غير أن الثابت أن كلا الفئتين سواء المكملة أو قواعد النظام العام قواعد ملزمة مع الإحتفاظ للإرادة قدرتها في الخروج على نطاق القواعد المكملة بالإتفاق على ما يخالفها، وكأن الإرادة حالت دون تطبيق هذه القواعد.

إن النصوص المكملة هي قواعد قانونية حقيقية تجب مراعاتها وتطبيقها ولا ينقص من ذلك إمكانية الإتفاق على خلافها، فالنصوص المكملة واجبة التطبيق ما لم يتم استبعادها بإرادة صريحة⁽⁴⁾، وهي قواعد ملزمة يؤدي مخالفتها إلى ترتيب الجزاء القانوني مثلها مثل جميع القواعد القانونية⁽⁵⁾، كأن يكون الجزاء بطلان الاتفاق الذي جاء مخالفا لهذه النصوص المكملة، ومن هنا تلتنقي النصوص الأمرة والنصوص المكملة فكلاهما قد يرتب البطلان عند مخالفتها.

وباستقراء نصوص قانون الشركات التجارية نستنتج أن المشرع ميّز بين تطبيق القاعدة القانونية وقابليتها للتطبيق، فبصدد القواعد المكملة يجوز للشركاء دائما الإتفاق على عدم تطبيقها، إما بشروط تأسيسية أو اتفاقات فيما بينهم، وفي حال عدم وجود مثل هذه الإرادة الصريحة تنفذ القواعد المكملة.

¹ - Jacques GHESTIN, Le contrat, 2^{ème} éd, n° 728.

² - F- TERRE, PH - SIMLER, Y- LEQUETTE, op.cit, p 102.

³ - Jean Pierre LEGROS, La nullité des décisions des sociétés, op.cit, p280.

⁴ - Ibid, p 288.

⁵ - Jean Louis BERGEL, Méthodologie juridique, op.cit, p187.

ثانياً: الشرط المعترف كأن لم يكن كميّار للنظام العام

لقد غلب على التشريعات الحديثة لجوء المشرع فيها إلى إبطال الشروط المخالفة للنصوص القانونية، وكان النصيب الأوفر لتقنية الإبطال هذه قانون الاستهلاك ويليّه قانون العقود⁽¹⁾، ولا يستثنى قانون الشركات التجارية إذ يحتوي بدوره على عدد معتبر من القواعد التي كرّس من خلالها المشرع لجوئه إلى هذا الجزاء، أي اعتبار الشرط كأن لم يكن، ويهدف المشرع من وراء هذا الجزاء العمل على التخفيف من الآثار الجامدة للبطلان بدل أن يبطل التصرف كاملاً، يقتصر البطلان على جزء من التصرف خاصة إذا كان هذا الأخير تصرفاً مركباً⁽²⁾.

إن القول بأن الشرط يعتبر كأن لم يكن، معنى ذلك رفض وجوده مطلقاً واعتباره لم ينشأ أصلاً⁽³⁾، على هذا الأساس تبدو أهمية تقريب فكرة النظام العام من الجزاء المتمثل في اعتبار الشرط كأن لم يكن، فبمجرد أن يرد بالنص اعتبار الاتفاق كأن لم يكن عند مخالفته ذلك النص كان هذا الأخير نصاً آمراً ينتمي إلى النظام العام.

ويختلف البطلان عن جزاء اعتبار الشرط كأن لم يكن إختلافاً جوهرياً، إن الجزاء الأخير لا يتصور أن يرد كجزاء لقاعدة قانونية مكتملة، وهو يثبت إرادة المشرع الباتة في الحؤول دون مخالفتها بإرادة الشركاء، فمنطق الصياغة القانونية يجعل من غير المقبول أن يقتصر نص مكتمل مع جزاء اعتبار الشرط كأن لم يكن، فالمشرع لا يجيز الخروج عن حكم النص ثم يعتبر الاتفاق كأن لم يكن، إن اعتبار الشرط كأن لم يكن دليل على كون النص من النظام العام⁽⁴⁾.

ويقوم جزاء اعتبار الشرط كأن لم يكن على أساس الحيلة القانونية⁽⁵⁾، والحيلة القانونية هي تقنية مصنعة من طرف المشرع لما لديه من سيادة في سن التشريعات، حيث تفرض هذه التقنية الأخذ بواقعة تخالف الحقيقة بهدف إحداث أثر قانوني⁽⁶⁾.

وفي قانون الشركات التجارية تعد الشروط والبنود المخالفة للنصوص الآمرة كأنها لم تدرج في القانون الأساسي إذا نصت تلك النصوص الآمرة على هذا الجزاء، ومن هذه الزاوية يعد هذا الجزاء أشد من البطلان في كونه لا يحتاج إلى تدخل القاضي، فالطرف الذي يرى نفسه قد تضرر من الشرط المتنازع عليه يمكنه التصرف على أساس أن هذا الشرط لم يوجد أصلاً⁽⁷⁾.

¹ - ففي مجال العقود مثلاً يهدف المشرع من ممارسة هذا الجزاء إلى تقييد حرية المتعاقدين والتأثير في محتوى العقد من خلال منع إدراج شروط معينة حماية للمصلحة العامة، كما يهدف المشرع إلى تأمين الحد الأدنى من الأمن العقدي، أنظر المادة 184 من القانون المدني، و راجع:

Vincent COTTEREAU, La clause réputée non écrite, JCP éd G, 1993, I, 3691, n° : 12.

² - Paul LECANNU, La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés, in le juge et le droit de l'économie, Mélanges en L'honneur de Pierre Bézard, Paris, Petites affaires, Montchrestien 2002, p 113.

³ - COHENDRY, intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, RTD civ 1914, p 33.

⁴ - Vincent COTTEREAU, La clause réputée non écrite, op.cit, p 3691.

⁵ - G- MARTY, P- RAYNAUD, introduction générale à l'étude du droit, Sirey, Paris 1972, p 109.

⁶ - Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, op.cit, p402.

⁷ - Raymonde BAILLOD, à propose des clauses réputée non écrite, in Mélange à Louis BOYER, Toulouse, presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p16.

إن القاضي - ورغم لجوء المشرع صراحة إلى إعتبار الشرط المخالف لنص أمر من النظام العام كأن لم يكن - لا يستغني عن التفسير، فالقاضي هو الطرف الوحيد المخول بالنتبّت من وقوع المخالفة أي قيام الشرط متعارضا من النص الأمر، غير أن عملية التفسير هنا لا تنصب على طبيعة الجزاء - لقيام المشرع بتحديدده - وإنما تنصب على تحديد الشرط المخالف والعقد الذي أدرج فيه.

ثالثا - العقوبة الجزائية كمعيار للنظام العام

يعترف كثير من الفقهاء أن النص الذي يقيم المسؤولية الجزائية عند مخالفته هو من قواعد النظام العام، وجوه ذلك أن إقتران العقوبة الجزائية بمخالفة النص يعد دليلا على إنتماء النص القانوني للنظام العام⁽¹⁾، وإذا كان القاضي لا تتحسم لديه طبيعة النص عند لجوئه إلى معيار البطلان أو بقاء الشك في الطبيعة قائما، فإن وجود العقوبة الجزائية دليل حاسم للتأكد من أن النص من النظام العام، إذن فالمسؤولية الجزائية تكشف بما لا يدع مجالا للشك في طبيعة النصوص القانونية وانتمائها إلى النظام العام لأن من غايات قانون العقوبات حماية النظام الاجتماعي وردع السلوكات الخطيرة⁽²⁾.

ولبيان أهمية رصد العقوبات الجزائية لأفعال مجرّمة في قانون الشركات التجارية وعلاقة تلك النصوص المقررة لها بالنظام العام، نرجع بالدراسة والتحليل إلى نص المادة 733 في فقرتها الثانية من القانون التجاري والتي جاء فيها أن بطلان العقود أو المداولات التي لا تحتوي على تعديل للقانون الأساسي للشركة لا يحصل إلا عند مخالفة نص ملزم⁽³⁾، من هذا القانون أي القانون التجاري وبالتحديد النصوص المنظمة للشركات التجارية أو عند مخالفة القانون المنظم للعقود.

نريد من خلال النص المذكور النظر في ما إذا كان يستقيم مع ما يذهب إليه كثير من الفقهاء القول بأن مخالفة النصوص المنظمة للأحكام الجزائية المتعلقة بالشركات التجارية⁽⁴⁾ تؤدي بدورها إلى بطلان العقود أو المداولات، باعتبارها نصوص أمرة قد وردت في القانون التجاري وجاءت منظمة للشركات التجارية.

وللإجابة عن التساؤل لابد من النظر من جديد في مدى التوفيق بين توجه المشرع من جهة وبين القضاء من جهة أخرى، إذ يغلب على المشرع إعتماده على القياس المنطقي الذي ينطلق من مسلمة أن

¹ - François BARRIERE, ordre public et impérativité ; observations en droit pénal des sociétés anonyme, Rev soc, 2007, p714.

² - Sylvie CIMAMONTI, L'ordre public et le droit pénal, in l'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, Paris, Dalloz, 1996, p 89.

³ - لقد إستعمل المشرع في النسخة العربية لهذه المادة مصطلح " نص ملزم" وهي ترجمة غير موفقة لعبارة " Disposition impérative " في النسخة الفرنسية لنفس المادة، والترجمة الأصح " نص أمر" وهو ما يدعونا إلى القول بأن النص الملزم ليست صفة مقصورة على فئة محددة من نصوص القانون، لأن جميع القواعد القانونية ملزمة بطبيعتها.

⁴ - إن القانون الجزائي للشركات هو مجموعة القواعد القانونية المبيّنة للمخالفات والأفعال المجرّمة في واقع الشركات التجارية، كالتعسف في استعمال اموال الشركة، وتوزيع الأرباح الصورية، تقديم الوثائق المحاسبية التي تدل عن الوضعية غير الحقيقية للشركة أو عدم تقديمها، مخالفات التسيير، مخالفات الجمعية العامة من حيث الإنعقاد وحقوق الشركاء، ولقد وردت هذه النصوص في الباب الثاني بعنوان الأحكام الجزائية من الكتاب الخامس المنظم للشركات التجارية من القانون التجاري بدءا من المادة 800 إلى غاية المادة 840.

النصوص التي يترتب على مخالفتها عقوبات جزائية هي قواعد من النظام العام، وينطلق أيضا من مسلمة تقول أن العقود أو المداولات التي جاءت مخالفة لنصوص أمرة واردة في القانون التجاري أو قانون العقود باطلة، ليخلص في الأخير إلى نتيجة منطقية مفادها أن مخالفة أي قاعدة معاقب عليها جزائيا تعد قاعدة من النظام العام، وبالتالي يؤدي مخالفتها أيضا إلى بطلان العقود أو المداولات⁽¹⁾.

فهل يا ترى تبطل العقود أو المداولات إذا تضمنت ما يخالف الأحكام الجزائية الواردة في الباب الثاني من الكتاب الخامس من القانون التجاري، وهل يجعلها ذلك نصوصا من النظام العام لمجرد ترتيبها لعقوبات جزائية؟

حقيقة أن أحكام القضاء الفرنسي غير منسجمة بصدد هذه المسألة، تذهب بعض أحكام القضاء وتعتبر القواعد القانونية المرتبة لعقوبات جزائية قواعد أمرة تؤدي إلى بطلان العقود والمداولات المخالفة لها⁽²⁾، في حكم لمحكمة Montpellier أين تطرقت إلى إبطال الكفالة التي قام مسير شركة ذات مسؤولية محدودة بإبرامها وكانت الشركة كفيلا، ولقد أقامت المحكمة حكمها على مخالفة المادة 51 من قانون 24 جويلية 1964، حيث عقد الكفالة من العقود المحظورة التي لا يجوز لمسير الشركة إبرامها لمصلحته الشخصية مع الشركة⁽³⁾، إضافة إلى أن هذا العقد معاقب عليه بمقتضى المادة 425 من نفس القانون⁽⁴⁾.

إذن أقامت المحكمة حكمها بإبطال عقد الكفالة إستنادا إلى النصين المذكورين، وما يهمننا هنا أن الحكم تضمن إشارة إلى أن الإبطال سببه مخالفة اتفاق الكفالة لنص جزائي مما يدل على أن هذه الجهة القضائية قد كيّفت النصوص الجزائية على أنها نصوص قانونية أمرة، وبالنتيجة تؤدي إلى إبطال كل اتفاق مخالف لمضامينها، ولقد ذهب الأستاذ MOULY إلى أبعد من ذلك بالقول أن مخالفة النص الجزائي المذكور يجعل من الاتفاق متعارضا مع النظام العام، وعليه يجب إبطال ذلك العقد باعتباره عنصر من عناصر الجريمة⁽⁵⁾.

¹ - في هذا المعنى:

François BARRIERRE, ordre public et impérativité ; observations en droit pénal des sociétés anonyme op.cit, p 716.

² - Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p383.

³ - لا يوجد ما يقابل هذا الحكم في القانون التجاري الجزائري، وهو ما يعد موقفا غريبا أن لا يمنع المشرع مسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة من إبرام بعض الاتفاقات محاكاة لما نجده ضمن أحكام شركة المساهمة، أين يحظر على رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو القائمين بإدارة الشركة أن يعقدوا بأي وجه من الوجوه قروضا لدى الشركة أو أن يحصلوا منها على حساب جار لهم أو أن يجعلوا من الشركة كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لالتزاماتهم تجاه الغير، ولقد منعها المشرع نظرا لخطورتها على مصلحة الشركة، ويطلق الفقه على هذا الجانب من التنظيم القانوني لعلاقة المسير بالشركة التي يسيرها بالاتفاقات المنظمة Conventions réglementaires، فكيف إذن لم يتدارك المشرع بإدراج حكم مماثل بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة وأن لا يقتصر فقط على تجريمها بمقتضى المادة 800 من القانون التجاري، ولقد جاء نص المادة 51 في التشريع الفرنسي والتي أدرجت في القانون التجاري بهذه الصيغة:

Article L223-21 de code de commerce : A peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées.

L'interdiction s'applique également au conjoint, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée.

Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales

⁴ - والتي تقابلها المادة 800 من القانون التجاري الجزائري .

⁵ - CA Montpellier, 7 janv. 1980, Rev soc 1980, p 737, note : Christian Mouly.

ولم تذهب محاكم أخرى إلى إبطال الإتفاقات المخالفة للنصوص القانونية الجزائية، ولم تقر بشأنها أي إجراءات مدنية⁽¹⁾، وعلى رأس تلك المحاكم محكمة النقض الفرنسية حيث موقفها من مواقف المحاكم التي لا تلحق العقوبة الجزائية بإبطال الإتفاق المخالف، ويتجلى موقفها عند نظرها في مدى صحة المساهمات المتبادلة⁽²⁾ بين شركتين، إن المساهمات المتبادلة هي إحدى العلاقات المالية التي تنشأ داخل المجمع، حيث تمتلك إحدى الشركات المساهمة نسبة من رأسمال شركة أخرى تتجاوز 10%، ثم تقوم الشركة الأخرى بالمساهمة في رأسمال الشركة المساهمة أيضا، لذا وبهذا الشكل سميت المساهمة المتبادلة بين شركتين⁽³⁾، لكن المساهمة المتبادلة ممنوعة بمقتضى المادة 730 من القانون التجاري التي جاء فيها: " لا يمكن لشركة المساهمة أن تملك أسهما في شركة أخرى إذا كانت هذه الأخيرة تملك مباشرة جزءا من رأسمالها يزيد عن 10%" وترجع علة المنع هنا إلى خطورة المساهمة المتبادلة، فأراد المشرع حماية الدائنين في مواجهة تبادل رؤوس الأموال بين الشركات لنفس المجمع، وتؤدي المساهمات المتبادلة إلى صورية رأس المال وهو الضمان الرئيسي لحقوق الدائنين في شركات الأموال⁽⁴⁾.

وبرفض محكمة النقض الفرنسية جزاء الإبطال عند مخالفة نص قانوني جزائي، تكون قد انسأقت إلى الرأي الفقهي الذي يرى أن البطلان ليس جزاء حتميا عند مخالفة نص جزائي من طرف الشركاء في إتفاقاتهم المبرمة⁽⁵⁾.

نخلص إلى القول أن محكمة النقض لا ترى وجود رابط بين العقوبة الجزائية والبطلان، فكل جزاء يحتفظ باستقلالته وتلقي هذه الخلاصة بأثرها على تحديد النظام العام.

ويتجه أغلب الفقه إلى القول بأن دلالة العقوبة الجزائية حول طبيعة النظام العام دلالة مباشرة، رغم عدم كفاية هذه العقوبة لإثارة بطلان الإتفاقات المخالفة لها، لذا يجب الاحتفاظ والقول بالطبيعة الآمرة للنص الجزائي المقرر للعقوبات وانتمائه إلى النظام العام ولو لم يتبعه تقرير البطلان⁽⁶⁾، ويرد

¹ - ذهبت محكمة إستئناف باريس في قرار لها إلى عدم إلغاء الجمعية العامة المنعقدة للموافقة على حسابات الشركة لسنوات عديدة، واستندت المحكمة في قرارها إلى أن عدم الموافقة على حسابات السنة خلال 06 أشهر من قفلها لا يترتب إلا عقوبة جزائية فقط

CA Paris, 10 mai 1984, Bull Joly 1984, p 765.

² - Cass. com, 3 janv 1996, Bull Joly 1996, p 285, obs : Alain COURET

من حيثيات النزاع قام السيد Taillade والسيدة Laleau - Lamone بالتنازل لمصلحة شركة مساهمة Imogène عددا من الأسهم تعود لشركة 86 Pacthe والتي تملك 24.17 % من رأسمال شركة Imogène، غير أن هذه الأخيرة رفضت تسديد ثمن الأسهم المشتراة وطالبت بإبطال هذا التنازل، وطالب السيدان المتنازلمان بإتمام البيع، رأيت محكمة النقض أنه لا يجوز إبطال التنازل عن الأسهم رغم كونه جاء متعارضا مع المادتين 358 والمادة 482 من القانون 24 جويلية 1966 وهما من النظام العام، والسبب أن المادة 358 لم تنص على الإبطال، لذا إكتفت هذه المحكمة بالعقوبة الجزائية فقط.

³ - على سبيل المثال تقوم الشركة - أ- بالإكتتاب بما مقداره مليوني دينار في رأسمال الشركة - ب- وباستعمال هذه الأموال تقوم الشركة - ب- بالإكتتاب أيضا في زيادة رأسمال الشركة - أ-، إذن فتحقيق وإنجاز هذه العملية لن يتم فعليا وإنما سيتم حسابيا فقط، راجع :

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 363.

⁴ - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 880.

⁵ - Jean Pierre LEGROS, la nullité des décisions des sociétés, Rev soc 1991, p292.

ولقد ساق الأستاذ LEGROS العديد من الحجج لتبرير هذا الرأي منها إستقلالية القانون الجنائي عن القوانين الأخرى.

⁶ -Cass 1^{er} civ, 15 déc 1988, RTD civ 1999, p 383,note : Jacque MESTRE

BARRIERE بالقول أن النص الجزائي نص ذو طبيعة أمرية تكفي طبيعته تلك لمنع الشركاء من الاتفاق على مخالفته⁽¹⁾.

ولوضع حد للجدل الفقهي الدائر حول دور النص الجزائي وطبيعته في مفهوم النظام العام، ذهب الأستاذ BARRIERE إلى القول بضرورة التفرقة بين قواعد النظام العام والقواعد الأمرة البسيطة، ويرى أن معيار التفرقة يكمن أساسا في غايات المشرع من تقرير العقوبة الجزائية، ما إذا كانت العقوبة تهدف إلى حماية المصلحة العامة والأمن الاجتماعي، كان النص من النظام العام. وعلى العكس من ذلك إذا اختلفت نية المشرع وكانت مجرد حماية المصلحة الخاصة من وراء رصد العقوبة الجزائية، كان النص مجرد نص أمر، وتطبيقا لذلك يخلص الرأي إلى اعتبار النصوص الجزائية الرامية إلى حماية المصلحة العامة هي وحدها النصوص التي تؤدي إلى بطلان أي إتفاق جاء مخالفا لها⁽²⁾.

بيد أن هذا الرأي لم يلق إجماعا فقهيًا، فظل رأيا منفردا، أخذ عليه أن التفرقة بين قواعد النظام العام والقواعد الأمرة مجرد تفرقة من الناحية الشكلية لا تجد لها أساسا موضوعيا، وذلك لأن كل قاعدة من النظام العام هي بالضرورة قاعدة أمرية⁽³⁾، ضف إلى ذلك أن المادة 733 من القانون التجاري ورد بها أن مخالفة النصوص الأمرة هو سبب حقيقي لبطلان العقود والمداولات، وعليه لا يستقيم ولا يصح القول أن قواعد النظام العام هي وحدها من تكون تصلح أن تكون سببا للبطلان.

المطلب الثاني: المعايير الخاصة في تحديد طبيعة النص القانوني

لقد سار المشرع على نفس النهج الذي انتهجه عندما حدد للمتعاقدین مجمل العقود التي يمكنهم إبرامها، فحدد للشركاء مجمل الشركات التي يمكنهم تأسيسها، بيد أن القانون المدني يختلف عن القانون التجاري في إفساحه للمجال أمام المتعاقدين لكي يبرموا عقودا أخرى قد تقوم على العقود الواردة في نصوص القانون أو قد تكون عقودا مستقلة بذاتها، ولم يتضمن القانون التجاري مثل هذه المسألة، إذ لا يجوز للشركاء أن ينشئوا شركة لم تشر إليها نصوص القانون، وإنما ليس أمامهم إلا خيار واحد من تلك النماذج التي تكفل المشرع بتنظيمها، مما يمنعهم من أن ينشئوا شركة من تصوّرهم أو أن يخلطوا بين أحكام الشركات لينشئوا شركة هجينة تجمع خصائص الشركات كلها، فكل ذلك غير جائز استنادا إلى النظام العام.

¹ - François BARRIERE, ordre public et impérativité ; observations en droit pénal des sociétés anonyme op.cit, p 716.

² - Ibid , p 716.

³ - Cécile Pérès- DOURDOU, La règle supplétive, LGDJ, Paris 2004, p 300.

ويندرج تقييد المشرع لإرادة الشركاء بهذا الشكل ضمن ضرورات حماية الغير الذي يتعامل مع الشركة، حتى يصبح قادرا على تحديد الضمانات التي يمنحها إياه كل نوع من أنواع الشركات والسلطات الممنوحة لأجهزتها والعلم بذلك بكل سهولة بمجرد الرجوع إلى نصوص القانون التجاري، مما يدل على أن المشرع قد رسم لكل شكل من الأشكال المعروفة للشركات خصائص معينة لا يجوز للشركاء تعديلها أو تغييرها، مما يمنع الشركاء من الاتفاق حول شروط تأسيسية أو إبرام اتفاقات بينهم تهدف إلى تشويه ملامح الشركة مفقدا إياها تكوينها الأصيل، أو إلى إنشاء شركات غير مسمأة. ونستطيع أن نستنتج من هذه اللحظة أن قيام المشرع بالتفرقة بين الشركات يساعد على رسم حدود النظام العام، طالما أنه لا يجوز للشركاء تغيير الخصائص الأساسية لكل نوع من أنواع الشركات.

ولا تخفى أهمية البحث عن النظام العام من بين التقسيمات التي اعتمدها المشرع للشركات التجارية، خاصة بعد أن أصبح الشركاء يلجؤون إلى تغيير مضمون الشركة خلافا لما يضعه المشرع، لذا يقع التساؤل حول دور النظام العام في الحفاظ على خصائص الشركة ومدى تميّز كل نوع منها عن الأنواع الأخرى، ويتجلى دور النظام العام من خلال مواجهته بالظاهرة العقدية التي مسّت قانون الشركات التجارية، والنظر أيضا في صحة بعض الشروط المدرجة في القوانين الأساسية التي يعمد الشركاء من خلالها إلى التقريب بين أنواع الشركات.

ومن أجل بلوغ الهدف من الدراسة - أي تحديد النظام العام - يجب أن نلجأ إلى تصنيف الشركات التجارية الذي اعتمده المشرع، والتصنيف هو القيام بجمع الشركات المتجانسة والمتقاربة من الناحية الموضوعية، ويقوم التصنيف على أساس مشترك وجعل تلك الشركات في مجموعات، ومن هنا لا يجوز للشركاء أن يغيّروا من خصائص الشركة التي تم تأسيسها بشكل يخرجها عن التصنيف الذي نص عليه المشرع، مهما كانت طريقة التغيير سواء بشروط تأسيسية أو اتفاقات بين الشركاء.

إن المشرع لم يضع نصوصا صريحة تبين أصناف الشركات التجارية، وإنما تولى ذلك الفقه اعتمادا على خصائص كل نوع من أنواع الشركات والتي ورد بها نص صريح من نصوص القانون التجاري، ولذلك تستبعد من دراستنا تلك التصنيفات التي يغلب عليها الطابع الفقهي ولا تستند إلى نصوص القانون، مثال ذلك تصنيف الشركات التجارية إلى شركات أموال وشركات أشخاص، إن مثل هذا التصنيف تصنيف فقهي لا يستند إلى نصوص قانونية.

وبالرجوع إلى أهم التصنيفات يمكننا حينها إستخلاص مبادئ قانونية ثابتة تعد حلا فاصلا بين أنواع الشركات وهي التي تحفظ خصوصية كل شكل من أشكال الشركات، سنعكف في دراستنا هذه على دراسة مبدأ المسؤولية المحدودة كنتيجة لتقسيم الشركات إلى شركات ذات مسؤولية محدودة وأخرى غير محدودة (الفرع الأول)، كما سنتطرق إلى مبدأ قابلية الأسهم للتداول الذي يعد حدا فاصلا بين شركات

الأسهم وشركات الحصص (الفرع الثاني)، وأخيرا سنعرض إلى مبدأ مراعاة الشخصية المعنوية للشركة كمعيار للفصل بين الشركات المكتسبة للشخصية المعنوية والشركات المجردة منها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبدأ المسؤولية المحدودة

إن أساس التفرقة بين الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات ذات المسؤولية غير المحدودة يكمن في حدود المخاطر التي يتعرض لها الشركاء بعد تأسيس الشركة، والتي تنبثق من النشاط. وينقسم الشركاء في مواجهة المخاطر إلى قسمين، شركاء يتحملون مسؤولية شخصية وغير محدودة حول ديون الشركة، وفي هذا النوع من الشركات تتضاءل فاعلية الشخصية المعنوية للشركة ذاتها لأن الدائنين لا تهمهم الذمة المالية للشركة بقدر ما تهمهم ملاءة الشركاء فيها. وإلى شركاء لا يتحملون إلا مسؤولية محدودة بقدر ما قدّموه من حصص عند التأسيس، أي لا يتحملون من ديون الشركة سوى حصصهم، وهنا تنتج الشخصية المعنوية كامل أثارها لتصبح حاجزا بين الدائنين وضمم الشركاء، ولذا لا ضمان للدائنين سوى أصول الشركة أو ذمتها المالية⁽¹⁾.

إن الإهتمام بنطاق المسؤولية حول ديون الشركة معيار أساسي يراعيه الشركاء عند التأسيس وإختيار النوع الملائم، بل ويغدو عاملا محددًا لشكل الشركة، فالشريك يتخوّف عادة قبل المساهمة في الشركة من الأعباء المالية التي قد يتحملها عند إفلاس الشركة أو حلّها⁽²⁾، وبالاستناد إلى حدود المخاطر يجوز أن تصنّف الشركات التجارية إلى شركات ذات مسؤولية محدودة وأخرى ذات مسؤولية غير محدودة أين يلتزم الشركاء بعدم تغيير الخصائص في كل نوع من هذين النوعين، وذلك لإختلاف بناء كل نوع. وتحديد المسؤولية أو عدم تحديدها من الخصائص الجوهرية والضرورية في جميع الشركات المنضوية تحت هذا التصنيف، ولقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تكييفه كقاعدة من النظام العام، مما يؤهل مبدأ المسؤولية المحدودة ليكون قيّدا على حرية الشركاء في التعاقد.

أولا: مبدأ المسؤولية المحدودة مبدأ من النظام العام

لقد جاء في نص المادة 592 من القانون التجاري الجزائري على أن شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم. جاء النص مؤكدا لمبدأ المسؤولية المحدودة في شركة المساهمة، أي أن الشركاء أو المساهمين لا يسهمون في تحمّل ديون الشركة إلا بحدود الأسهم التي اكتتبوا فيها، وتشترك في هذا الحكم الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفقا لما تضمنته المادة 564 من نفس القانون.

¹ - Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p192.

² - G- RIPERT, R- ROBLOT, droit commercial, op.cit, p n° : 934.

إن مبدأ المسؤولية المحدودة من الخصائص الجوهرية لشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهي الشركات التي يتعرّض الشركاء فيها إلى مخاطر محدودة مما يجعل هذه الشركات متميّزة عن غيرها، ويعد هذا الاتجاه الغالب في الفقه وهو الفقه الذي يستند إلى التفرقة التقليدية التي كان يتبنّاها القانون الروماني قديماً، إذ يميز الرومان بين أجزاء العقد. يرون أن العقد يحتوي عناصر ضرورية [Les essentialia] ، وهي جوهر العقد بحيث لا يقوم العقد بدونها، ويحتوي العقد عناصر طبيعية [Les naturalia] وهي عناصر داخلية في طبيعة العقد ليست غريبة عنه ويمكن الاستغناء عنها بإرادة المتعاقدين. ويحتوي العقد على عناصر عرضية [Les accidentalia] وهي عناصر لا تدخل في طبيعة العقد وإنما وردت به لأن المتعاقدين أضافوها بمقتضى شروط عقدية خاصة أضيفت إلى العقد⁽¹⁾.

يبدو أنه استناداً إلى التقليد الروماني في تقسيم عناصر العقد تصبح المسؤولية المحدودة عنصراً ضرورياً وجوهرياً في شركة المساهمة، ولا يجوز للشركاء أن يتفقوا على ما يخالف ذلك لأن المبدأ من النظام العام، كما أن اتفاق الشركاء الذي يؤدي حتماً إلى تغيير الخصائص الجوهرية في الشركة مآله البطلان⁽²⁾.

ويتضح من ناحية أخرى أن المادة 592 المذكورة قاعدة من النظام العام وليست مجرد قاعدة مكملّة، مما لا يجوز للشركاء أن يدرجوا شروطاً في القانون الأساسي أو أن يبرموا اتفاقات فيما بينهم تجعل من المسؤولية عن ديون الشركة غير محدودة.

ولقد أكّدت محكمة النقض الفرنسية انتماء مبدأ المسؤولية المحدودة في شركة المساهمة إلى النظام العام، في قرار قضت بأن الشركاء في شركة المساهمة لا يتحمّلون من الديون المترتبة سوى بقدر حصصهم وذلك في حال عدم كفاية أصول الشركة، وترجع حيثيات النزاع إلى مساهم في شركة تعاونية أخذت شكل شركة مساهمة، ألزمتها الشركة بالمساهمة في تحمّل خسائر الشركة، حيث طعن المساهم بالنقض في قرار محكمة Aix en Provence استناداً على المادة 225-1 من القانون التجاري الفرنسي (الموافقة للمادة 592 من القانون التجاري الجزائري)، لكونها من النظام العام وهي المادة التي بيّنت العناصر الأساسية لشركة المساهمة، مستنداً كذلك في طلب النقض إلى أن تحديد مسؤولية المساهم من شأنه حماية الإدخار ويحافظ على تكوين الأموال الخاصة، وكانت الشركة قد ألزمت المساهم بنصيب من الديون بما يتجاوز حدود مساهمته في الشركة مستندة على شرط في القانون الأساسي يلزم مساهمها على تحمّل ديون الشركة بما

¹ - يعود التقسيم الثلاثي لأجزاء العقد إلى الرومان، ثم قام Pothier بتحديثها من جديد، وعنده أن العناصر الضرورية لأي عقد هي عناصر جوهرية لا ينشأ العقد إلا بها وبالتالي لا يجوز للمتعاقدين الإستغناء عنها، راجع:

Jean CARBONNIER, Droit civil, vol2, collection Quadrige, Puf, Paris, 2004, p 2114. J- Rochfeld, cause et type de contrat, LGDJ, Paris, 1999, p 147

² -Laurent GODON, Les obligations des associés, op.cit, p 47.

يتجاوز حصصهم، مؤكدا في طلب النقض أيضا على بطلان مثل هذا الشرط لمخالفته النص المذكور، ولقد أيدت محكمة النقض حجج المساهم وقضت بالنقض⁽¹⁾.

كما أكدت محكمة النقض الطبيعة الأمرة لمبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة معتبرة ذلك من العناصر الضرورية في هذا الشكل من الشركات، مما لا يجيز للشركاء الخروج عنه بالاتفاق بأن يجعلوا من المسؤولية غير محدودة في تحمل ديون الشركة، كما يعد مبدأ تحديد المسؤولية عنصرا مهما في تكييف الشركة وتحديد شكلها، ومحكمة النقض بموقفها هذا تكون قد مارست رقابتها على احترام الشركاء للأسس التي تقوم عليها الشركة ومنعهم من المساس بها بداعي الحرية التعاقدية.

كما تشترك في تحديد مسؤولية الشريك شركة التوصية بالأسهم التي لا يتحمل فيها الشركاء الموصون من خسائر الشركة إلا بقدر حصصهم وفقا لما تقضي به المادة 715 ثالثا من القانون التجاري الجزائري.

ولقد حاول الأستاذ JOBERT أن يعرف مبدأ المسؤولية المحدودة، فقال هو ذلك المبدأ الذي يجعل من الشريك أو المساهم غير ملزم بالمساهمة في تحمل خسائر الشركة إلا في حدود الحصة المقدمة، كما لا يلزم تجاه دائني الشركة بتسديد الديون خلال حياة الشركة بأن يفرض عليه تحمل تكاليف ناتجة عن النشاط فيلزم بتسديد مبالغ مالية لصالح الشركة، كما يترتب على مبدأ تحديد المسؤولية عدم جواز نقل الشركة لمخاطر معينة وتحمل الشركاء بها⁽²⁾.

كما يعد مبدأ المسؤولية المحدودة بهذا المفهوم من أهم المبادئ المترتبة على إكتساب الشركة للشخصية المعنوية، مكتسبة لذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء مما يجعلها المدين الوحيد تجاه الدائنين الذين لا يجوز لهم الرجوع عن الشركاء إلا بقدر حصصهم ولا رجوع أصلا إلا عند عدم كفاية أصول الشركة في الوفاء⁽³⁾.

بيد أنه رغم الدلالة الواضحة التي يتضمنها مبدأ المسؤولية المحدودة في قانون الشركات التجارية بأن يجعل الشركاء أو المساهمين لا يتحملون ديون الشركة إلا بقدر حصصهم، فإن الواقع يشير بخلاف ذلك، فإذا رجعنا مثلا إلى شركات المساهمة نجد أن تأسيسها عادة يتم برساميل دنيا نظرا لما منحه المشرع للمساهمين من جواز عدم إلزامهم بتسديد كامل حصصهم عند التأسيس، كما أن مبدأ الثبات في رأس المال لا يعول عليه الدائنون كضمان لديونهم، كما أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي أخذت شكل شركات الأموال تسعى منذ تأسيسها إلى الحصول على مصادر تمويلية بغية تطوير نشاطها ومواجهة ديونها، كل هذه الأسباب الواقعية تجعل عادة من المسير أو إدارة الشركة في حاجة إلى الشركاء خاصة ذوو الأغلبية

¹ - Cass.com 26 juin 1984, rev soc 1985, p 124, note : J- HEMARD

ولقد خلص الأستاذ HEMARD في تعليقه إلى أن تحديد مسؤولية المساهم في شركة المساهمة من الخصائص الهامة في هذه الشركة، تميزها عن باقي الشركات الأخرى ولكنها تقترب من الشركة ذات المسؤولية المحدودة مع اختلافها في تكوين رأس المال، حيث ينقسم إلى أسهم قابلة للتداول في شركة المساهمة، أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فأصل المال يتشكل من حصص غير قابلة للتداول إلا بالطرق المدنية، كما خلص أيضا إلى الطبيعة الأمرة لنص المادة 73 من القانون 24 جويلية 1966.

² - Laurent JOBERT, Le principe de responsabilité limité, Bull Joly, Chronique, Février 2007, p 45, p225.

³ - J- PAILLUSEAU, La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise, LGDJ, p53.

منهم بإلزامهم بدفع تسبيقات على الحساب الجاري لمصلحة الشركة، أو التقدّم ككفيل للشركة أمام المؤسسات المالية كالبنوك أو في مواجهة مومّنيها الرئيسيين، وإذا كان هذا وضع الشركات ذات المسؤولية المحدودة فالوضع يختلف في الشركات الأخرى أين تكون مسؤولية الشركاء غير محدودة بل وتضامنية أيضا، فالدائنون في هذا النوع الأخير يملكون ضمانات فعّالة وهي ذم الشركاء أنفسهم، من هنا يتضح مدى ضعف مبدأ المسؤولية المحدودة من الناحية الواقعية، ودلائل ذلك واضحة كقيام شركات المساهمة بإلزام مساهميها بدفع أموال لمصلحتها تحت غطاء الدعوة إلى الحصول على الأموال [Appels de fonds] وتبرر تلك الشركات ممارساتها تلك بالحاجة الملحة إلى تعزيز الأموال الخاصة في ذمتها المالية، مما دفع ذلك بالأستاذ Mousseron إلى التساؤل حول جدية تحديد مسؤولية الشركاء حول ديون الشركة بقدر حصصهم ما دامت القوانين الأساسية لشركات المساهمة تتضمن بنودا تجيز دعوة الشركاء لدفع الأموال⁽¹⁾.

كما ذهب GODON إلى القول، ما الذي يدفع الشركاء في شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى القبول بتحمل تكاليف مالية لا تتعلق بالحصص المدفوعة من طرفهم رغم عدم وجود ما يلزمهم بذلك من نصوص القانون، كما أنهم بذلك يجعلون من أنفسهم شركاء مسؤولون عن ديون الشركة من غير تحديد⁽²⁾.

إن سرد الآراء الفقهية المشككة في فاعلية مبدأ تحديد المسؤولية يضطرننا إلى عرض الرأي الفقهي الذي يرى عدم الاعتداد بمبدأ تحديد المسؤولية الشركاء كمبدأ من النظام العام، وإن كان هذا الرأي ضعيف قد فنّده أغلب الفقه وهو الرأي الذي ذهب إليه الأستاذان Renault و Lyon-Caen ، حيث ذهبوا إلى القول بأن مسألة تحديد مسؤولية الشركاء من العناصر المتعلقة بطبيعة الشركة وليس عنصرا ضروريا من عناصرها، ونحن نقصد بالشركة هنا شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم⁽³⁾، ويؤدي رأيهما إلى آثار قانونية كجواز أن يصبح الشركاء أو المساهمون في شركة المساهمة مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية غير محدودة رغم كونها شركة مساهمة، حيث حصص هؤلاء الشركاء مجسّدة بأسهم تقبل التداول، ويغدو مبدأ تحديد المسؤولية وفقا لهذا الرأي مجرد قاعدة مكملة وليس من النظام العام، لذا يجوز للشركاء أن يتفقوا على تحمل ديون الشركة بما يتجاوز حدود مساهمتهم في الشركة، بأن يدرجوا شرطا في القانون الأساسي يفيد بذلك⁽⁴⁾.

ولقد تجاوب القضاء الفرنسي مع هذا الرأي في القرار الذي أشرنا إليه فيما سبق حيث ذهبت محكمة إستئناف Aix de Provence في قرارها الصادر في 18 أكتوبر 1982، ولقد ذهبت في قرارها بما يخالف

¹ - Pierre Mousseron, note sous cass.com, 24 juin 1997, JCP.G, II, 1997, n° :22966, Paul LECANNU, de la conception usuelle des sociétés anonymes, note sous cass.com, 3déc 1991, Bull Joly sociétés 1992, p 166, s46.

² - Laurent GODON, Les obligations des associés, op.cit, p 190.

³ -Ch- Lyon CAEN, L- Renault, Traité de droit commercial, T. II, libr. Cotillon, 1929, n° : 679.

⁴ - Laurent JOBERT, Le principe de responsabilité limité, op.cit, p 227.

حكم محكمة Antibe الذي تضمن عدم جواز تحمل الشركاء خسائر الشركة بما يتجاوز حدود مساهمتهم، جاء قرار محكمة إستئناف Aix de Provence مؤيدا لعدم تحديد مسؤولية الشركاء معتبرة أن المادة 73 من القانون 24 جويلية 1966 قاعدة مكمّلة، وليست من النظام العام⁽¹⁾، ولقد رأينا أن محكمة النقض الفرنسية لم تؤيد محكمة الإستئناف إلى ما ذهبت إليه حيث تم نقض قرارها، وأوضحت محكمة النقض موقفها في هذه المسألة بأن اعتبرت مبدأ تحديد المسؤولية في شركة المساهمة هو مبدأ من النظام العام.

والحقيقة أن هذا القرار لم يكن القرار الوحيد الذي تعرّض إلى الطيبة القانونية لمبدأ تحديد مسؤولية الشركاء، إذ سبق وأن تعرض القضاء الفرنسي إلى هذه المسألة، ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ 13 جوان 1978 صراحة إلى القول بأن مبدأ تحديد مسؤولية الشركاء قاعدة مكمّلة، وتضمن هذا القرار البت في نزاع قام بين السيد م والسيدة د، حيث تنازلت هذه الأخيرة للسيد م عن 430 سهما من أصل 2500 سهم، وهي رأسمال شركة المساهمة المجددة في فندق، ورغبة من السيد م في تفادي ظهور ديون على الشركة خارج ميزانيتها اتفق مع السيدة د المتنازلة حول شرط يتم إدراجه في عقد التنازل ذاته، يقضي هذا الشرط بالتزام المتنازلة بتسوية كل الديون التي تنكشف بعد التنازل والتي لم تكن مسجلة في حسابات الشركة كالضرائب مثلا أو الرسوم ... إلخ. إن الإشكال القانوني هنا هو معرفة مدى التزام المتنازلة بضمان ديون الشركة هل يتقيد هذا الضمان بمقدار الأسهم التي تنازلت عنها للسيد م أو يتجاوز ذلك ليشمل كامل الديون التي تظهر بعد التنازل. محكمة إستئناف باريس في قرارها ذهبت إلى ترجيح مبدأ تحديد مسؤولية المتنازلة بقدر الأسهم المتنازل عنها مستندة إلى أحكام قانون الشركات التجارية 24 جويلية 1966، إضافة إلى لتفسير شرط الضمان المدرج في عقد التنازل، لكن قرار محكمة النقض جاء مخالفا لقرار محكمة إستئناف باريس حيث انتقدت قرارها بأنه تضمن تشويها للعبارات الواضحة في الشرط المتنازع فيه، إضافة إلى تجاهل الطيبة المكملة لقاعدة تحديد مسؤولية المساهمين في شركة المساهمة وبالتالي جواز مخالفتها بمقتضى الاتفاق⁽²⁾.

إلا أن الفقه توجه بالنقد الشديد لهذا القرار، فالفهاء يذهبون إلى القول بأن مبدأ تحديد المسؤولية مبدأ من العناصر الضرورية في شركة المساهمة وهو مبدأ من النظام العام لا يجوز للشركاء الاتفاق على خلافه، وإن المسؤولية المحدودة هي من أهم خصائص شركة المساهمة، ويقودنا هذا الحكم إلى الإقرار بصحة الرأي الذي يرى أن المسؤولية الشخصية غير المحدودة في شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة هي أيضا من النظام العام، لذا لا يجوز للشركاء في هذين النوعين من الشركات أن يتفقوا بمقتضى بنود في القانون الأساسي على تحديد المسؤولية حول ديون الشركة بأن تتحدد بقدر حصصهم

¹ - يرى الأستاذان Jeantin و Alfrandari أن قرار محكمة إستئناف Aix de Provence قد صدر عن جهة قضائية دون ظهور أي براعة قضائية فيه، بل إنه احتوى على توجه مبتدع، لذا كان نقض القرار نقضا صحيحا أصابت فيه محكمة النقض الفرنسية، راجع:

CA Aix, 15 octobre 1982, RTD com 1984, p 484, obs : E- Alfrandari, M- Jeantin.

² - Cass.com 13 juin 1978, Bull, civ IV, n° : 163, Rev soc 1979, p 843, note : F- TERRE.

المقدمة، وذلك لأن مبدأ المسؤولية الشخصية وغير المحدودة هي من العناصر الضرورية في شركة التضامن وشركة التوصية، لذا تغدو قاعدة من النظام العام، وكما يقول الأستاذ MERLE أن الالتزام الواقع على الشركاء بتحمل خسائر الشركة بصفة شخصية وغير محدودة هو التزام قانوني في شركة التضامن وشركة التوصية، وكل شرط في القانون الأساسي من شأنه تقييدها هو شرط غير نافذ في مواجهة الدائنين، كأن يتضمّن الشرط تحديد مسؤولية الشريك بقدر حصته أو تحمّله لدين معين دون بقية الديون الأخرى⁽¹⁾.

ثانياً: مبدأ المسؤولية المحدودة، قيد على حرية الشركاء في التعاقد

لقد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن مبدأ المسؤولية المحدودة من مبادئ النظام العام كونه ينتمي إلى العناصر الضرورية في شركة المساهمة، وكل شركة تقوم على تحديد مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة بقدر حصصهم، وبهذا الوصف يؤثر مبدأ المسؤولية المحدودة في الحرية التعاقدية للشركاء مقيدا للاتفاقات التي قد يحاول من خلالها الشركاء الحد من المبدأ المذكور أو الانتقال به إلى وضع تصبح فيه مسؤولية الشركاء غير محدودة وشخصية حول ديون الشركة، ويتجسد تأثير مبدأ تحديد المسؤولية في الحرية التعاقدية كونه من النظام العام بأن لا يجوز للشركاء إلغاء المبدأ من شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة ويتم ذلك حين يتفقوا على إدراج بنود أو شروط في القانون الأساسي للشركة توسّع من مسؤولية الشركاء عن الديون تجاه الدائنين، أو أن يتفق الشريك المتنازل مع المتنازل إليه سواء كان من الغير أو شريك بأن يتحمّل ديون الشركة بما يتجاوز حدود مساهمته في الشركة، وهو ما يعرف بشرط ضمان الديون.

أ- شروط القانون الأساسي المخالفة لمبدأ تحديد المسؤولية

تظل القاعدة في هذا الشأن أن لمبدأ المسؤولية المحدودة طبيعة أمرية، إذ لا يمكن الخروج عنه بواسطة شرط أو بند مدرج في القانون الأساسي للشركة، لأن ذلك من شأنه المساس بميزة من ميزات الشركات ذات المسؤولية المحدودة كشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، ولقد سبق وأن رأينا موقف القضاء الفرنسي حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 26 جوان 1984 المذكور⁽²⁾، إلى أن الشركاء لا يمكنهم إدراج مثل هذا الشرط في القانون الأساسي، شرط من شأنه جعل الشركاء مسؤولون عن ديون الشركة بما يتجاوز حدود حصصهم، كما لا يعد صحيحا الشرط الذي يجعل الشريك مسؤولا عن كامل ديون الشركة تجاه دائنيها، بيد أن محكمة النقض لم تشر في قرارها إلى مصير مثل هذا الشرط إن كان يجب اعتباره باطلا، وباللجوء إلى القياس يمكن الاستنتاج أن مثل هذا

¹ - Ph- MERLE, droit commercial : sociétés commerciales, op.cit, p 180.

² - Cass.com 26 juin 1984, Rev soc 1985, p 124, note : Jean HEMARD.

الشرط يقترب كثيرا من شرط الأسد، ومن المعلوم أن شرط الأسد يعد من الشروط التي تعد كأن لم تكن إذا وردت في عقد الشركة⁽¹⁾.

إن الخروج الصريح عن مبدأ المسؤولية المحدودة لا شك فيه أنه باطل كلما تجسّد في اتفاقات يبرمها الشركاء، حيث يصبح الشركاء بمقتضاها مسؤولون بغير تحديد عن ديون الشركة، إلا أن الشك يقوم إذا لم تكن الشروط واضحة الدلالة في مخالفتها للمبدأ، إذ نقصد بالشروط هنا الشروط المدرجة في القانون الأساسي أو في وثيقة أخرى غير تأسيسية كالقانون الداخلي، من شأن هذه الشروط أن تلزم الشركاء أو المساهمون بالمساهمة في تكاليف الإستغلال، أي نشاط الشركة وتسمى بدعوات تحصيل الأموال [Appels de fonds]، وليس نادرا أن تلجأ الشركات إلى تلك الممارسات، ويشير الأستاذ RIZZO بالقول بوجود مثل تلك الإجراءات التي تنتهي إلى إلزام الشركاء بالدفع المنتظم لمساهمات مالية لمصلحة خزينة الشركة⁽²⁾، إلا أنه لا يمكن الجزم حقيقة بصحة مثل تلك الإجراءات لكونها تجعل من الشركاء يلتزمون بأداء ديون الشركة في شركة تقوم أساسا على عدم التزام الشركاء سوى بتحمّل الخسائر، والحقيقة أن هناك فرق بين المفهومين بين تحمّل الخسائر من جهة والالتزام بديون الشركة من جهة أخرى.

إن مساهمة الشركاء في الخسائر يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الشركة كما جاءت به المادة 416 من القانون المدني، وينحصر تحمّل الخسائر في العلاقات بين الشركاء لذا لا يلتزم بها هؤلاء إلا بعد حل الشركة، لأنه بعد ذلك سيتضح إن كان استيفاء الدائنين لديونهم سيستغرق كامل رأس المال، ومن هنا يتجلى قيام الشركاء بتحمّل الخسائر لأن الشريك قد لا يسترد كامل حصته أو يسترد بعضا منها وهو بالذات مبدأ تحديد المسؤولية، أما دفع ديون الشركة فيراد به التزام الشركاء بالوفاء في مواجهة الدائنين في كامل ذممهم المالية دون التقيد بمقدار حصصهم⁽³⁾.

وتعرّف دعوة تحصيل الأموال بأنها لجوء الشركة إلى إلزام الشركاء بدفع مبالغ مالية زيادة عن حصصهم التي قاموا بتسديدها عند التأسيس، وتتوجه الشركة بهذه الدعوة أثناء حياة الشركة وممارستها للنشاط، ومعنى ذلك أن الشركة لا تقوم بزيادة رأسمالها وإنما ألزمت الشركاء بأموال إضافية بغية إستغلالها في تحقيق غرضها⁽⁴⁾.

¹ - يرى الأستاذ JOBERT أن إبطال الشرط دون غيره أفضل الحلول، والمشرع لم ينص صراحة حول مصير الشرط، لذا إبقاءه على الشركة قائمة وإبطال الشرط حل ملائم دون حاجة إلى إعادة تكييف الشركة ومنحها شكلا آخر، راجع:

Laurent JOBERT, Le principe de responsabilité limitée, op.cit, p235.

² - Fabrice RIZZO, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, RTD com, 2000, p 45.

³ - P. CARCREFF, Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes, Gazette de palais 1975, 1, 145. Maurice COZAIN, Alain VIANDIER, op.cit, n° :1431, Ph- MERLE, sociétés commerciales, op.cit, n° : 40, L- Kendérian, La contribution aux pertes sociales, Rev soc 2003, p 617, Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p 130.

⁴ - Laurent GODON, les obligations des associés, op.cit, p 188.

لقد تعرّض القضاء الفرنسي إلى صحة دعوات تحصيل الأموال، إذ اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى إقرار صحتها في القرار الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1991، ولقد تضمن هذا القرار صحة شرط مدرج في القانون الأساسي لشركة مساهمة تشغل ميناء ترفيهي كمنشآت تجاري لها، وبسبب تكبّد الشركة لخسائر متتالية نتيجة للنشاط، وجّهت هذه الأخيرة إلى زوجين من مساهميها طالبة إياهما بدفع مبالغ مالية بدعوى تجديد المعدات والتجهيزات والتجريف، قام المساهمان برفض تسديد الدفعات بحجة بطلان دعوات التسديد، واستند المساهمان إلى نص المادة 1836 من القانون المدني الفرنسي التي تمنع على الشركة زيادة التزامات المساهمين من الناحية المالية، وأكد المساهمان أيضا على أن الشركاء غير ملزمين بتغطية عجز نشاط الشركة، إذ تعد هذه الأخيرة المدين الوحيد بتغطيته ولا يلتزمون بتحمل النفقات العامة المتعلقة بهذا النشاط⁽¹⁾.

رفضت محكمة استئناف Renne الطلبات المقدمة من المساهمين مرّجة الطلبات التي قدمتها الشركة لترفض بعد ذلك محكمة النقض نفسها الطعن بالنقض الذي تقدم به المساهمان ضد حكم محكمة استئناف Renne، حيث أكدت محكمة النقض صحة الشرط الذي يقضي بتحصيل الأموال من المساهمين مستندة في قرارها على أسس عديدة مبيّنة من خلال ذلك الشروط التي يجب توفرها حتى تغدو دعوات تحصيل الأموال صحيحة حتى وإن كانت في شركات المساهمة⁽²⁾.

بداية أوردت محكمة النقض في قرارها هذا بما يشير إلى أن المساهمين يعلمان علما يقينيا بوجود الشرط الذي يجيز للشركة إلزامهما بدفع مبالغ مالية ولا يؤثر في ذلك وجود الشرط في النظام الداخلي لأنه في الحال هذه قد تمت الموافقة على هذا الأخير من طرف المساهمين بنفس الكيفية التي تمت بها الموافقة على القانون الأساسي للشركة، ولقد علما بذلك منذ شرائهما للأسهم وإمضائهما على التعهد⁽³⁾ وهو شرط العلم، كما بينت محكمة النقض في قرارها أن المساهمين إضافة إلى علمهما بوجود شرط دعوات تجميع الأموال بأن الشرط ذاته قد بيّن بدقة وبكل وضوح مقدار الأموال واجبة الدفع والأسس التي حسبت وحددت على أساسها تلك الأموال، فخلصت محكمة النقض إلى أن محكمة استئناف Renne قد طبقت قانون الأطراف أي ما ارتضاه المساهمون بالذات⁽⁴⁾، وهذا شرط التحديد.

كما أوضحت محكمة النقض أيضا أن مطالبة الشركة للمساهمين بتسديد الأموال لم يكن بقصد تسديد ديونها تجاه الدائنين أو لتسديد تكاليف عامة مترتبة عن النشاط، وإنما كان لتسديد خدمات استفاد منها المساهمان من طرف الشركة ذاتها، مؤكدة أن ذلك ما تضمّنه الشرط⁽⁵⁾، وهذا هو شرط الخدمات المقابلة.

¹ - Cass.com, 3 décembre 1991, Rev soc 1992, p 305, note : Y- GUYON

² - Voir : cass.com, 3décembre 1991, Bull Joly 1992, s46, p 167, note : Paul LECANNU.

³ - Fabrice RIZZO, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, op.cit, p 47.

⁴ - Cass.com, 3 décembre 1991, Rev soc 1992, p 307, note : Y- GUYON

⁵ - Cass.com 3décembre 1991, Bull Joly 1992, s46, p 170, note : Paul LECANNU

إذن نستنتج من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية أن دعوات تحصيل الأموال التي توجهها شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى الشركاء لا تكون صحيحة إلا بتوفر شروط معينة، ويدل ذلك على أن مبدأ المسؤولية المحدودة لا ينقضي أثره كونه مبدأ من النظام العام، وإنما مجرد حدود توضع له من خلال تلك الشروط لذا لا يعد ذلك خروجاً مطلقاً عن تحديد المسؤولية. وتجتمع شروط الصحة المستنبطة من القرار في أمرين رئيسيين، يشترط في الدفعات المالية التي قامت الشركة بمطالبة الشركاء بها أن تكون محددة بكل وضوح في بنود القانون الأساسي، وإذا لم تكن كذلك أصبح التزام الشركاء بدفع الأموال مجهولاً وغير محدد، وحتى لا يؤدي ذلك إلى إلزام الشركاء بغير تحديد تجاه الدائنين والغير، ومن شأن ذلك القضاء على أهم أساس في شركة المساهمة⁽¹⁾. كما يشترط في دعوات تحصيل الأموال أن يكون الشركاء قد حصلوا على مقابل من خدمات تقدمها الشركة لهم، وحقيقة يتوجب على المساهم أن يسدد مقابل الخدمات أو أن يوفّي بأثمان السلع التي قامت الشركة بتقديمها أو بيعها، ولا شك أن هذا الجانب من علاقة الشركة بشركائها يخضع لأحكام العقد لأنها بمثابة عقود متميزة عن القانون الأساسي بطبيعتها، لكن ليس هناك ما يمنع الشركاء أو المساهمين من أن يدرجوها في القانون الأساسي نفسه.

إن القرار المذكور كان له السبق في الكشف عن هذه المكنة وما يؤكد ذلك أن محكمة استئناف Renne قد بيّنت في حكمها أن المبالغ الملتزمة من طرف الشركة ما هي إلا تكاليف تم تحديدها مسبقاً في النظام الداخلي المعد من طرف مجلس الإدارة، ووفقاً لما يقضي به القانون الأساسي في هذا المجال، والتكاليف تلك تجسّد أيضاً مقابلاً للخدمات التي سبق للزوجين المساهمين أن تحصلوا عليها وهو في المحصلة مجرد عقد خدمات أدمج مضمونه كبند في النظام الداخلي، وعليه فالمساهمون حيث يقومون بوفاء دعوات تحصيل الأموال، فإنهم لا يشاركون في تكاليف نشاط الشركة وإنما يقومون بوفاء ديون شخصية مترتبة عليهم⁽²⁾.

ونستخلص بدورنا أن اشتراط وجود مقابل لدعوات تحصيل الأموال يأخذ شكل خدمات يستفيد منها المساهمون مسبقاً، يسمح بالتأكد من أن مآل تلك الأموال المحصّلة من طرف الشركة وهو أن لا تقوم هذه الأخيرة باستغلالها في سداد ديون الدائنين، ويبرر ذلك بالقول أن سداد ديون الغير هو مخالفة صريحة لمبدأ تحديد المسؤولية، ونستنتج كذلك أن السبب وراء توجيه دعوات تحصيل الأموال هو أن الشريك أو المساهم منظور إليه بصفة الزبون.

¹ -Ibid, p 166.

² - Cass.com, 3 décembre 1991, Bull Joly, sociétés 1992, p166,s46., note : P- Lecanu, Rev soc 1992, p 305, note : Y-GUYON, RJDA 1992/3. N° : 244.

ب- شرط ضمان الديون

إن من الخصائص الرئيسية في شركة المساهمة قابلية أسهمها للتداول، يقصد بالقابلية هنا سهولة التنازل عن الأسهم من طرف المساهم و ذلك بعدم الرجوع إلى آليات التنازل وفقا للقانون المدني، وإنما يتم التنازل بالطرق التجارية كالتسليم أو التسجيل في سجلات الشركة، فلا حاجة إذن إلى إجراء نقل الدين الذي يستلزم الكتابة عند التنازل⁽¹⁾.

وتقترب عملية التنازل عن الأسهم من كونها مجرد عقد بيع يرد على أسهم الشركة، حيث يتنازل المساهم عن أسهمه إلى الغير، وتنتقل الملكية إلى هذا الأخير إلى جانب الضمانات القانونية التي يتمتع بها المتنازل إليه في مواجهة المساهم المتنازل، وتنقسم هذه الضمانات إلى قسمين، قسم يهدف إلى إلزام المساهم المتنازل بضمان التعرض الذي قد يحدث للمتنازل إليه، كما يلتزم المتنازل بعدم منافسة الشركة وإلا أفقد الأسهم قيمتها القانونية، لذا يتفق عادة المتنازل والمتنازل إليه على إدراج شرط عدم المنافسة في عقد التنازل⁽²⁾.

كما يتمتع المتنازل إليه بضمان آخر، وذلك إذا رغب في تفادي إنكشاف الديون غير المتوقعة بعد إتمام عملية التنازل، وعادة لا يكفي المتنازل إليه بالضمان القانوني الذي يقوم على اعتبار الشركة هي المدين الأصلي بتلك الديون، لأنه من الناحية القانونية يعد ضمانا غير كافي ولا يكفي من ناحية أخرى أن نعتبر ظهور الديون بعد التنازل من قبيل العيوب الخفية والسبب هو أن الديون لا تمس بأصل المبيع وهي الأسهم، وهو ما تقضي به قواعد العيب الخفي في عقد البيع، إذ تشترط أن يؤدي العيب إلى إنقاص المبيع في أصله أو في قيمته، ولا يجوز للمتنازل إليه من ناحية أخرى الرجوع على المتنازل مباشرة لمجرد ظهور الديون. إذن ليقادى المتنازل إليه كل هذه المخاطر المنبثقة على ظهور الديون يتفق مع المتنازل على شرط تعاقدية يتم إدراجه في عقد التنازل ذاته يدعى بشرط ضمان الديون، وبمقتضاه يلتزم المتنازل عن الأسهم بالوفاء بكل الديون التي تنكشف بعد إتمام التنازل ومسؤوليته حول تلك الديون مسؤولية شخصية وغير محدودة⁽³⁾.

إن الإشكال القانوني الذي يطرح بصدد شرط ضمان الديون، هل يمكن إلزام المتنازل رغم كونه مساهما في شركة المساهمة بوفاء الديون المترتبة بعد إتمام التنازل بصفة مطلقة وغير محدودة أو أن يظل

¹ - Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p 667.

² - Cass.com, 21 janvier 1997, JCP, 1997 éd, E, II, p936, note : Y-GUYON, RTD com, 1997, p 469, note : B-PETIT et Y-Reinhard.

³ - Yves GUYON, Traité des contrats, op.cit, p 295. D- DANET, cession de droits sociaux, informations préalable ou garantie des vices, RTD com, 1992, p 315. J- PAILLUSSEAU, la cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, JCP 1992, I, 3578. C- FREYRIA, réflexions sur la garantie conventionnelles dans les actes de cession de droits sociaux, JCP 1992, I, 3600. A- GALIA- BEAUCHESNE, Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales, Rev soc, 1980, p 27.

بخلاف ذلك ملتزما بقدر حصته التي ساهم بها، بمعنى آخر هل يطبق هنا مبدأ تحديد المسؤولية أو يتم الخروج عنه بمقتضى شرط ضمان الديون.

للإجابة عن التساؤل نرجع إلى قرارات القضاء الفرنسي الذي يميّز بهذا الصدد بين شرط ضمان الديون من جهة وشرط مراجعة الثمن، حيث يستند القضاء في إجراء التفرقة بين الشرطين المذكورين بالرجوع إلى تحديد الطرف المستفيد من الشرط. وبإلقاء نظرة على القرار الصادر في 11 مارس 2008 لمحكمة النقض الفرنسية نستنتج أنها تتجه في حال كانت الشركة هي المستفيدة كوّفت الشرط المتنازع فيه بشرط ضمان الديون، أما إذا كان الطرف المستفيد هو المتنازل إليه ذاته أعتبرت المحكمة الشرط على أنه شرط مراجعة الثمن وليس شرطا لضمان الديون، والمحكمة لم تعتمد تلك التفرقة دون ترتيب آثار قانونية، إذ تتمثل تلك الآثار في حال كان الشرط لمراجعة الثمن هي تحديد مسؤولية المتنازل عن الأسهم بقدر الثمن الذي تم على أساسه التنازل وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية الغنم بقدر الغرم، وبالتالي لا يمكن للمتنازل أن يخسر أكثر من ثمن البيع⁽¹⁾.

ولكن الأمر يختلف إذا ما تم اعتبار الشرط شرط ضمان الديون، ففي هذه الحال- إذا كانت الشركة هي المستفيدة من الشرط- هل تظل مسؤولية المتنازل في الوفاء بالديون المنكشفة بعد عقد التنازل محدودة بقدر حصته في الشركة تطبيقا لمبدأ المسؤولية المحدودة أو تكون مسؤوليته غير محدودة ولا يطبق مبدأ التحديد في هذه الحالة.

حقيقة إن موقف محكمة النقض واضح في لجوئها إلى التفرقة بين شرط ضمان الديون وشرط مراجعة الثمن⁽²⁾، وتتمثل وقائع النزاع في قيام السيد M- Andrieu بالتنازل على جميع أسهمه في الشركة لمصلحة السيدة M-Diallo وكانت الأسهم مشكّلة لكامل رأسمال الشركة GBP، مع إدراج شرط ضمان الديون، ليصدر بتاريخ 23 أكتوبر 2001 حكما تحكيميا يقضي بإلزام المتنازل إليه السيدة Diallo بتسديد تكملة الثمن لمصلحة المتنازل Andrieu، ليتم حجز الأسهم وبيعها نظرا لعدم تسديد تكملة الثمن من طرف المتنازل إليها، وبتاريخ 2 أوت 2001، قامت الإدارة الجبائية بإخطار الشركة GBP بالبدا في عملية التسوية بناء على عدم تسديد الديون الضريبية، وقد قامت المتنازل إليها بعد إعادة بيع الأسهم من جديد بقصد مطالبة المتنازل باسترداد ما تم دفعه من طرفها لمصلحة إدارة الضرائب.

وبعد عرض النزاع على محكمة استئناف باريس، ذهبت هذه الأخيرة إلى اعتبار الشرط المدرج في عقد التنازل على انه شرط ضمان الديون وليس شرطا لمراجعة الثمن، لأن الديون المضمونة في نظر

¹ - M- COZAIN, A- VIANDIER, FL- DEBOISSY, Droit des sociétés, 2^{ème} éd, Litec, Paris 2008, p 345.

² - Pierre MOUSSERON, de l'intérêt de la distinction entre garantie de valeur et garantie de reconstitution, Bull July 1997, p 647, s 247.

إن أطراف عقد التنازل قد لا يتوفر لديهم العلم الكافي بالأوجه التي تكيف الشروط على أساسها، لذا يسعون أحيانا إلى دمج عدة شروط رغم اختلاف طبيعتها، وتعدو عملية تكيف الشروط في غاية الأهمية فيتوجب على أطراف عقد التنازل العلم بأبعادها عند تحرير العقد.

المحكمة هي ديون الشركة، إضافة إلى أن الديون قد انكشفت بعد إبرام عقد التنازل⁽¹⁾، غير أن محكمة النقض نقضت حكم محكمة إستئناف باريس مؤسسة قرارها على أمرين، الأساس الأول أكّدت فيه المحكمة أن محكمة الاستئناف قد شوّهت العبارات الواضحة الواردة بالشرط معتبرة هذا الشرط شرطا لضمان الديون، بينما يفهم من عبارات الشرط أن المتنازل يلتزم بتعويض المتنازل إليها وليس الشركة، مما يعني أن المستفيد من الشرط هو المتنازل إليها وليس الشركة، لتؤكد محكمة النقض رأيها بكل وضوح لتقول أنه في حال غياب اشتراط واضح لمصلحة الشركة يفسر شرط ضمان الديون المدرج في العقد على أنه شرط لمراجعة الثمن، خاصة وأنه قد ورد في العقد أن المتنازل يلتزم في مواجهة المتنازل إليها وليس في مواجهة الشركة، إذن فمحكمة النقض تشترط ليكيّف الشرط على أنه شرط ضمان الديون أن يرد صراحة في عقد التنازل اشتراطا لمصلحة الشركة بالضمان⁽²⁾.

إن ما يهمننا هنا أن محكمة النقض تقر بصحة الشروط الهادفة إلى ضمان الديون بما يتجاوز حدود المساهمة والدليل أنه علّقت صحته بوجود اشتراط صريح لمصلحة الشركة يجعلها هي المستفيد من ضمان الديون وليس المتنازل إليه، والمتنازل وفقا لهذا الرأي يلتزم بسداد الديون المنكشفة بعد التنازل بما يتجاوز حدود حصته في الشركة حتى لو كانت شركة مساهمة.

حقيقة يمكن أن نؤيد هذا الاتجاه لأسباب عديدة منها أن الاكتفاء بحدود مساهمة المتنازل في الشركة يضعف من فاعلية شرط ضمان الديون، خاصة إذا كانت حصة الشريك المتنازل ضئيلة وتزامنت مع تطور نشاط الشركة وازدهاره. كما أنه من ناحية أخرى يعد عقد التنازل بالنسبة للمساهم هو التصرف الأول الذي يبرمه بصفته من الغير وليس مساهما، لذا من الناحية القانونية يجب أن لا يأخذ بمبدأ تحديد المسؤولية لأنه لا تأثير له على نمط الشركة وقانونها الأساسي⁽³⁾.

الفرع الثاني: مبدأ قابلية الأسهم للتداول

يؤدي مبدأ قابلية الأسهم للتداول دورا رئيسيا في التمييز بين شركات الحصص وشركات الأسهم والتي تعد تفرقة تقليدية في فقه قانون الشركات التجارية، وتضم شركات الحصص الشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وسميت هذه الشركات بشركات الحصص لأن حقوق الشركاء فيها متمثلة بحصص، أما شركات الأسهم فإنها تظم شركات

¹ - CA Paris, 20 juin 2006, Rev soc 2006, p 920, note : Urbain - Parléani. RTD F 2006, p 126, note : Cohen et Deniaud, JCP E 2007, 1877, n° 4 obs : J-J Caussain, Deboissy, Wicker.

² - Cass.com, 11 mars 2008, JCP (E) 2008, p 50, note : Matthieu DUBERTRET.

³ - Laurent JOBERT, Le principe de responsabilité limitée, op.cit, p 234. Cass.com 13 juin 1978, Rev soc 1979, p843, note : François TERRE.

المساهمة وشركات التوصية بالأسهم، ويتم تصنيفها كشرركات أسهم لأن حقوق الشركاء فيها ممثلة بأسهم وليس بحصص⁽¹⁾.

والمعيار الأساسي الذي يلجأ إليه للتمييز بين شركات الأسهم وشركات الحصص هو حرية تداول الأسهم، إذ تغدو حرية التداول هذه ميزة رئيسية لشركات الأسهم ومنها شركات المساهمة، فلا يجوز إذن للمساهمين المساس بهذه الخاصية الجوهرية وإلا تغيّر شكلها الأصلي.

ومن المتعارف عليه أن شركة المساهمة تقوم على الاعتبار المالي، لا أهمية فيها للاعتبار الشخصي، فأنتج ذلك أن كان للمساهم الحرية التامة في بيع أسهمه والتنازل عنها بدون قيد أو شرط. غير أن دلالة مبدأ حرية التداول عن الأسهم من هذه الناحية هي تجسيده لحق من الحقوق المالية للمساهم وهو حق أساسي، لذا يخلط البعض بين مفهوم حرية التداول كحق من الحقوق وبين قابلية السهم للتداول التي تعد أهم خاصية من خواص السهم في شركات الأسهم، ولقد جعلت هذه الخاصية من شركة المساهمة مثلاً من الشركات التجارية سريعة التطور في حركة المساهمة فيها والاقبال عليها، والسبب هو ان دخول الأفراد فيها وخروجهم منها يتم بحرية مطلقة⁽²⁾.

خلط فقهي انعكس على بعض نصوص القانون وانعكس على مفهوم المبدأ ذاته، كنص المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري، التي عرّفت السهم بأنه سند قابل للتداول، ونص المادة 595 من نفس القانون، التي أحالت إلى التنظيم تنظيم محتوى الإعلان الواجب نشره من طرف المؤسسين عند البدء بإجراءات تأسيس شركة المساهمة، وبالرجوع إلى المادة 2 من المرسوم 438/95 المذكور⁽³⁾، وبالتحديد البند 13 منها قد استعملت الشروط المتعلقة باعتماد المتنازل لهم عن الأسهم إشارة منها إلى تقييد حرية تداول الأسهم.

إن إختلاف الدلالات حول مبدأ قابلية التداول ما إذا كان المقصود منه قابلية السهم للتداول أو أنه حرية المساهم في تداول أسهمه لا يخلو حقيقة من آثار قانونية، فالفقهاء الذين غلب عندهم اللجوء إلى مصطلح قابلية التداول يرون أن القصد منه هو قدرة كل شريك أن ينقل سندات إلى الغير ويتنازل عنها وفقاً للطرق التجارية، وهي طرق سريعة وفعالة خلافاً للطرق المدنية⁽⁴⁾، وعليه يتنازل الشريك عن أسهمه بمجرد نقلها من حساب إلى حساب آخر ودون الحاجة إلى إخبار الشركة بهذا التصرف، لأن التداول في هذا

¹ - لقد خضعت عملية تصنيف الشركات إلى تطوّر فقهي هام، نظراً للتغيرات العميقة والسريعة التي يتعرض لها تشريع الشركات التجارية بتأثير من عوامل كثيرة وطنية ودولية، اقتصادية واجتماعية، فأفرزت معايير جديدة وتصنيفات حديثة للشركات، راجع:

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 224.

² - عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة، دار الفكر الجامعي، دت، دم، ص 55.

³ - تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 438/95 المتعلق بتطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة و التجمعات: ... ويتضمن هذا الإعلان البيانات الآتية: ... 13- الشروط المتعلقة باعتماد المتنازل لهم عن الأسهم، عند الاقتضاء...

⁴ - أهمها كتابة التصرف، وإخبار المدين بالحوالة وجواز المدين أن يدفع قبل المحال له بكل الدفع التي كان له أن يعترض بها قبل المحيل، أنظر المادة 241 من القانون المدني والمادة 248 من نفس القانون.

المعنى من شأنه أن يجعل التصرف نافذا في مواجهة الشركة بقوة القانون، كما لا يجوز الدفع في مواجهة المتنازل إليه⁽¹⁾.

ومبدأ قابلية الأسهم للتداول باعتباره طريقا مبسطا للتنازل عن الأسهم يشكّل ميزة جوهرية في شركة المساهمة، بل ويعد معيارا أساسيا في التفرقة بين شركات الأسهم وشركات الحصص، وترتبا على ذلك لا يجوز أن يخضع تداول الأسهم إلى الطرق المدنية لأن ذلك يجعل من شركة المساهمة شركة أشخاص مغيرا شكلها القانوني، وكذا لا يجوز للمساهمين أن يتفقوا على استبعاد مبدأ قابلية الأسهم للتداول وجعلها غير قابلة للتداول إلا إذا أجاز المشرع ذلك في حالات معينة⁽²⁾.

بينما يذهب بعض الفقهاء إلى تغليب جانب حرية المساهم في تداول أسهمه والنظر إلى قابلية التداول من زاوية كونه حق من حقوق المساهم، أي حق المساهم في التنازل عن أسهمه دون حاجة إلى ترخيص من الشركة أو استلزام رضاها، ولذا حرية المساهم في التنازل هي المعيار الفاصل بين شركات الأسهم وشركات الحصص.

من هذا المنطلق يعد السهم قابل للتداول كلما كان يسيرا أمام المساهم الخروج من الشركة بحرية مطلقة، أما الحصص فهي لا تتمتع بتلك الحرية ولا يمكن للشريك الخروج من شركة الحصص إلا باتباع الطرق المدنية، إلا إذا أجاز المشرع خلاف ذلك كما هو الحال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أين يجوز للشريك التنازل على حصصه للشركاء الآخرين بدون قيد أو شرط⁽³⁾.

ولقد جسّد المشرع الجزائري مبدأ قابلية الأسهم للتداول وانتقال الحصص أو إحالتها في عديد من النصوص، كإخضاعه لإحالة الحصص في شركة التضامن إلى رضا جميع الشركاء، وذلك من خلال المادة 560 من القانون التجاري، والتي اعتبرت أيضا أن كل شرط مخالف كأن لم يكن، أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فإحالة الحصص بين الشركاء جائزة بدون أي قيد أو شرط، أما إذا كانت الإحالة للغير فيشترط في هذه الحالة أغلبية الشركاء الممثلة لثلاثة أرباع رأس المال.

تتجلى أهمية مبدأ قابلية الأسهم للتداول في تفادي الإبقاء على المساهم كشريك في الشركة، ربما بما يتعارض مع مصالحه ولكي لا يتوقف خروجه على قرار الأغلبية أو إجماع الشركاء مما يجعله كشريك في شركة التضامن مثلا، وهو ما يبرز إرادة المشرع الواضحة في عدم جعل المساهم سجيناً بسبب مداولة من طرف الشركاء أو بسبب شرط في القانون الأساسي يحرمه من الخروج من الشركة،

¹ - Paul DIDIER, Droit commercial, 3^{ème} éd, Puf, T2, Paris 1999, p63.

² - Michel JEANTIN, Les clauses de préemption statutaire entre les actionnaires, JCP (éd. E) 1991, I, 49, p 203.

³ - حقيقة لم ينص المشرع على حرية الشريك في التنازل عن حصصه للشركاء الآخرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، إلا أن ذلك يبدو واضحا من خلال المادة 571 من القانون التجاري التي اشترطت حصول 3 أرباع كأغلبية الشركاء حتى ينفذ إحالة الحصص إلى الغير، وكما يفهم ضمنا من خلال المادة 570 من نفس القانون التي تجعل من الحصص قابلة للانتقال عن طريق الإرث انتقالها بين الزوجين والأصول والفروع، كل ذلك يؤدي إلى القول بحرية انتقال الحصص بين الشركاء، بيد أن إثبات الانتقال في هذه الحالة لا يتم إلا بموجب الكتابة الرسمية أمام الموثق، ويعزز هذا الإتجاه القضاء المستقر للمحكمة العليا بتاريخ 2009/05/06 مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2012، ص 239. والقرار رقم 90792 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/06/07 المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1993، ص 114.

جاعلا مبدأ قابلية الأسهم للتداول قاعدة من النظام العام، وعنصر من العناصر الضرورية في شركة المساهمة.

وهو ما ذهب إليه الأستاذ LECANNU حيث يرى أن مبدأ قابلية الأسهم للتداول مبدأ أساسي لا يجوز مخالفته إلا إذا أجاز المشرع ذلك⁽¹⁾، وهو معيار رئيسي للتمييز بين شركات الأسهم وشركات الحصص⁽²⁾.

الفرع الثالث: مبدأ مراعاة الشخصية المعنوية للشركة

لقد تعرّض الفقه كثيرا إلى تصنيف الشركات التجارية، وتتعدد المعايير المعتمدة في ذلك، وتعد مسألة إكتساب الشخصية المعنوية أو عدمها واحدا من بين تلك المعايير، وتطبيقا لذلك تكتسب بعض الشركات الشخصية المعنوية وهي الأصل، وتعد شركة المحاصة الشركة الوحيدة التي لا تكتسب الشخصية المعنوية، ودرج الفقه على التمييز بين هاتين الفئتين من الشركات على أساس القيد في السجل التجاري، لذا فالقيد في السجل التجاري هو الذي يكسب الشركة الشخصية القانونية، وفي حال عدم قيدها فإن الشركة تتجرد من شخصيتها المعنوية وتعد حينها مجرد تنظيم اتفاقي يلتزم به الشركاء أنفسهم، ومن هنا يتجلى أثر أكتساب الشخصية المعنوية تجاه الشركة، وهو قابلية الشركة - باعتبارها شخص قانوني - لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتندعم القابلية تلك حين لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية كشركة المحاصة، لذا لا يتصور أن تكون هذه الشركة دائنة أو مدينة⁽³⁾.

إن إكتساب الشخصية المعنوية يرتّب آثارا هامة في الشركة، إذ يمكنها من التمتع بخصائص جوهرية تنشأ مباشرة بمجرد قيدها في السجل التجاري، كمنحها تسمية تميّزها عن غيرها من الشركات، وتعيين مقر يكون عنوانا رئيسيا لها، كما تكتسب جنسية الدولة التي تستقر بها، إلا أن الأثر الأهم هو تلك الذمة المالية⁽⁴⁾ التي تجعل من الشركة مستقلة عن ذمم الشركاء المؤسسين لها، إذن فاكتساب الشخصية المعنوية يجعل الشركاء أصحاب حقوق شخصية ترد على الحصص أو المبالغ المالية أو الأموال العينية التي قدّموها للشركة، ولا يجعل من هؤلاء مالكيين على الشيوع لتلك الحصص⁽⁵⁾. ويتجلى ذلك في شركة

¹ - نقصد بذلك شرط الاعتماد الذي نص عليه المشرع بالمادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري، إذ يجوز إدراج شرط في القانون الأساسي يقضي بوجود عرض التنازل عن الأسهم إلى الغير على الشركة لقبولها، وشرط الاعتماد ليس مخالفة لمبدأ قابلية الأسهم للتداول بقدر ما هو تنظيم للتداول، لأن شرط الاعتماد لا يجعل بأي حال من الأحوال من المساهم سجيئا، ويتضح ذلك من خلال المادة 715 مكرر 56 التي جعلت من شرط الاعتماد ينتهي بأحد الإجراءين، أما أن تقوم الشركة بالحلول محل المنتازل إليه بنفس الثمن أو بثمن عادل، أو أن توافق الشركة على التنازل إلى الغير

² - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 668.

³ - Yves GUYON, droits fondamentaux et personnes morales de droit privé, AJDA 1998, p136. Pascal BEDER, registre du commerce et des sociétés, Répertoire des Sociétés, Dalloz, janvier 2011. J- PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ 1993, p 705. Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 137.

⁴ - Alain SERIAUX, Patrimoine, Répertoire de droit civil, janvier 2010, DALOZ, p 3.

⁵ - Guillaume WICKER, Personne morale, juin 1998, Répertoire de droit civil, Dalloz, p9, Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 261.

المحاصة المجردة من الشخصية المعنوية، مما يجعلها بلا ذمة مالية وإنما يجد كل شريك فيها نفسه ملزماً بالتعاقد مع الغير باسمه الشخصي، ويظل ملتزماً تجاه الغير في كامل ذمته المالية⁽¹⁾.

يتضح مما تقدم ذكره أن الشخصية المعنوية من شأنها أن تلعب دوراً في التفرقة بين الشركات التي منحها المشرع الشخصية المعنوية وتلك التي لم يمنحها، بيد أنه حتى في حال اكتساب الشركة للشخصية المعنوية فأنها تختلف من شركة إلى أخرى، حيث ترتب كل آثارها إذا كانت مسؤولية الشريك محدودة حول ديون الشركة، فالدائن هنا لا يمتد الضمان العام المتعلق بديونه إلى ذمم الشركاء، وإنما يقتصر على ذمة الشركة، ولا يمكنه تبعاً لذلك أن يبتدىء في مطالبة الوفاء بأموال الشركاء الخاصة، ويختلف الوضع إذا كانت مسؤولية الشريك غير محدودة حول ديون الشركة، إذ يتراجع في هذه الحالة دور الشخصية المعنوية ويصبح الدائن في شركات الأشخاص قادراً على التنفيذ على أموال الشركاء إذا لم تقم الشركة بالوفاء⁽²⁾.

إن التزام الشركاء بالوفاء بديون الشركة التزام تابع وليس أصلي، إذ لا يصبح الشركاء في شركة التضامن مسؤولون عن ديون الشركة إلا بعد قيام الدائنين بمطالبة الشركة بالوفاء وإعذارها بذلك، فالشركة هي المدين الأصلي تجاه الدائنين، ولا تنطلق مسؤولية الشركاء إلا بعد عدم قيام الشركة بالوفاء، ويقع على الدائنين احترام طبيعة الدين في هذه الحال ولا يبتدؤون بالرجوع على الشركاء إلا بعد مطالبة الشركة بالوفاء، ويرى الفقهاء أنه في حال خالف الدائنون مبدأ الرجوع على الشركة أولاً، يكونون قد تجاهلوا واحدة من الخصائص الجوهرية فيها ألا وهي اكتسابها للشخصية المعنوية⁽³⁾.

ولا يقتصر دور التبعية هنا في نطاق مطالبة الدائنين بديونهم فقط بل يتعداه ليصبح جوهر الشخصية المعنوية ومدى مراعاتها، ويطلق الفقهاء على ذلك بمبدأ مراعاة الشخصية المعنوية للشركة، وهو مبدأ من النظام العام وفقاً لما سار عليه القضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها⁽⁴⁾ بالطبيعة الأمرة في مطالبة الشركة بالوفاء بالديون، في حال عدم وفائها جاز في الحال هذه الرجوع على الشركاء، وترجع وقائع النزاع إلى شركة تضامن تم تأسيسها من طرف شريكين شخصيين طبيعيين، يقوم نشاطها على شراء العقارات وبيعها، تحصلت شركة التضامن على عقار من خلال إبرام عقد قرض لدى بنك، إلا أنه بعد انقضاء ثلاث سنوات تعرض أحد الشريكين إلى صعوبات مالية، تحصل على تسوية ودية من الدائنين على أن يقوم هذا الشريك بالتنازل عن حصصه إلى بنكين آخرين، مقابل إعفاء الشريك من جميع الالتزامات المترتبة عن الشركة، مع عزم البنكين إجراء زيادة رأسمال الشركة مما يمكنهما من الحصول على أغلبية الحصص، وأمام هذا الاتفاق وجد الشريك الآخر نفسه ملزماً بدفع فارق الثمن، بين ثمن العقار

¹ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 565.

² - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 262. Cass. req 22 février 1898 : DP 1899.1.593

³ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 258

⁴ - CA Paris, 8 octobre 1999, Bull Joly 2000, p 93, note : Paul LECANNU.

ومبلغ القروض غير المسددة، ويتم عزله بعد ذلك من طرف الأغلبية، وحينها طالب هذا الشريك لدى المحكمة التجارية بباريس بطلان الاتفاق الذي يلزمه بدفع ديون الشركة من خلال بيع العقار واسترداد المبلغ المؤدى، مستندا على فكرة التضامن التي تجمع شركة التضامن وشركائها بصدد الوفاء بالديون، ويجب بناء على فكرة التضامن اعتبار الشركاء كمدنيين متضامنين مع الشركة نفسها، وعليه يجب أن تستفيد هذه الأخيرة من الإعفاء الذي استفاد منه الشريك الآخر، ووفقا لما تقضي به المادة 1285 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن الإعفاء الاتفاقي لأحد المدنيين المتضامنين يعفي المدنيين الآخرين أيضا، إلا إذا استثنى هؤلاء صراحة، ليخلص الشريك في الأخير إلى المطالبة بالاستفادة من الإعفاء الذي استفاد منه شريكه السابق من قبل البنك، بيد أن المحكمة التجارية ومحكمة استئناف باريس أيضا لم تساير الشريك في طلباته.

إن الحل القانوني الذي جاءت به محكمة استئناف باريس في قرارها، يقوم أساسا على إعادة التكييف القانوني للعلاقات الناشئة بين شركة التضامن وشركائها، ترى محكمة الاستئناف أن الشركاء ليسوا مدنيين في نفس مرتبة الشركة، وإنما هم مجرد ضامنين لها، فالدائنون لا يحق لهم متابعتهم إلا بعد مطالبة الشركة باعتبارها المدين الأصلي⁽¹⁾، ومن هنا يغدو التزام الشركاء بوفاء الديون مجرد التزام تابع لالتزام الشركة، ولذا لا تستفيد الشركة ولا الشركاء من أي إعفاء قد يجريه الدائنون تجاه أحد الشركاء.

ولقد أكدت محكمة الاستئناف من خلال قرارها هذا على تعلق مبدأ تبعية التزام الشركاء في الوفاء بديون الشركة بالنظام العام، لذا فالتزام الشركاء في شركة التضامن بالوفاء هو التزام تبعية ثابت بمقتضى نص القانون ولا يمكن تعديله بمقتضى القانون الأساسي، حيث تفرض تلك الطبيعة على الدائنين مراعاة تدرج التزام الشركاء والتزام الشركة عند بدئهم في إجراءات التنفيذ، مما يؤدي في الأخير إلى إحترام الشخصية المعنوية للشركة والتي تتجلى في جعل هذه الأخيرة هي المدين الأصلي الذي يلتزم بالوفاء⁽²⁾، ولقد تضمن القانون التجاري الجزائري ما يكرّس مبدأ مراعاة الشخصية المعنوية لشركة التضامن، إذ تنص المادة 551 في الفقرة الثانية : " ... ولا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي"، إن النص المذكور من النظام العام، لذا لا يجوز للشركاء أن يعدّلوا بالاتفاق من أجل الرجوع الذي حدده المشرع بـ خمسة عشر يوما، ويريد المشرع من خلال هذا الأجل حماية الدائنين ضد الأعمال التي قد يقوم بها الشركاء سيئو النية بقصد تنظيم إفسارهم إضرارا بمصلحة الدائنين، وعليه ليس من مصلحة هؤلاء الدائنين أن يطيل الشركاء في أجل الرجوع ولا يجوز تخفيضها أيضا لأن ذلك مساس بالشخصية المعنوية للشركة⁽³⁾.

¹ - وكان وضع الشركاء هنا كوضع الكفيل الذي لا يجوز للدائن الرجوع في مواجهته إلا بعد رجوعه على المدين المكفول وهو ما يعرف بحق التجريد.

² - Ibid, p96.

³ - كما يعد أجل الرجوع لحماية للشركاء، إذ يحول دون رجوع الدائنين عليهم خاصة إذا كانت الشركة قادرة على الوفاء، راجع:

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 242.

ومحكمة النقض من جهتها أكدت ما ذهب إليه محكمة استئناف باريس⁽¹⁾، من اعتبار الدائنين ملزمون بالرجوع ابتداءً على الشركة وذلك بإنذارها بمقتضى عقد غير قضائي⁽²⁾، والتزام الدائنين بهذا الشكل يتلاءم مع طبيعة التزام الشركاء باعتباره التزام تابع وليس التزاماً أصلياً، وبهذا يكون القضاء قد سار في تأكيد انتماء مبدأ مراعاة الشخصية المعنوية إلى النظام العام.

المبحث الثاني

دور النظام العام في الشركات التجارية

يكشف السياق التاريخي لحرية التعاقد في الشركات التجارية بأن ازدهار الحرية التعاقدية انطلق بمجرد صدور القانون التجاري لسنة 1867 بفرنسا، وهو القانون الذي علّق عليه الفقهاء بأنه القانون الذي بني على أساس الحرية في العلاقات الاقتصادية الناشئة في الشركات التجارية، ومن دلائل تلك الحرية أن أصبح المساهمون والغير الذي يتعاقد مع الشركة لهم كافة الوسائل والطرق من أجل حماية مصالحهم دون حاجة إلى حماية خاصة، لذا يستطيع كل مساهم أو الغير من أن يتفحص القانون الأساسي، ويعلم آجال الاكتتاب، ومدى تخفيض رأس المال، وأن لا يتم إكراههم. بمعنى أن تقييد حرية التعاقد لا يمكن أن يكون مبرراً لحرية المصالح مهما كانت، مادام ممكناً للمساهم أو الغير أن يحمي مصالحه بنفسه.

وانفتاح القانون التجاري على مفهوم الحرية التعاقدية لم يكن وليد اللحظة وإنما يمتد ذلك إلى السياقات التي أدت إلى صدور القانون التجاري لسنة 1807، لأن هذا القانون لطالما عرف بأنه قانون ينتهك حرية التجارة من خلال كثافة النصوص المنظمة مما جعلها عائقاً أمام المبادرة الفردية، كما تضمن قانون 1807 نصوصاً ملزمة كثيرة تغلب النظام العام على حرية التعاقد، كإخضاعه تأسيس شركة المساهمة للترخيص المسبق من طرف مجلس الدولة، حيث يقوم مجلس الدولة قبل منحه الترخيص بمراجعة القانون الأساسي للشركة حتى يتبين خلوه من بنود تتعارض مع نصوص القانون والنظام العام، كما يراقب صحة الحصص المقدّمة ومدى جدّيتها، وصحة الاكتتاب وملاءة المكتتبين، أدى نظام الترخيص المسبق إلى إبطاء تأسيس شركات المساهمة ناهيك عن تحويل الكيانات الموجودة إلى هذا النوع من الشركات، كما كان اشتراط الترخيص المسبق عائقاً أمام حرية الشركاء.

وجدير بالذكر أن اعتماد مبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية لم يكن ممكناً في ظل القانون التجاري لسنة 1807، نظراً لقصور واقع الشركات وحجمه المحدود، فتأسيس الشركات وتنظيمها كان مقتصرًا على دائرة ضيقة وعدد محدود من الأشخاص، لذا لم يكن ممكناً للمشرع الفرنسي أن يمنح الحرية

¹ - Cass.com, 29 octobre 2003, RJDA, n° : 327.

² - ويقصد بالعقد غير القضائي (contrat extra-judiciaire) الإنذار الذي يجريه المحضر القضائي خارج إطار الدعاوى القضائية، ويتضمن القانون المدني أمثلة كثيرة كالمادة 241، م 480، والقانون التجاري أيضا احتوى على أمثلة متعددة كالمادة 55، م 84، م 112، م 113، م 123، م 799 مكرر 1.

للأشخاص وهم غير قادرين على تسيير أموالهم، بيد أن الوضع قد اختلف بعد ستين سنة من صدور قانون 1807، فالأفراد قد اكتسبوا ثقافة إقتصادية تمكنهم من تأسيس شركات تجارية والعمل على تسييرها، مما جعل المشرع يميل إلى تغليب الحرية التعاقدية والتقليل من حدة النظام العام.

وإلى جانب التغيرات العميقة التي مست واقع الأفراد خاصة من الناحية الاقتصادية، رأى واضعوا القانون التجاري لسنة 1867 أنه يمكن في الحال هذه أن يفترض وجود المساواة بين جميع الأفراد في معارفهم وقدراتهم، مما جعل النقاش يدور آنذاك ليس حول تكريس مبدأ حرية التعاقد في ذاته وإنما في نطاق الحرية التي يمكن منحها للشركاء، فالتخوف كان قائما حقيقة من الحرية المطلقة التي قد تفضي إلى خطر التعسف، ليتضح في الأخير أنه لا بديل عن الاحتفاظ بالقدر الأدنى من النظام العام بالشكل الذي لا يجعله قييدا شاملا على الحرية التعاقدية، وإنما وسيلة لدرء التعسف.

لقد جسّد حقيقة القانون التجاري لسنة 1867 مبدأ الحرية التعاقدية من خلال تقليل المشرع فيه النصوص الأمرة وفسح المجال أمام الشركاء لإبرام الاتفاقات والخروج عن القواعد المكملة لهذا القانون، وهو ما يجعل من حرية التعاقد حرية منظمة وهي الأصل، أما النظام العام فهو مجرد استثناء، ولقد أدى هذا الوضع إلى تزايد عدد الشركات.

ورغم أن الفقهاء لا يشككون في تصنيف القانون التجاري لسنة 1867 ضمن التشريعات المبنية على حرية التعاقد، بيد أنه لم تكن إلا سنوات قليلة حتى شهد واقع الشركات التجارية الآثار التعسفية التي تترتب عادة بوجود تشريعات تستند إلى الحرية ولا تضع قيودا كثيرة، ولذا قد تعسف الكثير من وراء استغلال الشركات الحرية التعاقدية التي منحها المشرع، خاصة من خلال استغلال المساواة المفترضة بين المساهمين والغير والمسيرين، وأمام التعسف الذي بات واضحا في واقع الشركات التجارية، استدعى ذلك تسريع حركة التشريع في مواد الشركات في النصف الأول من القرن العشرين مما أدى إلى تعاظم دور النظام العام في مواجهة إنتهاكات الحرية التعاقدية.

إن النظام العام الذي عاد من جديد في مواجهة التعسف في مبدأ الحرية التعاقدية لم يكن نظاما عاما تقليديا، فالمشرع الفرنسي عمد من خلال النصف الأول من القرن الماضي إلى تعديل القانون التجاري لسنة 1867 بنصوص أمرة ومتفرقة، عالج بها حالات التعسف جاعلا من القانون المذكور بعيدا عن المواصفات الاعتيادية لتشريع فعال ومقروء، لقد أدى الوضع الذي وصل إليه القانون التجاري إلى تأسيس لجنة عملت على إصلاحه وجعله قانونا شاملا ينظم التجارة والشركات التجارية، وهو ما تم فعلا بإصدار قانون الشركات التجارية الصادر في 24 جويلية 1966 الذي تضمن جميع الأحكام التي تم صدورها من قبل وكانت تعنى بالشركات وإبرازها من جديد في شكل قواعد أمرة، وهو فعلا ما طغى على هذا القانون الجديد كونه جاء مكرّسا لنظام عام جديد أصطلح على تسميته النظام العام الاقتصادي.

بيد أن هذا المفهوم الجديد في النظام العام أخذ في التراجع بفعل التعديلات العديدة التي مست قانون الشركات، خاصة تلك التي تعلقت بمفاهيم الحوكمة، فاتضح قصور الدور الذي يؤديه النظام العام إلى جانب تغيّر آليات تدخل الدولة في الاقتصاد فاسحا المجال أمام مفاهيم الضبط الاقتصادي، التي رأى كثير من الفقهاء أن تشريعات الضبط جسّدت بحق الوسائل التي تتمكن الدولة من خلالها توجيه الاقتصاد وضبطه بما يتلائم مع المعطيات الجديدة في السوق.

وعلى كل حال سنتعرض في هذا المطلب إلى تدخل النظام العام الاقتصادي في الشركات التجارية (المطلب الأول)، كما سنتعرض إلى تحوّل مفاهيم النظام العام وفقا لآليات الضبط الاقتصادي ومدى تأثيرها في الشركات التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدخل النظام العام الاقتصادي

إن أهم تحوّل شهده النظام العام التقليدي هو ذلك الذي جعل منه نظاما عاما اقتصاديا يعنى بالشركات التجارية، ولقد بدأ ذلك التحول تدريجيا خلال النصف الأول من القرن العشرين. في فرنسا بدأ المشرع بإصدار تشريعات تنظّم مسائل متفرقة⁽¹⁾، غير أن كثرتها جعلت من القانون المنظّم للشركات أكثر تعقيدا، نظرا للنصوص الأمرة العديدة، ليتم تشكيل لجنة هدفها توحيد النصوص المتفرقة في نص واحد ينظم جميع الشركات التجارية، وهو ما تم فعلا سنة 1966، حين صدر قانون 24 جويلية 1966 المنظم للشركات التجارية، الذي جاء مستوعبا لجميع الأحكام الأمرة مما جعله قانونا توجيهيا لواقع الشركات التجارية، فكان نتاجا لتأثير التيارات الثقافية والسياسية والاقتصادية المهيمنة في المجتمع، التي اتجهت حينها إلى تغليب جانب التوجيه، وهو ما أثر فعلا في واضعي قانون 24 جويلية 1966 من أنهم تطرّقوا لجميع التفاصيل في تنظيم الشركات التجارية ومظاهره.

لقد أدت فكرة النصوص القانونية الأمرة إلى تزايد اتساع نطاق النظام العام في الشركات التجارية، ولينقلص بالمقابل نطاق الحرية التعاقدية لعدم إمكان الشركاء الخروج على تلك القواعد، والتي كانت تمس شركات المساهمة، خاصة تلك التي تلجأ إلى الإدخار العلني، لتجسّد تلك القواعد التوجّه الجديد لقانون الشركات الذي بات مانعا من موانع انتهاك الحرية التعاقدية والبدء في إعادة تنظيم العلاقات الناشئة بصدد الشركات بالقدر الذي يحمي الطرف الضعيف.

¹ - يرجع الفقهاء سبب كثافة التشريع بعد صدور قانون 1867 إلى المخالفات التي تسبب فيها مسيرو الشركات من خلال التعسف في الحرية التي منحها هذا القانون، مفضلين مصالحهم الشخصية على حساب مصالح الغير والشركاء، مما أدى هذا الوضع إلى حدوث فضائح مالية كفضيحة قناة باناما وقضية ستافيزكي التي تعتبر الأساس الذي بني عليه تجريم إساءة استعمال أموال الشركة، وكان تدخل الدولة منتظما في تعديلها لقانون 1867 بنصوص متتالية كقانون 23 جانفي 1929 بخصوص حصص المؤسسين، المرسوم 30 أكتوبر 1935 المتعلق بنشر البطلان وكذا القانون 31 أوت 1937 المنظم لحق التصويت، وقانون 16 نوفمبر 1940 والقانون 4 مارس 1943 المتعلق بإدارة شركات المساهمة، وأخيرا القانون 25 فيفري 1953 المتعلق بإدعاء جمعيات المساهمين.

لقد تجلّى مفهوم النظام العام الاقتصادي بصورة أساسية في حماية المساهمين والمدّخرين أيضاً، ليستتبع ظهوره في مسائل أخرى كحماية الغير وتنظيم أداء الشركة، لذا فالنظام العام الاقتصادي كان نظاماً حمائياً في بدايته⁽¹⁾، لكنه سرعان ما تطور من منظور آخر غير منظور الحماية، عمد المشرع الفرنسي إلى تنويع تدخّله في الشركات التجارية ليقوم من خلال ذلك بتنمية الاقتصاد الفرنسي وترشيده، فالشركات التجارية تعد ركيزة هامة في بناء الاقتصاد داخل الدولة، حيث باتت الدولة تمنح إهتماماً كبيراً للشركات التجارية نظراً لدورها في الحياة الاقتصادية⁽²⁾، ولقد اتصف دور المشرع في سبيل تنظيم الاقتصاد بأنه دور موجّه حيث أدت نتائجه إلى ميلاد نوع جديد من النظام العام الاقتصادي يطلق عليه الفقهاء النظام العام الاقتصادي التوجيهي في الشركات التجارية، ليكون مكمّلاً للنظام العام الاقتصادي الحمائي الذي يحمي مصالح الشركاء والغير، والتي تعد مصالح خاصة، ومن هنا بات المشرع الفرنسي في تدخل مستمر بقصد حماية المصلحة العامة من خلال ضبط أداء الشركات⁽³⁾.

لا شك أن من المسائل المهمة في هذا الصدد معرفة مظاهر تجسيد النظام العام الاقتصادي في الشركات التجارية (الفرع الأول)، وكذا تسليط الضوء على مفهومي النظام العام الاقتصادي الحمائي (الفرع الثاني) والنظام العام الاقتصادي التوجيهي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مظاهر تكريس النظام العام الاقتصادي في الشركات التجارية

لقد كرّس بكل وضوح قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 مفهوم النظام العام الاقتصادي، مجسّداً من خلال هذا المفهوم ما توصل إليه تطور النظام العام من خلال القواعد الأمرة المنظمة لشركات الأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، التي لا يجوز للشركاء أو المساهمين استبعادها عند تأسيس مثل هذه الشركات، ولذا جاء القانون المذكور وقد تناول جميع مسائل التأسيس إلا ما أستثنى بنصوص صريحة⁽⁴⁾.

إن من بين الأهداف التي كان يراعيها واضعوا القانون جمع مختلف التدخّلات التشريعية التي عمد إليها المشرع والتي تعنى بتنظيم الشركات التجارية، وعرضها في نص موحد يضمن مقروئية قانون

¹ - وعلى سبيل المثال في حماية الغير المتعاقد مع الشركة من خلال المرسوم الصادر في 31 أوت 1937 المعدّل للمادة الأولى من قانون 1867 المتعلق بشروط وشكليات تأسيس شركة المساهمة، حيث تبيّن عدم كفاية المادة - قبل تعديلها - في توفير الحماية للدائنين في مواجهة جدية تكوين رأس المال.

² - ترى الأستاذة Frison ROCHE أن استعمال الشخصية المعنوية هو الطريق الذي يسمح بالدخول إلى التجارة القانونية (Commerce juridique) وتعد الشخصية المعنوية أداة للتحرك القانوني ووسيلة استراتيجية لبناء تنظيم مالي فعّال وبهذا المنطق أصبح قانون الشركات جزءاً من القانون الاقتصادي، راجع:

Marie Anne FRISON ROCHE, Régulation et droit des sociétés, de l'article 1832 du code civil à la protection du marché de l'inversement, in liber amicorum, in Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, p 257.

³ - على سبيل المثال لا الحصر، يعد المرسوم الصادر بتاريخ 25 أوت 1937 مثلاً لبداية تواجد النظام الاقتصادي التوجيهي في الشركات التجارية، حيث جاء منظماً لآليات مراقبة الدولة لشركات التأمين، ولكنه في الوقت ذاته تطرق إلى تطوير حماية المؤمن لهم في مواجهة التعسف الذي قد ينجم عن حرية التعاقد، كما كان يهدف المرسوم إلى دعم شركات التأمين من خلال مراقبة الدولة لها تفادياً لإفلاس هذا النوع من الشركات.

⁴ - Philippe BISSARA, L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, op.cit, p 553.

الشركات التجارية، ومحاكاة لأنماط تشريعية أجنبية، كما أراد المشرع الفرنسي القضاء على التعقيد الذي كان موجودا في التشريع القديم وتوحيد مصادر القانون بصدد الشركات⁽¹⁾.

ولقد شهدت فرنسا ظهور فئة جديدة من المساهمين قدموا من دول أمريكا وبريطانيا مما اضطر المشرع الفرنسي إلى العمل على جذب مثل هذه الاستثمارات وتوفير البيئة الملائمة لهؤلاء المساهمين المدّخرين وجعل الاقتصاد الفرنسي أكثر تنافسية من خلال جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وكان حجر الأساس في هذا المسعى تحديث قانون الشركات التجارية من أجل بعث الإستثمار وبلوغ اقتصاد أفضل.

لقد بنيت فلسفة قانون الشركات على تقييد الحرية التعاقدية وجعلها استثناءً، لذا غلب على أحكامه انتمائها إلى النظام العام، وهو تجسيد حقيقي لعبور الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة الموجهة، إذ باتت الدولة تمنح إلى السلطات الممثلة لها في الإقليم - ومن خلال النصوص الآمرة - الصلاحيات اللازمة للتدخل في الاقتصاد وتأطيره وإعادة تنظيم الروابط التعاقدية، ولعل جل التشريعات الحديثة أصبحت تأخذ بهذا الطابع الجديد⁽²⁾.

يقوم النظام العام الاقتصادي على الأوامر التي تتضمنها نصوص القانون، فالمشرع لا يكتف عادة بمنع سلوك معين بقدر ما يلزم المخاطبين بالنص بإبداء سلوك إيجابي، والنظام العام الاقتصادي لا يمنع الشركاء عن تصرفات معينة فقط وإنما يأمر من خلال قواعده الآمرة بأداء سلوك يلتزم الشركاء به، واحتواء النظام العام الاقتصادي على أفعال إيجابية وضع يتلاءم ودور الدولة في توجيه الاقتصاد، ولذا جاء قانون الشركات ملتزماً بهذا النهج فاشتمل على عديد من النصوص تلزم الشركاء بأفعال إيجابية⁽³⁾.

ومن مظاهر النظام العام الاقتصادي تضاعف دور القاضي في قانون الشركات التجارية، فالقاضي ليس خبيراً اقتصادياً فيلجأ إلى مفاهيم علم الاقتصاد و يعتمد إلى تكريسها في النزاع، وإنما قام المشرع بتدقيق النصوص المنظمة للشركات لكي لا يلجأ القاضي إلى غير تلك النصوص، وما عليه إلا تطبيقها على النزاع مباشرة، ومن هنا تكون الدولة هي المسؤولة عن تحديد التشريع الاقتصادي⁽⁴⁾.

¹ - FOYER, Réflexions d'un ancien législateur sur le droit des sociétés : Réforme sur réforme vaut, in Mélange Michel CABRILLAC, Litec, Paris 1999, p 575.

وجدير بالذكر هنا أن أحكام التشريع الفرنسي للشركات التجارية كانت مصدر إلهام العديد من الدول الأخرى كالقانون السعودي والقانون الجزائري. Selim JAHEL, Le droit des sociétés commerciales de modèle français dans ses rapports avec la charia : Le cas de l'Arabie Saoudite, in le code de commerce, livre du bicentenaire, Dalloz, p 40. Mohamed SALAH, de l'influence de la législation commerciale française en Algérie, in le bicentenaire du code de commerce, 1807- 2007, Dalloz, p60

² - Mohamed Mahmod MOHAMED SALAH, Les transformation de l'ordre public économique vers un ordre public réglementaire, in Mélange en l'honneur de Gérard FARJAT, Philosophie du droit et droit économique quel dialogue ?, p 262.

³ - G-Ripert, L'ordre économique et liberté, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GénY, Paris, Sirey, 1934, p 352.

⁴ - يرى الأستاذ JEANTIN أن قانون الشركات التجارية قانون قد هيمنت عليه قواعد النظام العام، مما لا يترك مجالاً واسعاً أمام التصورات القضائية التي قد يتبناها القاضي عند نظره في نزاع يتعلق بشركة تجارية، راجع:

Michel JEANTIN, Le rôle du juge en droit des sociétés, in Mélange en l'honneur du Roger Perrot, nouveaux juges nouveaux pouvoirs, Dalloz, Paris, p 150.

ويتجلى النظام العام الاقتصادي في مواطن أخرى كاشتراط الرقابة على بعض مسائل الشركات التجارية، حيث توكل مهمة الرقابة إلى سلطة مستقلة تضمن صحة الإجراءات المتخذ من طرف الشركاء، ويتخذ المشرع من هذا الإجراء وسيلة لضمان سلامة كل الإجراءات أو الأعمال التي يجريها الشركاء، موكلا أمر الرقابة إلى جهة عمومية أو إدارية تمتلك الاستقلالية الكافية⁽¹⁾، والمشرع الجزائري لم يهمل مسألة الرقابة عند تأسيس الشركة التجارية، نجده مثلا في المادة 545 من القانون التجاري قد ألزم الشركاء بكتابة عقد الشركة كتابة رسمية لدى الموثق حتى يتسنى له باعتباره ضابطا عموميا من رقابة صحة التأسيس ومدى توفر الأهلية وصحة العقد، وذلك ما بينته المادة 9 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 14 سبتمبر 1991 المتعلق بالسجل التجاري، إذ اشترطت أن يقوم الموثق قبل تحريره لعقد الشركة بملاحظة جميع الوثائق الصحيحة التي تساعد على إثبات الأهلية المدنية للأشخاص والاككتاب حسب الشكل القانوني، وأن يتخذ جميع التدابير للتحقق من السوابق القضائية للمعنيين، كما اعتمد المشرع الجزائري على سلطات إدارية لتتولى الرقابة في الشركات التجارية كما فعل أثناء القيد، فنص المادة 11 من نفس قانون السجل التجاري المذكور يوكل إلى مأمور السجل التجاري باعتباره ضابطا عموميا من جهة وممثلا لجهة إدارية مستقلة من جهة أخرى، أن يتحقق من مدى مطابقة شكل الشركة التجارية للأحكام القانونية السارية وفي الوفاء الفعلي لحصة رأس المال وفي تعيين الشركة لمقر لها، ولا يقتصر الأمر لدى المشرع الجزائري في تكليف جهة مستقلة مهمة الرقابة، وإنما قد تكون تلك الجهة مجرد جهاز من أجهزة الشركة ذاتها، مثال ذلك ما تقوم به الجمعية التأسيسية في شركة المساهمة، إذ تثبت أن رأس المال قد اكتتب به كاملا وأن مبلغ الأسهم مستحق الدفع وبقية المسائل التي نصت عليها المادة 600 من القانون التجاري الجزائري.

كما يتجسد النظام العام الاقتصادي في الشركات التجارية من خلال قيام المشرع بتشديد العقوبات، والعقوبة ضمان أساسي لتطبيق نصوص القانون وحفظ ظاهرة التنافسية في الاقتصاد، والعقوبة لا تقوم إلا عند مخالفة قاعدة قانونية أمرة أو قاعدة مكملة عند عدم وجود اتفاق مخالف لها، ولقد تضمنت أحكام الشركات على قواعد جزائية للوقاية من السلوكات المخالفة للسير الحسن للإقتصاد وحماية المصلحة العامة⁽²⁾.

¹ - Roger HOUIN, François GORE, La réforme des sociétés commerciales, D 1967, Chron, p 128.

² - Mireille Delmas- MARTY, Geneviève GUIDICELLI DELAGE, Droit pénal des affaires, PUF, Paris, p 360. Sylvie CIMAMONTI, L'ordre public et le droit pénal, in l'ordre public à la fin du XX^e siècle, Paris 1996, p 89. Haritini MATSOPOULOU, Les propositions sur la dépénalisation de la vie des affaires, Rev soc 2008, p1.

الفرع الثاني: النظام العام الاقتصادي التوجيهي

لقد عجز الفقهاء عن تصميم تعريف جوهري لفكرة النظام العام الاقتصادي إلى حد قول بعضهم بعدم وجود تعريف له، وذهب بعضهم إلى تكيف النظام العام ضمن المفاهيم الوظيفية التي لا تحتاج إلى تعريف، لذا عوضا أن يبحث الفقه في إيجاد تعريف إصطلاحي اكتفى بالبحث حول الدور الذي يؤديه مفهوم النظام العام الاقتصادي أو الهدف الذي يبتغيه المشرع من النصوص الأمرة، يعرف الأستاذ FARJAT النظام العام الاقتصادي بأنه مجموع القواعد الملزمة المنظمة للروابط العقدية المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي، أو هو مجمل الإجراءات المتخذة من طرف السلطات العامة والرامية إلى تنظيم العلاقات الاقتصادية⁽¹⁾، غير أن SAVATIER يرى بأن النظام العام الاقتصادي هو القيود المفروضة على الحرية التعاقدية من طرف الفقه الاقتصادي⁽²⁾، ثم انصرف الفقه بعد ذلك إلى تحديد دور النظام العام الاقتصادي الذي يعرف به، وكان CARBONNIER و FLOUR هما من تطرقا إلى ذلك بالقول أن النظام العام يهدف إلى حماية المصلحة، وعلى أساس المصلحة ينقسم النظام العام الاقتصادي إلى نظام يرمي إلى إعادة بناء العقد على مزيد من المساواة وهو ما لم يكن ممكنا في ظل الحرية، ويطلق الفقه على هذا القسم بالنظام العام الاقتصادي الحمائي، أي ذلك النظام العام الذي يحمي المصلحة الخاصة لأحد طرفي العقد، وينقسم النظام العام الاقتصادي إلى نظام عام يهدف إلى حماية المصلحة العامة من خلال الإجراءات المتخذة لحماية مصالح الجماعة من أجل بلوغ تنظيم اقتصادي أفضل وهو ما يطلق عليه بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي⁽³⁾.

ويجسد قانون الشركات التجارية جزءا هاما من التشريعات الاقتصادية، ولقد كانت التشريعات تعنى بشكل أساسي بمفهوم المؤسسة ليقوم الفقهاء بعد ذلك باستنتاج العلاقة المباشرة بين النظام العام الاقتصادي وقانون الشركات، ومن هنا كان هذا القانون متضمنا قواعد ترمي إلى حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على حد سواء⁽⁴⁾، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في استعمالها لمفهوم النظام العام الاقتصادي بصدد الشركات التجارية⁽⁵⁾.

ولم يتوانى بعض الفقهاء في الإشارة إلى صعوبة التمييز بين نوعي النظام العام الاقتصادي في الشركات التجارية، وتكمن الصعوبة عادة في مدى استخلاص طبيعة المصلحة التي يرمي النص القانوني لحمايتها

¹ - Gérard FARJAT, Droit économique, PUF, Paris, 1982, p49.

² - René SAVATIER, L'ordre public économique, D 1963, p 38.

³ - Jacques GHESTIN, Traité de droit civil : La formation du contrat, 3^{ème} éd , p 108 et 109.

⁴ - Gérard FARJAT, Droit économique, op.cit, p 108.

⁵ - Cass.com 17 juillet 2001, JCP (éd E), 2001, p 1627.

وضرورة القيام بتكييف النص القانوني من أجل تحديد تلك الطبيعة⁽¹⁾، وقد تفضي هذه الصعوبة إلى تباين الأحكام القضائية.

وتقتضي الدراسة منا أن نبين ما المقصود من النظام العام الاقتصادي التوجيهي في الشركات التجارية. عندما يجد القاضي نفسه ملزماً بتحديد طبيعة النظام العام من خلال قواعد الشركات التجارية، عليه أن يبين المصلحة التي أراد المشرع حمايتها من خلال النص وتحديد طبيعتها إن كانت عامة أو خاصة، ويفضي هذا العمل الذي يؤديه القاضي إلى ضرورة وضع تعريف للمصلحة حتى يتبين المقصود منها في ظل الأحكام المنظمة للشركات التجارية، وبما أن الفقه يرى أن النظام العام الاقتصادي التوجيهي يهدف إلى حماية المصلحة العامة، سنقوم إذن بتعريف المصلحة العامة من منظور الشركات التجارية.

يعتمد الفقه على معيارين أساسيين من أجل تحديد مفهوم المصلحة العامة، وهما معيار نوعي ومعيار كمي، يهدف أصحاب المعيار النوعي إلى كشف جوهر المصلحة العامة وما تحتويه في ظل قانون الشركات التجارية، بيد أنه رغم ذلك تظل المصلحة العامة من المفاهيم المستعصية على التعريف، لذا حاول البعض القول بأن المصلحة العامة هي متطلبات الجماعة التي تتجاوز مصالح الأفراد والتي يتم تجسيدها - أي تلك المتطلبات - بإجراءات وأشكال قد تغطي على مصالح الأفراد المكونين للجماعة ولذا فمصلحة الجماعة تعلق وتسمو على مصالح الأفراد وتتميز عنها⁽²⁾.

ولا يقوم المشرع كعادته بتوضيح المصلحة التي يريد حمايتها إن كانت عامة أو خاصة، لذا يتولى القاضي هذا العمل بأن يفسر النص القانوني وأن يستخلص المصلحة العامة التي جاء بها النص لحمايتها في الشركات التجارية، والقاضي كقاعدة عامة يظل حراً في انتقاء أساليب التفسير ومناهجه كأن يقوم بتحديد الأسس الاجتماعية للقاعدة القانونية أو الاستناد إلى الأعمال التحضيرية التي سبقت صدور النص حتى يتسنى له في الأخير رصد نية المشرع في حماية المصلحة العامة.

وفي سبيل وضع اليد على مفهوم دقيق للمصلحة العامة في قانون الشركات التجارية لا بد من الكشف عن موقف القضاء الفرنسي، حيث ساهمت محكمة استئناف Chambéry في تعريف المصلحة العامة في الشركات التجارية، حيث استندت في حكم لها بتاريخ 22 نوفمبر 1976 على الطبيعة الأمرة للمادة 40 من القانون التجاري لسنة 1867 وانتماؤها إلى النظام العام، ولقد جاء هذا النص ليمنع أعضاء الإدارة في الشركة من أن يتحصّلوا على منفعة أو يحتفظوا بها مباشرة أو بصفة غير مباشرة مع الشركة إلا إذا تم ترخيص ذلك من طرف الجمعية العامة، عرّفت محكمة استئناف Chambéry المصلحة العامة بالقول أن نص المادة المذكور لا يهدف فقط إلى حماية المساهمين أو الدائنين الذين تضمن ديونهم أموال الشركة

¹ - Philippe MALINVAUD, Droit des obligations, 10^{ème} éd, Paris, PUF, 2000, p 189.

² - في هذا المعنى راجع:

G-VEDEL, Droit administratif, 7^{ème} éd, Thémis, Paris 1981, p 414.

وإنما يهدف النص إلى إضفاء طابع الأخلاق أو الآداب على إدارة الشركة من خلال منعها من التصرفات التي قد تضر بالانتماء العام للشركة وبالعلاقات التجارية⁽¹⁾.

ولعل الحكم ذاته يصدق الأخذ به في ظل المادة 628 من القانون التجاري الجزائري، التي ضربت بجزء البطلان كل اتفاق يبرمه القائمون بالإدارة مع الشركة إلا إذا استأذنت الجمعية العامة مسبقا، وهذه الطائفة من الاتفاقات - وهي الأصل العام - تعد من قبيل الاتفاقات المقيدة، بيد أن هناك طائفة أخرى بينتها المادة نفسها لا يجوز بأي حال من الأحوال إبرامها من طرف أعضاء الإدارة مع الشركة وهي القروض التي تكون فيها الشركة مقرضة، أو إبرام اتفاق فتح الحساب الجاري على المكشوف أو إبرام عقد الكفالة أين تكون الشركة كفيلا للالتزامات عضو الإدارة أو أن يجعل من الشركة ضامنا إحتياطيا للالتزامات تجاه الغير.

ونستخلص من الحكم الصادر عن محكمة استئناف Chambéry أن النصوص القانونية المتعلقة بالاتفاقات المحظورة التي لا يجوز إبرامها مع الشركة من طرف أعضاء إدارتها، أنها نصوص من النظام العام الاقتصادي التوجيهي، فتعدو تلك الاتفاقات باطلة بطلانا مطلقا لأنها نصوص تهدف إلى حماية المصلحة العامة من خلال إضفاء الأخلاق على مجالس الإدارة في الشركات التجارية، ولذا لا تهدف مثل تلك النصوص إلى حماية المساهمين أو الدائنين فقط، وإنما ترمي إلى حماية مصلحة تسمى وتتميز عن تلك المصالح الفئوية، ولقد ظل القضاء الفرنسي يستند في تعريفه للمصلحة العامة على فكرة الأخلاق، ففي نوع مماثل ذهبت بشأنه محكمة النقض الفرنسية إلى مثل ما ذهب إليه قضاة الموضوع⁽²⁾.

ولم يسلم القضاء الفرنسي من النقد فيما ذهب إليه، إذ تصدى جانب من الفقه إلى المفهوم الذي تبناه القضاء بشأن المصلحة العامة، فالقضاء حين جعل المصلحة العامة في الشركات التجارية ما هي إلا عنصر الأخلاق الذي ينبغي أن يتوفر لدى مجلس الإدارة، يكون قد لجأ إلى مفهوم غير قانوني من أجل تعريف مفهوم قانوني، إن الإستعانة بمفهوم الأخلاق بغية تعريف المصلحة العامة يسيء إلى مسعى الفقه في تعريفه للنظام العام الاقتصادي التوجيهي، وذلك لكون المصلحة العامة ما هي إلا معيار قانوني يجسد جوهر النظام العام، ثم أن الإشكال لا يزال قائما لأن الأخلاق تحتاج بدورها إلى تعريف في ظل قانون الشركات، ولا يمكن التسليم بسهولة أن عنصر الأخلاق في مجلس الإدارة يقصد به امتناع أعضاء هذا الأخير عن الممارسات التي من شأنها الإضرار بسمعة الشركة وائتمانها من ذلك إبرام اتفاقات محظورة

¹ - يتعلق النزاع بواحد من الاتفاقات المحظورة التي لا يجوز لأعضاء الإدارة إبرامها مع الشركة، حيث قام مدير شركة مساهمة عائلية Etablissement Servonnat Frères بتركز نشاطها على صناعة الأحذية، بإبرام عقد كفالة مع الشركة لتكون ككفيل لالتزاماته الشخصية في مواجهة البنك وتمثلت الكفالة في توقيع رهن على مال من أموال الشركة، ليطالب الشريك الآخر في الشركة بإبطال مثل هذا الاتفاق لمخالفته المادة 40 من القانون التجاري لسنة 1867 التي أعاد المشرع الفرنسي صياغة مضمونها في المادة 406 من قانون 24 جويلية 1966، ولقد أبطلت محكمة الإستئناف المذكورة عقد الكفالة لكونه اتفاقا محظورا، راجع:

CA Chambéry, 22 novembre 1976, JCP, éd, E, 1979 II, 19067, note : Nicole BERNAD.

² - Cass.com, 25 avril 2006, Bull Joly 2006, p 1024 & 205. Cass.com, 9 octobre 2001, Dr, Sociétés 2002, somm n°43, obs : D-VIDAL. CA Montpellier, 7 janvier 1980, Gaz pal 1980, 1, p 362, note : P- de Fontbressin, CA Paris, 5 décembre 1983, D. 1984, p60. CA Versailles, 2 décembre 1987, p 16. CA Aix en Provence, 7 février 1992, Bull Joly 1992, p 1217 & 395, note : Paul LECANNU.

معها، فكيف إذن يذهب القضاء إلى القول بأن الأخلاق كافية للحفاظ على سمعة الشركة، يشترط الفقه هنا وجوب اللجوء إلى مفاهيم أخرى تعزز دور الأخلاق لخلق الثقة التي تحتاجها الشركة في تعاملها مع الغير كمفهوم الشفافية الذي يعد واحدا من الركائز الأساسية في بناء ائتمان الشركة وسمعتها، ويتقاطع مفهوم الشفافية مع الأخلاق في كونهما عائقا أمام أعضاء مجلس الإدارة يحول دون قيامهم بإبرام اتفاقات محظورة مع الشركة، بيد أن مفهوم الشفافية يتجاوز هذا الدور ليكون محرّكا ومعززا للدعوى الجماعية للمساهمين، وتشديد إعلام المساهمين بأجور المسيرين وتيسير ممارسة الغير لحقه في الإعلام حول تسيير الشركة⁽¹⁾.

كما انتقد الفقه فكرة الأخلاق في جعلها محددا لمفهوم المصلحة العامة، من ناحية عدم الاستقرار فيها وتغيّرها، فالنص القانوني الذي يحمي المصلحة العامة قد لا يكون كذلك بعد مدة من الزمن، إن التغيّر يؤثر في مفهوم النظام العام التوجيهي، كما أن المصلحة العامة لا تترجم في الأحوال جميعها بعنصر الأخلاق الواجب توفره في مجالس الإدارة، ويؤكد المشرّع ذلك في تشريعاته الحديثة، إذ تدل أن المشرع بات يمنح للمصلحة العامة مفاهيم أخرى كخاصية الجذب في نصوص التشريع واتساقها⁽²⁾ أو مراعاة البعد التنافسي من خلال قانون الشركات التجارية⁽³⁾.

ويذهب أصحاب المعيار الكمي في تحديد المصلحة العامة إلى القول بعدم الإكتفاء بمصلحة وحيدة يحميها النص التجاري، وإنما يتولى النص حماية عدد من المصالح، وهكذا تقوم النصوص المنتمية إلى النظام العام التوجيهي بحماية مصالح فردية أو فئوية من طبائع مختلفة، ويجمع الفقه على أن المصلحة العامة لا تشكل مجموع المصالح الخاصة، والمصلحة العامة هي مصلحة الجميع، إن مثل هذه المقاربة تلخّص بكل وضوح المعيار الكمي الذي يعتمد هذا الجانب من الفقه بوجود أن تشمل المصلحة العامة التي يحميها النص القانوني جميع المصالح الفئوية حتى يغدوا هذا النص نصا من النظام العام التوجيهي، غير أنه بالرغم من وضوح هذه المقاربة من الناحية النظرية فهي صعبة التطبيق في قانون الشركات

¹ - Dominique VELARDOCCIO FLORES, La transparence en droit des sociétés dans la loi sur les nouvelles régulations économiques, Dr et patr, n° : 98, novembre 2001, p 62.

² - لقد أحدث قيام مجموعة البنك العالمي بنشر تقارير سنوية ابتداء من سنة 2003 عرفت بتقارير Doing Business جدلا عالميا حول قدرة القانون في تحفيز التنمية الاقتصادية للدول، وعدم خلق عوائق أمام التعاملات الاقتصادية. ومن هنا حاول واضعوا تلك التقارير توجيه توصيات للدول من أجل تبني معايير الجودة عند سن التشريعات المتعلقة بالاقتصاد، وذلك من خلال العمل على تطوير المعيارية القانونية استنادا على أفضل الممارسات والتقاليد القانونية في مجال الاقتصاد. والقانون بحسب هذه الأفكار الجديدة هو ذلك القانون الذي يستجيب إلى خاصيتين أساسيتين الأولى أن تسمح نصوص القانون بتيسير إجراء الأعمال كتبسيط مراحل تأسيس الشركات مثلا من أجل جذب المستثمرين الأجانب، أما الثانية فهي أن يكون القانون بسيطا ولا يفرض إلا رسوما منخفضة حول التعاملات التجارية والاقتصادية، راجع:

Bertrand du MARAIS, Attractivité économique du droit : Le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? Dr et patr, n0 : 170, Mai 2008, p 41.

³ - حقيقة إن مفهوم التنافسية ليس مألوفا لدى رجال القانون، ولذا لا يقصد بتنافسية النظام القانوني قدرته على تحقيق الثروة وإنما يراد بها كفاءة النظام في ضبط العلاقات الاجتماعية، ويصعب من ناحية أخرى وضع تعريف لخاصية التنافسية حتى من منظور إقتصادي، ولكن خاصية التنافسية تقوم على ركيزة أساسية يجب أن يشتمل عليها النظام القانوني وهي إضفاء الحرية التعاقدية في نصوص قانون الشركات التجارية، والتي يمكن تجسيدها من خلال إبراز دور الإرادة في أداء الشركة، إلغاء رأس المال الأدنى، تبسيط إجراءات إصدار القيم المنقولة، ويرى البعض أنه يمكن تلمس خاصية التنافسية في نظرية حوكمة الشركات وهي النظرية التي تسعى إلى ضبط العلاقات داخل الشركة، خاصة بين المساهمين والإدارة، راجع:

Quentin URBAN, Compétitivité et évolution du droit français des sociétés, Petites affiches, 17 out, 2006, n° :164, p 27.

التجارية، لأن القاضي سيجد نفسه ملزماً بالوقوف على جميع المصالح الفئوية التي يمكن أن يشملها النص بالحماية وتحديد نية المشرع فعلاً في توجيه الحماية إلى جميع تلك المصالح⁽¹⁾.
وأمام صعوبة المقاربة السالفة الذكر، لجأ بعض الفقهاء إلى تبني مقاربة أخرى في ظل قانون الشركات ترمي إلى وضع مفهوم عملي للمصلحة العامة، فقالوا أن المصلحة العامة لا تمس جميع المصالح الفئوية وإنما تمس عدداً أدنى من تلك المصالح، ولذا يعد نصاً قانونياً ما من نصوص النظام العام التوجيهي إذا كان يرمي إلى حماية عدد محدود من المصالح المختلفة، وهي مقاربة عملية لأن القاضي لا يضطر إلى البحث على جميع المصالح المشمولة بالنص وإنما يكفي بالمصالح التي يرحح لديه أن النص متعلق بها، ولقد ذهب محكمة النقض في هذا الاتجاه⁽²⁾.

الفرع الثالث: النظام العام الاقتصادي الحمائي

يختلف النظام العام الاقتصادي الحمائي عن النظام العام الاقتصادي التوجيهي في كونه لا يحمي مصلحة عامة وإنما يحمي مصلحة خاصة لتظل صعوبة التعريف قائمة حتى بصدد هذا النوع من المصلحة في قانون الشركات، لأن الغالب في أحكام الشركات التجارية قد جاءت منظمة للمصالح الفئوية وليس مصالح الأفراد، وهدف الحماية في هذه الحالة هو حماية مجموعة من الأشخاص دون الإقتصار على فرد وحيد، وهي خصوصية ثابتة في القواعد القانونية المنظمة للشركات التجارية، ويتضح هنا أن مفهوم النظام العام الحمائي يقوم أساساً على فكرة المصالح الفئوية.

إن التمكن من وصف المصلحة الخاصة التي تختصها أحكام الشركات التجارية بالحماية مهمة صعبة مقارنة بما تذهب إليه دراسات الفقه في قانون العقود أو الأحكام العامة للعقود، ويعد قانون العقود من هذا الجانب مجالاً خصباً لمفاهيم النظام العام الحمائي، التي تسعى إلى إعادة التوازن في العلاقة العقدية إذا وجد أحد المتعاقدين في مركز أقوى من المتعاقد الآخر، ولذا يرمي النظام العام الحمائي إلى إرساء مبدأ المساواة العقدية، ومن هذا المنظور أن المصلحة التي يحميها هي مصلحة أفراد أو مصلحة المتعاقد، ولقد جسّد المشرع هذه الحماية من خلال تنظيم محتوى بعض العقود ولم يترك ذلك لإرادة المتعاقدين⁽³⁾، بينما يصعب الوقوف على تعريف المصلحة الخاصة في ظل قانون الشركات لأن البحث لا ينصب حول المصلحة في حد ذاتها وإنما على مفهوم المصالح الفئوية، وتكمن الصعوبة في إيجاد محددات تسمح برسم خصوصية كل فئة من الفئات الأخرى، ويبدو مستحيلاً من ناحية أخرى إعداد قائمة حصرية بمجموع المصالح الفئوية، وعلى العموم تسعى قواعد النظام العام الحمائي في قانون الشركات التجارية إلى حماية

¹ - Ludovic SCHRYVE, L'ordre public et le droit des sociétés, Thèse, Lille 2, 2009, p 443.

² - Mostafa MEKKEI, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, Paris, 2004, p50.

³ - François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, op.cit, p 382.

فئتين رئيسيتين من المصالح ، مصالح الشركاء ومصالح الغير، إن حماية مصالح الشركاء من أهداف النظام العام الحمائي، وذلك لأن الشركاء في مركز ضعيف في مواجهة المسيرين والمؤسسين لذا ضمنت لهم القواعد القانونية الحق في الإعلام وحقوق أخرى، كما شددت في حماية الشركاء في حال قيّدت الشركة لدى بورصة القيم المنقولة أو لجأت إلى علانية الإِدخار، وتتجسد الحماية أيضا في حماية الأقلية بنصوص خاصة.و إضافة إلى الدور الحمائي الذي تؤديه لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها والتي تسهر غالبا على حماية الإِدخار وإعلام المستثمرين⁽¹⁾.

كما ترمي قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية مصالح الغير الذي يتعاقد مع الشركة، وتتجسد أهم أساليب حماية الغير ضمان التوزيع الواضح للسلطات داخل الشركة حتى تتمكن هذه الأخيرة من تنفيذ الإلتزامات المترتبة تجاه الغير، كما تتم حماية الغير من خلال حماية وعاء الضمان المقرر لهم في مواجهة الشركة والشركاء⁽²⁾، ويتولى القاضي مهمة تحديد أي مصلحة جاء النص لحمايتها، ويواجه القاضي عادة صعوبة في ترجيح المصلحة المستهدفة، ونتيجة لذلك قد ينجم عن هذه العملية إختلاف في تفسير النصوص محل النزاع⁽³⁾.

لقد تطرّق القضاء الفرنسي إلى مسألة تحديد المصالح الفئوية بمناسبة تعهّد الشركة بالالتزامات الشركاء في مرحلة التأسيس، حيث تذهب المحاكم ومحاكم الاستئناف إلى اعتبار المواد R210-6 و R210-5 من القانون التجاري الفرنسي نصوص قانونية تهدف إلى حماية الشركاء وهي نصوص منظمة لكيفيات تحمّل الشركة للالتزامات التي تعاقدها عليها الشركاء أثناء تأسيسهم للشركة، حيث تصبح الشركة وفقا لتلك الكيفيات مسؤولة عن تنفيذ الإلتزامات بعد قيدها في السجل التجاري، ولما كيّفت هذه الجهات القضائية النصوص القانونية بكونها تهدف إلى حماية الشركاء أجازت إلى هؤلاء أن يخرجوا عن مضمون النصوص وأن يراعوا كيفيات أخرى بالاتفاق فيما بينهم، بيد أن محكمة النقض موقفها يختلف تماما عن موقف الجهات القضائية الأخرى، إذ تجنح إلى نقض الأحكام التي تنظر إلى كيفيات تعهّد الشركة بالالتزامات الناشئة عن التأسيس بأنها كيفيات مقررة لحماية الشركاء، وتقر بأن الشركاء لا يجوز لهم اتخاذ كيفيات مغايرة، وفي نظر محكمة النقض أن النصوص المذكورة هي مقررة لحماية الغير المتعاقد مع الشركاء أثناء مرحلة التأسيس، لأن الغير هو الذي أقدم على التعاقد مع أشخاص طبيعيين ليجد

¹ - Yves GUYON, Traité de contrat, op.cit, p 23.

² -Ludovic SCHRYVE, op cit, p 449.

³ - تستند فلسفة حماية الغير في قانون الشركات التجارية على تمكين الغير من الضمانات التي يمنحها المشرع من خلال شكل الشركة الذي اختاره المؤسسون والسلطات التي تحوزها أجهزة الشركة، كما يجب أن يكون الغير ممكنا من أهم الخصائص التي تقوم عليها الشركة المتعاقدة، وتختلف حدة حماية الغير بين شركة وأخرى، كأن يجد الغير ضمانا قويا لإستحقاق ديونه تجاه الشركة بأن يكون الشريك مسؤولا بالتضامن وبدون تحديد ، وهو ما نجده في شركة التضامن، كما لا يجد الغير مثل هذه الحماية أمام شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وما عليه إلا الرجوع على أصول الشركة، راجع:

Yves GOYON, Traité de contrat, op.cit, p22.

نفسه دائنا لشخص معنوي، قد لا تتوفر فيه الملاءة الكافية، لذا لا بد أن المشرع أراد من تلك النصوص حماية هذا الغير وليس الشركاء⁽¹⁾

حقيقة يتضح أن المشرع الجزائري أراد بدوره حماية الغير من خلال المادة 549 من القانون التجاري، التي جعلت من المؤسسين مسؤولون بالتضامن ومن دون تحديد في أموالهم حول الالتزامات المترتبة في مرحلة التأسيس.

إن القول الذي يجمع عليه الفقه هو أن أحكام الشركات التجارية إنما جاءت لحماية الشركاء والغير، ولا يمنع من أن نجد من هنا أو هناك أطراف أخرى تنال حماية النصوص القانونية، أي أنها هي بدورها تشكل مصالح فئوية إلى جانب الشركاء والغير، ونذكر منها المدخرون وهم الذين يقدمون أموالهم إلى الشركة بقصد تمويلها دون أن تكون لديهم صفة الشريك، كأصحاب سندات الاستحقاق الذين ينالون الحماية ذاتها التي يستفيد منها الشركاء⁽²⁾، كما يمكن ذكر أيضا الأجراء والشركاء الأجراء هذه الفئة التي بات المشرع يوليها اهتماما متزايدا⁽³⁾، أما المسيرون وإن كانوا فعلا طرفا في العلاقات الناشئة عن الشركة إلا أنهم لم ينالوا حماية خاصة من طرف المشرع وذلك نظرا لمركزهم القانوني داخل الشركة⁽⁴⁾.

ولقد استقر القضاء على مبدأ هام يقضي بعدم جواز تمسك فئة من الفئات بمخالفة نص من نصوص النظام العام الحمائي أراد المشرع من خلاله حماية مصالح فئة أخرى، كأن يتمسك المسيّر بمخالفة نص فيه حماية لمصلحة الشركاء، لقد ذهبت محكمة النقض في مثل هذا الاتجاه بمناسبة دعوة الشركاء لعقد جمعية عامة⁽⁵⁾، وفي هذا النزاع قام مسيّر غير شريك في شركة ذات مسؤولية محدودة بالمطالبة بإبطال مداولة الجمعية العامة للشركاء بسبب عدم صحة الإجراءات، وترجع الحثيات إلى كون مسيّر الشركة كان يتم تجديد تعيينه من طرف الجمعية العامة كل سنة، أي أن عهده تمتد إلى مدد متساوية من طرف الشركاء عند عقد الجمعية العامة المخصصة للمصادقة على الحسابات، غير أنه في سنة 1994 قام المسيّر بدعوة الشركاء إلى عقد جمعية عامة من أجل المصادقة على الحسابات وكان محددًا عقدها بتاريخ 28 أكتوبر 1994، غير أن الشركاء قاموا بعقد جمعية عامة دون دعوة مسبقة بتاريخ 10 أكتوبر 1994، وفي هذه الجمعية اتفق الشركاء على عدم تجديد مهام مسيّر الشركة، قام المسيّر المعزول بالمطالبة قضاءً ببطلان الجمعية العامة لعدم انتظامية الإجراءات المفضية إليها، قام قضاة الموضوع بقبول طلبات المسيّر المعزول مستندين في حكمهم إلى الصفة التي تتوفر في المسيّر ثم القضاء ببطلان

¹ - يقول الأستاذ CORLAY أن أهمية حماية الغير في الشركات التجارية تنبثق أساسا من القاعدة التي تقول أن مصلحة الشركة ذاتها تقتضي أن يتمتع الغير بحماية ناجعة، فالغير إذا فقد الأمن القانوني فإنه لا يقدم على التعاقد مع الشركة، راجع:

Paul CORLAY, La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles, RTD com, 1981, p 233.

² - Yves GUYON, Traité de contrat, op.cit, p 23.

³ - Jean Jacques DAIGRE, Transformer les sociétés, in de nouveaux espaces à la liberté contractuelle, JCP, éd E, 1995, Cah dr ent, p16.

⁴ - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 75.

⁵ - Cass.com , 17 décembre 2002, Bulletin 2002 IV, N° 200, p 226.

الجمعية العامة، ثم ليتم تأكيد الحكم أمام محكمة الاستئناف لتذهب هذه الأخيرة إلى القول بأن المسير قد حاز الصفة التي تخوّله تقديم طلب البطلان وكانت تلك الصفة قائمة عند انعقاد الجمعية العامة وبغض النظر عن كونه شريكا أو من عدمه. قامت الشركة بتقديم طلب بالنقض حيث قامت محكمة النقض بنقض الحكم المستأنف فيه مؤسسة قرارها على أن الشركاء هم من أجاز لهم المشرع دون غيرهم الحق في إثارة مخالفة القواعد القانونية المنظمة لإجراءات الدعوة عند عقد الجمعية العامة أو الطعن في صحة السلطات التي يحوزها وكيل الشريك داخل الجمعية⁽¹⁾.

وهي الإجراءات التي نظمها المشرع من خلال المادة 580 من القانون التجاري التي جعلت من كفاءات دعوة جمعية الشركاء العامة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تنحصر في ثلاث طرق، الطريقة الأولى أن تستدعي الشركاء قبل خمسة عشر يوما من تاريخ انعقاد الجمعية بكتاب موصى عليه، والطريقة الثانية أن يقوم أحد الشركاء تمثل حصته ربع رأسمال الشركة بتوجيه الدعوة إلى الشركاء، أما الطريقة الثالثة أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يقوم باستدعاء الجمعية العمدة وتحديد جدول الأعمال.

إذن يتضح لنا جليا أن محكمة النقض قد راعت بكل وضوح الحدود الفاصلة بين فئات المصالح خلافا لقضاة الاستئناف الذين غلبوا الصفة على المصلحة، ويبرز موقف محكمة النقض المتميز في حصرها مفهوم المصلحة في الشركاء فقط، إذ هم الوحيدون الذين يجوز لهم طلب الإبطال والتأكيد على أن الحماية المجددة من خلال نصوص القانون هي موجّهة إلى هؤلاء، وكنتيجة لهذا الحكم يجوز لكل مساهم أو شريك توجيه طلب قضائي يقضي بإبطال كل مداولة يرى عدم انتظاميتها⁽²⁾.

إن الصرامة التي تنتهجها محكمة النقض الفرنسية في تحديد فئات المصالح قد تبرر في جزء منها بأسباب وجيهة، كعدم قبول دعوى البطلان التي يرفعها المسير غير الشريك ضد مداولات أجهزة الشركة، ويرجع عدم قبولها إلى المصلحة الشخصية التي يهدف إليها المسير في هذه الحالة وهي المحافظة على مهامه، فيسعى إلى إبطال المداولة التي عزل بسببها من طرف الشركاء، بيد أنه لا يمكن تبرير صرامة

¹ - يرى الأستاذ BARBIERI في تعليقه على هذا القرار أن قضاة الاستئناف قد خلطوا بين صفة التقاضي والمصلحة، بل غلبوا الصفة حين حكموا بقبول طلبات المسير غير الشريك الذي تم عزله من طرف جمعية الشركاء، وكان قضاة الاستئناف يرون من جهة أخرى أنه يجوز لكل مسير أن يطالب بإبطال المداولات التي يتجاهل فيها الشركاء قواعد أمره متى أثبت هذا المسير وجود مصلحة مشروعة في طلبه ذلك، خاصة إذا كانت تلك القواعد من النظام العام التوجيهي، وهو الاتجاه الذي رفضت محكمة النقض السير فيه، إذ قضت بكل وضوح أن قواعد صحة انعقاد الجمعية من ناحية استدعاء الشركاء هي قواعد مقررّة لحماية هؤلاء وبالتالي لا يجوز لغيرهم الاستناد على مخالفتها لطلب إبطال الجمعية وعليه فإن المسير المعزول لا يجوز المصلحة التي تخوّله طلب الإبطال، ولقد استقرت محكمة النقض في توجيهها المقيد للصفة في رفع دعاوى البطلان ضد مداولات أجهزة الشركة وذلك حماية للغير وتعزيز للأمن القانوني في الشركات التجارية، راجع:

Cass.com, 17 décembre 2002, Rev soc 2003, p 499, note : Jean François BARBIERI.

² - وتذهب محكمة النقض إلى أبعد من ذلك إذ تجيز للمساهم أن يطلب إبطال مداولات أجهزة الشركة كمجلس الإدارة أو الجمعية العامة بالرغم من أنه لم يكن مساهما لحظة صدور المداولة، أي قبل دخوله في الشركة حيث ترى هذه الجهة القضائية عدم وجود نص قانوني يفرض اكتساب المساهم لصفة المساهم حين صدور المداولة المطعون فيها بالبطلان، ويمكن تبرير هذا الحكم وإن كانت لم تأخذ به محكمة النقض صراحة، هو أن عدم اشتراط صفة المساهم يرجع بالأساس إلى الآثار التي تنتجها المداولة واستمراريتها في المستقبل، والتي تؤدي عادة إلى الانتقاص من الذمة المالية للشركة والتأثير في الحقوق المالية للمساهم، راجع بالتفصيل موقف محكمة النقض بهذا الصدد قضية La Fourmière:

Cass.com., 4 juillet 1995, Rev soc 1995, p 504, note: Paul LECANNU.

محكمة النقض في الحالات جميعها خاصة إذا كان رافع دعوى البطلان يستند في رفع دعواه إلى حماية مصلحة الشركة⁽¹⁾.

كما لا يستقيم موقف المحكمة في الصرامة المفرطة في تعيين الفئة المستهدفة بحماية المشرع مع طبيعة الأحكام المنظمة للشركات التجارية، إذ لا يراعي موقفها ذلك تنوع المصالح في ظل الشركات التجارية وتداخلها، والشركة ليست كأي علاقة عقدية بمفهومها التقليدي أين يجد المتعاقدان نفسيهما أمام مصالح متعارضة وإن لم نقل في تضاد، بينما لا ينطبق هذا الوصف على المصالح الناشئة عن الشركة، فالشركة تنشأ على أساس التوافق ونية الاشتراك، لذا يغدو مستساغاً أن ينتمي الشخص إلى فئات عديدة، كما يذهب البعض بعيداً ليكشف أن الفئة الواحدة قد لا يتساوى أعضاؤها رغم انتمائهم لفئة واحدة.

وعلى سبيل المثال يجيز المشرع في الحالة العامة أن يكون مسير الشركة من غير الشركاء⁽²⁾، إن مثل هذا الوضع شائع ومتكرر فيغدو المسير قد انتمى إلى فئتين مختلفتين، فئة الشركاء وفئة المسيرين، إن مثل هذا الجمع يترافق معه عادة صعوبة أعمال قواعد النظام العام الحمائي، لأن المسير الشريك قد يلجأ إلى طلب البطلان ضد عمل أو مداولة بما يتعارض مع مصالح الشركاء، فهل يظل الجواز قائماً أمام مثل هذا الطلب، لقد ذهب البعض إلى القول بحرمان المسير الشريك من إثارة مخالفة قواعد النظام العام التي توفّر حماية للشركاء، حيث يقوم هذا الرأي على تغليب صفة المسير على صفة الشريك لأن المسير يوجد في مركز قانوني ممتاز عن الشركاء ولا حاجة لحمايته باللجوء إلى ما ترتبه صفة أخرى، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بجواز قيام المسير الشريك أن يحتج بمخالفة قاعدة من قواعد النظام العام المتعلقة بحماية الشركاء، ويتأسس هذا الرأي على أن الطبيعة الأساسية لحق الشريك في التقاضي تقتضي أن لا يحرم الشريك من هذا الحق لمجرد ممارسته لمهام التسيير، لقد ذهبت محكمة النقض إلى عدم جواز المسير الشريك أن يستفيد من مخالفة نص يرمي إلى حماية الشركاء⁽³⁾، إلا إذا توفرت لديه مصلحة خاصة يود حمايتها كأن تكون المداولة قد جلبت ضرر يمس بحقوقه كشريك.

إن الصرامة التي تنتجها محكمة النقض في تحديد الفئات تفرض على من يحتج بمخالفة نص قانوني يحمي الشركاء أن يثبت انتماءه إلى هذه الفئة، ويجوز لكل شريك أن يحتج بمخالفة نصوص النظام العام الحمائي، ويتساوى الشركاء جميعاً أمام الحماية التي يوفرها المشرع من خلال هذه النصوص⁽⁴⁾، وفي

¹ - لقد طرحت الأستاذة BOILLOT تساؤلاً جوهرياً بهذا الخصوص وهو كيف سيكون موقف محكمة النقض إذا كانت المصلحة المقصودة من طرف صاحب دعوى البطلان مصلحة الشركة وليست مصلحة خاصة به، راجع:

CA Paris, 15 février 2008, Bulletin July 2009, p 122, & 26, note: Christine BOILLOT.

² - أنظر المادة 553 ق تجاري، المادة 576 ق تجاري، م 715 ثالثاً 1 ق تجاري.

³ - Paul LECANNU, sous note cass 3^{ème} civ, 8 juin 1994, Bull July 1994, p 1240

⁴ - راجع حول مبدأ المساواة في الشركات التجارية:

Jacques MESTRE, L'égalité en droit des sociétés (Aspects de droit privé), Rev soc 1989, p 399.

قرار لمحكمة النقض ذهب فيه إلى أن لكل شريك الحق في منازعة صحة سلطات الوكيل حين تمثيله لأحد الشركاء عند إصدار قرار عن الجمعية العامة⁽¹⁾.

إن إفتراض المساواة بين عناصر الفئة الواحدة أمر قد لا يصدقه الواقع أحيانا، فالشركاء مثلا قد يتفاوتون في حماية المشرع لهم، ولا يخلو قانون الشركات من هذا التفاوت إن أفضل مثال يذكر في هذا الصدد إختلاف المساهمين بين أغلبية وأقلية، تفرقة بات يكرّسها المشرع شيئا فشيئا في عديد من القواعد القانونية⁽²⁾.

كما تسمح لنا أحكام القانون البورصي باستخلاص بعض النصوص التي تؤكد على حماية فئة بعينها دون بقية الفئات، كنص المادة 38 من النظام رقم 03/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 الصادر عن لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها والتي قضت بأن يلتزم الوسيط بتوفير وتأمين المعلومات الملائمة لاحتياجات الزبائن ومراعاة الشفافية والسلامة في السوق وتوقي تنازع المصالح⁽³⁾.

في الأخير لقد واجه الفقه صعوبة عند تصديده لتعريف المصلحة الخاصة، صعوبة قد واجهها قبل ذلك بصدد المصلحة العامة، والقاضي بدوره يلاقي صعوبة في وضع تصور قضائي يضع من خلاله حدود المصلحة الخاصة، إذا علمنا أن قانون الشركات التجارية تشتمل قواعده على الاعتراف بالعديد من المصالح المتداخلة، لذا ليس من اليسير وضع حدود خاصة لكل مصلحة، وإن التفرقة بين قواعد النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي في غاية الدقة، وذلك مرده إلى السرعة في تغير تكييف القواعد وفقا لنوعي النظام العام الاقتصادي، والأدلة على ذلك كثيرة من ذلك إختلاف القضاة في تفسير نصوص النظام العام الاقتصادي مما يعطي حولا متباينة.

ويذكر الفقهاء بعضا من هذه النصوص التي دار حولها الإختلاف كالقواعد المنظمة لدعوة الشركاء لاجتماعات الجمعية العامة، لقد أراد المشرع التجاري⁽⁴⁾ من خلال تلك النصوص التي لا شك في انتمائها إلى النظام العام ضمان المشاركة الفعالة لجميع الشركاء في أداء الشركة، وتلتزم إدارة الشركة باستدعاء الشركاء برسالة موصى عليها مرفقة بالوثائق المبيّنة في نصوص المواد 678، 680 من القانون التجاري، مع منح المساهم أجلا يفصل بين الاستدعاء وتاريخ الانعقاد حتى يتمكن الشركاء أو المساهمون من الاطلاع على جدول الأعمال، أو طلب نموذج الوكالة⁽⁵⁾، وبصفة عامة يجب على مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أن يبلغ المساهمين أو يضع تحت تصرفهم قبل ثلاثين يوما من انعقاد الجمعية العامة

¹ -V: Bruno DONDERO, sous note:cass.com 13 niv 2003, Bull Joly 2004, p 511.

² -C- GOYET, les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés, RJ com, n° spéc, 1991, p 58. Paul LECANNU, L'abus de minorité, Bull Joly 1986, p 429. Jean Pierre SORTAIS, Protection des minoritaires, Répertoire des sociétés, Dalloz, p 2.

³ -La teneur de cette article est : Les iob doivent assurer une information adapter aux besoins de leurs clients, respecter la transparence et la sécurité du marché et prévenir les conflits d'intérêts.

⁴ - من خلال المواد 674، 675، 676، 677، 678، 816، 817 من القانون التجاري.

⁵ - المادة 818 من القانون التجاري.

الوثائق الضرورية لتمكينهم من إبداء الرأي عن دراية وإصدار قرار دقيق فيما يخص إدارة أعمال الشركة وسيرها⁽¹⁾.

لقد رأينا أن محكمة النقض الفرنسية قد كيّفت النصوص المنظمة لاستدعاء المساهمين عند انعقاد الجمعية العامة كنصوص من النظام العام الحمائي، وكننتيجة لذلك يصبح المساهمون هم الفئة التي أراد المشرع حمايتها بمقتضى تلك النصوص. ولذا لا تقبل الدعوى إلا من المساهمين إذا ما تمت مخالفة قواعد دعوة الجمعية العامة، لا شك أن محكمة النقض في موقفها هذا قد قدّرت أن قواعد دعوة الجمعيات العامة من القواعد المتعلقة بحق المساهم في التصويت، وعليه فإن المساهم لا يتمكّن من ممارسة حقوقه إلا إذا تم إستدعاؤه بشكل صحيح، ولم يقع حرمانه من حق التصويت باعتباره حق أساسي⁽²⁾، وبمعنى آخر أن محكمة النقض تنظر إلى قواعد استدعاء الجمعية من منظور فردي إذ تهدف إلى حماية حق من الحقوق الفردية للمساهمين.

بيد أن فكرة المنظور الفردي في تنظيم إجراءات الدعوة في الجمعيات العامة ما لبث أن تغيرت ولم تعد كقواعد من النظام العام الحمائي في الشركات التجارية، ويرجع السبب إلى تأثير مبادئ حوكمة الشركات ومفاهيمها في نصوص التشريع، إن أفكار الحوكمة تهدف بشكل أساسي إلى تعزيز سلطات المساهمين في رقابة أجهزة التسيير والتي تمارس من خلال ممارسة حق التصويت، وبالنتيجة فإن النصوص المنظمة لدعوة الجمعية العامة تساهم في حماية المصلحة العامة من خلال تطوير أداء الشركة بفعل الرقابة، ولعل منطوق نص المادة 677 يشير إلى هذا المفهوم بأن ألزم إدارة الشركة بتمكين المساهمين من كل الوثائق الضرورية التي تجعلهم على دراية تامة عند إبداء رأيهم خلال الجمعية وإصدار قرار دقيق حول أعمال تسيير الشركة.

ومن هنا تغدو قواعد دعوة المساهمين لا علاقة لها بحماية حق التصويت وإنما بإمكانية هؤلاء في رقابة الشركة، ليضيف فقيه آخر أن لا شك في نية المشرع من وضعه في الحسبان لإعتبارات المصلحة العامة في تنظيم الجمعيات العامة.

ويذكر الفقهاء أيضا مثالا آخر فيه دلالة على مدى صعوبة الوقوف على تكييف ثابت لنصوص قانون الشركات من حيث ارتباطها بالنظام العام الحمائي أو التوجيهي كالقرار الذي تناولته أقلامهم في التعليق عليه، حيث ذهبت فيه محكمة النقض إلى تكييف بعض النصوص التي توفر حماية لفئة محددة بأنها نصوص تحمي المصلحة العامة، ترجع حيثيات النزاع إلى شركة مساهمة لجأت إلى زيادة رأسمالها من أجل تمويل توسعة في النشاط، ولتحقيق الزيادة انعقدت الجمعية العامة غير العادية من أجل تقرير الزيادة، وخلال الجمعية حاولت شركتان - ساهمتا حديثا - بمعارضة القرار لكنهما لم تتمكنتا من ذلك نظرا

¹ - المادة 677 من القانون التجاري.

² - راجع المادة 814 من القانون التجاري.

لمساهمتهما الضئيلة في رأسمال الشركة، ومن أجل إبطال القرار لجأتنا إلى طريق القضاء طلبا لإبطال
المدولة.

استندت الشركتان في حججهما على الخرق الذي قامت به الشركة لنص يهدف من خلاله المشرع
تطوير حركة مساهمة الأجراء في شركات المساهمة⁽¹⁾، وهو نص المادة 443-5 من قانون العمل
الفرنسي، وهو ما لم تقم به الشركة عند انعقاد الجمعية العممة غير العادية، ولقد استجابت المحكمة لهذا
الطلب وكان حكمها قد قضى بالبطلان المطلق لقرار الزيادة، وفي رأيها هذا تؤكد المحكمة أن الإجراء
المنصوص عليه بالمادة المذكورة ذو طبيعة أمرية يهدف إلى إفتتاح رأس المال أمام مساهمة الأجراء وهو
من النظام العام الاقتصادي، ولذا إن طلب الإبطال لا يمكن تفسيره على أنه يراد به حماية مصلحة خاصة
فيكون بطلانا نسبيا، إن تطوير مساهمة الأجراء تعد وسيلة لرفع فاعلية التسيير ضمن مفاهيم حوكمة
الشركات وهي بهذا تسمو عن مصلحة الأجراء.

المطلب الثاني: تأثير مفاهيم الضبط الإقتصادي في النظام العام

لقد رأينا فيما سبق شرحه أن النظام العام قد تدرّج في تطوره بفعل تطوّر فلسفة التشريع، وإلى
مدى تشبع التشريع بإطلاق الحرية التعاقدية أو تقييدها، وهكذا ظهر مفهوم النظام العام كمفهوم أساسي في
أحكام الشركات التجارية بعد أن كان سائدا مبدأ الحرية التعاقدية⁽²⁾، ليشهد بعد ذلك تراجعاً مستمرا في
تأثيره في قانون الشركات التجارية وهو ما يؤكد الأستاذ FARJAT بالقول أن النظام العام الاقتصادي
فقد حيويته⁽³⁾، ولقد ذكر بعض الفقهاء أن بروز النظام العام لم يكن إلا عابرا ليبدأ في التراجع بفعل
التعديلات المتلاحقة لنصوص القانون التجاري المنظمة للشركات، كما أثرت مفاهيم الحوكمة بعمق إلى
حد تغيير ملامح التشريع⁽⁴⁾، بيد أن تراجع النظام العام الاقتصادي لم يبلغ درجة الانعدام، وفي الوقت ذاته
كشف تراجعها عن ضرورة البحث من جديد حول مكانة النظام العام في الشركات التجارية وفاعلية آليات
الإكراه التي يستعملها المشرع، ولقد ظلت أحكام النظام العام الاقتصادي مبنوثة بين أطراف القواعد
المنظمة للشركات التجارية، بل وظل تأثيره ملحوظا في القواعد القانونية المنظمة لسوق الأوراق
المالية⁽⁵⁾.

¹ - وهنا فيه إشارة إلى نص المادة 225-129 من القانون التجاري الفرنسي التي ألزمت الشركة حين انطلاقتها في زيادة رأسمالها أن تراعي أحكام المادة 443-5 من قانون العمل.

² - نشير هنا إلى تطور فلسفة التشريع في فرنسا، حيث رأينا أن المشرع الفرنسي كان قد كرّس مبدأ الحرية التعاقدية في ظل القانون التجاري لسنة 1867 وليرجع عن فلسفته تلك ويقوم بتشديد قواعد النظام العام بعدما ظهرت مساوئ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، ليكون القانون الصادر سنة 1966 المنظم للشركات مثلا بارزا للنظام العام من خلال القواعد الأمرة الكثيرة الواردة به وإلى تنظيمه المفرط لجميع مسائل الشركات.

³ - V : Gérard FARJAT, Droit économique, Puf, Paris, 1971, p 49.

⁴ - Dominique SCHMIDT, Le mouvement perpétuel du droit français des sociétés, RJcom 2003, p 107.

⁵ - تقول Méadel لقد أصبحت قواعد البورصة هدفا للنظام العام، فكما ازداد عدد القواعد زاد تبعاً لذلك نطاق النظام العام، راجع:
Juliette Méadel, Les marchés financiers et l'ordre public, LGDJ, Paris 2007, p4.

لقد أشرنا أيضا إلى أن الفقهاء وصفوا النظام القانوني الذي وضعه المشرع لتنظيم الشركات التجارية بأنه مفرط في فلسفته التنظيمية، إذ لم يترك المشرع مسألة من مسائل الشركات إلا وقد أحاطها بقواعد قانونية أمره⁽¹⁾، وهو ما لم يجد له الفقهاء تبريرا⁽²⁾، لذا ذهب البعض إلى القول بأن القواعد الأمرة العديدة تثقل النظام القانوني وتحرم شركات المساهمة من ليونة الأداء⁽³⁾ مؤثرا بذلك في بناء الاقتصاد كما أن القواعد التفصيلية تدفع الشركاء أو المساهمين إلى الاعتماد على الممارسات التعاقدية محاولة منهم للبحث عن الحرية خارج تلك القواعد⁽⁴⁾.

إن الدور الذي يلعبه النظام العام الاقتصادي في كونه أداة بيد الدولة لتسيير الاقتصاد وتوجيهه لم يعد ملائما للتطورات الحديثة التي تشهدها اقتصاديات الدول، واشتداد ظاهرة العولمة أين أصبح خطرا على الدولة أن تلجأ إلى الخطوات أو الإجراءات السلطوية في نظام إقتصادي يركز أساسا على الاستثمار الأجنبي، لذا يلعب نمط التشريع دورا هاما في المحافظة على حيوية التنافس الاقتصادي داخل إقليم الدولة، وقانون الشركات التجارية من القواعد الهامة التي ينبغي أن تستجيب إلى آثار العولمة لما لها من دور جوهري في المجال الاقتصادي والمالي⁽⁵⁾.

إن الشركات الأجنبية تميل عادة إلى تركيز نشاطها التجاري في أقاليم دول أين تسمح تشريعاتها بتحقيق احتياجات هذه الشركات نظرا لليونة المتوفرة فيها⁽⁶⁾، ويندرج هذا التسابق ضمن عمليات التحديث التي لجأت إليها الدول قصد المحافظة على جاذبية تشريعاتها للمستثمرين الأجانب⁽⁷⁾.

¹ -Jean Jacque, DAIGRE, Transformer les sociétés, in De nouveaux espace à la liberté contractuelle, JCP, éd E , 1995, cah.dr. entr, p 16.

² - يرى الأستاذ BISSARA أن المشرع قد اعتمد تصورا مغايرا في بناء النص القانوني بصدد الشركات التجارية، حتى أصبح قانون الشركات تجسيدا لتدخل الدولة في مجال الاقتصاد، والتنظيم المفرط والمتشعب يعكس بامتياز دور السلطة الضابطة.

Philippe BISSARA, au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés, Rev soc, 2002, p 69.

³ - لا شك أن الإكراه القانوني الذي يعتمده المشرع من خلال القواعد الأمرة يعد عاملا مثقلا للنشاط الاقتصادي ومبطنا له، راجع شروحات الأستاذ COHEN بصدد رؤيته لتصور جديد حول دور القانون مستندا في شرحه على التقرير الثاني للبنك العالمي « Doing Business »، والذي جاء بعنوان إزالة العوائق أمام التنمية éliminer les obstacles à la croissance

Dany COHEN, du choix des critères d'évaluation d'une conception du droit, in Mesurer l'efficacité économique du droit, LGDJ, Paris 2005, p97.

⁴ - يرى الأستاذ PAILLUSSEAU وجوب تبسيط القواعد المنظمة لشركة المساهمة مشيرا إلى إقتراح الأستاذ MARINI، الذي يرى أن النظام القانوني لهذا النوع من الشركات قد أحدث فجوة بين القانون والواقع مؤديا إلى تراجع قيمة النصوص بل ويجعل منها مجرد أشكال تخلو من المعنى، راجع:

Jean PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales : une réconception du droit des sociétés commerciales, D 1996, chr, p 294.

⁵ - وفي دراسة استشرافية لتأثير العولمة في تشريع الشركات التجارية، يرى الأستاذ BEZARD أن إندماج تشريع الشركات في ظاهرة العولمة يبرز من خلال محورين رئيسيين، المحور الأول يتمثل في تبني القواعد القانونية المنظمة للشركات الحقائق الاقتصادية ويتجسد ذلك من خلال توحيد القواعد القانونية في نص شامل لا تفرقة فيه بين الشركات المدنية أو التجارية، كما يتجسد في العمل على تبسيط تلك القواعد وتعزيز حماية المستثمرين وإنشاء توازن جديد بين أجهزة الشركة، وأخيرا منح دور هام للأجراء، أما المحور الثاني فإنه يتلخص في وضع قواعد جديدة تعنى بحل التنازع، راجع:

Pierre BEZARD, Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation, Rev soc 2000, p 56.

⁶ - Philippe BISSARA, L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Rev soc 1991, p 553.

⁷ - ترى الأستاذة RODRIGUEZ أن إضفاء طابع الجاذبية على تشريع الشركات التجارية لا يتأتى إلا بإمكان القواعد القانونية من منافسة القواعد الأجنبية، بمعنى آخر أن يلتزم المشرع بمراعاة البعد الدولي في مسائل الشركات مما يتيح للشركات الأجنبية الإستقرار داخل إقليم الدولة وتأمين مناخ الأعمال، كما على المشرع أن يعمد إلى تحرير الأعمال وبناء القواعد القانونية على هذا الأساس واعتماد أشكال جديدة في الشركات التجارية، كما يعمل على تطوير مفاهيم الحوكمة وتقنياتها، راجع:

Karine RODRIGUEZ, L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés, Bull Joly, 2004, p 332.

إن الفقه من خلال انتقاده الشديد لفلسفة التشريع بصدد الشركات التجارية قد ساهم في بناء تصوّر جديد للنظام القانوني للشركات التجارية، ولا يخلو هذا التصور من فكرة النظام العام ولكنها بثوب جديد، إذ يقوم فيه المشرع بالتعبير عنه بطرق جديدة لا تتوقف عند الطرق التقليدية أي يكتفي فيها المشرع بتنظيم الشركات⁽¹⁾، لقد ظل مصطلح الضبط مستعصيا عن التعريف لتتصدى الأستاذة Frison - Roche لتعريف مصطلح الضبط بالقول أنه عملية الضبط والتكيف التي يقوم بها المشرع لنشاط معين من خلال الإحاطة بهذا النشاط من أوجه عديدة، كإصدار قرارات خاصة، وضع عقوبات محددة، تسوية النزاعات وبشكل أساسي إنشاء سلطة ضبط مستقلة، وبناءا عليه ينحصر مفهوم الضبط في توفر ثلاث أسس: وجود نشاط كهدف لعملية الضبط، سلطة الضبط المستقلة وطريقة الضبط المقيدة بالأهداف المراد تحقيقها⁽²⁾.

وإذا أردنا إسقاط مثل هذا التعريف على تشريع الشركات التجارية نجد أن البورصة هو النشاط الذي يجسّد مفهوم الضبط، وذلك لوجود سلطة ضبط مستقلة وهي لجنة تنظيم عمليات البورصة تتولى تأمين التوازن بين مختلف المتعاملين في سوق الأوراق المالية وضمان الشفافية فيه⁽³⁾.

كما يقصد بمفهوم الضبط وسيلة لتحقيق سياسة التوازن بين السلطات، في ظل الشركات التجارية⁽⁴⁾، ومن هنا يهدف الضبط إلى إعادة بناء علاقة المساهمين بعضهم ببعض وعلاقتهم في مواجهة المسيرين، وفقا لكيفيات ومبادئ تسمح بإحلال التوازن بين مصالح جميع الأطراف⁽⁵⁾.

لم تحجب صعوبة وضع تعريف لمفهوم الضبط الاقتصادي الاتفاق حول بعض جوانب هذا المفهوم وهي أن للضبط علاقة وطيدة بالقاعدة القانونية، حيث يتبنى المشرع طابعا تقنيا وشكليا مختلفا باعتباره تدخلا جديدا للتشريع في تنظيمه للعلاقات بين الأفراد، والضبط بهذا المفهوم ليس مجرد تنظيم قانوني لمسألة محددة بل يتعدى ذلك ليصبح أسلوبا جديدا تنتهجه الدول استجابة للمتغيرات التي طرأت على دور الدولة في تنظيم اقتصادها وتوجيهه، فالضبط إذن هو أسلوب تشريعي أو نمط جديد في بناء القوانين بغية إيجاد توازن بين الحرية والتنظيم⁽⁶⁾.

إن الأسلوب التشريعي الجديد يتجلى في تشريع الشركات التجارية من خلال القواعد القانونية المنظمة لبورصة القيم المنقولة، وخير مثال الدور الذي تمارسه لجنة تنظيم عمليات البورصة في إصدار القواعد الأمرة⁽⁷⁾، حتى بلغ الأمر ببعض الفقهاء إلى القول بنشأة نظام عام جديد تخضع له الشركات

¹ -Mohamed Mahmoud Mohamed SALAH, Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public réglementaire ? op.cit, p 268.

² -Marie - Anne FRISON ROCHE, Les différents définitions de la régulation, Petits affiches, 10 juillet 1998, n° : 82, p 5.

³ -Ludovic SCHRYVE, op cit, p 256.

⁴ -Marie Anne FRISON ROCHE, Le droit de la régulation, D 2001 , chron , n° :7, p 612.

⁵ -Marie Anne FRISON ROCHE, régulation et droit des sociétés, de l'article 1832 de code civil à la protection du marché de l'investissement, op.cit, p 257.

⁶ -Ludovic SCHRYVE, op cit, p 259.

⁷ -Marie Anne FRISON ROCHE, régulation et droit des sociétés, de l'article 1832 de code civil à la protection du marché de l'investissement, op.cit, p 271

التجارية المقيدة ببورصة القيم المنقولة، وهو النظام العام البورصي الذي يتكون من مجموع الالتزامات المفروضة على المساهمين والمسيرين بقصد ضمان النزاهة والشفافية داخل البورصة، وحماية المدّخرين وتجسيد المنافسة فيها⁽¹⁾.

¹ -Mohamed Mahmoud Mohamed SALAH, Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public réglementaire ? op.cit, p 272. Alain COURET, régulation financière, sociétés cotées et sociétés non cotées, in droit de la régulation : questions d'actualité, Petits affiches, 3 juin 2002, n° : 110, p 29.

ولقد أطلق الأستاذ COURET على هذا الأسلوب الجديد في تشريع الشركات "الضبط المالي" مبيّنا مبادئه الأساسية وهي: إعلام المستثمرين، حماية المستثمرين، الشفافية، المساواة والنزاهة في السوق.

الفصل الثاني المصلحة الإجتماعية

L'intérêt social

لقد ظلت الشركات منذ القدم الوسيلة المثلى لممارسة النشاطات التجارية والهيكل القانوني الأنسب لإنجاز المشاريع الكبيرة، ولقد إزدادت فاعليتها من بعد الاكتشافات والتقدم الصناعي والعلمي الهائل الذي عرفته البشرية في القرون الأخيرة، لتجعل من الشركة رمزا من رموز التقدم الاقتصادي.

وتمثلّ الشركة إحدى أهم صور التعاون بين الأفراد التي تعمل على توحيد جهود مجموعة من الأشخاص في سبيل تحقيق الغرض الاقتصادي المشترك، والشركة تنشأ عن العقد الذي أبرم بين الشركاء وفيه يلتزم هؤلاء بأن يساهم كل منهم بتقديم حصة من مال أو عمل بغرض إقتسام ما قد ينشأ عن النشاط من أرباح أو خسائر، ولا شك أن المشرع بدوره ينظر إلى الشركة على أنها عقد، إذ تنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري على أن: " الشركة عقد ... "

ولقد ظلت مسألة الطبيعة القانونية للشركة مثارا لجدل فقهي شديد، ما يلبث أن يتراجع ثم ينطلق من جديد، وإن كان المشرع المدني يعتبر الشركة عقد، فإن هذا لم يلبث وبدأ النظر من جديد في هذه الطبيعة العقدية ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر ومدى انسجامها مع المظاهر الحديثة في تسيير الشركات، مما أعطى دفعا جديدا لنظرية النظام القانوني من قبل الفقه المؤيد لها، إن تكييف الشركة على أنها عقد بدا واضحا أنها لا تتلائم مع كثير من المبادئ التي تحكم أداء الشركة كمبدأ الأغلبية، وكذا تطوّر القواعد الآمرة في النظام القانوني الحاكم للشركات التجارية، أو مبدأ إستمرارية الشركة وغيرها من المبادئ، لقد قاد ذلك إلى التفكير في أن الشركة ليست نتاجا خالصا لإرادة الأطراف المؤسسين لها، ولذا استقر الرأي على أن الشركة عقد ذو خصوصية هامة تتجسد في بروز شخص معنوي ينتج عن العقد ويستقل عن الأشخاص الذين أبرموه، فعقد الشركة عقد ذو بعد مؤسساتي نظرا لوجود فكرة الشخص المعنوي المستقل.

ولقد ثبت من ناحية أخرى بأن نية المشاركة [Affectio societatis] ركن من الأركان الموضوعية الخاصة التي يقوم عليها عقد الشركة، وهو العنصر - أي نية الإشتراك - هو الذي يميّز الشركة عن غيرها من العقود القريبة، ونية الإشتراك هي رغبة الشركاء في التعاون والعمل المشترك على قدم المساواة بهدف تحقيق الغرض الذي قامت لأجله الشركة، ولذلك إن مصالح الشركاء متوازنة ومتحددة بعكس ما هو عليه الأطراف في العقود الأخرى، أين تتعارض مصالحهم، فالبائع مثلا يريد البيع بأعلى ثمن ممكن أما المشتري فإنه يريد شراء البضاعة بأدنى ثمن ممكن.

إن إحدى أهم النتائج المترتبة على وجود الشخص المعنوي في قانون الشركات وجود المصلحة الاجتماعية، أي مصلحة الشخص المعنوي نفسه التي تستقل عن مصالح الشركاء وتتجاوز الإيرادات

الفردية، وبما أن هذه المصلحة مرتبطة بالشخص المعنوي فإنها مفروضة على الشركاء وحتى على الغير، ويلتزم كل شريك بعدم تفضيل مصلحته الخاصة على المصلحة الاجتماعية أو مصلحة الشركة كما يسميها المشرع.

استعمل كثير من الفقهاء مصطلح المصلحة الاجتماعية أو مصلحة الشركة دون الوقوف على حقيقة هذا المفهوم أو على تعريف له، ولم يهتموا به لمدة طويلة من الزمن، ويرجع السبب إلى أن المصلحة الاجتماعية مفهوم يستعصي على التحديد من الناحية القانونية رغم أهميته ومدى تأثيره في قرارات المساهمين من خلال الجمعيات العامة، وفي قرارات المسيرين وفي كفاءات إدارة الشركة، وفي القاضي نفسه حين تصديده لنزاع ينشأ بين الشركة والمساهمين أو بين الشركة والمسيرين أو بين المساهمين بعضهم ببعض.

ولم يلبث أن أخذ مفهوم المصلحة الاجتماعية في الظهور وأصبح الفقه يهتم بدراسته خاصة بعد انطلاق القضاء في الاستناد إلى هذا المفهوم في بعض قراراته، ولكن دراسة المصلحة الاجتماعية كانت محلا لتجاذب فقهي شديد مما أثر في الدور الذي يلعبه ولذا أعطى البعض لهذا المفهوم دورا كبيرا أو أساسيا في الشركات التجارية بينما أعرض البعض الآخر عن إعطاء أي دور له في قانون الشركات.

لقد تطرق المشرع الجزائري وكذا نظيره الفرنسي للمصلحة الاجتماعية في نصوص متناثرة من دون تعريفها، ولقد كان للتعديل الذي اعتمده المشرع الجزائري في القانون التجاري الفضل في ظهور مفهوم المصلحة الاجتماعية بين نصوص القانون، مما يتيح للفقهاء التعرض له بالشرح والدراسة في ظل التشريع الجزائري، ولا ينفي ذلك القول بأن موقف المشرع الجزائري لم يرق إلى ما بلغته تشريعات أخرى في استنادها إلى المصلحة الاجتماعية من أجل تبني مفاهيم جديدة في قانون الشركات التجارية، كما فعل المشرع الفرنسي حين أخذ في تبني مفاهيم الحوكمة. يرى أغلب الفقه الفرنسي أن هناك رابط جوهري بين المصلحة الاجتماعية ونظرية الحوكمة والتصور الجديد لدور المساهمين في مراقبة الشركة، حيث تهدف الحوكمة إلى تطوير إدارة الشركة وفقا لمصلحة هذه الأخيرة، وهو ما رأى فيه البعض دفعا لمفهوم المصلحة الاجتماعية، كما أن رأس المال في الشركات التجارية لم يعد مملوكا من طرف أصحاب رؤوس الأموال أو في حدود العائلة، وإنما أصبح مملوكا من طرف أعداد كبيرة من المساهمين، إضافة إلى تأثير العولمة وتوسع نشاط الشركات متجاوزا حدود الدولة الواحدة، وتغيير نمط المساهمة من مساهمة فردية إلى مساهمة ذات طابع مؤسسي، طرح هذا التحول إشكالية غايات السلطة في تسيير الشركات التجارية ومحددات توزيع السلطات داخل أجهزة الشركة، ومدى دور المساهم في اتخاذ القرارات، الأمر الذي أعاد النقاش مجددا حول تعريف المصلحة الاجتماعية ودورها، من خلال ضرورة تحديد المصلحة التي يجب مراعاتها عند صدور القرارات داخل الشركة، هل هي مصلحة الشركة ولو كانت على حساب

المساهمين أم مصلحة المساهمين ولو كانت على حساب مصلحة الشركة، وأضحى تحديد مفهوم المصلحة الاجتماعية أمراً ضرورياً وحتمياً، لأنه على أساسه تتحدد سلطة المديرين أو أصحاب القرار في الشركة. وأمام غياب تعريف تشريعي للمصلحة الاجتماعية، فقد تصدّى الفقهاء لتعريف المصلحة الاجتماعية دون الإجماع حول ذلك، وانقسم الفقه إلى قسمين، الأول يرى في المصلحة الاجتماعية بأنها مصلحة المساهمين والثاني يرى فيها مصلحة الكيان القانوني أي مصلحة الشركة أو مصلحة المؤسسة، والحقيقة أن مرجعية هذا التقسيم تكمن في اختلاف الفقهاء حول طبيعة الشركة ذاتها ما إذا كانت عقداً أو نظاماً قانونياً، وعليه يستقيم مفهوم المصلحة الاجتماعية باعتبارها مصلحة المساهمين مع الطبيعة العقدية للشركة، على أساس أن هؤلاء هم من أنشأها، لذا يجب أن تحقق الشركة مصلحة المساهمين وذلك بالحصول على أكبر ربح ممكن ولو كان على حساب مصلحة الشركة، ويستقيم من ناحية أخرى مفهوم المصلحة الاجتماعية باعتبارها مصلحة الكيان القانوني مع الطبيعة النظامية للشركة، على أساس أن الشركة شخص معنوي مستقل عن الشركاء لذا تطغى مصلحته على مصلحة هؤلاء.

وتعد دراسة المصلحة الاجتماعية في غاية الأهمية خاصة إذا نظرنا إلى دور هذا المفهوم في الشركات التجارية بصفة عامة، مثلاً أن المشرع لم يضع حلاً لجميع الإشكالات التي تعترض الشركاء والشركات، وفي الوقت نفسه لا يجوز للقاضي أن يرفض إصدار حكم في النزاع بحجة عدم النص عليه وإلا كان ناكراً للعدالة، ومن هذا المنطلق يستند القضاء في ذلك إلى المصلحة الاجتماعية وغيرها من المفاهيم حتى يتصدى لحل النزاع، بل وجعل من المصلحة الاجتماعية أداة أساسية بيد القضاء ليراقب من خلالها أداء الشركات ويتدخل القاضي في سير حياة الشركات عبر العمل على جعل أعمالها مطابقة للمصلحة الاجتماعية، وكذا أداة لتنظيم العلاقة بين الشركة والمديرين من جهة وبين الشركة والمساهمين من جهة أخرى.

أما الدور الأساسي الآخر للمصلحة الاجتماعية الذي طالما قدّمت به في أعمال الفقهاء هو أن هذا المفهوم يعد قيماً على حرية الشركاء في التعاقد، أي أن مراعاة المصلحة الاجتماعية هو شرط لصحة الاتفاقات المبرمة بين الشركاء أو المساهمين سواء كانت شروطاً تأسيسية أو اتفاقات مستقلة عن القانون الأساسي، ويسمح هذا الدور للقاضي بالتأكد من مطابقة أي اتفاق يبرم بقصد تنظيم مسائل الشركات التجارية مع المصلحة الاجتماعية، وهكذا فالمصلحة الاجتماعية تسيطر فعلاً على حياة الشركة التجارية، بحيث يؤدي مخالفتها إلى جزاءات وآثار كظهور تعسف الأغلبية وتعسف الأقلية، وإلى عزل المدير وإلى الطعن في صحة الاتفاقات المبرمة من قبل الشركاء أو المساهمين.

إنه على ضوء ما تقدم نحاول في هذا الفصل التعرض لمفهوم المصلحة الاجتماعية ودورها في قانون الشركات التجارية، ففي المفهوم سنبرز مجمل النظريات التي تصدّى الفقهاء من خلالها لتعريف

المصلحة الاجتماعية (المبحث أول)، نعرض بعد ذلك إلى الدور الذي تلعبه المصلحة في تقييد إرادة الشركاء أو المساهمين في إبرام الاتفاقات التي ينظمون فيها مسائل متعلقة بالشركة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم المصلحة الاجتماعية

من الناحية القانونية يشير مصطلح المصلحة إلى العديد من الدلالات، فالمصلحة يراد بها فوائد رأس المال وهي الفوائد الثابتة التي يقبضها صاحب السند، أو يراد بالمصلحة فوائد القرض الممنوح للمقترض، وهي دلالات ذات طابع مالي، وقد يقصد بالمصلحة دلالة غير مالية كاعتبارها المصلحة التي يجب ان تكون لدى المتقاضي حتى تقبل دعواه في ظل أحكام الاجراءات المدنية، أو أنها تدل على مصلحة الطفل ومصلحة العائلة في أحكام قانون الأسرة⁽¹⁾، وبهذا ليس من اليسير أن يوضع تعريف وحيد لجميع دلالات المصلحة رغم أن هناك عنصر مشترك بينها يستقر في جوهر المصلحة ألا وهو فكرة القيمة والمنفعة التي تدفع الأفراد للتصرف.

أما المصلحة الاجتماعية التي لم تظهر كثيرا في نصوص القانون وبشكل متناثر هي مصلحة مجموعة من الأفراد لهم مصلحة مشتركة يهدفون إلى تحقيقها من خلال هذه المجموعة، وبمعنى أدق أن المصلحة الاجتماعية هي المصلحة المرتبطة بكيان الشركة، وكان أول ظهور لمفهوم المصلحة الاجتماعية يرجع إلى القانون الفرنسي الصادر في 08 أوت 1935 بصدد تجريم الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، وتوالت بعدها أحكام القانون التجاري وبالتحديد قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966، حيث تضمن نصوصا اشتملت على فكرة المصلحة الاجتماعية، وإذا قلنا بأنها مجرد نصوص فإن ذلك يدل على أن المشرع سواء الفرنسي أو الجزائري لم ينظرها بشكل مقصود لمثل هذا المفهوم رغم كونه بحق معيارا قانونيا يستعمله القاضي لتلبيح بعض أحكام الشركات التجارية، والقضاء لا يتوانى في اللجوء إلى المصلحة الاجتماعية بغية تكييف قانون الشركات التجارية مع ما يستجد دائما من ممارسات الواقع العملي خصوصا فيما لم يرد فيه نص قانوني، كموضوعات تعسف الأغلبية وتعسف الأقلية، أو اتفاقية مبرمة بين المساهمين، أو تعيين مسير مؤقت.

ولقد أدى خلو نصوص التشريع أو حتى قرارات القضاء من تعريف كامل للمصلحة الاجتماعية إلى احتدام الجدل الفقهي بصدد ذلك، فكل تيار أخذ جانبا من جوانب المفهوم وبذلك لم يستقر الفقه على تعريف واحد.

¹- راجع المواد 36، 64، 65، 66، 96 من قانون الأسرة الجزائري.

عرّف الفقه ابتداءً المصلحة الاجتماعية من منظور الطبيعة القانونية للشركة. ووفقا للرأي الذي يقول بأن الشركة نظام قانوني، حاول أن يربط مفهوم المصلحة الاجتماعية بالشركة ذاتها منظورا إليها ككيان قانوني مستقل أو ككيان اقتصادي أيضا، وبذا إنساق فقهاء هذا الرأي الى القول بأن المصلحة هي مصلحة الشخص المعنوي أو مصلحة المؤسسة، والمؤسسة هنا هي نقطة التقاء مصالح أطراف عديدة كالشركاء والمسيرين والأجراء والدائنين والمؤننين والزبائن وغيرهم مما يرتبط بحياة المؤسسة.

وعرّف الفقه من ناحية أخرى المصلحة الاجتماعية من منظور الطبيعة العقدية للشركة، ووفقا لهذا الاتجاه تذهب المصلحة الاجتماعية لتصبح هي المصلحة المشتركة للمساهمين أو الشركاء، وينم هذا الرأي على توفير طرق للدفاع عن الشركة خاصة الأقلية منهم وهم من يحددون هذه المصلحة من خلال الجمعية العامة التي تتولى وفقا لهذا الاتجاه بيان المصلحة التي يلتزم المسيرون باحترامها، وتتجسد مصلحة المساهمين في تحقيق أكبر قدر من الأرباح.

إن المصلحة الاجتماعية ما هي إلا تجسيد لمفهوم الشركة وطبيعتها، وكثير من المفاهيم الأخرى كحسن النية أو السبب وغيرها تعد المصلحة الاجتماعية معيارا أو مفهوم ذو معنى متغير، أو قاعدة سلوكية داخل الشركة، أو قاعدة أخلاقية تفرض احترام مصلحة عليا تسمو على المصالح الشخصية، بل ويرى آخرون أنها مفتاح قانوني يمكّن من التوفيق بين المصالح الفئوية المختلفة في الشركة، كما يؤدي اللجوء إليه إلى ضرورة الفصل بين الشركة وملكية رأس المال، ولذا يشبهها البعض بالبوصلة التي تشير إلى القاضي بالسلوك الواجب اعتماده وتمكّنه من تبيّن الإنحراف عنه.

ولا يخفى على الفقهاء غموض المصلحة الاجتماعية كمفهوم قانوني، لأنه بالفعل مفهوم سلس يصعب على المشرع إحاطته بنص قانوني، ولا يمكن وضع حدود ثابتة له، بيد أنه لا يمنع ذلك من القول أن المصلحة الاجتماعية تحتل مكانا بارزا في مضامين القرارات القضائية، وما تحيط به من نظريات فقهية متعددة.

ولا شك أيضا أن لموقف المشرع نحو مفهوم المصلحة الاجتماعية أهمية بالغة، وهو الذي يمكّن من تحديد وتعريف المصلحة، فلو أن المشرع مثلا أراد من المصلحة الاجتماعية مصلحة أصحاب رؤوس الأموال أو المساهمين عموما أصبحت المصلحة الاجتماعية أساسا لتأسيس الشركة بحيث أن تأسيسها لا يتم إلا من منظور مصلحة المساهمين، ولذا تصبح علة وجود الشركة هي تحقيق الثراء للمساهمين، ويلتزم المشرع تبعا لذلك بإعداد سياسة اقتصادية من شأنها تحقيق هذه المصلحة، وهو ما سنتعرض له في المطلب الأول، أو أن يهدف المشرع من خلال تبنيه المصلحة الاجتماعية حماية الاقتصاد الوطني، وتوفير الحماية لمصالح الأطراف وعلاقتها بالشركة كالأجراء والدائنين الممونون، إدارة الضرائب وغيرها، تغدو المصلحة في هذه الحال مصلحة الشركة في حد ذاتها وعلى المشرع أن يحافظ من خلال

نصوص التشريع على بقاء الشركة وائتمانها، وتعمل المصلحة الاجتماعية من هذا المنظور على الشفافية في تسيير الشركة وهذا ما نستعرض له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المصلحة الاجتماعية، مصلحة المساهمين

إنه بالرجوع إلى المفاهيم القاعدية في قانون الشركات نجد أن مصطلح الشركة يقوم أساساً على تعدد الأشخاص، فالشركة تنشأ قبل كل شيء بناءً على عقد كما توضح المادة 416 من القانون المدني "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد..."، وبهذا الصدد استخلص بعض الفقهاء من المفهوم العقدي للشركة تعريفاً للمصلحة الاجتماعية استناداً على المادة 416 المذكورة حين ذكرت أن الشركاء يهدفون إلى تحقيق المنفعة المشتركة [intérêt commun]، كما يدعم هذا الرأي عنصر نية الاشتراك باعتباره نتيجة حتمية لعقد الشركة، وما يقتضيه من أن تكون لدى الشركاء إرادة في تكوين الشركة والتعاون فيما بينهم في ظل المصلحة المشتركة، بيد أن هذه النظرية التي تجعل من المصلحة الاجتماعية هي مصلحة الشركاء فقط لم تسلم من النقد، ولذا سنتعرض في هذا المطلب إلى مضمون المصلحة المشتركة للشركاء (الفرع الأول)، ثم إلى تقييمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون المصلحة المشتركة للشركاء

إن فكرة المصلحة الاجتماعية كمرادف لمصلحة المساهمين فكرة تعود إلى القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 الذي نصّ في مادته 1833 بأن الشركة تنشأ في سبيل المصلحة المشتركة للشركاء دون أن يتم تعريفها، فجاء بعض الفقهاء وقالوا أن المصلحة الاجتماعية هي مصلحة المساهمين أو الشركاء المشتركة، ولتبسيط هذه الفكرة انطلق أصحابها من تساؤل مهم وهو لمصلحة من تنشأ الشركة؟ هل لمصلحة المساهمين أم لمصلحة أخرى؟ لا شك أن الجواب بسيط وهو أن المراد هنا مصلحة المساهمين والشركاء بطبيعة الحال، لكن المسألة ليست بهذا القدر من البساطة لأن أصحاب النظرية أنفسهم قد لاقوا صعوبات جمة في لملمة أجزاء النظرية وتوحيدها، فمن وجهة نظر المساهم أن المصلحة الاجتماعية تتطابق مع مصلحة المساهمين، لأن غاية كل مساهم في الشركة هو الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، والمساهم بالمقابل لا يهتم عادة بمدى ازدهار النشاط ولا يجعله غاية في ذاته، وإنما يقرن دائماً مسألة ازدهار النشاط أو الشركة بالأرباح المحققة، وكان الشركة هنا ما هي إلا أداة لتحقيق الربح.

لقد تبنى نظرية المصلحة الاجتماعية مصلحة المساهمين فقهاء كثر، أهمهم الأستاذ SCHMIDT، الذي يرى في مفهوم المصلحة مصلحة المساهمين مستندا إلى نصوص القانون المدني الفرنسي، خاصة المادتين 1832 و1833، حيث استنتج من هذين النصين أن المشرع خصص لعقد الشركة هدف معين، وهو اقتسام الشركاء للأرباح التي قد تنجم عن الشركة، كما أن تسيير هذه الأخيرة يجب أن يتجه في سبيل تحقيق هذا الهدف، وأن كل شركة تنشأ في سبيل تحقيق المصلحة المشتركة للشركاء، ولقد وجد SCHMIDT في هذين النصين دعما لرأيه بوجود المصلحة المشتركة التي تجمع الشركاء وتتعارض مع فكرة تفضيل البعض منهم على حساب الآخرين، ثم أن الشركة تنشأ بقصد اشباع مصالح الشركاء وحدهم وهم الوحيدون المعنيون باقتسام الأرباح، هذا الهدف محصور في مصلحة الشركاء فقط، وبمعنى أدق يربط أصحاب هذه النظرية بين هدف الشركة في تحقيق الربح وبين المصلحة الاجتماعية التي تتمثل في مصلحة المساهمين باقتسام الأرباح المحققة.

ولا تعني المصلحة المشتركة للمساهمين مجموع المصالح الفردية ولا مصلحة الأكثرية فالمصلحة الجماعية هي أسمى من المصالح الفردية لأن هذه الأخيرة قد يضحى بها في سبيل المصلحة الجماعية، ومن ناحية أخرى إن المصلحة الجماعية ليست هي مصلحة الأغلبية، لأن الأغلبية يجب أن تحكم الشركة لمصلحة الجميع، من هنا نشأت القاعدة التي تقول أنه لا يجوز أن تحكم الأغلبية في سبيل مصلحتها فقط على حساب مصالح الآخرين، إنما عليها أن تحكم في سبيل المصلحة الجماعية أي في سبيل مصلحة كل المساهمين، ولا يستقر مفهوم المصلحة المشتركة للشركاء إذ يتغير بحسب نوع الشركة، وعلى العموم فإن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية يؤثر بشكل مباشر في مفهوم المصلحة، لذا سنتطرق أولا إلى مفهوم المصلحة المشتركة في الشركة عديمة الشخصية المعنوية، ثم نتطرق ثانيا إلى مفهومها في الشركة ذات الشخصية المعنوية.

أولا: مفهوم المصلحة المشتركة للشركاء في الشركة عديمة الشخصية المعنوية

تقتضي المصلحة الاجتماعية بشكل عام وجود مجموع مالي تتقاطع بشأنه مصالح متعددة، ويأخذ هذا المجموع شكلا قد لا تتوفر فيه الشخصية المعنوية، لكن أعضاؤه يمارسون نشاطا اقتصاديا من خلاله. وأحسن مثال شركة المحاصة، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه قد يصدق وصف المجموع المالي وانعدام الشخصية المعنوية على حالة الشيوخ غير أنه لا تثار هنا مسألة المصلحة الاجتماعية لأن الشيوخ لا يتصور دخول أعضائه في علاقات اقتصادية في إطاره، إذن نحاول من خلال ما يأتي إبراز مفهوم المصلحة الاجتماعية في شركة المحاصة، ويمكن تلمس مفهوم المصلحة عند تأسيس الشركة وأثناء حياتها.

أ- المصلحة الاجتماعية عند تأسيس شركة المحاصة

إن شركة المحاصة⁽¹⁾ بطبيعتها غير ظاهرة للغير لأنها لا تكتسب الشخصية المعنوية، لذا لا وجود لها سوى بين أطرافها، كما جاء في نص المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري، إذ لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار ويمكن إثباتها بكل الوسائل، وقراءة النص تكشف لنا أن صفة الخفاء في شركة المحاصة لا تدخل في تكييف الشركة كمعيار جوهري وإنما عدم إخضاعها للإشهار هي أهم خصائصها⁽²⁾.

ويقتضي انعقاد عقد شركة المحاصة توفر عناصر ضرورية كالتزام المتعاقدين بتقديم الحصص إلى المشروع المشترك، وذلك ضمن الهدف المراد تحقيقه وهو اقتسام الربح أو تحقيق اقتصاد معين مع المساهمة في الخسائر، وتتميز شركة المحاصة من هذه الزاوية بأنها من الأوضاع القانونية الناشئة عن العقد بشكل مطلق، وبذا يكون المشروع المشترك منظمًا بمقتضى إرادة المتعاقدين، ولا يشترط كتابة العقد في هذه الحالة، أما القواعد الأخرى فإن شركة المحاصة تخضع فيها لأحكام العقود عامة⁽³⁾، فيكون العقد إذن وسيلة لتجسيد التعاون بين أطراف شركة المحاصة ويصبح العقد أداة لتقديم الخدمة بين هؤلاء، وما يدعم ذلك أن المشرع جعل من حرية الأطراف أو الشركاء في تنظيم مسائل الشركة ركيزة هامة في شركة المحاصة وهو ما بينته المادة 795 مكرر 3 من القانون التجاري، ويمنح العقد ليونة واضحة أمام الأطراف بغية تمكينهم من التكيف مع مقتضيات وحاجات الحياة الاقتصادية⁽⁴⁾، خاصة وأن الثقة بين الأطراف قد وجدت عند إبرام عقد شركة المحاصة⁽⁵⁾.

ولا تتمتع شركة المحاصة بالشخصية المعنوية، لذا لا تتصف هذه الشركة بالمحددات التي تتصف بها الشركات الأخرى التي تكتسب الشخصية المعنوية كالتسمية، المقر الاجتماعي والجنسية، ولا يمكن الحديث هنا عن مصلحة الشركة لأنه لا وجود لشخص معنوي مستقل عن الشركاء والعكس من ذلك ينبغي

¹ - ويلجأ الأفراد إلى هذا الشكل من الشركات في موطنين هامين، الأول أن شركة المحاصة وسيلة لتمويل المسير بشكل مستتر من أجل اتمام عملية تجارية لحساب أشخاص يرغب هؤلاء البقاء في الخفاء، وهذا النموذج هو النموذج الشائع لشركة المحاصة، وعادة ما تكون العمليات غير متعددة كأن يكلف أشخاص شخص آخر بشراء بضاعة ما مع اقتسام تكاليف الشراء ليتم تقاسم الأرباح بعد ذلك سواء ببيع الشيء أو تأجيره، إلا أنه قد لا يكون موضوع شركة المحاصة متضمنا عمليات عديدة ومركبة ولمدة طويلة، كأن يقوم بنكان بإبرام اتفاق الحساب النصف الذي من خلاله يتقاسمان مخاطر وأرباح عملية اقراض دون أن يكون المستفيد قد أخطر بذلك.

أما الاستعمال الثاني أن شركة المحاصة آلية تعاون بين الشركات، حيث يجذب هؤلاء عادة إلى هذا النوع من الشركات نظرا لليونتها وصفقتها غير الظاهرة أمام الغير، كأن يتجمع العديد من المؤسسات والمقاولات من أجل اتمام صفقة عمومية تتجاوز حجمها قدرات كل الأطراف لكن الإدارة هنا مانهة الصفقة لا تتعامل إلا مع مسير شركة المحاصة أي الشخص الظاهر والذي يتصرف كأنه وحيد إلا أنه يتقاسم بعد ذلك الأعمال والأرباح مع بقية المؤسسات، وفي هذا الإطار يمكن لهاته المؤسسات طبعاً أن تنشأ ما يسمى بالشركة التابعة المشتركة (Joint-venture , Filiale commune) ، غير أن هذه الشركة تكتسب الشخصية المعنوية لأنها تأخذ شكلاً آخر من الشركات ليس شركة المحاصة ولكنها غير جذابة لحد ما نظرا لجمودها وصعوبة اتمام المشاريع من خلالها، راجع:

Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p 567.Emmanuelle Veirling Kovar, Le contrat de société en participation, thèse, Strasbourg, 2013, p 38.

² - G- RIPERT, R- ROBOLT, Traité élémentaire de droit commercial, op.cit, p 269.

³ - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p828.

⁴ - F-TERRE, Ph-SIMLER, Y-LEQUETTE, op.cit, p 56.

⁵ - Emmanuelle Veirling Kovar, thèse précitée, p 44.

الإعتداد هنا بمصلحة الشركاء المشتركة لأن الشركة أي شركة المحاصة لم تنشأ إلا لتحقيق مصلحة أطرافها⁽¹⁾.

وبدون شخصية معنوية لا تحوز شركة المحاصة على ذمة مالية خاصة بها، وترتبط على ذلك لا تنتقل ملكية الحصص المقدمة من الشركاء الذين قدّموها، بل يظل هؤلاء مالكين للأموال التي أرادوا تخصيصها لنشاط شركة المحاصة، ولكن المسير يجوز له استعمال تلك الأموال والحصص إستنادا على عقد شركة المحاصة، فهو السند الذي تبنى عليه سلطات المسير، ويمكن للشركاء أن يتفقوا على نظام الشيوخ الإتفاقي بشأن الأموال المقدّمة سواء في عقد الشركة أو في عقد مستقل، ويجوز للشركاء التنازل عن الحصص مع تكييف هذا التنازل على أنه تنازل عن العقد أو تعديل له لذا يقتضي وقوع الإجماع حوله⁽²⁾.

إن شركة المحاصة من الأوضاع القانونية التي ترتب وضعها عمليا أو واقعا في الغالب، وهو وضع لا يتعلق بالشركاء فقط، وعلى سبيل المثال، إذا كان غرض الشركة اتمام عملية مركبة كأن يقوم احد الشركاء بتهيئة العقار المملوك له من خلال الأموال التي يقدمها شريك آخر، أما الشريك الثالث فيقوم بإقامة المعمل وإتمام العمل الصناعي، نلاحظ إذن أن العقد في هذه الحالة مكن الشركاء الثلاثة من توحيد العناصر الثلاثة (العقار، المال والصناعة) الضرورية من أجل إنجاز مشروع مشترك بغية بلوغ الهدف المشترك و هو توزيع الأرباح وتحمل الخسائر الناجمة⁽³⁾، وتظل المصلحة المشتركة قائمة في شركة المحاصة لذا فهي تحول دون قيام أحد الشركاء باسترجاع حصته حتى يتم تحقيق المشروع المتفق عليه في ظل الهدف الاقتصادي، وعلى الشركاء أن يتفقوا في عقد الشركة على كيفية توزيع الأرباح أو شكلها ونسبتها، وإن لم يكن فإن توزيعها قد يتم بحسب أهمية الحصص⁽⁴⁾.

وتنحل شركة المحاصة بنفس الأسباب التي تنحل بها شركة التضامن من دون ان يذكر ذلك نص صريح، ولذا يفضل البعض عدم اطلاق مصطلح الحل على شركة المحاصة لأن الحل يصدق على الأشخاص المعنوية، أما شركة المحاصة فهي عقد ولذا تتعلق أسباب الحل بالأسباب العامة في العقود، كانهاء الأجل، إنجاز أغراض الشركة، اتفاق الشركاء على الحل أو عدم تنفيذ أحد الشركاء لإلتزاماته، بيد أن هناك بعضا من الأسباب الخاصة التي يمكن إعتبارها منسجمة مع خصائص شركة المحاصة كوفاة أحد الشركاء، نظرا لأهمية الإعتبار الشخصي فإن شركة المحاصة تنحل بوفاة أحد الشركاء إلا إذا اتفقوا على الإستمرار، وكما تنحل شركة المحاصة من قبل أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محددة⁽⁵⁾.

¹- Monique Aminée MOUTHIEU, L'intérêt social en droit des sociétés, L'harmattan, Paris 2009, p33.

²- Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p830.

³- Michel STORCK, Gouvernement d'entreprise et gestion collective, in Mélange en l'Honneur de J. BEGHIN, Litec, Paris, 2005, p 769.

⁴- Monique aimée MOUTHIEU, op.cit, p 33.

⁵- Yves GUYON, droit des affaires, op.cit, p 576, Paul LECANNU, droit des sociétés, op.cit, p 841.

ب- المصلحة الاجتماعية في أداء شركة المحاصة

إن شركة المحاصة عقد⁽¹⁾ يقوم بإبرامه شريكان أو أكثر ينظّمون من خلاله عملا مشتركا قصد تحقيق الربح واقتسامه، إذن يلتزم كل شريك بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد كتقديم الحصة والمساهمة في الخسائر وعدم منافسة باقي الشركاء في نفس نشاط الشركة.⁽²⁾

ويطرح قيام الشركاء بتنفيذ عقد الشركة مسألتي توزيع السلطات فيما بينهم ومن يملك القدرة على إصدار القرارات، أما بالنسبة لتوزيع الصلاحيات بين الشركاء فإن غياب الشخصية المعنوية يقتضي أن لا يوجد مسير يتولى تمثيل الشركة وتسييرها، وإنما يتولى ذلك الشركاء أنفسهم، إذ يحتفظ كل منهم بكامل السلطات من أجل بلوغ المصلحة المشتركة وتحقيقها.

وقد يتضمن عقد الشركة تعيين أحد الشركاء ليتولى تسيير أعمال الشركة وفي هذه الحالة يكون الشركاء الآخرون قد تنازلوا عن سلطاتهم في التسيير، ولا يكون المسير وكيفا عنهم لأن المسير يتعاقد باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده في مواجهة الغير، إلا إذا اتضح أن نشاطهم كان جماعيا أو أن المسير أظهر تعهده مع بقية الشركاء، ففي هذه الحالة يطال الالتزام بقية الشركاء ويكونون مسؤولين بالتضامن ودون تحديد (المادة 795 مكرر 4 من القانون التجاري).⁽³⁾

ونتيجة لغياب الشخصية المعنوية أيضا، لا يجوز للغير أن يتصرّف تجاه الشركاء مباشرة، وإنما تتوسط شخصية المسير الغير والشركاء، أما إذا تبين للغير أن المسير يشاركه أشخاص آخرون جاز له في هذه الحال مطالبة الشركاء مواجهة، حتى وإن كان مرد ذلك إلى عدم حيطة المسير في إخفائه وجود شركاء آخرين.⁽⁴⁾

ويظهر المسير في شركة المحاصة مظهر المالك أو الحائز طالما لم يظهر للغير وجود شركاء آخرين، حيث ترد ملكيته تلك على الأموال التي قدّمها الشركاء كحصص قصد إنجاز غرض الشركة وتحقيق المصلحة المشتركة وهي إقتسام الأرباح.⁽⁵⁾

أما مسألة اتخاذ القرارات فإنها ترجع إلى الشركاء مجتمعين الذين يتقيدون بالمصلحة المشتركة، ولا تتخذ القرارات المتعلقة بانجاز المشروع المشترك إلا بإجماع الشركاء دائما إلا إذا تضمن عقد الشركة بندا يقضي بأغلبية معينة في غير القرارات الرامية إلى تعديل العقد ذاته، وذلك كله لأن شركة المحاصة ما هي إلا عقد يجسّد فيه الشركاء كامل الحرية التعاقدية، ويعلل البعض اشتراط الإجماع في أن شركة

¹ - ولا تعد شركة المحاصة العقد الوحيد الذي يلجأ إليه الشركاء لتنظيم التعاون فيما بينهم بقصد القيام بأعمال تجارية، إذ يعد أيضا عقد التجمع الذي نظمه المشرع من خلال المواد 796 من القانون التجاري وما بعدها وسيلة عقدية ناجعة في تنظيم التعاون بين الشركات نظرا لإكتساب التجمع الشخصية المعنوية.

² - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 574.

³ - Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p834

⁴ -A- PIACAND L'AMEZEC, L'obligations des associés en participation envers les tiers, Rev soc, 1990, p 567.

⁵ -A- GAUVIN, Le gérant de la société en participation, Gaz Pal, 5 juin 1998, p 02.

المحاصة ما هي إلا شركة أنشأها أصحابها بغية تحقيق المصلحة المشتركة، لذا يصبح رضا كل شريك أمراً ضرورياً.⁽¹⁾

ثانياً: مفهوم المصلحة المشتركة في الشركة ذات الشخصية المعنوية

إن الشركات التجارية هي في جوهرها مجموع من الأموال والأشخاص تتمتع بالشخصية المعنوية مما يمنحها ذمة مالية مستقلة وكيانا يستقل عن شخوص مؤسسيه.

والشخص المعنوي أو الاعتباري شخص من الأشخاص المخاطبين بنص القانون، ويقوم الشخص المعنوي على بنية مزدوجة تضم مصالح جماعية ومصالح فردية، والمصالح الجماعية تستند بكل وضوح إلى إرادة جماعية منظمة، أما المصالح الفردية فهي مصالح الأفراد الذين يشكلون الشخص المعنوي، والفقه في هذه الحال يمنح الأفضلية للمصلحة الجماعية لأنها هي السبب الأهم في منح الكيان الجديد الشخصية المعنوية و الاعتراف بها ، أما مصالح الأفراد فان مصالحهم المشتركة هي مصلحة الأشخاص المؤسسين للشخص المعنوي و يقتضي الأمر هنا أن نسلط الضوء على محتوى المصلحة المشتركة للشركاء، والجهاز الذي يختص بتحديدھا.

أ- محتوى مصلحة الشركاء

لقد كان الأستاذ SCHMIDT هو صاحب النظرية التي تقول بأن المصلحة الاجتماعية للشركة ما هي إلا مصلحة المساهمين المشتركة، وذلك من خلال الربط بين هدف الشركة في تحقيق الأرباح وبين المصلحة الاجتماعية التي تتمثل في مصلحة المساهمين بإقتسام الأرباح المحققة، ولتحقيق هذا الهدف فإن المساهمين يخضعون في تسيير شؤون الشركة لمبدأ الأغلبية، هذه الأغلبية التي يجب أن تعبر عن المصلحة الجماعية، لكن هذه المصلحة الجماعية وفق هذه النظرية لا تختلط بالمصلحة الفردية للمساهم، وكذا فإن المصلحة الاجتماعية ليست هي مصلحة الأغلبية لأن الأغلبية يجب أن تحكم الشركة لمصلحة الجميع، ومن هنا نشأت القاعدة التي تقضي بعدم جواز أن تحكم الأغلبية في سبيل مصالحها فقط على حساب مصالح الآخرين، إنما عليها أن تحكم في سبيل المصلحة الاجتماعية أي في سبيل مصلحة كل المساهمين، والحقيقة أنه لا مشكلة تطرح إذا كانت مصالح المساهمين متماثلة في الشركة فالمصلحة الاجتماعية حينئذ هي مجموع هذه المصالح، لكن المشكلة تظهر في افتراض وجود تنوع في أهداف ودوافع المساهمين ووجود تعارض في مصالحهم داخل الشركة.⁽²⁾

وتقوم نظرية المصلحة المشتركة للشركاء على أساس التحليل العقدي لمفهوم الشركة والقول بأنها لا تنشأ إلا بفضل تلاقي إرادات مجموع الشركاء وتذهب المصلحة الاجتماعية كونها مجرد مصلحة هذا

¹ -Monique aimée MOUTHIEU, op.cit, p 35.

² - وجدي سليمان حاطوم، دور المصلحة الاجتماعية في حماية الشركات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 80.

المجموع، ويصبح هدف الشركة إذن إشباع المصلحة المشتركة لكل العناصر المشكلة لها⁽¹⁾، والمصلحة المشتركة بهذا المفهوم هي نتيجة حتمية لنية الاشتراك التي قال بشأنها HAMEL أنها مجرد إلتقاء لعدد من المصالح.⁽²⁾

يذهب تيار فقهي إلى تأكيد المصلحة المشتركة للشركاء باعتبارها هي المصلحة الاجتماعية، كالأستاذ LABBE الذي رأى أن الشركاء يجتمعون من أجل إنجاز مصالح الشركة ولكنهم يحققون مصالحهم في الحقيقة⁽³⁾، ويذهب SCHMIDT في نظرية المصلحة المشتركة للشركاء بأن الشركاء إجتمعا حول هدف مشترك هو ازدهار المجموعة وبالتالي يثرى الشريك من خلال ثراء جماعة الشركاء، وهنا تكمن مصلتهم المشتركة التي تربط كل المساهمين وتجمعهم حولها، ولقد إقترح SCHMIDT للتوفيق بين المصالح المتعارضة الفردية للمساهمين فكرة مصلحة المساهم النموذجي L'actionnaire type، فقد عزل مصلحة المساهم النموذج بطريقة موضوعية ومجردة وقاس عليها المصلحة الاجتماعية، وإزاء هذا الوضع فالمصلحة الاجتماعية تمثل مصلحة هذا المساهم النموذج والمساهم النموذجي وفقا لهذا الرأي يبحث عن الربح وليس عن السلطة أو أية نفع خاص خارج الشركة، البحث عن الربح ليس بنهج المضارب وإنما بنهج موظف الأموال، حيث يراقب الأرباح ويسهر على تنميتها، إنطلاقا من هنا فإن الأغلبية أو أجهزة الشركة بشكل عام ملزمة باستلهاام مصلحة هذا المساهم النموذج عند ممارسة سلطتها والتي هي المصلحة الاجتماعية.⁽⁴⁾

إذن فمصلحة الشركاء المشتركة هي حصول كل شريك على نصيب من الأرباح إذا نظرنا إليها من الناحية الفردية، ولقد أكد ذلك SCHMIDT بالقول أن مصلحة الشريك هو اقتطاع الثراء الفردي من ثراء جماعي وهي مصلحة متشابهة لدى الشركاء جميعا، ولذا فهي مشتركة بينهم، لينتهي الأمر إلى اعتبار المصلحة الاجتماعية هي نفسها المصلحة المشتركة للشركاء في توزيع الربح⁽⁵⁾، وعليه يكون القرار الذي تصدره إدارة الشركة والذي يمس بالذمة المالية لكل شريك كقرار توزيع الأرباح يتلائم مع مفهوم المصلحة المشتركة وفقا لهذه النظرية خاصة إذا تم فعلا أن تحصل كل شريك على نصيبه من الربح بالتناسب مع حصته.

وترتب المصلحة الاجتماعية أثارا قانونية هامة، وكل ذلك انطلاقا من القول بأن المصلحة الاجتماعية لا يمكن أن تكون إلا المصلحة المشتركة للشركاء، طالما إعتبرنا أن ذلك من نتائج عقد الشركة، والمصلحة المشتركة هي التي تصلح أن تكون مبررا لقيام الشركاء أنفسهم بالتصرف في مصير

¹ - ويقول الأستاذ BERTEL أن نظرية SCHMIDT أي إعتبار المصلحة في الشركة هي مصلحة المساهمين المشتركة فقط نظرية مصبوعة بطابع نيوليبرالي حيث تتأسس على المادة 1382 التي عرفت الشركة بأنها عقد، راجع:

Jean Pierre BERTEL, L'intérêt social : La position de la doctrine sur l'intérêt social, droit et patrimoine 1997, N° : 50, p 43.

² - J- HAMEL, L'affectio societatis, RTD civ, 1925, p 761.

³ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p 37.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 81.

⁵ - Dominique SCHMIDT, de l'intérêt commun des associés, JCP 1994, I, N° : 3793, p 440.

الشركة ما دامت مصلحة الشركة هي نفسها مصالحهم، ويكون مشروعاً إذن أن يقوم هؤلاء بحل الشركة أو دمجها في شركة أخرى أو حتى التنازل عليها للغير.⁽¹⁾

وقد وجدت نظرية المصلحة المشتركة للشركاء دعماً قوياً ورواجاً واسعاً مع ظهور أفكار حوكمة الشركات التجارية [Gouvernance des sociétés] ⁽²⁾ ، والتي تضع مصلحة المساهم على رأس أولويات إدارة الشركات لاسيما مع بروز مساهمين جدد على شكل مؤسسات وليس أفراد وهو الأسلوب الجديد الذي إتبعه مساهمون أنجلوساكسون كصناديق التقاعد وصناديق الاستثمار⁽³⁾، الذين كان نشاطهم مرتكزاً على سوق الأوراق المالية. وتأكدت مصلحة المساهم من خلال نظرية الحوكمة بالإستناد إلى مفهوم حق الملكية التي للمساهم على أسهمه، وكذا تركيز مفاهيم الحوكمة على أولوية تعزيز حق المساهم في الأرباح وارتفاع قيمة الأسهم، وبعبارة أخرى إن الأخذ باعتبار مصالح المساهمين يشكّل نتيجة المنطق المالي المرتكز على مفهوم المساهم مالك المشروع، فهذا الأخير يجب أن يخضع كلياً للمساهم.⁽⁴⁾

يبدو إذن أن أفكار حوكمة الشركات تتجه إلى جعل توزيع الأرباح على المساهمين هو الهدف الأساسي، ويؤخذ الربح هنا بمفهومه الواسع أي خلق القيمة المضافة إلى ذمم الشركاء، وبالفعل يعد هذا الأمر هو مركز اهتمام الشركاء والمساهمين، أي أنهم يرمون دائماً إلى زيادة أسعار الأسهم⁽⁵⁾، ولذلك تصب نظرية الحوكمة في حماية المساهمين خاصة الأقلية منهم، ولقد ذكر BAILLY MASSON أن الجدل الفقهي حول نظرية الحوكمة يدعم ما يسميه باستفاقة الأقلية، لأن الجدل الفقهي قد ركّز حقيقة على الشركات التي تمكّن مسيروها من السيطرة عليها دون أن تكون لهم مساهمة فعّالة في رأسمالها، ولذا يلجأ المساهمون إزاء هذا الوضع إلى التأكيد على مراعاة مصالحهم وإلزاموا بالإنسحاب من الشركة.⁽⁶⁾

وتؤكد نظرية الحوكمة من ناحية أخرى أولوية مصلحة المساهمين بالإستناد إلى العلاقة التي تربط المساهمين بمسيرى المؤسسة وهذه العلاقة تترجم قانونياً بالوكالة، بمعنى أن المسير وكيل عن المساهمين،

¹ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p 37.

² - إن نظرية الحوكمة من النظريات التي بدأت تحتل مكانة في تشريعات الشركات التجارية، ولكن مواقف تلك التشريعات متباينة في تبني مفاهيم نظرية الحوكمة، ولذا فهذه النظرية يرى الفقه بشأنها أنها من النظريات الهادفة إلى تعديل التشريع المنظم للشركات، ويرجع مصطلح الحوكمة إلى العصور الوسطى في فرنسا، ويقصد بها في تلك الحقبة الجهة القضائية La juridiction التي يترأسها حاكم Gouverneur، حيث تتواجد هذه الجهة في بعض المدن التابعة لإقليم فلاندر Flandres، ثم انتقل مفهوم الحوكمة إلى إنجلترا، أين صبغت بطابع آخر، ولقد ازدهر المفهوم في الربع الأخير من القرن العشرين وأصبح مفهومها يتعلّق بالبحث الدائم على أفضل الأنظمة في تسيير الأفراد والموارد.

أما حوكمة الشركات التجارية فهذهما تطوّر أداء مجلس الإدارة وإعداد قواعد تحكم سلوك الشركات في مجال المحاسبة وزيادة الشفافية داخل الشركة حتى تكسب هذه الأخيرة الثقة في السوق، كما تهدف حوكمة الشركات إلى تأسيس ديمقراطية حقيقية لمصلحة المساهمين، ولقد بات ينظر الفقه إلى نظرية الحوكمة بأنها أهم العوامل المؤدية إلى تحسين الأداء الاقتصادي لأنها تفرض مبادئ حقيقية في تنظيم علاقة إدارة الشركة بالمساهمين والأطراف الأخرى المشاركة في نشاط الشركة، راجع:

عبد السلام محمد البلوشي، بوصلة الشركة: محاولة لتحديد المصلحة التي تتبناها الشركة (دراسة قانونية مقارنة)، دراسات استراتيجية، العدد 186، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، طبعة 1، ابوظبي 2013، ص 83.

Jean- Jacques CAUSSAIN, Le gouvernement d'entreprise : Le pouvoir rendu aux actionnaires, CREDA, Litec, Paris, 2005, p2, P- MOREAU DEFARGE, La gouvernance, Que sais- je ? PUF, 2003, p7, Alain COURET, Le gouvernement d'entreprise, La corporate governance, D1995, p 163.

³ - P- Fleuriot, l'impact de l'institutionnalisation de l'actionariat sur la performance industrielle, Bull, COB, févr 1995.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 84.

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op cit, p38.

⁶ - Claude BAILLY MASSON, L'intérêt social, une notion fondamentale, petites affiches, 9 novembre 2000, N° :22, p9.

ومن هنا نشأت فكرة أن المسير عليه القيام بتسيير الشركة لتتمير رأسمال المساهمين الذين عينوه لهذه الغاية، هذه الأفكار الأنجلوساكسونية في الشركات التجارية ولاسيما إدارة المؤسسات تتلائم كثيرا مع التيار المؤيد لعقدية الشركة في فرنسا الذي اقام فكرته على نص المادتين 1832 و 1833 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 416 من القانون المدني الجزائري.⁽¹⁾

وترى الأستاذة Goffaux CALLEBAUTE أن حوكمة الشركات تفرض على مسيري الشركة إلتزامات عديدة قصد تيسير ممارسة الحقوق أمام المساهمين، لأن المدراء عادة ما يهتمون بحقوق الأقلية.⁽²⁾

وإذا قلنا بأن المصلحة الاجتماعية هي مصلحة المساهمين المشتركة، فإن ذلك لا يعني أن تكون الآراء موحدة في تسيير شؤون الشركة، لأن الأغلبية مثلا تسيير الشركة بالرغم من إعتراض أو لامبالاة بعض المساهمين، فهي التي تقرر مثلا توزيع الأرباح أو تحويلها إلى إحتياجات وهي التي تحدد السياسة العامة للشركة وأساليب تحقيق الربح، وكل هذا بشرط إحترام الأغلبية للمصلحة المشتركة بأن لا تأخذ قرارا تفضّل فئة من المساهمين على حساب أخرى.⁽³⁾

ب- الجهاز المختص بتحديد المصلحة المشتركة للشركاء

إن إمكانية تحديد المصلحة المشتركة للشركاء ترجع إلى الشركاء أنفسهم من خلال الجمعية العامة وعلى قرارات الجمعية أن تراعي تلك المصلحة، ولا تفهم المصلحة المشتركة هنا كأنها قيد يوضع أمام أجهزة الشركة فقط، بل هي وسيلة فعّالة لدفع سياسة الشركة وكثير من التشريعات والفقهاء تمنح هذه الإمكانية للشركاء، ويرى بعض الفقهاء أن عملية تحديد المصلحة قد لا تنفرد بها الجمعية العامة، إذ لا يمكن للأطراف التي لها السلطة داخل الشركة أن تقوم بتحديد المصلحة، ولكن اسناد عملية التحديد للجمعية العامة لم تخل من النقد⁽⁴⁾، أو لا أنه من الملاحظ ضعف دور الجمعية العامة عموما خاصة أمام عملية بهذا القدر من الأهمية أي تحديد المصلحة المشتركة، ولقد أدى ضعف الجمعيات إلى تراجع دورها، سواء في الرقابة أو دورها في إعلام المساهمين أو حتى دورها كجهة قرار، وبات دورها محصورا في إجراء عمليات تصويت عابرة⁽⁵⁾، وبالرغم من أن النصوص القانونية تظهر الجمعية العامة على أنها الجهاز الرئيسي في الشركة خاصة شركة المساهمة فإنه من ناحية الواقع فالجمعية تسقط دائما بيد الميسرين، وهي وضعية تسود في العديد من الشركات التي وقع تمبيع رأسمالها بين المساهمين وتشتت المساهمات، وغياب المساهمين عن الاجتماعات⁽⁶⁾. ثانيا أن قيام الجمعية العامة بتحديد المصلحة المشتركة للمساهمين

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 84.

² - Géraldine GOFFAUX – CALLEBAUT, La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD com, 2004, p 35.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 86.

⁴ - Monique Aimée MOUTHIEU, op cit, p38.

⁵ - C- JAUFFRET SPINOSI, Les assemblés d'actionnaires réalité ou fiction, in Etudes offertes à René RODIERE, DALLOZ, Paris, 1981, p 149.

⁶ - M-COZIAN, A- VIANDIER, FL- DEBOISSY, op.cit , p 293.

يتعارض مع مفهوم تعسف الأغلبية من زاوية أن الأغلبية تقوم من جهة بتحديد المصلحة ثم تقوم بعدم مراعاتها من ناحية أخرى ، والمصلحة الإجتماعية يلجأ إليها القضاء من أجل الكشف عن تعسف الأغلبية⁽¹⁾. ثالثاً، أن منح الجمعية العامة صلاحية تحديد الإستراتيجية العامة للشركة يندرج ضمن مبدأ السلمية بين أجهزة الشركة، ولقد أكدت محكمة النقض مبدأ السلمية في أحد قراراتها بالقول أن شركة المساهمة شركة تخضع فيها الأجهزة الداخلية إلى مبدأ السلمية وفيه أن الإدارة يمارسها مجلس تنتخبه الجمعية العامة، لذا لا يجوز لهذه الأخيرة أن تتعدى على صلاحيات المجلس في مجال الإدارة.⁽²⁾

ورغم الانتقاد الذي لاقته فكرة منح الجمعية العامة صلاحية تحديد المصلحة الاجتماعية في الشركة، تظل الجمعية العامة مختصة في حالات معينة بفحص مدى مطابقة القرارات الصادرة للمصلحة الاجتماعية وما عدا ذلك فإن السلطة الفعلية ترجع للمديرين، فهم الذين يسيطرون على الجمعية العامة وهم الذين يحوزون حقيقة وبشكل مشروع السلطة في الشركة، ومن هنا يبدو من الطبيعي أن تمنح لهم مهمة تحديد المصلحة الاجتماعية وتتجلى أهمية المطابقة بين المصلحة الاجتماعية والقرارات في الشركات العائلية، أين يملك المسير وعائلته رقابة رأس المال وذلك بسبب سيطرة شريك أو أكثر على أغلب رأس المال، وفي مثل هذه الأوضاع يتقارب مجلس الإدارة من المسير حيث يتم التعيين على أساس التبادل وبدون تنازع، وتصبح الملكية أساساً للمشروعية، ويقوم المجلس في هذه الحالة بتحديد المصلحة الاجتماعية وهنا يميل هؤلاء إلى تفضيل المصلحة المشتركة على مصلحة الشركة.⁽³⁾

الفرع الثاني: تقييم نظرية المصلحة المشتركة

لا شك أن نظرية المصلحة المشتركة التي جاء بها بعض الفقهاء هي نظرية فقهية لا تسلم من النقد، إن النظرية جاءت بالأساس لتقلص المصلحة الاجتماعية وجعلتها مجرد مصلحة مشتركة للشركاء، إن لنظرية المصلحة المشتركة مقتضيات تترتب على أعمالها، وكذا لا تخلو هذه النظرية من قيود تحد من نطاقها. سنتعرض أولاً إلى مقتضيات نظرية المصلحة المشتركة، ثم إلى قيود وحدود هذه النظرية ثانياً.

أولاً: مقتضيات نظرية المصلحة المشتركة للشركاء

تعبّر نظرية المصلحة المشتركة للشركاء عن المساواة بين الشركاء والمساهمين وتفرض في الوقت ذاته احترام مبدأ المساواة في قانون الشركات التجاري، إن التعاون المشترك الذي يلتزم به الشركاء والمساهمين أي نية الإشتراك هو الذي يجسّد أهم العناصر التقليدية في كيان الشركة، وهو الذي يسمح بتمييز عقد الشركة عن بقية العقود وكذا تمييزها عن أوضاع الواقع، وما تجدر الإشارة إليه هنا أنه لا

¹ - Sophie SCHILLER, les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales, LGDJ, Paris 2002, p 123.

² -D- BASTIAN, note sous cass. Civ 4 juin 1946, JCP 1947, II, n° : 3518.

³ -Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p40.

وجود لنص قانوني صريح يقضي صراحة بمضمون مبدأ المساواة، بيد أن المشرع قد اعتمده في كثير من النصوص.⁽¹⁾

ولقد عمد المشرع وبشكل وقائي إلى معالجة الأوضاع المحتملة التي قد تؤدي لاحقا إلى نشوء اللامساواة بين المساهمين، وذلك بالسهر مثلا على الحؤول دون استفادة شريك أو مسير من وضعه الشخصي داخل الشركة ليفرض إبرام تصرف يشتمل على خرق للمساواة، كما عمد وبشكل مباشر بفرض المساواة داخل الشركة كفضه على الشركاء بالمساهمة في حياة الشركة، أي المساواة في الحصول على المعلومات والمساواة في جميع الحقوق المالية.⁽²⁾

كما يقتضي مبدأ المساواة باعتباره نتيجة لازمة لمفهوم المصلحة المشتركة للشركاء أن تمتد آثاره على طول حياة الشركة، خاصة بصدد العمليات التي تمس رأس المال، كأن تقوم الشركة بمنح الأفضلية في زيادة رأس المال للمساهمين على أساس المساواة، كما تشمل المساواة عملية إندماج الشركات فيما بينها، وترتكز في هذه الحالة على أن تكون روابط المبادلة بين الحصص عادلة وأن تكون القيم الممنوحة للأسهم مناسبة، أما القضاء⁽³⁾ فقد عمد بدوره إلى تكريس مبدأ المساواة ومن خلال العديد من القرارات كما فعل حين أقر صحة البروتوكول الذي أعدته شركتان من أجل تأسيس شركة مشتركة بينهما على أن تكون مناصب مجلس الإدارة في هذه الأخيرة موزعة بالتساوي بين الشركتين المؤسستين لها، كما فعل أيضا باقرار صحة المساواة حين ألزمت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مسير الشركة بنشر المعلومات التي يحوزها إلى كافة القائمين بالإدارة وذلك من أجل تمكين هؤلاء من أداء مهامهم⁽⁴⁾، غير أن تدخل القضاء في مسألة تنازع المصالح وتعسف الأغلبية وكذا الأقلية تعد من أهم تدخلات القضاء في ما يتعلق بمبدأ المساواة بين المساهمين.

لقد رأينا فيما سبق أن المصلحة الاجتماعية رأى فيها بعض الفقهاء أنها مجرد مصلحة مشتركة للشركاء، وهي البحث عن الربح وتحقيقه بغية إقتسامه بينهم، إذن فكل شريك يبحث عن الثراء الشخصي من وراء اقتسام الربح، حيث ينتج ذلك من خلال الثراء الجماعي لمجموع الشركاء والربح هو كل قيمة

¹ - إن أهم النصوص القانونية التي أشارت صراحة إلى مبدأ المساواة في قانون الشركات التجارية المادة 715 مكرر 4 من القانون التجاري: " ... ويتحقق مندوبو الحسابات إذا ما تم إحترام مبدأ المساواة بين المساهمين ..."، وهو إعتراف صريح من طرف المشرع بوجود مراعاة إدارة الشركة وكذا الجمعية العامة المساواة بين المساهمين، وكذا نص المادة 712 من القانون التجاري التي نصت على عدم جواز خرق مبدأ المساواة بين المساهمين من طرف الجمعية العامة غير العادية بمناسبة تخفيض رأس المال، ونصت المادة 827 من نفس القانون على عقوبة جزائية تقع على رئيس شركة المساهمة أو القائمون بإدارتها الذين قاموا عمدا بتخفيض رأسمال الشركة دون مراعاة المساواة بين المساهمين.

أما بالنسبة لتشريعات البورصة فإننا نجد المادة 60 من المرسوم التشريعي 10/93 المتضمن بورصة القيم المنقولة تكرر في فحواها مبدأ المساواة أمام الجمهور من باب أنها منعت على كل من لديه معلومات إمتيازية توصل إليها بحكم وظيفته وينجز على أساسها عمليات في السوق البورصي وذلك قبل وصول تلك المعلومات إلى الجمهور وهي ما تسمى بجنحة العارف Délit d'initier إن مثل هذا المنع هدفه حفظ المساواة في العلم بمعلومات السوق المالية.

² - إضافة إلى ذلك فإن قانون الشركات التجارية يقوم أساسا على جعل حقوق الشريك أو المساهم متناسبة دائما مع حصته المقدمة عند التأسيس أو أثناء حياة الشركة، كما قام المشرع بمنع المبالغة في تقييم الحصص العينية لأن المبالغة قد تؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين المساهمين، وكما حرم المشرع إدراج شرط الأسد الذي يقضي بحصول أحد المساهمين أو الشركاء على كامل الأرباح، أو عدم مساهمته في الخسائر لما في ذلك من عدم المساواة، راجع:

Jacque MESTRE, *Légalité en droit des sociétés (Aspects de droit privé)*, op.cit, p 400.

³ -Trib.com paris, 1 aout 1974, Rev cos 1974, p 685, note : B- OPETIT

⁴ -Cass.com, 2 juil 1985, rev soc 1986, p 213, note : P- LECANNU. Cass.com, 1^{er} décembre 1987, Rev soc 1988, p 237, note : P- LECANNU.

إيجابية في أصول الشركة، ومن هنا يتجلى مبدأ المساواة أي شموله عملية التقسيم للأرباح، والمبدأ الحاكم هنا أن يقبض كل مساهم نصيبه من الربح بحسب حصّته وفقا لحساب رياضي ويشترك الشركاء في ذلك جميعا.⁽¹⁾

كما تقضي نظرية مصلحة الشركاء المشتركة - إلى جانب تكريس مبدأ المساواة - إحترام المصلحة المشتركة في المقام الأول، ولذا لا يجوز أن تقوم إدارة الشركة بتجاهل المصلحة المشتركة للشركاء أو تحقيق مصالح بعض الشركاء دون البعض الآخر، وعليه يجب أن يراعى في كل قرار تتخذه إدارة الشركة المصلحة المشتركة، ويتدخل عدة أطراف لضمان إحترام المصلحة المشتركة كمحافظ الحسابات أو لجنة تنظيم عمليات البورصة، كما يتدخل القاضي في ذلك عندما مثلا يقبل تأسيس الشركاء كطرف مدني في مسألة التعسّف في إستعمال أموال الشركة.

كما يختلف تطبيق المصلحة المشتركة عن المصلحة الاجتماعية في بعض الأحيان، وذلك لأن الأولى تخص عادة الشركاء في علاقاتهم ببعضهم البعض، أما الثانية فهي تخص علاقة الشركاء بالشخص المعنوي أي الشركة، ومن هذه الناحية قام بعض الفقهاء بتوجيه النقد لفكرة المصلحة المشتركة للشركاء.

ثانيا: حدود نظرية المصلحة المشتركة للشركاء

لقد ذكرنا أن مصلحة الشركاء المشتركة هي غاية الشركاء جميعا في تحقيق الربح وإقتسامه، لكن قبل ذلك يكون الشركاء قد عملوا على قدم المساواة في تحقيق ذلك الربح وبشكل جماعي من أجل تحقيق نشاط الشركة، تفرض إذن المصلحة المشتركة وجود المساواة بين الشركاء بيد أنه ليس في الحالات جميعها يكون مبدأ المساواة قائما ولا يكون إعماله متاحا أيضا، ولذا يبدو واضحا أن الإخلال بمبدأ المساواة ما هو إلا قيد أو حدّ بالنسبة للمصلحة المشتركة ومدى إعتبارها هي المصلحة الاجتماعية، ومن ناحية أخرى قام بعض الفقهاء بالتصدي للرأي الفقهي الذي يجزم بأن المصلحة الاجتماعية هي مصلحة الشركاء المشتركة حين قالوا أن المصلحة الاجتماعية هي ليست مصلحة الشركاء الأغلبية، كما لا تعد المصلحة الاجتماعية هي المصلحة المشتركة للشركاء.

إذن سنتعرض فيما يأتي إلى حالات إنتهاك مبدأ المساواة باعتبارها حالات تضعف من الرأي الفقهي المؤيد للمصلحة المشتركة كالشركاء، وتعرض أيضا إلى الإرتباط بين المصلحة الاجتماعية ومصلحة الأغلبية والمصلحة المشتركة.

أ- إنتهاك مبدأ المساواة

تتعدد الحالات التي يقع فيها خرق مبدأ المساواة بين الشركاء، ويمكن في هذه الحالة بيان تلك الحالات التي تنقسم إلى فئتين، فئة تضم جميع الأوضاع التي تغيب فيها المساواة لكنها في الوقت ذاته هي حالات مشروعة وفئة أخرى تضم أوضاعا تتضمن حقيقة إنتهاك لمبدأ المساواة.

¹ -Monique Aimé MOUTHIEU, op.cit, p43.

أما الفئة الأولى أي الحالات التي تنعدم فيها المساواة بين الشركاء أو المساهمين لكنها رغم ذلك تظل حالات مشروعة، نذكر منها المكافآت الخاصة⁽¹⁾ [avantages particuliers] ، التي قد تنص عليها القوانين الأساسية حيث تمنح لأحد المساهمين كمقابل للخدمات التي قدمها للشركة عند التأسيس، وكذلك علاوة الإصدار⁽²⁾ التي يلتزم بدفعها المساهمون الجدد عند زيادة رأسمال شركة المساهمة والحقيقة أن التزام المساهمين الجدد بدفعها دون المساهمون القدامى وإن كان يبني على عدم المساواة في الظاهر إلا أنه في الحقيقة هو إرساء للمساواة من جهة أخرى، وذلك لأن علاوة الإصدار إنما قررت لتفادي الإضرار بالأسهم القديمة والعمل على المحافظة على أسعارها.

وكذا نجد الأسهم المتضمنة حقوق تصويت مضاعفة، فالمشرع أجاز أن يدرج في القانون الأساسي أو بقرار من الجمعية العامة غير العادية شرطا يقضي بمنح الأسهم التي تم وفاؤها بالكامل وكانت أسهما إسمية حقوقا مزدوجة في التصويت مكافأة على وفاء هؤلاء المساهمين نحو الشركة.⁽³⁾

في هذه الحالات المذكورة يبدو أن المساواة والإخلال بها جاء بإرادة الشركاء المساهمين أنفسهم لأنهم يرون أن الإمتيازات الممنوحة لبعضهم دون الآخرين تساهم في تطوير نشاط الشركة وإثراء المساهمين، ولذا يصبح خرق مبدأ المساواة يحقق مصلحة الجميع أي في خدمة المصلحة المشتركة.⁽⁴⁾

أما الفئة الثانية أي الحالات التي تنعدم فيها المساواة حقيقة، وفي هذه الحالات قد يتولى إنشاؤها المشرع، ونذكر هنا الأسهم ذات الأولوية المصدرة من طرف شركات المساهمة، وهي الأسهم التي تمنحها الشركة إلى بعض المساهمين حيث تمنح تلك الأسهم لأصحابها مزايا مالية كأن تكون نصيبا أوفر من الأرباح أو إكتتاب تفضيلي في زيادات رأس المال، والهدف من وراء هذا النوع من الأسهم هو جلب المكتتبين الجدد، والحقيقة أن الأسهم ذات الأولوية تقوم على عدم المساواة بين المساهمين لكن المشرع هو من أجاز إصدارها رغبة منه في تمكين الشركة من وسائل التمويل.⁽⁵⁾

¹ - إن منح المكافآت الخاصة هي ممارسة مشروعة في قانون الشركات لأنها تهدف إلى مكافأة من ساهم في إنشاء الشركة وتطورها مثال ذلك شركة رأسمال المخاطر التي تقوم بتمويل شركات أخرى من خلال المساهمة في رساميل هذه الأخيرة، ومقابل ذلك يمكن لهذه الشركات أن تمنح لشركة الرأسمال المخاطر أو رأس المال الإستثماري إمتيازاً مالياً إلى جانب كون هذه الشركة مجرد مساهم من الأقلية، والهدف هو تحفيز شركة رأسمال المخاطر على البقاء كداعم للشركة، ولقد أشار المشرع الجزائري إلى مفهوم المكافآت الخاصة في المادة 607 من القانون التجاري والمادة 707 من نفس القانون وذلك بصدد تأسيس شركة المساهمة وبصدد زيادة رأسمالها، أما الفقهاء فقد اختلفوا في مدى تعارض المكافآت الخاصة مع مبدأ المساواة في الشركات التجارية، ويعرفها الفقه بأنها محاباة مساهم أو الغير من خلال منحه إمتيازاً مالياً بشكل شخصي، وتخضع المكافآت الخاصة إلى نفس نظام الحصص العينية من ناحية التقييم والتقدير من طرف محافظ الحسابات الوهدف هو إعلام المساهمين والغير والمحافظة على المصلحة المشتركة، راجع:

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 288. P- REIGNE, T-DELOM, La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers, Bull Joly, 2002, p 1117. Jean Prieur, Les PME et le capital- risque, Bull Joly 1998, p 1033, Thierry GRANIER, avantages particuliers, Répertoire des sociétés, juin 2002, DALLOZ, p2

² - يقصد بعلاوة الإصدار إصدار الأسهم في شركة المساهمة بقيمة أعلى من القيمة الإسمية للأسهم، وهي تعتبر مكمل للحصة يفرض على المكتتبين الجدد وذلك بصدد زيادة رأس المال، ويشترط أن تسدد علاوة الإصدار بالكامل. وممارسة علاوة الإصدار قديمة نسبياً إذ ترجع أول عملية إصدار لسنة 1719 أين قامت شركة الهند بعملية زيادة رأسمال وفرض على المكتتبين دفع علاوة الإصدار بمقدار القيمة الإسمية للأسهم، راجع:

Paul DIDIER, Mireille Marteau- PETIT, Prime d'émission, Répertoire des sociétés, DALLOZ, janvier 1993, p2.

والمواد 687، 689، 690، 705 من القانون التجاري.

³ - إن مثل هذا الحكم لم يرد في نصوص القانون الجزائري وإنما نص عليه القانون التجاري الفرنسي بالمادة 122- L225، راجع:

R- ROUTIER, Primes Fidélité : Le revers de la médaille, Bull Joly, janv 1996, p 23.

⁴ -Dominique SCHMIDT, de l'intérêt commun des associés, op.cit, p 441.

⁵ -Jacque MESTRE, L'égalité en droit des sociétés : Aspects de droit privé, op.cit, p 408.

ونذكر أيضا مسألة قيام الشركة أو المساهمين بإعادة تنظيم توزيع الخسائر والأرباح إتفاقا، والمشرع من ناحية أخرى قد حظر شروط الأسد مع أن القضاء لا يشترط أن تتوافق طرق تحديد الأرباح والخسائر كأن يتحصل مساهم على نصف الأرباح ويساهم بثالث الخسائر، قد يبرر هذا التباين بأن المساهم فضل المشاركة بفاعلية في حياة الشركة مقارنة بالمساهمين الآخرين أو أنه أراد منح كفالة للشركة في ضمان ديونها تجاه الغير، غير أن القضاء ينطلق إزاء عدم المساواة في توزيع الخسائر من فكرة أن المساواة ليست قاعدة أمرّة وإنما يجوز لكل شريك أو مساهم أن يتنازل عنها لمصلحة الآخرين.⁽¹⁾

كما تجدر الإشارة هنا إلى قانون الأغلبية ومدى تعارضه مع المصلحة المشتركة للمساهمين، فالأغلبية مفهوم غير مستقر حتى وإن كان يرمز إلى العدد الأكبر من بين المساهمين أو أنه دلالة على تغلب عدد كبير من المساهمين على البقية في إجتماع تداولي، وعلى العموم فإن الأغلبية تجسد الإرادة التي يعبر عنها المساهمون من أجل تحقيق غايات الشركة في ظل مصلحة جماعة المساهمين، ولذا تصبح الأغلبية كأنها قرينة على المصلحة العامة، غير أن الأغلبية لا تكفي لوحدها لتحقيق غاية الشركة إلا إذا اقترنت بالتزام هذه الأغلبية بالمحافظة على الشركة ودعم تطورها⁽²⁾، أما إذا كان توزيع رأسمال الشركة متساويا وبالتناصف يستحيل في هذه الحالة أن توجد أغلبية، وهو وضع تتميز به غالبا الشركة الفرعية المشتركة وفي الشركات ذات المسؤولية المحدودة⁽³⁾، ولا يمكن تسيير الشركة إلا بالإجماع أو أن تنحبس عملية إصدار القرار.

ب- فك الارتباط بين المصلحة الاجتماعية والمصالح الأخرى

إن أهم إنتقاد يوجه إلى نظرية المصلحة المشتركة للشركاء هو أن الشركاء في الشركة لا يتبعون كلهم نفس المصالح، والمشرع لم يعرف المصلحة المشتركة ولا المصلحة الجماعية، وكما رأينا سابقا لا يمكن أن يكون هناك مصالح مشتركة إلا عندما تكون المصالح متماثلة ومتطابقة، لقد عبّر SCHMIDT وأيدّه GERMAIN في أن هذه المصلحة الواحدة هي ليست سوى إقتسام الأرباح التي حققتها الشركة، ولذا فالمصلحة المشتركة تنطوي على المساواة بين الشركاء في الحصول على الربح الفردي من الثراء الجماعي، لكن كيف يفسّر أصحاب نظرية المصلحة المشتركة وجود شركاء في الشركة لا يتحصلون على حصة من الأرباح ولا المساهمة في خسائر الشركة على قدم المساواة مع باقي المساهمين، فالشركة تضم في داخلها أشخاصا لا يشاركون في وحدة المصالح.⁽⁴⁾

ورغم بساطة نظرية المصلحة المشتركة وإعتمادها على فكرة العقد وإستنادها على نصوص قانونية تشير إلى المصلحة المشتركة للمساهمين كونها المصلحة الإجتماعية، وفعلا أن المساهمين هم من

¹ -Ibid, p 408.

² - M-G. BURDEAU, Pouvoir politique et pouvoir financier, Essai de systématisation de leurs relations, in Mélanges DABIN, 1963, p 33.

³ - J- P- DOM, Les montages en droit des sociétés : aspects en droit interne, éd GLN, Joly, pratique des affaires, 1998, p274.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 96.

أسسوا الشركة وقدموا الحصص وتحملوا الخسائر، إلا أن ذلك لا ينفي الصفة المزدوجة للشركة بأنها عقد ونظام، وتتعارض الطبيعة المزدوجة مع تحجيم الشركة وجعلها مجرد عقد وبالنتيجة هي تتعارض أيضا مع تحجيم المصلحة الإجتماعية وجعلها مجرد مصلحة مشتركة للمساهمين، فالطبيعة النظامية تعطي الشركة مصلحة خاصة متميزة عن مصلحة الشركاء، والشركة هي المشروع المشترك الذي خصص له الشركاء الأموال المقدّمة من قبلهم، إن المشروع المشترك هو إلتقاء بين الصفة العقدية و الصفة النظامية للشركة، فعقد الشركة ينشأ بطريقة مشتركة بقصد إقتسام ما قد ينتج من أرباح وهذا هو الشخص المعنوي.⁽¹⁾

أما تأثير أفكار الحوكمة في نظرية المصلحة المشتركة للمساهمين وهي الأفكار التي تزعم أن الشركة هي ملك للمساهمين، والمسيرين عليهم العمل في سبيل مصلحة المساهمين المشتركة فقط مناقض للماهية الحقيقية للشركة، فالشركة نظام أيضا وهذه الطبيعة تفرض على المسيرين التوفيق بين إلتزاماتهم تجاه الشركة والتزامهم تجاه المساهمين، إذن لا ينفرد هؤلاء فقط بالإهتمام لأنهم ليسوا هم فقط المعنيين في حياة الشركة.⁽²⁾

وتنتقد نظرية مصلحة المساهمين المشتركة إعتادها على نصوص قانونية وعلى وقائع غير متلائمة وكأنها ثابتة، مثال ذلك أن يعتبر الأستاذ SCHMIDT أن المصلحة الاجتماعية تتحد مع مصلحة المساهمين من وجهة نظر المساهم، إن هذا الزعم لا يصدقه الواقع الفعلي، لأنه إذا رجعنا إلى واقع المساهمين ونية الإشتراك التي تربطهم فإن البعض من المساهمين لا يهتمون من الشركة إلا بالربح المادي ولا تهمهم مسائل الإدارة والتسيير ولا مصلحة الشركة، ومن هنا يبدو جليا أن نية الإشتراك ضعيفة عند هؤلاء، وهناك فئة أخرى من المساهمين لا تهتم بالربح المادي بقدر ما تهتم بالسلطة وإدارة الشركة، وهنا تكون نية المشاركة قوية، إذن إن زعم SCHMIDT بأخذ وجهة نظر المساهم بالإعتبار غير دقيق لأنه ليس للمساهم وجهة نظر واحدة، وكذلك ينتقد من ناحية زعمه بأن المشرع نفسه لم يكرّس فعلا أن المصلحة الاجتماعية هي مصلحة المساهمين وعليه يجب أن لا يتم التطرق لمصلحة المساهمين على أنها حقيقة ثابتة بل هي من المفاهيم المأمولة عكس المصلحة الاجتماعية التي تعتبر حقيقة ثابتة.⁽³⁾

كما انتقدت نظرية المصلحة المشتركة للمساهمين بأنها ليست هي مصلحة الأغلبية وعليه فالمصلحة الاجتماعية اختلفت في هذا الوضع عن مصلحة الأغلبية، فالشركاء هم مجموعة مختلفة فيما بينها وكل عضو يمثل مصالح متميزة عن الآخر، حتى وإن وجد شركاء استطاعوا أن يكونوا أغلبية وكانوا يعبرون عن إرادة الشركة بقرارات تمثل مصالحهم وتتطابق برأيهم مع المصلحة الاجتماعية، لكن

¹ - نفس المرجع، ص 99.

² - J- J DAIGRE, Le gouvernement de l'entreprise, op.cit, p4. Jean Pierre BERTEL, La liberté contractuelle et sociétés, op.cit, p25

³ - أنظر بتفصيل أكثر: وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 101.

في حقيقة الأمر يختلف مفهوم المصلحة الاجتماعية كمرادف لمصلحة الشركاء الأغلبية، ففي العديد من الحالات يمكن فك ارتباط المصلحة الاجتماعية مع مصلحة الأغلبية، هذا ما يدل عليه مثلا حالات تعسف الأغلبية، حيث أنه يمكن أن يشكل قراراً تعسفياً، القرار الذي يمثل مصالح الأغلبية لكنه يخالف المصلحة الاجتماعية.

كأن تقرر الأغلبية في شركة المساهمة بحسب مصالحها عدم توزيع الأرباح السنوية وتشكيل احتياطي بدل ذلك من أجل تمويل الشركة ذاتيا، فالأقلية ملزمة بالخضوع لقرار الأغلبية بالرغم من أن مصالح هذه الأقلية تكمن في توزيع الأرباح حالا، وهذا هو تنازع المصالح الذي يلزم بإتباع قرار الأغلبية طالما أن الشركاء الأغلبية قد طبّقوا قانون الأغلبية تطبيقا عاديا ولا وجود لإنتهاك مبدأ المساواة لأن الأقلية ستستفيد أصلا من هكذا قرار أي تشكيل احتياطي، فالتمويل الذاتي يؤدي عادة إلى زيادة نمو الشركة وإنتاجها مما ينعكس إيجابا بزيادة الأرباح التي يقبضها جميع المساهمين أقلية كانوا أم أغلبية، غير أن الحكم يختلف إذا تبين أن قرار الأغلبية - أي ترحيل الأرباح وعدم توزيعها - قد أريد به دفع الأقلية إلى بيع أسهمها بأثمان غير عادلة وإحتفاظ الأغلبية بفائدة إرتفاع قيمة الأسهم الناتجة عن عملية التمويل الذاتي، ففي هذه الحالة هناك خرق للمساواة يؤدي إلى حرمان المساهمين الأقلية من أي فائدة من وراء قرار عدم توزيع الأرباح الذي إتخذته الأغلبية، ومن هنا يتضح أن هذه الاغلبية أرادت تحقيق مصالحها عوض أن ترمي إلى تحقيق مصلحة الجميع.⁽¹⁾

المطلب الثاني: المصلحة الاجتماعية ، مصلحة الشخص المعنوي

إن اللجوء إلى المفهوم النظامي في الشركة يجعل من المصلحة الاجتماعية مفهوما آخر إذ تصبح مصلحة الشركة ذاتها و ليس مصلحة المساهمين المشتركة، ومن منظور هذه الزاوية تكون المصلحة الاجتماعية مجرد مجموع المصالح الموجودة في الشركة، وكأن الشركة في هذه الحالة تشبه الدولة أين تسمو مصالحها العليا على جميع مصالح الأفراد، ومن منظور قانون الشركات التجارية يصبح الشركاء كمواطنين، والمسيرين هم من يؤدون دورا سياديا، ومن هنا إنتقلت المصلحة الاجتماعية من كونها مصلحة الشركاء المشتركة إلى مصلحة تضم العديد من مصالح الأطراف الأخرى كالأجراء والدائنين والممولين والزبائن وحتى الدولة، والحقيقة أنه لا يتصور حصر المصلحة الاجتماعية في مصلحة المساهمين أو الشركاء لأن الشركة حقيقة تستقل عن الشركاء وتنفصل عنهم.

ووفقا لأصحاب النظرية النظامية في طبيعة الشركة، يخلص رأيهم إلى تغيير المصلحة الاجتماعية من مصلحة المساهمين المشتركة إلى مصلحة الكيان نفسه وليس مصلحة مؤسسيه فقط،

¹-Monique Aimé MOUTHIEU, op.cit, p56.

ويطلق بعض الفقهاء تسمية مصلحة الشخص المعنوي للدلالة على مصلحة الشركة، ولإبراز محتوى مصلحة الشخص المعنوي (الفرع الثاني)، لابد من إظهار أهمية الشخص المعنوي (الفرع الأول).

الفرع الأول: مفهوم الشخص المعنوي

صفة عامة، إن الشخصية القانونية هي القدرة على إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزام وهذه المكنة لا تقتصر على الأشخاص الطبيعيين بل تشمل أيضا كل المجموعات والتنظيمات التي يطلق عليها الأشخاص المعنوية وهي مجموعات تمنح لها شخصية قانونية وفق شروط محددة لتصبح شخصا من أشخاص القانون والمخاطبين بنصوصه، ولمعرفة وتحديد مفهوم الشخص المعنوي لابد من التطرق إلى وجود الشخصية المعنوية (أولا) وإلى موقف المشرع منها (ثانيا).

أولا: وجود الشخصية المعنوية

لقد أوجد النظام القانوني فكرة الشخصية المعنوية لغايات محددة لا يمكن بلوغها إلا باللجوء إلى هكذا مفهوم، ففي المقام الأول تجمع فكرة الشخصية المعنوية العناصر المكونة لها ضمن هيكلية يتم تنظيمها بدقة، ويكون صدور القرار فيها وفقا لقاعدة الأغلبية وليس بالإجماع مما يسهل عمل المجموعة، ومن ناحية أخرى إن إكتساب الشخصية المعنوية يجعل منها مستقلة عن العناصر المكونين لها، فتكون لها ذمة مالية مستقلة، والشركاء ليسوا مالكين لهذه الذمة على الشيوع، والشيوع ليس وسيلة مناسبة لتسيير المجموعة تسييرا فعالا، وإنما يكتسب الشركاء حقا شخصيا تجاه الشركة، كما يكتسب الشخص المعنوي أجهزة تمثله في مواجهة الغير مما يعفي الشركاء من وجوب مشاركتهم جميعا في إصدار القرارات⁽¹⁾، كما تسمح الشخصية المعنوية دخول المجموعة في علاقات قانونية مع الغير وأن تلعب دورا على المشهد القانوني⁽²⁾، ومن هنا تلعب الشخصية دورا جوهريا في وجود الشخص المعنوي خاصة الشركة التجارية⁽³⁾.

لقد رافق وجود فكرة الشخصية المعنوية جدالا فقهيها قويا، تركّز بالأساس حول إيجاد تفسير قانوني أو تكييف دقيق لماهية الشخصية المعنوية، وكانت أقدم نظرية فقهية التي تقدّم بها الأستاذ IHERING وهي نظرية الحيلة القانونية ووفقا لرأيه إن الشخصية الحقيقية تفرض وجودا ماديا والقدرة على التصرف والتعبير عن الإرادة، ومنه فالفرد هو الوحيد الذي يمكن اعتباره شخصا قانونيا يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات، وكل ذلك لا ينطبق على الشخص المعنوي، بيد أن قيام الدولة بمنح الشخصية المعنوية إصطناعا لمجموعة من الأشخاص أو الأموال قد يغيّر من حقيقة عدم ملائمة الشخص المعنوي

¹ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 137.

² - Conseil Constitutionnel, 4 juil 1989, Rev soc 1990, p 27, note : Y- Guyon.

³ -Monique Aimé MOUTHIEU, op.cit, p64..

لآثار الشخص القانوني، وعليه يرى IHERING أنه لا وجود للشخصية المعنوية إلا بوجود قانون يقبل وجودها.⁽¹⁾

أما الأستاذ GENY قد ذهب في اتجاه مخالف وهي نظرية الحقيقة، حيث ذهب إلى القول بأن الشخصية توجد بوجود إرادة، مستندا في ذلك إلى أسس إجتماعية وهي أن إرادة المجموعة تختلف عن مجموع إرادات الأشخاص الطبيعيين المكونين لتلك المجموعة، كما إنتقد نظرية الحيلة التي جاء بها IHERING من ناحية أنها ترى بأن الدولة هي التي تمنح الشخصية المعنوية للمجموعات في حين أنها هي أيضا لها وجود قانوني مستقل.⁽²⁾

أما النظرية الثالثة وهي نظرية حديثة ترى في الشخصية المعنوية واحدة من الآليات الهادفة إلى تخصيص الذمة المالية أي إلى تحديد حجم المخاطر من خلال نقل الأموال من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى⁽³⁾، وأن ينظر إلى الشخصية المعنوية بأنها تقنية لتسيير المؤسسات⁽⁴⁾، ويرى الأستاذ PAILLUSSEAU أن الشخصية المعنوية يمكن إكتسابها بالطبيعة لأسباب أخرى غير ما جاءت به نظرية الواقع المؤيدة من طرف محكمة النقض وهذه الأسباب هي ممارسة نشاط محدد وتخصيص الأموال لهذا النشاط، فهذا كاف لإكتساب الشخصية المعنوية، والحقيقة أن هذا الرأي وإن كان يستحق الوقوف عنده فهو بالمقابل يتجاهل موقف المشرع، لأن المؤسسة لا تكتسب بذاتها الشخصية المعنوية، ولذا يرى PAILLUSSEAU أن المؤسسة هي حقيقة اقتصادية وإجتماعية بعيدة عن نصوص القانون.⁽⁵⁾

وتتجسد الشخصية المعنوية بوجود إمكانية التعبير الجماعي عن الإرادة⁽⁶⁾ والشخص المعنوي بهذا الوصف يصبح كالشخص الطبيعي إلا فيما يتعلق بطبيعة هذا الأخير أو ان المشرع نفسه خصّ الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنويين⁽⁷⁾، وعلى العموم يكتسب الشخص المعنوي حقوقا أساسية

¹ - كما نادى بهذا الإتجاه الذي ينفي إلى حد ما فكرة الشخصية المعنوية Le Mis de vareilles Sommier في بداية القرن العشرين وبحسبه فإن الشخصية المعنوية هي مجرد وجه للملكية الجماعية المنظمة مما يؤدي إلى ضرورة الفصل بين ذمة المجموعة وذمم الأطراف المشكلة لها وهو ركيزة من ركائز الشخصية المعنوية في المفهوم المعاصر، ويبدو أن هذه النظرية تتسجم مع الشركات عديمة الشخصية كشركة المحاصة لأن الأموال المقدّمة من طرف الشركاء فيها تمكنهم إخضاع تلك الأموال إلى نظام الشبوع، راجع:

Le Mis vareilles Sommier, la personnalité morale, sueur-charruy, paris 1900, disponible en www.gallica.bnf.fr

² - تعد هذه النظرية موسّعة في رؤيتها للشخصية المعنوية، ووفقا لها كل مجموعة يمكنها التعبير بشكل جماعي في الدفاع عن مصالحها المشروعة تستحق أن يعترف بهذه المجموعة إعترافا قانونيا وأن تكتسب الشخصية المعنوية، اعتمدت محكمة النقض الفرنسية هذه النظرية في القرار الصادر سنة 1954 حيث اعترفت بالشخصية المعنوية للجنة المجمع، رغم عدم النص صراحة على ذلك. وفي قرار آخر صدر سنة 1986 حيث إعترفت بالشخصية المعنوية لقبابة غير مصرّح بها أمام رئيس البلدية لكنها كانت ظاهرة الوجود خاصة عند إجراء نقاشات حول اتفاقات أبرمتها المؤسسة، ولذا قبلت المحكمة الدعوى المرفوعة ضد هذه القنابة لتعسفها في إستعمال حق الإضراب، بيد أن محكمة النقض لم تعترف في قضايا أخرى بالشخصية المعنوية، راجع:

Cass. Civ, 2^{eme} sect. Civ 28 janvier 1954, D 1954, p 217, note : G- Le vasseur. Cass. Com. 17 janvier 1956, p 165, note : R-MOUIN. cass. Soc 23 janvier 1990, Dr soc 1990, p 323, note : J- SANTIER.

³ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 138.

⁴ - J- PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP 1984, p 3148.

⁵ - إن المؤسسة كمفهوم فقهي لم تخل نصوص القانون من الإشارة إليه بغض النظر عن عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، فالمشرع يشير إليها في تشريع العمل والتشريعات الجبائية، راجع:

J- PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, op.cit, p 3148. Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 181.

⁶ - Monique Aimée MOUTHIEU, op cit, p 66.

⁷ - E- DECAUX, L'application des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé, Revue internationale de droit comparé, 2002, p 249.

تمكنه من أن يؤدي دوره في الحياة القانونية بنفس الشاكلة كالشخص الطبيعي التاجر⁽¹⁾، وبهذا يصبح للشركة كالشخص الطبيعي حالة قانونية وأهلية، إن الحالة القانونية هي الوضع القانوني الذي يضم العناصر المعرفّة بالشخص. والشخص المعنوي يتم تعريفه بعناصر ثلاثة، التسمية، الموطن والجنسية⁽²⁾، والتي تعتبر متميزة عن ما هو عليه الشخص الطبيعي أو الشركاء عموماً مما يدفع إلى تجسيد إستقلالية الشركة، غير أن النظام القانوني لهذه العناصر لم يكتمل تأصله مقارنة بالنظام القانوني لحالة الشخص الطبيعي⁽³⁾.

إن تسمية الشركة يتم إختيارها بحرية من طرف الشركاء، ولقد خصص المشرع لها أحكاماً وقواعد لحمايتها ضد أي إستغلال أو تعدي، وتلزم الشركة بإدراجها في العقود المبرمة⁽⁴⁾. أما المقر فهو أيضاً يتم تحديده من طرف الشركاء إما أن يكون مقرها هو المكان الرئيسي للشركة أو أن يكون مركز الإدارة ويجب ذكره في القانون الأساسي وفي عقود الشركة⁽⁵⁾.

وللشركة جنسية أيضاً وهي الرابطة التي تجمع الشركة بدولة ما، مما يجعل الشركة كالشخص الطبيعي تخضع لسُلطان الدولة، إن المشرع الجزائري لم يتناول صراحة الطريقة التي تتحدد بها جنسية الشركة ما عدا ما جاء على ذكره في ظل قواعد التنازع من وجوب خضوع الشركات التجارية إلى القانون الجزائري إذا مارست نشاطاً على الإقليم الجزائري، ويأخذ القضاء بمعايير عدة من أجل تحديد الجنسية كاللجوء إلى معيار المقر الإجتماعي الذي يرد في القانون الأساسي، أما إذا كان المقر صورياً يلجأ القاضي إلى البحث عن المركز الرئيسي في صدور القرارات أو مكان الإدارة الفعلية، وفي أحيان أخرى قد يلجأ القاضي إلى إعتقاد جنسية من استولوا على رقابة الشركة⁽⁶⁾.

¹ - G- RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, op.cit, p 32.

² - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p182.

³ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p 66.

كما تعرف الشركة أولاً من خلال شكلها أي من خلال القواعد المحددة لنظامها القانوني كأن تكون شركة مدنية أو شركة تضامن أو شركة ذات أسهم أو شركة ذات مسؤولية محدودة، ولأن هذه الشركات قد نظمها المشرع بطريقة متباينة والأمر نفسه بالنسبة للنظام الجبائي الخاضعة له إذ يختلف باختلاف شكل الشركة، راجع: Pellerin, Le personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé, RTD com 1981, p 471.

⁴ - وقد تكون التسمية تصوّرية أو مبتكرة أو تسمية مختصرة من أسماء الشركاء، ويقوم القضاء في حماية تسمية الشركة على مبدأ الحد من الإستيلاء على زبائن الشركة من خلال سرقة تسميتها وإستعماله أي على أساس محاربة المنافسة غير المشروعة، وكذلك منع تشابه التسميات وما يتبعه من إحداث الخلط في ذهن الزبون، وتكون الجزاءات في هذه الحال إلزام الشركة المعتمدة بتغيير التسمية ودفع التعويض للشركة المعتدى على تسميتها، راجع:

Cass.com 6 avr 1993, Rev soc 1993, p 387, note : F- POLLAUD DULIAN. Hool et cartella, la protection internationale du noms commercial, Gaz Pal, 1978, doc 598.

⁵ - بما أن الشركة شخص قانوني فإن لها موطناً يمكن من إيجادها من أجل ضرورات الحياة القانونية، وهو المكان الذي تجتمع فيه أجهزة الشركة وإدارتها والمكان الذي تحفظ فيه الدفاتر والوثائق الرسمية، راجع:

Civ. 2. 17 déc 1998, RTD civ 1999, p 197, note : R- PERROT. Paris, 30 janv 1970, RTD com 1972, p493, note :HOUIN. F- Pasqualini, La domiciliation des sociétés : un espace de liberté placé sous surveillance, Rev soc, 1987, p 569.

⁶ - بخلاف الشخص الطبيعي الذي حدد المشرع طرق تجنّسه وهي رابطة الدم أو إقليم الولادة Jus sanguinis, Jus soli (المادة 06 و 07 من قانون الجنسية)، فإنه لم يتمثل ذلك بصدد جنسية الشركات التجارية، ولذا لا نجد معايير صريحة تتحدد على أساسها جنسية الشركة، ورغم أن المادة 10 من القانون المدني قد نصّت على أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية تخضع للقانون الجزائري إذا مارست نشاطاً في الجزائر، فالمادة حددت فقط القانون الواجب التطبيق وليس الجنسية، غير أن القضاء الفرنسي يعتمد على معيار المقر الإجتماعي المذكور في القانون الأساسي بغية تحديد جنسية الشركة، راجع:

Cass. Civ. 3. 10 mars 1977, p305, note : Bismuth. Paul DIDIER, Droit commercial, T3, p316. M- Menjicq, Mondialisation et rattachement juridique des sociétés, Mélanges Y- GUYON, p 831, 2003. Rabai Boudherhem, La nationalité des sociétés en droit français, thèse, BOURGOGNE, 2012, p1.

كما تقوم الشخصية المعنوية على إستقلال الذمة المالية للشخص المعنوي، فكل شركة تتمتع بذمة مالية خاصة بها ما عدا شركة المحاصة، وإستقلال الذمة منظور إليه في مواجهة الشركاء، وتشمل الذمة المالية جميع الحقوق والتزامات الشركة. ويترتب على مبدأ إستقلال الذمة المالية آثار هامة في مواجهة الشركاء والدائنين أيضا⁽¹⁾، بالنسبة للشركاء لا يعتبر هؤلاء مالكين على الشيوخ للأموال والمبالغ المقدمة كحصص وإنما يكتسبون مقابلها حقا شخصيا وحقوقا إجتماعية أخرى، ولا يجوز للشركاء أيضا أن يقبضوا أموالا من صندوق الشركة دون أساس قانوني، وإلا عدّ إستعمالا تعسفيا لأموال الشركة، كما يجوز للقاضي أن يمدد آثار الإفلاس إلى كل من تسبب بخطئه في إعلان إفلاس الشركة.

أما بالنسبة للدائنين، فإستقلال الذمة المالية يحول دون رجوعهم في المطالبة بالوفاء إلا على أموال الشركة وليس على أموال الشركاء وذلك إذا كانت المسؤولية محدودة، أما إذا كانت مسؤولية الشركاء غير محدودة يستطيع الدائنون الرجوع عن الشركاء في حال إفسار الشركة إلا بعد عدم جدوى الرجوع على هذه الأخيرة أولا، والشركاء في هذه الحالة يسألون بالتضامن وبلا حدود حول ديون الشركة، أما الدائنون الشخصيون للشركاء فإنهم لا يرجعون على أموال الشركة لإستقلال ذمتها عن هؤلاء الشركاء إلا في حال أثبت الدائنون غشا من طرف الشركاء أو إبرامهم تصرفات صورية.⁽²⁾

إن أهلية الشركة التجارية لا تختص بأحكام عن ما هو ثابت في مسألة الأهلية القانونية⁽³⁾، ولذا يجب الرجوع إلى المبادئ العامة المنظمة للأهلية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين مع التقيد بخصوصية الشركة كشخص معنوي، وهنا لا بد من التفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.⁽⁴⁾

إن أهلية الوجوب هي قابلية إكتساب الحقوق، ومنه فالشركة تكتسب جميع الحقوق المالية وغير المالية إلا إذا وجد نص يمنع ذلك أو كان الحق غير ملائم لطبيعة الشركة، وبناء على هذه الأهلية يحق للشركة مثلا في التقاضي، غير أن هناك جملة من الإستثناءات تعرض على أهلية الشركة، أولها أن الشركة تخضع إلى قاعدة التخصص القانوني والتي تمنعها من التصرف خارج الغرض الذي أسست من أجله وهو تحقيق الربح وإقتسامه أو تحقيق إقتصاد معين وتمنعها أيضا من ممارسة نشاطات بعينها كالتأمين مثلا، إذ لا يجوز أن يمارس من طرف شركة ذات مسؤولية محدودة، ثانيا قد تخضع الشركة إلى قاعدة التخصص التأسيسي حين يدرج الشركاء بنودا محددة لمحل الشركة، ولكن هذا النوع من التحديد يظل نظريا لأنه في الواقع قد يضطر الشركاء إلى توسعته.⁽⁵⁾

¹ - وفقا لرأي الفقيهين RAU وAUBRY فإن الشركات التجارية لها ذمم مالية مستقلة لأنها أشخاص قانونية وهذه الذمم لا تختلط بذمم الشركاء، فالشركة وحدها المالك الحقيقي، سواء كانت دانتة أو مدينة، بيد أن إستقلالية الذمة المالية ليس مطلقا لأن الشركاء وكما يقبضون أرباحا فهم يسألون عن ديون الشركة في حال عدم كفاية أموالها، راجع:

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p192.

² - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p67.

³ -GOUBEAU, Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens : études Roblot, Paris 1984, p202.

⁴ -Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p195.

⁵ - إن تمتع الشركة بمختلف الحقوق المالية وغير المالية أمر في غاية الأهمية خاصة في ظل إقتصاد السوق، لأن الشركة بحاجة ماسة إلى مجابهة منافسة الأشخاص الطبيعيين ولذا تسمح لها أهلية الوجوب من إمتلاك أدوات موازية ومعادلة للأشخاص الطبيعيين.

إن أهلية الأداء هي قدرة الشخص المعنوي على إبرام التصرفات القانونية وممارسة الحقوق، ويتم هذا الأداء بالنسبة للشركة التجارية من طرف أشخاص طبيعيين يمثلون الشركة في مواجهة الغير.⁽¹⁾ وإذا كان ثابتاً أن الشخص المعنوي يتمتع بحقوق عديدة فهو بالمقابل يتحمل التزامات متعددة، كترتيب المسؤولية المدنية في حال ارتكاب خطأ من طرف ممثله القانوني أو إحداث ضرر من طرف أحد تابعيه وكان الضرر قد أصاب الغير، أو بسبب شيء يخضع لحراسة الشركة وتلتزم الشركة في هذه الحال تعويض الغير.

كما يتحمل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائية والعقوبات المترتبة عنها بما يلائم طبيعته المعنوية، ولقد نص قانون العقوبات على بعض الإجراءات التي تتحملها الشركة كالغرامة، المصادرة، غلق المؤسسة أو المنع من ممارسة النشاط....⁽²⁾

ثانياً: موقف المشرع من الشخصية المعنوية

لقد كان القضاء الفرنسي مستقراً لوقت طويل على الأخذ بالنظرية الواقعية إزاء الشخصية المعنوية، والدليل أن محكمة النقض ذهبت إلى القول في أحد قراراتها⁽³⁾ بأن الشخصية المعنوية ليست من صنع المشرع وإنما يتم إكتسابها من كل مجموعة تستطيع التعبير عن نفسها جماعياً من أجل الدفاع عن مصالحها المشروعة ومن هنا يعترف به قانوننا وتوفّر لها الحماية.⁽⁴⁾

بعد ذلك تمّ هجران النظرية الواقعية لأن المشرع الفرنسي⁽⁵⁾ وكذا فعل المشرع الجزائري علّق إكتساب الشخصية المعنوية بالقيّد في السجل التجاري، وهو ما قضت به المادة 549 من القانون التجاري: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري" ، إذن يفهم من المادة أن المشرع هو من يتولى منح الشخصية المعنوية بمجرد توفر الشروط المستوجبة لإكتسابها.⁽⁶⁾

ويترتب على هذا الحكم - أي منح المشرع الشخصية المعنوية لمجرد توفّر شروط معينة - بعضاً من النتائج الهامة، أولاً أن قيام المشرع بمنح الشخصية المعنوية هو نتيجة لإتمام الشركاء لجملة من الإجراءات والشكليات وفي هذه الحالة يمنح القانون الشخصية لكل مجموعة تتمكن من إتمام ذلك، بيد أن هذا الوضع ليس بمنأى عن النقد نظراً لتركيزه على مسألة إتمام الإجراءات فقط بغض النظر عن مدى

¹ - تنقضي أهلية الأداء في الشركة التجارية اللجوء إلى التمثيل القانوني أي أن التصرف واستعمال الحقوق يتولاه ممثلو الشركة وهم بالطبيعة أشخاص طبيعيين، فالشركة بحاجة إلى من يتكلم بالنيابة عنها ويوقع، وأثر ذلك يرجع كله إلى الشركة أمام الغير ولحماية الغير أمام التمثيل غير المشروع فإن هناك إجراءات تعتمد في هذا السياق منها مثلاً أن النيابة تصبح صحيحة بمجرد إتخاذ إجراء النشر أي لدى السجل التجاري، فالنشر يزيل أي عيب قد يكتنف عملية تمثيل الشركة، كذلك لا يعمل في مواجهة الغير تقييد سلطات ممثل الشركة في القانون الأساسي لأن الممثل في الأصل له كامل الصلاحيات في التصرف باسم الشركة، وتسري قواعد حماية الغير هذه إلا ثبت غش هذا الغير وتواطؤه مع ممثل الشركة، راجع:

Ph- DIDIER, La représentation en droit privé, LGDJ, Paris 2000.

² - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p69.

³ - Cass. Civ 2. 28 janv 1954, JCP 1954. II. 7958, concl : Lemoine, D 1954, p 217, note : Levasseur.

⁴ - Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 138.

⁵ - D- BASTIAN, La réforme des sociétés commerciales, JCP 1967. I. 2121, n° : 138.

⁶ - والتي يسميها LECANNU نظرية المنح القانوني La théorie de l'attribution légale أي أن القانون هو من يمنح الشخصية القانونية وينضمها، راجع: Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p179

إكتمال الوجود المادي للشركة⁽¹⁾، ثانيا أن تدخل المشرع في منح الشخصية المعنوية هو عمل أخير من أعمال نشأة الشركة، لأنه يستحيل أن يتمكن الشركاء من إنشاء كيان جديد في غياب وجود مادي لهذا الأخير⁽²⁾، وفي هذه الحالة المشرع يمنح الشخصية المعنوية ليس لمجرد إكتمال شكليات فقط بل لتوفير عدد من العناصر الهامة في حياة الشخص المعنوي، وهي مثلا إبرام عقد الشركة، تقديم الحصص، تحرير العقد، تعيين أجهزة الشركة... إلخ خاصة وجود مصلحة إجتماعية تستحق الحماية، ولذا يتدخل المشرع في الأخير ليمنح للشخص المعنوي الشخصية القانونية.⁽³⁾

إن الفقه يرجح بكل وضوح النتيجة الثانية وهو التفسير الأصح للمادة 549 من القانون التجاري: بحيث أن الشخص المعنوي قبل منحه الشخصية المعنوية يكون موجودا، غير أن وجوده لا ينفذ في مواجهة الغير، أما الشركاء فإنهم يخضعون في علاقاتهم ببعضهم البعض وبالتحديد في المرحلة الفاصلة بين تأسيس الشركة وقيدتها إلى أحكام عقد الشركة وقانون العقود، وفي هذه المرحلة بالذات يستطيع الشركاء الإتفاق أصلا على عدم قيد الشركة بالسجل التجاري وبالتالي الإكتفاء بتأسيس شركة محاصة وهي شركة عديمة الشخصية المعنوية، ومن هنا نستنتج أن الشخصية المعنوية ليست عنصرا هاما بقدر الوجود المادي الذي ينبغي أن تكون عليه الشركة، ولقد أكد الأستاذ LECANNU ذلك بالقول بأن المشرع لم يأتي بجديد بل هو قد قام فقط بالإستعانة بالنظريتين معا، النظرية الواقعية ونظرية الحيلة القانونية⁽⁴⁾، وهو ما نستنتجه أيضا من خلال المادة 49 من القانون المدني حين عدت الأشخاص المعنوية لينتهي في الأخير بالقول وكل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

لقد أصبحت الشخصية المعنوية واحدة من الحقائق التي لا يمكن للقاضي تجاهلها، لأنه إلى جانب الأشخاص المعنوية المؤسسة تأسيسا صحيحا وتم قيدها بالسجل التجاري توجد أشخاص معنوية واقعية، حيث يرى GUYON بشأنها أنها مجرد كيانات لا ترقى إلى كونها أشخاص معنوية بالمعنى الكامل لهذا المصطلح⁽⁵⁾، فالمشرع أحيانا يتدخل في إنشاء بعض منها كما هو الحال بصدد الصناديق المشتركة للتوظيف⁽⁶⁾، فالبرغم من كونها عديمة الشخصية إلا أنها تحظى بتنظيم شبيه إلى حد ما بالشركة

¹ - H- Rousseau, note sous cass. Req. 13 mai 1929, S. 1929.I. p289. Sophie SCHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, op.cit, p85.

² - J- HEMARD, F- TERRE, P- MABILAT, sociétés commerciales, T I, op.cit, p 141.

³ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p65.

⁴ - أنظر تفصيل ذلك للأستاذ :

Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p180.

⁵ - Yves GUYON, L'actionnariat indirecte : Le cas d'organisation de placements collectif en valeurs mobilières, Rev soc 1999, p551. Ch- FREYRIA, La personnalité morale à la dérive, in Mélange offert à A- BRETON et à F- DERRIDA, 1999, p 121.

⁶ - لقد قام المشرع الجزائري بتنظيم الصناديق المشتركة للتوظيف بمقتضى الأمر رقم 08/96 يتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة (ج ر 3 مؤرخ في 14 يناير 1996)، حيث عرفتها المادة 138 منه بأنها ملكية مشتركة لقيم منقولة، تصدر حصصها ويعاد شراؤها بناء على طلب الحاملين، بالقيمة التصفية تضاف إليها أو تخصم منها النفقات والعمولات، حسب الحالة ولا تتمتع الصناديق المشتركة بالشخصية المعنوية، أما المادة 15 فإنها قضت بعدم تطبيق أحكام الشروع على هذه الصناديق وتعد الصناديق المشتركة للتوظيف من هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة التي يرمز إليها عادة (OPCVM) إلى جانب شركة الإستثمار ذات الرأسمال المتغير، ويتلخص دور هذه الهيئات في التسيير الجماعي لحافظة القيم المنقولة وهو التسيير الذي يجمع عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين حول مسير واحد تكون مهمته إستثمار إيداع هؤلاء في قيم منقولة والإستفادة من مزايها تسيير مؤطر ومهني، راجع:

آيت مولود فاتح، حماية الإيداع المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 243.

التجارية أكثر من أن يكون مجرد ملكية مشاعة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: محتوى مصلحة الشخص المعنوي

إن قيام المشرع بمنح الشخصية المعنوية للشركات التجارية له نتائج عملية هامة على مستوى المصلحة الواجب الأخذ بها بعين الاعتبار عند حصول تنازع المصالح في إطار الشركة، ولإبراز أن المصلحة الاجتماعية هي مصلحة الشركة كشخص معنوي يقتضي أولاً تحديد مدى إستقلالية مصلحة الشخص المعنوي، وثانياً التعرض إلى آثار إستقلالية هذه المصلحة.

أولاً: إستقلالية مصلحة الشخص المعنوي

إن المصلحة الاجتماعية هي مصلحة الشخص المعنوي وفقاً لأصحاب هذه النظرية وهي مصلحة مستقلة تخص الشخص المعنوي ذاته، وبناءً على هذه الصفة أي إستقلاليته لا يمكن النظر إلى هذه المصلحة على أنها مجموع مصالح الشركاء أو مصلحة الشريك، ويستبعد أصحاب النظرية القاعدة التي تقول أن المصلحة العامة لمجموعة ما هي مجموع المصالح الخاصة لأعضائها، بل إن الشخص المعنوي يتمتع بمصلحته الخاصة به، وهي مصلحة تعلق عن المصالح الفئوية للأعضاء المكونين له.⁽²⁾

وحقيقة أن حكماً مثل هذا الحكم لا يتجلى إلا في شركات المساهمة نظراً لوضوح أجهزتها واعتمادها على قانون الأغلبية، وتقتضي مصلحة الشركة وفقاً لهذا المفهوم أن لا يتم توزيع الأرباح على الشركاء مثلاً وإنما أن يتم تشكيل الإحتياطي، رغم أن مصلحة الشركاء تكمن في إقتسام الربح، ويلاحظ أن الأمر نفسه قد يقع في شركات الأشخاص التي تقوم على الإعتبار الشخصي، إذ قد يتجه القاضي إلى الحفاظ على بقاء الشركة دون أن يراعي مصلحة الشركاء⁽³⁾، وبعبارة أدق ترمي نظرية مصلحة الشخص المعنوي إلى جعل هذه المصلحة الاجتماعية والفصل بين مصلحة الشخص المعنوي ومصلحة الشركاء⁽⁴⁾، وهي رأي الفقه والقضاء.⁽⁵⁾

ويؤكد الأستاذ PAILLUSSEAU أن المصلحة الاجتماعية لا تختلط بمجموع مصالح الشركاء⁽⁶⁾، وتوضح إستقلالية المصلحة في الشخص المعنوي إذا نظرنا إلى جريمة التعسف في أموال الشركة وهي جريمة تقوم على إنتهاك مصلحة الشركة، إذن فمصلحتها هي التي يجب أن تؤخذ في الإعتبار وليس

Fatiha MADMOUN, Le contrôle au sein des OPCVM : étude comparative entre le droit Français et Marocain, thèse en droit des affaires, université de Strasbourg, 2012, p341.

¹ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p66.

² - Ibid, p69.

³ - Claude CHAMPAUD, note sous Trib.com Poitiers 30 juin 1975, RTD com 1976, p 373.

⁴ - سلمان وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص30.

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p 69.

⁶ - Jean PAILLUSSEAU, La société anonyme, Technique juridique d'organisation de l'entreprise, Paris, Sirey 1970, p196.

مصلحة الشركاء حتى وإن كانوا أغلبية، وهو ما يسمح بالقول أن مصلحة الشخص المعنوي مصلحة مستقلة عن مجموع الأشخاص الطبيعيين المكوّنين له.⁽¹⁾

وقد يقع أن تتعارض المصلحة الاجتماعية والمصالح الخاصة مما يلزم أن تتم التفرقة والبت في التنازع، كأن يحدث مثلا ان يستفيد عدد كبير من الشركاء عقب صدور قرار ما، غير أن قرارا مخالفا في المسألة عينها يترتب إستفادة أقلية من الشركاء أو عددا محدودا، إذن يفضل أن يعتمد القرار الذي يترتب فائدة لعموم الشركاء.⁽²⁾

ومن ناحية أخرى، وإن كان ضروريا أن تجرى التفرقة بين مصلحة الشخص المعنوي والمصالح الأخرى، فإنه لا ينبغي أن يضحى بمصلحة فردية مقابل تحقيق نفع بسيط لجماعة الشركاء، مثال ذلك لا يمكن أن يتصور أن يفكر الشركاء في أفضلية دخول أحدهم في الإفلاس من أجل تحفيز الشركاء الآخرين بناء على شرط مدرج في القانون الأساسي يقضي باستمرار الشركة بعد إفلاس أحدهم أو وفاته، ويتضح هنا ان إختلاف المصالح مفترض دون أن يكون ذلك مدعاة إلى حد التضحية بالمصلحة الخاصة.⁽³⁾

والقضاء الفرنسي بدوره قد إعتد في الكثير من قراراته وأحكامه على نظرية مصلحة الشخص المعنوي أي مصلحة الشركة ذاتها، وخير مثال الحكم الذي صدر في قضية FRUEHAUF.⁽⁴⁾

وبغض النظر عن النظرية الغالبة سواء كانت نظرية النظام القانوني أو نظرية العقد في طبيعة الشركة فإنه يمكن القول أن المصلحة الاجتماعية كمرادف لمصلحة الشخص المعنوي ترتبط إرتباطا وثيقا بالطابع النظامي⁽⁵⁾ في الشركات التجارية، حيث يبدو أن الطابع النظامي مؤهل ليكون إطارا لفكرة المصلحة الاجتماعية. حتى يبدو أن هناك تلازما بين فكرة النظام وفكرة المصلحة الاجتماعية المستقلة عن مصالح الشركاء، وقد أكد الأستاذ MESTRE أن قيام الشركاء بتأسيس شركة إنما يعملون على إنشاء كائن جديد له شخصيته المعنوية المستقلة والتميزة عنهم، هذه الشركة بعد التأسيس يصبح لديها حياة خاصة وتلعب دورا إقتصاديا مهما، وبالتالي يصبح لها مصلحة خاصة تستحق الحماية عند حدوث تنازع مصالح بين مصالحها ومصالح الشركاء الفردية⁽⁶⁾ وهو ما يراه الأستاذ VIANDIER حيث يرى أن المصلحة الاجتماعية لا يمكن أن تكون إلا مصلحة الشركة.⁽⁷⁾

¹ - M- VERDIER, L'abus de mandat social dans le droit pénal spécial des sociétés anonymes, D1953. 1955, p 195.

² - G- SOUSI, L'intérêt social dans le droit Français des sociétés commerciales, thèse , Lyon, 1974, p190.

³ -Ibid, p190.

⁴ - CA Paris, 22 mai 1965,JCP1965, II, n° :14274.

⁵ - سلمان وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 44.

⁶ -Jacques MESTRE, Droit commercial, LGDJ, 24^{ème} éd, 1999, n° : 253

⁷ - Alain VIANDIER, La notion d'associé, LGDJ, Paris, 1978, p 20

ثانياً: آثار الطبيعة المستقلة لمصلحة الشخص المعنوي

تقوم نظرية مصلحة الشخص المعنوي على التفرقة بين مصلحة هذا الأخير والمصالح الأخرى وفي هذه التفرقة العديد من الآثار، منها أن مصلحة الشخص المعنوي تسمو على جميع المصالح الأخرى وكذا ضرورة إحترام إستقلالية الذمة المالية في الشخص المعنوي⁽¹⁾، بيد أن سمو مصلحة الشخص المعنوي لا يعني أن ينحني الشركاء وفي جميع الظروف أمام هذه المصلحة، وذلك بالقدر الذي يظل فيه الشركاء قادرين على ممارسة حقوقهم داخل الشركة، و هنا نجد أن القضاء قد عزز من فكرة عدم المساس بالحقوق الفردية للشركاء، واعتبارها حقوقاً لا يمكن إنتهاكها فالشريك مثلاً يتمتع بجملة من الحقوق كحقه في البقاء شريكاً وممارسة حقه في التصويت والتنازل عن أسهمه والحصول على الأرباح⁽²⁾.

ولقد تصدّى الأستاذ ROBLOT محاولاً وضع أساس مقبول لفكرة ضمان حقوق الشركاء منطلقاً من فكرة التشابه الموجود بين الشركة والدولة، فالدولة في ظلها توجد حقوق يتمتع بها المواطن أو الإنسان وتحظى بحماية السلطة السياسية وإحترامها، فالشريك أيضاً يتمتع بحقوق فردية أين تقتضي مصلحة الشخص المعنوي أن تتم المحافظة عليها ولا يتم حرمان الشريك منها أو الإنقاص منها، ومركز الشريك أفضل من مركز المواطن لأن المواطن لا رجوع لديه في مواجهة عدم دستورية القوانين بخلاف الشريك الذي يمكنه اللجوء إلى القضاء ضد أي قرار صادر عن الشركة يمس بحقوقه⁽³⁾.

كما لا تقتصر - عند بعض الفقه- أهمية التفرقة بين مصلحة الشخص المعنوي ومصالح الشركاء في جعل المصلحة الاجتماعية في قانون الشركات هي مصلحة الشركة لا غير، بل تكمن أهمية التفرقة في كون المصلحة المتميزة للشخص المعنوي عنصراً تكوينياً تقوم عليه الشخصية المعنوية⁽⁴⁾.

أما إحترام إستقلال الذمة المالية للشخص المعنوي فهي نتيجة هامة عن إستقلال المصلحة، والقضاء بدوره يحول دائماً دون وقوع الخلط الذي قد يحدث بين ذمة الشركة وذمم الشركاء، من خلال التأكيد على أهمية الضرر الذي ينجم عن الخلط في مصلحة الشركة، لأن الخلط يقوم على تجاهل لوجود الشخص المعنوي المستقل⁽⁵⁾، كالذي يحدث في الشركات الصغيرة العائلية حين يسيطر شريك واحد على أعمال الشركة ويملك أغلبية الأسهم والحصص في معظم الأحيان، فيقود الشركة الشخص المعنوي كأنه يقود مؤسسته الخاصة ويتناسى بأنه هو عضو في الشركة وينكر وجود الشخص المعنوي عملياً، والواقع أن الحجة المنطقية التي يعتمد عليها القضاء في منع قيام الشريك بخلط ذمته المالية بذمة الشركة هو أن كل

¹ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p70.

² - G- SOUSI, op.cit, p 193

³ - G- RIPERT, R- ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, op.cit, p 688.

⁴ - وهو ما دافع عنه الأستاذ MICHOUUD حيث ركّز فيها على المنفعة المشتركة أو الغرض الجماعي ثم الإرادة التي تمثل مصلحة المجموعة والناشئة عن وجود تنظيم معين، واشترط في مصلحة المجموعة أن تكون مصلحة متميزة ومنفصلة عن المصالح الفردية لأعضاء المجموعة، فالشخصية المعنوية توجد كلما ظهرت مصلحة مستقلة عن مصالح الأعضاء، راجع:

L -MICHOUUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit Français, 3^{ème} éd, LGDJ, Paris 1932, p116

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p71.

تصرف كهذا يعني عمليا إنكار وجود الشخص المعنوي وهذا ما يعد إنتهاكا للمصلحة الإجتماعية أي لمصلحة الشركة وهي مصلحة الشخص المعنوي كذمة مالية مستقلة مخصصة لنشاط إقتصادي.⁽¹⁾ ويذهب أيضا قضاء الغرفة الجزائرية لمحكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد المسؤولية الجزائية لمسير شركة عائلية، حيث يقسم الأب والإبن مجموع الحصص في إستغلال نشاط فندقي، أين قام الأب المسير بالإستحواذ على مداخل معتبرة من أجل غايات شخصية مؤكدة محكمة النقض في قرارها بأنه رغم كون الشركة قد أسست من طرف أفراد العائلة فإن الشركة تظل شخصا معنويا متميزا ومستقلا عن أعضائه.⁽²⁾ ويتقبل الفقه مثل هذا الإتجاه الذي يجسده موقف محكمة النقض لأن موقفها ذلك يعزز فكرة أن الشخص المعنوي كيان قانوني يحميه المشرّع، وليس مجرد ملكية للعائلة أين يسيطر عليه أحد أفرادها ويسيره وفقا لميولاته ومصالحه الخاصة.⁽³⁾

وفي قرار آخر ذهبت محكمة النقض إلى أبعد من ذلك حين رفضت الغرفة الجزائرية طلب شريك وحيد في المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة الذي يطلب فيه عدم تطبيق أحكام جريمة التعسف في أموال الشركة على إعتبار أنه لم يحدث ضررا لشركاء آخرين مدام هو الشريك الوحيد، غير أن الغرفة لاحظت بأن المؤسسة ذات الشخص الوحيد (EURL) هي نوع من الشركات ذات المسؤولية المحدودة (SARL) لذا يمكن ترتيب أحكام جريمة التعسف في أموال الشركة كباقي الشركات.⁽⁴⁾

إن محكمة النقض بموقفها هذا تؤكد مرة أخرى أنه لا يمكن الإكتفاء بالنظرية العقدية التي ترى بأن المصلحة هي مصلحة الشركاء فقط، ولذا ذهبت مباشرة هذه المحكمة إلى تأكيد أن المصلحة هي مصلحة الشخص المعنوي المستقل عن الشركاء، من خلال تبني هذا التصور حتى بصدد المؤسسات ذات الشخص الوحيد (EURL) التي يتم تأسيسها من طرف شخص حيث يخصص جزء من ذمته المالية لتأسيس الشركة، ورغم ذلك فهي تتمتع بالإستقلالية، وفي ذلك حماية للغير في مواجهة هذا الشخص الوحيد الذي يكون يسيرا أمامه أن ينتهك الذمة المالية المتعلقة بالشركة، فإذا كان مالكا لجميع حصص الشركة فذلك ليس سببا يسمح بإستعمال أموال الشركة إستعمالا يغلب عليه المصلحة الشخصية⁽⁵⁾، ويتجلى أن المصلحة الإجتماعية كمصلحة للشخص المعنوي تعدّ حداً فاصلا في الملكية.⁽⁶⁾

¹ - سلمان وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 39

² - Cass.crim , 26 mai 1994, Rec soc 1994, p771, note : B- BOULOC.

³ - G- SOUSI, op.cit, p199.

⁴ - Cass.crim 14 juin 1993, Bull Joly 1993, p1139, note : 13, SAINTOURENS.

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p72.

⁶ - J-M- FEDIDA, L'abus de biens sociaux, présentation générale, Gaz Pal, 13 aout 1996,p910.

المطلب الثالث: المصلحة الاجتماعية، مصلحة المؤسسة

لقد وضعت مدرسة Rennes نظرية أخرى دعت من خلالها الفقه الذي حاول أن يتصدى لمفهوم المصلحة الاجتماعية، وإستندت هذه المدرسة في صياغة النظرية على البعد الوظيفي للشركة، يرى الأستاذ PAILLUSSEAU وهو متصدّر مدرسة Rennes أن المصلحة الاجتماعية هي ذاتها مصلحة المؤسسة، والمؤسسة وفقا للمنظور الإقتصادي هي مجموع الوسائل من أموال وعمل بشري موجّهة لتحقيق الإنتاج أو تقديم الخدمات.

ونظرية مصلحة المؤسسة هي النظرية الثالثة في فهم المصلحة الاجتماعية والتي تقوم على فكرة المؤسسة أي الكيان الاقتصادي، وتقترب هذه النظرية كثيرا من نظرية مصلحة الشخص المعنوي، غير أن هذه الأخيرة تنطلق من المعنى القانوني أما نظرية مصلحة المؤسسة فإنها تنطلق من المعنى الإقتصادي، ومن هنا تطفو على السطح أسئلة هامة تتلخص في البحث عن حقيقة العلاقة بين الشركة والمؤسسة، ومفهوم المؤسسة ومضمون مصلحة المؤسسة، سنتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم المؤسسة (الفرع الأول)، وإلى تحديد محتوى مصلحة المؤسسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المؤسسة

لا يمكن فهم مصطلح المؤسسة إلا باللجوء إلى توجّهات القضاء الذي لم يقتصر على المفهوم القانوني للشركة وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك ليعتبر أن المؤسسة هي الخلية الاقتصادية، وأن هذا الانتقال الذي إتمده القضاء فسّره البعض بأن الإكتفاء بمفهوم الشركة كشخص معنوي لا يسمح بإستيعاب المفهوم الدقيق للمصلحة الاجتماعية لذا يبدو أن مفهوم المؤسسة أكثر شمولاً وأكثر تمكينا لتحديد المقصود من المصلحة في ظل قانون الشركات التجارية.

ولفهم مدلولات المؤسسة لأبد من الرجوع إلى الفكرتين الجوهريتين التي استعان بهما الفقه لرسم حدود مفهوم المؤسسة، فالمؤسسة تعتبر وجها للإستغلال الاقتصادي وضروراته، وكذا تعد المؤسسة من جهة أخرى بنية إقتصادية تلتقي بصدها مصالح عديدة.

أولا: مقتضيات الإستغلال الإقتصادي في المؤسسة

لقد أشرنا سابقا إلى أن الشركة التجارية تلجأ إلى تشكيل إحتياجات عبر تخصيص الأرباح المحققة وعدم توزيعها على الشركاء، والإحتياجات هذه ليست جميعها إجبارية أي لا تلزم الشركة إلا بإحتياطي وحيد هو الإحتياطي القانوني، أما الإحتياجات الأخرى فهي إختيارية يستطيع الشركاء بكل حرية أن

يقرروا توزيعها أو أن يقرروا دمجها في رأس المال، أما الإحتياطي القانوني فالمشرع يعتبره تقوية لرأس المال لذا فهو يخضع لما يخضع له رأسمال الشركة من مبادئ كمبدأ الثبات.⁽¹⁾

إن الشركة حين لجوئها إلى تشكيل الإحتياطات الإختيارية بشكل منتالي خلال كل سنة مالية يعد عملا من الناحية الفقهية متعارضا مع الغاية التي أسست الشركة من أجلها، فالشركة أسست أصلا من أجل تحقيق الربح وإقتسامه بين الشركاء، أي أن الشركة وسيلة لتوزيع الأموال وليست وسيلة لتخزينها، ولا يعني ذلك أن تشكيل الإحتياطات لا يعد سياسة مالية مفيدة، وإنما قد يعد في أحيان كثيرة تجسيدا لسيطرة الأغلبية وتشويه لدور الشركة خاصة عندما تمتلك الشركة لإحتياطات ضخمة غير أنها بدون فائدة لعدم وجود إستثمارات قابلة للتمويل.⁽²⁾

ويقرر الشركاء تشكيل الإحتياطات عندما تريد الشركة تمويل مشاريعها الإستثمارية من خلال السياسة التمويلية الذاتية، وتتجلى أهمية التمويل الذاتي عندما تتصادم الشركة مع صعوبة الحصول على قروض بنكية وخاصة ما تعلق بالفائدة إذا كانت عالية لا تقدر الشركة على توفيرها، وكمبدأ عام يعتبر قرار الشركاء الأغلبية ملزما للجميع حتى الأقلية منهم، رغم أن القرار يصدر عن الأغلبية فإن الشركاء الآخرين قد لا يوافقون على مثل هذا القرار لأن هؤلاء يرون بأن الشركة ملزمة بانتهاج سياة مالية تراعي مصلحتها.⁽³⁾

وتعترض أقلية الشركاء عادة على قرار تشكيل الإحتياطات وعدم توزيع الأرباح بالإستناد على فكرة أن الحقوق الأساسية للشركاء ومصالحهم الجوهرية تقتضي أن يتم تمكينهم من الأرباح سنويا، والقضاء ذاته يميل بشكل عام إلى صحة الإحتياطات المكونة محقرا بذلك سياسة الشركات التجارية القائمة على التمويل الذاتي⁽⁴⁾، ما دامت سياسة من هذا النوع لا تتعارض مع مصلحة المؤسسة، ومن هنا يبرز دور القضاء والفقه معا في تأبيدهما لآلية التمويل الذاتي لأنها تحفظ مصلحة المؤسسة.⁽⁵⁾

¹ - لقد عرّف المشرع المحاسبي الإحتياطات [réserves] في القرار الصادر بتاريخ 26 جويلية 2008 عن وزارة المالية والذي جاء محددا لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، بأنها " عبارة عن أرباح مخصصة بشكل دائم للكبان مالم يصدر قرار مخالف من الأجهزة المختصة"، وتقيد الإحتياطات في الجانب الدائن للحساب 106 وتظهر الإحتياطات في خصوم الميزانية ضمن حسابات رؤوس الأموال (capitaux propres)، ويرى RIPERT وROBLOT أن مثل هذا المفهوم الذي يتبناه المشرع المحاسبي مفهوم ضيق لأن الإحتياطات قد ينظر إليها من زاوية أخرى أكثر إتساعا، والإحتياطات هي كل زيادة في قيمة الأصول الصافية للشركة والتي تظهر - أي الزيادة - عادة بعد حل الشركة وسداد الديون وإسترجاع رأس المال من طرف المساهمين، ويدخل ضمن هذا المفهوم الأرباح المجمعة وعلاوات الإصدار والقيم المضافة للأصول بسبب إكتشاف فوارق في التقييم التي قد يرجع أصلها إلى تراجع قيمة العملة أو إرتفاع الأسعار، وكما يدخل نوع آخر من الإحتياطات وهي الإحتياطات المستترة، راجع:

G- RIPERT, R- ROBLOT, Traité de droit commercial, op.cit, p 1387. Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit, p 156. Robert CASTELL, Réserves, Recueil, DALLOZ, sociétés commerciales, mars 1998, p2

² - فالشركة بهذا الشكل تصبح كـ Harpagon الذي قال عنه Molière أنه أكثر الرجال إخترانا للمال، وإذا كوّنت الشركة مقدارا كبيرا من الإحتياطات دون العمل على إستثمارها تكون قد إستحوذت على مال نانم والمثل الأدبي يقول:

« C'est Harpagon en amassant des écus d'or pour le seul plaisir de les contempler ».V : M- COZIAN, A- VIANDIER, FL- DEBOISSY, Droit des sociétés, op.cit, p174.

³ -Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p74.

⁴ -Cass.com, 22 janvier 1991, Rev soc, p 345.

⁵ -Ibid, p74.

ويمكن إثبات هذا الرأي بالإشارة إلى القرار الصادر عن القضاء الفرنسي وفيه أن شركة تمكّنت من خلال تكوين إحتياطات هامة على مدى سنوات عديدة نظرا لإتباعها طرقا جيدة في التسيير، حيث استطاعت أن يبلغ احتياطها أضعاف رأسمالها، وخلال إجتماع للجمعية العامة قرر المساهمون رغم ذلك وبالأغلبية على ترحيل الأرباح إلى سنوات قادمة بناء على طلب مسيرى الشركة، وكان القرار مبررا بعدم اللجوء إلى زيادة رأسمال، فقام على إثرها بعض المساهمين الذين لم يوافقوا على قرار الترحيل بطلب إبطال المداولة إستنادا على مخالفتها لبنود القانون الأساسي التي تقضي بأن الأرباح لا تقبل التخصيص و لا يمكن تشكيل الإحتياطات إلا بناء على التروّي من أجل مجابهة إحتياجات غير متوقّعة أو نفقات ظرفية، ولا يمكن أن تستعمل الأرباح المجمّعة في شراء التثبيثات [immobilisations]، أو الحصول على المعدات أو زيادة المخزونات أو تقديم الأموال من أجل السير العادي للمؤسسة، فأبطلت محكمة باريس المداولة المطعون فيها بناء على بنود القانون الأساسي، حيث انكرت صحة إجراء التمويل الذاتي.⁽¹⁾

إن توجّه محكمة باريس غير المؤيد لمفهوم التمويل الذاتي لا يأخذ في الحسبان الإحتياجات الإقتصادية الحالية التي تجعل من تقنية التمويل الذاتي طريقة عادية في تمويل المؤسسات، ويظل في غاية الأهمية بالنظر إلى الأسس التي يقوم عليها خاصة تعلّقها بمصلحة المؤسسة، ولذا قامت محكمة النقض بنقض حكم محكمة باريس، حيث ذهبت الغرفة التجارية⁽²⁾ فيها إلى تفضيل التمويل الذاتي بالقول أن تكوين الإحتياطات من طرف الجمعية العامة إجراء لا يتعارض مع مصلحة المؤسسة ويعزز تطور قانون الشركات وفقا للمتغيرات الاقتصادية.⁽³⁾

وتكتسب طرق التمويل الذاتي أهمية بالغة في منظور الخطط المالية التي تتبعها الشركات التجارية خاصة تلك التي تواجه ضعفاً في الأموال الخاصة، ولذا فهي من هذه الناحية تعزز مصلحة المؤسسة ولا تتعارض مع مصالح الشركاء، بل إن تخصيص الأرباح بغية تشكيل الإحتياطات يصبح ضروريا لبقاء الشركة إذا رغبت مثلا في تمويل مشاريع إستثمارية إستراتيجية فيجعل من موقف الشركاء الراضين لتشكيل الإحتياطات موقفا معرضاً للنقد في أحيان كثيرة.⁽⁴⁾

ويذهب الأستاذ BISSARA برأيه في تشكيل الإحتياطات إلى القول بأن مثل هذه الآلية التمويلية هي آلية تستجيب حتى لمصلحة الشركاء بما فيهم الأقلية خاصة إذا كانت الشركة مقيدة بالبورصة، فوفقا لمفاهيم التحليل المالي تؤدي الإحتياطات عادة إلى تغيير قيمة الأسهم ما يجعل التمويل الذاتي أداة لزيادة

¹ - CA Paris, 22 février 1959, JCP 1959 II, n° 11175, note : D. B.

² -Cass.com 18 avril 1961, S, 1961, p257, note: DALSACE.

³ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p 75.

⁴ - Paul LECANNU, note sous cass.com 16 juin 1998, Bull joly 1998, p1083.

المكاسب المتعلقة بالمساهمة في رأس مال الشركة وهو ما يعتبر مركز إهتمامات المساهمين الذين قد يستفيدون زيادة على ذلك من نظام جبائي خاص حول تلك المكاسب.⁽¹⁾

نخلص إلى القول بأن الفقه قد إهتم بمثل هذا النزاع الذي قد يثور بين الشركاء الأغلبية الذين يرغبون في ترحيل الأرباح وتشكيل الإحتياطيات ضمن إطار التمويل الذاتي، وبين الشركاء الأقلية الذين يفضلون إجراء التوزيع السنوي للأرباح، ولا يتوقف كونه نزاعا يقع بين الشركاء وإنما هو نزاع بين مصلحة المؤسسة ومصلحة الشركاء، سلط عليه الضوء واستوعبه الفقه حين تعرض لأسس تمويل الشركة ذاتيا.⁽²⁾

ثانيا: المؤسسة بنية إقتصادية

إن المؤسسة بنية إقتصادية تلتقي بها مصالح عديدة، ترمي جميعها إلى تحقيق الرخاء المالي في داخل المؤسسة⁽³⁾، ويأخذ القضاء بهذا المفهوم في العديد من قراراته خاصة عند الدلالة على المصلحة الاجتماعية وتحديد مدى ملائمة تعيين المسير الظرفي او المؤقت الذي يحل محل أجهزة الإدارة.⁽⁴⁾ ويجب القول من ناحية أخرى أن القضاء الفرنسي قد قام صراحة بتبني فكرة المصلحة الاجتماعية مصلحة المؤسسة في قضية FRUEHAUF ، وترجع حيثيات القضية إلى شركة FRUEHAUF الفرنسية التي كانت خاضعة لرقابة مجمّع مالي أمريكي سنة 1964، أبرمت الشركة الفرنسية صفقة هامة تتضمن إلتزامها بصنع قاطرات بالتعاون مع شركة BERLIET على أن تسلم القاطرات من طرف هذه الأخيرة إلى جمهورية الصين الشعبية من أجل إستعمالها في تجهيز الشاحنات، وبمجرد علم المجمع المالي الأمريكي بوجهة المعدات إلى الصين وجّه أمر إلى مجلس إدارة شركة FRUEHAUF بوجوب إلغاء تنفيذ الصفقة على أساس أنها تعارض المصلحة الوطنية للولايات المتحدة الأمريكية، غير أنه نظرا لجسامة الأضرار الاجتماعية والمالية التي سببها إلغاء الصفقة قام مسيروا شركة FRUEHAUF بالإستقالة من مناصبهم مع تمكّنهم من تقديم طلب قضائي إستعجالي بتعيين مسير مؤقت يتولى تسيير أصول وخصوم الشركة وكذا تنفيذ الطلبات الجارية.⁽⁵⁾

رأت محكمة باريس أن تعيين المسير المؤقت كان ضروريا نظرا للأثار الكارثية التي يمكن أن تنجم عن إلغاء الصفقة المبرمة مع الصين وذلك بقول هذه المحكمة ان مثل تلك الآثار "سوف تؤدي إلى هدم التوازن المالي بل وسمعة الشركة الفرنسية FRUEHAUF ، وكذا زوال هذه الشركة وتسريح أكثر من 600 عامل".⁽⁶⁾

¹ - Ph- BISSARA, L'intérêt social, op.cit , p22.

² - J- PAILLUSSEAU, La sociétés anonyme, Technique juridique d'organisation de l'entreprise, op cit, p 84.

³ - S- ZEIDENBERG, op.cit, p286.

⁴ - CAParis, 22 mai 1965, D1968 Chron, p45, note : R- CONTIN.

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p76.

⁶ - CA Pais, 22 mai 1965.

لقد راعى حكم محكمة باريس الدور الإقتصادي والإجتماعي الذي تؤديه شركة FRUEHAUF إذ يستلزم الأمر إذن توفير الحماية لها باعتبارها بنية إقتصادية تلتقي بسببها العديد من المصالح، ولذلك كان تعيين المسير المؤقت وسيلة لتحقيق هذه الغاية ولم يكتفي القاضي الإستعجالي بتفضيل مصلحة الأغلبية التي يجسدها المجمع المالي الأمريكي الذي يسعى إلى إلغاء الصفقة.⁽¹⁾

إن عدم إكتفاء المحكمة في قرارها بحماية مصلحة الشركاء الأغلبية لهو دليل واضح أن المحكمة تعتبر المصلحة الإجتماعية أوسع نطاقا من مصلحة الشركاء، بل إن المحكمة إهتمت بحماية مصالح أطراف أخرى كالأجراء الذين كانوا تحت تهديد التسريح في حال تم إلغاء الصفقة، وكذا حماية المصنّعين الذين تعاونوا مع شركة FRUEHAUF ، وكذا حماية الدائنين خاصة البنوك الذين مؤلوا عملية التصنيع بقروض مالية وكذا حماية الدولة نظرا لما تلعبه شركة FRUEHAUF في الإقتصاد الفرنسي، فكل هذه المقتضيات دفعت بمحكمة باريس إلى رفض طلبات المجمع الأمريكي بإلغاء الصفقة والقضاء بإستمرار شركة FRUEHAUF في تنفيذ التسليم.⁽²⁾

إن أغلب الفقهاء لا يشككون في أهمية قرار FRUEHAUF في إحتوائه على منظور جديد للمصلحة الإجتماعية، غير أن البعض منهم من يرى عدم المبالغة في تثمين القرار نظرا للسياق السياسي الذي كان طاغيا عليه⁽³⁾، لأن الفقه أيضا لم يغض الطرف عن نقد القرار وإستخلاص نقاط الضعف فيه، كالقول مثلا بأن القرار يلخص مصلحة المؤسسة في مجموع المصالح المكوّنة لها وكأن مصلحة المؤسسة هنا مصلحة عامة مشتركة⁽⁴⁾، والعديد من الفقهاء من إنقذوا فكرة المصلحة العامة المشتركة⁽⁵⁾، كما أن الأمر أيضا يعرض على المسير حين وقوفه على مصالح عديدة ويجد نفسه ملزما بمراعاتها جميعها، ولذا تصدى بعض الفقهاء إلى هذه الصعوبة بالقول بوجود منح المؤسسة مصلحة خاصة بها ومستقلة عن بقية المصالح الفئوية.⁽⁶⁾

وهو ما استجاب إليه سريعا العديد من الجهات والمنظمات كتقرير لجنة VIENOT⁽⁷⁾ التي استندت فيه واضعوه على فكرة النظام القانوني في تعريفهم للمصلحة الإجتماعية، وجاء فيه : " إنها المصلحة العليا للشخص المعنوي ذاتها، أي المؤسسة أيضا باعتبارها عميلا اقتصاديا مستقلا، يتبع غايات متعلقة به

¹ - CA Paris 22 mai 1965, JCP. II, n° : 14274 bis, concl : NEPVEU

² - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p 77.

³ - M- COZAIN, A- VIANDIER, FL- DEBOISSY, Droit des sociétés, 14^{ème} éd, Litec, 2001, p160

⁴ - Dominique SCHMIDT, De l'intérêt social, op.cit, p 362.

⁵ - Jean PAILLUSSEAU, La sociétés anonyme, Technique juridique d'organisation de l'entreprise, op cit, p 200.

⁶ - Jean Pierre BERTEL, La position de la doctrine sur l'intérêt social, op.cit, p 44.

⁷ - يندرج تقرير الأستاذ Viénot ضمن أعمال فريق العمل الذي تم تشكيله من طرف الجمعية الفرنسية للمؤسسات الخاصة (AFEP) والمجلس الوطني لمسيري المؤسسات الفرنسي(CNPF) حيث أوكلت هاتان الهيئتان إلى Marc Viénot مدير الشركة العامة (Société Générale) مهمة تشكيل فريق عمل يضم مسيري المؤسسات، ويقوم الفريق بالبحث في مدى تطوير ممارسات حوكمة المؤسسات وبالأخص إبراز أهمية صلاحيات مجالس الإدارة وأدائها مقارنة مع الممارسات الأجنبية، لينتهي الفريق بإعداد تقرير سنة 1995، راجع:

André Tunc, Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées, Revue internationale de droit comparé, vol 48, n° :9, 1996, p 648.

متميزة عن المساهمين ومستقلة عنهم وكذا الأجراء والدائنين وحتى سلطة الضرائب والممولون والزبائن، وهي المصلحة العامة المشتركة التي تضمن إستمرارية المؤسسة ونماؤها".⁽¹⁾

ونستخلص مما سبق أن مفهوم المؤسسة يؤثر بشكل كبير في المصلحة الإجتماعية لأنه يجعل من مصلحة الشركاء مجرد واحدة من بين مصالح عديدة وكذلك قيام القضاء الفرنسي بالإعتماد على مفهوم المؤسسة لتبني فكرة إستقلالية المصلحة وحق المؤسسة في البقاء والنمو، أي أن القضاء لم يقف عند المنظور الإقتصادي الجزئي في تعامله مع المصلحة الإجتماعية، وإنما إنتقل إلى منظور إقتصادي كلي وهو الإعتداد بمصلحة المؤسسة ككل وبكل ما تتضمنه من مصالح لأطراف عديدة ودون الإقتصار على مصلحة طرف وحيد.

الفرع الثاني: محتوى مصلحة المؤسسة

لقد لاقى الفقهاء صعوبة كبيرة في مسعاهم الهادف إلى تحديد مضمون مصلحة المؤسسة، غير أنهم استعملوا ما يمكن إستعماله من دلالات وإستنباطات في هذا المضمار، كإستعمالهم طريقة إقصائية بحيث أخرجوا من مفهوم مصلحة المؤسسة ما لا يمكن إعتباره من قبيل مصلحة المؤسسة، ولقد استبعدت في المقام الأول مصلحة مسير المؤسسة لذا يجب التمييز والتفرقة بين مصلحة المؤسسة ومصلحة مسيرها، شخصا طبيعيا كان أم شخصا معنويا (أولا) كما استعملوا في المقام الثاني المفهوم الوظيفي للمؤسسة بغية إستنباط تعريف لمصلحة المؤسسة (ثانيا).

أولا: التفرقة بين مصلحة المؤسسة ومصلحة المسير

تبرز أهمية التفرقة بين مصلحة المؤسسة ومصلحة المسير في مسألتين هامتين هما سلطة المسير في التنظيم داخل المؤسسة وسلطته في التوجيه.⁽²⁾

وتتجسد سلطة المسير في التنظيم خصوصا في وجود النظام الداخلي [Règlement interieur] ولقد سبق وأن رأينا أن النظام الداخلي ما هو في الأصل إلا إتفاق وهو ما تأخذ به محكمة النقض الفرنسية، وهو إتفاق ظاهر لأن نشأته لا تمنح للأجراء جميع شروط العمل التي يريدونها ولكنه يخفي من ناحية أخرى سلطة المسير في وضع قواعد تراعي مصالحه داخل المؤسسة، ويعمل المسير في هذه الحالة على جعل النظام الداخلي وسيلة تهدف إلى تأمين الإنضباط في المؤسسة، ويتجلى ذلك أحيانا في الغرامات التي يفرضها النظام الداخلي والتي تكون مرتفعة عند مخالفة قواعد الإنضباط المنصوص عليها.⁽³⁾

¹ - Rapport Marc Viénot, Le conseil d'administration des sociétés cotées, rapport AFEP- CNPF, juil 1995, p9.

² - M -DESPAX. L'entreprise et le droit, LGDJ, Paris, 1957, p218.

³ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p78.

بيد أن المشرّع قد تدخّل من أجل تنظيم علاقات العمل بغية خلق توازن بين مصالح الأطراف وهي مصلحة المؤسسة باعتبارها أداة إقتصادية لتحقيق الإنتاج ومصلحة العامل أو الأجير، وهكذا حاول المشرّع أن يجعل من النظام الداخلي أداة لتحسين أداء المؤسسة وليس لتحقيق المصلحة الخاصة للمسير⁽¹⁾.

لقد أحاط المشرّع بمسألة إعداد النظام الداخلي وتحديد محتواه من خلال إلزام المسير بإيداع نسخة منه لدى مفتشية العمل من أجل مراقبة مدى مطابقتها للتشريع المعمول به⁽²⁾، كما يحدد النظام الداخلي في المجال التأديبي طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات الجزاء المطابقة وإجراءات التنفيذ⁽³⁾، وهدف المشرع في هذا الصدد هو ضمان مبدأ الشرعية الواجب توفره في تحديد الأخطاء والعقوبات المقابلة لها، وكذا تعريف السلوكات المعاقب عليها ويغدو أي غموض في تحديدها وإبرازها مخالفة لمبدأ الشرعية⁽⁴⁾.

ويظل مسير المؤسسة متمتعاً بسلطة واسعة في تحديد الأخطاء لأن الأخطاء لا تحدد حصراً في النظام الداخلي وإنما تكون مجرد إشارات للاخطاء، ويشترط من ناحية أخرى أن تتناسب العقوبات والأخطاء، فالخطأ البسيط لا يبرر تسريح العامل، وهو ما تشير إليه بعض قرارات القضاء عندما تكرّس مبدأ التناسب بين الخطأ والعقوبة⁽⁵⁾.

والنظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة تتضمن شروطاً تنظم مسائل العمل التقنية والوقاية الصحية والأمن والانضباط⁽⁶⁾، ولذا لا ينبغي لهذه الشروط أن تحدّ أو تلغي حقوقاً فردية كرّسها المشرع للعمال، وشروط من هذا النوع تكون باطلة وعديمة الأثر⁽⁷⁾.

ولا يتضمن النظام الداخلي أي عقوبات مالية إلا ما تعلق منها بالغيابات التي تحدث في العمل، حيث تخصم المدة التي غاب العامل خلالها من الراتب⁽⁸⁾، وبهذا يكون المشرع قد منح مسير الشركة سلطة حقيقية في سن قواعد ملزمة داخل الشركة تتجسّد في النظام الداخلي ولا يلزم المسير عند وضعه للنظام الداخلي إلا بعرضه على أجهزة المشاركة أو ممثلي العمال، ويخضع العمال جميعهم لهذا النظام،

¹ - Mohammed Nasr-Eddine KORICHE, Droit du travail : les transformation du droit Algerian du travail entre statut et contrat, tome1, OPU, Alger, 2009, p51.

² - تنص المادة 79 من القانون رقم 11/90 المتضمن علاقات العمل: " يودع النظام الداخلي المنصوص عليه في المادة 75 أعلاه، لدى مفتشية العمل المختصة إقليمياً للمصادقة على مطابقتها للتشريع والتنظيم المتعلقين بالعمل في أجل ثمانية أيام..."

³ - تنص المادة 77 الفقرة 2 من القانون 11/90: "...يحدد النظام الداخلي في المجال التأديبي طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة وإجراءات التنفيذ..."

⁴ - يهدف المشرع من خلال النظام الداخلي منح مسير المؤسسة سلطة إصدار قواعد معيارية وكذا تطبيق قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص [nullum crimen nulla poena sine lege]، راجع:

J- P SAINT- HILAIRE, Le principe de la légalité des délits et des peines, in Mélanges BOUZAT, Paris 1980, p149.

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p79.

⁶ - تنص المادة 77 من القانون 11/90: النظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم لزوماً القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط...

⁷ - تنص المادة 78 من القانون 11/90: تعد الشروط الواردة في النظام الداخلي التي قد تلغي حقوق العمال أو تحد منها، كما تنص عليها القوانين و التفاعيات الجماعية المعمول بها، لاغية و عديمة المفعول.

⁸ - تنص المادة 53 من القانون 11/90: " لا يمكن أن يتقاضى العامل أجر فترة لم يعمل فيها مهما تكن وضعيته في الترتيب السلمي..."

وتصبح قواعده نافذة في مواجهة المسيرين أنفسهم وكذا يجد القاضي نفسه ملزماً أيضاً بإتباع النصوص الملائمة من هذا النظام.⁽¹⁾

أما سلطة المسير في التوجيه فتتجسد في الإجراءات والخطوات التي يراها ضرورية من أجل ضمان السير الجيد لأعمال المؤسسة، وعلى أساسها يتحمل المسير مخاطر التسيير، ومن خلال تلك الإجراءات يتمتع المسير بسيادة داخل المؤسسة ويعترف القضاء الفرنسي لمسير المؤسسة بمثل هذه السلطة، إذ تذهب محكمة النقض إلى القول أن المسير هو المتحكم الوحيد في تنظيم مختلف المصالح في المؤسسة وكما يعتبر حراً في تعيين من يمنحه سلطة التسيير.⁽²⁾

وفي حكم آخر ترى بأن المسير له الحق في الإنقاص من عدد العمال أو تغييرهم وهو الذي يقف على المحافظة على مصالح المؤسسة عند نشوء أزمات إقتصادية⁽³⁾، وتذهب محكمة باريس مثلاً في حكم شهير إلى أن المسير يتحمل مسؤولية المؤسسة وهو المتحكم الوحيد في طرق المحافظة على النشاط وكذا في الطرق التي تؤدي حتماً إلى إنهائه.⁽⁴⁾

وسلطة مسير المؤسسة بهذا الوصف لا يعني أنها سلطة تحكّمية، لأنها سلطة مقيدة بمصلحة المؤسسة، والحقيقة أن أهمية سلطة المسير تبرز في جانبين رئيسيين، الأول منهما أن المسير يلتزم حين قيامه بتسريح العمال لأسباب إقتصادية بأن يجعل مثل هذا الإجراء مبرراً بمصلحة المؤسسة أي أن الصعوبات الإقتصادية أو التطورات التكنولوجية أو حتى مقتضيات تنظيم المؤسسة هي التي أدت إلى إجراء التسريح، وبمعنى آخر لا يصلح أن يكون سبباً للتسريح الإقتصادي نية تحقيق قدر من الأرباح، لذا فسبب من هذا النوع لا يفسر إنهاء عقد عمل، أما إذا كان إنهاء عمل الأجير يرجع إلى غلق المصنع نظراً للنفقات الباهضة المستوجبة لإعادة تجديد التوصيلات والتجهيزات فإنه هناك من يرى أن مثل هذا السبب قد ينظر إليه على أنه سبب إقتصادي يجيز التسريح.⁽⁵⁾

وجاءت قرارات القضاء الفرنسي تؤكد على هذا الإتجاه، ففي قرار تذهب فيه الجهات القضائية إلى أن مسير المؤسسة يلتزم بإبراز تأثير الوضعية الإقتصادية في إلغاء وإنهاء عقود العمل مهما كانت مسببات تلك الوضعية، كإنخفاض النشاط أو تراجع رقم الأعمال، أو خسارة صفقة معينة ... إلخ، فالمسير الذي يلجأ إلى التسريح لا يكتفي أن يشير إلى إنخفاض النشاط دون أن يذكر الأسباب الإقتصادية المنصوص عليها قانوناً وأثارها على عقود العمل.⁽⁶⁾

¹ - Mohammed Nasr-Eddine KORICHE, op.cit, p50.

² -Cass. Civ 26 janvier 1932, GAZ PAL 1932, II, p621

³ -CA Nice, 23 avr 1932, D.H. 1932.p 342

⁴ - CA Paris, 14 déc 1954, JCP 1955, II, n° : 8559, note : BREIHE de la GRISSAYE

⁵ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p81.

⁶ - Cass.soc 30 avril 1997, Bull. Civ, n° : 150.

وفي قرارات أخرى ورد أن المسير قبل لجوئه إلى التسريح الاقتصادي عليه البحث أولاً على مناصب متوفرة وفي حال عدم البحث يفقد التسريح مسوغه الواقعي، أي أن إعادة دمج العامل إجراء قبلي يسبق التسريح.⁽¹⁾

وورد أيضاً أن الصعوبات الاقتصادية يجب تقديرها بالنظر إلى خصوصية النشاط ذاته، وإلى نشاط المجمع الذي تنتمي إليه المؤسسة، وذلك إذا ترتب على تلك الصعوبات الإفشاء إلى إنهاء عقود العمل ويحق للأجير أن يطالب مراجعة المعايير التي إعتدها المسير عند إجرائه التسريح، وفي حال رفض هذا الأخير جاز للقضاء إلزام المسير بالتعويض، ولا يمس التعويض في هذه الحال بمدى جدية وحقيقية الأسباب المفضية إلى التسريح والتي أعلنها المسير سابقاً.⁽²⁾

يقبل القضاء إذاً قبولاً موسّعاً صلاحية المسير بفصل العامل إذا اقتضت ذلك الإكراهات الإقتصادية، والقضاء هنا يعلّق هذه الصلاحية بالمبررات الإقتصادية ولكنه من ناحية أخرى يضع قيوداً صارمة على مسير المؤسسة إذا برر تسريح العمال بأسباب شخصية، لأن الفصل في هذه الحالة يعد فصلاً تعسفياً، وبالنتيجة أن التسريح لأسباب إقتصادية يجعل التسريح شرعي ووظيفي لأنه ينسجم مع مصلحة المؤسسة، أما الأسباب الشخصية فإنها تجعل التسريح تعسفياً يستوجب النظر فيه.⁽³⁾

ثانياً: مصلحة المؤسسة والمفهوم الوظيفي

يرجع الفضل في تأسيس النظرية الوظيفية في مفهوم المؤسسة إلى الأستاذ PAILLUSSEAU الذي لاحظ مدى التطور الذي أحاط بمفهوم المصلحة الإجتماعية التي طالما إختلطت بمصلحة الأغلبية، فالمصلحة الإجتماعية أصبحت مصلحة المؤسسة نفسها، مستنداً في عرض نظريته على قرار FRUEHAUF وعلى فكرة التمويل الذاتي في شركات المساهمة، ونظريته تقوم على فصل المصلحة الإجتماعية عن المصالح الأخرى المشاركة في بناء المؤسسة كالمساهمين، الأجراء، المسيرين، والدائنين ... إلخ، ولا تختلط أيضاً بمجموع هذه المصالح، وإنما تمتلك المؤسسة مصلحة خاصة بها ترقى على جميع المصالح الأخرى وتتحكم في طبيعتها وظيفتها المؤسسة.⁽⁴⁾

وبما أن المؤسسة بنية إقتصادية وظيفتها الأساسية تحقيق وتوزيع الأموال والخدمات وخلق ثروات جديدة، يمكننا القول أن المؤسسة تهدف إلى تأمين الإنتاجية الإقتصادية، وكل عمل يخالف هذه الوظيفة فهو بالضرورة يخالف مصلحة المؤسسة، وتستقر مصلحة المؤسسة في تحقيق النماء الإقتصادي لهذه البنية، ولذا يؤدي إحترام المصلحة ومراعاتها إلى بقاء وإستمرار المؤسسة.

¹ - Cass . soc 27 oct 1998, n° : 4356

² -Cass . soc 05 avr 1995, n° : 1954. Cass.soc 20 janv 1998,n°: 239.

³ - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p83.

⁴ - G- SOUSI, op. cit, p 266.

ويرى بعض الفقهاء أن تحقيق الأموال وتوزيعها لا يصب في مصلحة المؤسسة فقط بل إنه يفيد الأشخاص الذين يشكلون المؤسسة نفسها، ولذا إستمرار المؤسسة في تحقيق الأرباح لا يشكل مصلحة المؤسسة فقط بل مصلحة مالكيها أيضا⁽¹⁾، وعليه فالمؤسسة ليست مستقلة وفقا لهذا المنظور وما مصلحتها إلا مصلحة المالكين.

ولا يمكن التسليم وبدون نقد فكرة كون المؤسسة ملكية لأصحابها، لأن المؤسسة ومنذ نشأتها تكتسب كيانا يتميز عن المالكين، والمشرع بدوره يتدخل دائما لتنظيم حياة هذا الكيان وتيسير دخوله عالم الإقتصاد، ومن هذا المنطلق فالمؤسسة تتبع أهدافا تتصل بالمصلحة العامة، ولا أدل على ذلك قيام الدولة بالمحافظة على بقاء المؤسسات وتطويرها لأن في ذلك هي تحافظ على الشغل وعلى جميع المنافع التي يحققها العملاء الإقتصاديون.⁽²⁾

المبحث الثاني

دور المصلحة الإجتماعية في تقييد إرادة الشركاء

لقد استقر الفقه في رؤيته للشركة في كونها عقد تولى المشرع تنظيم أغلب جوانبه، أي أن الشركة تنشأ بعقد يتولى النظام القانوني بعد ذلك تنظيمه، ويقوم الشركاء بكتابة العقد الذي يصبح قانونا أساسيا للشركة و يدرج فيه الشركاء جميع المسائل: كموضوع النشاط، مقدار رأس المال، مدة الشركة، تسمية الشركة وعنوانها...، ولعل مثل هذه المسائل تعد ضرورية في حياة الشركة لذا فإن الشركاء يمكنهم الإتفاق على مسائل أخرى وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، ويدرج الإتفاق في القانون الأساسي ذاته أو في إتفاقات جانبية هي إتفاقات المساهمين، فالشركاء إذن هم أحرار في أن يتعاقدوا وأن يحددوا مضمون عقودهم التي بمقتضاها يهدفون إلى تنظيم علاقاتهم داخل الشركة، وهو تطبيق صريح لمبدأ سلطان الإرادة بين أطراف يتمتعون بأهلية التعاقد.

ورغم أن الشركاء يبرمون الإتفاقات بينهم تجسيدا لحرية التعاقد فإن المشرع يمكنه تقييد الإرادة، وإلى جانب النظام العام الذي يعد أهم قيد للحرية التعاقدية، تبرز المصلحة الإجتماعية كقيد آخر للإرادة يؤثر مباشرة في صحة الإتفاقات المبرمة بين الشركاء.

وللمصلحة الإجتماعية دوران هامان من منظور صحة الإتفاقات فهي معيار لصحة مجمل الإتفاقات التي يعقدها الشركاء فيما بينهم، ومن ناحية أخرى تعد المصلحة الإجتماعية مفهوما قانونيا يستند

¹ - G- RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit, p273.

² - Monique Aimée MOUTHIEU, op.cit, p84.

عليه القاضي للنظر في مسائل الشركة خاصة عند نظره في مدى مطابقتها لتلك الإتفاقات للمصلحة الإجتماعية.

وبناء على دور المصلحة الإجتماعية تتضح خصائص مفهوم المصلحة، إن المصلحة الإجتماعية مفهوم غير مستقل لذا فهو بحاجة إلى مفاهيم أخرى حتى يكتمل وجوده القانوني، فإذا كانت المصلحة الإجتماعية شرطا لصحة إتفاقات الشركاء وجب أن تقترن بشروط صحة أخرى، ولا يمكن أن تكون لوحدها كافية لضمان الصحة في الإتفاقات المبرمة، ولقد ثبت عدم إستقلالية المصلحة الإجتماعية في كثير من الحالات كمشاركتها في وجود مفاهيم أخرى كتعسف الأغلبية والإستعمال التعسفي لأموال الشركة. كما تتميز المصلحة الإجتماعية بأنها مفهوم لا يرتب آثاره بطريقة مباشرة بل يحتاج إلى تدخل القضاء الذي يتحقق من مدى مطابقتها إتفاقات الشركاء للمصلحة الإجتماعية ومدى صحتها. ففي هذا المبحث سنتعرض إلى دور المصلحة الإجتماعية في صحة إتفاقات الشركاء (المطلب الأول) وإلى دور المصلحة الإجتماعية في عمل القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المصلحة الإجتماعية كشرط صحة لإتفاقات الشركاء

تلعب المصلحة الإجتماعية دورا هاما في ضمان صحة إتفاقات الشركاء لأن القضاء يعتمد عليها كثيرا عندما تعرض عليه مسألة صحة الإتفاقات، وبغض النظر على فاعليته وكفايته أو عدمه فإن المصلحة الإجتماعية تعمل مع شروط أخرى تجتمع كلها ليكتمل الوجود القانوني لإرادة الشركاء. إن المشرع لم يشر كثيرا إلى المصلحة الإجتماعية في نصوص القانون التجاري، ولا نجد تعريفا صريحا لها⁽¹⁾، وكثير من المفاهيم القانونية الأخرى تستعمل المصلحة الإجتماعية من أجل إضفاء بعض من المرونة في نصوص قانون الشركات، وذلك بتمكين القضاء من مجال تقديري في تحديده للمصلحة بحسب الحالات المعروضة عليه وطبيعة النزاع الذي يتصدى للبت فيه.

والفقه بدروه يشكك جانب منه في عدم يقينية مفهوم المصلحة الإجتماعية لغلبة الطابع الشخصي عليه والذي يشكّل بحسب هذا الجانب من الفقه تهديدا مباشرا للأمن القانوني كما يعتبر طريقا لتحكم القاضي في حياة الشركة، غير أن جانبا آخر من الفقه يرى عدم المبالغة في إنتقاد مفهوم المصلحة

¹ - والمشرع الفرنسي لم يشر إلى المصلحة الاجتماعية كثيرا، وكانت أول إشارة صريحة اعتبر فيها المصلحة الاجتماعية كمرجع هو المرسوم 8 أوت 1935 الذي نظم جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة، ولقد ذكر الأستاذ COURET بهذا الصدد أن الفقهاء كانوا ينتظرون صدور تعريف تشريعي للمصلحة الاجتماعية بعد صدور هذا المرسوم خاصة عند صدور قانون الشركات لسنة 1966، والسبب في عدم تعريف هذا المفهوم في القانون المذكور أن وزير العدل JEAN FOYER الذي شكك في آثار المصلحة التي قد يستغلها القضاء فيتحكم في مصير الشركات وهذا ما يعد السبب الأهم في لجوء المشرع الفرنسي كثيرا إلى المصلحة الاجتماعية إلا في حالات محددة، راجع:

Alain COURET, l'intérêt social, JCP. E. 1996, Cah. Dr. ent, p1.

الإجتماعية لأن القانون ليس بعلم دقيق لذا يصبح مقبولاً أن يتضمن بعضاً من المفاهيم غير المؤكدة أو المفاهيم التقديرية.

وكثير من المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير التي تجعل من نصوص القانون مرنة وقابلة للتطويع، تندرج المصلحة الإجتماعية في هذا السياق⁽¹⁾، فالقضاء يلجأ عادة إلى مثل هذه المفاهيم كمفهوم السبب وحسن النية في مجال العقود (م98، 107 من القانون المدني)، وحتى قانون الأسرة إشتمل على بعض منها كمفهوم مصلحة الأسرة، وأحكام المسؤولية المدنية أيضاً خاصة ما تعلق منها بمفهوم التعسف في استعمال الحق، فكل هذه المفاهيم تشترك في جعلها تسمح للقاضي بتكييف نصوص القانون على أوضاع الخصوم التي ما كان ليتمكن من ذلك لولا لجوئه إلى تلك المفاهيم.

لقد جاء قانون الشركات التجارية قانوناً جامداً مشتملاً على العديد من القواعد الأمرة التي عمل القضاء على تليينها حتى يتسنى للشركات ممارسة نشاطها التجاري، ويؤكد الأستاذ SAINTOUREN هذا التوجه بالقول أن المرونة في أحكام الشركات لا يمكن الوصول إليها إلا من خلال تطويع القواعد القانونية المكتوبة من طرف القضاء ومن خلال الممارسات العملية التي يجريها الشركاء، وقانون الشركات يحتوى على مفاهيم مرنة وفضفاضة تحيل مباشرة إلى القاضي ودوره في تطويع قواعد القانون وأهمها المصلحة الإجتماعية.

لقد إهتم القضاء بالمصلحة الإجتماعية جاعلاً منها مبدأ هاماً في قانون الشركات، وهو يهدف من وراء ذلك تأمين حماية الشركاء والفئات المختلفة المكوّنة لها، فإذا وجد تصرف أبرم باسم الشركة أو نشأ إتفاق يهدد مصالحها أو يؤدي إلى زوالها فالقضاء يقف كحاجز يمنع وجود مثل هذه التصرفات، وذلك كله إستناداً على فكرة المصلحة الإجتماعية.

يذهب جانب غالب في الفقه إلى أن المصلحة الإجتماعية تعد شرطاً لصحة إتفاقات المساهمين أو الشركاء (الفرع الأول)، غير أن بعضاً من الفقهاء ذهبوا إلى القول بعدم كفاية المصلحة الاجتماعية لوحدها لضمان صحة الإتفاقات لذا يجب من أن تتوافق مع شروط أخرى (الفرع الثاني).

¹ - ويحتوي القانون التجاري الجزائري على بعض النصوص التي تضمنت المصلحة الإجتماعية نذكر:

- المادة 554 الفقرة الأولى: " يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة ..."
- المادة 800 التي عاقبت المسيرين الذي إستعملوا عن سوء نية أموالاً أو قروضاً للشركة إستعمالاً يخالف مصلحة الشركة، وكذا فيما يتعلق بإستعمال الصلاحيات أو الأصوات المتحصّل عليها بما يخالف مصالح الشركة.

الفرع الأول: المصلحة الإجتماعية شرط ضروري لصحة الإتفاقات

تعد المصلحة الإجتماعية مرجعا مهما لدى القضاة، فالقضاة يثيرون هذا المفهوم ويعتبرونه شرط صحة لعدد من الإتفاقات التي يبرمها الشركاء أو المساهمين.

ويسمح لجوء القضاء إلى مفهوم المصلحة بتطويع النصوص القانونية الأمر في أحكام الشركات التجارية، وتعد إتفاقات التصويت مثلا بارزا بهذا الصدد لأن الفقه والقضاء على حد سواء قد أجمعا على أن إتفاقات التصويت لا تعد صحيحة إلا إذا توفرت الشروط التي تضمن صحتها، وهي أن تراعي مشاركة جميع المساهمين، وكذا أن لا تخالف المصلحة الإجتماعية، وأن لا تخالف النظام العام.⁽¹⁾

ويستنتج إذن أن مراعاة المصلحة الإجتماعية هو شرط ضروري لصحة إتفاقات التصويت والحكم ذاته بصدد الإتفاقات المنظمة لأجهزة الشركة من حيث العلاقات التي تربط بعضها ببعض، إذ تغدو المصلحة الاجتماعية شرطا ضروريا لصحتها، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي حيث أكدت محكمة النقض في قرار لها صحة الإتفاقات المبرمة بين أجهزة الشركة والتي تهدف إلى تنظيم أدائها وذلك متى توفرت الشروط اللازمة وهي أن ينص القانون الأساسي على بنود الإتفاق وهي بنود تنظيم إدارة الشركة وتوجيهها، وأن لا تحدث تلك البنود إخلالا أو اضطرابا في المبادئ العامة المكرسة للترتيب السلمي بين الأجهزة.⁽²⁾

وعلى ضوء القرار تبين أن الإتفاقات المنظمة لأداء الأجهزة في الشركة لا تكون صحيحة إلا إذا كانت ترمي لتحقيق المصلحة الإجتماعية وكانت مراعية لسلمية الأجهزة فيما بينها والفصل بين السلطات الممنوحة لها.⁽³⁾

وكما تعد المصلحة الإجتماعية شرط صحة في الإتفاقات التي تهدف إلى توزيع المناصب الإدارية، فالقضاء والفقه قد أجمعا على إتخاذ المصلحة الإجتماعية معيارا للصحة بصدد مثل هذه الإتفاقات، كما يعتد بمعيار آخر وهو إحترام حرية المساهمين في إختيار الأعضاء.⁽⁴⁾

وكما تعد المصلحة الإجتماعية شرط صحة في الإتفاقات المنظمة لإعادة شراء أسهم المسير بعد عزله، ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها تتلخص حيثياته في قيام الشركة Feal France - وهي شركة للتحليل والتوجيه - بشراء أسهم مسيرها الذي عزل من مهامه ولم تدعه يتنازل عنها للغير، فمحكمة النقض رأت أن عملية الشراء هذه صحيحة لأن عدد الأسهم كان ضئيلا إضافة إلى أن الشراء لم يكن له أي أثر في قرار العزل.⁽⁵⁾

¹ - Michel JEANTIN, Les convention de vote, RJ com, 1990, p 124

² - CA- AIX, 28 septembre 1982, Rev soc, 1983, p733, note : Jacques MESTRE.

³ - Marie Christine MONSALLIER, op.cit, p339.

⁴ - Yves GUYON, Traité de contrats, op cit, p243.

⁵ - Cass.com, 7 février 1989, Rev soc 1989, p643, note : CHARTIER.

ويتضح إذن أن إتفاقات شراء الأسهم التي تلي عزل المسيرين تعد صحيحة في نظر القضاء الفرنسي متى كانت تراعي مصلحة الشركة، وكذا مراعاتها للمبدأ الأساسي الذي تقوم عليه إدارة شركة المساهمة وهو قابلية المسير للعزل [révocation ad nutum].

الفرع الثاني: المصلحة الإجتماعية شرط غير مستقل

لا شك أن المصلحة الإجتماعية شرط ضروري في صحة الاتفاقات المبرمة بين الشركاء، غير أنه شرط غير كاف وذلك لعدم إستقلالية مفهوم المصلحة، إن خاصية التبعية أو عدم الإستقلال قد تتعلق بمفاهيم أخرى من مفاهيم قانون الشركات ولا يقتصر الأمر على المصلحة الإجتماعية، وفي مجال إتفاقات المساهمين أو الشركاء عدم إستقلالية المصلحة يكمن في حاجة هذا المفهوم إلى أن يكون مدعوما بشروط أخرى ولا يكفي لوحده أن يكون شرط صحة لهذه الإتفاقات.

وتصبح المصلحة الإجتماعية من هذا المنظور مجرد عنصر من مجموعة العناصر المكونة لمفهوم عام، ومن أجل إثبات المصلحة يجب على القاضي الرجوع إلى مفاهيم أخرى كالتعسف في إستعمال الأموال أو تعسف الأغلبية أو اخطاء التسيير غير العادية.

وفي مجال الإتفاقات العقدية في قانون الشركات التجارية تعد المصلحة الإجتماعية واحد من الشروط المتعلقة بصحة الاتفاقات، والمصلحة في هذا الدور ليست مستقلة بل يجب في جميع الحالات أن تكون مشتركة مع شروط أخرى حتى تمنح للإتفاقات بين المساهمين وجودا قانونيا، ويمكن القول حينئذ أن مفهوم المصلحة يحتاج إلى عوامل كاشفة أخرى حتى تكتمل آثاره القانونية.⁽¹⁾

وتؤكد تبعية مفهوم المصلحة الإجتماعية لمفاهيم أخرى العديد من الإتفاقات كإتفاقات التصويت وإتفاقات توزيع عضوية مجلس الإدارة والإتفاقات المنظمة لعزل المسيرين، وكذا إلى مفاهيم أخرى كمفهوم تعسف الأغلبية، ويعد قانون الأغلبية من المبادئ المهمة في الشركات التجارية خاصة شركة المساهمة، وهو مبدأ يسمح للأغلبية بالسيطرة على الجمعيات العامة مما يتيح لها بلوغ الأغلبية السياسية، وما يحد هذه الأغلبية في نشاطها هو عدم مخالفة المصلحة الإجتماعية وعدم الإضرار بمصالح الأقلية من المساهمين، وبما أن تعسف الأغلبية يقوم على فكرة التعسف أمكن للفقهاء أن يقر بها من التعسف في إستعمال الحق رغم الإختلافات بين المفهومين.⁽²⁾

وكما يرى الأستاذ SCHMIDT أن التقارب يكمن في مفهوم التعسف الذي يقصد به العنصر الذي يجسد الخطأ في إستعمال حق من الحقوق بشكل يرتب المسؤولية المدنية على صاحبه، وكما يرى آخرون

¹ -Marie Christine MONSALLIER, op.cit, p 342.

² -M- BOIZARD, L'abus de minorité, Rev soc 1988, p365.

أن تعسّف الأغلبية قد يقترب من مفهوم إساءة استعمال السلطة وهو ما يرى SCHMIDT بشأنه أن السلطة الإدارية تمتلك سلطات هدفها تحقيق مصلحة الغير في حين أن الأغلبية في الشركة تمتلك سلطة ليس من أجل تحقيق مصلحة الغير فقط وإنما لتحقيق مصالحها أيضا.⁽¹⁾

ولم يرق المشرع بتعريف تعسف الأغلبية بل ظل صامتا بصدد هذه المسألة، تاركا المجال أمام القضاء والفقه⁽²⁾، فالقضاء الفرنسي مثلا يرى بأن تعسف الأغلبية يتجلى في أمور ثلاثة هي أن يكون القرار الذي صدر عن الجمعية العامة مخالفا للمصلحة العامة، وأن يكون مراعى لمصلحة الأغلبية فقط ويضر بمصالح الأقلية، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها، حيث تعلقت حيثيات النزاع بشركة PIQUARD التي ومن خلال التسيير الجيد تمكّنت من تحقيق تنمية مستمرة لنشاطها وتزايد رقم أعمالها، كما سمح ذلك أيضا للشركة بتحقيق أرباح أدت إلى تكوين احتياطي خلال سنوات ماضية حتى بلغ ضعفي رأسمال الشركة، ثم قررت الجمعية العامة بالأغلبية - وكانت إجراءات صدور القرار صحيحة من ناحية شروط الإنعقاد - أن ترحّل الأرباح المحققة وعدم توزيعها على المساهمين، وكان القرار هذا يدعم توجّه الإدارة التي كانت تتبع سياسة التوفير، وذلك من خلال تكوين الإحتياطيات بغية تفادي اللجوء إلى زيادة رأس المال في المستقبل، قام بعض المساهمين بالمطالبة قضاءً بإبطال القرار الصادر عن الجمعية العامة بحجة أن القرار قد خالف بنود القانون الأساسي، والقول أيضا أن تكوين الإحتياطيات بشكل مستمر يفنّد الأساس القانوني ولا تبرير له إذ لا تهدف الشركة من ورائه التوفير أو تغطية نفقات ظرفية بل أنه يثبت رغبة المسيرين في تكوين رؤوس أموال مستترة، حيث قامت محكمة إستئناف باريس بإبطال قرار الجمعية العامة.⁽³⁾

بيد أن محكمة النقض نقضت القرار لعدم كفاية الأسانيد المؤدية إلى إبطال القرار الذي يقضي بتكوين الإحتياطي وعدم توزيع الأرباح، حيث ذهبت المحكمة بالقول أنه ليس من الواضح أن الأسباب التي استندت عليها محكمة الموضوع تكفي للحكم بأن قرار الجمعية العامة قد أعتد بما يخالف المصلحة العامة من أجل مراعاة مصلحة الأغلبية فقط والإضرار بمصالح الأقلية.⁽⁴⁾

لقد سارت أحكام القضاء على هذا النحو معتمدة في تعريف حالات تعسّف الأغلبية بما ذهبت إليه محكمة النقض، إلا في بعض منها أين إعتمدت الغرفة التجارية على مفهوم ضيّقت من خلاله حالة تعسف الأغلبية إذ ذهبت في قرار لها إلى القول بأن مخالفة المصلحة الإجتماعية يكفي لوحده في قيام تعسف الأغلبية دون الحاجة إلى النظر في مدى عدم توفر المساواة بين الاغلبية والأقلية.⁽⁵⁾

¹ -Dominique SCHMIDT, Les droit de minorité dans la société anonyme, thèse, Strasbourg, 1970, n° : 238.

² - يرى الأستاذ HAMEL أن تعسف الأغلبية من المفاهيم الهامة التي ينبغي على المشرع تعريفها بنصوص صريحة، راجع:

J-Hamel, Les problèmes contemporains de la société par actions, Banque, juin 1951, p330

³ -Cass.com 18 avril 1961, JCP 1961, II , 12164, note : BASTIAN

⁴ -Cass.com 18 avril 1961, RTD com1961, p634, note : HOUIN.

⁵ -Cass.com 22 avril 1976, Rev soc 1976, p 479, note : D- SCHMIDT.

وتجدر الإشارة هنا أيضا إلى أن حاجة مفهوم المصلحة الإجتماعية إلى مفاهيم أخرى تدعمه قد يتجلى أيضا في تعسف إستغلال السلطة أو الأصوات الذي قد يرتكبه رئيس شركة المساهمة أو القائمون على إدراتها، لأن المصلحة لا تكفي هنا لقيام هذه المخالفة مخالفة التعسف، كما قد ينتج التعسف في إستغلال السلطة أو الأصوات عن إتفاقات تبرم بهذا الخصوص داخل الشركة، ثم يتم الإبتعاد عن الغايات الحقيقية من وراء تلك الإتفاقات، ومن أمثلتها وكالات التصويت التي تستعمل عند التصويت في الجمعيات العامة⁽¹⁾ وتعد مثل هذه المخالفات من قبيل الجرائم المعاقب عليها بالمادة 4/811 من القانون التجاري التي قضت " يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

... رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية وبهذه الصفة ما لهم من السلطة أو حق التصرف في الأصوات إستعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة".
وككل مخالفة جزائية فإن التعسف في إستعمال السلطة أو الأصوات يتكون من عناصر مادية وعنصر معنوي، والعنصر المعنوي يتجسد في سوء النية، أما العناصر المادية فهي إستعمال السلطة أو الأصوات، إتباع غايات تخالف مصالح الشركة، البحث عن أغراض شخصية مباشرة أو غير مباشرة وإجتماع العناصر المذكورة مع بعضها البعض يثبت عدم إستقلالية مفهوم المصلحة في دوره كشرط لصحة إتفاقات المساهمين.⁽²⁾

المطلب الثاني: دور المصلحة الإجتماعية في عمل القضاء

تؤدي المصلحة الإجتماعية دورا هاما في صحة الاتفاقات المبرمة من طرف المساهمين فالإتفاقات هذه لا تعد صحيحة إلا إذا جاءت مراعية لمصالح الشركة ومؤدية إليها، غير أن دورها المذكور لا يبدأ أثره بشكل تلقائي بل إن المصلحة بإعتبارها شرط لصحة الاتفاقات تحتاج إلى تدخل القاضي وتقديره لمدى توخي مصالح الشركة في إتفاقات المساهمين، معنى ذلك أن المصلحة الإجتماعية لا أثر لها إلا بتدخل القضاء ونظره في النزاع الذي نشأ بصدد إتفاقات المساهمين، غير أن القضاء حين تدخله في مسائل المصلحة الإجتماعية يهدف عادة إلى تطويع بعض الأحكام الأمرة في قانون الشركات التجارية (الفرع الأول)، وكذا يعد تدخل القضاء بهذا الوصف تدخلًا إيجابيًا (الفرع الثاني).

¹ -Marie Christine MONSALLIER, op cit, p 344.

² -Crim 4 novembre 1988, Rev soc 1989, p265, note : B- BOULOC

الفرع الأول: أهداف تدخل القضاء في مسألة المصلحة الإجتماعية

تعد المصلحة الإجتماعية من المفاهيم المعيارية القابلة للتطويع أو ذات المحتوى المتغير أو المفاهيم الإطارية، وعزز ذلك عدم قيام المشرع بتحديد أبعاد هذا المفهوم، ولذا يمتلك القاضي سلطة تقديرية واسعة في إعمال المصلحة الإجتماعية، إن عدم تحديد المصلحة الإجتماعية من طرف المشرع ما هو إلا إحالة صريحة منه إلى القضاء ليتولى وضع معالم هذا المفهوم.

إن تدخل القضاء في مسائل إتفاقات المساهمين يتمثل أساسا في العمل على تقدير مدى مطابقة تلك الإتفاقات للمصلحة الإجتماعية بإعتبارها شرطا لصحة إنعقادها، فالقاضي إذن يتصدى لمسألة صحة إتفاقات المساهمين إستنادا على المصلحة الإجتماعية، مما يتيح ذلك بالقول أن مفهوم المصلحة في قانون الشركات لا ينتج أثرا تلقائيا، إذ لا تكفي مخالفة المفهوم حتى تبطل الإتفاقات أو تكون صحيحة بل ينبغي تدخل القضاء لتقدير ذلك، وظهور دور القاضي بصدد المصلحة الإجتماعية بهذا المظهر قد يتعلق بإتفاقات المساهمين (أولا) أو بمسائل أخرى من قانون الشركات (ثانيا).

أولا: مظاهر التدخل القضائي في مسألة صحة إتفاقات المساهمين

يعد قيام القاضي بتقدير مدى ملائمة إتفاقات المساهمين للمصلحة الإجتماعية وسيلة للتدخل في حياة الشركة، ويتجلى تدخله عادة في مسائل تسيير الشركة أو في أدائها. يذكر الفقه العديد من الأمثلة تبين تدخل القاضي في مسائل تسيير الشركة عندما تكون المسائل محل تنظيم تعاقدى بين الشركاء أو المساهمين، كشرط توزيع العضوية في مجلس الإدارة في شركات المساهمة، إن نظر القضاء في صحة مثل هذا الشرط يعد تدخلًا في تسيير الشركة.

لقد ذهب القضاء الفرنسي في إحدى قراراته إلى ترسيخ مثل هذا التدخل القضائي في مسائل التسيير، وكان تدخل القضاء بصدد النظر في نزاع يتعلق بشرط مدرج في القانون الأساسي يقضي بالتوزيع المتساوي لعضوية مجلس الإدارة بين فريقين من المساهمين، أحد الفريقين يمتلك 60% من رأسمال الشركة وفريق آخر من المساهمين يمثلون مجمعا ماليا يمتلكون 40% من رأسمال الشركة، حيث يقوم المجمع المالي بتقديم الدعم للشركة طالما أدرجت مثل هذا الشرط أي شرط التوزيع المتساوي لعضوية مجلس الإدارة في القانون الأساسي، غير أن القضاء في حكمه هذا ذهب إلى عدم صحة مثل هذا الشرط، ليكون بذلك قد حرم الشركة من مصدر تمويلي مهم، هذا من جهة ومن جهة أخرى يكون الحكم دليلا واضحا على تدخل القضاء في تسيير الشركة.⁽¹⁾

¹ -CA Douai, 24 mai 1962, Rev soc 1963, p69. Note : du Pontavice.

كما يتدخل القاضي في تسيير الشركة عند نظره في صحة بعض من إتفاقات التصويت التي تنظم مسائل إقتصادية، كالإتفاق الذي ينظم التصويت عند إتخاذ قرار بزيادة رأس المال من خلال دمج الإحتياطات فيه.⁽¹⁾

كما يذكر الفقهاء أمثلة حول تدخل القضاء في أداء الشركة، حين نظره في صحة إتفاقات المساهمين ومدى مطابقتها للمصلحة الإجماعية، من أهمها إتفاقات التصويت، لأن محتوى إتفاقات التصويت يسمح بالمساس بأداء الشركة، فإذا قام أعضاء مجلس الإدارة بإبرام إتفاق ينظمون من خلاله عملية التصويت عند تعيين رئيس مجلس الإدارة، فإن قيام القضاء بتفحص مدى مطابقة الإتفاق المنظم للتصويت في هذه الحالة يعد تدخلا في أداء الشركة نظرا لتعلق الإتفاق بأحد أجهزتها.⁽²⁾

ويعتبر قرار Sommer من أهم القرارات القضائية التي بين فيها القضاء الفرنسي كيفية تدخل القاضي في أداء الشركة، حيث تعلق النزاع بإتفاق مبرم بين شريكين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، تضمن شرطا يقضي بتحويل شكل الشركة إلى شركة مساهمة مع جعل رئيس مجلس إدارتها منصبا تناوبيا بينهما، على أنه لا يتم تجديد العهدة إلا بعد إنقضاء ثلاث سنوات، وقام الشريكان فعلا بتنفيذ الإتفاق، غير أن أحدهما خالف مضمون الإتفاق بأن أعيد تجديد عهده من طرف المجلس، ليقوم الشريك الآخر بالتنازع أمام القضاء على أساس قيام الشريك بالإخلال ببنود الإتفاق المبرم.⁽³⁾

لتقرر محكمة النقض الفرنسية من زاوية نظر تتعلق بما اتضح لديها من حيثيات النزاع أن الشرط المتنازع فيه يؤدي صراحة إلى جعل أعضاء مجلس الإدارة يلتزمون مسبقا وبشكل بات ولمدة زمنية غير محددة بالتصويت، ولذا تكون محكمة الإستئناف قد طبقت القانون تطبيقا صحيحا، بأن ذهبت إلى إعتبار أن الشرط المتنازع فيه شرط مخالف للقواعد الأساسية المنظمة لتعيين رئيس مجلس الإدارة والتي من بينها أن يكون التصويت عليه حراً من كل قيد.⁽⁴⁾

إن القضاء بتقديره مدى مطابقة الإتفاقات المبرمة مع المصلحة الإجماعية يتدخل صراحة في أداء الشركة خاصة عند إلغائه لإتفاق ينظم مسألة داخلية في الشركة وتمس جهازا من أجهزتها وهو رئاسة مجلس الإدارة، إن قيام الشريكين بإبرام الإتفاق المنظم للرئاسة تتطلبه الحاجة إلى جعل أداء الشركة يسيرا خاصة لأنها كانت أصلا تحت شكل قانوني آخر، وبالنتيجة سيسمح الإتفاق بالمحافظة على التوازن بين صلاحيات الشريكين التي كانت بحوزتهما منذ تأسيس الشركة.⁽⁵⁾

¹ -Marie Christine MONSALLIER, op.cit, p 349.

² -Ibid., p346.

³ - CA Paris, 4 mai 1960, D1960, p637, note : Dalsace.

⁴ -Cass.com 8 mai 1963, Bull Joly 1963, p159.

⁵ -Marie Christine MONSALLIER, op.cit, p 347, 348.

ثانياً: مظاهر التدخل القضائي في مسائل قانون الشركات

يسعى القضاء دائماً إلى تأكيد مصلحة الشركة لذا تصبح ملائمة القرارات المتخذة من طرف أجهزة الشركة للمصلحة الإجتماعية أمراً ضرورياً، ومن هنا بات القضاء يتدخل في تمحيص تلك القرارات خاصة ما كان متعلقاً منها بالسياسة المالية المنتهجة من طرف الشركة بذريعة النظر في مدى مطابقة القرارات المتعلقة بالجانب المالي للمصلحة الإجتماعية.⁽¹⁾

وتختص أجهزة الشركة الداخلية بإعداد السياسة المالية وإصدار القرارات الملائمة، كما تختص الجمعية العامة للشركاء بالمصادقة على الحسابات السنوية وإستخلاص الأرباح القابلة للتوزيع ثم البت في مصيرها من خلال تشكيل إحتياطات أو القرار بتوزيعها على المساهمين، إن قرار التوزيع أو تكوين الإحتياطات يبرز عادة تنازع المصالح بين مسيري الشركة والمساهمين الأقلية، لأن المسيرين يعملون دائماً على إمتلاك الشركة لإحتياطات مالية يتم تشكيلها من الأرباح حتى تتمكن الشركة من تمويل المشاريع الإستثمارية تمويلاً ذاتياً أو لتواجه مخاطر مستقبلية، أما المساهمون الأقلية فهم بخلاف المسيرين يسعون دائماً إلى الحصول على أكبر قدر من الأرباح⁽²⁾ وفي سبيل ذلك قد يقومون بطلب إلغاء القرار المتضمن تشكيل الإحتياطات إستناداً على تعسف الأغلبية، وعند نظر القاضي في طلب مساهمي الأقلية بإلغاء قرار الأغلبية القاضي بتكوين الإحتياطي يكون بذلك قد تدخل في السياسة المالية المتبعة من طرف الشركة، أي حين يركّز عمله على فحص مدى مطابقة قرار تخصيص الأرباح في حساب الإحتياطات لمصلحة الشركة، وهو السبب الرئيسي لتدخل القضاء ومراقبته للتوجه المالي فيها.⁽³⁾

وتشتمل قرارات القضاء الفرنسي على العديد من تلك التي تؤكد تدخل القاضي في مادة النهج التمويلي في الشركة، ففي قرار Schuman Piquard الصادر عن محكمة باريس الذي فحصت فيه قراراً صادراً عن الجمعية العامة يقضي بتشكيل الإحتياطات رغم إمتلاك الشركة لإحتياطات تتجاوز مقدار رأسمالها، ففي هذا القرار ألغى القضاء قرار الجمعية العامة إستناداً إلى حجج كثيرة منها أن طبيعة عقد الشركة يقضي أن الشركاء عند إبرامهم لهذا العقد كانوا يهدفون إلى تحقيق الربح وإقتسامه، بأن يتم توزيعها كل سنة، ولا يمكن أن يحرم الشركاء من هذا التوزيع بأن يتم تشكيل الإحتياطات إلا إذا كانت هناك مبررات تدفع إلى ذلك، كرغبة الشركة في التوفير حتى تتمكن من مواجهة إحتياجات مالية غير متوقعة، وليس أن يتم إقتناء آلات أو معدات أو تضخيم المخزونات، لأن اللجوء إلى تشكيل رؤوس أموال

¹ -Dominique SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, édition Joly, Paris 1999, p197.

² - يمكن للجمعية العامة العادية أن تضع الأرباح كلها أو بعضها في حساب الإحتياطي أي تقوم بتخصيصها كإحتياطي حر ينشأ من طرفها، وهو توجه قد تمليه ظروف متعددة، كرغبة الشركة في تمويل المشاريع المعتمدة بأموالها الخاصة أي مما تحققه من أرباح، خاصة في الحالات التي ترتفع فيها أسعار الفائدة إذ يغدو تشكيل الإحتياطات إجراء ضرورياً، وقد لا يميل المساهمون إلى تكوين الإحتياطات لأن تكرار العملية لسنوات كثيرة قد يضطرهم إلى التنازل عن أسهمهم في ظروف غير مريحة إضافة إلى تملل المساهمين إزاء سياسة الشركة المالية بحجة أنها تراعي مصلحتها فقط. وقرار الجمعية العامة العادية بتشكيل الإحتياطي قرار سيادي، إذ لا يمكن للأقلية طلب إبطاله إلا إذا ثبت أن الأغلبية كان هدفها ليس تمويل الشركة وإنما هو الإضرار بمصالح الأقلية.

Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, 450.

³ -Marie Christine MONSALLIER, op cit, p 349.

غير ظاهرة للغير يحجب الوضعية المالية للشركة ويحول دون الحصول على تقييم حقيقي لأسهم الشركة.⁽¹⁾

غير أن الحل الذي إنتهجه محكمة باريس لم يحظ بقبول الفقه في أغلبه، فبعض الفقهاء يشككون في مدى صلاحية المحاكم في مراقبة السياسة المالية المنتهجة من طرف الشركة مهما كان الأساس الذي تستند عليه هذه في تفحص سلامة القرارات المتضمنة تخصيص الأرباح، ولذا قامت محكمة النقض بنقض هذا القرار وحددت مفهوم تعسف الأغلبية، مما يتضح توجه هذه المحكمة في الحد من تدخل القضاء في التسيير الداخلي للشركة.⁽²⁾

الفرع الثاني: تقييم تدخل القضاء في مسألة المصلحة الإجتماعية

إن الفقهاء ينظرون إلى تدخل القضاء في حياة الشركات التجارية نظرة ناقدة خاصة حين يلجأ القضاء إلى مفاهيم مثل المصلحة الإجتماعية التي تعد من المفاهيم ذات المحتوى المتغير، يرى الأستاذ SCHMIDT أن جميع الفقهاء قد يعرفون المصلحة الإجتماعية للمساهمين، إلا أن ذلك يرتب مسؤولية كبيرة لأن المساهمين خاصة الأغلبية يتحملون آثار الخطأ في التقدير، لذا فإن تعريف المصلحة يمتزج بالمخاطرة ولا يمكن تفاديها إلا بالمعرفة الدقيقة لسير أعمال الشركة من خلال تحديد المخاطرة ودقة التوقعات.⁽³⁾

وفي الواقع، رغم أن الفقهاء يتخوفون من تدخل القضاء في حياة الشركة التجارية، رغم عدم وجود نصوص واضحة بصدد المصلحة الإجتماعية فإنه من جهة أخرى يشير البعض إلى التوجه الذي ينتهجه القضاء عند استعماله لمفهوم المصلحة الإجتماعية من حيث كونه لا يجعل من هذا المفهوم مستقلا بل يضيف إليه شروطا أخرى حتى يتفادي بذلك الوقوع في تحكّم القاضي وتسهيل التعامل مع نصوص قانون الشركات التي تتسم بالجمود.⁽⁴⁾

ويتجسد عمل القضاء في تليين أحكام الشركات الامرة في كثير من الأمثلة منها مسألة عزل المسير، كما تبين المادة 613 من القانون التجاري أنه "يجوز إعادة انتخاب القائمين بالإدارة كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت"، ويفهم من النص أن الجمعية العامة يمكنها عزل المسيرين

¹ -CA Paris 28 février 1959, S 1961, p134.

² -Cass.com 18 avril 1961, RTD com 1961, p 634, note : HOUIN.

³ - كما يرى فقهاء آخرون كالأستاذ BASTIAN أن القضاة لا يمكنهم الحلول محل الشركاء في إختيار الإجراءات المتخذة أو التدخل في تسيير الشركة. كما يرى الأستاذ DIDIER أنه ما دام عقد الشركة من عقود التنظيم، فهو يقوم أساسا على الرضا ولذا تطبيقا على ذلك لا يجوز للقاضي الذي لا يرجع إلى إرادات الشركاء أن يتدخل في تكوين الإرادة الإجتماعية، أي إرادة الشركاء، راجع:

Dominique SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op.cit, p197, Ph- DIDIER, Le consentement dans l'échange, contrat de société, RJ com 1995, numéro spécial ; L'échange des consentements actes du colloque de Deauville de juin 1995, p74.

⁴ -Marie Christine MONSALLIER, op.cit, p 351.

دون تعويض أو حتى إخطار ولا يقتضي توفر أسباب لهذا العزل، وأمام هذه الهشاشة التي يجدها المسكرون في النظام القانوني المتعلق بهم خاصة من جانب مسألة العزل، يلجأ هؤلاء إلى إعداد حماية إتفاقية أي إبرام إتفاقات هدفها التخفيف من آثار العزل المقيد من الجمعية العامة، ويذهب القضاء إلى تأكيد صحة مثل هذه الإتفاقات إذا توفرت شروط محددة، وهي إتفاقات منظمة للعزل، كما يرى القضاء صحة الإتفاقات المنظمة لإعادة شراء أسهم المسير المعزول، بشرط أن تراعي هذه الإتفاقات المصلحة الاجتماعية وعلى أن لا تضع أمام الشركة أعباء كثيرة من شأنها أن تحول دون إصدار قرار العزل.⁽¹⁾ إذن يتجلى من خلال ما سبق أن تدخل القاضي في قانون الشركات التجارية هدفه تليين أحكام هذا القانون إستناداً على مفهوم المصلحة الاجتماعية، إذ تغدو هذه الأخيرة وسيلة أو مرجعاً بيد القاضي للتخفيف من الآثار المترتبة على جمود قواعد الشركات، ناهيك عن كونها قيداً مهماً على إرادة الشركاء.⁽²⁾

¹ - SORDINO, aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme, in Mélange Mouly, T2, 1998, Litec, p245. Philippe DELEBECQUE, Frédéric- Jérôme PANSIER, Administrateur, Répertoire des sociétés, Dalloz, janvier 2003, 19.

² - يقول SAINTOURENS أن القضاة إستعانوا بمفهوم المصلحة الاجتماعية نظراً للمرونة الموجودة فيه، فهو مفهوم فضفاض يمكن اللجوء إليه حتى في غير النصوص التي ورد بها، ومن هنا تسمح للقضاة نظرية المصلحة الاجتماعية بتكييف قواعد القانون مع التطبيق العملي، راجع:

Bernard SAINTOURENS, La flexibilité du droit des sociétés, RTD com 1987, p 483, 484.

خاتمة

أ/ النتائج:

حقيقة لا يمكن الوصول إلى خاتمة نهائية حول دور الحرية التعاقدية في أحكام الشركات التجارية ، نظرا لتعقيد هذا الدور و لموقف المشرع الجزائري المتردد بين تعزيز دور الحرية التعاقدية من خلال إفساح المجال أمام إرادة الشركاء و بين البقاء على الوضع الحالي أثر فيه المشرع التمسك بالنظام العام المتشدد و الإكثار من القواعد الأمرة .

غير أن واقع الحال يقول بأن لجوء المساهمين إلى إبرام الاتفاقات تجسيدا للحرية التعاقدية ما هو إلا لجوء حذر ، نظرا لعدم يقينية مظاهر الحرية التعاقدية في حد ذاتها خاصة تلك الاتفاقات المبرمة من طرف المساهمين بغية تنظيم مسائل متنوعة في الشركة . إذ تعاني مثل هذه الاتفاقات من الشك في مدى صحتها كاتفاقات التصويت التي اختلف الفقه بشدة في صحتها أو من عدمه ، أو كاتفاقات ضمان الديون التي يدرجها أحيانا المساهمون في عقود التنازل عن الأسهم ، إذ يرى البعض بأن أثارها قد تكون محدودة أو كالشروط التي يدرجها الشركاء في القانون الأساسي من اجل تقييد أو توسعة صلاحيات أجهزة الشركة أو الشروط المقيدة لحقوق الشركاء مقارنة مع ما يملكون من حصص في رأس المال . إن عدم فاعلية اتفاقات المساهمين تدفع إلى إضعاف الأمن القانوني في الشركات التجارية.

لكنه من ناحية أخرى، يمكن القول أن المشرع كان سببا في دفع المساهمين إلى البحث عن سبل لإعمال العقد في ظل النصوص القانونية المنظمة للشركات ، فعوضا أن يجعل من العقد وسيلة أساسية في حياة الشركة جعل الأمر معقدا أو غامضا خاصة في ظل اعترافه الجزئي ببعض اتفاقات المساهمين.

لقد رأينا أن القضاء يذهب إلى الاعتداد بصحة الكثير من الاتفاقات المبرمة بين المساهمين على هامش القانون الأساسي ، و هو يقضي بصحتها عادة باللجوء إلى مفهوم الحرية التعاقدية و أن الإرادة يمكنها إحداث آثار قانونية مادامت مقيدة بالنظام العام ، و كذا تراعي مصلحة الشركة . و على هذا الأساس يبدو أن موقف القضاء يتقدم بكثير عن موقف المشرع بصدد دور الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، فلا يكفي إذن أن نجد هذا الأخير يقصر اعترافه باتفاقات المساهمين على تلك التي تبرم خلال دخول شركة الرأسمال الاستثماري في رأسمال شركة أخرى بقصد تمويلها . أو على تلك التي تبرمها شركة ما مع مساهمي شركة أخرى من اجل امتلاك أغلبية حقوق التصويت فيها ، أو على تلك التي ألزم المشرع بنشرها ما دامت الشركة مقيدة بالبورصة و ما يتبع ذلك من اتفاقات أخرى كالاتفاق بمعية الغير.

كما يستند القضاء أيضا إلى قاعدة عدم منع الشيء يعني جوازه، فكل ما لم يمنعه المشرع صراحة فهو مسموح . لذا فاتفاقات المساهمين التي تعد مظهرا هاما من مظاهر الحرية التعاقدية تعتبر صحيحة لان المشرع لم يمنعها بشكل مطلق ، لكن ينبغي أن تتوفر فيها شروط الصحة المعروفة في جميع العقود

و أن تراعي أحكام القانون الأساسي ذاته و لا تعارضه .لأن هذا الأخير يسمو حقيقة على غيره من الاتفاقات الأخرى المبرمة بصدد الشركات التجارية.

لقد بيّنت الدراسة أيضا أن مظاهر الحرية التعاقدية في الشركات التجارية في تطوّر مستمر ، مادامت تلك المظاهر متعلقة كما رأينا بقيام المساهمين أو الشركاء بتضمين القانون الأساسي بنودا متنوعة تنظم مسائل تركها المشرع نفسه للإرادة. و كما تتعلق تلك المظاهر أيضا بقيام المساهمين بإبرام اتفاقات فيما بينهم توازي القانون الأساسي لكنها لا تعلق عليه ، غير أن مظاهر الحرية التعاقدية على النحو المذكور ليست مطلقة إذ تخضع إلى شروط صحة يجب توافرها. إن أهم تلك الشروط هو عدم مخالفة النظام العام ، و يفسّر مثل هذا القيد بضرورة حماية المصلحة العامة الاقتصادية داخل الدولة و كذا حماية النظام المالي القائم بين المتعاملين الاقتصاديين عامة و الشركات التجارية خاصة، و في نظر المشرع الجزائري إن القواعد القانونية الأمرة تقيّد جميع العقود التجارية بما فيها القانون الأساسي و الاتفاقات المحيطة به فلا يجوز للمساهمين مخالفة النصوص القانونية الواردة في القانون التجاري أو قانون العقود، و كذا لا يجوز مخالفة النصوص الاتفاقية المجسّدة في القانون الأساسي للشركة.

و لم يكن يسيرا أمام الفقهاء تحديد مضمون فكرة النظام العام في الشركات التجارية ، فمن ذلك عدم إيجاد معيار موضوعي من شأنه التأكيد لدى القاضي بان نصاب ما من النظام العام، و على هذا الأساس لا يمكن للقاضي أن يصل إلى طبيعة النص القانوني الأمرة أو الملزمة بشكل يقيني ، و تزداد حدة عدم اليقين إذا لم يبيّن المشرع صراحة طبيعة النص الأمرة أو المكمل. فيجد القاضي مجالا واسعا لإعمال سلطته التقديرية، و يلجأ إلى معايير تساعده على استنباط طبيعة النص ، و منها آلية البطلان و بتطبيق جزاء البطلان عند مخالفة نص قانوني فان القضاء يستدل على أن هذا النص هو نص أمر. و كذا قد يلجأ إلى معيار آخر و هو اقتران النص بعقوبات جزائية و يعد مثل هذا المعيار شديد الدلالة على وجود النظام العام في النصوص القانونية دون أن يرقى إلى أن يكون معيارا حاسما ، و على العموم تعد مثل هذه المعايير مؤشرات تساعد القاضي في تحديد طبيعة النص.

غير أن أحكام الشركات التجارية تقوم على مبادئ يرى كثير من الفقهاء أنها تنتمي إلى النظام العام لا يجوز للمساهمين تجاوزها حتى لا يؤدي ذلك إلى تشويه شكل الشركة من الناحية القانونية ، و عليه فان صحة اتفاقات المساهمين تتقيّد بهذه الحدود. و هذه المبادئ هي مبدأ تحديد المسؤولية في شركات الأموال و تطبيقا له لا يجوز للمساهمين إبرام اتفاقات توسّع من نطاق المسؤولية حول ديون الشركة. و يضاف إليه مبدأ آخر ألا و هو حرية تداول الأسهم الذي يمنح لشركة المساهمة طابعها المفتوح، و أخيرا مبدأ مراعاة الشخصية المعنوية.

إن اشتداد ظاهرة التوجيه الاقتصادي التي يمارسها المشرع في أحكام الشركات من خلال القواعد الأمرة المشكلة للنظام العام ، انبثق عنه مفاهيم جديدة كالضبط الاقتصادي و يعد هذا الأخير من أهم

مظاهر تحوّل أساليب تحرّك الدولة في المجال الاقتصادي ، حيث انتقلت الدولة من خلاله إلى الضبط بعد ما كانت تقتصر على التنظيم فقط . إن تجدد النظام العام الاقتصادي يجسّده تحول التقنيات القانونية إلى أخرى أكثر ملائمة مع المتطلبات الراهنة، و لقد أدى ظهور الضبط الاقتصادي إلى تضخّم النصوص القانونية مما انعكس عنه تغيّر بناء و تركيبة النظام العام.

كما يعد من بين الشروط المتعلقة بصحة مظاهر الحرية التعاقدية احترام مصلحة الشركة و مراعاتها عند كل اتفاق بين المساهمين . لقد اختلف الفقهاء في تحديد تصوّر دقيق لمفهوم المصلحة ، فمن الرأي الذي يرى أنها مصلحة المساهمين من حيث أنهم يريدون تحقيق أكبر قدر من الأرباح ، و رأي آخر يذهب إلى اعتبار المصلحة مصلحة المؤسسة باعتبارها شخص معنوي منظم يتبع مصالحه الخاصة . و على العموم تعد المصلحة بوصلة يلجأ إليها مسيرو الشركة فتضبط أداءهم بما يتناسب و مصلحة الشركة فتفرض عليهم تلك القواعد واجب احترام مصلحة عليا تسمو على جميع المصالح الأخرى داخل الشركة . و بتطبيق شرط مراعاة مصلحة الشركة يتمكّن القاضي من الوقوف على مدى صحة الاتفاقات المبرمة بين المساهمين.

ب/ المقترحات:

إن مسألة تعديل أحكام الشركات التجارية ليست مسألة مطروحة بشأن التشريعات المستمدة من التشريع الفرنسي إلا بعد أن ظهرت ضرورة تعديلها في هذا التشريع نفسه، إذ ترجع جذور الحاجة إلى التعديل منذ صدور قانون 1807 المتعلق بالقانون التجاري الفرنسي، إذ ظل هذا القانون وقانون 1966 يكتنفهما بعض من التردد بين تغليب الطابع التعاقدى ذو المرجعية الأنجلوسكسونية وبين الطابع النظامى ذو المرجعية الألمانية، ولقد غلب على قانون 1966 الطابع النظامى في تنظيمه للشركات التجارية.

من الثابت أن التشريع الجزائري وغيره من التشريعات كالتشريع المصري والسعودي، جاء متأثراً على حد كبير بالتشريع الفرنسي الناظم للشركات التجارية، فأصبح رهينة لما يشتمل عليه من مضامين، و عليه فإنه من الضروري أن يساهم التنظيم القانونى للشركات التجارية في تطوير هذه الأخيرة، وتوفير البيئة القانونية الملائمة، خاصة في ظل الانفتاح العالمى وحاجة الشركات الجزائرية إلى إطار قانونى يمكّنها من منافسة الشركات الأخرى، وهنا ينبغى وضع أحكام الشركات التجارية موضع التحليل والنقد وتصوير النموذج الأمثل وفقاً لما توصل إليه الفقه الحديث، نموذجاً يعطى قدراً كبيراً من الحرية التعاقدية للشركاء.

إن الحاجة إلى تعديل قانون الشركات التجارية أصبحت من المطالب الأساسية لأوساط الشركات من شركاء أو مساهمين ومهنيين، نظراً للأسباب التي جعلت من التعديل أمراً لازماً، حتى يغدو التشريع متأقلاً مع الحقائق الجديدة، وتأمين المعطيات الكافية والاعتبارات المؤدية إلى جعل تشريع الشركات يستجيب إلى متطلبات الحياة الاقتصادية.

لا ينفرد قانون الشركات التجارية لوحده بتنظيم عالم الأعمال، وإنما ينافس في ذلك تشريعات أخرى، كالتشريع البورصي، والتشريع الجبائي، وقانون المحاسبة المالية، وقانون علاقات العمل، لذا لا يمكن نفي أن هناك بعضاً من عدم التجانس فيما بينها إن لم نقل إلى حد التعارض، ويضاف إليها عدم تصدّي المشرّع إلى تعريف مفاهيم جوهرية في الشركات التجارية.

وفي سبيل إضفاء نوع من التماسك - خاصة في ظل التعديلات السابقة أو التي ستأتي لاحقاً - ينبغي على المشرّع الجزائري أن يمنح إلى أحكام الشركات التجارية إستقلالية وذاتية عن القانون التجاري ويجعلها تقنياً يسهل قراءته، أما من الناحية الواقعية فإن أحكام الشركات في القانون التجاري الجزائري مجرد أحكام معقّدة غير مستقرة، ومكثّفة، جاءت بنفس عقابي شديد يغلب عليه النظام العام مما أعاق فاعليتها، لذا لا يكفي الوقوف عند مجرد التعديل لهذه الأحكام وإنما ينبغي العمل على تحديث القانون الناظم للشركات التجارية وفق بناء جديد يأخذ في الاعتبار جميع النظريات الفقهية الحديثة، والاستناد إلى محاور كبرى يدور حولها قانون الشركات.

إن التحديث الذي أشرنا إليه لا بد أن يأخذ مدى معيّن، وهنا يشير الفقه الحديث في الشركات التجارية أن التشريعات إنقسمت في مرجعياتها النصّية، فمنها من إقتبست من النموذج الأنجلوسكسوني مرجعاً لها، بحيث يقوم هذا النموذج أساساً على التقليل من القواعد الأمرة، والانقاص من القواعد القانونية في المجالات التي يمنحها المشرّع ليونة معتبرة، ومنها من إقتبست عن النموذج الجرمانى مرجعاً لها، فالمشرّع في ظل هذا النموذج يعمد إلى إصدار تقنينات جديدة، مبنية على أسس حديثة.

والحقيقة هي أن كلا من المقاربتين قد لا يستقيم الأخذ بهما، من جهة سيظل النموذج الأنجلوسكسوني مرتبطاً ببيئة قانونية واجتماعية مختلفة، لذا لا يمكن نقلها إلى بيئة أخرى، كما أن عملية التقنين حتى وإن كانت مفيدة في فهم القانون والوصول إليه إلا أنها تظل عملية بطيئة ودقيقة لا تكفي لحل المشكلات والعوائق التي تعاني منها الشركات التجارية الجزائرية، ورغم ذلك تظل أحكام الشركات التجارية السارية سليمة من نواح كثيرة وإنما تحتاج إلى تغييرات لا ترقى إلى درجة الإصلاح الجوهرى.

إن أي تعديل في قانون الشركات التجارية يجب أن يتضمن رؤية جديدة في الدور الذي يلعبه هذا القانون في تنظيم الشركات، أخذاً بالرأي الذي يرى فيه أصحابه أن القانون علم تنظيمي [science organisationnelle]، ويجب أن يتضمن أيضاً رؤية جديدة في التوازنات الأساسية التي يرمي التعديل الجديد إلى تكريسها. كما يلمح COURET بالقول إن المسألة التي يمكن عرضها هي مدى معرفة نهاية عمليات التعديل التي يخضع لها قانون الشركات مراراً وتكراراً عند كل طلب، دون أن تطرح ولو لمرة فكرة بناء تصوّر متماسك و متكامل لمثل هذا القانون.

إن من بين الأسس الهامة إعادة النظر في مفهوم الشركة، فلما كان الفقه الكلاسيكي يرى في الشركة مجرد عقد من العقود، وأيّده في ذلك المشرّع حيث عرفها بأنها "عقد" غير أنه إبتعد عن هذه الطبيعة

العقدية في بقية المسائل التنظيمية، لأن هذا الموقف الأخير يؤدي على الاستنتاج أن الشركة هي نظام قانوني له مصلحة خاصة به تتميز عن مصالح الشركاء المؤسسين لها، باعتبارها عميل إقتصادي مستقل يتبع غايات متميزة عن الشركاء وبقية الأطراف المختلفة الداخلة في تكوينه، كالعمال والزبائن والدائنين، ولكنها مصلحة تؤول إليهم جميعا فتحقق في الأخير مصلحتهم العامة المشتركة، من خلال تحقيق الرخاء واستمرار الشركة، وإن كان ما قام به المشرع يهدف إلى تأمين السير الجيد لحياة الشركة ومن ثمة ضمان استقرار النظام الاقتصادي ككل عندما يقوم بحماية المصالح المشروعة للأجراء والبنوك، وجميع الدائنين وغيرهم وتفضيلها على مصالح المساهمين. فالمشرع إزاء هذا الوضع يبدو متردداً، فهو من جهة يعتقد أن الشركة عقد ونظام قانوني من جهة أخرى، فدفعه ذلك إلى المحافظة على فكرة المصلحة الاجتماعية للشركة، مما جعله يكثر من النصوص القانونية المنظمة للشركات بتفصيل شديد فأضفى على القانون جموداً مبالغاً فيه.

يبدو من الجلي اليوم أن هناك ضرورة في تبسيط القواعد وتليينها، القواعد المنظمة لتأسيس الشركة التجارية وحياتها، وكذا تحديد توازن جديد بين السلطات داخل الشركة، بهذا تتمكن هذه الأخيرة من إيجاد الوسائل الضرورية لتطورها، وعليه فالمشرع يجب أن يصمم أشكالاً قانونية مرنة تضمن الأمن القانوني للأجراء والدائنين والزبائن، ولا يقتصر دور المشرع على المنع فقط، وإنما عليه أن يعطي بعداً آخر للحرية والمسؤولية معاً، فهما أمران جوهران في بناء الديمقراطية وإقتصاد السوق.

وفي سبيل إحترام حقوق الغير، ينبغي على الشركاء إختيار الشكل القانوني الأكثر ملائمة لطبيعة النشاطات والمتطلبات المختلفة التي يقتضيها التعامل مع الغير، لكن قانون الشركات التجارية لا يستجيب بشكل كامل إلى مثل هذه الأهداف، بدليل أن المشرع راعى كثيراً الإعتبارات الاجتماعية والجبائية، وكذا يبدو جلياً أن الأدوات القانونية التي إعتدها المشرع قد غلب عليها الجمود، فهي تمنع الشركات فعلاً من أقلمتها وفقاً لإحتياجات الشركاء.

إن تأثير قانون الشركات لا يتوقف عند هذه الأخيرة إذا اقتصرنا على الأشكال المعروفة، وإنما يبلغ أثره المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي أصبحت تعاني حقيقة في مدى استمراريتها، وترجع عوامل عجز هذه المؤسسات عادة إلى ضعف الأموال الخاصة، وضعف التأهيل المهني لمسيّري المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وبصدد تطوير الأموال الخاصة لدى الشركات وتحفيز التمويل الذاتي، يتداول الفقهاء إمكانية إنشاء الذمة الجبائية المخصصة [Patrimoine Fiscal d'affectation]، ويقوم هذا المفهوم على الفصل بين الأرباح المستهلكة من طرف صاحب المقاوله والأرباح المتروكة لمصلحة المقاوله، ولذا ستحصر الضريبة على الدخل والتكاليف الاجتماعية في النسبة المحققة من الأرباح المقطعة من طرف صاحب المقاوله الذي يشترط فيه أن يكون مهنيّاً، ويهدف هذا التمييز إلى إنشاء تفرقة جبائية بين المؤسسة الفردية

أو المقاوله وبين الشركة ذات المسؤولية محدوده، مع العلم أن صاحب المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية محدوده يجوز له أن يختار النظام الضريبي بين الضريبة على أرباح الشركات إذا بلغ حداً معيناً من الأرباح، وهذا النوع من الضرائب يحفز عملية التمويل الذاتي خلافاً للضريبة على الدخل الإجمالي، ولقد أخذت بعض التشريعات بتطبيقات لنظرية الذمة المالية المخصصة، فأجازت إنشاء المقاوله الفرديه ذات المسؤولية محدوده (EIRL)، التي تعتبر كوسيلة لتنظيم الذمة المالية المهنية، رغم الصعوبات التي تترافق مع إنشاء هذه المقاوله من ناحية الائتمان وحماية الدائنين مقارنة مع مؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدوده.

إن قيام الشركاء باختيار شكل الشركة يجب أن يستند إلى أساس منطقي يراعي المعطيات الاقتصادية حتى يتوصل هؤلاء إلى الإطار القانوني الملائم لنشاط الشركة، وجميع أبعاده وبوادر النمو، ويقتضي الأمر أيضاً أن يمكن المشرع من خلال قواعد الشركات والقوانين المرافقة لها كقانون العمل والقانون الجبائي.

تتميز القواعد القانونية المنظمة للشركات التجارية بطغيان النصوص الأمرة إلى حد جعل منها قواعد جامدة تحيط بجميع المسائل التنظيمية للشركات خاصة جانب التسيير، وجميع الفقهاء يجمعون على أن توسعه النظام العام على حساب الحرية التعاقدية حتى وإن كان متدرجاً بحسب أشكال الشركات، إذ لا يمس النظام العام كثيراً الشركات التي يكون فيها الشركاء مسؤولون بالتضامن ودون تحديد حول ديون الشركة، ولكنه يمس بشكل كبير شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدوده التي تحتل نسبة غالبية في مجموع الشركات التجارية الموجودة في الواقع، وعليه فإن الشركاء في الشركات الغالبية يجدون أنفسهم مذعنين إلى نصوص قانونية أمره لا تسمح بالخروج عن أطرها إلا في مسائل ثانوية، فأدى هذا الجمود في النصوص إلى إبعاد القانون في ذاته عن الواقع العملي والفعلي مرتباً أثراً سيئاً.

إن القطيعة التي حدثت بين نص القانون الناظم للشركات والواقع العملي غطت عليها حالة من الغموض لدى الغير المتعامل مع الشركة، لأن الشركاء باتوا يبحثون عن حرية أكبر في مواجهة هذا القانون، فلجأوا إلى إبرام اتفاقات جانبية توازي القوانين الأساسية، وعليه وأمام هذا الوضع أصبح الظاهر لا يدل على الحقيقة، ولذا جاء قانون الشركات التجارية مانحاً للغير والمدّخرين الحق في الإعلام ما دامت أغلب مسائل حياة الشركة ينظمها الشركاء باتفاقات مستترة.

كما لا يمكن التغاضي عن الآثار التي تحدثها المنافسة الاقتصادية مع الأنظمة القانونية على المستوى الدولي، ولتمكين الشركات الجزائرية من منافسة الشركات الأخرى ينبغي أن لا يقف القانون المنظم لها عائقاً أمامها، وهذا ما تتخذه الشركات الأجنبية والمستثمرون كمعيار مهم في إختيار الدول المستهدفة من المشاريع الاستثمارية، فكما كانت تشريعات الدول المستقبلية للإستثمار بعيدة عن الجمود وتمكّن الشركات التجارية من ألقمة الأدوات القانونية لإحتياجاتها التجارية ولمتغيرات البيئة الاقتصادية. وعليه لما لا يقوم

المشرّع الجزائري بتبني أنواع جديدة من الشركات التجارية، كالشركة الفرعية المشتركة التي أثبتت جدواها على المستوى الدولي، وكذا شركات أخرى تغلب عليها حرية التعاقد والتي تكون أحكامها مبسطة. إن تعديل قانون الشركات أو تحديثه ينبغي أن يستجيب إلى اعتبارات هامة كالتبسيط وإضفاء الحرية التعاقدية، ورغم أن عملية التحديث هذه تهدف إلى التفاعل قدر الإمكان مع تطورات الشركاء، فإن التعديل مهما كان مدها قد يصطدم بتنوع الغايات والأهداف في عالم الشركات التجارية، لذا لا يتصور أن يتجاهل المشرّع ما يلهم به الواقع العملي من ممارسات مختلفة.

إن الشركة وسيلة من وسائل التعاون بين الأفراد والشراكات فيما بينهم، فالشركة التجارية تقنية يعتمدها الأشخاص لتنظيم المؤسسة، ولذا يمكن أن يؤسسها شخص وحيد أو شخصين يقسمان رأسمالها، وكذا بقية الأشكال القانونية الأخرى التي يتعدد فيها الأشخاص، والمشرّع بهذه الكيفية يعرض على الشركاء جملة من الوسائل القانونية وما على الشركاء إلا إختيار نوع منها بما يتلائم مع حكم العلاقات الناشئة بينهم، وبما ينسجم مع طبيعة النشاط وطرق التمويل، وتعد شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية محدودة أكثر الأشكال شيوعاً في الواقع العملي، وتأتي بعدها الأنواع الأخرى كشركة التضامن وشركات التوصية والشركات المدنية.

ويرجع السبب في هذا التوزيع إلى إختلاف نوع المسؤولية بين هذه الأشكال، ففي شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة تكون مسؤولية الشركاء محدودة حول ديون الشركة، لذا يغلب عليها الطابع النظامي، أما في الشركات الأخرى كشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة تكون مسؤولية الشركاء تضامنية وغير محدودة، غير أن الطابع التعاقدية يغلب عليها.

إن الشركات التجارية التي يغلب عليها الطابع التعاقدية هي الشركات الأكثر ليونة نظراً لما يجده الشركاء من حرية في التعاقد في إطارها، لذا ينبغي على المشرّع أن يستبقي هذه الأشكال لأنها قريبة من طبيعة الشركة الحقيقية ألا وهو العقد، ونذكر هنا شركة التوصية بالأسهم التي تعد شكلاً قانونياً يمنح ليونة معتبرة إلى الشركاء، كما تسمح للشركاء المؤسسين الاحتفاظ بإدارة الشركة بصفتهم شركاء متضامنين، ونذكر أيضاً شركة التضامن التي تتميز بليونة ظاهرة، وهي الشركة الأكثر استناداً إلى الإعتبار الشخصي لأنها ترتب مسؤولية تضامنية وغير محدودة، ونذكر أيضاً شركة المحاصة التي تتميز بعدم إكتسابها الشخصية المعنوية، وظهور عنصر نية المشاركة في أبلغ صورة، نظراً لبساطة هذه الشركة وليونتها، وكذا نشوئها مستترة بين أطرافها، لذا فهذا الشكل قد يتلاءم مع بعض أشكال التعاون بين المؤسسات، خاصة من أجل ممارسة الرقابة على شركة مستهدفة أو لتسيير الأموال المملوكة على الشيوع، وعليه ينبغي الإحتفاظ بهذا النوع من الشركات وبهذا القدر من الليونة، ونذكر أيضاً شركة التوصية البسيطة التي تتناسب والعلاقات القائمة بين الأشخاص المعنويين خاصة مجمعات الشركات فيما بينها وبين الفروع، ولذا فهذا النوع يتضمّن أيضاً قدراً من الليونة لأن أعضائها يمكنهم تنظيم كفاءات التسيير بكل حرية.

لقد حاول المشرع الجزائري إبراز النظام القانوني للشركات التي تلجأ علنية للإدخار ويميّزها عن الشركات المغلقة التي تضم عدداً محدوداً من الشركاء، ولكنه لم يفلح في ذلك رغم أن الفقه يولي إهتماماً كبيراً بهذا التصنيف في الشركات التجارية، لذا ينبغي على المشرع أن يضع قواعد تيسر الانتقال بين هذين النوعين، إذ تتضمن هذه القواعد الشروط المستوجبة لانتقال الشركة من رأس المال المغلق إلى الرأس المال المفتوح أو العكس، كما يمكن للمشرع أن يعمل على تعميق الفروق بين النوعين من الشركات بفرض التزامات قانونية إضافية على الشركات المسعرة أسهمها بالبورصة، كالالتزام بالإعلام والشفافية، كما يجب على المشرع أن يضع تعريفاً واضحاً ومتكاملاً لمفهوم الإدخار العلني، وعدم الاكتفاء بوضع معايير مجزأة لأن من شأن ذلك أن يكرس الأمن القانوني في عمليات اللجوء إلى الإدخار العلني. ويرى بعض الفقهاء ضرورة اعتماد المشرع لعقود الائتمان التي أثبتت جدواها وأهميتها وعقود الائتمان [La fiducie] التي تقوم على طبيعة عقدية يسهل دمجها في الأنظمة القانونية سليمة الشريعة الرومانوجرمانية.

ويتفق جميع الفقهاء اليوم على أن هناك ضرورة قصوى في التخلي عن الشكلية في نصوص القانون والإكراهات التي يخضع لها الشركاء، وتشتد الشكلية خاصة في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وإذا كان من المرغّب به لدى أوساط الفقهاء السماح للشركاء باختيار وتحديد القواعد المنظمة للشركة تحت غطاء الحرية التعاقدية، فإن هذه الأخيرة تتوقف عند حماية مصالح المتعاملين مع الشركة. ويتفق جميع الفقهاء أيضاً أن أهم شركتين مما يستوجب فيهما إضفاء كثير من الحرية التعاقدية هما الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، لقد كانت أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة تناسب المؤسسات الصغيرة خاصة العائلية منها، غير أن تلك الأحكام جعلت الشركة تقترب قليلاً من شركات الأموال، لذا فنظامها جامد لا ينسجم مع هذا النوع من المؤسسات ذات الحجم الصغير، وعليه يجب أن يراعى عند تحديث هذه الأحكام التركيز على العناصر التي تمنح لهذا النوع من الشركات رواجاً أكثر وجاذبية لدى الشركاء، وهذه العناصر تدور حول مرحلة التأسيس والتسيير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فيما يخص هذين الجانبين لقد استجاب المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 20/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدّل للقانون التجاري، في نواح عديدة، بالرجوع إلى هذا القانون نجد أن المشرع ألغى قاعدة رأس المال الأدنى القانوني، إذ كان في السابق تشترط أن تتأسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة برأسمال قدره 100000.00 دج، لذا لم يعد واجبا تشكيل رأس المال الأدنى إذ يتمتع الشركاء المؤسسون بتحديدته بحرية في القانون الأساسي ويقسم إلى حصص ذات قيمة متساوية، وكذا منح المشرع للشركاء الحرية في عدم تسديد كامل الحصص النقدية، إذ يكفي أن يدفع الشركاء خمس (5/1) الحصة، ويدفع المبلغ المتبقي على دفعة أو دفعات في أجل خمس سنوات، باستثناء الحصص العينية التي يجب أن تكتتب بالكامل عند التأسيس.

كما جاء التعديل مغيّراً من الحد الأقصى لعدد الشركاء الذي كان سابقاً عشرون شريكاً ولكن المشرّع رفعه إلى خمسين شريكاً، بالرغم من أن شرط العدد الأقصى للشركاء لم يجد الفقه تبريراً له، وكما لا تأخذ به كثير من التشريعات الأوروبية خلافاً للتشريع الفرنسي، إلا أن هناك فائدة من ورائه، إذ يسمح للشركة بالبقاء طويلاً عندما يقوم ورثة الشركاء بالانضمام إلى الشركة، فالعدد الجديد يغني الشركة عن تحويل الشكل القانوني إذا كان سببه ازدياد عدد الشركاء، كما أجاز المشرّع للشركاء تقديم حصة من عمل، على أن هذه الحصة تمنح لصاحبها الحق في الأرباح ولا يمكن أن تدخل في تشكيل رأسمال الشركة نظراً لطبيعة هذه الحصة المستعصية على التقويم والحجز.

غير أن التعديل الجديد لم يشر إلى كيفية تسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لذا ظلت خاضعة على الأحكام المعروفة، إذ يدير الشركة شخص أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين، لا يشترط أن يكون شريكاً، وفي حال تعدد المديرين يحدد عددهم في القانون الأساسي ويحدد أيضاً الصلاحيات المتعلقة بهم وكذا علاقتهم بالشركاء، غير أن المشرّع عموماً يخوّل قانوناً بالتصرف باسم الشركة ولمصلحتها متخذاً كافة الأعمال في سبيل ذلك، واقترح بعض الفقهاء هنا تخفيف أحكام عزل المشرّع فعوض أن يشترط فيه أغلبية الشركاء الممثلين لنصف رأسمال الشركة، لما لا يتم تخفيض الحكم إلى الأغلبية المعتادة على أن يكون التعيين أيضاً مشمولاً بهذه الأغلبية، وكما يقترح هنا أيضاً أن يسمح للشركاء بتسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة بنظام التسيير المزدوج القائم على المشرّع من جهة، ومجلس مراقبة من جهة أخرى. أما شركة المساهمة فالإقتراحات حولها عديدة، إذ تدور جميعها حول كفاءات تأسيس الشركة وتسييرها من جهة وبوضع المشرّعين والمساهمين من جهة أخرى.

بالرجوع إلى أحكام شركات المساهمة نجد أن المشرّع يشترط أن يتم تأسيس هذه الشركة من طرف سبعة شركاء مؤسسين، وهو من الصعب إيجاد تفسير لهذا العدد، لأنه قد يلجأ المؤسسون إلى الاستعانة بأشخاص آخرين بغية تكملة العدد دون أن تكون لديهم رغبة أصيلة في تأسيس الشركة، لذا هناك من يرى إمكانية الاستغناء عن تحديد عدد الشركاء في شركة المساهمة وجواز تأسيسها من طرف شخصين أو حتى شخص واحد أسوة بالتشريع الفرنسي الذي يجيز إنشاء شركة المساهمة المبسّطة [SAS].

كما أصبح رائجا الاقتراح الذي يرمي إلى قيام المشرّعين بجواز تأسيس شركات مساهمة ذات شخص وحيد بنفس شاكلة الشركة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، حيث ثبتت فعالية هذا الشكل القانوني في تمكين المؤسسات المقاولاتية من الدخول في الحياة القانونية واكتساب الشخصية المعنوية، غير أن مثل هذا الاقتراح يرى دائماً أن شركة المساهمة ذات الشخص الوحيد يمكن تقييدها بعدم اللجوء إلى الإدخار العلني، حتى لا يضار الغير بذلك ومنعاً لإختلاط الذمم المالية، وكذا لأن هذه الشركة إذا لجأت إلى علنية الادخار تكون أغنت نفسها عن تكاليف تغيير الشكل القانوني وهذا لا يجوز.

ويقترح في هذا السياق أن يقوم المشرع بتبسيط إجراءات إعادة الأموال إلى المكتتبين في شركة المساهمة في حال عدم تأسيسها بعد ستة أشهر من إيداع المشروع الأساسي لدى المركز الوطني للسجل التجاري، فعوض أن يلجأ المكتتبين إلى القضاء من أجل تعيين وكيل يتولى إرجاع الأموال إليهم، يمكن أن يسمح لكل مكتتب من أن يسترع أمواله لمجرد طلب بسيط مرفق ببطاقة الإكتتاب.

إن أهم المقترحات حول تحديث قانون الشركات التجارية تلك التي تدور حول الاعتراف الموسع بالاتفاقات التي يبرمها المساهمون بالموازاة مع القانون الأساسي، إذ تتضمن هذه الاتفاقات الجانبية مسائل تتعلق بحياة الشركة، وبهذا يعترف المشرع بجواب من الحقيقة التي تسيّر بها الشركات التجارية.

إن إقرار المشرع باتفاقات المساهمين [Pactes d'actionnaires] يدفع بهذه الاتفاقات ويساعد على تطويرها، وكذا يمنح للشركاء رصيماً كافياً من الحرية التعاقدية، وما يستتبع ذلك من تفعيل آلية العقد في ظل قانون الشركات.

إن أهم الاتفاقات المبرمة بين المساهمين هي اتفاقات التصويت التي ما فتئت تثير إهتمام الفقهاء، وهي اتفاقات لها غايات متعددة، كمارسة الرقابة في حال تساوي مساهمات الشركاء، ففي الحال هذه يلجأ هؤلاء إلى تنظيم التصويت بمقتضى الاتفاق حتى تستمر حياة الشركة، أو إبرامها في ظل الشركات التي يغلب عليها الطابع العائلي، الاتفاق على توزيع المناصب في أجهزة الإدارة، ولجوء المسير إلى اتفاقات التصويت في حال فقده الرقابة على الشركة، كما يلجأ إلى إتفاقات التصويت مساهمو الأقلية لحماية مصالحهم.

لا يوجد نص في أحكام الشركات التجارية يفهم من تأويله أن اتفاقات المساهمين باطلة، حتى أن المادة 814 الفقرة الثالثة منها التي يستند إليها البعض في القول بالبطالان، لا يستقيم هنا لأن النص يشير إلى حالة الاتجار بحق التصويت [Trafic de surfage]، حيث عرفت الاتجار به بالحصول على منح أو ضمانات أو مزايا الاستفادة من التصويت في اتجاه معين أو عدم المشاركة في الجمعية العامة في شركة المساهمة، وبخلاف هذا النص هناك نصوص أخرى تشير صراحة إلى صحة اتفاقات التصويت في حالات محددة، كنص المادة 731 من القانون التجاري الذي يجيز إبرام اتفاق يمنح الأغلبية في حقوق التصويت شريطة أن لا يكون مخالفاً لمصلحة الشركة، وكذا المادة 65 مكرر 2 من المرسوم 10/93 المنظم لبورصة القيم المنقولة التي تنص على الاعتراف بالتصرف بمعية الغير [Action de concert] وهذا التصرف ما هو في الحقيقة إلا اتفاق القصد منه إمتلاك حقوق التصويت أو بيعها من أجل تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة، إذن فاتفاقات التصويت تخضع للحرية التعاقدية بحيث لا يوجد أي نص قانوني في أحكام الشركات يعترض وجودها مباشرة.

إن موقف المشرع إزاء اتفاقات التصويت ظل يغلب عليه التردد، وهو ما دفع بالفقه إلى الانقسام تزامناً مع عدم تصدي القضاء بشكل حاسم إلى مسألة صحة اتفاقات التصويت، إذ لا يوجد قرار مبدئي

لمحكمة النقض الفرنسية، فالقضاء في هذه الحال يستند دائماً إلى فكرة مصلحة الشركة حتى يتسنى له البت في صحة الاتفاق أو عدمه، دون أن يؤدي عمله ذلك إلى إنشاء قاعدة عامة في هذه المسألة، وعليه فإن المقترحات التي ترى في ضرورة قيام المشرّح بتوضيح الموقف الصريح تجاه اتفاقات التصويت مبررة، لأن موقف المشرّح ينطوي على إضعاف للأمن القانوني، وكذا التغاضي عن فائدة اتفاقات التصويت من الناحية العملية التي تسمح في الغالب للشركاء بلورة مشروع الشركة على أسس محددة، مما يمنحها فرصة للبقاء والإستمرار.

غير أن الاعتراف باتفاقات التصويت لا يمكن أن يكون على إطلاقه، فبداية يجب أن يقتصر الاعتراف فقط باتفاقات التصويت المرتبطة باستعمال حق التصويت، فلا يمكن أن يشمل الاعتراف باتفاقات التصويت المتعلقة بالتمتع به والتي يهدف من ورائها المساهمون حرمان البعض من هذا الحق، فمثل هذه الاتفاقات باطلة وذلك لأن حق التصويت حق من النظام العام، إذن فاستعمال حق التصويت هو الذي يمكن أن يكون محلاً لاتفاقات المساهمين، كما تعد باطلة الاتفاقات التي تخالف أحكاماً من النظام العام صراحة وكذا الاتفاقات التي تخالف مصلحة الشركة، كأن يتعهد أحد المساهمين بعدم التصويت لصالح تعديل في القانون الأساسي أو أن يمتنع على معارضته، وعليه لا يمكن للمساهم أن يلتزم بمقتضى اتفاق يتضمن تعليمات حول التصويت صادرة عن إدارة الشركة.

كما تعد من بين الاتفاقات المبرمة بين المساهمين، اتفاقات التنازل عن الأسهم ويرتبط بها من اتفاقات واشتراطات عقدية أخرى، ونذكر هنا شروط التفصيل وشروط الشفعة التي تشغل مكاناً هاماً من بين ممارسات الواقع العملي لدى المساهمين، إضافة إلى أنها من الوسائل القانونية التي وجد فيها المساهمين الليونة العقدية المناسبة، تتضمن هذه الشروط التعاقدية بنوداً تفضيلية عند إتمام عقد التنازل عن الأسهم، تقضي هذه البنود بتمكين المستفيد من الشروط حق التفصيل عند البيع أو حق الشفعة عند الشراء، وبخلاف اتفاقات التصويت لا تثير اتفاقات التنازل أو الشروط المرتبطة بها أي إشكالات قانونية بشأن صحتها، سواء من حيث قانون العقود أو قانون الشركات أو القانون البورصي، ويبقى ضعف هذه الممارسات التعاقدية هو الإشكال الوحيد، إذ لا تكفي أحكام تنفيذ الالتزامات وفقاً للقواعد العامة لتنفيذها، ففي حال إخلال الطرف المدين في هذه الشروط لا يجد الدائن فيها الأدوات القانونية الخاصة التي تكفل له التنفيذ، لذا ينبغي في حال إعراف المشرّح باتفاقات المساهمين بشكل عام أن يهيئ لها نظاماً يكفل تنفيذها، من خلال إدراج الجزاءات المناسبة عند الإخلال بالالتزامات الواردة فيها، وعدم الاكتفاء بالجزاءات المدنية المعروفة المتمثلة في ترتيب المسؤولية العقدية والحكم بالتعويض، وكذا تمكين الغير من العلم بها خاصة في الشركات غير المدرجة في بورصة القيم المنقولة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب

- 1- فتيحة يوسف، أحكام الشركات التجارية وفقاً للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، الطبعة الثانية، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2007
- 2- فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 2000
- 3- عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دت
- 4- عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة، دار الفكر الجامعي، دت، دم
- 5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي، بيروت دت
- 6- عبد السلام محمد البلوشي، بوصلة الشركة: محاولة لتحديد المصلحة التي تبتغيها الشركة (دراسة قانونية مقارنة)، دراسات استراتيجية، العدد 186، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، طبعة 1، ابوظبي 2013،
- 7- علي البارودي، القانون التجاري؛ الاعمال التجارية و التجار— الشركات التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1993،
- 8- علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001،
- 9- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية: النظرية المعاصرة، دار هومه، الجزائر، 2007
- 10- غادة أحمد عيسى، الإتفاقات بين المساهمين في شركات المساهمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2008
- 11- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث،
- 12- مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي: عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012،
- 13- نعيم مغيب، قانون الاعمال: دراسة في القانون المقارن، لبنان 2000
- 14- وجدي سليمان حاطوم، دور المصلحة الاجتماعية في حماية الشركات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007

ب- المقالات و المحاضرات

- 1- بريش السعيد، رأسمال المخاطر بديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر دراسة حالة شركة SOFINANCE، مجلة الباحث، عدد 05 لسنة 2007
- 2- عمر فلاح الوطين، مركز الشريك في الشركة المهنية في ظل التشريعات الأردنية، دراسة مقارنة، مجلة المنارة، المجلد 17، العدد 3، سنة 2011
- 3- محمد زرقون، العرض العمومي في البورصة وأثره على الأداء المالي للمؤسسات الاقتصادية، دراسة حالة مؤسسات اقتصادية مدرجة في بورصة الجزائر، مجلة الباحث، العدد 12، سنة 2013

ج- المذكرات و الرسائل الجامعية

- 1- آيت مولود فاتح، حماية الإدخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012
- 2- بالطيب محمد البشير، القيمة الائتمانية لرأسمال شركات المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة عنابة، 2008
- 3- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2012
- 4- حمليل نواره، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، دت،

د- القرارات القضائية

- قرار بتاريخ 2009/05/06 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2012، ص 239.
- القرار رقم 90792 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/06/07 ، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1993، ص 114.

A- traités et ouvrages généraux

- 1-ALLAND (D), RIALS (S), dictionnaire de la culture juridique, 1er éd, Quadrige, PUF, Paris, 2003
- 2-BERGEL (J-L) , Méthodologie juridique, Puf, Paris 2001,
- 3-CORNU (G), Droit civil : introduction au droit, 13^{ème} éd, Montchrestien, Paris 2007
- 4-DEJUGLART (M.) , IPPOLITO (B), Traité de droit commercial, Les sociétés, vol. 2, 2e partie, Montchrestien, paris 1999
- 5-FOUILLE (A), la science sociale nouvelle, 2^{ème} éd, Hachette et CIE, 1885,
- 6-GHESTIN (J), traité de droit civil: le contrat,. LGDJ ,paris 1980
- 7-GIFFARD (A), VILLERS (R), Droit romain, 4^{ème} éd, Dalloz 1976
- 8-GIRAUD (Ch), Recherche sur le droit de propriété chez les romains, Tome 1, AUBIN, Paris 1838
- 9-GUIHO (P), PEYRARD (G), Droit civil : Les obligations, Tome 1, 3eme éd, L'HERMES, Paris 1991,
- 10-KORICHE (M N), Droit du travail : les transformation du droit Algérien du travail entre statut et contrat, tome1, OPU, Alger, 2009
- 11-LANORE (Y B),LARRIBEAU TERNYER (V), Droit civil : les obligations, 13eme éd, Sirey, paris 2012,
- 12-MARTY)G(, P- RAYNAUD, introduction générale à l'étude du droit, Sirey, Paris 1972
- 13-MARTY Mireille (D), GUIDICELLI DELAGE (G), Droit pénal des affaires, PUF, Paris
- 14-RIPERT (G) , ROBLOT (R),traité de droit commercial , t1, 17^{ème}éd (par M-GERMAIN et L-VOGEL)
- 15-ROBERT (P), dictionnaire de la langue française, 1996
- 16-ROCHFELD (J), cause et type de contrat, LGDJ, Paris, 1999, p 147
- 17-ROLAND (H), BOYER (L), Locutions latines et adages du droit Français contemporain, éd L'Hermès, 1979
- 18-ROLAND (H), BOYER (L), Introduction au droit, Litec Paris 2003
- 19-SERIAUX, Droit des obligations, 2ème éd, Puf, 1998,
- 20-TERRE (F) , Introduction générale au droit, 9eme éd, Dalloz, Paris, 2012
- 21-VEDEL (G), Droit administratif, 7eme éd, Thémis, paris 1981.,

B- ouvrages spéciaux

- 1-ALARY (R S), rapport sur le secret des affaires en droit français, Travaux de l'association H- Capitant, Paris 1974
- 2-BOURASSIN (M), BREMOND (V),- JOBARD- BACHELLIER (M), Droit des sûretés, 3^{ème} éd, SIREY, Paris 2007,
- 3-CAEN (C-L) , Renault, Traité de droit commercial, T2, 5^{ème} , éd LGDJ, Paris, 1926
- 4-CAPITANT (H), Vocabulaire juridique, sous la direction de G-CORNU, PUF, paris 1987, V^o clause réputée non écrite
- 5-CAUSSAIN (J J), Le gouvernement d'entreprise : Le pouvoir rendu aux actionnaires, CREDA, Litec, Paris, 2005, p2
- 6-CHARVERIAT (A), COURET (A), ZABALA (B), Sociétés commerciales, Mémento pratique, Francis LEFEBVRE, Paris 2015
- 7-CHAVERIAT (A), Mémento pratique, Francis Lefebvre, 2008,
- 8-CHAVRIN (R), l'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, Harmattan, paris 2002
- 9-CHRTIER (Y), MESTRE (J), Les sociétés, Les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, paris 1988
- 10-CONSO (P), La gestion financière de l'entreprise, 7^{ème} éd, Dunod,
- 11-CORDONNIER (G B), Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, Litec EFE, Paris 1992
- 12-CORNU (G), vocabulaire juridique, PUF,
- 13-COURET (A), MARTIN (D), la société holding, Que sais-je, 1991
- 14-COURTOIS (Y), Introduction à l'évaluation des entreprises et du private equity, Wolters Kluwer, Belgique, 2014
- 15-COZAIN (M), VIANDIER (A),Droit des sociétés, 11eme, LITEC,paris 1998
- 16-DAIGER (J-J), SENTILLES DUPONT (M), Pactes d'actionnaires, Joly sociétés traité, série A, 1995
- 17-DEJUGLART (M), IPPOLITO (B), traité de droit commercial, les sociétés, 2eme vol, 3eme éd,1982,Montchrestien, n°388
- 18-DELPECH (X), Société à responsabilité limité SARL : Création, gestion, évolution, 27 eme éditions, DELMA , paris 2012
- 19-DESPAX (M),L'entreprise et le droit, LGDJ, Paris, 1957,
- 20-DEVEZE (J), COURET (A), HIRIGOYEN (G), Lamy droit du financement, Lamy 2001

- 21-DEXANT- DE BAILLIENCOURT (O), Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Dalloz, Paris 2012,
- 22-DIDIER (P), Droit commercial, 3^{ème} éd, Puf, T2, Paris 1999
- 23-DIDIER (Ph)-, La représentation en droit privé, LGDJ, Paris 2000.
- 24-DOM J- (P), Les montages en droit des sociétés : aspects en droit interne, éd GLN, Joly, pratique des affaires, 1998
- 25-DOM (J Ph), Les montages en droit des sociétés, GLN Joly éditions, paris 1998
- 26-DONDERO (B), Droit des sociétés , 2emeédition, DALLOZ, Paris 2011
- 27-DOURDOU (C P), La règle supplétive, LGDJ, Paris 2004,
- 28-ESCARA (J), Cours de droit commercial, paris 1952
- 29-ESCARRA (J), ESCARRA (E), RALT (J), Traité théorique et pratique de droit commercial : Les sociétés commerciales, T1, Sirey, Paris 1955
- 30-FARJAT (G), Droit économique, PUF, Paris, 1982,
- 31-GERMAIN (M), Les sociétés commerciales, Tome 1, volume 2, LGDJ, Paris 2009
- 32-GHESTIN (J), traité de droit civil : le contrat, 1980,n°224
- 33-GIBIRILA (D), Le dirigeant de société : Statut juridique, social et fiscal, Litec 1995.
- 34-GODON (L), Les obligations des associés, Economica, paris 1999
- 35-GOURLAY (P-G), Le conseil d'administration de la société anonyme, Sirey, paris 1971
- 36-GUINCHARD (S), DEBARD (Th), lexiques des termes juridique, 21^{ème}éd, DALLOZ, paris 2013
- 37-GUYON (Y) ,Traité de contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, 3^{ème} éd, LGDJ, paris 1997
- 38-GUYON (Y), Les sociétés : Aménagements statutaire et conventions entre associés, Traité des contrats, 3^{ème}ed, LGDJ, DELTA, Paris 2003,
- 39-HEMARD (J), MABILAT (P), TERRE (F), Sociétés commerciales, t1,paris 1978.
- 40-HOUPIN (C) , BOSVIEAX (H), Traité général, Théorique et pratique des sociétés, 7^{ème} éd, T2 , paris 1935
- 41-JEANTIN (M), le droit des société, Montchrestien, paris 1989,
- 42-LECANNU (P), droit des sociétés .2^{ème} éd ,Montchrestien , paris 2003
- 43-LEFEBVRE (T), La société anonyme au XIXe siècle: Du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste ,PUF, paris 1992,
- 44-MAGHNIER (V), la gouvernance des sociétés cotées face à la crise ; pour une meilleure protection de l'intérêt social, LGDJ, paris 2010 ,
- 45-MALAUURIE (Ph) , AYNES (L) , cours de droit civil : les obligations, CUJAS, 1986,

- 46-MARTIN (A), NOURISSAT (C), La loi applicable aux divorces internationaux d'entreprises, Litec, Paris, 2004
- 47-MEADEL (J), Les marchés financiers et l'ordre public, LGDJ, Paris 2007
- 48-MEKKI (M), L'intérêt général et le contrat, LGDJ, Paris, 2004
- 49-MENDOZA (A), les noms de l'entreprise, .PUAM, paris 2003,
- 50-MENJUCQ (M), droit international des sociétés , Domat , 2002
- 51-MERCADAL (B), JANIN (Ph), Mémento pratique, Francis Lefèvre 2003,
- 52-MERCADAL (B), JEANTIN (Ph), Mémento pratique société commerciales, 46^{ème} éd, Francis LEFEBVRE , 2015
- 53-MERCADEL (B) , JANIN (P), Mémentos des sociétés commerciales, François Lefebvre, paris 1994
- 54-MERCADEL (B), JANIN (Ph), mémento sociétés commerciales, français Lefebvre, paris 2004
- 55-MESTRE (J), VELARDOCCHIO (D), Lamy sociétés commerciales, Editions Lamy, 2014.
- 56-MICHOUD (L), La théorie de la personnalité morale et son application au droit Français, 3eme éd, LGDJ, Paris 1932
- 57-MONSALLIER (M - Ch), l'aménagement contractuelle du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, paris 1998,
- 58-MOREAU DEFARGE (P), La gouvernance, Que sais- je ? PUF, 2003
- 59-MOULIN (J M), Droit de l'ingénierie financière, 4eme éd, Goulino 2, Paris 2013
- 60-MOISSERON (P), Les conventions sociétaires, LGDJ, Paris 2010,
- 61-MOUTHIEU (M A), L'intérêt social en droit des sociétés, L'harmattan, Paris 2009,
- 62-MULLER (A C), Droit des marché financier et droit de contrats, Economica 2007
- 63-PAILLUSEAU (J), La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise, LGDJ,
- 64-PAILLUSSEAU (J), La société anonyme, Technique juridique d'organisation de l'entreprise, Sirey, Paris 1970,
- 65-PAOLI- GAGIN (V), De LALANDE (V), Le capital-risque, 2^{ème} éd, Gualino, Paris 2003
- 66-PIRONON (V), les joints ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale, Dalloz, paris 2004
- 67-PRAT (S), Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeur mobiliers, Litec, paris 1992
- 68-PRIETO (C), La société contractante, PUAM, Marseille 1994

- 69-RAIMBOURG (Ph), BOIZARD (M), ingénierie financière, fiscale et juridique, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2009
- 70-REINHARD (Y), La holding familial, Déferions, 2001,
- 71-Ripert (G), L'ordre économique et liberté, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Sirey, Paris 1934,
- 72-SABINE (D- D), capital social, Economica, paris 1989
- 73-SAINT-AMAND (P-J),SOREAU (P-A), Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil, Francis LEFEBVRE, paris 2006
- 74- SAINT-AMAND (P-J),SOREAU (P-A), Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil, Francis LEFEBVRE, Paris 2008
- 75-SCHILLER (S) , Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, LGDJ, Paris, 2002,
- 76-SCHILLER (S), Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Rep sociétés, Dalloz, 2009
- 77-SCHMIDT (D), Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, édition Joly, Paris 1999
- 78-SCHMIDT (J), Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, paris 1982
- 79-SERRA (Y), La non concurrence en matière commercial, Société et civile, Droit usuel , Dalloz, paris1999
- 80-SION (M), Gérer la trésorerie et la relation bancaire, 6^{ème} éd, Dunod, Paris 2015.
- 81-STEPHANY (E), La relation capital-risque/ PME ; Fondements et pratiques, de Boeck, Bruxelles, 2003,
- 82- TERRE (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y), droit civil ;les obligations,8^{ème}éd, Dalloz, paris 2002
- 83-TERRE (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y), Droit civil : les obligations, 10^{ème}éd, DALLOZ, Paris 2009
- 84-TILQUIN (Th), SIMONART Valérie, Traité des sociétés, t 3, Kluwer, Belge 1997
- 85-TUNC (A) , Le droit anglais des sociétés anonymes , DALLOZ , Paris 1987
- 86-VELARDOCCHIO FLORES (D), Les accords extra statutaires entre associés, PUAM, Marseille 1993
- 87-VIANDIER (A), La notion d'associé, LGDJ , Paris, 1978
- 88-VINCENT (J), GUINCHARD (S), Procédure civile, 25^{ème} éd, DALLOZ, Paris, 1999
- 89-VINEY (G), Traité de droit civil : la responsabilité, Litec, 1982

C- articles et répertoires

- 1-ADOM (K), La révocation des dirigeants des sociétés commerciales, Rev soc, 1998, p 488
- 2-ALFANDARI (E), le contrôle des clauses pénales par le juge, JCP, 1971, I, 2395.
- 3-ALIBERT (B), La pluralité de gérant dans les sociétés à responsabilité limitée, Rev soc, 1975
- 4-AMSELLEM (M), Distinction entre le prêt et la convention de portage, RJDA 2007, p 428.
- 5-ANCEL (P), force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTDciv,1999
- 6-AUCKENTHALER (F), Les transferts temporaires de titres, RJDA 1993, p 243
- 7-AYNES (L), usufruit ,droit d'usage, Rev soc 1999
- 8-AYNES (L), Qu' est-ce qu' un actionnaire ? usufruit et droit d'usage des actions de sociétés ,Rev soc 1999
- 9-BABADJANG (B), Réflexions sur les conventions de portage, les petites affiches, 19 janvier, n° :14.
- 10-BAFFROY (G), Les clauses de révision de prix et de complément de prix dans les cessions de valeurs mobilières, JCP, éd, N 1997, Prat 391.
- 11-BAILLOD (R), Le juste motifs de révocation des dirigeants sociaux, RTD com 1983, p 395.
- 12-BAILLOD (R), à propos des clauses réputée non écrite, in Mélanges à Louis BOYER, Toulouse, presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p16.
- 13-BAJ (C), La cessibilité du droit de vote, cah, dr, entr 1996,
- 14-BARRIERE (F), ordre public et impérativité ;observations en droit pénal des sociétés anonyme, Rev soc, 2007, p714.
- 15-BASTIAN (D), La réforme des sociétés commerciales, JCP 1967. I. 2121, n° : 138
- 16-BEAUCHESNE (G), Les clauses de garantie de passif dans les cessions de droits sociaux, Rev soc 1980, p27
- 17-BEDER (P), registre du commerce et des sociétés, Répertoire des Sociétés, Dalloz, janvier 2011.
- 18-BEDER (P), publicité Légale, Répertoire de droit des sociétés , juin 2012 , Dalloz
- 19-BENET (A), indemnité d'immobilisation dédit et clause pénale , JCP, 1987, I, 3274.
- 20-BERMOND (J),DE VAULX (M), Les parts sociales privilégiées, JCP, éd. E.I. p 521.
- 21-BERTEL (J- P), Analyse des conventions de portage, Dr et Patrimoine, sept 1995, p38.
- 22-BERTEL (J-P), Ingénierie juridique : comment dissocier le pouvoir et la détention du capital dans une société, Dr et Pat, septembre 2001, p34

- 23-BERTEL (J-P), L'intérêt social : La position de la doctrine sur l'intérêt social, droit et patrimoine 1997, N° : 50, p 43.
- 24-BERTEL (J-P), BERTEL M-, L'earn out, Dr et Patr, novembre 2008, p44.
- 25-BERTEL (J-P), JEANTIN Michel, Le portage d'actions, RJDA 1991, p683.
- 26-BEZARD (P), connaissance de l'actionnariat, RJ com 1990, n° spéciale, p16
- 27-BEZARD (P), Le changement de contrôle de la société cotée, RJ com. N° spécial. Nov 1988,
- 28-BEZARD (P), Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation, Rev soc 2000,p 56.
- 29-BIBIRILA (D), Sociétés en nom collectif , Répertoire des sociétés, décembre 2012 , Dalloz,
- 30-BISSARA (Ph), L'inadaptation du droit français des sociétés commerciales aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Rev soc, 1990
- 31-BISSARA (Ph), Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, Rev soc, 2004
- 32-BOCCARA (B), la réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP, 1975,I,2742
- 33-BOIZARD (M), L'abus de minorité, Rev soc 1988, p365
- 34-BONNARD (J), L'influence des principes généraux du droit des contrats en matières de pactes d'associés, in prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN, Dalloz 1999
- 35-BONNEAU (T), le règlement intérieur de la société, Dr. Sociétés, fév 1994
- 36-BORE. (J), un centenaire :le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes, RTD civ,1972
- 37-BOUGRINE (A), LEGOUT (A- L), organisation des relations entre associés, journal des sociétés 2008, n° : 51, p42.
- 38-BOUGNOUX (A), sociétés anonymes ; augmentation de capital, J- CL, Fasc 73, 1999, p3.
- 39-BOURMALEAU (Ph), Les clauses earn out, Lamy Droit du financement, Dossier earn out in Fusions et Acquisitions, juill 1999, p19.
- 40-BOURGEOIS (M), La protection juridique de l'information confidentielle économique, RIDC 1988, p113.
- 41-BOYER (L), contrats et conventions, Répertoire de droit civil ; aoute 1993
- 42-BROCHIER (E), L'exécution en nature de pactes entre actionnaires : observations d'un praticien, Revue de contrats, 2005, numéro spécial

- 43-BRUNSWICK (Ph), SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaire extra-stataires ?. D 2000, Chron, n°39, p595
- 44-BUBOUT (H), les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprise, Bull joly 1992
- 45-BURDEAU (M-G)., Pouvoir politique et pouvoir financier, Essai de systématisation de leurs relations, in Mélanges DABIN, 1963, p 33.
- 46-BUREAU (D), Remarques sur la codification du droit de la consommation. D 1994, Chron,
- 47-CALUO (J), la pratique internationale des joints ventures, petites affiches, 16 mars 1990
- 48-CAPORALE (F), société et indivision, Rev soc 1979
- 49-CARCREFF (P), Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes, Gazette de palais 1975, 1, 145.
- 50-CARREAU (D), LETREGUILLY (H), Offres publiques (OPA, OPE, OPR), Rep sociétés, DALLOZ, 2007
- 51-CARREAUX (D) , TREUHOLD R-, privatisation, droit boursier et pratique des marchés, Rev soc 1994
- 52-CAUSSAIN (J- J), GERMAIN M-, Pratiques des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées , JCP. Ed E1987. II, 14915, n°13, p210.
- 53-CAUSSAIN (J-J), La précarité de la fonction de mandataire social, Bull Joly, 1993, p523.
- 54-CAUSSE (H), Prête de titres et titres de créance négociables, JCP, 1992 éd E, 125.
- 55-CAUSSE (H), principe et logique de la dématérialisation, JCP 1992, éd E , p194.
- 56-CHAMPAUD (Cl), Augmentation du capital, compensation avec le solde créditeur d'un compte courant d'associé, RTD com, 1994
- 57-CHAPUT (Y) , , La liberté et statuts, Rev soc 1989,
- 58-CHAPUT (Y), Objet social, Répertoire sociétés Dalloz , avril 2005
- 59-CHERCHOUL (Y) ,SICARD (F), Les pactes d'actionnaires, RJ com, 1990, n° : 1, p49.
- 60-CIMAMONTI (S), L'ordre public et le droit pénal, in l'ordre public à la fin du XXe siècle, Paris 1996, p 89.
- 61-COHEN (D), Les conventions de vote, in Liber amicorum Christian LERROUMET, Economica, 2010, p97.
- 62-COHEN (D), du choix des critères d'évaluation d'une conception du droit, in Mesurer l'efficacité économique du droit, LGDJ, Paris 2005, p97
- 63-CONAC (P-H), La distinction des sociétés cotées et non cotées, Rev soc 2005, p 67

64-CONSTANTIN (A), Réflexions sur la validité des conventions de vote, Etudes offertes à Jacque GHESTIN, in Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2014, p259.

65-CORDONIER (B), Les aspects juridiques de la prise de participation en capital-risque, Banque et droit, mars avril 1990,

66-CORLAY (P), La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles, RTD com, 1981, p 233.

67-COTTEREAU (V), La clause réputée non écrite, JCP éd G, 1993, I, 3691, n° : 12.

68-COURET (A), Clause d'agrément : L'article 276 de la loi du 24 juillet 1966 est-il applicable sur le marché libre OTC ?. RJDA 1997,

69-COURET (A), l'intérêt social, JCP. E. 1996, Cah. Dr. ent, p1.

70-COURET (A), Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux, Bull Joly, 2001.

71-COURET (A), Le gouvernement d'entreprise, La corporate governance, D1995, p 163.

72-COURET (A), Le prêt de titre consenti par une société à un futur administrateur d'une filiale, Bull Joly 2000, p 477.

73-COURET (A), Le prix du contrôle d'une société anonyme, Bull Joly 1986, p167

74-COURET (A), Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, Rev soc 1984, p243

75-COURET (A), régulation financière, sociétés cotées et sociétés non cotées, in droit de la régulation : questions d'actualité, Petits affiches, 3juin 2002, n° : 110, p 29.

76-DAIGRE (J- J), Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du code civil, Bull Joly 1996, p789.

77-DAIGRE (J-J), Transformer les sociétés, in De nouveaux espaces à la liberté contractuelle, JCP éd E 1995, cah.dr.ent. n° :2, p16

78-DAIGRE (J- J), Pactes d'actionnaires et capital-risque typologie et appréciation, Bull Joly , Chron, p157.

79-DAIGRE (J-J), de l'action de concert, Après la décision du CMF du 13 novembre 1998, JCP éd E, 24 mars 1999, n° : 12, p568

80-DAIGRE (J-J), La perte de la qualité d'actionnaire, Rev soc 1999,

81-DANET (D), cession de droits sociaux, informations préalable ou garantie des vices, RTD com, 1992, p 315.

82-DARIOSECQ (S), METIAS (N), Les clause d'exclusion solution à la mésentente entre associé, Bul Joly, 1998,

83-DECOQ (G), Proposition de loi relative aux pactes d'actionnaires présentée par le sénateur Philippe MARINI, Actes pratiques, Dr soc, 1997, p3.

84-DE KERCHOVE (V), La doctrine de sens clair des textes et la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique, in L'interprétation en droit, Bruxelles. Publ Fac. Université Saint Louis, 1978

85-DE VAULX (B). L'exclusion d'un associé ,Dr des sociétés 1996, chr,

86-DE VENDEUIL (P), peut- il exister au sein de la SARL un système de dévolution de la gérance ? JCP, 1996

87-DECAUX (E), L'application des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé, Revue internationale de droit comparé, 2002, p 249.

88-DELEBECQUE (Ph), Administrateur, répertoire des sociétés, Dalloz, sociétés, janvier 2003.

89-DELEBECQUE (Ph), PANSIER Frédéric Jérôme, conseil d'administration, , répertoire de droit des sociétés, Dalloz 2013

90-DELPECH (X), compte courant d'associé, Rep société, Dalloz 2009,

91-DESLANDES (M), Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, D 1982, p19.

92-DIDIER (P), MARTEAU- PETIT Mireille, Prime d'émission, Répertoire des sociétés, DALLOZ, janvier 1993, p2.

93-DIDIER (Ph), Rapport pénal sur le comité d'audit, Rev soc 2010,

94-DIONE (B), l'ajustement de valorisation dans les opérations de capital –investissement, RJDA 2006, p1017

95-DONAT J. (A), Clause de non concurrence et cession de droits sociaux, Droit des sociétés 1989, Chron 1.

96-DONDERO (B), la lettre d'intention : une ambiguïté assumée, de effets inattendus, Recueil Dalloz,2012

97-DONDERO (B), Le pacte d'actionnaires signé par la société, Rev soc 2011, p 535

98-DREYFUS (N) et MOREIRA (C), le dirigeant de société face à la marque ,D 2003,chron.

99-DU MARAIS (B), Attractivité économique du droit : Le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? Dr et patr, Mai 2008, p 41.

100-DUBOUT (H), La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition, Bull Joly, p892.

101-DUBOUT (H), les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires, Bull joly 1997, p5.

102-DUMOULIN (L), Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev soc, 2006

103-DURAND – LEPINE (C),L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, petites Affiches, 24 juillet 1995.

- 104-ELAHAB (J), Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : Approches pluridisciplinaires et comparée, Rev soc 2004, p18.
- 105-ELINEAU (R), Franchissement de seuils, juriscasseur, société traite, 2009, Fascicule 2131
- 106-ENGEL (P), TROUSSIÈRE (P), Création de catégories d'actions et Stipulations d'avantages particuliers, JCP 1996, éd E.I,
- 107-FEDIDA J-M-, L'abus de biens sociaux, présentation générale, Gaz Pal, 13 aout 1996,p910
- 108-FERRET J- P. PRIEUR J-. GIRAY M-, Pactes familial et transmission d'entreprises, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 1992/6, p2
- 109-FERRY (C), BIGNON (J-C), Les opérations de pensions, JCP éd, E, 1994, I, 389.
- 110-FLEURIET (M), les Filiales communes : le choix d'une forme juridique, JCP, 1979, I,
- 111-FLEURIOT (P), l'impact de l'institutionnalisation de l'actionnariat sur la performance industrielle, Bull, COB, févr 1995.
- 112-FLOUR (Y), la qualité d'actionnaires et l'indivision, Rev soc 1999,
- 113-FLOUR (Y), Qu' est-ce qu' un actionnaires : L'état d'actionnaires et les concours de droits réels , la qualité et l'indivision , Rev soc 1999,
- 114-FOYER (J), Réflexions d'un ancien législateur sur le droit des sociétés : Réforme sur réforme vaut, in Mélange CABRILLAC (M), Litec, Paris 1999, p 575.
- 115-FRANCOIS (B), dénomination social, Rèp sociétés, DALLOZ. 2013
- 116-FREYRA (C), Le prix de vente symbolique, D1997, Chr 51, p 55.
- 117-FREYRIA (C), réflexions sur la garantie conventionnelles dans les actes de cession de droits sociaux, JCP 1992, I, 3600.
- 118-FREYRIA (Ch), La personnalité morale à la dérive, in Mélange offert à A- BRETON et à F- DERRIDA, 1999, p 121.
- 119-FRISON ROCHE (M-A), Les différents définitions de la régulation, Petits affiches, 10 juillet 1998, n° : 82, p 5.
- 120-FRISON ROCHE (M-A), L'indétermination du prix, RTD com 1992, p 269
- 121-FRISON ROCHE (M-A), Le droit de la régulation, D 2001 , chron , n° :7, p 612
- 122-FRISON ROCHE (M-A), Régulation et droit des sociétés, de l'article 1832 du code civil à la protection du marché de l'inversement, in liber amicorum, in Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, p 257.
- 123-GALIA- BEAUCHESNE (A), Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales, Rev soc, 1980, p 27.

- 124-GALLAND (M), Marchés financiers ; Fonctionnement, répertoire sociétés, DALLOZ, octobre 2010,
- 125-GARRIGUES (B), La contre prestation du franc symbolique, RTD civ 1991, p459
- 126-GAUDEMET (A), L'opposabilité et la transmission des obligations, in actes de colloque : Pactes d'associé ou clause statutaire : quelle choix pour l'entreprise sociétaire ? Actes du colloque national, DJCE,
- 127-GAUVIN (A), Le gérant de la société en participation, Gaz Pal, 5 juin 1998, p 02.
- 128-GAVALDA (Ch), le secret des affaires, in mélanges offertes à René SAVATIER, Dalloz, paris 1965, p291.
- 129-GERMAIN (M), Le transfert du droit de vote, RJ com 1990, p135.
- 130-GHESTIN (J), la responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP 2007
- 131-GODON (L), L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux, Bull Joly 1999, p 05
- 132-GOFFAUX – CALLEBAUT (G), La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législative récentes, RTD com, 2004, p 35.
- 133-GOFFAUX-CALLEBANT (G), La définition de l'intérêt social retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD com 2004, p35.
- 134-GOYET (C), Le critère de l'action de concert selon Dominique SCHMIDT, éléments de discussion, in Mélanges à l'honneur de SCHMIDT, Joly éd 2005, p296.
- 135-GOYET (C), les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés, RJ com, n° spéc, 1991.
- 136-GRANIER (Th), avantages particuliers, Répertoire des sociétés, juin 2002, DALLOZ, p2
- 137-GRILLET- PONTON (D), La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibération des organes de la société, Rev soc 1984, p 265.
- 138-GUENGANT (A), Quelques réflexions sur les clauses d'earn out ou clauses d'intéressement, JCP, Ed. E, 1993.
- 139-GURVICH (G), Etude de sociologie différentielle des types de groupement, in la vocation actuelle de la sociologie, Tome1, p308.
- 140-GUYON (Y), les aspects juridiques de la dématérialisations des valeurs mobilières , Rev soc 1984, p451.
- 141-GUYON (Y) «Le régime juridique des prêteurs de titres, Revue de droit bancaire 1988, p36.
- 142-GUYON (Y), droits fondamentaux et personnes morales de droit privé, AJDA 1998, p136

- 143-GUYON (Y), la fraternité dans le droit des sociétés , Rev soc, 1989,
- 144-GUYON (Y), La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré, Rev soc 1995
- 145-GUYON (Y), La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, RTD com , 1983,
- 146-GUYON (Y), Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur, RJ.com, n° spéc, 1982, p 121
- 147-GUYON (Y), Les dispositions du décret 3 mai 2002 relatives aux assembles générales d'actionnaires, Rev soc, 2002
- 148-GUYON (Y), Liberté contractuelle et droit des sociétés, Bull Joly 2003, p154
- 149-GUYON (Y), présentation générale de la société par actions simplifiée, Rev soc 1994,
- 150-GUYON (Y), Qu'est-ce qu'un actionnaire : L'actionnariat indirect le cas des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, Rev soc, 1999,
- 151-GUYON (Y), statuts et actes annexes, Répertoire sociétés Dalloz 1995
- 152-HAMEL (J), L'affectio societatis, RTD civ 1925, p 761.
- 153-HANOUN (C), les conventions portant transfert de contrôle et la transparence des sociétés, D 1994,
- 154-HEINRICH (J-B), Du prêt de titre, RJ com 1992, p295.
- 155-HOUIN (R), GORE (F), La réforme des sociétés commerciales, D 1967, Chron, p 128
- 156-HOVASSE (H), Le retrait d'associé et la gestion du patrimoine, Dr et pat, décembre 1998, n° 66, p42.
- 157-HUGON (L), le sort de la clause pénale en cas d'extinction de contrat , JCP, 1994,13790
- 158-JACOMET (Th), MATIGNON Ph-, MONTET S-, LBO : Utilisation de l'effet de levier juridique et financier lors d'une acquisition, Bull Joly, sociétés 1990, p 415.
- 159-JAHEL (S), Le droit des sociétés commerciales de modèle français dans ses rapports avec la charia : Le cas de l'Arabie Saoudite, in le code de commerce, livre du bicentenaire, Dalloz, p 40.
- 160-JAUFFRET SPINOSI (C), Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, Rev soc 1979
- 161-JAUFFRET SPINOSI (C), Les assemblés d'actionnaires réalité ou fiction, in Etudes offertes à René RODIERE, DALLOZ, Paris, 1981, p 149.
- 162-JEANTIN (M), Contrat de gestion d'entreprise : Juris-classeur, contrats, Fasc 450.
- 163-JEANTIN (M), Les convention de vote, RJ com, 1990, p 124
- 164-JEANTIN (M), Observations sur la notion de catégories d'actions, D, 1995,

- 165-JEANTIN (M)., Droit des obligations et droit des sociétés, in Mélange offert au Louis Boyer, 1996
- 166-JEANTIN (M), Le rôle du juge en droit des sociétés, in Mélange en l'honneur du R-PERROT, nouveaux juges nouveaux pouvoirs, Dalloz, Paris, p 150
- 167-JEANTIN (M), Les clauses de préemption statutaire entre les actionnaires, JCP (éd. E) 1991, I, 49, p 203
- 168-JEANTIN (M), Les clauses de préemptions statutaires entre actionnaires, Dr sociétés, juin 1 1990, Chron, p3
- 169-JEANTIN (M), Les prêteurs de titres, Rev soc 1992, p465.
- 170-JOBERT (L), Le principe de responsabilité limitée, Bull Joly, Chronique, Février 2007.
- 171-KADDOUCH (R), LBO : actions de préférence ou pactes d'actionnaires, JCP éd E, 2006, n° : 24, 1953.
- 172-KANDE DE BEAUPUY (S), Les clauses d'earn out, Dr et Patr, janvier 1994, p 30.
- 173-KDHIR (M.), Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; Mythe ou réalité ?, D1994, Chron
- 174-KENDERIAN (F), La contribution aux pertes sociales, Rev soc 2002, p 640.
- 175-Kendérian (L), La contribution aux pertes sociales, Rev soc 2003, p 617,
- 176-KULLMANN (G), Remarques sur les clauses réputés non écrites , D 1993
- 177-LACHAT (S), La mise à disposition d'actions de garantie, Rev soc 1977, p 423.
- 178-LAFAY (F), Le pacte en droit privé, convention autonome ?, Revue de la recherche juridique 2006-4- II, PUAM
- 179-LAMBERT (Th), L'exigence d'un prix réel et sérieux dans les cessions de droits sociaux, Rev soc 1993, p 11
- 180-LAPLANCHE (R) ,TURCK (M), Le jumelage d'actions, Etudes et chronique, JCP, 1996, éd, E,n°39
- 181-LAPRADE (F-M), Action de concert, juris-classeur droit commercial, Fascicule1691,mai 2009
- 182-LE BRAS (W), La validité des clauses de préemption dans les conventions extra statutaires, Bull Joly, 1986, p665
- 183-LECANNU (P), La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance, Bull Joly 1989, p479.
- 184-LECANNU (P), L'abus de minorité, Bull Joly 1986, p 429.
- 185-LECANNU (P), L'action de concert, Rev soc 1991, p675

- 186-LECANNU (P), direction et le contrôle de la société par actions simplifiée, in société par action simplifiée, G LN july 1994
- 187-LECANNU (P), La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés, in le juge et le droit de l'économie, in Mélanges en L'honneur de Pierre Bézard, Paris, Petites affaires, Montchrestien 2002, p 113.
- 188-LECANNU (P), le règlement intérieur, Bull joly, 1986
- 189-LECANNU (P), Principe de la contradiction et la protection des dirigeants, Bull Joly, 1996.
- 190-LECOURT (A), capital social, répertoire sociétés, Dalloz , mai 2009
- 191-LEGROS (J-P), la nullité des décisions de sociétés, Rev soc, 1991
- 192-LENABASQUE (H), DUNAUD P-, ELSEN P-, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr sociétés, Actes Prat, 5/1992, p12.
- 193-LENABASQUE (H), DUNAUD P-, ELSEN P-, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr soc. Actes pratiques 1992, n5,
- 194-LENABASQUE (H), Le cession de l'entreprise en redressement judiciaire, JCP, éd E1990, II, 15770
- 195-LIBCHABER (R), Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, Rev sociétés, 1995
- 196-LOMBARD (M)., à propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publiques et privés, D1994, Chron
- 197-LUCAS (F-X), conventions de portage : Juris-classeur, Banque- Crédit- Bourse, 1999, Fascicule n° : 2128, n° : 110,
- 198-LUCAS (F-X), Cumul de mandats sociaux et Cumul des dérogations ; quel décompte, D 2002, Chron
- 199-MALECKI (C), conventions réglementées, Rép des sociétés, Dalloz, septembre 2002,
- 200-MALECKI (C), Cumul de mandats sociaux, répertoire de droit des sociétés, Dalloz, janv 2003
- 201-MALECKI (C), Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance du 24 juillet 2004, D 2004,
- 202-MANARA (C), Noms de domaine et protection des sociétés ,D 2005.
- 203-MARRU (R) ,un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés, Petites affiches, 5 aout 1996, n° :94,
- 204-MARTIN (D), L- FAUGEROLAS, Les pactes d'actionnaires, JCP éd G 1989, I, 3421
- 205-MARTIN (D), l'exclusion d'un actionnaire, RJ com. n° spécial, novembre, 1990

206-MARTIN (D), La démission des organes de gestion des sociétés commerciales, Rev soc 1973, p373

207-MASSART (Th), Contrat de société, Rep societe,dalloz, avril 2006, n°89.

208-MASTRE (J), Des comportements parallèles à l'action commune, RTD civ 1992, p 755.

209-MATSOPOULOU (H), Les propositions sur la dépenalisation de la vie des affaires, Rev soc 2008, p1

210-MAZET (G), Les clauses statutaires d'agrément, RJC, n° spécial, nov 1990,

211-MELIN (F), Le prêt de consommation de valeurs mobilières : remarques sur la validité d'un instrument contesté. petites affiches, 26 sept 2000, n° 192, p6.

212-MERLE (Ph), Contrat de management et organisation des pouvoirs dans les sociétés anonymes, D1975, Chr, p 245.

213-MESTRE (J), de la notion de clause pénale et de ses limites, RTD civ, 1985,

214-MESTRE (J), Légalité en droit des sociétés (Aspects en droit privé), Rev soc 1989

215-MOHAMED SALAH (M-M), Les transformation de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur, in Mélange en l'honneur de Gérard FARJAT, Philosophie du droit et droit économique quel dialogue ?,.

216-MOLFESSIS (N), Le renvoi d'un texte à un autre, revue de la recherche juridique : droit prospectif 2005, N° : spécial. PUAM, p 2721

217-MONASSIER (B), Typologie des conventions de portage d'action, RD bancaire et bourse 1991, n° : 26, p119

218-MORTIER (R), L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés, Actes pratiques 2008.

219-MOULIN (J-M), Incidence du droit boursier sur les pactes d'actionnaires, in pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ? Colloque Bordeaux, Lexis Nexis 2013 tenu les 8 et 9 février 2013, à la Faculté de droit de Bordeaux, Lexis nexis, 2013, p 17.

220-MOURY (J), Des clauses restrictives de la libre négociation des actions, RTD com 1989,

221-MOURY (J), Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers, Rev soc 1997.

222-MOURY (J), Jeux d'ombres sur la détermination du prix par la tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil, Rev soc 2005, p516

223-MOISSERON (P),conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD com 1998

224-MOISSERON (P), cession de contrôle, Répertoire des sociétés, DALLOZ, 2000,

225-MOISSERON (P), de l'intérêt de la distinction entre garantie de valeur et garantie de reconstitution, Bull Joly 1997, p 647

226-MOUSSRON (J-M), la durée dans la formation des contrats, études offertes à A-JAUFFRET, 1974

227-NAFFAH (G), Les conditions de l'augmentations du capital en numéraire, J-cl (société traite) Fasc 1568, 1989.

228-NAFTALSKI (F), POITRINAL (F-D), PARCOT (Cl), Les conventions de portage, Dr société, Actes pratique 1997.

229-NAJJAR (I), l'accord de Principe, Recueil DALLOZ, 1991

230-NDOLCO (N-C), Les mystères de la compensation, RTD civ, 1991

231-OHL (D), Frank (M), Pactes et sociétés cotées : étude de certains effets perturbateurs du droit boursier sur le droit des contrats, Dr et pat, 2009. N° : 186,p 92

232-OHL (D), Les pactes d'actionnaires à l'épreuve du droit boursier, D2011, p323

233-OHL (D), Valeurs mobilières, Répertoire de droit des sociétés, septembre 2005, Dalloz

234-OPPETIT (B), la prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, JCP 1970

235-PACLOT(Y), Les diverses facettes du secret des affaires, Droit et patrimoine, mars 2002.

236-PAILLUSSEAU (J), Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ 1993, p 705.

237-PAILLUSSEAU (J), la cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, JCP 1992, I, 3578.

238-PAILLUSSEAU (J), Le fondement du droit moderne des sociétés, JCP 1984, 3148

239-PAILLUSSEAU (J), La modernisation du droit des sociétés commerciales : une réconception du droit des sociétés commerciales, D 1996, chr, p 294

240-PAILLUSSEAU (J), la liberté contractuelle dans la société par actions simplifié et le droit de vote, D 2008,

241-PARLEANI (G), Les pactes d'actionnaires, Rev soc 1991, p1.

242-PASQUALINI (F),La domiciliation des sociétés : un espace de liberté placé sous surveillance, Rev soc, 1987, p 569.

243-PAULZ DIVOY (B), expertise et prix de cession de droits sociaux, Bull Joly, 1995, p313.

244-PELLERIN (J), Le personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé, RTD com 1981, p 471.

245-PELISSIER (J), La liberté de travail, Dr. Social, 1990, p 19.

246-PELTIER (F), L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable, Bull Joly des sociétés 1993

247-PERNOT (D), promesse de société ,juris-classeur, traité, fascicule, 7bis

248-PERROT (A), Pension de titres et transfert de propriété, Rev Dr bancaire et bourse 1994.

249-PETIT (B), la suspension du contrat de travail des dirigeants de sociétés anonyme, RTD com 1981, p 29.

250-PIACAND L'AMEZEC (A), L'obligations des associés en participation envers les tiers, Rev soc, 1990, p 567.

251-PICOD (Y), L'obligation de non concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle, JCP, éd E 1994, I, n° : 349.

252-PIMONT (S), Clause pénale, Répertoire de droit civil, avril 2010, Dalloz,

253-PIROVANO (A), La concurrence déloyale en droit français, Revue international de droit comparé 1974

254-PLANTAMP (D), Le critère de la cession de contrôle , Essai de Synthèse jurisprudentielle, RTD com 1999

255-POITRINAL (F-D), Le capital investissement, Revue banque, 1996, p30.

256-POITRINAL (F-D), La clause de tontine dans les sociétés de capitaux, Rev soc 1996,

257-POITRINAL (F-D), Les pactes d'actionnaires, in Mélanges en l'honneur de Pierre

258-POITRINAL (F-D), Cession d'entreprise : Les conventions de earn out, JCP éd E 1999.

259-POLLAUD DULIAN (F), Dénomination social, JCL. société, fascicule 28

260-POUSTIS (J),MONNOT (J-L), La garantie dans les cessions de droits sociaux, JCP 1985 éd E.I, 14464.

261-PRETO (C), Conventions extra-statutaires entre associés, in MESTRE J, PUTMAN E-

,262-VIDAL D-, Grands arrêts du droit des affaires, 1995, p443.

263-PRIEUR (J), Les PME et le capital-risque, Bull Joly 1998, p1033

264-RACINE (J-B), SIIRIANEN F-, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, Revue international de droit économique, 2007/3. T.xxi.3, p259.

265-RAVISKY (N-L), LEVESQUE M-, Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO, Gazette de palais, mai 2004, p1628.

266-REBOUL (N), Remarques sur une notion conceptuelle : L'affectio societatis, Rev soc 2000.

267-REBOUL (Y), la domiciliation commerciale, cah dr ent, 1981

268-REIGNE (P), DELORM T-, La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers, Bull Joly, 2002, p 1117.

269-REIGNE (Ph), Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et future de la société, Rev soc 1991, p 449.

270-REINHARD (Y), L'actif net des sociétés : Les capitaux propres : in Mélanges R-ROBLOT, LGDJ, Paris 1984, p297.

271-REMY (PH), promesse synallagmatique de vente : la clause de dédit est elle une clause pénale, RTD civ, 1990,

272-RIZZO (F), Le principe d'intangibilité des engagements des associés, RTD com, 2000.

273-RODRIGUEZ (K), L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés, Bull Joly, 2004, p 332.

274-ROUSSEAU (S), L'intérêt social en droit des sociétés : Regards canadiens, Rev soc 2010.

275-ROZES (L), Projets et accords de Principe , RTD com 1998

276-SAINT-ALARY (H)., les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil, RTD com, 1979

277-SAINT- HILAIRE (J- P), Le principe de la légalité des délits et des peines, in Mélanges BOUZAT, Paris 1980, p149.

278-SAINTOURENS (B), La flexibilité du droit des sociétés, RTD com 1987, p 483.

279-SAINTOURENS (B), Siège social, Répertoire société, Dalloz, novembre 2000

280-SALAH (M), de l'influence de la législation commerciale française en Algérie, in le bicentenaire du code de commerce, 1807- 2007, Dalloz, p60

281-SALES (J), LACAZE (D), Clauses de earn out : un avenir prometteur, Dr soc 2000, p13.

282-SALGADO (M-B), Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes, Chronique, juris-classeur, Mars 2003, p5

283-SANTOURENS (B), Le nouveau droit des clauses d'argement , Rev soc 2004,

284-SAVATIER (R), L'ordre publique économique, D 1963, p 38.

285-SCHILLER (S) , Pactes, statuts, règlement intérieur ; « quelle hiérarchie » ? ,Rev soc 2011.

286-SCHILLER (S), DIENER Hugo, Les clauses d'offre alternative, JCL Actes pratiques, société, sep/ octobre 2002, p32.

287-SCHMIDT (D), action des concert, Répertoire des sociétés, DALLOZ, 2006, p 4

288-SCHMIDT (D), de l'intérêt social, JCP 1995, éd, E, I, p361.

289-SCHMIDT (D), de l'intérêt commun des associés, JCP 1994, I, N° : 3793, p 440

290-SCHMIDT (J), la période précontractuelle en droit privé Français, Revue internationale de droit comparé, 1990

291-SERIAUX (A), Conception juridique d'une opération économique : Le paiement , RTD civ, 2004

292-SERIAUX (A), Patrimoine, Répertoire de droit civil, janvier 2010, DALOZ

293-SERRA (Y), La validité de la clause de non concurrence, D 1987, Chron, p113

294-SERRA (Y), Les fondement et le régime de l'obligation de non concurrence, RTD com 1998, p7.

295-SERRA (Y), Obligation de non concurrence, Répertoire de droit Commercial, Dalloz, Fév. 2009

296-SORDINO (M-C) , aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme, in Mélange Mouly, T2, 1998, Litec, p245

297-SORTAIS (J-P), Abus de droit (Majorité, égalité) Répertoire des Sociétés, Dalloz, 2003, p8

298-SORTAIS (J- P), constitution des sociétés, Rép sociétés, DALLOZ, sep 2004

299-SOULEAU (H), La démission des dirigeants des sociétés commerciales, RTD com 1972.

300-STORCK (M), Gouvernement d'entreprise et gestion collective, in Mélange en l'Honneur de J. BEGHIN, Litec, Paris, 2005, p 769.

301-STORCK (M), Définition légale du contrôle d'une société en droit français, Rev soc 1986

302- STORCK (M), Les groupements de copropriétaires d'actions, Rev soc 1983, p293

303-STORK (M), la validité des conventions extra-statutaires , D 1989, chr, N°14

304-STOUFFLET (J), Les capitaux propres, Rev soc, 1986, p541.

305-TERNAY (G), du bon usage de la clause de gestion dans les conventions extra statutaires à la lumière de l'article 24 de l'ordonnance du 24 juin 2004, JCP, éd N. 2007. 1047.

306-TILLEMENT (G), Promesse de porte fort et droit des sociétés, Rev soc, 1993, p 51.

307-TIMSIT (J), La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative, GAZ PAL 2001, doct, p 1773.

308-TOLEDO (A-M), La compensation conventionnelle, contribution plus particulièrement à la recherche de la nature juridique de la compensation conventionnelle infurturum, RTD civ 2000.

309-TREILLE (B), Les conventions de portage, Rev soc 1997, p763.

310-TUNC (A), Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées, Revue internationale de droit comparé, vol 48, n° :9, 1996, p 648.

311-URBAIN PARLEANI (I), L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966, Rev soc 1996

312-URBAN (Q), Compétitivité et évolution du droit français des sociétés, Petites affiches, 17 out, 2006, n° :164, p 27.

- 313-VAMPARYS (X), Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, Bull Joly 2005, p 821
- 314-VASSEUR (M), une création de la pratique, les censeurs dans les sociétés anonymes, D1974
- 315-VATINET (R), Les conventions réglementées dans la Loi NRE, Rev soc 2001, p561
- 316-VELARDOCCHIO FLORES (D), Dividendes, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, août 1996,
- 317-VELARDOCCHIO FLORES (D), La transparence en droit des sociétés dans la loi sur les nouvelles régulations économiques, Dr et patr, n° : 98, novembre 2001, p 62.
- 318-VERDIER (M), L'abus de mandat social dans le droit pénal spécial des sociétés anonymes, D1953. 1955, p 195
- 319-VIANDIER (A), le règlement intérieur du conseil d'administration, RJDA 2003
- 320-VIANDIER (A), sécurité et transparence du marché financier, JCP éd E 1989, II, n° : 15612.
- 321-VINCENT (F), La vente de titre dans les sociétés non cotées, petites affiches, n°139, du 8 décembre 1980, p6
- 322-VINCENT (L), L'inaliénabilité, répertoire de droit civil, DALLOZ, p1.

D- Thèses et mémoires

- 1-ABDELMOUMEN Nedra, Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique, Thèse, Université de Paris 1, 2013,
- 2-ATCHOYI- DOUMBE Helène Guebidiang, La cession de droits sociaux de l'associé minoritaire, thèse université D'auvergne- clermont Ferrand 1, 2010
- 3-BAZIN Camille, Quels sont la place et rôle de la notion de pratique concertée en droit de la concurrence ? Master de droit européen des affaires, Université de Paris, 2011
- 4-BERREBBI Samuel, Les difficultés relatives à la cession de droits sociaux, Magistère de juriste d'affaires, université de Paris 1, 2013.
- 5-BIENVENU Alexandre, Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, thèse, Bordeaux 2010
- 6-BONTE H-, La prévention des risques dans les clauses d'earn out, Master ,paris 1997,
- 7-BOUDERHEM Rabai, La nationalité des sociétés en droit français, thèse, BOURGOGNE, 2012,
- 8-BRill Jean Pierre, la filiale commune, thèse Strasbourg ,1975.

- 9-CARRIERE Arnaud, L'action de concert : de l'identification des concertos occultes dans les sociétés cotées, Master, Université René Descartes, Paris 2010,
- 10-CHRISTIANE Bertrand, La notion d'ordre public en matière de nullités, Thèse, Lille 1939
- 11-COHERIER André, des obligations naissantes des pourparlers préalables, Thèse ,paris 1939,p100.
- 12-COTRET Laurent, La négociabilité des instruments financiers, thèse, université de Reams,
- 13-DELECOURT Benoit, Les contrats civils appliqués aux actions, thèse, Université de Lille, 2010
- 14-DESPINOY Antoine, L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières, DEA de droit des contrats, université de Lille 2, 2001,
- 15-ESKINAZI Déborah, La qualité d'associé, thèse, Université de Cergy Pontoise, 2005
- 16-FERNANDEZ Manuel, Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais, thèse Paris II, 2007
- 17-GROSBOIS Etienne, Responsabilité civile et contrôle de la société, thèse université de Caen, 2012
- 18-HMODA Farage, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse, Université de Franche comté, 2013
- 19-JAEGLE Thomas, L'actionnaire de court-terme dans les offres publiques, thèse, Université Paris Descartes, 2013
- 20-MADMOUN Fatiha, Le contrôle au sein des OPCVM : étude comparative entre le droit Français et Marocain, thèse en droit des affaires, université de Strasbourg, 2012
- 21-MATULESCO N-, de la promesse de société dans les sociétés des personnes, thèse, paris 1923,
- 22-MAZEAUD (D)., La notion de clause pénale, Thèse ,Paris XII, 1992
- 23-MONTEIRO A-Pinto, La clause pénale en Europe, Mélanges offert à l'honneur de Jacque GHESTIN, 2001
- 24-PEPIN Antoine, LBO en difficulté : Diagnostics, intervenants et solutions, Master, Université de Paris Dauphine 2012
- 25-SCHMIDT Dominique, Les droit de minorité dans la société anonyme, thèse, Strasbourg, 1970,
- 26-SCHRYVE Ludovic, L'ordre public et le droit des sociétés, Thèse, Lille 2, 2009
- 27-SHINDLER- VIGUE S-, La notion de juste prix en droit positif français, thèse, Paris, 1993,

28-SOUSI G-, L'intérêt social dans le droit Français des sociétés commerciales, thèse , Lyon, 1974

29-STOCLET Mathieu, Le prix dans les cessions de droit sociaux, thèse, Université de Lille, 2008,

30-THIAULT Michel, Du bornage en droit romain, Thèse, université de Paris 1878

31-TSIEMBOU MABIKA Nany Elodie I, L'utilité du capital social : Etude de droit français, thèse, Université d'auvergne, 2010

32-VEIRLING KOVAR E, Le contrat de société en participation, thèse, Strasbourg, 2013,

33-Vu To Huy, Les facteurs organisationnels et stratégiques de la performance des fonds de capital-risque français, thèse, Nancy 2010

E- Rapports et périodiques

Rapport Marc Viénot, Le conseil d'administration des sociétés cotées, rapport AFEP- CNPF, juil 1995, p9

F- Notes et commentaires de jurisprudence

cass. Req 19 février 1907.

cass,req 19 février 1907, S1912, I p 217, note : PERROUD.

cass.Req 15 décembre 1920. S 1922 .1. 17 note : G- BOURCART

Caen 11 avr 1927, D 1928, 2, 65,

Cass. Civ, 6 mars 1935, jour Soc 1936, p 614, I, p 249, note Rousseau.

Req. 16 novembre 1943, S .1944.1.15

Cass, Req.16 novembre 1943, journal des sociétés 1944.

.cass . com 10 juin 1953,JCP 1954, 7908, note : BASTIAN

CA Paris, 14 déc 1954, JCP 1955, II, n° : 8559, note : BREIHE de la GRISSAYE

Cass. Civ, 2^{ème} sect. Civ 28 janvier 1954, D 1954, p 217, note : G- Le vasseur.

Cass. Com. 17 janvier 1956, p 165, note : R- MOUIN.

CA Paris, 4 mai 1960, D1960, p637, note : Dalsace Cass.com 18 avril 1961, JCP 1961, II , 12164, note : BASTIAN

Cass. com 10 juin 1960, Bull civ, p 210, n° 227

Cass.com 18 avril 1961, RTD com 1961, p 634, note : HOUIN

Cass.com 18 avril 1961, S, 1961, p257, note: DALSAUCE.

cass civ.1^{er} juin 1961, D 1962

CA Paris. 23 février 1962

————— 23 février 1962, D 1963, p 570,note :J-BIGOT

Cass 1^{er} civ 08 octobre 1963, Bull civ 1 n°419, 359
 Trib.com, Seine 3 mai 1965, RTD com, 1966, p 82, note : HOUIN
 CA Paris, 22 mai 1965, D1968 Chron, p45, note : R- CONTIN
 Cass. 1^{er} civ. 25 janvier 1966. D1966. P390. Note : Y- LOUSSOUARN
 CA PAU. 31 janvier 1967, D 1967, p 476.
 Cass.com 11 octobre 1967, D 1968, p 136,
 Cass com 22 oct 1969, JCP éd G 1975, II, 16197, obs :Paillusseau.
 Paris 18 nov 1969, D 1970, p 170.note : Y-Guyon
 Paris, 30 janv 1970, RTD com 1972, p493, note :HOUIN.
 Cass 3^{eme} civ ,13 novembre 1970, Rév sociétés, 1971, p 427 ,note : M GUILBERT
 cass .civ 12 octobre 1971, Bull.cass.1971, n°486
 Cass.26 avril 1971. Rev soc . 1972 . p249 .
 CA Paris 25 janv 1972, rev soc 1972, p 688, note : SCHMIDT
 cass.com, 29 mai 1972, Rev soc 1973, p116. Note : M- Guilberteau
 Cass com , 28 oct 1974, Rev soc 1975, p251, note D-Randoux
 T. com Paris, 10 aout 1974, Bull Joly 1975, p184
 Cass.com 6 mai 1974, Rev soc 1974, p 524, note : MERLE.
 cass.com 29 mai 1972, Rev soc 1973, 487. Note : J-HEMARD
 CA Paris , 30 janv . 1970.RTD com,1972 ,p 493, note : Houin
 cass.com. 29 janvier 1979, RTD civ 1989 ,p304,Note :J- MESTRE
 Cass.com 10 mars 1976, JCP 1977, 18566, note : Y- CHARTIER.
 TGI Paris, 14 mars 1973, GAZ PAL 1973, p, p 913, note : M- PEISSE.
 Cass.com 6 mai 1974, D 1975, 1052, note Y- GUYON
 cass .civ 1^{er} .16 février 1977, Rev soc 1977,p 68 note : Y-GUYON
 com . 11 juin 1979, Bull civ, n°193,
 cass. civ 1^{er} . 16 fév 1977 , Rev soc 1977, p 681,note : Yves GUYON
 Com 21 janvier 1979, Rev soc, 1979.p349, note : D- BUREAU.
 Com 20 mars 1972, JCP, 1973, 2,17545, note : SCHMIDT
 Trib com paris. 1^{er} aout 1974, affaire marine Firminy, Gaz Pal, 1974, 525.
 Rev soc 1974, p685, note : OPPETIT. RTD
 com 1975, p 130, note : HOUIN.
 Trib com paris, 1^{er} aout 1974, Bull joly, 1975
 CA Renne, 25 février 1972, JCP, note : SYNVET
 CA Paris.23 Trib de grande instance Paris.3^{eme} .26 février 1973, JCP, 1974, n°17821

Cass com.3 mars 1975, Bull n 67, p55, n° 7314261

Com, 1 oct 1974, Bull civ, n° : 237, p 193.

Soc, 24 mai 1978, Bull civ V , n°385.

Com, 10 mars 1976, Rev soc 1976, p 332, note :J-H.

Com. 10 mars 1976, Rev soc 1976 ,p 332, note : J.H ,
 ————— RTD com, 1976, p 533, obs : R-Houin
 —————D 1977, p 455, note : Bousquet.

Cass.com 13 juin 1978, Bull, civ IV, n° : 163, Rev soc 1979, p 843, note : F- TERRE

Crim 4 novembre 1988, Rev soc 1989, p265, note : B- BOULOC

Cass, 1^{er} civ, 4 octobre 1988, Bull Joly, 1988, p935, Bulletin 2000 III N° 163, p113

Cass.crim16 mars 1988, D1988, p 490, note : E- AGOSTINI.

Cass. Civ, 11 oct 1988, D : 1989, p333, note : A BRETON

cass.com, 4 nov 1987, Bull civ, IV, n° : 226, 20 déc 1988, JCP 1989, II, 21260, Note : A-
 VIANDIER

TGI Angers. 1^{er} ch, 20 mai 1986, Bull Joly 1987, p675.

CA Angers 1^{er}ch A. 20 sept 1988, Bull Joly 1988, p580.

Cass. com . 7 mars 1989, Rev soc 1989, p478, note : Faugerolas.

cass com 7 mars 1989, JCP éd,1989, II, 21316, note :Y- REINHARD

Cass.com, 10 fév 1981, Bull civ, IV, n° : 77, p60, Rev soc 1982, p98, Obs : Ph- MERLE

cass.com, 2juillet 1985, JCP éd. 1985, II 14578, note : A- Viandier.

CA Montpellier, 7 janv. 1980, Rev soc 1980, p 737, note : Christian Mouly

CA Paris, 10 mai 1984, Bull Joly 1984, p 765.

Cass.com 26 juin 1984,rev soc 1985, p 124, note : J- HEMARD

Cass . com 18 juill 1989, Rev soc, 1990, p 598, note : Y- CHAPUT

cass 28 avril 1987,Rev soc 1988, p 59 note :F-SCHMIDT

Cass 5 Mars 1982, Bull . civ I, n° 156,

Com 3 juin 1986, Rev soc 1986, p 585, note : Yves GUYON.

Com. 2 juillet 1985, Rev soc 1986, p 231, note : P-LECANNU.

Com, 4 nov 1987, JCP 1988, II, 21050 note :A-VIANDIER.

CA Paris, 07 juin 1988, Rev soc 1989, p 246, note : Dana Demaret SABINE

Com. 24 février 1987, D 1987,p 599, note : J-HONORAT.

CA Paris. 18 juin 1986, Rev soc 1986, p 422, note : Yves GUYON

CA Paris. 20 octobre 1980, Rev soc 1980, p 774, note : A-VIANDIER,

Trib Marseille.8 aout 1983, Rev soc 1984,p80,note : J-MESTRE

CA Paris .18 juin 1986, Rev soc 1986, p 422, note : Y-GUYON

Cass com.24 février 1987, Bull 1987, n°54, p 39. D 1987, p 599, note : J-HONORAT

CA Paris.1^{ère} chambre, arrêt n°89/5398, 10/04/1989.

CA Paris.9 octobre 1985, D 1986, IR 72.

Cass com.2 juin 1987, Bull civ, p 102, Rev soc 1988, p 223, note : J-MESTRE.

Cass com.12 mars 1985, Bull 1985, n°94, p 83

cass 27 janvier 1982, Rev soc . 1982. p 825, note : B-BOULOC

Cass com.17 mars 1982. RTDcom 1982, p 438, note : ALFANDARI

CA Paris, 09 octobre 1985, Bull joly, 1986, p 761

Cass com . 2 juin 1987 . RTDcom . 1988. p172, obs : Reinhard

Com. 27 janu 1982 , Rev soc . 1982 , p 825 , note: B-BOULOC

Civ .2 Déc 1980, Rev soc, 1982, p 336, note : B- Bouloc.

Orléans 26 sep 1989, Dr, soc 1990, 644,

TC Versailles, 02 mai 1989, Bull Joly, 1989, p 615, p ,222, note : Y-SEXER

civ 1^{er}, 19 mars 1980, Bull civ, I n°95, 10 mars 1998, Bull civ, I, RTD civ 1999, 97 obs: J-MESTRE

Cass.com, 7 février 1989, Rev soc 1989, p643, note : CHARTIER.

CA Aix, 15 octobre 1982, RTD com 1984, p 484, obs : E- Alfrandari, M- Jeantin.

Cass com , 19 décembre 1989, Bull Joly 1990, p177 .

CA Paris, 13 juillet 1988, JCP éd E 1988, II, 15337, note : th- Forschbach

Conseil Constitutionnel, 4 juil 1989, Rev soc 1990, p 27, note : Y- Guyon

Cass.com, 2 juil 1985, rev soc 1986, p 213, note : P- LECANNU.

Cass.com, 1^{er} décembre 1987, Rev soc 1988, p 237, note : P- LECANNU.

Cass. Com 21 décembre 1987, JCP 1988, II. 21113. Concl :.M- MONTANIER

D- RANDOUX, note sous cass com, 23 nov 1993, Bull civ, IV, n° 416, rev soc 1994, p275.

T. com Nîmes, 18 fév 1992, Bull Joly 1992, p536, note : P-LECANNU.

CA Paris. 1^{er} chambre, sect, JCP éd E 1991, II, 215, note : T- Froschbach.

—————Bull Joly 1991, p 771, note : A- VIANDIER.

T.com Nîmes, 6 mars 1992, Bull Joly, 1992, p536. Note: Paul LECANNU

CA Paris, 21 mai 1996, et CA Paris 25 juin 1996, Revue de l' arbitrage 1996, p625. Note : A-VIANDIER

cass.com 4 mai 1999, Bull Joly 1999, p 215. note ;Paul LECANNU

Com 1 octobre 1996, Bull joly, 1997, 22, N°5, note :Paul LECANNU

Cass 1^{ère} . civ .9 mai 1994 .Dr . sociétés 1994 . comm 131.obs : T- BONNEAU

cass.com 4 janvier 1994, Rev. soc 1994, p 288, note : L-MARENAUD
 Cass 1^{er} civ. 26 novembre 1991. Bull civ, i . n° 334
 Cass 1^{er} civ, 22 janvier 1991, Bull civ i ,n° 33
 cass.com 6 mai 1991, Rev soc, 1991, p 760, note : Yves GUYON
 Com 13 janvier 1998, Rev soc, 1998, p103, note : P-LECANNU.
 cass. Soc 23 janvier 1990, Dr soc 1990, p 323, note : J- SANTIER
 Civ. 2. 17 déc 1998, RTD civ 1999, p 197, note : R- PERROT.
 —————RTD com 1992, p 621, note : Champaud et danet .
 Cass.com 13 déc 1994, rev soc 1995, p 298, Note : D. Randoux.
 Com 12 mars 1996, Rev soc, 1996, p 554, note : D. Bureau,
 —————D 1997, p 133, note : Langlés,
 ————— RTD civ 1996, p 867, note : J- Mestre,
 —————RJDA, 1995/ 3 n° : 292,
 —————Bull Joly 95, p 152, note : P-LECANNU.
 Cass, com 21 oct 1997, D 1998, p 400, obs: J-C Hallouin
 CA Paris. 24 septembre 1996, Bull Joly 1996, p 103, p 378. note : B-CAILLAUD
 Com. 21 oct 1997, Rev soc 1998, p 99 note: B-SAINTOURENS
 Com, 23 mas 1993, Bull civ IV n°114
 Com. 11 févr 1997, Bull civ, I n°47,
 —————RTD civ 1997, p 654, Obs: J-MESTRE.
 com, 29 janv 1991, Bul civ IV n°43.
 com 27 mars 1990, D 1992, p 390 , note: E- S de laMarnierre .
 Tcom Roubaix, 6 mai 1994, Bull Joly 1994, p 651, note : P-LECANNU,
 —————Rev soc 1994, p 13, note : D- Randoux.
 Cass. Com. 15 févr 1994, Bull Joly 1994, p 508, note: D-VELARDOCCHIO.
 Cass. Com 10 décembre 1991, Dr soc 1992, n°31. 19 mai 1992, Bull Joly 1992, p 746, note :
 A-COURET.
 Cass.com, 22 juin 1993, RTD com 1994, p 343, obs : J-MESTRE. p 11
 Cass ,com 27 oct 1992, Dr. Sociétés 1992, n° 257 note : H-Le Nabasque.
 Com. 13 déc 1994, Rev soc 1995, p 298, note :D- Randoux
 Com, 09 février 1999, Rev soc 1999, p 81, note : Paul LECANNU,
 —————RTD com, 1999 , p 902, note : REINHARD.
 CA, Paris, 15 ch, 10 sep 1993, JCP, éd G.1999 II, p 584 note : B-H Du mortier.
 Cass.com, 14 janvier 1994, de Gaste, Bull Joly, mars 1994 , p 279.

Versailles. 12 mars 1991, Rev soc 1991 comm, p 66.

cass com. 12 juillet 1993, D 1993, p 549, note : Ph- MERLE.

Cass com, 13 oct 1992, Rev soc 1993, p 1578, note : RANDAUX

Com. 04 juillet 1995, D 1996, p 186, note : HALLOUIN

Dominique VELARDOCCHIO –FLORES, note sous cass com. 15 février 1994, n°92-12. 991, Bull Joly 1994, p508

Cass. Com 19 mai 1992. Bull Joly 1992. P799, note : Paul LECANNU.

CA Paris 3octobre 1991, RJDA 1992, 1, n° 8

CA Paris 10 mars 1992, Bull Joly 1992, p425, note : A- VIANDIER

Cass.com, 3 décembre 1991, Rev soc 1992, p 307, note : Y- GUYON

Cass.com 3décembre 1991, Bull Joly 1992, s46, p 170, note : Paul LECANNU

Cass.com, 3 décembre 1991, Bull Joly, sociétés 1992, p166,s46,, note : P- Lecanu

Cass com.26 mars 1996, Bull joly, 1996, p 588. D 1996, somm 342,obs , J-CL HOUIN
 —————RTD com 1996, p 647, obs,J- DERRUPPE

cass com.3 décembre 1991,Bull Joly. 1992. p116.note P-LECANNU

Com. 5 oct 1999, Rev soc. 1999, p 821, note: SAINTOURENS

Com. 4 juill 1995, Rev soc, 1995, p 504, note: P- LECANNU

CJCE, arrêt Powell Duffryn, 10 mars 1992, JCP 1994, E.I p369 note, Reinhard

Com 6 mai 1991, D 1992, Sommaire 347, note Y. Serra

Com 4 janv 1994, n° : 92-14, 121, D 1995, p 205, note : Y- Serra

com, mai 1991. Rev soc 1991, p 760, note : Y. Guyon.
 —————D 1991, p 609, note : A- Viandier.

cass com 5 oct 2004, Bull Joly, 2005, p262 ,obs : G- C GIORGINI

CA Paris 25 ch. B, 18 fév 2000. RJDA juin 2000, n° : 662.

Cass. Ch. Mixte,16 déc. 2005, N°04-10986, Bulletin 2005 N° 9, p 19,

cass.ch.mixte, 16 déc. 2005, Bulletin Joly 2006, p538, note : Laurent GROSCLAUDE.

CA Paris, 25^ech. B. 12 avr 2002, juris data n°: 2002-17 56601

Cass.com, 16 novembre 2004, Dr et Patr, Fév 2005, p 133, obs : D- PORACCHIA

cass com. 12 juillet 2005, D 2005, n° :03-14.045, note ; LIENHARD

CA Paris, 2avril 2008, Bull Joly société, 2008, p441. note ;Le NABASQUE

CA Paris 24 juin 2008, Bull Joly sociétés, 2008, p 589. Note ; B- ZABALA

CA Paris, 24 juin 2008, Gecina, Rev soc 2008, p 644. Note : Frank Martin La Prade

CA Paris, 1^{er} chambre, 18 nov 2003, Bull Joly 2004, p232. Note : H- LENABASQUE
 , sous T.com Paris 10 juin 2003, JCP éd E. 2003, I. 16029. Note : T- BONNEAU

Cass. Com, 10 mai 2006.
cass.com 22 oct 2002, Bull Joly 2003, p 182. Note : G-BARANGER
Cass.ch. mixte, 16déc 2005, RTD com 2006, p 149, note :M-A. M-B.
Cass.ch. mixte, 16 déc 2005, Bulletin Joly, 2006, p 540, note: Laurent GROSCLAUDE
Cass.ch. mixte 16 déc 2005, D2006, Aj, p 146, obs : A- LIENHARD.
Cass 3eme civ, 11 octobre 2000, Rev soc 2001, p341, note : B- SAINTOURENS
cass com ,19 Mars 2013, Rev sociétés 2014, p 51, note : Paul LECANNU
Com 25 janvier 2005, Dr sociétés 2005,
Com 13 juillet 2010, Rev sociétés, 2010, p 502, note : B- DONDERO
cass com. 31 mai 2005. n°03-1095.RTD com.2005.p552.obs : Paul LECANNU
CA Paris, 20 juin 2006, Rev soc 2006, p 920, note : Urbain - Parléani
CA Paris. 21 MARS 2000, Rev soc, 2000, somm.387.
Cass.com, 11 mars 2008, JCP (E) 2008, p 50, note : Matthieu DUBERTRET.
CA Paris, 15 février 2008, Bulletin Joly 2009, p 122, & 26, note: Christine BOILLOT
civ 3^{eme} 27 nov 2002, RJDA 2003, n° 224.
Com. 6 mai 2009, D 2003, p 1438, note : A-Lienhard.
cass com.24 octobre 2000, Rev soc 2001, p 95, note : P- LECANNU
CA Paris, 13 novembre 2001, D 2002, p 574, obs : M- BOIZARD.
CA Paris. 13 novembre 2001, RJDA 2002, n° 396, p335. D 2002, p574, obs: M- BOIZARD
cass.com 4 février 2004, RTD com 2007, p383 , note : D- DANET, Cl- CHMPAUD
CA Paris, 10 déc 1998, Bull Joly 2000, p482, note : J-J DAIGRE
CA Paris, 25er ch, sect B, 12 avr 2002, juris-Data,n° : 175601

ثالثا: النصوص القانونية

1- التشريع الجزائري

- الدستور

الأوامر:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر 78 ، المعدل و المتمم
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر 101، المعدل و المتمم

- الأمر رقم 08/96 مؤرخ في 14 يناير 1996 يتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، ج ر 3
- الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات مؤرخ في 19 يوليو 2003 . جريدة رسمية رقم 44
- الأمر 04/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47
- الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، ج ر عدد 43، بتاريخ 20 يوليو 2003،

القوانين:

- القانون رقم 20/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل للقانون التجاري
- القانون 11/90 المتضمن علاقات العمل
- القانون رقم 19/87 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، ج ر 50
- القانون 07-13 يتضمن مهنة المحاماة
- القانون رقم 11-06 مؤرخ في 24 يونيو 2006 يتعلق بشركة الرأسمال الإستثماري، جريدة رسمية عدد 41

- القانون 11/07 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي المالي ج ر.74.

المراسيم:

- المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 ابريل 1993 ، ج ر العدد 27 لسنة 1993
- المرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة
- المرسوم 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995
- المرسوم التنفيذي 56/08 المؤرخ في 11 فبراير 2008 يتعلق بشروط ممارسة نشاط شركة الرأسمال الإستثماري، ج ر 9، مؤرخ في 2008/02/24.

القرارات:

- القرار المؤرخ في 09 أكتوبر 1999 الصادر عن وزارة المالية المحدد لكيفيات اعداد و تجميع حسابات المجمع، ج ر عدد 87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1999
- القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008 المتضمن لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها.

أنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها:

- النظام رقم 02/96 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علنية للإدخار المؤرخ في 22 جوان 1996، جريدة رسمية عدد 36، تاريخ 1997/06/01
- النظام رقم 03/97 الصادر عن لجنة تنظيم عمليات البورصة المؤرخ في 18 نوفمبر 1997 المتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 87 بتاريخ 1997/12/29.
- النظام رقم 02/2000 المؤرخ في 20 جانفي 2000 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات ذات القيم المنقولة المسعرة في البورصة المؤرخ في 20 جانفي 2000، ج ر ز 50 تاريخ 2000/08/16.
- النظام رقم 03/03 المؤرخ في 18 مارس 2003 يتعلق بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أسهمها في البورصة ج ر عدد 73 بتاريخ 30 نوفمبر 2003

2- التشريع الفرنسي

- code civil
- code de commerce
- Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale
- Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés
- Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne. J.O.R.F du 18 juin 1987,
- Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles
- Loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier
- Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Abrogé par Ordonnance 2000-912 JORF 21 septembre 2000
- Décret n° 2012-1547 du 28 décembre 2012 relatif à l'insertion des annonces légales portant sur les sociétés et fonds de commerce dans une base de données numérique centrale

- Directive 88/627/CEE du Conseil du 12 décembre 1988 concernant les informations à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse

رابعاً: الانترنت

- 1-<http://www.cours-de-droit.net/techniques-contractuelles/la-lettre-d-intention,a4006869.html>
- 2-Emmanuelle JAQUES, Quels sont les outils du droit français pour créer des actions traçantes ? Thèse professionnelle, HEC, disponible en : www.emmanuellejaques.fr
- 3-Jean- Pierre GITENAY, LE pacte d'actionnaires, Lamy Lexel, disponible en : www.lamy-lexel.com. 31 mars 2008, p8
- 4-Yulia LOKOTILOVA, L'efficacité des pactes d'actionnaires, disponible en: www.lettredesreseaux.com, 1décembre 2008
- 5-Marie- Anne FRISON ROCHE, La montée en puissance des fonds d'investissement étrangers et impact sur la gestion des entreprises industrielles, disponible en : www.insee.fr
- 6-Philippe BEAUREGARD, Céline LEPARMENTIER, Magalie MODRZYK, Pactes d'associés : quelle alternative à la règle de modifications à l'unanimité ? Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Bimestrielle lexis nexis jurislasseur, juillet août 2013, disponible en : www.brunswick.fr.
- 7- Pactes d'associé, pactes d'actionnaires : quelles différences ? disponible en : www.petite-entreprise.net, 26 janvier 2015.
- 8- Hugo WINCKLER, statuts et pactes d'associés, disponible en : www.actu-hcr.fr, 02 octobre 2015
- 9 -Thomas BUFFIN, SAS : Faut-il insérer le pacte d'associés dans les statuts ?, Transmission d'entreprises, Le Gazette Nord, 22 mars 2013, www.gazettenpd.fr
- 10 -Horatia Muir Watt, La fonction économique du droit international privé, revue internationale de droit économique, 2010/1, T. xxiv.1. P103, disponible en : www.cairn.info
- 11- E – DUBOCAGE, Rivaud- Danset DOROTHEE, Le capital-risque, Paris, La découverte, Repères, 2006, p 2, Disponible en : www.cairn.info
- 12- Carine GIPARD, Une typologie de l'activisme des actionnaires minoritaires en France, Finance contrôle stratégie , volume 4, n°3, septembre 2001, p126, disponible en : www.researchgate.net.
- 13-Notice d'information NCA- Rouiba spa offre publique de vente, disponible en : www.cosob.org

- 14-Régis Pétoin, La lettre d'intention, disponible en : www.petoin-associes.com, p1
www.dictionnaire-juridique.com
- 15-Gatienne Brault et associés, Essor de l'earn out : un tien vaut il toujours mieux que deux tu l'auras ?, disponible en : www.brault.net
- 16-André AKAM AKAM, La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit OHADA, disponible en www.afrilex,II, Bordeaux 4, fr, 2016, p05
- 17-Christine NOEL, Etienne REDOR, En quoi les parachutes dorés sont-ils conciliables avec l'intérêt de actionnaires ? REC : 404, novembre 2007, disponible en : www.sites.univ-provence.fr
- 18-Hervé Magloire Moneboulou Minkada, La question de la définition de contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle, Juridical Tribone, vol 4, issue 1, june 2014, p 89, disponible en : www.tribunajuridica.eu
- 19-Le Mis vareilles Sommier, la personnalité morale, sueur-charruey, paris 1900, disponible en www.gallica.bnf.fr

الفهرس

| | |
|----|--|
| 7 |مقدمة |
| 22 |الباب الأول: تجسيد الحرية التعاقدية في الشركات التجارية |
| 25 |الفصل الأول : الإتفاقات التأسيسية |
| 27 |المبحث الأول: التموقع المادي للحرية التعاقدية في الشركات التجارية |
| 28 |المطلب الأول: القانون الأساسي |
| 28 |الفرع الأول : إعداد القانون الأساسي |
| 29 |أولاً: تعريف القانون الأساسي |
| 32 |ثانياً: تحرير القانون الأساسي |
| 33 |أ/ - البيانات الإلزامية في القانون الأساسي |
| 39 |ب/- وظائف كتابة القانون الأساسي |
| 40 |ب.1 - الكتابة وسيلة لإثبات عقد الشركة |
| 40 |ب.2- الكتابة ركن في قيام الشركة |
| 40 |ثالثاً : تعديل القانون الأساسي |
| 40 |أ/- شروط تعديل القانون الأساسي |
| 41 |أ.1- الجهاز المختص بتعديل القانون الأساسي |
| 42 |أ.2 - شرطا النصاب والأغلبية في تعديل القانون الأساسي |
| 43 |أ.3- نشر تعديل القانون الأساسي |
| 43 |ب/- آثار تعديل القانون الأساسي |
| 44 |الفرع الثاني: القوة الملزمة للقانون الأساسي |
| 44 |أولاً : نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الشركاء |
| 44 |ثانياً : نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الشركة |
| 45 |ثالثاً : نفاذ القانون الأساسي في مواجهة الغير |
| 46 |المطلب الثاني: الوثائق غير التأسيسية |
| 47 |الفرع الأول : البروتوكول الاتفاقي |
| 48 |أولاً: تحديد طبيعة البروتوكول |

| | |
|----|--|
| 49 |أ/- المعايير المميزة لعقد الوعد بالشركة |
| 52 |ب/- أثار عقد الوعد بتأسيس الشركة |
| 54 |ثانيا: البروتوكول الاتفاقي ، تنظيم للشركة المستقبلية |
| 54 |أ/- صحة البروتوكول الاتفاقي |
| 60 |ب/- نطاق تطبيق البروتوكول الاتفاقي |
| 62 |الفرع الثاني : النظام الداخلي |
| 62 |أولا : طبيعة النظام الداخلي |
| 63 |أ/- تعريف النظام الداخلي |
| 66 |ب/- الترتيب السلمي للنظام الداخلي |
| 65 |ثانيا : معايير الصحة في النظام الداخلي |
| 67 |أ/- أسباب البطلان |
| 68 |1- مراعاة أحكام قانون الشركات |
| 69 |2- مراعاة بنود القانون الأساسي |
| 69 |ب/- جزاء البطلان |
| 71 |المبحث الثاني: تكملة القانون الأساسي لوضع الشريك |
| 72 |المطلب الأول: الإلتزامات التأسيسية |
| 73 |الفرع الأول: محتوى الإلتزامات التأسيسية |
| 75 |أولا: الشروط الخاصة باكتساب صفة الشريك |
| 75 |ثانيا : الإلتزامات المالية الإضافية |
| 77 |ثالثا : شرط عدم المنافسة والنشاط الحصري |
| 79 |رابعا : المساهمة في خسائر الشركة |
| 81 |الفرع الثاني: الجزاء المقترن بمخالفة الإلتزامات التأسيسية |
| 81 |أولا: شرط الإقصاء أو الفصل |
| 82 |ثانيا : الشرط الجزائي |
| 84 |المطلب الثاني: الحقوق التأسيسية |
| 86 |الفرع الأول: شروط القانون الأساسي المنظمة لحقوق الشريك |

| | |
|-----|--|
| 87 | أولاً: تنظيم حقوق الشريك بناء على قواعد قانونية..... |
| 87 | أ/- شروط القانون الأساسي للمنظمة للتنازل عن الأسهم أو الحصص..... |
| 91 | ب- شروط القانون الأساسي للمنظمة لحق التصويت..... |
| 92 | ج / - شروط القانون الأساسي للمنظمة لحقوق الشريك المالية..... |
| 94 | ثانياً : تنظيم حقوق الشريك بناء على إرادة الشركاء..... |
| 95 | أ/- تخصيص الأرباح لأسهم معينة، الأسهم المتبعة..... |
| 95 | ب/- توزيع الأرباح عينياً..... |
| 96 | الفرع الثاني: شروط القانون الأساسي المعززة لحقوق الشريك..... |
| 96 | أولاً: حق التصويت المضاعف..... |
| 97 | ثانياً : حق الإعلام..... |
| 98 | المبحث الثالث: تكملة القانون الأساسي لبنية الشركة..... |
| 99 | المطلب الأول: تنظيم الأجهزة الرئيسية في الشركة..... |
| 99 | الفرع الأول: تنظيم مسائل الجمعية العامة..... |
| 100 | الفرع الثاني: تنظيم إدارة الشركة..... |
| 100 | أولاً: تسيير مجلس الإدارة..... |
| 101 | ثانياً : تدعيم إدارة الشركة..... |
| 101 | أ/- المديرين العامين..... |
| 102 | ب/ - لجان الدراسة..... |
| 103 | المطلب الثاني: إستحداث آليات جديدة..... |
| 103 | الفرع الأول: إعتقاد آليات جديدة..... |
| 104 | أولاً: دعوة الجمعية العامة للمساهمين..... |
| 104 | ثانياً : آلية التصويت..... |
| 104 | ثالثاً: زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة..... |
| 105 | الفرع الثاني: إنشاء أجهزة جديدة..... |
| 105 | أولاً: إستحداث أجهزة جديدة في شركة المساهمة..... |
| 105 | أ/- نائب رئيس مجلس الإدارة..... |

| | |
|-----|--|
| 106 | ب/- المسير الشرفي..... |
| 106 | ج - المراقبون..... |
| 107 | ثانيا: استحداث أجهزة جديدة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة..... |
| 107 | أ-تأسيس مجلس إدارة..... |
| 108 | ب/ تعيين مسير بديل..... |
| 109 | الفصل الثاني: إتفاقات المساهمين |
| 113 | المبحث الأول: مفهوم إتفاقات المساهمين |
| 116 | المطلب الأول: تعريف إتفاقات المساهمين..... |
| 116 | الفرع الأول: المقصود التقني والقانوني في إتفاقات المساهمين..... |
| 121 | الفرع الثاني: العوامل الموجّهة في إختيار إتفاقات المساهمين..... |
| 127 | المطلب الثاني: إعتراف المشرع بإتفاقات المساهمين..... |
| 129 | الفرع الأول: إتفاقات المساهمين المنظمة لمساهمة شركة الرأسمال الإستثماري..... |
| 133 | أولا: الشروط المسبقة..... |
| 135 | ثانيا: الشروط المنظمة للمساهمة..... |
| 135 | أ/- الشروط المتعلقة بمراقبة رأسمال الشركة الممّولة..... |
| 136 | أ-1/- خطر تميع مساهمة شركة الرأسمال الإستثماري..... |
| 137 | أ-2/- خطر الخروج المبّتسر لمساهمي الأغلبية..... |
| 138 | ب/- الشروط الإتفاقية المنظمة لحوكمة الشركة الممّولة..... |
| 139 | ثالثا- الشروط الإتفاقية المنظمة لخروج شركة الرأسمال الاستثماري..... |
| 139 | أ/- شراء الأسهم من قبل الأغلبية..... |
| 140 | ب/- شراء الشركة الممّولة لأسهم شركة الرأسمال الاستثماري..... |
| 140 | ج/- إقتناء الغير لأسهم شركة الرأسمال الاستثماري..... |
| 140 | د/- خروج شركة الرأسمال الإستثماري باللجوء إلى بورصة القيم المنقولة..... |
| 141 | الفرع الثاني: إتفاقات المساهمين والتشريع البورصي..... |
| 146 | أولا: إتفاقات المساهمين والعروض العمومية البورصية..... |
| 157 | ثانيا: الإتفاق بمعية الغير..... |

| | |
|-----|--|
| 165 | الفرع الثالث: إتفاقات المساهمين والشركة القابضة. |
| 169 | المبحث الثاني: مضمون إتفاقات المساهمين. |
| 170 | المطلب الأول: إتفاقات المساهمين المتعلقة برأسمال الشركة. |
| 171 | الفرع الأول: إتفاقات المساهمين الرامية إلى المحافظة على التوازن التأسيسي في رأس المال. |
| 171 | أولاً: شروط تسقيف المساهمات في رأس المال. |
| 172 | ثانياً: الشروط المانعة من التصرف حول الأسهم. |
| 173 | أ/- شروط المنع من التنازل. |
| 175 | ب/- شروط المنع من الإكتساب. |
| 176 | الفرع الثاني: إتفاقات المساهمين المتعلقة بمراقبة تطوّر رأسمال الشركة. |
| 176 | أولاً: مراقبة تغيير رأس المال. |
| 181 | ثانياً: مراقبة إصدارات الأسهم الجديدة. |
| 184 | الفرع الثالث: إتفاقات المساهمين المتعلقة بالتنازل عن الأسهم. |
| 185 | أولاً: إتفاقات المساهمين السابقة لعملية التنازل. |
| 185 | أ- خطاب النوايا. |
| 186 | ب- إتفاق المساهمين المتضمن وعداً بالبيع أو بالشراء. |
| 190 | ت- إتفاقات التفضيل. |
| 191 | ثانياً: إتفاقات المساهمين المنظمة للثمن في التنازل عن الأسهم. |
| 192 | أ- مفهوم الثمن العادل. |
| 194 | ب- الثمن المحدد أو القابل للتحديد في إتفاقات المساهمين. |
| 202 | ج- الثمن في التنازل على رقابة الشركة. |
| 206 | ثالثاً: إتفاقات المساهمين المنظمة للتنازل المؤقت على الأسهم. |
| 212 | الفرع الرابع: إتفاقات المساهمين المتعلقة بالخروج من الشركة. |
| 213 | أولاً: شرط الخروج المقترن. |
| 215 | ثانياً: شرط الخروج الجبري. |
| 216 | ثالثاً: شرط العرض التبادلي. |
| 217 | رابعاً: شرط الانسحاب. |

| | |
|-----|--|
| 218 | المطلب الثاني: اتفاقات المساهمين المتعلقة بتسيير الشركة..... |
| 219 | الفرع الأول: اتفاقات المساهمين المنظمة لحق التصويت..... |
| 221 | أولاً: أسس الطبيعة العقدية في حق التصويت..... |
| 221 | أ- أثر نية الاشتراك في طبيعة حق التصويت..... |
| 224 | ب- اثر إنضمام الشريك إلى الشركة في طبيعة حق التصويت..... |
| 228 | ثانياً: التنظيم الاتفاقي لممارسة حق التصويت..... |
| 232 | الفرع الثاني: اتفاقات المساهمين المنظمة للمركز القانوني للمسيّرين..... |
| 232 | أولاً: اتفاقات المساهمين المنظمة لوضع المسيّر..... |
| 232 | إتفاق المساهمين حول كيفية تعيين المسيّرين..... |
| 234 | الاتفاق المتعلق بعدم منافسة المسيّر للشركة..... |
| 235 | الاتفاقات المنظمة لعزل المسيّر وإنهاء مهامه..... |
| 236 | ج-1-التنظيم التعاقدى للاستقالة..... |
| 237 | ج-2-التنظيم التعاقدى للتقاعد..... |
| 237 | ج-3-التنظيم التعاقدى لعزل المسيّرين..... |
| 243 | ثانياً: الاتفاقات المنظمة لصلاحيات المسيّر..... |
| 243 | الاتفاقات المقيدة لصلاحيات المسيّر..... |
| 245 | الاتفاقات المنظمة لتوزيع الصلاحيات لدى المسيّرين..... |
| 250 | ج-اتفاقات المساهمين المتضمنة زيادة صلاحيات المسيّرين..... |
| 251 | الباب الثاني : قيود الحرية التعاقدية في الشركات التجارية..... |
| 255 | الفصل الأول: النظام العام في قانون الشركات التجارية..... |
| 256 | المبحث الأول: تعريف النظام العام في قانون الشركات التجارية..... |
| 257 | المطلب الأول: الكيفيات العامة في تحديد طبيعة النص القانوني..... |
| 257 | الفرع الأول: الصياغة اللغوية كميّار لتحديد طبيعة النص القانوني..... |
| 258 | أولاً: غياب التكييف التشريعي للطبيعة الأمرة..... |
| 258 | أ- التحليل الشكلي للنص القانوني..... |
| 260 | ب- التحليل الموضوعي للنص القانوني..... |

| | | |
|-----|-------|---|
| 263 | | ثانيا: إحتواء النص على التكييف التشريعي للطبيعة الأمرة |
| 265 | | الفرع الثاني: الجزء المتعلق بمخالفة النص كمييار للنظام العام |
| 265 | | أولا: البطلان |
| 267 | | ثانيا: الشرط المعبر كأن لم يكن كمييار للنظام العام |
| 268 | | ثالثا: العقوبة الجزائية كمييار للنظام العام |
| 271 | | المطلب الثاني: المعايير الخاصة في تحديد طبيعة النص القانوني |
| 273 | | الفرع الأول: مبدأ المسؤولية المحدودة |
| 273 | | أولا: مبدأ المسؤولية المحدودة مبدأ من النظام العام |
| 278 | | ثانيا: مبدأ المسؤولية المحدودة، قيد على حرية الشركاء في التعاقد |
| 278 | | أ- شروط القانون الأساسي المخالفة لمبدأ تحديد المسؤولية |
| 282 | | ب- شرط ضمان الديون |
| 284 | | الفرع الثاني: مبدأ قابلية الأسهم للتداول |
| 287 | | الفرع الثالث: مبدأ مراعاة الشخصية المعنوية للشركة |
| 290 | | المبحث الثاني: دور النظام العام في الشركات التجارية |
| 292 | | المطلب الأول: تدخّل النظام العام الاقتصادي |
| 293 | | الفرع الأول: مظاهر تكريس النظام العام الاقتصادي في الشركات التجارية |
| 296 | | الفرع الثاني: النظام العام الاقتصادي التوجيهي |
| 300 | | الفرع الثالث: النظام العام الاقتصادي الحمائي |
| 307 | | المطلب الثاني: تأثير مفاهيم الضبط الإقتصادي في النظام العام |
| 311 | | الفصل الثاني: المصلحة الإجتماعية |
| 314 | | المبحث الاول: مفهوم المصلحة الاجتماعية |
| 316 | | المطلب الأول: المصلحة الاجتماعية، مصلحة المساهمين |
| 316 | | الفرع الأول: مضمون المصلحة المشتركة للشركاء |
| 317 | | أولا: مفهوم المصلحة المشتركة للشركاء في الشركة عديمة الشخصية المعنوية |
| 318 | | أ- المصلحة الاجتماعية عند تأسيس شركة المحاصة |
| 320 | | ب- المصلحة الاجتماعية في أداء شركة المحاصة |

| | | |
|-----|-------|---|
| 321 | | ثانيا: مفهوم المصلحة المشتركة في الشركة ذات الشخصية المعنوية |
| 321 | | أ- محتوى مصلحة الشركاء |
| 324 | | ب- الجهاز المختص بتحديد المصلحة المشتركة للشركاء |
| 325 | | الفرع الثاني: تقييم نظرية المصلحة المشتركة |
| 325 | | أولا: مقتضيات نظرية المصلحة المشتركة للشركاء |
| 327 | | ثانيا: حدود نظرية المصلحة المشتركة للشركاء |
| 327 | | أ- إنتهاك مبدأ المساواة |
| 329 | | ب- فك الإرتباط بين المصلحة الاجتماعية والمصالح الأخرى |
| 331 | | المطلب الثاني: المصلحة الإجتماعية ، مصلحة الشخص المعنوي |
| 332 | | الفرع الأول: مفهوم الشخص المعنوي |
| 332 | | أولا: وجود الشخصية المعنوية |
| 336 | | ثانيا: موقف المشرع من الشخصية المعنوية |
| 338 | | الفرع الثاني: محتوى مصلحة الشخص المعنوي |
| 338 | | أولا: إستقلالية مصلحة الشخص المعنوي |
| 340 | | ثانيا: آثار الطبيعة المستقلة لمصلحة الشخص المعنوي |
| 342 | | المطلب الثالث: المصلحة الاجتماعية، مصلحة المؤسسة |
| 342 | | الفرع الأول: مفهوم المؤسسة |
| 342 | | أولا: مقتضيات الإستغلال الإقتصادي في المؤسسة |
| 345 | | ثانيا: المؤسسة بنية إقتصادية |
| 347 | | الفرع الثاني: محتوى مصلحة المؤسسة |
| 347 | | أولا: التفرقة بين مصلحة المؤسسة ومصلحة المسير |
| 350 | | ثانيا: مصلحة المؤسسة والمفهوم الوظيفي |
| 351 | | المبحث الثاني: دور المصلحة الإجتماعية في تقييد إرادة الشركاء |
| 352 | | المطلب الأول: المصلحة الاجتماعية كشرط صحة لإتفاقات الشركاء |
| 354 | | الفرع الأول: المصلحة الاجتماعية شرط ضروري لصحة الإتفاقات |
| 355 | | الفرع الثاني: المصلحة الاجتماعية شرط غير مستقل |

| | |
|-----|--|
| 357 |المطلب الثاني: دور المصلحة الإجتماعية في عمل القضاء |
| 358 |الفرع الأول: أهداف تدخل القضاء في مسألة المصلحة الإجتماعية |
| 358 |أولاً: مظاهر التدخل القضائي في مسألة صحة إتفاقات المساهمين |
| 360 |ثانياً: مظاهر التدخل القضائي في مسائل قانون الشركات |
| 361 |الفرع الثاني: تقييم تدخل القضاء في مسألة المصلحة الإجتماعية |
| 363 |الخاتمة |
| 374 |قائمة المراجع |

الملخص:

يقوم مبدأ الحرية التعاقدية على فكرة أن الأفراد هم أحرار في تحديد مضمون العقود المبرمة بينهم دون تدخل من أطراف أخرى، وكذا فإن كل فرد يعتبر حرا في التعاقد أو من عدمه و في اختيار شخص المتعاقد الآخر. و لقد أدت نصوص التشريع المنظم للشركات التجارية إلى إبراز أهمية الحرية التعاقدية من منظور أن كثرة القواعد الآمرة تؤدي إلى خنق الشركات و حرمان المساهمين أو الشركاء من فرص التكيف مع متطلبات واقع الأعمال ، فالقول بالحرية التعاقدية مؤداه منح دور جديد للعقد أو الأساليب التعاقدية بشكل عام ، و توسيع نطاق التعبير عن الإرادة في ظل أحكام الشركات التجارية . و لقد اختلفت التشريعات في تحديد مجال الإرادة بين تشريعات موسّعة لهذا المجال فيستطيع الشركاء أو المساهمون إبرام اتفاقات فيما بينهم. و تشريعات أخرى مقيدة ارتأت التمسك بالنظام العام على حساب العقد فجاءت القواعد الآمرة كثيرة و لا تترك مجالاً واسعاً للإرادة و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

و تتخذ الحرية التعاقدية مظهران رئيسيان في الشركات التجارية ، فالمساهمون أولاً يمكنهم إدراج العديد من البنود الاتفاقية في عقد الشركة المبرم بينهم ، بحيث تمس تلك البنود مسائل متنوعة في الشركة . و كما يجوز للمساهمين ثانياً إبرام عقود مستقلة عن القانون الأساسي بحيث لا تلزم مثل هذه العقود إلا من وقّع عليها دون أن تكون نافذة في مواجهة الشركة أو الغير.

و إذا كان للحرية التعاقدية دور هام في تطوير الشركة من خلال تمكين المساهمين من التفاعل مع الواقع ، فإنه لا يجوز التعسف في استعمال هذه الحرية، فالمساهمون ملزمون بالتقيّد بأحكام النظام العام و هو مجموع القواعد الآمرة التي تنظم الشركة بما لا يجوز الاتفاق على خلافها ، كما يلتزم المساهمون أيضاً بمراعاة مصلحة الشركة عند أي اتفاق يبرم بينهم، و يقصد المشرع من هذه المصلحة مصلحة الشخص المعنوي ككل بما يحتويه من مصالح الأطراف الداخلة في تكوينه.

الكلمات المفتاحية: الحرية التعاقدية ، القانون الأساسي ، اتفاقات المساهمين ، النظام العام ، المصلحة الاجتماعية.

Résumé :

Le principe de liberté contractuelle repose sur le postulat selon lequel les individus sont libres de définir eux-mêmes les termes de leurs propres contrats sans aucune interférence des autres individus. Ainsi, chacun est libre de contracter ou ne pas contracter, et de choisir son contractant. En effet, Les dispositions de la loi régissant les sociétés commerciales a mis en évidence l'importance de la liberté contractuelle, du point de vue que les règles impératives étouffent les sociétés et privent les actionnaires ou associés de l'opportunité de s'adapter à la réalité des besoins des affaires, en disant la liberté contractuelle c'est à dire accorder un nouveau rôle au contrat ou les techniques contractuelles en général, ainsi que élargir le domaine de l'expression de la volonté en vertu des dispositions des sociétés commerciales. par ailleurs, les législations des états se diffèrent quant à la détermination de domaine de la volonté, on trouve ici des législations qui ont pris un domaine étendu , dont les actionnaires peuvent conclure des accords entre eux. Et d'autres législations qui ont au contraire opté à maintenir la prédominance de l'ordre public sur le compte du contrat, et comme tel lois sont caractérisés par la propagation des règles impératives qui ne laissent pas suffisamment de place pour la volonté, et ceci le point de vue du notre législateur algérien.

La liberté contractuelle en droit des sociétés prend deux aspect primordiales, elle implique en premier rang la liberté des actionnaires de s'organiser et d'adapter le statut de la société, en insérant des clauses particulières dans le contrat constitutif, de sorte que ces clauses affectent des questions variés de la société. Elle implique en deuxième rang la liberté des actionnaires de conclure des accords entre eux indépendants de statut, la doctrine les appelle des pactes d'actionnaires. Qui sont des accords opposable à l'égard de ses signataires et n'obligent guerre ni le tiers ni la société.

Cependant, si la liberté contractuelle a le mérite de jouer un rôle important dans le développement de la société en permettant aux actionnaires d'interagir avec la réalité, la liberté contractuelle ne peut pas être exercé d'une manière abusive, pour cela les actionnaires sont tenus en premier lieu d'obéir à l'ordre public qui constitue l'intégralité des règles impératives régissant la société, et que les actionnaires ne peuvent y déroger par leur accord. les actionnaires sont tenus en deuxième lieu de respecter l'intérêt social dans tout accord conclu entre eux, le législateur a vu dans cet intérêt l'intérêt de la personne morale elle-même dans son ensemble, y compris tout les intérêts catégoriels qui prennent partie de sa constitution.

Les mots clé : la liberté contractuelle, le statut, les pactes d'actionnaires, l'ordre public, l'intérêt