جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية

"حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية"

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

اعداد الطالبة:
زكري ايمان

تحت اشراف:
أ.د. بوعزة ديدن

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. بوعزة ديدن	أستاذ جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. بوسات عبد الوهاب	أستاذ جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
د. مغربي قويدر	أستاذ محاضر "أ" جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

"يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"

صدق الله العظيم سورة المجادلة الآية 11

شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله أولا وآخرا .

الحمد لله والشكر لله على كل شيء .

وبعد :

أتوجه بعظيم الشكر والامتنان لأبي وأمي وأخواتي .

ثم أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذ المشرف على هذه الرسالة **الأستاذ بوعزة ديدن** لما ابداه من رعاية واهتمام بهذا العمل من خلال توجيهاته القيمة .

وبعدها فالشكر موصول لكل **من الأساتذة تشوار جيلالي و بموسات عبد الوهاب و مغربي قويدر** على تفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل .

وبالمناسبة لا أنسى ان أتقدم بالشكر الجزيل لكل اساتذتي الذين ساهموا في تعليمي في كل مراحل دراستي .

اشكر كذلك كل من قدم لي يد المساعدة من قريب او بعيد من اجل إتمام هذا العمل .

قائمة أهم المختصرات

ج. ر: جريدة رسمية.

ج: جزء.

ش. ذ. م. م: شركة ذات مسؤولية محدودة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.ت: قانون تجاري.

ق.م: قانون مدني.

غ. م: الغرفة المدنية.

غ. ت. ب: الغرفة التجارية والبحرية.

Liste des principales abréviations

Art : Article.

Bib : Bibliothèque.

Bull. de Cass : Bulletin de cassation.

Bull. civ : Bulletin. Civil, (Bulletin des arrêts de la cour de cassation française, chambre civile).

Bull. Joly soc : Bulletin Joly des sociétés.

c. c. f : code du commerce français.

Ch : chambre.

Ca : Cour d'appel.

Cass. Com : Cour de cassation chambre commerciale.

Cass. Civ : Cour de cassation chambre civile.

Cass. Crim : Cour de cassation chambre criminelle.

Cass. Soc : Cour de cassation chambre sociale.

Ed : édition.

F.S.J.E.G : Faculté des sciences juridiques économiques et de gestion.

J .o. r. f : journal officiel de la république française.

J . c . p : Juris classeur périodique.

Litec : Librairie technique.

L. G. D. J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

N : numéro.

Op. cit : ouvrage précité.

P : page.

R.D.I : Revue de droit immobilier.

R . T .D : Revue trimestrielle de droit.

Rev : Revue.

Rev. Mensuelle : Revue mensuelle.

Rev. Soc : Revue des sociétés.

Sarl : société à responsabilité limitée.

Vol : Volume.

مقدمة

اتخذ النشاط الاقتصادي للإنسان منذ ظهوره شكلا فرديا يتضمن رأس مال وجهد الفرد الواحد، وشكلا جماعيا تتضافر فيه جهود واموال العديد من الأفراد، فبعد شعور الانسان بقصور ثروته عن بلوغ الأهداف الكبرى ظهرت الحاجة لتضافر الجهود، اذ من النادر أن يتمكن الجهد الفردي مهما عظمت قوته من ان يقوم بإنشاء مشاريع اقتصادية وتجارية كبرى، لذلك تحول العمل الفردي لعمل جماعي عندما اتجه الفكر الإنساني نحو الاشتراك، فطغى الشكل الجماعي على الشكل الفردي منذ بداية عهد الثورة الصناعية[1].

تولد عن هذا التضافر الجماعي عن طريق اتفاق الافراد على أن يضع كل منهم رأسماله و ائتمانه من اجل تحقيق هدف مشترك، ظهور شخصية معنوية قانونية جديدة مستقلة عن الافراد المكونين لها و المتمثلة في الشركة ، فانبثقت الشركات التجارية المتنوعة التي غزت مختلف أوجه النشاط لاقتصادي، وتنافست الأنظمة القانونية على اختلافها في انتقاء القواعد التي تضمن لها التطور والرواج، بل ولقد تعاظمت أهمية الشركات التجارية لدرجة انها أصبحت تتمتع بسلطة كبيرة، فتدخلت الدولة للسهر على رقابتها حتى لا تنحرف عن هدفها وتصبح أداة للاستغلال الاجتماعي أو للسيطرة السياسية[2].

[1] الياس حداد، القانون التجاري، بري بحري جوي، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2006، ص 103.
[2] محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 07.

تعتبر الشركة من الناحية القانونية عبارة عن عقد[1]، الى جانب كونها منذ ظهورها عبارة عن شخص معنوي يتولد عن ذلك العقد ويكتسب كيانا قانونيا مستقلا عن شخصية الشركاء، وأمام التطور الكبير الذي طرأ على الحياة الاقتصادية والاجتماعية لم يعد مفهوم العقد قادرا على الاحاطة بكل الآثار القانونية التي تترتب على تكوين العقد، وان عوامل خارجية أملتها ضرورات عملية أدت الى تدخل المشرع بطريقة آمرة فتم تغليب فكرة التنظيم القانوني مع الاحتفاظ بفكرة العقد في الشركة التجارية [2].

ان الاقتصاد الذي يتجه نحو الليبرالية والانفتاح والمنافسة الحرة لا بد ان يؤدي لتوسيع الهياكل الاقتصادية و تطوير الأنظمة القانونية، نظرا لتطور العلاقات القانونية خاصة في الشركات التجارية حيث استمد هذا التطور من الطبيعة الذاتية للشركة، مما أدى لتدخل المشرع بطريقة آمرة بالأخص في مادة الشركات التجارية، فيتبين لنا بوجه عام من خلال القانون التجاري [3]، تعدد النصوص القانونية الآمرة التي تحتوي على مجموعة من الأحكام المنظمة للشركة و المقيدة لإرادة الشركاء والمسيرين فيها ضمانا وحماية لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقات القانونية التي تتم في الشركة التجارية.

يقسم النظام العام الاقتصادي الى قسمين يتمثل الأول في النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي يهدف الى تحقيق اهداف الاقتصاد الوطني من خلال ايجاده أنظمة لا تتعارض مع تلك الأهداف، أما القسم الثاني فيتمثل في النظام العام الحمائي الذي يتكون من مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف الى حماية كل الأطراف تحقيقا للعدالة، حيث يعكس هذا التقسيم واقع التشريع الذي يهدف

[1] احتفظ الشرع بالتصور التعاقدي للشركة في المادة 416 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، و ذلك رغم التطور الذي أصاب مفهوم الشركة التجارية خاصة بعد الاعتراف بالمؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد.

[2] سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، الوافي في أساسيات التجارة و التجار، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2011، ص 183.

[3] الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 101 .

لحماية الشركة والشركاء خدمة لمصالح اقتصادية واجتماعية، الى جانب رعاية مصالح الغير المتعامل معها[1].

وضع المشرع الكثير من الأحكام القانونية التي ترمي لتعزيز الثقة والائتمان بالنسبة لمختلف العلاقات القانونية التي تنشأ في الشركة التجارية، فمثلما اهتم المشرع بالعلاقات القانونية للشركاء والمساهمين، لم يتجاهل العلاقات التي تبرمها الشركة التجارية مع الغير باعتبارها شخصا معنويا لأنه عند غياب الثقة اللازمة لا تجد الشركة من يتعامل معها ،فيحتل الغير مكانة مهمة في معاملات الشركة مع محيطها الخارجي ولكي تتمكن الشركة من أن تضطلع بالدور الفعال المناط بها على أحسن حال[2]، لا بد من ارساء نوع من التوازن بين المصالح المختلفة والمتعارضة في الشركة التجارية.

ان حماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية كقاعدة قانونية لا يمكن فهمها والإحاطة بها وتحديد وسائلها الا بتقصي مصادرها وتتبع أصولها التاريخية، فان حداثة الفكرة لا يعني أنها كانت مجهولة كليا في القوانين القديمة كالقانون الروماني، الى جانب وجود هذه الفكرة في الفقه الإسلامي[3].

جعلت النظرة الرومانية للالتزام وتأثر القانون الروماني بالمذهب الشخصي ومبدأ الشكلية آثار العقود لا تتعدى لغير أطرافها، فانعكس ذلك على المعاملات التجارية فقد كانت الشركة آنذاك عقدا لا يرتب آثار تجاه الغير، حيث تبقى الأموال التي يقدمها الشركاء ملكا شائعا بينهم ولم يكن ينشئ عن الشركة شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركة.

بقي الحال كذلك حتى القرن الثاني عشر حيث ظهرت شركة التضامن والتوصية البسيطة، وأصبح الشركاء مسؤولون بالتضامن عن ديون الشركة تجاه الغير، وفي تطور آخر لجأ التجار الى ضرورة الإعلان عن وجود الشركة لحاجتهم للائتمان، فكانوا يقومون بإيداع أسماء المسيرين والشركاء

[1] عبد الله خالد السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، ج 2"هدم الوجود القانوني للشركة التجارية" جامعة تونس المنار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تونس 2001/2000، ص 436.

[2] محمد الحميدي، حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية المحدودة ، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل وحقوق الانسان، تونس، العدد 7، لسنة 2008، ص 79.

[3] عرف الفقه الاسلامي أنواعا متعددة من الشركات كشركة المعاوضة وشركة العنان والمضاربة، لكنها لا تستقل عن أعضائها وليس لها ذمة مالية خاصة بها، ومع ذلك اقرت الشريعة الإسلامية فكرة الوكالة الظاهرة كما تعرفها النظم الحديثة، باعتبارها وسيلة تصلح كأساس قانوني لتبرير حماية الغير حسن النية.

في قنصلية التجار "consulat" وهي عبارة عن الهيئة المركزية للتجار، وذلك لإعلام الغير لكي يحدد موقفه من الشركة، الى ان أصبح للشركة ذمة مالية خاصة بها تمثل ضمانا لدائنيها[1].

لكن رغم الاهتمام الذي حظي به الغير على مستوى النصوص القانونية، وحتى الاجتهادات الفقهية والقضائية بقي مصطلح الغير يشوبه الغموض رغم أنه قديم قدم نشأة القانون، ورغم أنه من أكثر المصطلحات القانونية انتشارا واستعمالا على مستوى النصوص القانونية خاصة التجارية، فغموضه يرجع للفراغ التشريعي حول تحديد مفهوم واضح ودقيق له مما أدى الى اختلاف المفاهيم حوله[2]، ومع ذلك تطور مصطلح الغير بعد انتشاره في الفقه المدني الفرنسي الذي أطلق عليه عبارة " Les tierces personnes "، ثم تم تبسيط العبارة لتصبح مقتصرة منذ 1800 على كلمة الغير "Le Tiers" التي استعملها الفقه الفرنسي مثل الفقيه "Pothier [3]".

ميز القانون المدني بين الغير والطرف حيث يعتبر الطرف في العقد هو من وقع العقد بإرادته[4]، اما الغير فهو كل شخص أجنبي عن العقد لا تنصرف اليه الالتزامات المترتبة عنه و يمكن أن يكتسب حقوقا[5]، غير أن مفهوم الغير في القانون التجاري مختلف كليا، اذ يعتبر بالمفهوم الواسع كل من تربطه علاقة قانونية او تجارية بالشركة، فيشمل الغير في هذه الحالة كل من الزبائن، والموردين و المقرضين، وكل مؤجر أو مستأجر لعقارات او منقولات، كما يعتبر العمال من بين دائني الشركة التجارية، بالإضافة لكل من حملة السندات وحملة شهادات الاستثمار.

كما يمكن أن يكون من بين الأشخاص المنتمين لطائفة الغير حملة الأسهم في شركة المساهمة، الذين تتشابه وضعيتهم مع الغير فبالرغم من كونهم شركاء الا انهم قد يجهلوا الكثير من أمور الشركة،

[1] سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، مصر،1999، ص 61 و 65.

[2] - لا بد من الإشارة في هذا المقام لغياب مفهوم واضح ومحدد للغير سواء في القانون الجزائري أو في القوانين المقارنة.

[3] Robert. Joseph. Pothier, Traité des obligations ,préface de Jean louis Halpèrin, Dalloz, France, 2011, P 85.

[4] تنص المادة 59من ق.م على" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهماّ المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية".

[5] تنص المادة 113 من ق.م على" لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

خاصة تلك المتعلقة بصحة إجراءات التأسيس في شركة المساهمة، فقد يكون من بين الشركاء من لا يعرف عن الشركة الا اسمها[1].

يتبين لنا بالرجوع للقانون التجاري ان للغير معنى ضيق وآخر واسع، فسوف يتضح لنا من خلال هذه الدراسة ان الأحكام القانونية التي وفرت ميكانزمات لحماية الغير اهتمت بالأشخاص الذين تعاملوا مع الشركة من الخارج، فيشمل هذا المصطلح بمفهومه الضيق كل المتعاملين الخارجيين للشركة سواء كانوا اشخاصا طبيعية او معنوية أي كل زبون و مقرض ومورد ومؤجر او مستأجر ، الى جانب حملة السندات، وكل دائن للشركة بينما يستثنى كل من المساهمين في شركة المساهمة الى جانب حملة شهادات الاستثمار[2]، كما يستثنى من المعنى الضيق للغير العمال باعتبارهم خاضعين لنظام قانوني اجتماعي خاص بهم، يجعل مركزهم القانوني بعيد كل البعد عن المركز القانوني لدائن الشركة.

لا يملك الدائنين الشخصيين للشركاء أي حق على أموال الشركة التي تعتبر الضمان العام لدائنيها دون غيرهم، لذلك لا يمكن اعتبارهم من الغير الا في حالة تمسكهم بحقهم على أموال مدينهم الشريك في الشركة، وذلك عن طريق رفع دعوى غير مباشرة[3].

وعليه فان الغير المعني بهذه الدراسة هو كل متعامل مع الشركة التجارية وكل متعاقد اي كل الأشخاص الذين سبقت الإشارة إليهم في المفهوم الضيق للغير في القانون التجاري.

بالإضافة لهذه الالتزامات التعاقدية للشركة تجاه الغير يوجد التزامات أخرى ذات طبيعة قانونية والتي سيتم التطرق لها دون الخوض في كل احكامها القانونية، كالالتزامات الضريبية والالتزامات الناشئة عن شبه العقود أو المسؤولية التقصيرية عند توفر شروطها القانونية، والتزامات أخرى ذات طبيعة اجتماعية، حيث تعتبر التزامات الشركة تجاه عمالها علاقات قانونية خاصة تخضع لنظام

[1] J. Calais, Auloy, Essai sur la notion D'apparence en droit commercial , L.G.D.J 1959, P135 .

[2] فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية وفقا للقانون الاتحادي الاماراتي لسنة 1984، مطبعة الفجيرة الوطنية، الامارات المتحدة، 2007، ص 365..365

[3] Le Lamy des sociétés commerciales,Dlloz,France,2013, p737.

قانوني مميز كونها تختلف عن العلاقات التجارية الخارجية للشركة[1]، من هنا يتخذ العمال صفة الدائنين الداخلين حيث تربطهم بالشركة علاقة عمل داخلية.

بينما يعتبر من الدائنين الخارجين الغير ممن يتعامل مع الشركة وهم من تربطهم رابطة عقدية، أو أحيانا رابطة تنشأ نتيجة مسؤولية تقصيرية للشركة تجاه الغير[2]، ولا بد من الإشارة في هذا المقام ان المسؤولية التقصيرية لا تعتبر أساسا لمسؤولية الشركة التجارية تجاه الغير، وهذا ما قصده المشرع من خلال توفير الحماية القانونية للغير، فاعتبار المسؤولية التقصيرية أساسا لالتزام الشركة التجارية تجاه الغير يتنافى مع الحكمة من تقرير مبدأ حماية الغير، لأن أول نتائج هذه المسؤولية التقصيرية القاء عبئ اثبات الخطأ على الغير[3]، وهو ما استبعده المشرع من الاحكام القانونية التي تحمي الغير المتعامل مع الشركات التجارية.

وعليه فان المعاملات الخارجية للشركة التجارية هي أهم العلاقات القانونية التي حظيت باهتمام ورعاية المشرع، والتي أشار إليها مستعملا عبارة "الغير" في النصوص التي نظمت الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية.

من بين أهم الأسس القانونية التي تقوم عليها فكرة حماية الغير "مبدأ حسن النية"، فاعتبره المشرع في الكثير من الحالات شرطا أساسيا لكي يتمتع الغير بالحماية المقررة له قانونا، فأصبح مبدأ حسن النية مطلبا مهما من أجل حصول الغير على حكم قضائي لصالحه، والذي يتحدد وجوده وقت التعاقد[4].

ساهم مبدأ حسن النية في تطور فكرة حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية حيث استند عليه القضاء، واتخذه كعنصر جوهري في الكثير من المبادئ القضائية التي أرست أنظمة مهمة

[1]Francois . Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises, Dalloz, France, 2003, P 253.

[2] Farag. Hmoda, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés , thèse en vue de l'obtention du titre de doctorat en droit privé, université de franche comté, France, 2013, P 17.

[3] سعودي حسن سرحان، المرجع السابق، ص 121.

[4] Sabine . vacrate, La société créée de fait essai de théorisation , préface de herve lecuiyer B.D.D.P ,TOME 405,L.G.D.J,France,2003,p 92.

تهدف لحماية الغير، من بينها نظرية الظاهر التي اعتمد في ايجادها القضاء الفرنسي على مبدأ حسن النية كأساس قانوني لتبريرها، ويعود الفضل لهذه النظرية في إيجاد الكثير من الأنظمة القانونية التي تهدف لحماية الغير.

تظهر أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات ودعما للثقة، وذلك حماية لمركز موضوعي يتمثل في تأمين الثقة في المعاملات القانونية[1]، فعندما استند المشرع على نظرية الظاهر حماية للغير، جعل من الوضع الظاهر الأساس الوحيد دون اشتراط صدور خطأ من الغير، ودون الإخلال بشرط حسن نية الغير[2].

تلعب في هذه الحالة قواعد الاشهار القانوني دورا مهما لحماية الغير لأنها تساعده في تجنب صعوبة اثبات الوضع الظاهر، وإضافة لكون إجراءات الاشهار القانوني قواعد آمرة من أجل تأسيس الشركة التجارية واكسابها للشخصية المعنوية، والاعلان عن وجود الشركة للغير فهي تهدف لإعلام الغير بأوضاع الشركة القانونية والمالية، حيث تمكنه هذه المعلومات من تحديد موقفه في طريقة تعامله مع الشركة.

كما يعتبر الإقرار بالوجود الفعلي للشركة التجارية من اهم تطبيقات نظرية حماية الغير في الشركة التجارية تعود نشأة الشركة الفعلية للقضاء وبالتحديد القضاء الفرنسي، ثم قامت بتبنيها والاعتراف بها معظم التشريعات من بينها المشرع الوطني، بعد أن لقيت نجاحا إثر مساندة الفقه لهذه النظرية وإيجاده لآليات العمل بها وتطبيقها بعد ارساء شروطها وتحديد آثارها .

عند اعتبار الشركة الفعلية شركة منعدمة الشخصية المعنوية فان هذا يؤدي الى ضرورة التميز بينها وبين الكثير من الأنظمة المشابهة لها، من هنا تظهر لنا أهمية البحث عن مبرراتها والأساس الذي تم الاستناد عليه لإيجادها، والبحث عن مسألة استبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني، الى جانب زوالها عند فشل عملية تصحيحها او انتهائها بعد افلاسها .

[1] سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعارضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005، ص 99.
[2] سعودي حسن سرحان، المرجع السابق، ص 117.

الى جانب هذه الضمانات الشكلية لحماية الغير في الشركات التجارية وضع المشرع أحكاما موضوعية في غاية الأهمية حفاظا على الشركة و على حقوق الغير، عن طريق الاهتمام برأس مال الشركة الذي يشكل الضمان الأساسي لدائنيها، فوضع قواعد آمرة منذ تكوين راس المال لتأكيد وجوده تجنبا لحالة الصورية التي تؤدي لوهمية الشركة التجارية، فأحاط المشرع كل العمليات المتعلقة برأس مال الشركة سواء تعلقت بزيادة في رأس المال او خفضه، وكذا عملية توزيع الأرباح الى جانب الاندماج و الانفصال بأحكام و إجراءات تهدف لحماية الغير من خلال الحفاظ على رأس مال الشركة التجارية [1].

يعتبر "مبدأ ثبات رأس المال" من اهم الضمانات الموضوعية لحماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية، ان أهم ما يميز رأس المال أنه مبلغ ثابت فإن حماية ثباته أمر مهم للشركة وللغير فحمايته من التأثيرات والتغييرات التي قد تصيبه تساعد على بقائه ثابتا، لهذا تدخل المشرع لحمايته حتى في حالة تحديد حد أدنى له، خاصة أن مسألة ثباته لا تمنع الشركاء من احداث تغييرات عليه ما يؤدي للمساس بمبدأ ثبات رأس المال[2].

قد تبدو إعادة هيكلة الشركة التجارية عن طريق عمليتي الاندماج والانفصال ملائمة جدا لمصالح الغير لما قد تنتجه من زيادة في رأس المال، الا انه قد يحدث العكس فيكون أثرهما الإنقاص من الضمان سواء بالنسبة لدائني ومديني الشركة الدامجة والمندمجة، ونفس الشيء بالنسبة لدائني الشركة المفصلة التي يقسم رأسمالها لإنشاء شركات أخرى جديدة[3].

أدى التطور الذي شهده قانون الشركات التجارية الى تضييق بعض مصادر المسؤولية تجاه الغير خاصة مع استبعاد الشريك من الالتزام تجاه الغير، ويرجع ذلك لعدم ارتكابه لخطأ شخصي

[1] محمد حميدي، المرجع السابق، ص 83.

[2] Paul le Cannu , Droit des sociétés , Montchrestien , 2éme éd , France , 2003 , p 200.

[3] M. Cozian, et A.Vivandier, Droit des sociétés, 25 ème éd , Lexis-Nexis,France,2012, p , 549.

وبسبب أن ديون الشركة ليست ديونه الشخصية، فبرزت ضرورة وضع تنظيم محكم لعلاقات الشركة التجارية وممثلها مع الغير خاصة في مجال المسؤولية.

لكن التوفيق بين الشخصية القانونية للشركة والشخصية القانونية للشخص الطبيعي الذي يمثلها ليس بالأمر الهين، لأنه يؤثر على مصالح كل من الشركاء والشركة والغير، بالإضافة لوجود أجهزة مختلفة داخل الشركة فتتعدد العلاقات القانونية وتتنوع الحقوق، وتتعارض المصالح[1]، فينعكس كل هذا بطريقة سلبية على المتعاملين مع الشركة التجارية، لولا وجود نصوص قانونية لضبطها، من اجل ذلك وضع المشرع نظاما قانونيا محكما لتمثيل الشركة تجاه الغير، فاعتنى المشرع بهذه المسألة تاركا للشركاء إمكانية تسمية مسير الشركة أو مجموعة من المسيرين من بين الشركاء أو الغير[2].

اهم القواعد التي تضمنها هذا النظام القانوني قاعدة "عدم الاحتجاج على الغير" حيث تسمح هذه القاعدة للغير بأن لا يعلم بوجود بعض التصرفات الصادرة عن ممثلها حتى بعد تعاقده معه، وفي حالة الاحتجاج عليه بها سمح المشرع للغير بأن يتمسك بعدم تطبيق أثرها عليه باعتبارها غير نافذة بالنسبة له.

تظهر أهمية قاعدة عدم الاحتجاج على الغير عندما يتعلق الامر بتجاوز موضوع وحالة قيام المسير بتجاوز سلطاته تجاه الغير، ولإعمال هذه القاعدة يجب تحقق جملة من الشروط، كما انها لا تطبق في كل أشكال الشركات التجارية[3].

لا تسأل الشركة التجارية عن أعمال ممثليها تجاه الغير، إلا في حالة ارتكابهم لأخطاء تتعلق بممارسة أعمال التسيير، ولا يلتزم المسير تجاه الغير شخصيا إلا في حالة اقترافه لخطأ الشخصي فتظهر هنا أهمية التمييز بين الخطأ في التسيير والخطأ في تطبيق الاحكام القانونية التي تنظم الشركات

[1] Daniel Veaux, La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales , librairie de la cour de cassation, France ,1947,p 05

[2] محمد حمدي، المرجع السابق، ص 86.

[3] Amel Mamlouk, La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers , Annales des sciences juridique, périodique F.S.J.E.G , tunisie,2010, p 80.

التجارية، فتكون هذه التفرقة مشابهة للتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي المعروفة في القانون الإداري[1].

من ناحية أخرى قد يتعامل مع الغير وباستعمال اسم الشركة شخص لا يمتلك أية صفة قانونية لتمثيل الشركة، فيحدث هذا التسيير العشوائي نوع من الفوضى في تنظيم الصلاحيات داخل الشركة، لأنه يؤدي إلى قيام كل الأشخاص المكلفون بإدارة الشركة أو الرقابة عليها بتجاوز سلطاتهم، فيصعب على الشركة والغير تحديد المسؤول عن الأخطاء والتجاوزات التي تقترف في الشركة وتجاه الغير مما يؤثر سلبا على حقوق الغير.

لا يقتصر الأمر على ذلك بل ان الشخص الذي يقوم بأعمال التسيير الفعلي للشركة يكون مهملا، وغير مباليا نظرا لأنه غير مسؤول عن أخطائه، فيرتكب تجاوزات كثيرة وخطيرة، هذا ما دفع القضاء الفرنسي للبحث عن حلول قضائية لهذه المسألة فظهرت نظرية المسير الفعلي التي تعتبر أهم الحلول لمواجهة أخطار التسيير الفعلي[2]، وبعد أن اثبتت هذه النظرية نجاحها اعترفت بها معظم التشريعات في مادة الشركات التجارية، من بينها المشرع الوطني.

تختلف وضعية الدائن في الشركات التجارية بحسب اختلاف شكل الشركة التي يتعامل معها، وبالتالي فإنه لا تتساوى مسؤولية كل من الشريك والشركة في كل أشكال الشركات فهناك شركات تتمتع بشخصية معنوية وشركات لا تكتسبها، هناك شركات تقوم على اعتبار مالي وشركات أخرى قائمة على اعتبار شخصي[3]، ان تمتع كل شركة تجارية بخصائص قانونية معينة جعل حماية الغير تختلف من شركة لأخرى.

[1] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري دراسة مقارنة منشورات الحلبي، ط 1 ، لبنان 2006، ص 323.
[2] R. Rodière , Les procédures collectives de liquidation des entreprises en droit comparé , Ecomica, France,1967, p 183.
[3] D. Veaux, op.cit, p 255.

تتمتع شركات الأشخاص بنظام قانوني يكفل للغير منذ تأسيس هذه الشركات لغاية نهايتها وتصفيتها الحصول على حقوقه كاملة، وأهم خصائص هذه الشركات أنها تحتوي على مسؤولية مشتركة بين الشخص المعنوي والشركاء[1].

منذ ظهور نظرية الشخصية المعنوية اختفت المسؤولية الشخصية للشركاء تجاه الغير، كما سمحت هذه النظرية بتحديد مسؤولية الشريك تجاه الغير لأنها حولت الشركة من مجرد عقد لشخص قانوني مستقل بذمته المالية التي تعتبر الضمان العام للدائنين، ومع ذلك لا تزال المسؤولية الشخصية للشريك قائمة في شركات الأشخاص حماية للغير المتعامل معها[2]، فأبقى المشرع على المسؤولية الشخصية للشريك في هذه الشركات وقام بوضع نظام قانوني يحتوي على ضمانات تسهل عملية استيفاء دائني الشركة لحقوقهم[3].

في نفس السياق اعتبرت المسؤولية التضامنية للشركاء في شركات الأشخاص من أهم المميزات التي تتصف بها هذه الشركات حيث تعتبر السبب الرئيسي لاكتساء المسؤولية فيها لطابع شخصي[4].

أما شركة المحاصة فان طبيعتها الغامضة التي تتميز بها نظرا لعدم ظهورها للغير، وعدم تمتعها بشخصية معنوية، يرتب آثار قانونية مهمة تتمثل في عدم إمكان اعتبارها دائنة أو مدينة تجاه الغير، مما يجعلها غير قادرة على تحمل التزاماتها التي أبرمها مسيريها، أو الشركاء فيها[5].

هذه الخصائص القانونية لشركة المحاصة دفعت المشرع لتنظيم علاقة هذه الشركة بالغير، خاصة أن المخاطر التي يتعرض لها الغير في هذه الشركة لا ترجع فقط لانعدام شخصيتها المعنوية، حيث تتضاعف الخطورة بسبب الحرية التعاقدية الواسعة للشركاء فيها الذين منحهم المشرع حقوق

[1] J. Bernard- Blaise, Droit des affaires commerçants, commerce, distribution, 3eme éd, L.G.D.J, France, 2002, p 148.
[2] D. Veaux. Op.cit. p 20.
[3] هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، 1997 ، ص 77.
[4] R. Rodière, Droit commercial groupements commerciaux , 9eme éd, Dalloz, 1997, p 87.
[5] PH. Merles, , p 782.

واسعة من أجل ابرام كل العقود وكل التصرفات، وذلك على عكس الشركاء في باقي الشركات التجارية[1].

لا مجال للمسؤولية الشخصية للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ورغم ذلك فإنها تحتوي على قواعد في غاية الأهمية بالنسبة لحماية حقوق الغير، حيث عرفت المسؤولية المحدودة للشريك في هذه الشركة عدة استثناءات، ظهرت عند تأسيس الشركة، وعند تقديم الحصص العينية، أين تتحول مسؤولية الشريك من مسؤولية محدودة لمسؤولية تضامنية، الى جانب تشديد مسؤولية مسيريها عند خضوعها لنظام الإفلاس [2].

يعتبر مبدأ استقلالية الذمة المالية للشريك الوحيد في المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد أهم خصائص هذه الشركة، لكنه يحتوي في الوقت ذاته على مخاطر تهدد مصالح الغير[3]، نظرا لصعوبة تطبيق عملية الفصل الكامل بين الذمة المالية للشريك الوحيد والذمة المالية للشركة.

يعتبر كل استغلال لأموال المؤسسة إخلال بالواجب الائتماني للشريك نحو الغير وإخلال بالتزام قانوني أساسي تقوم عليه الشركة وهو الفصل القطعي الواضح بين أمواله الشخصية وأموال الشركة[4] ، لذلك حاول المشرع إيجاد بعض القواعد القانونية التي تساعد على تكريس مبدأ الفصل بين ذمة الشركة وذمة الشريك الوحيد .

ان قيام شركات الاموال على الاعتبار المالي يجعل من رأسمالها وموجوداتها اهم الضمانات المقررة الغير المتعامل معها[5]، غير ان تغلب الاعتبار الشخصي على الاعتبار المالي في بعض الحالات جعل الغير في مأمن تجاه المسؤولية المحدودة للشركاء في شركة المساهمة، فتم تشديد مسؤولية

[1] المادة 795 مكرر3 ق.ت : يتفق الشركاء على موضوع الفائدة أو شكلها أو نسبتها وعلى شروط شركة المحاصة.
[2] Bruno. Dondero, Droit des sociétés, 3eme éd, Dalloz, France, 2013, p 335.
[3] Claude. Champaud, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée , Dalloz, France, 2012, p 615.
[4] فيروز سامي عمرو، شركة الشخص الواحد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية،1996، لبنان، ص 140
[5] سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، المرجع السابق، ص 286.

مؤسسي شركة المساهمة والقائمين بإدارتها عند تسببهم ببطلان إجراءات تأسيس الشركة، مما يوفر حماية مهمة للغير ويساعد على تشجيع عملية الاكتتاب[1] .

كما سمح المشرع لرئيس مجلس إدارة شركة المساهمة ولمديرها العام بمنح ضمانات خاصة للغير وذلك بالنسبة للديون التي نشأت باسم الشركة، فتقوم هذه الأخيرة عن طريق ممثليها بتوفير الضمانات الكافية لدائنيها[2]، ويشترط لصحة اتفاقيات الضمان توفر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية حتى لا تتضرر مصلحة الشركة ومصالح الغير على حد سواء، تعمل هذه الضمانات على حماية حقوق الغير من أخطار تغير الوضع المالي للشركة.

كما يعتبر الالتزام بالإفصاح عن الأوضاع المالية والاقتصادية للشركة مظهرا هاما من مظاهر الثقة وحسن النية في المعاملات[3]، فيقع على الشركة واجب إشهار كافة الحقائق عن الشركة وإبراز جميع البيانات المالية التي تهم الغير المتعامل معها[4].

في نفس السياق يمثل الاعتبار المالي آلية مهمة تساعد الغير في الحصول على حقوقه، عند تعامله مع تلك التكتلات الاقتصادية التي تجتمع فيها الأموال والخبرات مثل التجمع ذو المنفعة الاقتصادية او مجمع الشركات التجارية [5]، الا ان بعض الخصائص القانونية لهذه التكتلات قد تجعل الغير المعامل معها يواجه صعوبات من اجل استيفاء حقوقه.

عمل المشرع على إرساء مجموعة من الأحكام القانونية التي تنقذ المدين سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا من تطبيق نظام الافلاس بعد توقفه عن الدفع، وذلك عن طريق نظام التسوية القضائية الذي يحول دون انهيار الشركة، فيمكن أن يسمح للشركة بمواصلة استغلال مشروعها

[1] المادة 715 مكرر 21 من ق.ت.

[2] تنص المادة 624 من ق.ت على : " يجوز لمجلس الإدارة أن يأذن لرئيسه أو لمدير عام حسب الحالة بإعطاء الكفالات أو الضمانات باسم الشركة في حدود كامل المبلغ الذي يحدده".

[3] يختلف واجب الإفصاح عن المعلومة المالية للغير عن النظام الخاص بالمعلومة الامتيازية الذي جاء به المشرع لحماية حق المساهم في الحصول على معلومات مالية حماية لتداول الأسهم في البورصة، حيث جرم المشرع بعض الممارسات.

[4] عصام حنفي محمود، القانون التجاري ، ج 1، برنامج محاسبة البنوك والبورصات، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 22.

[5] .كما يعتبر كل من الاندماج والانفصال تكتلات اقتصادية تسمح بإنشاء شركات جديدة

لتتمكن من إنقاذ ما تبقى منه من أجل تسديد حقوق ومستحقات الدائنين[1]، اما عند تردي الوضع الاقتصادي للشركة بحيث يصعب معه انقاذها يتم اخضاعها لنظام الإفلاس الذي يتضمن قواعد قانونية تهدف لإرساء مبدأ المساواة بين الدائنين، من أجل التنفيذ الجماعي على أموال الشركة.

على غرار الاهتمام الذي لقيه الغير أثناء تكوين الشركة وممارستها لنشاطاتها اهتم المشرع بدائني الشركة عندما تدخل في مرحلة الانقضاء، كما سمح للشركة التجارية أن تقوم بعملية تحويل شكلها القانوني تجنبا لحلها.

مهما كان سبب انتهاء الشركة فإنها تدخل في مرحلة التصفية، ولا بد من إنهاء نشاطها على وجه السرعة نظرا لما قد يكلفه ذلك الاستغلال المصطنع من أموال مما يضر بالضمان العام المخول للدائنين، لذلك فإن الحكم الذي يقضي بتصفية الشركة التجارية يضع حدا لنشاطها ويحدد الإجراءات الواجب اتخاذها.

أهم المبادئ التي تضمن حقوق الغير في هذه المرحلة احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية وبخصائصها الجوهرية بعد دخولها في التصفية، لكي يتمكن الدائنين من الحصول على مالهم من حقوق من أموال الشركة دون مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء[2]، بالإضافة لإجراءات قانونية أخرى ترمي للمحافظة على الضمان العام للدائنين.

بناء على ما سبق ذكره تتضح لنا الأهمية التي يحتلها الغير في المعاملات الخارجية للشركة التجارية، والتي انعكست بصورة مباشرة على كل جوانب نظرية حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، سواء من الناحية التشريعية، والقضائية والفقهية.

من الناحية القانونية كرست جملة من النصوص القانونية كل من الحماية الموضوعية والاجرائية لحقوق الغير المتعامل مع الشركات التجارية، الامر الذي تضاعفت معه أهمية هذه الدراسة رغم أنه من الصعب الإحاطة بكل هذه الضمانات كونها متناثرة في نصوص القانون التجاري منذ نشأة الشركة التجارية لغاية انتهائها.

[1] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 327.
[2] محمد حميدي، المرجع السابق، ص 104.

كما تظهر أهمية هذه الدراسة في كونها تتعرض لحالة تضارب المصالح في الشركة التجارية وما له من تأثيرات سلبية على حقوق الغير المتعامل معها، الا اننا لم نعثر من الناحية الفقهية على دراسة متكاملة ومتخصصة حول فكرة حماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية بصفة خاصة، حيث اهتمت معظم الدراسات بعرض حماية الشركة وحماية المساهم في الشركة دون عرض فكرة حماية الغير، واكتفت بالتطرق لآليات حماية الغير دون تحليل لجوانب الحماية، فضلا عن عدم التعرض لتحديد مفهوم ومجال الغير رغم شيوع هذا المصطلح القانوني في كل فروع القانون.

هذا ما جعلنا نسلط الضوء على تحديد مجال الغير المتعامل مع الشركات التجارية، و النظام القانوني للحماية الموضوعية والاجرائية، والبحث عن أهم التطبيقات القانونية لهذه الحماية في كل شكل من أشكال الشركات التجارية لكن دون تجاوز إطار الخاصية المميزة لكل شركة تجارية، من خلال ربط كل خاصية بفكرة حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، و بتسليط الضوء على أهم ما جاء به المشرع من ضمانات في كل شركة، دون الخوض في كل أحكام الحماية الجزائية للغير في القانون التجاري، ويرجع ذلك لكون انه من الصعب التعرض لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية من كافة الزوايا.

اما من الناحية القضائية فان احكام وقرارات الهيئات القضائية بمختلف درجاتها تكاد تنعدم في هذا الشأن، باستثناء بعض الاجتهادات القضائية التي لا ترتبط مباشرة بموضوع الدراسة، فمن اجل إزالة بعض هذه الصعوبات حاولنا دراسة هذا الموضوع باستعمال منهج وصفي عند الحديث عن صور الحماية التي وفرها المشرع للغير في الشركات التجارية، محاولين جمع اهم الضمانات الشكلية والموضوعية، كما اعتمدنا على أساليب المنهج التحليلي في محاولة تحديد مجال الغير، وضبط مختلف ابعاد الحماية، والوقوف على إيجابيات الحماية القانونية لحقوق الغير وكذا النقائص التي تعاني منها.

كما سنلجأ لاستعمال المنهج المقارن الذي رافقنا في كل مراحل الدراسة، والذي ساعدنا على تحليل جوانب مهمة في الموضوع، واعتمدنا من خلاله على مختلف التشريعات أهمها القانون الفرنسي وتسليط الضوء على ما توصل اليه كل من التشريع والقضاء الفرنسي اللذان يرجع لهما

الفضل في إيجاد الكثير من الأنظمة القانونية التي تحمي الغير المتعامل مع الشركات التجارية، الى جانب وضع أسسها وتحديد آثارها القانونية، التي ساهمت بشكل كبير في تطور فكرة الغير في الشركات التجارية.

من خلال ما سبق ذكره تتجلى لنا إشكالية الدراسة في الوقوف على أهم ضمانات حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية على ضوء الاحكام القانونية، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مدى نجاح النظام القانوني لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، ما يحيلنا لطرح التساؤل آخر حول أهم ما يميز هذه الحماية في كل شكل من أشكال الشركات التجارية ، ثم التساؤل عن مدى نجاح المشرع في وضع نظام متكامل يجعل الغير الذي يتعامل مع الشركة التجارية في مأمن من كل التصرفات التي تقوم بها الشركة، او مسيريها او الشركاء فيها، وفي مواجهة كل القرارات التي تصدرها الشركة وكل الظروف التي تتعرض لها والتي تتغير خلالها الشركة في كل مراحلها منذ نشأتها ولغاية انتهائها .

حتى تتمكن هذه الدراسة من تحقيق غايتها والتوصل للإجابة على اشكاليتها ارتئينا تقسيمها الى بابين:

حاولنا من خلال الباب الأول دراسة النظام القانوني لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية والذي تضمن اهم الأحكام الشكلية والموضوعية التي ترمي لحماية الغير في كل الشركات التجارية.

أما الباب الثاني من هذه الدراسة فسنخصصه لدراسة صور حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، من خلال تسليط الضوء على تأثير الخصائص المميزة لكل شركة تجارية في حماية الغير المتعامل معها، ثم دراسة مظاهر هذه الحماية في مرحلة افلاس وانقضاء الشركة التجارية وتصفيتها .

الباب الأول

النظام القانوني لحماية الغير في الشركات التجارية.

ان الأهمية التي يحتلها الغير في التعاملات الخارجية للشركة التجارية دفعت المشرع للاهتمام بوضع نظام قانوني يهدف لحمايته وكسب ثقته، خاصة بعد التطور الذي أصاب مفهوم الغير في القانون التجاري، والذي أدى لظهور بعض الأنظمة التي تتضمن قواعد قانونية شكلية وأخرى موضوعية ترمي لحماية حقوق المتعاملين مع الشركات التجارية، ونفس السبب جعل كل من الفقه والقضاء يهتم بحماية حقوق دائني الشركة من خلال البحث عن الحلول والوسائل القانونية لضمان تلك الحماية.

من اجل نجاح حماية الغير كان لا بد من توفير نظام حماية سابقة لدخول الشركة في ممارسة نشاطها ضمانا للثقة ولاستقرار المعاملات وللمراكز القانونية، الى جانب حماية الشركة ومن تعامل معها خلال مباشرتها لنشاطها عن طريق ممثلها، و إيجاد آليات قانونية لحماية رأسمال الشركة حيث تؤدي هذه الحماية لتعزيز الثقة في معاملات الشركة مع الغير، مما يؤدي لمضاعفة تعاملات الشركة فتزدهر الحركة الاقتصادية بتطور الشركات التجارية، ومن ثم كان من الضروري الوقوف على تحديد مفهوم الغير والضمانات شكلية لحماية حقوقه (الفصل الأول)، ثم التطرق للحماية الموضوعية للغير اثناء مباشرة الشركة لنشاطها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مفهوم الغير المتعامل مع الشركات التجارية والضمانات القانونية الشكلية لحماية حقوقه.

اهتم المشرع بتعزيز أساليب حماية المتعاملين مع الشركة التجارية ضمانا لعنصر الثقة في هذه العلاقات، ومن اجل خلق التوازن بين مختلف المصالح المتضاربة لجميع الأطراف من بينهم الغير الذي تعامل معها، ويرجع تطور فكرة الغير لأسس قانونية ذات أصل قضائي وبالتحديد القضاء الفرنسي الذي أرسي مختلف المبادئ التي تقوم عليها حماية الغير، والتي اعتمدتها الكثير من التشريعات بعد أن اثبتت نجاحها .

فنجد المشرع يتناول علاقة الشركة التجارية بالغير عن طريق احكام شكلية مهمة، فلضمان فعالية حماية الغير بشكل عام اهتم المشرع أولا بالشكل الذي تظهر به الشركة منذ نشأتها وقيامها بتنظيم أجهزتها، نظرا لان علاقات الشركة تتكون منذ فترة تأسيسها .

كما اهتم المشرع بالمظهر العام للشركة والذي احاطه بأحكام أهمها الالتزام بإعلام الغير بطرق قانونية ودقيقة بكل ما يهمه، وكل ما يخص الشركة وأجهزتها وتصرفاتها بعد نشأتها صحيحة وفي حالة عدم انتظامها، عند تعاملها مع الغير وظهورها بمظهر قانوني، فكان تدخل المشرع ضروريا من اجل توفير ضمانات تتعلق بالصورة الخارجية للشركة، وعليه فإننا سنتطرق خلال هذا الفصل لتحديد مفهوم الغير، الى جانب ابراز أهمية الاشهار القانوني في حماية حقوقه (مبحث اول)، ثم نتناول حماية الغير في الشركة الفعلية (مبحث ثاني) .

المبحث الأول: تحديد مفهوم الغير وأهمية الاشهار القانوني في حماية حقوقه.

يتميز مصطلح الغير بالغموض وعدم الدقة رغم كونه مصطلح قديم، وشائع على مستوى النصوص القانونية، كما اصبح هذا المصطلح يتميز بأهمية كبيرة بعد ان تبلورت فكرة الغير نتيجة لاستنادها على أسس قانونية مهمة تتمثل في مبدأ حسن النية ونظرية الظاهر، التي تعتبر اهم نظرية قامت عليها فكرة حماية الغير حسن النية وتطورت من خلالها، لذلك كان لا بد من التطرق لمفهوم الغير المتعامل مع الشركة التجاري وأسس تطور فكرة الغير في القانون التجاري (المطلب الأول)، و نظرا للغموض الذي يشوب الوضع الظاهر ، الى جانب صعوبة اثباته حاول المشرع إيجاد الوسائل القانونية لتجنب هذا الوضع الظاهر حماية للغير، ولعل أهم هذه الوسائل "الاشهار القانوني" الذي يمثل حماية شكلية مهمة تجنب الغير مواجهة وضع ظاهر غير حقيقي، فاصبح الاشهار القانوني يكتسي مكانة مهمة جدا في القانون بصفة عامة وفي مجال الشركات التجارية على وجه الخصوص، وهذا ما سنتطرق له من خلال الإشارة لأهمية الاشهار القانوني في حماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية(المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مفهوم واسس تطور فكرة الغير المتعامل مع الشركة التجارية.

يعتبر مصطلح الغير مصطلحا قانونيا متميزا، حيث يختلف مجال الأشخاص الذين يشملهم الغير باختلاف مجال دراسته فهو مصطلح متغير، فإن كان المقصود بالغير كل صاحب حق ومصلحة أي الدائن فيكون في هذه الحالة للغير عدة مفاهيم مختلفة، فمفهوم الغير في القانون المدني يختلف عن الغير في القانون التجاري خاصة في مادة الشركات التجارية، كما يختلف الدائن بالمفهوم المهني أو في قانون الاستهلاك عن دائن الشركة التجارية.

يتمتع مصطلح الغير بخصوصية كبيرة، حيث يختلف مفهومه باختلاف مجال دراسته، وهو مصطلح قانوني غامض ودقيق بالرغم من انتشاره الواسع في مختلف فروع القانون.

أما بالنسبة مفهوم هذا المصطلح وتطوره في القانون التجاري فيتميز بالخصوصية نظرا لاختلافه عن القانون المدني من حيث مضمونه ومجاله، ولعل أهم ما يميزه هو استناده إلى أسس قانونية ومبادئ قضائية ساعدت على تطور فكرة الغير في القانون التجاري خاصة فيما يتعلق بالغير المتعامل مع الشركات التجارية، وأهم هذه الأسس مبدأ حسن النية ونظرية الظاهر، هذا ما يستدعي منا البحث عن نطاق الغير المتعامل مع الشركة التجارية (فرع اول)، ثم التطرق لمبدأ حسن النية كأساس قانوني لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية (فرع ثاني)، ثم الإشارة لدور نظرية الظاهر في حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية(فرع ثالث) .

الفرع الأول: تحديد نطاق الغير الذي تعامل مع الشركة التجارية.

اكتسب مصطلح الغير حظا وافرا من الشيوع وأصبح تحديد دلالته محل دراسات عديدة، لكنه لا يزال غامضا بسبب عدم قيام المشرع بتحديد نطاقه فبقي فكرة غامضة غير منضبطة تحمل معاني متعددة، ولا بد أن نشير هنا لفكرة الحماية أي حماية مصالح وحقوق الغير التي تعتبر الباعث الذي دفع الباحثين لمحاولة تحديد مفهوم الغير، خاصة بعد التطور الذي أصاب النظم والنظريات القانونية نتيجة للتطور الاجتماعي، والاقتصادي والتكنولوجي الذي أصاب المجتمع مما أدى لضرورة إعادة تنظيم العلاقة بين أصحاب المصالح في مختلف الروابط القانونية [1].

أما الغير المعني بهذه الدراسة فيتمثل في الدائن أي كل شخص تعامل مع الشركة التجارية أي من تعاقد معها وهو يختلف عن مفهوم الغير في القانون المدني، لذلك لابد أن نشير للغير في إطار القانون المدني والذي تطرق له المشرع عند تنظيمه للأثر الملزم للعقد .

[1] بسام حسين محمد حسين مفهوم الغير في إطار الروابط القانونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010، ص 05.

يعتبر الغير بمقتضى القانون المدني كل أجنبي عن العقد فلا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا[1]، فيكون الغير كل من لم يكن دائنا أو مدينا بمقتضى العقد المبرم فالغير الحقيقي هم كل الأشخاص الأجنبيون تاما عن العقد وليست لهم أي صلة قانونية بهم[2].

الأصل أن تنصرف آثار العقد إلى طرفيه أي إلى من إبرام العقد بإرادته ولا تمتد آثاره للغير لكنها قاعدة نسبية، حيث ميز الفقه بين الغير المطلق وأطراف أخرى للغير لم يوقعوا على العقد "Les Faux Tiers"[3]، هذا بعد أن جعل المشرع آثار العقد تمتد لكل من الخلف العام والخلف الخاص[4].

يعتبر الغير المطلق كل من لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا لأحد طرفيه ولا دائنا تجاه واحد منهما فلا تمتد إليه آثار العقد، بينما توجد فئات أخرى من الغير لم يوقعوا العقد إنما تنسحب عليهم آثاره فيكونوا بحكم الأطراف المتعاقدة من بينهم الخلف العام والخلف الخاص[5].

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة نقطة الانطلاق من أجل التمييز بين الغير والطرف المتقاعد حيث يعتبر الأطراف وحدهم الملزمون بالعقد أي الأشخاص الذين وقعوا العقد، ومع ذلك لا يجب التقيد بوقت إنشاء العقد لتحديد من هم أطرافه، فإلى جانب الأطراف المتعاقدين هناك أطراف متصلون بالعقد وهم أجانب وقت نشوء العقد إلا أنهم يتلقون بعض نتائجه الإيجابية أو السلبية، فتحديد صفة الشخص ما إذا كان طرف في العقد أو من الغير يجب ألا يستند لوقت نشوئه فقط إنما أيضا لوقت تنفيذه[6].

[1] هذا قضت به المادة 113 من ق.م.

[2] J. Ghestin , La distinction entre les parties et les tiers au contrat, Lexis-Nexis Juris Classeur, n° 48 Novembre 1992, P 517.

[3] C. Larroumet, Les obligations , le contrat, Tome 3, Economica, France 1986, p 926.

[4] المواد 108 و 109 من ق.م.

[5] C. Larroumet ,op, cit, p 926.

[6] J. Ghestin, op, cit, p 520.

بالتالي فإن الغير يتمثل في الأشخاص الذين ليسوا أطرافا في الاتفاق، وليسوا ممثلين قانونيين بأي شكل من أشكال النيابة القانونية، وهو كل أجنبي ليس له صفة الطرف المتعاقد وهو لا خلف عام أو خلف خاص[1].

أما مفهوم الغير في إطار الصورية فنطاقه أوسع مقارنة مع مجاله في الأثر النسبي للعقد نظرا لمنح المشرع الحق لدائني المتعاقدين الى جانب للخلف الخاص في التمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية[2]، فيكون للغير الأجنبي عن العقد، والذي لم يكن طرف فيه التمسك بالعقد الظاهر أو المستتر حسب ما تقتضي مصلحته[3].

كانت القاعدة في القانون الروماني هي عدم جواز تصرفات غير ذي صفة، ولم يجهل القانون الروماني تماما حماية الغير حسن النية خاصة بعد التطور الذي أصابه، وذلك بعد أن منح القانون الروماني الغير الذي تعاقد مع النائب حق رفع دعوى على الأصيل بجانب دعواه المقامة قبل النائب.

كانت الشكلية التي تميزت بها المعاملات في القانون الروماني، إضافة للنظرة الرومانية للالتزام بأنه نظرة شخصية بحتة لا يتعدى الأطراف القائمين بالتصرف هي السبب في اقتصار آثار العقد على أطراف، وانعكس ذلك على المعاملات التجارية، فكانت الشركة التجارية عبارة عن عقد رضائي لا ينتج آثارا إلا بين أطرافه كما لا ينتج آثارا تجاه الغير[4].

تطور الأمر بعد ذلك بعد أن تم الاعتراف بوجود شخص معنوي مستقل عن الشركاء متمتع بذمة مالية تمثل الضمان العام للدائنين، وخاصة بعد أن أصبح الشركاء مسؤولون بالتضامن من عن ديون الشركة.

لابد من الإشارة إلى أن صفة الغير أو صفة الطرف إنما هي صفة متحولة، خاصة بالنسبة للأشخاص الذين لهم مصلحة مرتبطة بالعقد دون أن يكونوا قد وقعوا عليه، حيث يظهر هنا الغير

[1] C. Larroumet,op, cit, p 927.

[2] المادة 198 من ق.م.

[3] بسام حسين محمد، المرجع السابق، ص 06.

[4] سعودي حسن سرحان، المرجع السابق، ص 61.

ذي المصلحة والطرف غير الموقع على العقد[1]، ويمكننا أن نقول أن الوقت تنفيذ العقد هو الذي يحدد صفة الطرف الملتزم بالعقد وصفة الغير المطالب باحترام الوضعية القانونية الناشئة عنه دون أن يكون طرفا في الاتفاق الذي لم ينشئ بإرادته[2].

يعتبر الغير في القانون التجاري ذلك الدائن أو المتعامل أو المتعاقد مع المدين، ولم يعتبر المشرع الغير ذلك الطرف الأجنبي عن الاتفاق هذا ما يتضح من المادة 212 من القانون التجاري[3]، عندما استعمل المشرع مصطلح "الغير" للدلالة على الدائن، عندما منع كل من مالك المحل التجاري والمستأجر المسير في عقد كأجير تسيير المحل التجاري من الاحتجاج على الدائنين ببطلان عقد تأجير التسيير عند مخالفته للأحكام القانونية المنظمة لهذا العقد، وبالتالي مجال الغير يمتد ليشمل كل دائن ومتعامل.

لم يستعمل المشرع مصطلح الغير للإشارة للأطراف الأجنبية أو الغير الأجنبي الذي لا تمتد له آثار عقد التسيير الحر للمحل التجاري، وبالرغم من أن الغير هنا لا يعتبر من بين المتعاقدين إلا أنه لا يعتبر أجنبيا عن الاتفاق المبرم بين مالك المحل والمستأجر المسير، طالما أنه يتلقى نتائج وآثار العقد باعتباره صاحب حق أو مصلحة، وليس باعتباره ملتزما بما ينتج عن ذلك الاتفاق من التزامات تعاقديه لأنه حينها يفقد صفة الغير.

أما بالنسبة لتحديد مجال الغير في الشركات التجارية فهو أمر دقيق نظرا لتميز مفهوم هذا المصطلح بالتغير والتعدد، إذ أن المفهوم الواسع للغير يمتد ليشمل كل دائن وكل صاحب حق في مواجهة الشركة[4]، في حين نجد المشرع عندما تصدى لحماية ورعاية مصالح الغير دعما للثقة ومن

[1] أحمد الورفلي، المرجع السابق، ص 504.

[2] J. Ghestin, op, cit, p 520.

[3] تنص المادة 212 من ق.ت: "يعد باطلا كل عقد بتأجير التسيير أو اتفاق وآخر يتضمن شروطا مماثلة وافق عليها المالك أو المستغل للمحل التجاري دون أن تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد المسار إليها أعلاه غير أنه لا يجوز للمتعاقدين التمسك بهذا البطلان تجاه الغير"

[4] مبروك بن موسى، حماية الغير في مجلة الشركات التجارية، مركز الدراسات القانونية والقضائية بالاشتراك مع كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس 2001، ص 30.

أجل استقرار المعاملات التجارية قد استعمل مصطلح الغير مشيرا في معظم الأحيان للأشخاص الذين يتعاملون مع الشركة من الخارج، هذا ما سيظهر من خلال هذه الدراسة.

ضيق المشرع في القانون التجاري من مجال الغير[1] واعتبره كل دائن تربطه علاقة تجارية بالشركة، فيكون الغير هنا كل مورد وكل زبون وكل مؤجر أو مستأجر إلى جانب حملة السندات في شركة المساهمة، وغيرهم من المقرضين والمتعاملين مع الشركة سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية شركات أو بنوك[2].

بالتالي استبعد هذا المفهوم الضيق كل من المساهمين، والشركاء وحتى العمال باعتبارهم يتمتعون بحماية خاصة ونظام قانوني خاص بهم، حيث اتجه المشرع لهذا المفهوم الضيق للغير بغرض حماية المتعاملين مع الشركة تشجيعا ودعما للثقة بين الشركة وهؤلاء المتعاملين الخارجيين.

لا يمكن لشركة أن تقوم بالنشاطات والأعمال التجارية ومنافسة باقي الشركات دون أن تتعامل مع الغير الذي يكون بحاجة لحماية قانونية في تعاملاته مع الشركة [3]، وعليه فإن الغير المعني بهذه الحماية هو دائن الشركة وليس الدائنين الشخصيين للشركاء، أو المساهمين فتستثنى الديون الشخصية ولا تكون الشركة ملتزمة بها اذ لا يشمل الضمان العام الا دائني الشركة الذين يكون لهم الحق في التنفيذ على أموالها، و بهذا الشكل يشمل مفهوم الغير الدائنين العاديين والدائنين الممتازين أصحاب التأمينات العينية والشخصية، كلهم تسأل تجاههم الشركة عندما تتوفر الشروط القانونية لوجود الدين والتي ينص عليها المشرع في القانون المدني، مع استثناء مسألة إثبات وجود الدين والتي تخضع لحرية الإثبات التجاري[4].

لا بد من توفر وجود بعض الشروط القانونية لاعتبار الدين التزاما واقعا على الشركة تجاه الغير، خاصة عندما يكون مصدر الالتزام عقديا، ولعل أهم هذه الشروط أن يكون العقد باسم ولحساب الشركة، حيث يثير هذا الشرط مسألة التمثيل القانوني للشركة.

[1] في المقابل يعتبر مفهوم واسع مقارنة بالمعنى القانوني للغير في القانون المدني.
[2] فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 365.
[3] مبروك بن موسى، المرجع السابق، ص 30.
[4] Le Lamy des sociétés commerciales, France 2013, P 734.

سكت المشرع عن بيان شروط صحة الدين تجاه الشركة التجارية، كما لم يبين المشرع الفرنسي هذه المسألة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت تعهد أحد الشركاء أو الشركاء كلهم تجاه الغير غير كافيا لإثبات التزام الشركة به، لأن ممثل الشركة القانوني هو المخول للتعبير عن إرادتها[1]، فمن أجل أن يكتسب الغير صفة الدائن عليه أن يتعاقد مع الجهاز المخول له تمثيل الشركة قانونا، ولا يكون التزام الشركة تجاه الغير مستوفيا لشروطه القانونية عند صدوره من الشركاء أو المساهمين إلا عند امتلاكهم سلطة إبرام تلك التعهدات[2].

لا تكون الشركة التجارية ملتزمة تجاه الغير إلا في حالة إبرام تعهداتها عن طريق ممثلها المعين بطريقة قانونية، ولا يجوز للشركة التجارية الاحتجاج على الغير ببطلان إجراءات تعيين الممثل القانوني خاصة في حالة نشر التعيين وعلم الغير به[3]، إلا أنه قد يتعذر على الغير أن يعلم بانتهاء مهام المسير أو عزل أو استقالته، لذلك فحماية حقوق الغير الناتجة عن تعهدات المسير لحساب الشركة التي انتهت مهامه بها، وتجنبا لإلزام المسير شخصيا بتلك الديون اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على نظرية الظاهر من أجل إلزام الشركة بتلك التعهدات واعتبارها ديون الشركة تجاه الغير، عن طريق الاعتراف بصحة تلك التعهدات المبرمة عن طريق مسير انتهت مهامه بالشركة التجارية[4].

كذلك من شروط اعتبار الغير دائنا للشركة أن يتعامل الغير مع مسير قام بالتعهد باسم ولحساب الشركة، وليس بصفة شخصية أو باسمه الشخصي[5]، فالأصل أن يخصص رأسمال الشركة التجارية وموجوداتها لتسديد ديون دائنيها، فيمثل رأس المال الضمان الأساسي لحقوقهم، حيث لا يمتلك دائني الشركاء الشخصيين أي حق اتجاه أموال الشركة، ولا يرجع هذا لوجود حق افضلية لدائني الشركة، بل يرجع لانعدام وغياب حق الدائن الشخصي في التنفيذ على أموال الشركة.

---

1 Cass. Com, 9 oct 1972 n 70-13509, Bull civ n 240, le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 734.

2 Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 735.

3 Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 736.

4 Cass. Com, 10 mars 1975, n° 73-13.396, Bull civ. IV, n 104.

5 هذا ما سنتطرق له لاحقا عند دراسة حماية الغير أثناء تمثيل الشركة التجارية.

في المقابل بإمكان الدائن الشخصي أن يقوم بالتنفيذ على الحصة التي يمتلكها المدين الشريك في الشركة التجارية، وان هذه الخصائص التي يتميز بها المركز القانوني للدائن الشخصي للشريك تعتبر من بين الآثار القانونية الناتجة عن استقلالية الشخصية المعنوية واستقلالية الذمة المالية للشركة التجارية[1].

بالإضافة لهذه الالتزامات التعاقدية للشركة تجاه الغير يوجد التزامات أخرى ذات طبيعة قانونية، مثل الالتزامات الضريبية والالتزامات الناشئة عن شبه العقود أو المسؤولية التقصيرية عند توفر شروطها القانونية، والتزامات أخرى ذات طبيعة اجتماعية، حيث تعتبر التزامات الشركة تجاه عمالها علاقات قانونية خاصة تخضع لنظام قانوني مميز كونها تختلف عن العلاقات التجارية الخارجية للشركة[2].

حيث تعتبر المعاملات الخارجية للشركة التجارية أهم العلاقات القانونية التي حظيت باهتمام ورعاية المشرع، والتي أشار إليها مستعملا عبارة "الغير" في النصوص التي نظمت الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية، من هنا يتخذ العمال صفة الدائنين الداخلين حيث تربطهم بالشركة علاقة عمل داخلية، بينما يعتبر من الدائنين الخارجين الغير ممن يتعامل مع الشركة وهم من تربطهم رابطة عقدية، أو أحيانا رابطة تنشأ نتيجة مسؤولية تقصيرية للشركة تجاه الغير.

كما يعتبر من بين الدائنين الداخليين الذين لا يشملهم فكرة الغير الدائنين أصحاب الأقلية في مجمع الشركات التجارية، وهم الأعضاء في مجمع الشركات اي الشركات التابعة التي تخضع لهيمنة الأعضاء الممثلين للأغلبية وخاصة الشركة الأم[3].

من ناحية أخرى لا بد من التمييز بين حقوق والتزامات الشريك عندما تجتمع فيه صفة الدائن وصفة الشريك في الشركة، يمكن حدوث هذه الحالة خاصة عندما يكون هذا الأخير دائنا بحقه في الأرباح ولم يتحصل عليه بعد فيحتفظ هنا الشريك بكل حقوقه كدائن للشركة[4].

[1] Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, R.D.I, Dalloz, Paris, 1954, p35.
[2] F. Trébulle , op, cit, P 253.
[3] F Hmoda,op,cit, P 17 et 68.
[4] Le Lamy des sociétés commerciales, op,cit, P 741.

يختلف الشركاء عن حملة سندات الاستحقاق الذين اعترف لهم المشرع بصفة الجماعة ومنحها شخصيته معنوية من أجل حماية مصالحها، وذلك عن طريق ممثل قانوني باعتبارهم دائنين بقيمة السندات، ومنحهم المشرع حق في الضمان العام على كل أموال الشركة إضافة للضمانات الخاصة التي تمنحها شركة المساهمة قبل إصدار هذه السندات[1].

لابد من التمييز بين المفهوم القانوني للغير والغير بمفهومه الاقتصادي الذي أطلق عليه القانون الفرنسي عبارة "الدائن المهني" حيث استعملت هذه العبارة في القانون المتعلق بالمبادرة الاقتصادية[2]، لكن دون التطرق لوضع مفهوم له.

اعتبر الفقيه الفرنسي"Aynes"[3] الدائن المهني كل مؤسسة مصرفية تمتهن عملية منح القروض، خاصة أن هذه المؤسسات تقوم باحتكار هذا النشاط مقابل الحصول على ضمانات تجعلها دائنا مهنيا بحيث يعتبر هذا النشاط مهنتها الأساسية، حتى ولو لم يكن هو النشاط الوحيد الذي تقوم به.

بينما فسرت محكمة النقض الفرنسية الدائن المهني بأنه كل دين ينشأ بمناسبة ممارسة نشاط مهني يعتبر صاحب هذا الحق دائنا مهنيا، على أن يكون هذا النشاط المهني مرتبطا ارتباطا مباشرا بأحد نشاطات الدائن حتى ولو لم يكن نشاطه الأساسي، واعتبرت محكمة النقض الديون التي تنشئ بين المنتجين والمهنيين والمستهلكين ديونا مهنية[4]، فوسع بالتالي هذا الاجتهاد القضائي من مجال الدائن المهني ولم يعد يقتصر فقط على المؤسسات البنكية.

[1] المواد 715 مكرر 88 و 715 مكرر 96 و 715 مكرر 105 من ق.ت.

[2] La Loi n 2003-721 du 1 aout 2003 j.o 5 Aout 2003, P 13449 sur l'initiative économique, J.O.R.F 05aout 2003.

[3] L. Aynes, La réforme du cautionnement par la loi de Dutreil, Rev mensuelle lexis Nexis Juris cla, Droit des sociétés octobre 2009 ,p25.

[4] Cass. Civ n° 2009- 049063- 9 Juillet 2009, Rev mensuelle octobre 2009, op, cit,P 8

وبناء عليه يمكن اعتبار الديون التي يسأل عنها المنتجين والمهنيين والتزامات الأعوان الاقتصاديين ديونا مهنية، كما يتمتع المستهلك بمقتضى هذه القوانين[1] بحماية قانونية خاصة متميزة عن العلاقات التجارية التي تربط الشركة بالغير ممن تعامل معها .

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية كأساس قانوني لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية.

ظهر عقد الشركة التجارية في قانون حمورابي، ثم تطورت فكرة الشركات القائمة على التراضي في القانون الروماني، وأصبح من أهم خصائص هذا العقد أنه عقد قائم على خاصية حسن النية بين أطرافه بعد ذلك تطورت هذه الخاصية وتحولت من مجرد مبدأ تفرضه علاقات الثقة والصداقة المتبادلة بين الأفراد المتعاقدة لمبدأ قانوني ملزم في العقود الرضائية[2] .

لا يتم دراسة مبدأ حسن النية في الشركات التجارية كحق مستقل بل يعتبر مبدأ عقديا يمثل أهم الحقوق التي يتمتع بها الغير المتعامل مع الشركة باعتبارها عقد كسائر العقود[3]، خاصة في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، والتي تمثل الشركة التجارية فيها أهم هذه العقود لأنها قائمة مبدأ التعاون المشترك ونية الاشتراك من أجل نجاح المشروع، حيث يؤدي غياب نية الاشتراك بين الشركاء لانقضاء الشركة وزوالها[4] .

على الرغم من الدور الجوهري الذي تلعبه النية في العقود لما لها من صلة وثيقة بانصراف الإرادة لإحداث أثر قانوني ودورها المهم في مجال الالتزامات واكتساب الحقوق، إلا أنه لا يوجد تعريف لها أو تحديد لمدلولها سواء في النصوص القانونية أو الاجتهادات القضائية، فضلا عن التعارض الفقهي

[1] القانون رقم 09-03 المؤرخ ب 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15، 2009.
[2] R. Monier, Manuel du droit romain les obligations, 5 éme éd, Montchrestien France, 1954, P 177.
[3] المادة 107 من ق.م.
[4] J. Mestre , D'une exigence de bonne foi a un esprit de collaboration , R.T. D civ, Dalloz, 1986, P 100.

الذي ظهر عندما حاول الفقه ان يضع مفهوما دقيقا لمبدأ حسن النية، فوقع الخلط بين النية والإرادة والباعث[1].

يظهر مفهوم هذا المبدأ من خلال خصائصه، وأهم هذه الخصائص انه التزام مفروض على كلا طرفي العقد، وأنه مبدأ يعتمد على النوايا والبواعث التي تؤدي للكشف عن النية من خلال المظهر الخارجي للإرادة، كما أنه مبدأ أخلاقي يرتكز على ضرورة وجود الثقة والنزاهة والتعاون، إلى جانب كونه مبدأ مفترض في المعاملات العقدية، وقرينة تقبل إثبات عكسها وعلى من يدعي سوء النية إثبات ذلك.

أوجد مبدأ حسن النية لإرساء نوع من التوازن بين أطراف العقد خاصة في حالة وجود طرف ضعيف، الى جانب انتشار مبدأ الحرية التعاقدية، فكان لابد من انتشار مبدأ التعاون الثنائي بين الأطراف المتقاعدة[2]، لكن بعد ان تم إلحاق مفهوم حسن النية بالنظام العام، واعتباره مبدأ قانونيا مستمدا من فكرة النظام العام الذي قيد من الحرية التعاقدية للأفراد، عجز مبدأ النظام العام عن استيعاب مبدأ حسن النية.

ان ضبابية مفهوم كل من النظام العام ومبدأ حسن النية[3]، أدت لإلحاق المبدأ بالعديد من المفاهيم من بينها فكرة العدالة والإنصاف الى ان أصبح مبدأ مستقلا بذاته، حيث لم يعد نظرا للخصائص الهامة التي يتميز بها من نزاهة واستقامة وإنصاف حكرا على العلاقات التعاقدية فحسب، بل أصبح يسيطر على جميع المجالات القانونية أهمها مادة الشركات التجارية[4]، فتحول مبدأ حسن النية من فكرة كلاسيكية مصدرها القانون المدني، وفكرة ملازمة لمرحلة إبرام العقد وتنفيذه لفكرة ضرورية لابد أن تتكيف مع خصوصية الالتزامات الناشئة بين المتعاملين في مجال الشركات التجارية.

[1] محمد شكري، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 104.
[2] J. Mestre, op, cit, P 102.
[3] محمد شكري، المرجع السابق، ص 91.
[4] P. Le Tourneau , La bonne foi , 2 ème éd, volume III, Dalloz, 1995, P 05.

أول مظاهر مبدأ حسن النية في مجال الشركات التجارية هو نية الاشتراك، حيث لا توجد شركة تجارية دون وجود نية الاشتراك، فتعتبر هذه الإرادة في التعاون واقتسام المخاطر على قدم المساواة بين الشركاء أهم أسس الشركة التجارية.

لا يعتبر مبدأ نية الاشتراك فقط تكريسا للالتزام العام بحسن النية في العقود، بل يعد أهم مظاهر التي تبرز ليس فقط في العلاقة بين الشركاء بل حتى تجاه الغي ه [1].

لذلك لابد من تمديد نطاق حسن النية وعدم حصره في ركن نية الاشتراك التي تتراجع في الشركات الكبرى مثل شركات المساهمة ذات الاسهم المسعرة في البورصة، والتي قد يختفي فيها هذا الركن نتيجة لاحتوائها على عدد ضخم من المساهمين، مما ادى لتغير مفهوم حسن النية بعد تراجع المفهوم العقدي للشركات التجارية[2].

تطور مبدأ حسن النية في الشركات التجارية وأصبح يمتلك القدرة على التكيف مع الكثير من الالتزامات داخل الشركة، فقيد هذا المبدأ تصرفات كل من الشركاء والمسيرين وحتى الغير بعدما امتدت الزامية تنفيذ العقد بحسن نية للغير وأصبح القاضي يشترط توفر مبدأ حسن النية في كل العقود المبرمة خلال حياة الشركة التجارية باعتباره مبدأ قانوني مهم، وخاصة بالنسبة للعقود التي يبرمها مسيري الشركة التجارية مع المتعاملين معها[3].

ان الحقوق التي أقرها المشرع بغرض حماية الغير لا يمكنها أن تتعارض مع مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، حيث اعتبر المشرع حسن النية شرط أساسي لتمتع الغير بتلك الحماية الشكلية والموضوعية، وهذا ما ظهر من خلال النصوص القانونية[4]، وذلك من أجل الموازنة بين المصالح المتناقضة فلا يستفيد من تلك الحماية الاستثنائية ذلك الغير سيء النية[5].

---

1 A. Viandier , La notion d'associé , Rev. Internationale de droit comparé, avril, juin, L.G.D.J, 1979, p200 .

2 P. Le Tourneau, op, cit, P 80.

3 P. Lombard , Engagements des sociétés civiles et commerciales envers les tiers , thèse de doctorat, faculté de droit de Nancy, France 1873, P 91.

4 المواد 555 و 577 و 623 من ق.ت.

5 سعدوي حسن سرحان، المرجع السابق، ص 115.

يقع على القاضي دور تكييف مسألة حسن النية في الشركات التجارية، وهذا ما جعل هذا المبدأ يشهد تطورا مهما في القضاء الفرنسي حيث اعترفت محكمة النقض الفرنسية بدور القاضي في مسائلة أي طرف مخل بمبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقود التي أبرمتها الشركة التجارية[1].

تطور الوضع بعد ذلك وظهر مبدأ الالتزام بالنزاهة كمظهر من مظاهر حسن النية، من أجل تنظيم تعارض المصالح والنزاعات التي تنشئ داخل الشركة، ثم ظهر بعد ذلك ما يسمى بمصلحة الشركة والتي أصبحت معيار يقاس من خلاله مدى استقامة ونزاهة وحسن نية كل من الشركاء والمسيرين تجاه الشركة، وأصبح تحقيق مصلحة الشركة أهم مظاهر مبدأ حسن النية.

مع أن ظهور فكرة التعاون والنزاهة اعتمد على مبادئ أخلاقية بدت للوهلة الأولى أنه لا مكان لها في قانون الشركات التجارية، إلا أن وجود ها أصبح ضروريا من أجل توحيد المصالح في الشركة التجارية، وكل هذه الالتزامات مصدرها مبدأ حسن النية الذي يساهم في تنظيم العلاقات خاصة العلاقات الخارجية للشركة التجارية[2].

أصبح القاضي عن طريق مبدأ حسن النية يستدل بكل سهولة على كل تجاوز لمصلحة الشركة خاصة في العلاقة بين الشركاء عندما تتعسف الأغلبية المالكة لراس المال، أو في حالة خرق مبدأ المساواة بين الشركاء، وأهم ما يستدل عليه عن طريق مبدأ حسن النية هو مدى نزاهة واجتهاد المسير عند أداء مهامه، واحترامه للمصلحة العامة أو المصلحة الجماعية لكل الأطراف[3].

فيعتبر حسن النية في الشركة التجارية أهم المبادئ التي تقوم عليها والتي تمثل أساس نجاحها أو فشلها، حيث يفرض هذا المبدأ واجب الصدق والمصارحة والبعد عن كل مظاهر التغرير، كما يفرض على الشركة واجب إعلام الغير[4]، حيث ألقى المشرع على الشركة الالتزام بإعلام الغير منذ مرحلة إبرام عقد الشركة بكل ما يهمه من معلومات خاصة المتعلقة بالمركز المالي للشركة.

---

[1] Cass. Com n° 06-14-768 10 Juillet 2007, Bull civ, N n° 188, le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, P 127.

[2] J. Mestre, op, cit, P 101.

[3] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, P 57.

[4] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات دراسة مقارنة، مصر، 97، 730.

كما اعتبر المشرع حسن نية الغير شرط تنتفي بانتفائه كل حماية ممكن أن يتمتع بها الغير بمقتضى النصوص القانونية في حالات معينة، خاصة تلك المتعلقة بمسألة علم الغير ببعض الوقائع القانونية[1]، حيث لم يعتبر المشرع الغير حسن النية في حالة علمه أو حالة إمكانية علمه، نظرا لعلاقته بالشركة وبالواقعة المراد التمسك بها في مواجهة الشركة، والعبرة في تقدير حسن النية تكون بالعلم الفعلي.

ولا يعتبر الشخص سيء النية إذا كان من المفروض أن يعلم متى ثبت أنه لم يعلم فعلا، فالأصل أن يكون الغير حسن النية وعلى الشركة إذا ادعت خلاف ذلك أن تثبت العكس[2]، وإذا كان النشر قرينة قانونية قاطعة على العلم لم يعتبره المشرع كذلك في كل الحالات، اذ لا يمكن اعتباره دليلا كافيا على علم الغير [3]، فهو مجرد قرينة بسيطة على العلم حيث يستطيع الغير التمسك بعدم العلم حتى في حالة النشر حماية له، وضمانا للثقة والاطمئنان واستقرار المعاملات بالاعتماد على ما ظهر له أي على نظرية الظاهر.

إن مدى سوء وحسن نية الغير أمر صعب تقديره فهو يعتمد في تقديره على فكرة العدالة وقواعد الأخلاق، ويعتمد على ضرورة الالتزام بالحدود التي يرسمها القانون، كما أنه من الضروري أن تكون الحقوق المطالب بها تتمتع برعاية من طرف المشرع، على ألا يستعمل الغير حقه بنية مناقضة لقصد المشرع أو بقصد التحايل على أحكام القانون، حيث يتصدى المشرع لمحاربة النية السيئة فينفي عن التصرف صفة المشروعية[4].

وضع المشرع للقاضي وسائلا قانونية للكشف عن حسن نية المتعاقدين خاصة في حالة وجود الإرادة الباطنة، وأكد المشرع على ضرورة أن يفسر القاضي العقد مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينبغي أن يكون عليه المتعاقدان من حسن نية[5]، وللتعرف على نية المتعاقدين على القاضي البحث

1 المواد 577 و623 من ق.ت.

2 إذا كان الشخص الذي تعاملت معه الشركة على بينه بحقيقة الوضع أكثر من غيره نظرا لصلته بالشركة وموضعه وتكرار معاملاته، فإنه يعلم بعيوب التصرفات أو على الأقل بوسعه العلم بها.

3 سعودي حسن سرحان، المرجع السابق، ص 117.

4 محمد شكري، المرجع السابق، ص 253.

5 المادة 115 من ق.م.

عنها خارج دائرة التعاقد، واستخلاصها من طبيعة التعامل والعرف الجاري وظروف المتعاقدين، أي من طبيعة المعاملات داخل السوق والمركز المالي للمتعاقدين، فيبحث القاضي عن النية المشتركة بوسائل مستمدة من العقد أو من خارجه.

لكن عند عدم تمكن القاضي من الوصول لنية المتعاقدين فإن الأصل في براءة الذمة، ويقوم حينها القاضي بتفسير الشك لمصلحة المدين[1]، و يعتبر تطبيق هذه القاعدة إعمالا لمبدأ حسن النية في التعاقد[2].

تتميز النية بأنها من الأمور الخفية المستترة التي يصعب الكشف عنها، وبالنظر للهدف الذي قصد المشرع بلوغه من خلال هذه الحماية يمكن للقاضي الاستدلال على نية الأطراف المتعاقدة من خلال قرينتين، تتمثل الأولى في مدى تحقق المصلحة الجدية المشروعة لان انعدام المصلحة يعتبر قرينة واضحة على سوء النية ووجود قصد الأضرار، فالأصل أن تصرفات الأطراف لا تخلو من المصلحة، أما القرينة الثانية فتتمثل في العلم بالضرر الذي يصيب المتعاقد وهي قرينة واضحة على سوء النية[3].

لعل المعيار الموضوعي لسوء النية هو أن تكون تصرفات الشخص غير متفقة ومناقضة لأحكام القانون وقواعد الأخلاق والعدالة، ويقع عبئ إثبات سوء النية على المدعي، فعلية إثبات سوء نية من تعامل معه فباعتبار ان النية لا تظهر خارجيا فهو يدعي ما يخالف الوضع الظاهر الأمر الذي قد يؤدي لتغيير الأوضاع القائمة فلا يقبل ادعاؤه دون دليل[4].

الفرع الثالث: دور نظرية الظاهر في حماية الغير المعامل مع الشركات التجارية.

تعتبر نظرية الظاهر أهم الأسس التي تقوم عليها فكرة حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركات التجارية، بل ارتبط وجود هذه الفكرة بنظرية الظاهر فهي فكرة حديثة نسبيا رغم وجودها منذ ظهور القوانين التجارية التي اهتمت بحماية الغير الا انها برزت كقاعدة قانونية بعد ان تطورت في

1 المادة 112 من ق.م.
2 عبد الحليم القوني، المرجع السابق، ص 407.
3 محمد شكري، المرجع السابق، ص 257 و 337.
4 المادة 323 من ق.م : "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

التشريعات المعاصرة، مع أن القانون الروماني قد عرف بعض تطبيقات نظرية حماية الغير حسن النية بالاستناد لنظرية الظاهر إلا أنه طبقها على حالات محدودة جدا[1].

ثم أصبحت بعد ذلك نظرية الظاهر تحتوي على تطبيقات متنوعة ومتعددة تهدف أساس لحماية الغير، ولا يمكن تطبيقها في كل العلاقات التي تنشأ في الشركة التجارية كعلاقة الشركاء فيما بينهم، بل أنها لا تجد مجالا لتطبيقها إلا في العلاقة التي تربط الشركة التجارية بالغير، كما لا يمكن فصل هذه النظرية عن مبدأ حسن النية، وهذا ما يظهر عمليا عند تطبيق أحكام نظرية الظاهر فنجد حينها حسن النية المبدأ الذي يرسم حدود ومجال تطبيق نظرية الظاهر[2].

تعتبر هذه النظرية احدى أهم النظريات التي تعمل على التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي، هذه الفلسفة النظرية التي تقتضي التمسك بالمبادئ القانونية على نحو قد لا يتماشى مع متطلبات تطور المجتمع، فتبدو أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات ودعا للثقة.

تمثل هذه النظرية استثناء على مبدأ نسبية العقود، وهي وليدة اجتهاد القضاء الفرنسي و بعد نجاحها وجدت طريقا للنصوص التشريعية، وأصبحت معظم التشريعات تعترف بتطبيقاتها بما فيهم المشرع الوطني، حيث بدأت المرحلة الأولى لتبلور فكرة الظاهر باعتراف مجلس الدولة الفرنسي في رأي تفسيري سنة 1807 بأن كل التشريعات تعترف بتصحيح العيوب التي تشوب التصرفات، متى وجد غلط شائع وتوفرت حسن النية، وتبين أنه لم يكن في وسع الأطراف توقع وتجنب تلك العيوب[3].

[1] سعودي حسن سرحان، المرجع السابق، ص 58.

[2] J. Calais, Auloy,op, cit, P 128.

[3] Cour de cassation, Assemblée plénière 13/12/1962 n° 57-115 69, Cité par j. Auloy, op,cit, p 277.

بعد ذلك قامت المحاكم الفرنسية بالاعتماد على نظرية الظاهر بناء على الغلط الشائع، ويعرف الغلط الشائع بأنه الغلط الذي يقع فيه صاحب الحق وهو أكثر شخص عرضة له، فهو فقط الشخص المعني بالحماية[1].

فكانت نظرية الظاهر مطبقة شأنها شأن القواعد القانونية وخاصة في حالة الصورية، ورغم الجدل الذي عرفته هذه النظرية بعد إنكارها من قبل الكثير من الفقهاء والقضاة أنداك، أثبتت نجاحها ولم تعد مقتصرة فقط على حالة الصورية، خاصة بعد السرعة الكبيرة التي أصبحت تميز المعاملات والتي لا تترك للمتعاملين الوقت الكافي للبحث مدى صحة المعاملة، والتحري عن الوضع الحقيقي محل التعامل[2].

إن هذا الجدل الواسع الذي عرفه الفقه حول الاعتراف بهذه النظرية يعتبره الفقيه " Auloy" ناتج عن عدم مطابقة الحقيقة القانونية للوضع مثلما هو ظاهر للغير، مما يشكل خطورة كبيرة على أصحاب المصالح[3]، حيث تعبر هذه النظرية عن حقيقتين متعاكستين، احداهما تسمى الوضع الظاهر والثانية حقيقة قانونية، والخطأ الواقع يعرف بأنه خطا يمثل الحقيقة القانونية، والذي يستند على الشكل الخارجي للشيء مستبعدا الحقيقة القانونية، وهكذا فإن الظاهر يعتمد على خطأ الغير ويستند لمبدأ حسن النية[4].

والحقيقة أن مصطلح الظاهر من المصطلحات الغامضة التي تتضمن مفاهيم متناقضة، ومن بين المفاهيم القانونية للوضع الظاهر بأنه ذلك الشيء المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون، أو هو تلك الحالة الواقعية غير الصحيحة المختفية تحت شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر.

---

[1] ترجع نشأة هذه القاعدة للقانون الروماني، ويقصد بها الغلط العام أو الجماعي أي اعتقاد الكافة بحقيقة ظاهرة على أساس أن القانون ما هو إلا اعتقاد جماعي وما الغلط الشائع الا اعتقاد جماعي، فلا يوجد بالنتيجة خروج عن القواعد العامة التي تهدف لاستقرار المعاملات.

[2] محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998 ص 21.

[3] J. Calais.Auloy, op, cit, P 02.

[4] حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1997، ص 281.

وعليه فإن الظاهر يحتوي على مخالفة لقاعدة قانونية نتيجة لارتداء حالة واقعية لثوب الشكل القانوني الصحيح المنتج لآثار قانونية، وإن كانت هذه المفاهيم تفسر الوضع الظاهر إلا أنها تنطوي على تحفظين مهمين، يظهر التحفظ الأول في أن صاحب الظاهر ليس بالضرورة سيء النية، لأن المعنى السابق للوضع الظاهر يوحي بوجود سوء نية ووجود وضع غير مشروع، اما التحفظ فيتعلق بوصف الوضع الظاهر اذ ليس من الدقة أن يوصف الظاهر بأنه وضع غير مشروع، وإنما هو وضع لم يقرره أو لم يحمه القانون لعدم توفر شروط الحماية، أو يرجع لأن القانون يمنح الأفضلية لمركز قانوني آخر[1].

أهم القرارات القضائية التي أقر فيها القضاء الفرنسي، بنظرية الظاهر ذلك القرار الصادر بتاريخ ديسمبر 1962 حول تسيير شركة مساهمة، حيث أسس القاضي من خلاله نظرية الظاهر على أساس قانوني تم ايجاده حماية للغير والمتمثل في "الغلط المشروع"، فتخلى حينها القضاء على "الغلط الشائع" كأساس لنظرية الظاهر[2].

أصبح هذا القرار المبدئي يشكل أساسا قانونيا جديدا لنظرية الظاهر امتد من خلاله من مجال تطبيق النظرية بسبب المفهوم الواسع الذي تحمله فكرة الغلط المشروع، حيث عرفت هذه الفكرة نجاحا كبيرا بعدما تم التخلي عن فكرة الغلط الشائع[3]، الذي لا يستطيع أي شخص توقعه و الذي كان يقيد من مجال نظرية الظاهر مما أدى لاستبعادها في الكثير من الحالات.

ارتسمت معالم النظرية بصفة واضحة في نهاية القرن العشرين لدى القضاء الفرنسي، خاصة بعدما أصبحت منتشرة في كافة فروع القانون الخاص والعام حيث نجدها في الشركات التجارية، والأوراق التجارية، وفي مجال الإشهار القانوني، وفي القانون المدني نجد الجنسية الظاهرة، ونجد

[1] سلامة عبد الفتاح حليمة، المرجع السابق، ص 102.

[2] Cour de cassation, Assemblée plénière 13/12/1962 n°, Cité par j. Auloy, op,cit, p 277.

[3] J. Léauté , Le mandat apparent , R.T D. civ , 1949, P 293.

الأهلية الظاهرة والاسم الظاهر، كما نجد الموظف الفعلي في القانون الإداري، والمحاسب الظاهر في القانون المالي[1].

إن اعتماد فكرة الغلط المشروع كأساس لنظرية الظاهر ساهم في نجاحها خاصة بعد فشل الأسس الأخرى في تبرير النظرية، بما فيها مبدأ حسن النية الذي لا يكف لتبرير تصحيح تصرفات الغير نظرا لاعتباره شرطا لاكتساب الحق أو شرط من شروط تطبيق حماية الغير، اذ لا يمكن اعتباره شرطا وأساسا لنفس النظرية، بالإضافة لعدم اشتراط حسن النية لإعمال فكرة الغلط الشائع، إلى جانب فشل نظرية المصلحة العامة كأساس لنظرية الظاهر لاتسامها بطابع فضفاض[2]، كما فشلت نظرية الصورية في ان تكون أساسا لنظرية الظاهر التي تجيز للغير التمسك بالتصرف الصوري على حساب التصرف الحقيقي، نظرا لافتراضها وجود تصرف خفي وآخر ظاهر، بينما لا ترجع حالة الظاهر لإرادة الأطراف، كما أنها ليست سوى حالة من حالات أخرى كثيرة من بين تطبيقات مختلفة لنظرية الظاهر، وعليه فهي لا تصلح لأن تكون أساسا لنظرية واسعة المجال تمس أوضاعا قانونية متنوعة[3].

لذلك فيعتبر الخطأ المشروع أنسب أساس قانوني للنظرية فهو لا يفترض وجود تصرف صوري، أو وضع حقيقي ووضع ظاهر عند نشوء الاعتقاد لدى الغير، بل يشترط هذا الأساس توفر ظروف معينة تساعد على الوقوع في الخطأ المشروع[4].

أما عن تطبيقات نظرية الظاهر في القانون الجزائري فنجد القانون التجاري قد اهتم بها بهدف حماية الغير[5]، خاصة في العلاقات التي تربط الغير بمسير الشركة التجارية، أين رجح المشرع مصلحة الغير على مصلحة كل من الشركة والشركاء[6].

1 محمود زواوي، المرجع السابق، ص 22- 23.
2 سلامة عبد الفتاح حليبه، المرجع السابق، ص 161.
3 محمود زواوي، المرجع السابق، ص 62.
4 J. Léauté, op, cit, P 293.
5 ومع ذلك لم نعثر على أحكام قضائية تتعلق بنظرية الظاهر في المسائل التجارية.
6 المواد 555 و 577 و 623 من ق.ت.

فمنذ ظهور نظرية الظاهر قضائيا اعتبر مبدأ حسن النية شرط أساسي لتمنح الغير بهذه الحماية، وتجدر الإشارة الى انه رغم أهمية نظرية الظاهر والتطور الكبير الذي أصابها إلا أنها لا تنفصل عن مبدأ أحسن النية، على أن يعتد القاضي بمدى توفر النية الحسنة يوم إبرام العقد .

لعل أهم تطبيقات هذه النظرية يتمثل في الشركة الفعلية والتي تم بعد الاعتراف بها الاقرار بتصرفات الشركة التجارية غير المنتظمة قانونا، وذلك في تعاملاتها مع الغير حسن النية[1]، الى جانب اعتراف المشرع بنظرية التسيير الفعلي حماية للغير الذي تعامل مع مسير واقعي وظاهري.

كما يرجع الفضل لنظرية الظاهر في ظهور شركة الظاهر التي تظهر صحيحة وقانونية للغير لكنها غير ذلك[2]، اوجدها القضاء الفرنسي[3] واعترف بها تجاه الغير فقط وفي كل حالات البطلان حيث يعتبر مجالها أوسع من مجال البطلان في الشركة الفعلية، كما أن اشهارها ضروري فهو الذي يؤدي لنشوء مظهر مزيف غير قانوني، فقد تظهر صحيحة إلا أنها باطلة وهي تختلف عن الشركة الفعلية[4].

المطلب الثاني: أهمية الاشهار القانوني في حماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية.

يمثل الاشهار القانوني أكبر حماية للغير وهي التي تجنبه البحث عن الوضع الظاهر وصعوبات اثباته، ولابد أن نشير في هذا المقام بأن الإشهار القانوني الذي نحن بصدد دراسته يختلف عن الإشهار القانوني للمنتجات والخدمات، فهو يهدف إلى جلب المستهلك لاقتناء سلعة أو خدمة والذي يعتبر اختياريا حسب رغبة المحترف ويكون مجاله قانون الاستهلاك ،بينما يهدف الإشهار القانوني في مجال الشركات التجارية إلى إعلام الغير بتصرف قانوني من أجل حمايته[5]، وعليه كان من الضروري

[1] S. Vacrate , La société créé de fait , bib de droit privé, L.G.D.J, 2003, P 91.

[2] لا يوجد في القانون الجزائري نص يدل على الشركة الظاهرة.

[3] Cass com, mai 1968, cite par J.c. Auloy, op, cit, P 43.

[4] محمود زواوي، المرجع السابق، ص 173.

[5] محمد بوراس، النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات، دار الجامعة الجديدة، مصر 2014 ص 83.

تحديد الخصائص القانونية للالتزام بالإعلام في الشركات التجارية (فرع اول)ن ثم الإشارة لأهمية الالتزام بالإعلام في حماية الغير وآثار الاخلال به(فرع ثاني) .

الفرع الأول: الخصائص القانونية للالتزام بالإعلام في الشركات التجارية.

يعود الأصل التاريخي لهذا الإجراء في القانون الفرنسي لأول مرسوم تشريعي صدر في سنة 1579 والذي ألزم الشركات الأجنبية بالإشهار، ثم تم تعميم الإجراء بالنسبة للشركات الوطنية بالأمر 1629 ثم 1673، وكان سبب إلزام الشركات بإعلام الغير آنذاك أن الشركة كانت تنشأ بين تاجرين أو ثلاثة تجار، ولم يكن يظهر للغير إلا تاجرا واحدا أو إثنين منهم عند التوقيع على الشيكات أو السفتجات، وفي حالة إفلاس الشركة لا يتحمل الخسارة إلا من ظهر للغير.

اعتبر هذا الالتزام بالإعلام في البداية عبارة عن عقوبة قاسية للشركة التي لا تكون تصرفاتها صحيحة تجاه الغير إلا من يوم الإعلام والشهر، وكان نتيجة ذلك أن الالتزام لم يدخل حيز التنفيذ في البداية، حيث بقي الملتزم تجاه الغير كل شريك ظهر وتعامل باسم الشركة وكل شريك تعامل بأموال الشركة، بل وحتى القاضي امتنع عن تطبيقه نظرا لصعوبته بالنسبة للشركة لأنه يؤدي إلى إفشاء أسرار مهنية وتجارية، وأسماء الشركاء الذين لا يريدون إظهار اسمائهم حتى لا يعلم الغير أنهم جزء من صفقة معينة.

عرف هذا الالتزام منذ القرن السابع عشر واعتبر غريبا أنداك حتى من مؤيديه، بالإضافة للأشخاص غير التجار او الممنوعون من ممارسة التجارة الذين لا يرغبون أن تظهر أسماؤهم في العلن بأنهم شركاء في شركات تجارية معينة[1].

[1] Paul. Didier , Droit commercial l'entreprise, la société, les groupes de sociétés , tome 2, 3 éme mise à jour, Thémis droit privé , Paris ,1999 , p 143.

أ مضمون التزام الشركة التجارية بإعلام الغير.

تعتبر المعلومة من أهم الضمانات التي نص عليها المشرع لحماية الغير، فهي الوسيلة التي يتم الإعلان من خلالها عن كل ما يخص الشركة ويهم المتعاملين معها، كما يمكننا اعتبارها الوسيلة التي تضمن وجود علاقة الثقة والشفافية بين الشركة والغير، وتتيح لهم هذه المعلومة فرصة العلم بكل التصرفات التي يمكن أن تعرض حقوقهم للخطر.

كما تظهر أهمية المعلومة في مادة الشركات التجارية من حيث التطور الذي أصابها أين انقلبت من واجب استعلام إلى حق في إعلام، لأن حق الغير في الحصول على المعلومة عن طريق إجراءات الإعلام والشهر القانوني يؤدي إلى وجود الثقة والشفافية التي تتوفر عندما يكون المتعامل مع الشركة على علم كامل ودقيق بوضعها.

لم تعد إجراءات الإشهار تهدف فقط لجعل الشركة التجارية تكتسب الشخصية المعنوية بل أصبح هذا الإجراء ضروري لإظهار وجود الشركة ولإظهار كل نشاطها وأوضاعها للمتعاملين معها، فيلعب هذا الإجراء دورا هاما في التعريف بالشركة وإظهارها للغير في مرحلة تكوينها وبعد تكوينها[1]، وخلال حصول أي تغييرات تطرأ عليها خلال دخولها في مرحلة النشاط الكامل، إضافة أن هذا الإعلام يمكن الغير من اختيار الصواب في معاملاته مع الشركة ما يتعذر عليه فعله لولا وجود معلومة مضبوطة ودقيقة عن الشركة، فبفضل هذه المصداقية والشفافية يطمئن الغير في تعامله وتسهل كل معاملاته مع الشركة خاصة دائني الشركة الجدد[2].

حيث يعتبر الالتزام بالإدلاء بالمعلومة من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، وهي مسألة قديمة نوعا ما نظرا لارتباطها بظهور مبدأ حسن النية، فان إخفاء أية معلومة مهمة تهم الغير يعتبر متعارضا مع مبدأ حسن النية.

[1] Yves, Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, tome 1,6éme éd, Economica, Paris,1991 p 973.

[2] محمد حميدي، حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية المحدودة، المرجع السابق، ص 82.

بينما اتجه فقه آخر أن من حق التاجر أن يحتفظ بالمعلومات التي يحصل عليها أما في القوانين الحديثة، فلم يكن لهذا الالتزام أهمية كبيرة نظرا لبساطة المعاملات التجارية أنداك وعدم تعقدها، لكن اختلف الوضع بعد التطورات التقنية والتكنولوجية المعاصرة التي جعلت المعرفة تتفاوت بشكل ملحوظ بين المتعاقدين الأمر الذي أثر على مصالح المتعاملين التجاريين، وهذا ما دفع المشرع والقضاء للتدخل لتقليص الهوة بين المتعاقدين من ناحية المعلومة المتحصل عليها، عن طريق فرض الالتزام بالإدلاء بالمعلومات في المراحل السابقة على التعاقد ضمانا لإبرام العقد بكل وضوح وشفافية بين المتعاقدين، بحيث يستطيع كل منهما اتخاذ القرار المناسب على ضوء ما علمه وما يراه مناسبا لحاجته وهدفه من التعاقد[1].

هذا إلى جانب أن الالتزام بإعلام الغير يشكل جزء من طبيعة العقد بصفة عامة وعقد الشركة على وجه الخصوص، باعتباره عقد قائم على نية الاشتراك وعلى الاعتبار الشخصي للشركاء، خاصة في شركات الأشخاص ويعتبر أكثر العقود القائمة على ضرورة التعاون بين الشركاء والغير.

إن الالتزام بالإعلام له تأثيره بين الأطراف المتعاقدة منذ إبرام العقد لغاية تنفيذه، ومن أهم الالتزامات التعاقدية المرتبطة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وتطور هذا الالتزام وكان له أثره الإيجابي على المتعاقدين خاصة بعد إقرار القضاء الفرنسي أن أساس الالتزام بالإعلام في علاقة البنك بزبائنه يتمثل في حسن النية في تنفيذ العقود[2].

لا بد من الاشارة إلى أن هذا الالتزام بالإعلام لا يخص مرحلة التنفيذ فقط فإذا نظرنا إلى الالتزام كأساس في العقود الرضائية باعتباره مرتبط بالنظرية العامة للعقد نجده يلازم العقد في كل مراحله، أي مرحلة التكوين ومرحلة التنفيذ، بحيث لا اختلاف بين العقود المدنية وعقد الشركة التجارية، فالصورة قبل التعاقدية للالتزام بالإعلام هي نفسها ذلك أن المشرع قد فرضها حتى في

[1] شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط 1، دار مجلة للطبع الأردن، 2008، ص 374.

[2] يعتبر القضاء الفرنسي سكوت البنك وامتناعه عن إبلاغ الزبون بما يطلبه من معلومات إخلالا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

مرحلة تأسيس الشركة ،هذا ما يؤكد أنه التزام قانوني أوجبه المشرع، كما يجد أساسه في المبادئ العامة أهمها مبدأ حسن النية الذي يجسده المتعاقد في المعرفة أو الجهل لأنه يفرض عليه أن يعلم المتعاقد الآخر بكل معلومة يحوزها طالما تعذر عليه الحصول عليها بنفسه.

يتجه الفقه هنا إلى القول ان للالتزام بالإعلام صورتين: التزام قبل تعاقدي وهو "الإشهار القانوني"، والتزام تعاقدي وهو "الإفضاء"، وفي كلتا الصورتين فإن الهدف منه هو تنوير رضاء المتعاقد[1].

باعتبار أن مبدأ حسن النية من مقتضيات العقود في القانون وخاصة عقد الشركة التجارية، فإن الالتزام بالإعلام يرتبط بالعقد تلقائيا منذ نشوئه ، من هنا يمكننا أن نقول ان الأساس القانوني للالتزام بالإعلام يرتكز على مبدأ التعاون ونية الاشتراك بين الشركاء الذي يعتبر من صور مبدأ حسن النية، فإذا اختل التعاون وحسن النية بين الشركاء اختل الأساس الذي تقوم عليه الشركة، باعتباره معيار نجاحها أو فشلها، فلا يحقق عقد الشركة النتائج المرجوة إلا بتعاون أطرافه، وإن تحميل الشريك هذا الالتزام عند إبرام العقد، أو بعده هو الوسيلة الوحيدة لكي يعلم شركاؤه ويعلم الغير بالعناصر اللازمة لتقدير حقيقة المركز المالي للشركة وكل المعلومات الجوهرية اللازمة[2].

لا يعتبر هذا الالتزام من مقتضيات عقد الشركة فقط بل هو مرحلة من مراحل تأسيسها وإجراء يترتب عليه نشوؤها، وظهور شخص معنوي جديد يقوم بنشاط معين لابد من إعلام الغير بوجوده، ليكون على بينة عند التعامل معه، كما أن شهر الشركة وإعلام الغير بكل تغيير يطرأ عليها من شأنه أن يجنب المتعاملين معها الخلط بين الأشكال المختلفة للشركات، كما يستطيع أن يعلم المتعاملين بوضع الشركة[3]،ففائدة الإشهار تتحقق في إعلان كل ما هو مفترض أن يعلمه الغير.

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2000، ص 553.
[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 730.

من هنا يجب أن نبين مضمون هذا الالتزام لأنه يحتوي على إجراءات معينة من النظام العام يقوم بها أشخاص معينون، حيث يقع عبئ الإعلام والإشهار القانوني على أطراف مختلفة تقوم به في زمن ومكان معين وبيانات معينة، فللشهر القانوني أصول عامة جاء بها المشرع، ومراحل يمر بها فنجد الإشهار أثناء تأسيس الشركة والذي يختلف عن الإشهار بعد قيامها بنشاطها ، الذي قد يطرأ عليه تغييرات وتحويلات، فهناك إمكانية تعديل أحد الشروط كما يمكن تعديل رأس المال ،أو القيام بعمليات دمج أو انفصال للشركة، إلى جانب إمكانية انضمام أو انسحاب أحد الشركاء، أو تغيير أعضاء مجلس الإدارة، كل هذه العمليات يجب الالتزام بإعلام الغير بها لحمايته لأنه قد يتأثر بكل هذه التغييرات.

لعل أهم معلومة يجب أن تدلي بها الشركات بكل شفافية هي المتعلقة بوضعها المالي، نظرا لأنه يمثل الضمان لحقوق الغير، خاصة وأنه يتغير بحسب تغير الوضع الاقتصادي للشركة والوضع الاقتصادي العام، فأموال الشركة ليست ثابتة يمكن أن تحقق أرباح كما يمكن أن تحقق خسارة، ويمكنها أن ترتفع من رأسمالها عن طريق الشركاء أو عن طريق اللجوء للجمهور، كما قد تقوم بتخفيض رأسمالها، فتختلف إذن المعلومة حسب التغيير الذي يصيب أموال الشركة.

كما تختلف المعلومة حسب شكل الشركة وفي كل حالة من هذه الحالات تدخل المشرع عن طريق فرض إجراءات شكلية إشهارية معينة تقوم بها جهات معينة في الشركة، لما لذلك من تأثير كبير وأهمية كبيرة باعتبار أن المعلومة المالية هي من أهم وأخطر المعلومات، والتي من خلالها يمكن الحكم على الشركة أنها تتعامل مع الغير بشفافية، وحسن نية كما أن لهذه المعلومة حدود وشروط لإظهارها للغير، فلم يترك المشرع هذا الالتزام دون تحديد شروطه ومراحل القيام به بالنسبة لكل شركة وبالنسبة لأجهزة إدارتها .

إلى جانب هذا فإن للالتزام بالإشهار مجال معين، حيث لا تخضع كل الشركات لهذا الالتزام حيث تستثنى مثلا شركة المحاصة بسبب طبيعتها المستترة والتي لا يترتب على إنشائها وجود تجاه

الغير، الأمر الذي ينتفي معه هدف الشهر القانوني لها[1] هذا إلى جانب قيود أخرى على المعلومة الموجهة للغير والمتمثلة في أنها ليست مطلقة، ولها حدود معينة هذه الحدود قد تحد من فعاليتها والتي ترجع في بعض الأحيان لوسائل الإعلام والشهر وقد ترجع لسوء طريقة عرضها للغير، تظهر على غير حقيقتها أو تظهر ناقصة أو خاطئة مخالفة لما هو الوضع عليه في الشركة، مما يخلق التباس لدى الغير ويسبب له ذلك الالتباس الوقوع في أخطاء خطيرة.

أوجب المشرع اتخاذ أوضاع شكلية معينة لصحة تكوين الشركة واعلام الغير بوجودها وحتى بعد حصول تغييرات عليها ودخولها طور النشاط، حيث نصت المادة 548 من القانون التجاري:" يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة".

يمكن أن نلاحظ من خلال هذه المادة أن الالتزام بالإعلام يتعلق بمرحلة التأسيس، كما أنه يشمل كل تعديل لعقد الشركة بعد التكوين، ورغم أهمية هذا الاجراء القانوني الا انه غير كاف نظرا لسكوت المشرع عن بيان طرق النشر وإجراءاته حيث اكتفى بالإشارة لإلزاميته، وبأنه يختلف حسب كل شكل من أشكال الشركات، كما نلاحظ نفس الشيء بالنسبة لحالات نشر المعلومات الأخرى الخاصة بإحالة الحصص لشريك آخر، أو حالة تغيير أعضاء الإدارة أو تحديد سلطاتهم.

اما بالنسبة لشركة المساهمة التي تتعاقب فيها مراحل التأسيس خاصة في حالة اللجوء للادخار العلني، فتنص المادة 595 من ق.ت" يحرر الموثق مشروع القانون الأساسي لشركة المساهمة بطلب من مؤسس أو أكثر وتودع نسخة من هذا العقد بالمركز الوطني للسجل التجاري، ينشر المؤسسون تحت مسؤوليتهم إعلانا حسب الشروط المحددة عن طريق التنظيم".

[1] أحمد محمد محرز، الشركات الجارية، القواعد العامة للشركات، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2000 ص 154.

وعليه يمكننا ان تقول انه لم يكن هناك أي تنظيم يتعلق بأصول النشر والإشهار القانوني حيث كان المرسوم التنفيذي رقم 92 -70 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية[1]، يأمر بتكليف المركز الوطني للسجل التجاري بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بحسب المادة 01 منه.

كما أضافت المادة 02 أن النشرة الرسمية للإعلانات القانونية يجب ان تحتوي على البيانات التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما، وحددت المادة 03 منه أربع مجموعات تخضع للنشر والإعلان تضمنت المجموعة الأولى: "عقود تأسيس الشركات والتغييرات والتعديلات، والعمليات التي تشمل رأسمالها ورهون الحيازة، وتأجير التسيير وبيع المحلات"

لم يبين هذا المرسوم أي احكام أخرى حول مكان وزمان النشر، لغاية صدور قانون رقم 04-08 المؤرخ في14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية[2]، الذي بين مراحل النشر ومهلته، فجاء في المادة 11 من هذا القانون:" يجب على كل شركة تجارية او اية مؤسسة أخرى خاضعة للتسجيل في السجل التجاري اجراء الاشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما، لا يعتد بتسجيل الشخص الاعتباري في السجل التجاري تجاه الغير الا بعد يوم كامل من تاريخ نشره القانوني" كما تنص المادة 13 من نفس القانون على انه :" يبدأ سريان الاشهارات القانونية التي يقوم بها الشخص الاعتباري تحت مسؤوليته وعلى نفقته بعد يوم كامل ابتداء من تاريخ نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية".

كما توضحت عملية الشهر القانوني أكثر بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 16-136 الذي يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية[3] توضحت كيفية الاشهار القانوني، التي تستخلص من الوثائق والمستندات الرسمية، حيث الزم المشرع الأشخاص

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92-70 مؤرخ في 18 فبراير 1992، يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج.ر عدد 14، 1992.

[2] قانون رقم 04- 08، المؤرخ في 18 اوت2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52 اوت 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو 2013 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 39يوليو 2013.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 16-136 مؤرخ في 25 ابريل 2016، يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج. رعدد27، 2016.

المعنوية بإدراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بصفة منتظمة، وكلما كان ذلك ضروريا، وتتضمن النشرة الرسمية للإعلانات القانونية كل العقود التأسيسية للشركات، و التحويلات، والتعديلات، والعمليات المتعلقة برأسمال الشركة ورهون الحيازة، وتأجير التسيير، وبيوع المحال التجارية.

كما تتضمن النشرة كل الاحكام القضائية المتعلقة بتصفيات التراضي او الإفلاس، وكذا جميع التدابير القضائية التي تقرر منع او اسقاط الحق في ممارسة التجارة.

كما يدرج في النشرة الفقرات المستخلصة من الوثائق والمستندات والمتضمنة صلاحيات أجهزة التسيير، وحدودها ومدتها، وكذا جميع الاعتراضات المرتبطة بها، الى جانب الفقرة التي تتناول الإعلانات المالية، وتشمل على الخصوص الحصائل وحسابات النتائج وحسابات الشركة، وكذا عمليات اللجوء للادخار العمومي[1].

وتم تكليف المركز الوطني للسجل التجاري بموجب هذا المرسوم بإعداد نشرة الإعلانات لقانونية ونشرها[2]

عرف المشرع لأول مرة الإشهار القانوني بموجب القانون رقم 04-08 المتعلق بممارسة النشاطات التجارية في المادة 12 التي تنص على :" يقصد بالإشهار القانوني بالنسبة للأشخاص الاعتباريين إطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي تمس رأسمال الشركة ورهون الحيازة وإيجار التسيير، وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والإشعارات المالية كما تكون موضوع إشهار قانوني صلاحيات هيئات الإدارة والتسيير وحدودها ومدتها، وكذا كل الاعتراضات المتعلقة بهذه العمليات، وعلاوة على ذلك تكون أحكام وقرارات العدالة التي تتضمن تصفيات ودية أو إفلاس، وكذا كل إجراء يتضمن منع أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة أو شطب أو سحب السجل التجاري موضوع إشهار قانوني على نفقة المعني" .

[1] هذا ما ورد في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-136 الذي يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

[2] المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

بعد ذلك توسعت عملية الإشهار بالنسبة للشخص المعنوي بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 16-136 الذي يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وأصبحت تتناول الإعلانات المتعلقة بعمليات اللجوء للادخار العلني، الى جانب كل معلومة أخرى جديرة بالاهتمام ويمكن ان تكون ذات فائدة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين [1].

من هنا أظهر المشرع مجال النشر ومضمونه وكل المعلومات الواجب على كل شركة نشرها وإعلام الغير بها، وهذا لما للإشهار من أهمية وخطورة كبيرة على مصالح الغير، فلم يكن الإشهار معمم في كل هذه الحالات وكان يتعلق خاصة بمرحلة التأسيس وحالات خاصة قليلة جدا.

لم يكن القانون التجاري يبين كيفية وزمن سريانه والمكان أو الجهة المكلفة بالقيام به، والملاحظ هنا كذلك أنه تم توسيع مجال الالتزام بالإعلام، فأصبحت المعلومة الواجب الإدلاء بها تمس كل حالات الشركة، ولعل أهمها تلك المعلومة الخاصة بالوضع المالي للشركة، فمن خلال المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية ألزمت الشركة بنشر حساباتها وإشعاراتها المالية.

وسعت هذه النصوص من ضمانات الغير المتعامل مع الشركة، فلم يعد يقتصر النشر على مرحلة التأسيس فحسب وإنما كل المراحل والحالات التي تمر بها الشركة.

تتميز المعلومة باحتوائها على حدود قانونية كواجب احترام السر المهني، فإن إخضاع الشركة للالتزام بالإعلام من أجل ضمان الشفافية والثقة مع الغير لا يمكن أن يشمل كل المعلومات المالية الخاصة بالشركة وكل تصرفاتها ونشاطاتها، نظرا لوجود مبدأ كتمان السر المهني ووجود معلومات خاصة لا يفترض بالغير العلم بها.

اذ يعتبر كذلك من بين اهم خصائص المعلومة انها سرية في حالات معينة، فان الالتزام بإعلام الغير عن طريق الإشهار القانوني هو وسيلة مهمة لحماية الغير لكنه ليس التزام مطلق، بل له حدود

[1] المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-136 الذي يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية.

تفرضها ضرورة نجاح الشركة، كما أن هذا الحق في الإعلام الذي تفرضه النصوص لا يجب أن يكون مطلقا فيتعسف الغير في استعماله لأن الشركة تملك الحق في أن تحتفظ بسرية بعض نشاطاتها[1]،خاصة الأسرار الصناعية، وأسماء المتعاملين معها وعلاقتها بهم لأنه لو كان من حق الغير العلم بكل ما تقوم به الشركة لمنحه المشرع الحق في المشاركة في اجتماعات الجمعية العامة للمساهمين العادية أو غير العادية التي تتخدد قرارات مهمة تخص مصالح الغير، وهذا حماية للشركة من خطر المنافسة وخاصة في حالة قيام منافسي الشركة باستغلال ضعف الشركة في مرحلة ما لذلك لا بد من بقاء بعض المعلومات في الخفاء وفي الوقت نفسه عدم المساس بحقوق الغير[2].

ب- كيفية الاشهار القانوني.

تخضع للالتزام بالإعلام كل شركة تجارية بمفهوم القانون التجاري، كما تنص المادة 04 من القانون رقم 13-06 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية[3]: "يجب على كل شركة تجارية او اية مؤسسة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري القيام بالاشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، وتستثنى الشركات حديثة التسجيل في السجل التجاري، والتي لا تقوم بالإيداع القانوني ولا الإشهار لحساباتها الخاصة بالسنة الأولى من تسجيلها في السجل التجاري.

كما تستثنى الشركات المنشأة في إطار دعم تشغيل الشباب التي تخضع لإجراء نشر الحسابات خلال 03 سنوات الموالية لقيدها في السجل التجاري، وهذا بحسب ما جاء في المادة 04 من القانون رقم 13-06 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية[4].

نلاحظ من خلال دراسة مجال الالتزام بالشهر القانوني ورود خطئ مادي في المادة 17 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية بحيث نصت على أنه "لا تخضع

[1] لمزيد من التفصيل انظر ادناه ص 346.
[2] Yves Guyon, op, Cit, p 972
[3] قانون رقم 13-06 مؤرخ في 23 جويلية 2013، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 39، 2013.
[4] قانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 جويلية 2013 يعدل ويتمم القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 39.

المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري للإشهار القانوني المنصوص عليه في أحكام هذا القانون" فالمقصود هنا هو عدم اخضاع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لإجراء الشهر القانوني، حيث تم توضيح هذه المسألة في القانون رقم 13-06 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية في المادة 06 منه[1].

كما تستثنى المؤسسات العمومية البلدية والولائية، وفروع الشركات الأجنبية المتواجدة في الجزائر من واجب الالتزام بالشهر القانوني حيث لم يقم المشرع بالإشارة اليها، ، ولا بد أن نشير هنا لشركة المحاصة التي تستثنى كذلك من الخضوع لهذا الالتزام باعتبارها شركة خفية لا تنشأ بالاعتماد على إجراءات شكلية، وبما أنها لا تسجل في السجل التجاري فإنه لا فائدة من إشهارها .

أما بالنسبة للشركة المدنية فلا يعد الشهر شرطا لوجودها بل لنفادها، لكن يجوز للغير التمسك بوجودها بالرغم من عدم الإعلان عنها وشهرها كما يفهم من المادة 417 من القانون المدني[2] انها شركة غير خاضعة للالتزام بالإشهار القانوني اجل نشوئها صحيحة بل فقط للإعلان عن وجودها بعد قيامها وتأسيسها .

اختلفت التشريعات فيما بينها في تحديد طريقة الإعلان عن المعلومات الخاصة بالشركة في مرحلة تأسيسها، فبعضها اشترط النشر في نشرة خاصة بالشركات، وبعضها اشترط القيد في السجل التجاري والإعلان به عن ذلك التأسيس.

بالنسبة للمشرع المصري مثلا يصدر بعد اعداد العقد الابتدائي للشركة والمتمثل في عقدها الأساسي المصادق عليه من طرف الجهة الإدارية المختصة، قرارا وزاريا يتضمن نموذجا لعقد الشركة،

[1] تنص المادة 06 من القانون رقم 13-06 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على " لا تخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للاشهارات القانونية المنصوص عليها في احكام هذا القانون".

[2] المادة 417 قانون مدني " تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية.

ثم تشهر الشركة وتكتسب الشخصية المعنوية بعد مضي 15 يوما من تاريخ قيدها في السجل التجاري، هذا ما نصت عليه المادتين 15 و17 من قانون الشركات المصري[1].

كما جعل المشرع التونسي إيداع العقد التأسيسي والعقود المعدلة له لدى المحكمة الابتدائية، ثم التسجيل في السجل التجاري بالنسبة لكل الشركات، وحدد ذلك في الفصول من 177الى182 من المجلة التجارية التونسية[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فحدد شكل معين للعقد التأسيسي حيث تقوم الشركة بملأ بيانات العقد النموذجي، ثم تأتي مرحلة التسجيل لدى مصلحة الضرائب، ثم يوقع العقد لدى مصلحة السجل التجاري، ثم يتم نشره في جريدة رسمية خاصة بالإعلانات القانونية المدنية والتجارية[3].

كما أضاف المشرع الفرنسي إجراء آخر يعتبر بمثابة رقابة على تأسيس الشركة، يتمثل في إيداع نسخة من العقد التأسيسي لدى المحضر القضائي للمحكمة المختصة وهذا بالنسبة للعقد التأسيسي وكل التصرفات والوثائق الخاصة بتعيين أجهزة الإدارة، أو الرقابة على الشركة، المحاضر التي يعدها مندوب الحسابات أو محافظ الحسابات، وهذا ما نصت عليه المادة 210-7 من القانون التجاري الفرنسي، التي يتضح من خلالها انه لا يقع تسجيل الشركة في السجل التجاري الا بعد ان يقوم المحضر القضائي للمحكمة المختصة بالتحقق من صحة الإجراءات التأسيسية والشروط القانونية و التنظيمية للتسجيل في السجل التجاري و الاحكام القانونية والتنظيمية الخاصة بالشركات[4]، وجاء

[1] قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015، ج.ر عدد 11بتاريخ 12 مارس 2015.

[2] قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 032 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، الرائد الرسمي عدد89 المؤرخ في 07 نوفمبر 2000، معدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

[3] Deen. Gibirilla, Droit des sociétés,4éme éd, Manuel droit, Ellipses, Paris, 2012, p56.

[4] Art 210-7 du c. c. f "il est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compètent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et règlementaires relatives au registre du commerce et des sociétés".

هذا الإجراء لمعاقبة كل شخص قام بمخالفة إجراءات التأسيس، أو تجاوز الآجال والمهل المحددة قانونا.

والملاحظ هنا أن الجهة التي تقوم بإيداع العقود لدى المحضر القضائي تتمثل في Le Centre de Formalité des entreprises[1]، حيث يستقبل هذا المركز كل العقود والطلبات لإنشاء شركة تجارية، وكل العقود والتصرفات الخاصة بها بحيث يقوم هذا المركز بما هو ضروري من أجل تسليمها للمحضر القضائي، وتم إنشاء هذا المركز بموجب المرسوم التنفيذي رقم 257-81 الصادر في 18 مارس 1981، فإن طلب تسجيل الشركة وكل العقود المعدلة لها يجب أن يمر على هذا المركز المتخصص الذي يقوم بنشرها في الجرائد الرسمية الخاصة بالإعلانات التجارية مثل:

"Les petites affiches – La gazette du palais – La vie judiciaire"[2] وفي هذه المرحلة تكتسب الشركة الشخصية المعنوية وتظهر للغير.

ترمي إجراءات الإشهار في القانون التجاري الجزائري لتحقيق نفس الأهداف فكل الشكليات المتعلقة بالأعمال التأسيسية للشركة وكل عمل تعديلي أو تداولي يخصها يتم وفقا لإجراءات قانونية إلزامية معينة:

- تسجيل القانون الأساسي والقوانين المعدلة له بمصلحة التسجيل لدى الخزينة.
- تسجيل القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري.
- نشر إعلان يحرره الموثق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية والذي يتضمن بيانات معينة.

[1] Art n 02 du décret n 96-650 du 19 juillet 1996 relatif aux centre de formalités des entreprises, modifié par le décret 2010-210 du 1er mars 2010 relatif aux centre de formalités des entreprises " les chambres de commerce et d'industrie créent le centre de formalités des entreprises compétents pour : a- les commerçants b- les sociétés commerciales ".

[2] Jean pierre Bertel, Droit de l'entreprise, 16 éme éd, France 2012, p 268-269.

على ان يكون عقد انشاء الشركة وجميع العقود المعدلة له في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، حيث قرر القضاء ابطال الكثير من العقود الخاصة بالشركات التجارية والتي لم تتم بشكل رسمي[1].

يتقدم بعد ذلك الممثل القانوني للشركة والذي تم تعيينه في العقد الأساسي بطلب تسجيل الشركة بعد ان تثبت صفته كمسير، وبهذا الشكل تقترب إجراءات التسجيل في القانون التجاري الجزائري من الإجراءات المعتمدة في القانون الفرنسي باستثناء الرقابة القضائية السابقة على عملية تأسيس الشركة التجارية والعقود المعدلة لها .

أهم البيانات الخاضعة للتسجيل اسم الشركة أو التسمية الاجتماعية متبوعة عند الاقتضاء بالرمز، فتظهر الشركة للغير تحت عنوان معين لها قد يتألف من أسماء الشركاء فيها أو تحت اسم تجاري يحدد موضوع عملها، أو مكان عملها، أو اسم يختاره المؤسسون، ويشكل هذا الاسم عنصرا أساسيا من عناصر الشخصية المعنوية لأنه يميزها عن غيرها عن الشركات تجاه الغير.

كذلك أسماء الشركاء أو شهرتهم وموطنهم خاصة إذا تعلق الأمر بشركة التضامن، لا تختلف هذه البيانات بالنسبة لكل من شركة التضامن[2] ، وشركة التوصية البسيطة[3] ، أما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة فيكفي ذكر اسم أحد الشركاء [4]، أما شركة المساهمة فكذلك يجب أن يذكر في العقد الأساسي أسماء الشركاء 07 على الأقل وأسماء كل المكتتبين إلى جانب المؤسسين[5].

أما رأسمال الشركة فيجب تسجيله بتحديد القيمة الإجمالية له، وإن وجدت حصص من عمل فلا تذكر قيمتها، كما تسجل قيمة الحصص النقدية وكذا العينية وإذا تعلق الأمر بشركة مساهمة

[1] قرار رقم 38060.غ.م، بتاريخ :07-12-1985:" من المقرر قانونا أن جميع الوثائق التي تنشأ أو تعدل الشركات يجب أن تحرر في عقد رسمي تحت طائلة البطلان، ومن المقرر كذلك أن شركة الأسهم محظورة بين الشركاء وبذلك يكون مجلس قضاء الجزائر بأمره بإجراء خبرة لتصفية الحسابات وتوزيع الثمن اعترفوا بوجود الشركة ضمنيا، وبذلك يكونوا قد خرقوا القانون، خاصة المادة 13 من الأمر 70-91 المتضمن قانون التوثيق والمادة 545 قانون تجاري ". المجلة القضائية العدد 4 سنة 1989، ص 222.

[2] المادة 252 من ق.ت

[3] المواد 563 مكرر 1و2 و3 ق ت

[4] المادة 564 من ق.ت.

[5] المادة 592 من ق.ت.

تسجل أموال المكتتبين وكل ما تم إيداعه لدى البنك المختص باسم الشركة قيد التأسيس، والتي تكون بشكل حساب مفتوح.

بالنسبة لميعاد ابتداء وانتهاء الشركة فيحدد تاريخ ابتداء الشركة بتاريخ تسجيلها في السجل التجاري، كما يعتبر تاريخ بداية عملها هو تاريخ التسجيل وإذا لم يحدد تاريخ نهايتها يذكر ذلك.

تحديد شكل الشركة: أي ماهيتها إذا كانت شركة تضامن أو توصية بسيطة أو مساهمة او أي شكل قانوني آخر.

كما يحدد موضوع الشركة يعني نوع العمل الذي تقوم به بهدف تحقيق الأرباح، فيجب أن يكون الموضوع معينا تعيينا كافيا ودقيقا وعلى الوجه الصحيح، غير أن تحديد الموضوع غالبا ما يكون مرن ليتسع لنشاطات كثيرة[1]، وهنا تظهر خطورة ذلك على مصالح الغير، لأن تغيير الشركة لغرضها أو تجاوز حدود الموضوع الذي قامت من أجله دون علم الغير بذلك يتعارض مع مبدأ الشفافية، خاصة في ظل صعوبة إثبات هذا الأمر في حالة عدم تعيين الموضوع بصفة دقيقة وواضحة فيسهل تجاوز موضوع الشركة في هذه الحالة، من اجل ذلك اعتبرت اغلب التشريعات الشركة مسؤولة تجاه الغير في حالة تجاوز مسيرها لموضوعها الذي قامت من أجله.

بالإضافة لنشر أسماء المسيرين والقائمين بإدارة الشركة ورئيس مجلس إدارتها، وأسماؤهم المستعملة عادة وموطنهم والإشارة إلى أسماء الشركة المكلفين بالإدارة، حيث لا يعتبر المدير مسؤول تجاه الغير إلا من يوم نشر اسمه وصفته وعلم الغير بها، ولا يتحمل المسير أي مسؤولية تجاه الغير حتى ولو قام بتصرفات وتعاقدات مع الغير قبل نشر اسمه وصفته وعلم الغير به، فتبقى وحدها الشركة مسؤولة في هذه الحالة ولا يمكنها الاحتجاج على الغير بتصرفات المسير طالما لم يسجل ذلك في السجل ولم يشهر بعد[2].

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية الأحكام العامة للشركة، الجزاء الأول، ط 3، لبنان، 2008، ص 172.

[2] Manuel. Maurice. Cozian ,Droit des sociétés, Lexis Nexis, Paris ,2012 p 158.

يعتبر امضاء الشركاء إجراء مهما يخضع للنشر وهنا يقوم الشركاء والمؤسسين بالاجتماع لدى الموثق الذي يتأكد من جميع الاكتتابات، والحصص المقدمة، ومطابقتها لرأس المال المعلن عنه في النظام الأساسي للشركة وكذلك بالنسبة للحصص العينية، فيتأكد الموثق من أن التقدير الذي قام به مندوب الحصص العينية يتطابق مع قيمتها الحقيقية نقدا، بعدها يقوم الشركاء بالإمضاء في النسخة الأصلية للقانون الأساسي الذي يتم نشره.

بالنسبة للوكالة فهي ممكنة حيث يقوم الشريك بتوكيل شخص يوقع العقد التأسيسي لكن يجب أن تكون وكالة خاصة.

إذا تبين للشريك يوم الإمضاء أنه لم يتم تقديم أو الاكتتاب في الحصص المعلن عنها، أو تبين له أن التقدير الذي قام به مندوب الحصص لحصة أحد الشركاء مبالغ فيه، أو كان تقدير المندوب لحصة الشريك نفسه أقل مما هو عليه في الحقيقة يمكنه أن يعترض على التوقيع، ويمتنع نظرا لأن عملية تقديم الحصص لا تعني التزامه النهائي بالرغم من أن امتناعه عن التوقيع قد يعرضه للمسؤولية المدنية، فيطالبه الشركاء بالتعويض لأن امتناعه عن التوقيع يتسبب في توقيف التعاقد مما نتج عنه ضرر لهم نتيجة إضاعة الوقت والمال، وفي كل الحالات لا يمكن إجبار الشريك على التوقيع لأنه بمجرد توقيعه يلتزم نهائيا، ويسأل تجاه الغير لأن نشر القانون الأساسي لا يكون دون إمضاء الشركاء[1].

تعتبر المرحلة السابقة لتوقيع الشركاء على القانون الأساسي مرحلة مهمة يتم من خلالها الاتفاق على كل ما تقوم به الشركة مستقبلا، الى جانب الاتفاق على الشروط الخاصة بكل شريك، كذلك تحديد طريقة عمل الشركة أهمها طريقة تمويل مشاريعها، وكذلك النظام الجبائي والاجتماعي الخاص بالعمال والمستخدمين، فتنوع هذه المرحلة له تأثير كبير في تنظيم نشاط الشركة، كما له تأثير اقتصادي مهم لا يمكن انكاره لنجاح الشركة التجارية[2].

[1] Paul . Didier, op, cit, p 137.
[2] Nathalie. Hector , Droit des sociétés , Nathan, France,2011,p 21.

يجب اعداد القانون الأساسي بعناية وبطريقة متطورة بعرض ادق تفاصيل الشركة خاصة طريقة عملها، لذلك فمن الافضل الناحية العملية ان يدون بإيجاز عن طريق ذكر المعلومات المهمة والدقيقة من اجل تجنب تعديل القانون الأساسي مما يساعد على ثباته تجاه الغير، ويقع على المؤسسين في تلك الفترة الالتزام بتوخي الحذر وتجنب ارتكاب بعض الأخطاء التي تؤدي لقيام المسؤولية المدنية تجاه الغير، والأخطاء التي تشكل منافسة غير مشروعة خاصة عند التعاقد مع العمال [1].

أما البيانات المعدلة للقانون الأساسي فيجب أن يتم الإعلان عنها قانونيا بنشر كل تعديل وتبديل يطرأ على الشركة، فكل تعديل لاحق لعقد الشركة ينبغي أن يخضع لنفس الإجراءات السالفة الذكر، مثل العقد التأسيسي تماما، فيتم إيداعه لدى مصلحة السجل التجاري، ويتم نشره بالطرق المقررة قانونا وإلا كان باطلا واستمر حينها التعامل وفقا للبيانات القديمة، ويشمل التعديل حالات كثيرة حيث تنص المادة 12 من القانون رقم 04-08 السالف الذكر" يقصد بالإشهار القانوني، بالنسبة للأشخاص الاعتباريين اطلاع الغير بمحتوى الاعمال التأسيسية للشركات و التحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي تمس رأسمال الشركة ورهون الحيازة والإيجار والتسيير وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والإشعارات المالية، كما تكون موضوع إشهار قانوني صلاحيات هيئات الإدارة أو التسيير وحدودها ومدتها وكذا كل الاعتراضات المتعلقة بهذه العمليات".

بالإضافة لحالات أخرى ينص عليها القانون التجاري كتغيير المسؤولون عن إدارة الشركات أو سلطاتهم، فقد تطرأ على الشركة مستجدات تؤدي إلى إعادة النظر في المسيرين فيتم بحث مسألة العزل وفي حالة عدم تأثير ذلك العزل على الشركة فإنه لابد أن يؤثر على مصالح الغير الذي يتعامل مع المدير، كما قد يقوم المدير بتقديم استقالته في أي وقت كان شرط ألا يقع ذلك في وقت غير مناسب يلحق بالشركة أو بالغير أضرار.

ولا يحتج بانتهاء مهام المسير تجاه الغير الا إذا تم اعلام الغير بذلك عن طريق نشره بالطرق القانونية، وان إجراءات النشر في هذه الحالة هدفها اعلام الغير بالأشخاص الذين يتمتعون بسلطة

[1] Le Lamy des sociétés commerciale ,op, cit, p 170.

تسيير الشركة منذ تأسيسها وخلال حياتها، فهؤلاء المسيرون هم من يجعلون الشركة مسؤولة تجاههم نظرا لتعامل هؤلاء المسيرين باسم الشركة ولحسابها، كما لا يمكن الاحتجاج على الغير بتعيين مسير جديد الا بعد نشر ذلك التعيين بالطرق القانونية [1].

لذلك نجد أن المشرع قد أخضع كل تغيير لمسيري الشركة لإجراءات التسجيل والنشر لكي يعلم الغير بذلك، وهذا حتى بالنسبة لسلطات المسيرين وكل الأذون التي يمنحها رئيس مجلس الإدارة لرئيسه أو للمدير العام وبالنسبة للضمانات التي تمنح باسم الشركة[2].

تطرق المشرع التجاري الفرنسي لمسألة نشر تعيين المكلفين بإدارة الشركة التجارية، في المادة 210-9، التي منعت الشركة التجارية من الاحتجاج على الغير بتعيين المسيرين او بانتهاء مهامهم في حالة عدم قيام الشركة التجارية بعملية الاشهار القانوني[3].

كما اشارت محكمة استئناف باريس انه لا يمكن للشركة التجارية ان تحتج عل الغير بتغيير المقر الاجتماعي للشركة ما لم تقم بنشر ذلك القرار واعلام الغير به[4].

إن كل إحالة الحصة المقدمة في شركة التضامن لا يحتج بها على الغير إلا بعد الإعلان عنها عن طريق النشر، حيث تنص المادة 561 فقرة 2 من القانون التجاري: "لا يجوز الاحتجاج بالإحالة غلى الغير إلا بعد إتمام هذه الإجراءات وكذلك بعد النشر في السجل التجاري"، فإذا تنازل الشريك عن حصته وحل محله شخص آخر كشريك فإن الشريك المتنازل يحدد تاريخ خروجه من الشركة بإتمام إجراءات شهر التنازل تجاه الغير، فلا يسأل عن الديون اللاحقة لشهر تنازله.

[1] Dirigeants de sociétés commerciales, Francis. Lefebvre 2 éd, France, 2004, p 295.

[2] تنص المادة 624 فقرة أخيرة من ق. ت "تنشر مجموع الأذون والسلطات التي يمنحها مجلس الإدارة في شكل إعلانات قانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بعنوان الإعلانات المالية، ويبدأ الاحتجاج بها على الغير ابتداء من تاريخ النشر".

[3] Art 210- 9 du c .c. f "la société ne peut se prévaloir à l'égard des tiers des nominations et cessations de fonctions des personnes visées ci-dessus tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées".

[4] Ca. Paris 16 novembre 1981, 5eme ch. 79-13.531, cité par F. Lefebvre, cit,p 295.

كما أخضع المشرع التجمعات لإجراءات الشهر والنشر حيث تنص المادة 797:"يحدد عقد التجمعات تنظيم التجمع مع مراعاة أحكام هذا القانون، ويتم إعداده كتابيا وينشر حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم"، كما تنص المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات:" يودع عقد التجمع المنصوص عليه في المادة 797 من القانون التجاري في المركز الوطني للسجل التجاري وينشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ويبين وصل الإيداع أن الأمر يتعلق بتجمع أو يحدد تسمية وعنوان مقره وعدد العقود والمستندات وطبيعتها وتاريخ الإيداع" .

كما تلتزم الشركات التجارية بنشر وضعها المالي الذي لا يعلمه الغير وكل التغييرات التي تطرأ عليه[1]، باعتبار رأسمال الشركة أهم الضمانات التي تحمي حقوق الغير من كل التقلبات المالية التي تمر بها الشركة، ولأن الوضع المالي للشركة لا يمكن أن يبقى مستقرا لتأثرها بظروف تقلبات الأسعار وتقلبات الوضع الاقتصادي ككل، فإن الشركة خلال نشاطها لابد أن تحقق أرباح وخسائر، ويجب أن تكتسب كل شركة أموالا وأرباحا وإلا فإنها سوف تختفي[2].

اهتم المشرع الجزائري بنشر المعلومات المالية للشركة منذ نشأتها وخاصة شركة المساهمة نظرا لأنها تأسس عن طريق اللجوء للجمهور فتكون أموالها عبارة عن اكتتابات لها إجراءات خاصة، فبعد تحرير مشروع القانون الأساسي ينشره المؤسسون حسب شروط المحددة عن طريق التنظيم، وهذا حسب المادة 595 من القانون التجاري، وتنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 95-438 المتعلق بشركات المساهمة والتجمعات[3] على ما يلي :" يؤرخ ويمضي بطاقة الاكتتاب المنصوص عليها في المادة 597 من ق.ت المكتتب أو موكله الذي ينكر بالأحرف الكاملة عدد السندات المكتتبة، ويبين في بطاقة الاكتتاب ما يلي: . . مبلغ رأسمال الشركة الذي يكتتب به " .

[1] المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

[2] Wilfrid. Jean. Didier , Responsabilité pénale, infractions aux réglés de publicité – juris class, sociétés commerciales, Paris, 2001, p 06.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر عدد 80، ديسمبر 19 95.

أما بالنسبة لحسابات الشركة فأكدت المادة 717 من القانون التجاري على ضرورة إيداع حسابات الشركة وميزانيتها لكل سنة مالية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، واعتبر المشرع القيام بهذا الإجراء بمثابة نشر وإشهار، فتنص المادة 717 على انه:" تودع حسابات الشركة المذكورة في المركز الوطني للسجل التجاري خلال الشهر الذي يلي مصادقة الجمعية العامة عليها ويعد الإيداع بمثابة إشهار"، فتلتزم الشركة من خلال هذا النص بنشر نتائج حساباتها عن الفترة المنقضية والمتمثلة في نتائج السنة الماضية من أرباح وخسائر لإعلام الغير بوضعيتها المالية.

أما بالنسبة لنشر المعلومات المتعلقة بالمؤسسات المالية فتنص المادة 103 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالقرض والنقد[1] على: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية أن تنظم حساباتها بشكل مجمع، على كل بنك ومؤسسة مالية أن تنشر حساباتها السنوية خلال نهاية السنة المحاسبية المالية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية الإلزامية ومن الممكن أن يطلب منها نشر معلومات أخرى".

إضافة إلى هذا فإن قيام الشركة بتحويل سندات الاستحقاق إلى أسهم من شأنه ان يؤثر على رأس مالها من اجل ذلك أخضعه المشرع لإجراءات وشروط، فيمكن للشركة أن تقوم بهذه العملية بعد تصويت الجمعية العامة، وعلى الشركة أن تعلم أصحاب سندات الاستحقاق وذلك بحسب الشروط التي تحددها السلطة المكلفة بتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، لإعلامهم بالتحويل وآجاله، وهذا ما جاء في المادة 715 مكرر 122 من القانون التجاري[2].

كما أوجبت المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المتعلق بشركات المساهمة والتجمعات إتمام إجراءات الشهر قبل البدئ في الاكتتاب على أن يشمل هذا الشهر بيانات من بينها مبلغ سندات الاستحقاق القابلة للتحويل في شكل أسهم تصدرها الشركة[3].

[1] أمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 اوت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03- 11 والمتعلق بالقرض والنقد، ج.ر عدد50سبتمبر 2010.

[2] المادة 715 مكرر 122 من ق ت " إذا قامت الشركة بإصدار سندات استحقاق جديد قابلة للتحويل أو سندات استحقاق مع فسيمات اكتتاب وجب عليها إخبار أصحاب سندات الاستحقاق بواسطة إعلان.

[3] تنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المتضمن أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات " تتم إجراءات الإشهار بواسطة إعلان ينشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية قبل الشروع في عمليات الاكتتاب ويذكر في هذا الإعلان مبلغ سندات الاستحقاق القابلة للتحويل الى أسهم".

أما الشركات ذات الأسهم المسعرة في البورصة فإنها في حالة إصدارها للسندات للحصول على قرض طويل الأمد فإن هذه العملية تتم بمراقبة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، حيث يمنح لصاحب السند الحق في اختيار تحويل السندات لأسهم عادية، ويكون التحويل وحفظ السندات وإدارتها بموجب تنظيمات تصدرها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، حيث أن المادة 31 من القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة تؤكد سلطة هذه اللجنة فيما يخص السندات بمختلف أنواعها، فنصت على أن تقوم لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بتنظيم سير سوق القيم المنقولة وبسن تقنيات متعلقة بالقواعد المتعلقة بحفظ وتسيير وإدارة حسابات السندات وتسليمها[1].

يستلزم واجب النزاهة تجاه الغير ضرورة وجود اعلام موجه بطريقة قانونية من كل الأطراف المتدخلة في الشركة، ويقتضي هذا الواجب في هذا الشأن ضرورة توفير معلومة نزيهة وصحيحة حول الشركة، فيعكس هذا الواجب هاجس شفافية المعلومة المالية في الشركات التجارية عامة وفي شركة المساهمة على وجه الخصوص[2].

الى جانب اخضاع الشركات التجارية لالتزام بنشر كل قرار يمس إعادة هيكلتها التي تتم عن طريق الاندماج أو الانفصال فقد يحدث الاندماج عندما تتجمع شركتين أو أكثر بهدف ضمان مردودية أفضل للإنتاج وتحقيق ربح أكبر، فتتكتل لتكوين شركة جديدة تستوعب كل الشركات ولهذا الدمج أثار على حقوق الغير.

لعل أول أثر ينتج عن هذه العملية هو فقدان الشركة المندمجة شخصيتها المعنوية مما يؤثر على كل من دائني ومديني الشركات الداخلة في الاندماج، ورغم أهمية هذه العملية وتأثيرها الكبير على حقوق الغير إلا أن المشرع لم يشترط على الشركة أن تعرض مشروع الدمج على دائني الشركة الدامجة، ويعود سبب ذلك في نظرة المشرع للدمج حيث لم يعتبره تجديدا للالتزام بتجديد المدين، هذا ما يتضح من خلال المادة 756 من القانون التجاري "تصبح الشركة مدينة لدائني الشركة المدمجة في محل

[1] قانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 يعدل ويتمم المرسوم التشريعي 93-10 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر العدد رقم 11 فبراير2003 .

[2] كمال العياري، الشركة خفية الاسم، ج 2، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص 154.

ومكان تلك دون أن يترتب على هذا الحلول تجديدها بالنسبة لهم"، فعدم اعتبار العملية تجديد للالتزام يحمي الضمانات المتعلقة بالالتزام القديم، وبما أن الأمر يحتوي على خطورة فإن المشرع منح الغير حق الاعتراض على الدمج في شركة المساهمة.

من هنا يكون لدائني شركات المساهمة وشركة المسؤولية المحدودة الحق في الاعتراض على الدمج خلال 30 يوما من نشره من أجل المطالبة بضمانات إضافية او الوفاء الفوري، لأنه من شأن ذلك الاندماج أن يضعف ائتمان الشركة وبالتالي سقوط أجل الديون[1].

اما بالنسبة للشركات الاخرى فقد اكتفى المشرع بإلزامها بإعلام الغير بهذه العملية عن طريق نشر مشروع عقد الاندماج، ولم يمنح المشرع الغير الحق في الاعتراض.

يحتوي اجراء نشر عقد الاندماج على حماية أكبر للمتعاملين في شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة مقارنة بباقي الشركات التجارية لأن حق معارضة الدائنين في أجل 30 يوم من النشر يمثل ضمانا مهما لحقوقهم.

يجب أن نذكر هنا أن مجرد إلزام المشرع باقي الشركات غير شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة بإجراء نشر مشروع الاندماج دون منحهم حق الاعتراض عليه في حد ذاته يحتوي على حماية كبيرة للغير، حيث يترتب على إغفال الإشهار القانوني بطلان عقد الاندماج، كما يمنح النشر للغير فرصة للبحث عن حماية أخرى ممكن ان توفرها له القواعد العامة باللجوء لدعوى التعويض عن الضرر المترتب عن اغفال النشر القانوني، او دعاوى أخرى.

اما انفصال الشركة فيحدث عندما تختفي الشركة بعد تقسيم رأسمالها لتكوين شركة جديدة، فتقسم الذمة المالية للشركة إلى عدة أجزاء، وتنتقل هذه الأجزاء إلى شركة واحدة أو عدة شركات قائمة أو حديثة التأسيس، ويتم توزيع هذه الأموال بين الشركات المستوعبة أو الجديدة حسب الكيفيات المحددة في مشروع الانفصال[2].

[1] لينا يعقوب الفيومي، الآثار الناشئة دمج الشركات المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1 لبنان، 2009 ص 122.

[2] الطيب بلولة، قانون الشركات Berti éd الجزائر، 2008، ص 132.

تطبق على هذه العملية نفس الشروط الخاصة بالاندماج فلم ينص المشرع على إجراءات خاصة تطبق بل إن المادة 748 السالفة الذكر تخص كلتا العمليتين، وبالنسبة لمدة الاعتراض هي نفسها 30 يوما من يوم نشر مشروع الانفصال[1]،

من خلال النصوص السابقة المتعلقة بحالات الإشهار القانوني يمكننا أن نلاحظ اهتمام المشرع بإجراءات الشهر وإعلام الغير في شركات المساهمة وشركة المسؤولية المحدودة، خاصة في عمليتي الاندماج والانفصال.

أما قرار زيادة رأسمال الشركة أو تخفيضه فكذلك أخضعه المشرع لإجراءات الشهر، حيث تتحقق الزيادة في رأسمال الشركة التجارية عن طريق حصص نقدية أو عينية، أو عن طريق دمج الاحتياطي، أو نسبة منه وفي أغلب الأحيان تقوم الشركة بهذه الزيادة في حالة تعرضها لخسائر كبيرة، بل وفي أحيان أخرى يمكن أن تقوم الشركة بهذه الزيادة في حالة توقفها عن الدفع، لذلك فضرورة إعلام الغير بقرار الشركة بزيادة رأسمالها أمر مهم[2]، وذلك حتى في حالة عدم خسارتها فمن حق الغير أن يعلم بزيادة رأسمال الشركة بالتالي زيادة الضمانات التي يتمتع بها الغير تجاه الشركة.

كما أن الأمر لا يتعلق فقط بحالة زيادة رأس المال وإنما حتى بحالة تخفيضه وهي أخطر من حالة الزيادة لأنها تحتوي على الإنقاص من رأسمال الشركة أي الإنقاص من الضمان المخول للغير فإن قرار تخفيضه يؤثر على حقوقه.

[1] حيث أحال المشرع في المادة 761من ق.ت للمادة 756 الخاصة بالاندماج فتطبق نفس الأحكام العامة وحتى الخاصة المتعلقة باندماج شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة على عملية الانفصال. تنص المادة 761 من القانون التجاري على:" ... وفي هذه الحالة يجوز لدائني الشركة المنفصلة أن يقوموا بالمعارضة في الانفصال حسب الشروط وتحت الآثار المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 756 وما بعدها ".

[2] Dominique. Vidal, « Droit des sociétés », tome 1 ,2 ème éd, Paris, 1995 p 417.

تنص المادة 575 من القانون التجاري[1] على ضرورة إيداع محضر المداولات الذي قرر تخفيض رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة ومنح للدائنين حق الاعتراض على ذلك التخفيض في أجل شهر من هذا الإيداع.

يمكننا ملاحظة انعدام الإشارة للالتزام بالنشر واعلام الغير بعملية التخفيض، فيفترض هنا سعي الغير لطلب المعلومة هذا ما لا يمكن للغير القيام به بصفة مستمرة، فالنشر وحده كفيل بإعلام الغير بتعديل رأسمال الشركة، الامر الذي لم يوضحه المشرع حيث نص مباشرة على العقوبة الجزائية المترتبة في حالة اغفال اجراء نشر قرار تخفيض راس المال دون الإشارة لواجب الالتزام بنشر قرار تخفيض راس المال في القسم المتعلق بتعديل راس المال الشركة ذات المسؤولية المحدودة[2]، كما رتب العقوبة في حالة مخالفة اجراء نشر التخفيض دون حالة الزيادة في راس المال.

ان إيداع محضر المداولات بكتابة ضبط المحكمة ومنح الغير حق الاعتراض ابتداء من يوم اجراء الايداع يعتبر في حد ذاته حماية للغير، لكنها حماية غير كافية ينقصها الالتزام بالنشر إلا إذا اعتبر إجراء الإيداع بمثابة اعلان للغير وهذا ما لم يؤكده المشرع خاصة ان عملية إيداع محضر المداولات تختلف عن عملية النشر.

ونشير هنا أن هذا التخفيض لرأس المال لا يكون بسبب الخسارة، حيث نص المشرع في المادة 589على إلزام الشركة ذات المسؤولية المحدودة بإشهار قرار الحل مباشرة نتيجة لخسارة الشركة ثلاث أرباع رأسمالها حسب المادة 589 من القانون التجاري.

أما بالنسبة لشركة المساهمة فأكد المشرع على اجراء الإيداع لدى المركز الوطني للسجل التجاري، حيث يكون لدائني الشركة حق المعارضة في أجل 30 يوما من الإيداع حسب المادة 713 من القانون التجاري، الا انه لم تأت أي إشارة لكيفية النشر ورتب المشرع مباشرة الجزاء الجنائي.

[1] المادة 575 من ق.ت فقرة2" إذا قررت الجمعية تخفيض رأس المال من دون أن يكون مبرر بخسائر فإن للدائنين الذين كان حقهم سابقا لتاريخ إيداع محضر المداولات بكتابة ضبط المحكمة أن يرفعوا معارضة في هذا التخفيض في أجل شهر اعتبارا من يوم هذا التاريخ ".

[2] المادة 827 من ق.ت: "يعاقب بغرامة من 20000دج الى 200.000دج رئيس شركة او القائمين بإدارتها اللذين قاموا عمدا بتخفيض رأسمال الشركة ... دون ان يقوموا بنشر قرار تخفيض راس المال في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مؤهلة لقبول الإعلانات القانونية."

اخضع المشرع إفلاس الشركة التجارية لقواعد الاشهار القانوني، ونفس الشيء بالنسبة للتصفيات الودية، وذلك من أجل إعلام كل الدائنين سواء اللذين وردت أسمائهم في طلب الصلح الواقي من الإفلاس أو في حكم الإفلاس، فيحتج بالحكم القضائي تجاه الغير دون استثناء[1]، كما تنص المادة 228 من القانون التجاري على ضرورة نشرها في المحكمة بنصها: "تسجل الأحكام الصادرة بالتسوية القضائية أ وشهر الإفلاس في السجل التجاري ويجب إعلانها لمدة 03 أشهر بقاعة جلسات المحكمة وأن ينشر ملخصا في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة.

ويتعين أن يجرى النشر نفسه في الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية، ويجري نشر البيانات التي تدرج بسجل التجارة طبقا للفقرة الأولى من هذه المادة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال خمسة عشرة يوما من النطق بالحكم ويتضمن هذا النشر بيان اسم المدين، وموطنه أو مركزه الرئيسي ورقم قيده بسجل التجارة وتاريخ الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية، أو شهر الإفلاس، ورقم عدد صحيفة الإعلانات القانونية التي نشر فيها الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى".

كما يعتبر اجراء شهر شطب القيد في السجل التجاري وإسقاط الحق في ممارسة التجارة اجراء في غاية الأهمية، اذ يجب شطب اسم الشريك من السجل التجاري في حالة حل الشركة، وذلك إلى جانب شطب اسم الشركة نظرا لأن انتهاؤها وحلها يترتب عليه زوال شخصيتها المعنوية، بعد انتهاء تصفيتها تماما لأنها تحتفظ بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية، كما يمكن أن يقدم طلب الشطب من المصفي والذي يقوم كذلك بنشر حل الشركة ونشر محضر المداولة المتعلق بالحل.

الفرع الثاني: أهمية الالتزام بالإعلام في حماية الغير وآثار الاخلال به.

تلعب المعلومة القانونية الصحيحة دورا مهما في الحياة الاقتصادية للمتعامل مع الشركة الذي يستطيع من خلالها ضمان حقوقه تجاه الشركة، لكن ومع ذلك لا يمكن أن تلعب المعلومة هذا الدور

[1] هذا ما ورد في المادة 12 فقرة 02 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية السالف الذكر.

المهم عندما إلا في حالة دقتها وصحتها وتمتعها بخصائص معينة، وإلا كان لها تأثير معاكس على الحقوق، بحيث يحد من فعاليتها وجودها في حالات معينة مثل حالة نشر معلومات غير صحيحة، أو غير واضحة وضوحا كافيا يجعل الغير يتصور وضع الشركة على غير حقيقته، فيمكن للمعلومة هنا أن تخلق وضعا ظاهرا يحمل الغير على الاعتقاد بأن كل ما ينشر حقيقي، إلا أنه قد يكون الأمر مختلفا تماما وهذا ما يحد من التأثير الإيجابي والفعال للمعلومة، وهنا تلعب النصوص القانونية دور مهم في إيجاد نظام إشهاري محكم يحول دون الإضرار بالغير عن طريق معلومات كاذبة أو غير دقيقة.

يمثل الإشهار في عقد الشركة ضرورة قانونية والتزام ذو طبيعة إجرائية، فإنه تصرف قانوني يهدف في الأساس إلى حماية الغير حسن النية، وتوفر كل المعلومات لديه عمن يتعامل معه لتحقيق الأمان والثقة واستقرار المعاملات، فدعما لهذه الحماية رتب المشرع المسؤولية المدنية عند الاخلال بهذا الالتزام القانوني، كما شدد الجزاء وقرر حماية جنائية وعيا منه بأهمية هذا الإجراء وأخضع الشركة وكل شخص امتنع عن القيام بإجراء النشر لعقوبة جزائية.

أ- دور الإشهار القانوني لمعلومات صحيحة في حماية الغير.

تعتبر عملية الإشهار القانوني وسيلة مهمة لإعلام الغير بكل المعلومات والبيانات التي تهمه من أجل المحافظة على حقوقه، لكن مجرد قيام الشركة بهذا الالتزام لا يضمن كليا وصول المعلومة بسهولة، كما لا يضمن صحة المعلومة الموجهة للغير، وهذا ما يحد من فعالياتها ويجعل أثرها مناقض لمهمتها الحقيقية والمتمثلة في ضمان حقوق الغير.

إن الجهة التي تقوم بعملية النشر في القانون الجزائري تتمثل في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، التي تم إنشاؤها منذ 1965حيث تقوم بتلقي ما يودعه التجار لدى مصلحة السجل التجاري، وتقوم بنشر كل ما يرد إليها عن طريق مكاتب التوثيق، تحمل هذه النشرة الرسمية للإعلانات القانونية الطابع الإلزامي حيث أنه منذ نشأتها كلفت ب:

نشر عقود الشركات، وعقود بيع، أو تأجير أو تسيير القاعدة التجارية، نشر مداولات الجمعيات العامة للمساهمين وذلك قبل توسيع مجال عملها بعد صدور القانوني التجاري.

أكد المشرع على أهمية هذا الالتزام بالإعلام واعتبره اجراء يحمل الطابع الالزامي منذ ظهور القانون التجاري، إلا أن هذا النظام الإشهاري لا زال في الجزائر يعاني من نقص في الفعالية، نظرا لقصور وسائله ما جعل هذا النظام يعاني ضعف من ناحية تطبيقه لأنه يعتمد على إيداع في المركز الوطني للسجل التجاري، ثم الإعلان في النشرات القانونية، التي لا يهتم بالاطلاع عليها إلا فئة قليلة جدا من المتعاملين مع الشركة التجارية.

لا يمكننا أن ننكر أن التسجيل في السجل التجاري إجراء مهم لإعلام الغير[1]، خاصة أن الملتزمين بهذا القيد في السجل عليهم أن يقوموا بالتصريح بصفة مستمرة عن كل تعديل لنشاطهم التجاري، لكن يبقى هذا الإجراء بلا أثر بالنسبة للغير ما لم يقم هذا الأخير بالبحث عن المعلومة بنفسه، فلا ينتظر أن تصل إليه، كما عليه أن يبحث عن النشرة القانونية التي تعنى بتلك الإشهارات وهذا ما لا يقوم به الغير بصفة مستمرة، بل وحتى في حالة قيام الغير بالبحث عن المعلومة فإن لا شيء يؤكد علم الغير بها، وخاصة وأن هذا العلم يقترن في معظم الأحوال بمهل قانونية قصيرة[2].

يؤكد المشرع في حالات كثيرة عدم كفاية النشر لوصول المعلومة للغير، فمن خلال المادة 623 من القانون التجاري[3]يعتبر المشرع ان النشر وحده لا يعتبر كافيا لإقامة البينة على علم الغير بتجاوز المدير موضوع الشركة.

كما يتعذر على الغير الاطلاع على كل التعديلات التي تقوم بها الشركة لأنها قد تكون كثيرة مما يصعب على الغير العلم بها، حتى لو اهتم بالبحث عن نشرة الإعلانات.

[1] يترتب على التسجيل في السجل التجاري الاشهار القانوني الاجباري ولا يعتد بهذا التسجيل تجاه الغير الا بعد مرور يوم كامل من نشره، هذا ما جاء في المادة 13 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية السالف الذكر.

[2] Yves Guyon, op,cit, p 978.

[3] تنص المادة 623 من القانون التجاري:" تلتزم الشركة في علاقتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة إلا إذا ثبت أن الغير كان يعلم بأن العمل تجاوز هذا الموضوع، أو كان لا يستطيع أن يجهله مراعاة، للظروف ومن المستبعد أن يكون نشر القانون الأساسي وحده كاف لإقامة هذه البينة."

لذلك فإن نظام الإشهار القانوني الحالي يحتاج لمزيد من الاهتمام لأنه يعاني من نقص وهو لا يتماشى مع سرعة المعاملات والنشاطات التجارية التي تقوم بها الشركة، الأمر الذي يتطلب توفير إجراءات تدعم السرعة.

تنص المادة 13 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على "يبدأ سريان الإشهارات القانونية التي يقوم بها الشخص الاعتباري تحت مسؤوليته وعلى نفقته بعد يوم كامل ابتداء من تاريخ نشرها في النشرة الرسمية"، على ان تحدد مصاريف ادراج الإعلانات و الاشهارات القانونية بموجب قرار من الوزير المكلف بالتجارة.

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن نشر الإعلانات يكون في مهل قصيرة وبالتالي العلم بها كذلك يكون محدد المدة، مما يصعب اطلاع الغير عليها، كذلك على المشرع أن يقوم بتحسين طرق إظهار المعلومة للغير بإجراءات حديثة لأنه كما ذكرنا أن نشرة الإعلانات تعود نشأتها لفترة الستينات، ورغم صدور قوانين النشر إلا أنها لم تأت بإجراءاته لتطوير النظام الاشهاري.

تجدر الإشارة هنا إلى أن النظام الإشهاري في الجزائر يلعب دور إعلامي يقتصر فقط على إطلاع الغير وهو ليس نظاما رقابيا يخضع الشركة للرقابة، مثلما فعلت معظم التشريعات التي فرضت تدخل القاضي في عملية تأسيس الشركة وتعديل أي نشاط فيها ، حيث يعتبر هذا التدخل رقابة سابقة أحيانا وأحيانا أخرى لاحقة مثلما فعل المشرع الفرنسي عندما قرر ان عملية تسجيل عقود الشركة في السجل التجاري لا بد ان تتم بعد تحقق المحضر القضائي للمحكمة المختصة من توفر كل الشروط القانونية، للتأكد من الإجراءات القانونية وصحتها ومدى قيام الشركة بإعلام الغير في المهل المحددة[1].

كما الزم القانون الفرنسي الشركة التجارية بإيداع العقود لدى مركز تسجيل الشركات التجارية "le centre de formalités des entreprises"، وهي جهة تم إنشاؤها بالمرسوم التنفيذي

[1] المادة 210-07 من القانون التجاري الفرنسي السالفة الذكر.

رقم 257 -81 الصادر في1981[1] تقوم باستلام طلبات تسجيل الشركات وكل إجراء معدل لها، يعتبر هذا الاجراء كذلك بمثابة رقابة سابقة على عملية تأسيس الشركة التجارية.

إلى جانب اخضاع المشرع الفرنسي كل من مؤسسي الشركة و مسيريها و أعضاء مجلس المراقبة للمسؤولية التضامنية في حالة الاخلال بإجراءات التأسيس القانونية[2].

اما في القانون الجزائري اقتصر إجراء النشر على مراحل أقل ولا وجود لا لرقابة سابقة ولا لاحقه عليه، هذا بالإضافة إلى عدم تحديد الجرائد التي تقوم بتسلم الإشهارات القانونية وفي كل مرة يستعمل المشرع عبارات مختلفة، فتارة نجده ينص على "نشرة الإعلانات" في المرسوم التنفيذي رقم 16-136 الذي يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية السالف الذكر، وتارة أخرى "نشرة الإعلانات والجرائد اليومية" في القانون التجاري.

في حين نجد المشرع الفرنسي أكثر دقة في هذا المجال حيث قام بإنشاء جرائد متخصصة تهتم بالإعلانات التجارية فقط، والتي تكون مهمتها نشر كل المعلومات المتعلقة بالشركة والتي يهتم الغير بالاطلاع عليها وذلك عن طريق نشرة الإعلانات الرسمية المدنية والتجارية التي تقوم بتوجيه هذه الإعلانات لجرائد متخصصة[3] مثل Les Petites affichesأوLa vie Judiciaire.

نص المشرع الجزائري على النشرة الرسمية للإعلانات القانونية و فتح المجال لأي وسيلة مناسبة إعلام الغير من دون تحديد مواصفات هذه الوسيلة المناسبة، وهذا ما يتضح من خلال المادة 14

[1]Decret n 81-257 du 18 mars 1981 creant des centres de formalites des entreprises, j.o.r.f du 21 mars 1981 p 830.

[2] Art 210-08 du c.c.f " les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société".

[3] Véronique Magner , Droit des sociétés , cours Dalloz ,5 ème éd , Dalloz Paris , 2011 p 69.

من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية التي تنص "تكون الإشهارات القانونية أيضا موضوع إدراج في الصحافة الوطنية المكتوبة أو أية وسيلة ملائمة وعلى عاتق ونفقة الشخص الاعتباري"، فيكون على الشركة أن تنشر على نفقتها ما يجب نشره وبالوسيلة التي تراها ملائمة لها .

وعليه لابد من إيجاد وسائل نشر خاصة بالشركات التجارية كما لابد من البحث عن طرق حديثة لضمان وصول المعلومة، واستحداث جرائد متخصصة في مجال الإعلانات التجارية عوض الجرائد اليومية، إلى جانب إمكانية استحداث موقع إلكتروني خاص بالشركات التجارية يتم الإعلان من خلاله عن كل ما تقوم به الشركات التجارية.

إن قيام الشركة التجارية بالإشهار اللازم للمعلومة لا يعني بالضرورة أن الغير قد علم بها، كما أن قيامها بالإعلام لا يعني أن المعلومة التي وجهت للغير تمثل الوضع الحقيقي للشركة، بالتالي فإنه بالإضافة لضرورة وجود نظام إشهاري ناجح لتحقيق الحماية لا بد أن تكون المعلومة صحيحة، لأن عدم مطابقتها للحقيقة يجعل الغير يعتقد أوضاع خاطئة عن الشركة فيتصور وضع لا يمثلها، وهنا كذلك يصبح للمعلومة دور مناقض لدورها في أنها تعبر عما يجب الغير معرفته لضمان حقوقه.

تضع المعلومة غير الصحيحة الشركة في وضع خاطئ وظاهري يختلف عن الحقيقي فتخلق هنا المعلومة وضعا ظاهريا مناقضا للدور الذي يجب أن تقوم به نظرا لأن تقرير الالتزام بالإعلام قد وضعه المشرع لتجنب تطبيق نظرية الظاهر التي يصعب على الغير اثباتها، فإنه من الضروري وضع إجراءات صارمة للنشر، وفرض رقابة سابقة لضمان تطابق المعلومة مع حقيقة الشركة.

من بين أخطر المعلومات غير الصحيحة التي تظهر للغير هي تلك المعلومات التي تتعمد الشركة إظهارها تلك المتعلقة بوضعها المالي، فتقوم الشركة بالإعلان عن رأسمال أكبر من رأسمالها الحقيقي لإيهام الغير بملائتها وذلك ليكون الغير على ثقة، فيمنح للشركة ائتمان أكبر لا يتناسب مع وضعها الحقيقي خاصة وأن رأسمال الشركة يمثل أكبر ضمان لحقوق الغير.

كما قد تقوم الشركة لتشجيع الغير في أن يتعاقد معها بتضخيم رقم الأعمال المعلن عنه عند نشر الميزانية السنوية، فتكون نتائج حسابات الشركة تعبر عن نجاحها، في الفترة التي تكون تواجه فيها صعوبات مالية كبيرة، أو تقوم بالإعلان عن اكتتابات وهمية لجلب الجمهور في شركة المساهمة للاكتتاب، فيتحقق هنا عنصر العلم للمتعاملين مع الشركة لكنه علم خاطئ يعرض مصالحهم للخطر[1].

فإنه من الضروري أن يقوم المشرع بالاهتمام أكثر بالنصوص المتعلقة بالإشهار، بالرغم من أن النصوص التي جرمت هذه الأفعال موجودة وذلك وعيا من المشرع بأهمية وخطورة دور الإعلام الخاطئ، لكن هذه الحماية الجنائية تأتي في مرحلة ضياع الضمانات وكل الحماية التي كان يتمتع بها الغير، لذلك فإن الحماية السابقة ضرورية وهي تحتاج فقط لنصوص حديثة تجعل من تطبيق الحماية عمليا ذو فعالية أكبر مما هي عليه.

من خلال النصوص المتعلقة بالنشر القانوني يمكننا ان نلاحظ قصور النظام الاشهاري، حيث تمر الإجراءات الشكلية بمراحل معينة أهمها تسجيل القانون الأساسي والقوانين المعدلة له بمصلحة التسجيل لدى الخزينة، ثم الإيداع لدى المركز الوطني للسجل التجاري ثم النشر الذي ألقاه المشرع على عاتق الشركاء بمساعدة الموثق دون اخضاع هذه المعلومات لأية رقابة سابقة.

تعتبر مرحلة الرقابة السابقة مرحلة ضرورية للتأكد من صحة ما تقوم به الشركة وأنها احترمت في تأسيسها وتعديلها كل الأحكام القانونية والتنظيمية التي تخضع لها، فإن الاكتفاء بهذه الاجراءات يؤدي إلى ظهور معلومات غير صحيحة تضر بالغير، فيصبح للنشر دورا مناقضا لمهمته الحقيقية لأن الهدف منه هو الوصول لمعلومة كاملة صحيحة وواضحة وليس الهدف وصول الغير للمعلومة بأسرع وقت ممكن[2].

من هنا يمكننا أن نقول إن أول ما يعرقل فعالية المعلومة هو نقصها الذي يرجع للنظام القانوني الذي يحكمها، فظهورها بشكل ناقص وغير واضح لا يكفل للغير الإعلام القانوني الذي يخدم مصالحه،

[1] Krieb – Verbaere. Catherine , Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires , R. T. D, Paris 1999, P 596.
[2] Alain.Sayag, Publicité légale et information dans les affaires, Litec, Paris, 1992, p.150

فلا بد من ايجاد نظام رقابة سابقة قبل صدور تلك المعلومات عن طريق إرساء بعض الإجراءات الوقائية لضمان صدور معلومات بصفة قانونية، الى جانب النصوص التي تؤكد قيام كل من المسؤولية المدنية و الجنائية عند اخلال الشركة بواجب الالتزام بإعلام الغير.

ب- آثار إخلال الشركة التجارية بالالتزام بالإعلام.

1- المسؤولية المدنية للشركة التجارية عند الإخلال بواجب الإعلام.

يشكل النشر والإشهار القانوني وسيلة لاطلاع الغير[1]،كما لا تكون للشركة الشخصية المعنوية إلا من تاريخ القيد في السجل التجاري واجراء الشهر الضروري الذي يشترطه المشرع، فأول جزاء مترتب عن الاخلال بالالتزام بالإعلام يتمثل في عدم تمتع الشركة بشخصية ، وبالرغم من أن الشهر جزء مهم من الإجراءات الشكلية للشركة التي لا تستكمل إجراءاتها وشخصيتها القانونية إلا من خلاله ،الا ان الجزاء المدني هنا يعتبر من نوع خاص نظرا لعدم تقرير المشرع البطلان المطلق في حالة تخلف هذا الإجراء لما في ذلك من اضطراب المراكز القانونية والإضرار بالغير، باعتبار أن النشر وجد أساسا لحماية الغير ليطلع على البيانات الخاصة بالشركة، ويبني قراره على أساس المعلومات المنشورة[2].

من هنا يمكننا أن نقول بأن الإخلال بأحد أركان الشركة الموضوعية وحتى الشكلية اللازمة يؤدي إلى البطلان وزوال جميع آثار العقد حتى في المدة السابقة لإعلان البطلان، ولكن باعتبار عقد الشركة مختلف عن باقي العقود وسبب الاختلاف في كونه ينشأ شخصية قانونية تتمثل في الشركة، فلا يمكن إنكار وجودها خلال الفترة السابقة لإعلان البطلان فإن اعتبار العقد باطلا يؤدي لزوال الشخصية المعنوية بأثر رجعي، لا يمكن تطبيق هذا الأثر القانوني حيث يسري على الشركة في هذه الحالة بطلان من نوع خاص لا هو نسبي ولا مطلق المعروف في القواعد العامة.

[1] عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، المكتبة القانونية، مصر2002، ص 105.

[2] مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات، دراسة مقارنة، ط 1 دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 268.

أسس هذا البطلان الخاص كل من الفقه والقضاء وتبعتهما معظم التشريعات، وهو يتميز بخصائص تتماشى مع خصوصية عقد الشركة، فنجد المشرع الأردني يقر بوجود الشركة قبل استكمال الركن الشكلي في قانون الشركات الأردني لسنة 1997[1]، نفس الشيء بالنسبة للقانون المصري يطبق البطلان بشرط عدم إخلاله بحقوق الغير حسن النية.

وجاء المشرع التونسي بجزاء البطلان لعدم إجراء الشهر القانوني، لكن في نفس الوقت أشار لحالات تلافي البطلان وجاءت حالات التلافي بهذه العبارة للتخفيف من حدة البطلان، والأخذ بعين الاعتبار الحقوق المكتسبة من خلال تسوية الأخطاء المرتكبة عند تكوين الشركة وسمح بإجراء التصحيح،"La régularisation"[2] ، هذا ما ورد في الفصول 17و92و93و107 من مجلة الشركات التونسية من اجل تصحيح التصرف المعيب[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن البطلان موجود لكنه مقرر لمصلحة الغير، باعتبار أن الشهر في حد ذاته قرر لمصلحته بالتالي فإن البطلان كذلك من نوع خاص.

تنص المادة 549 من القانون التجاري على الوضع القانوني المتعلق بالشركة التجارية في حالة عدم استكمالها إجراءاتها الشكلية بما فيها الشهر، عند قيام المؤسسين بالتعهد باسمها تجاه الغير، فضمانا لحقوق الغير أجاز المشرع ان تلتزم الشركة بما قام به هؤلاء الأشخاص من تعاقدات رغم أنها لم تتمتع بعد بالشخصية المعنوية، وهذا ما يعبر عنه بالبطلان خاص للشركة التجارية على أساس أنها تبطل أو تصحح بحسب ما تستوجب مصلحة الغير.

[1] قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 ج.ر صادرة بتاريخ 1-11 2006.

[2]-محمد الهادي بن عبد الله، مصنف فقه القضاء التجاري التونسي، دار اسهامات في ادبيات المؤسسة، تونس، 1997، ص 165.

[3] قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 03 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية التونسي، الرائد الرسمي التونسي، عدد89 المؤرخ في 07 نوفمبر 2000، معدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

هذا البطلان الخاص، أوجدته التشريعات بهدف استقرار المعاملات وحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، خاصة إذا قامت الشركة بتدارك الإهمال وسعت للقيام باستكمال النشر قبل طلب الحكم ببطلانها، كما أن هذا البطلان الخاص لم يقرر لمصلحة الشركة بالدرجة الأولى، كما لا يجوز أن يستفيد منه المتسبب فيه وهم الشركاء المؤسسون، لأنه لا يجوز أن يستفيدوا من إهمالهم بل قرر حماية للغير الذي يتمسك بإبطال الشركة أو تصحيحها وفقا لمصلحته[1].

تجدر الإشارة هنا إلى أن القيد في السجل التجاري لا يغني عن القيام بإجراء الشهر وهذا ما أكدته المادة 548 من القانون التجاري[2].

كما يخضع أي تعديل لاحق لعقد الشركة بنفس الإجراءات المقررة عند التأسيس، وفي حالة الإخلال به يترتب نفس الأثر والمتمثل في البطلان الخاص فلا هو بطلان مطلق ولا بطلان نسبي، لأن التمسك به يكون من كل ذي مصلحة، وهم الشركاء والغير، لكن آثار البطلان تختلف باختلاف الشخص الذي يطلبه، ولا يعتبر هذا البطلان من النظام العام حيث يجوز التنازل عنه.

يتميز هذا البطلان بخصائص تجعله أهم أحكام الشركات التجارية التي تهدف لحماية الغير حسن النية فأول خصائص هذا البطلان هو أن للغير حق التمسك به ، في حالة عدم القيام بإشهارها، لكن يستطيع هذا الغير التنفيذ على الشركة عن طريق القضاء، وفي الوقت ذاته من حق الغير أن يتمسك بوجود الشركة، فيثبته بكل طرق الإثبات لكي يتسنى له أن يطالبها بالتزاماتها باعتبارها شخص معنوي له ذمة مالية يمكن أن تسدد ديونها، ومن خصائص البطلان كذلك أنه لا يجوز للشركاء أن يستفيدون منه، فلا يجوز لهم التمسك به تجاه الغير للتخلص من التزاماتهم، ولا يمكن أن يستغلوا إهمالهم لإجراءات شهر ضد مصلحة الغير.

كما يجوز للشريك أن يتمسك ببطلان الشركة تجاه باقي الشركاء، هذه الخصائص أكد عليها المشرع في المادة 734 التي تنص على "أنه يطلب في شركات التضامن وإلا كان باطلا إتمام إجراءات

[1] عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 110.
[2] تنص المادة 548:" يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات الجارية لدى المركز الوطني للسجل الجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة.

النشر الخاصة بالعقد أو المداولة حسب الأحوال دون احتجاج الشركاء والشركة تجاه الغير بسبب البطلان، غير أنه يجوز للمحكمة ألا تقضي بالبطلان الذي حصل إذا لم يثبت أي تدليس"، هذا بالنسبة لشركة التضامن، وتنص المادة 742 "لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية" هذا بالنسبة لكل اشكال الشركات التجارية.

هذا الحكم لا يخص الا المتعاملين مع الغير قبل اكتمال إجراءات التأسيس فكل الشركاء أو المؤسسين أو حتى مدراء تم تعيينهم في القانون الأساسي، وكل شخص تعامل مع الغير باسم الشركة قيد التأسيس، كلهم لا يستفيدون من هذا البطلان لأنه مقرر لحماية الغير.

فإن إمكانية تصحيح الشركة من طرف الغير يمكن اعتباره أهم خصائص هذا البطلان، لأنه يخفف من نتائجه، فحتى لو تم رفع دعوى إبطال من الغير لا يمكن للقاضي النطق بإبطال الشركة في حالة تصحيحها، خاصة إذا اتخذ الشركاء الإجراء اللازم بالتسجيل والشهر، فتكون الشركة قانونيا صحيحة يوم النطق بالحكم، لإن سبب إبطالها يكون قد زال، هذا ويمكن للقاضي منح مهلة للشركاء من أجل التصحيح أو إتمام الإجراءات.

نشير هنا إلى أثر آخر مخفف للبطلان وهو عدم وجود الأثر الرجعي له على خلاف ما هو مطبق في القانون المدني عند إبطال العقود، فالبطلان في الشركات التجارية لا يكون بأثر رجعي بل بأثر فوري، فحتى وإن قرر القاضي الإبطال فإن ذلك لا أثر له على الحقوق التي نشأت قبل الحكم به، كل هذه الاحكام عبارة عن حلول جاء بها المشرع لتجنب ابطال الشركة[1].

كذلك في حالة إغفال أحد البيانات الواجب شهرها لا يترتب عليه بطلان الشركة كلها، وإنما يقتصر البطلان على البيان الذي لم يتم شهره، وذلك لعدم تعريض الشركة للتهديد ببطلانها[2].

نلاحظ أنه لدائني الشركة إما التمسك ببطلانها أو التمسك ببقائها لتخلف ركنها الشكلي ككل أو إجراء الشهر، فتختلف مصلحة الدائنين بين التمسك بالبطلان والتمسك بالتصحيح، فيكون

[1] Marie. Helene , Droit des sociétés et groupement , collections dirigées par Bernard Monsérie, Montchrestien, Paris,2009 p,62.

[2] عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 107.

مثلا من مصلحة الدائن المرتهن الإبقاء على الشركة، بينما يكون من مصلحة دائني الشركة العاديين التمسك ببطلانها وهنا يتم قبول طلب الإبطال والحكم به، لأن البطلان هو الأصل باعتبار أن المشرع قد جعل أثر تخلف إجراء شهر الشركة هو البطلان.

نفس الشيء بالنسبة للشركاء الذين لا يتمسكون بالبطلان تجاه الغير بينما يتمسكون به فيما بينهم لاسترداد حصة مقدمة للشركة، أو للتخلص من الالتزام بتقديم حصة.

أما بالنسبة للدائنين الشخصيين للشركاء فإنه من مصلحتهم التمسك بالبطلان لكي يسترد الشريك المدين حصته، على عكس دائني الشركة الذين يتمسكون ببقائها، فيتم التنفيذ على الشركة لأن دائني الشركاء لا يعلمون بوجودها نظرا لتخلف شهرها، فهم مختلفون عن الشركاء فإن لم يجز المشرع للشركاء التمسك بالبطلان تجاه الغير فإنه لا يجوز مد هذا المنع إلى دائني الشريك، ولا يمكن أن نطبق عليه فكرة الخلف للشركاء، بحيث يمنعون من التمتع بأكثر مما يملكه الشريك، هذا غير ممكن تطبيقه حماية لدائني الشركاء[1].

أما مديني الشركة والشركاء، فيلتزم مدين الشركة بالوفاء بديونه ولا يمكنه الامتناع والتمسك بإبطال الشركة لتخلف الشرط الشكلي، لكن مدين الشريك بإمكانه التمسك ببطلان الشركة إذا كانت له مصلحة عندما يكون دائنا للشركة ويريد القيام بمقاصة بين دينه الشخصي على الشريك ودينه لدى الشركة، والذي لا يكون إلا بإبطال عقد الشركة[2].

كما قرر المشرع إضافة لجزاء البطلان في حالة تخلف إجراء شكلي جزاء آخر يتعلق بمسؤولية المؤسسين للشركة قيد التأسيس، والمتمثل في المسؤولية التضامنية والشخصية بالنسبة لتعهدات الشركة قبل إتمام الإجراء الشكلي، والتي سوف يكون لنا الحديث عنها تبعا من خلال المبحث الثاني[3]،ذلك أن سبب تقرير البطلان الخاص والمسؤولية التضامنية لكل المتعهدين باسم الشركة قبل إتمام إجراءات تأسيسها هو حماية للوضع الظاهر لجميع المتعاملين مع الشركة، والذين يجهلون عدم

[1] محمد الهادي بن عبد الله، المرجع السابق، ص 167.
[2] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 389-390.
[3] للمزيد من التفصيل انظر ادناه ص 128.

استكمال الشركة لإجراءات تأسيسها، وحتى لا تنهار الشركة بالبطلان تم الاعتراف بمسؤولية المتعهدين باسمها رغم أنها لم تكتسب الشخصية المعنوية.

أما بالنسبة للجزاء المترتب عن الإخلال بواجب الإشهار بالنسبة لكل التعديلات والتغييرات التي تطرأ على الشركة، واللاحقة لإنشائها وتأسيسها فإنه يلحقها كذلك البطلان الخاص، نظرا لتأكيد المشرع على إمكانية تصحيح عقد الشركة عن طريق القضاء، وهذا بحسب المادة 739 من القانون التجاري: "إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيا على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمه الأمر تصحيح العمل أن يندر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل 30 يوما، وإذا وقع التصحيح في هذا الأجل فيجوز لكل شخص يهمه الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء".

وعليه فإنه بمقتضى هذه المادة يمكن لأي شخص يهمه الأمر تصحيح التصرف الذي صدر عن الشركة والخاضع لقواعد النشر ولم يتم نشره أن يقوم بتصحيح التصرف وإنذار الشركة بالقيام بالتصحيح في أجل 30 يوما، لم يحدد المشرع تاريخ بداية احتسابها فمن الممكن اعتبارها من يوم العلم بوجود مخالفة لقواعد النشر، ثم في حالة عدم القيام بهذا التصحيح من طرف الشركة يلجأ كل من يهمه الأمر للقضاء، وهذا ما يفهم من النص الفرنسي للمادة 739 من ق.ت[1].

2 – المسؤولية الجنائية المترتبة عند الاخلال بواجب الاعلام.

إن الاكتفاء بالجزاء المدني في حالة الإخلال بواجب الإعلام، يجعل من الحماية ناقصة لذلك فالحماية الجنائية ضرورية، والتي لم يغفل عنها المشرع بالنسبة لبعض الحالات الواجب إشهارها نظرا لخطورتها في حالة عدم إطلاع الغير عليها، ولعل أهمها تلك الخاصة بشركة المساهمة أثناء تأسيسها،

[1] المادة 739 من ق.ت "..واذا يقع التصحيح في هذا الاجل فيجوز لكل شخص يهمه الامر ان يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الاجراء".

Art n 739 du code du commerce Algérien «A défaut de régularisation dans ce délai , tout intéressé peut demander la désignation , par décision de justice , d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité »

في حالة نشر معلومات غير صحيحة عند الاكتتاب، حيث حرص المشرع على ضرورة وصف الشركة وصفا دقيقا وببيانات لا تجعل الغير يشكك في إمكانية وجود الصورية.

فيجب ذكر الاسم وشكل الشركة ورأسمالها، وكيف يتم الاكتتاب من حيث زمانه ومكانه، وكل ما يتعلق بتنظيم الشركة وبوضعيتها المالية على وجه الخصوص، فتنص المادة 806 من القانون التجاري على: "يعاقب بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج مؤسسو الشركات المساهمة ورئيسها والقائمون بإدارتها، والذين أصدروا الأسهم سواء قبل قيد الشركة بالسجل التجاري، أو في أي وقت كان إذا حصل على قيد بطريقة الغش دون إتمام إجراءات تأسيس تلك الشركة بوجه قانوني".

لذلك فإن واجب المؤسسين لا يقتصر على ضرورة القيد والنشر للمعلومات بل يستلزم المشرع وجوب الالتزام بالشفافية عند تحرير البيانات تجنبا للغش، وذلك لضرورة صحة المعلومة المدرجة في الإعلانات القانونية، كما تنص المادة 807 من القانون التجاري على: "يعاقب بالسجن من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. الأشخاص الذين قاموا عمدا عن طريق إخفاء اكتتابات أو دفوعات أو عن طريق نشر اكتتابات أو دفوعات غير موجودة أو وقائع أخرى مزورة للحصول أو محاولة الحصول على اكتتابات أو دفوعات.

الأشخاص الذين قاموا عمدا وبغرض الحث على الاكتتابات أو الدفوعات بنشر أسماء أشخاص تم تعيينهم خلافا للحقيقة باعتبار أنهم ألحقوا أو سيلحقون بمنصب ما في الشركة"، هذا لتجنب التغرير بالغير حتى يكون رضاه صحيحا وعلى أسس واقعية.

في إطار الحماية الجنائية للغير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة الالتزام الشركة بالإعلان عن حالة خسارتها إذا قل رأسمالها عن الربع ، وهذا ما ورد في المادة 803 من القانون التجاري التي تنص على: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المسيرون الذين يتخلفون مع التعمد إذا قل مال الشركة الصافي عن

ربع رأسمال الشركة من جراء الخسائر الثابتة في المستندات الحسابية عن إيداع القرار الذي اتخذه الشركاء بكتابة المحكمة ونشره في جريدة معتمدة لتلقي الإعلانات القانونية" .

رتب المشرع الجزاء الجنائي بالنسبة للقائمين بإدارة الشركة والذين قاموا بتخفيض رأسمالها دون نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وعقوبة ذلك غرامة مالية من 20.000 دج إلى 200.000 دج وهذا حسب المادة 827 من القانون التجاري.

أما بالنسبة لباقي الحالات التي ألزم فيها المشرع الشركة التجارية بإجراء الشهر القانوني فرتب عليها كلها عقوبة نصت عليها المادة 35 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية بنصها: «يعاقب على عدم إشهار البيانات القانونية المنصوص عليها في أحكام المواد 11-12-14 من القانون بغرامة من 30.000 دج إلى 300.000 دج.

يتعين على المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الاعتباريين والمؤسسات التي لم تقم بإجراءات الإشهار القانوني إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة، وهي الحالات الخاضعة للنشر بحسب المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، والمتمثلة في نشر حل الشركات وإفلاسها، ونشر حالة المنع من ممارسة التجارة أو شطب أو سحب السجل التجاري.

أما موقف المشرع الفرنسي فإنه لا يختلف عن موقف المشرع الجزائري بالنسبة للجزاء المدني المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، حيث لا تكتسب الشركة التجارية الشخصية المعنوية ولا يحتج بوجودها تجاه الغير، كما لا يوجد أي نص يشير إلى بطلان الشركة في هذه الحالة[1]، أما بالنسبة للجزاء الجزائي فرتب المشرع عقوبات متعددة حسب كل حالة عند عدم التزام الشركة بالإشهار القانوني[2].

[1] Régis. Gras, Claude Placè, Guide de formalités des sociétés, éd Delmas, Paris 2007, p 67.

[2] المواد 247-01، و247-02، و247-03، و247-04 من القانون التجاري الفرنسي.

كما جرم المشرع البوح بمعلومات غير لازمة، وأحال المشرع التجاري لتطبيق قانون العقوبات على الجريمة المتعلقة بإفشاء السر المهني، فنصت المادة 301 من قانون العقوبات[1] على معاقبة جميع الشخاص المؤتمنين بحكم الواقع او المهنة او الوظيفة الدائمة او المؤقتة، على اسرار ادلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون افشاؤها ويصرح لهم بذلك، طبقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات التي حددت عقوبة ذلك الفعل والمتمثلة في 01 شهر إلى 06 أشهر وغرامة من 20.000 دج إلى100.000 دج، وان مسألة تكييف ما يعد سرا مهنيا يقررها القاضي حسب النزاع المعروض عليه.

المبحث الثاني: حماية الغير في الشركة الفعلية.

ان البطلان الذي قد تتعرض له الشركة يهدد حقوق الغير بسبب وجود مبدأ الأثر الرجعي للبطلان الذي يتطلب إعادة الحال لما كان عليه في السابق، مما يؤدي لعدم استقرار المراكز القانونية خاصة في عقد الشركة التجارية التي تتميز بتعدد وتعقد العمليات القانونية خاصة عندما يتعلق الأمر بأموال وحقوق لا يمكن ردها.

فإن تطبيق هذا البطلان في الشركات التجارية لا يتفق مع مبادئ العدالة لأنه يرتب آثار سيئة بين الشركاء وبينهم وبين الغير، حيث تكون الشركة بغض النظر عن صحة تكوينها قد قامت بتصرفات قانونية رتبت ديون عليها وحقوق لها وللغير بعد استغلال أموالها والبدئ في تنفيذ العقود حيث تظهر للغير بمظهر شركة منتظمة قانونا، مما يجعل تطبيق أحكام البطلان أمر في غاية الصعوبة حتى ولو تم الحكم بتعويض الطرف المتضرر.

عند اكتساب الشركة التجارية الشخصية المعنوية يتم مباشرة استبعاد أحكام القانون المدني والتوجه للقانون التجاري، حيث تعتبر الشخصية المعنوية نقطة الانطلاق لتمتع الشركة بكل خصائص

[1] الامر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتضمن قانون العقوبات، ج. رعدد 37، 22 يونيو 2016.

الأحكام المنظمة للشركات التجارية ، فلا يكون للشركة وجود قانوني قبل تمتعها بالشخصية المعنوية ، بالرغم من أن هذا المبدأ يتوافق إلى حد كبير مع مصالح الغير الذي لا يمكن الاحتجاج عليه بالشركة التجارية إلا من تاريخ القيد والإشهار القانوني لوجودها، إلا أن هذا قد يخلق مشكلة تهدد حقوق الغير بسبب أن تأخير الوجود القانوني للشركة لغاية اكتمال إجراءات تأسيسها يجعل تعهداتها التي قامت بها مع الغير أثناء تلك الفترة تصرفات باطلة[1].

بعد قيام الشخص المعنوي بتعهدات قانونية لفترة زمنية معينة لا يمكن للبطلان أن يقضي على كل آثار الشخص المعنوي وكل تلك التعهدات في الفترة التي تعامل فيها مع الغير، ومن أجل تجنب هذه النتيجة غير العادلة في مجال الشركات التجارية اجتهد القضاء وأوجد الوسيلة التي يتم عن طريقها استبعاد آثار البطلان، وذلك ضمانا لمصلحة الشركة والغير وأوجد ما يسمى بالشركة الفعلية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه النظرية لا يقتصر تطبيقها على حالة العيب الشكلي الذي يصيب الشركة أثناء تأسيسها، وإنما قد يحدث بطلان الشركة لأسباب وظروف واقعية كثيرة خلال حياة الشركة، كما يمكن أن نجدها بعد انقضاء الشركة واثناء التصفية.

لتطبيق هذه النظرية مجال معين وحالات معينة وشروط للاحتجاج بها من طرف الغير، واعتبارها شركة منعدمة الشخصية المعنوية يؤدي بنا لضرورة التميز بينها وبين الكثير من الأنظمة المشابهة لها، من أجل ذلك حاولنا تحديد ماهية الشركة الفعلية (مطلب اول)، فظهرت لنا أهمية البحث عن مبرراتها والأساس الذي تم الاستناد عليه لإيجادها، الأمر الذي تباينت حوله التشريعات.

كما تطرقنا للأسباب التي تؤدي لقيام الشركة الفعلية و نطاق وجودها(مطلب ثاني)، كما سنتطرق من خلال هذا المبحث أيضا لتحديد الآثار الناشئة عن هذه النظرية خاصة انها انشأت حكم قانوني مختلف عن القواعد العامة للعقود، والمتمثل في الأثر الفوري للبطلان إضافة للآثار المتعلقة بهذه النظرية بالنسبة للشركاء فيما بينهم، وما يترتب عنه من استغلال من طرفهم لنظرية الشركة

[1] Buno. Petit, Droit des sociétés, 5 éme éd, Lexis Nexis , Paris , Litec , 2010 p 30.

الفعلية مما قد يضر بالشركة والغير (مطلب ثالث) ،كما سنبين طرق انتهاء الشركة الفعلية و التي تختلف آثارها القانونية باختلاف طريقة الانتهاء(مطلب رابع) .

المطلب الاول: ماهية الشركة الفعلية.

يمكن تحديد مضمون و أساس الشركة الفعلية من خلال الأحكام المتعلقة بها رغم عدم ورود أي تعريف لها، وذلك بالاستناد الى الوجود الفعلي لهذه الشركة وهو الذي يختلف عن الوجود القانوني، حيث تكون الشركة التجارية شركة قائمة على أساس الواقع في حالة عدم مراعاة كل شروطها القانونية ،بحيث لا يمكن معاملة هذه الشركة على أنها لم توجد وفي نفس الوقت لا يمكن اعتبارها مكتملة من الناحية القانونية، لذلك فإن التطرق لنشأتها قد يساعدنا في تحديد مفهومها (فرع اول)، كما أن تحديد أساسها قد يساعدنا أكثر عندما نبحث في مبررات القاضي في الاعتراف بها، وابتداعها لإيجاد الحلول لهذه الحالة، الامر الذي جعل الفقه يؤيده كما لم تتردد التشريعات في الأخذ بهذا الاجتهاد الذي يمثل حماية مهمة جدا لحقوق الغير (فرع ثاني) .

كما لابد أن نشير لأهمية التمييز بين الشركة الفعلية وشركات أخرى لا تتمتع بالشخصية المعنوية وتقترب بصورة كبيرة من مفهوم وشروط وحالات قيام الشركة الفعلية، ذلك أنه بالاعتماد على عنصر الظاهر هناك حالات كثيرة قد تظهر فيها الشركة صحيحة، إلا أنها في الحقيقة باطلة وذلك بعيدا عن كونها شركة فعلية.

إلى جانب أن الاعتراف بالظاهر وجد لحماية الغير ومع ذلك لا يكون له أثر بالنسبة له فقط بل يمتد الأثر حتى بالنسبة للشركة والشركاء، هذا ما يجعل ضرورة التمييز بدقة بين هذه الشركة وما يشابهها أمر ضروري، وهذا ليس فقط بالنسبة للأنظمة التجارية بل حتى المدنية خاصة أن ظهور أول تنظيم قانوني للشركة الفعلية كان في قانون نابليون، حيث أوجدها بالنسبة للشركات المدنية

وشركة المحاصة على وجه الخصوص أين تم استعمال مصطلح الوجود الواقعي لهذه الشركة لأول مرة[1]، وهذا ما سنحاول تحديده في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نشأة الشركة الفعلية.

لم تتمكن القوانين من تجاهل هذا الوجود الفعلي للشركة، وكان ذلك بعد تردد كبير من طرف القضاء الفرنسي الذي كان له الفضل في إيجاد الشركة الفعلية بعد ظهور مشاكل قانونية كثيرة بسبب ذلك الوجود الواقعي للشركة، فإن نشأة الشركة الفعلية هي قضائية ثم ساندها الفقه، وبعد أن أثبتت نجاحها تبناها المشرع الفرنسي في قانون الشركات التجارية، بعد تفكير وتحليل لذلك التعارض بين القانون والواقع والذي استغرق مدة طويلة لغاية الاعتراف النهائي بالشركة الفعلية ضمنيا، ثم وضع نظام قانوني خاص بها شهد الكثير من التطورات المهمة[2].

أجمع الفقه والقضاء على إيجاد نظرية الوجود الفعلي أو الواقعي للشركة التجارية والتي تعود نشأتها للقضاء وبالتحديد القضاء الفرنسي، ثم قامت بتبنيها والاعتراف بها معظم التشريعات من بينها المشرع الوطني، بعد أن لقيت نجاحا إثر مساندة الفقه لهذه النظرية وإيجاده لآليات العمل بها وتطبيقها من خلال ارساء شروطها وتحديد آثارها .

ظهرت الشركة الفعلية في أول قرار صدر عن محكمة باريس سنة 1791 [3] بعد أن كان القضاء يلجأ إلى استعمال نظرية إساءة استعمال الحق لرفض طلب إبطال الشركة، وأهم أهداف هذا الاجتهاد كان التخفيف من آثار البطلان بالنسبة للشركة التجارية، حيث ارتبط هذا الوجود الفعلي للشركة التجارية بمشاكل تطبيق البطلان عليها، لذلك اعتبرت نظرية الشركة الفعلية كل شركة تجارية تقرر بطلانها لعيب في نشأتها أو حتى في إجراءات إشهارها قائمة في الماضي، ولها كيانها ووجودها الفعلي، وأن بطلانها لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل احتراما للغير الذي تعامل معها على

[1] أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 203.

[2] Henri Temple , Les sociétés fait , L.G.D.J , Paris , 1975 , p 289 .

[3] قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 04-11-1791 مأخوذ عن مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط اولى الأردن 1996 ، ص 23

أساس وجودها القانوني الذي ظهر له[1]، من اجل الحفاظ على الثقة بين المتعاملين وضمانا لاستقرار المراكز القانونية، وحماية للغير الذي يظهر له شكل الشركة قانوني ومنتظم.

لم يعرف المشرع هذه الشركة على غرار الكثير من التشريعات، لكن يتضح من خلال النصوص القانونية أنها تلك الشركة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية نظرا لوجود عيب في نشأتها، او تلك الشركة التي تحتوي على خلل في شروط صحتها، ومع ذلك تضم مجموعة من الأشخاص يتصرفون بصفتهم شركاء فيما بينهم وتجاه الغير ويقومون بإبرام تصرفات مع الغير، اذ لا يمكن التحدث عن الوجود الفعلي للشركة إلا إذا قامت بتصرفات تجاه الغير، ويقومون بإبرام تصرفات مع الغير، اذ لا يمكن التحدث عن الوجود الفعلي للشركة إلا إذا قامت بتصرفات تجاه الغير[2].

معظم المحاولات التي وجدت لتعريف للشركة الفعلية اقتصرت على أنها من صنع القضاء، وأيده الفقه الذي وضع أسسها وحدد لها الأثر القانوني لها بعدم رجعية بطلانها، فأكد القضاء على وجودها الواقعي، وهذا ما استقرت عليه اغلب التشريعات ومعظم الفقه القانوني الذي لم يستقر في المقابل على وضع تسمية محددة لها، ففي الفقه المقارن نجد لها تسميات مختلفة.

بعض الفقه الفرنسي مثل: Lagarde et Hamel [3] يطلق عليها تسمية "الشركة المتدنية "،"Société de droit dégénérée"، وهناك فقه آخر يراها تلك الشركة المعيبة تجنبا لمصطلح واقعية أو فعلية لأنه قد يوحي بأنها غير قانونية.

كما يطلق عليها جانب من الفقه تسميه الشركة المعطوبة، وفقه آخر يستعمل مصطلح شركة الواقع وهنا لا يوجد تعارض بين شركة فعلية وواقعية، أو شركة واقع ويرجع هذا الاختلاف حول تسميتها لصعوبة تحديد طبيعتها، ففي معظم التسميات التي اقترحت لها نجد العنصر المشترك هو المظهر الخارجي الذي تظهر به هذه الشركة، والذي يساعد على الاعتراف بوجودها الفعلي بعد الإخلال بأحد شروط قيامها ووجودها القانوني ، ولعل التسمية المرجحة من قبل معظم التشريعات

[1] مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط اولى الأردن 1996، ص 11.

[2] Maria. Beatriz. Salgado، Droit des sociétés, op, cit, 2012, p 10.

[3] Hamel et Lagarde , Traité de droit commercial , op, cit, , p 159 .

هي التي تأخذ بالمظهر الخارجي كأساس وهي نفس التسمية التي ظهرت بها هذه الشركة لأول مرة في القضاء الفرنسي والمتمثلة في "الشركة الفعلية "، التي حاول الفقيه Escarra تعريفها بأنها " تلك الشركة التي أسست خرقا للمقتضيات القانونية "[1].

أما بالنسبة لتسمية هذه الشركة في بعض التشريعات فإننا نجد المشرع الفرنسي والألماني وحتى المصري والأردني يستخدم مصطلح الشركة الفعلية وهو اول مصطلح استعملته محكمة بالنقض الفرنسية سنة 1825 بعد ان رفضت تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على شركة تجارية[2] أما المشرع الإيطالي فيستعمل عبارة الشركة غير النظامية "Sociétés irrégulières" [3].

بينما لم يستعمل المشرع أي عبارة للدلالة على هذه الشركة، رغم أنه اعترف بالوجود الفعلي، للشركة التجارية في العديد من النصوص كما سنرى لاحقا .

أما بالنسبة للموقف التشريعي من نظرية الشركة الفعلية فإنه يوجد اختلاف في طريقة تناولها حتى من بعض التشريعات الغربية باعتبارها نظرية غربية، فالتشريع البريطاني مثلا الذي يتميز بأنه قانون غير مكتوب يعتمد على السوابق القضائية لم ينص في القانون المتعلق بالشركات على أي حكم يؤدي للاعتراف بالشركة الفعلية، بل قرر البطلان بالنسبة لكل شركة تأسست خلافا لما يشترطه القانون.

أما بالنسبة للتشريع الأمريكي الذي استمد نظام الشركات من القانون الإنجليزي فإنه اعترف بوجود الشركة الفعلية، لكن ليس بنفس شروط وحالات قيامها التي أوجدها القضاء والقانون الفرنسي، لأنه يميز بين علاقتين العلاقة بين المؤسسين، والعلاقة بين الشركة والدولة فعدم صحة العقد الأول لا يؤثر في العقد اللاحق، كما أن للقضاء الأمريكي دور كبير في الحكم ببطلانها من عدمه بعد التأكد من درجة النقص أو الإخلال الذي أصاب الشركة.

[1] J. Escarra, Traite théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, Sirey, Paris ,1959 ,p 220.

[2] قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08-04-1825 مأخوذ عن مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ص 18.

[3] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، المنشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2011، ص 61.60.

أما في التشريعات اللاتينية الاخرى، نجد أن التشريع الهولندي أخد بقانون نابليون وبالقوانين الفرنسية واعترف بهذه النظرية، أما المشرع الإيطالي فأخد بنظرية الشركة المعيبة وهي تقارب الشركة الفعلية، لكن طبقها على شركات الأموال دون الأشخاص.

على عكس ذلك فإن صرامة القانون الألماني في تأسيس شركات الأموال جعل البطلان اللاحق لتأسيسها أمر نادر الوقوع، وذلك في قانون 1937 الذي نظم شركات المساهمة، لكن لم يمنعه ذلك من الاعتراف بها في شركات الأشخاص التي تتعرض لنفس أسباب البطلان التي يعرفها القانون، لذلك فإن المشرع الألماني أخذ بها حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع شركات الأشخاص بصفة خاصة[1].

أما التشريعات العربية فنص التشريع الأردني صراحة على الوجود الفعلي للشركة التجارية لمصلحة الغير[2]، وذلك طبقا للمادة 15 من قانون الشركات الأردني التي تنص على انه:" ان التخلف عن التقيد بإجراءات التسجيل لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلا او تقرير التغيير الطارئ عليها لمصلحة الغير"، وذلك قبل اكتسابها الشخصية المعنوية قبل استكمال إجراءات تأسيسها في القانون الأردني، بل تستمدها من المبادئ العامة للقانون.

أما المشرع المصري فإنه قد ضيق كذلك من حق طلب إبطال الشركة وجعله بطلان خاص يؤدي إلى الاعتراف بالشركة الفعلية، بعدما اعترف بسريان العقود والتصرفات التي تبرمها الشركة مع الغير قبل اكتسابها للشخصية المعنوية، وهذا ما يتضح من المادة 13 من قانون الشركات المصري[3].

ونجد المشرع التونسي كذلك خفف من نتائج بطلان الشركة واستبعده في حالات كثيرة رغم وجود بعض التناقضات في النصوص المتعلقة بهذه المسألة[4].

[1] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ص 11.

[2] قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 ج.ر صادرة بتاريخ 11-1 2006.

[3] قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015، ج.ر عدد 11بتاريخ 12 مارس 2015.

[4]قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 032 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، الرائد الرسمي عدد89 المؤرخ في 07 نوفمبر 2000، معدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

مرت الشركة الفعلية في نشأتها في القانون الفرنسي بمراحل أساسية قبل تنظيمها في القانون، فقبل ظهور قانون الشركات الفرنسية في سنة 1966 كانت أحكام الشركات موزعة بين القانون التجاري والقانون المدني، كقانون 1925 الخاص بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وقانون 1867 الخاص بشركات المساهمة، وقانون 1857 الذي يحدد المركز القانوني للشركات الأجنبية في فرنسا .

عند ظهور الشركة الفعلية في فرنسا لم يكن ينشأ عنها شخص معنوي مستقل، بل كانت عبارة عن عقد يرتب التزامات بين الأطراف ولا أثر له تجاه الغير، وتبقى الأموال المقدمة من الشركاء ملكا مشتركا بينهم، فلم يكن بالإمكان آنذاك الحديث عن شركة فعلية.

مع بداية القرن السادس عشر بدأت الشركة الفعلية بالظهور في فرنسا بعد أن بدأت السلطة الملكية تهتم بتنظيم شركات التضامن والتوصية، فصدر أمر مولان في أوت 1566 الذي قرر الإثبات بالكتابة في العقود التي تزيد قيمتها على 100 فرنك ومنها الشركات، فرفض القضاء تطبيق تلك القاعدة على الشركات ، فظهر حينها البناء القضائي للشركة الفعلية ، صدر بعد ذلك أمر"Blois " سنة 1579 الذي أخضع جميع الشركات المنشأة بين الأجانب للإشهار من أجل الاحتجاج بها تجاه الغير ، وفرض عقوبات على الشركات التي لم تلتزم بالنشر، لكن رفض القضاء تطبيق ذلك الالتزام حتى بعد أن تم تعميمه للشركات الوطنية بالأمر الصادرفي1629 المتعلق بالنشر الإجباري[1].

صدر بعد ذلك قانون 1807 الذي غيّر النظرة إلى الشركة من مجرد عقد إلى شركة منظمة بإجراءات خاصة، يترتب على الإخلال بها البطلان، فظهرت منذ تلك الفترة الأحكام القضائية الخاصة بالشركة الفعلية، حيث كانت تستبعد المحاكم تطبيق البطلان في حالة عدم مراعاة الشركة لشروط تأسيسها .

[1] عبد الله خالد السوفاني، المرجع السابق، ص 524.

بقي الامر كذلك الى غاية صدور القرار القضائي الذي ظهرت من خلاله الشركة الفعلية سنة 1825 الذي تضمن الحكم ببطلان الشركة مع رفض سريان البطلان بأثر رجعي، وأكد القرار على صحة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل صدور قرار البطلان، فتم الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة حماية لحقوق كل من تعاقد معها، واستخدمت لأول مرة عبارة "شركة فعلية" التي ظهرت لحماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية.

يعتبر قانون 24 جويلية 1966الذي وحد قانون الشركات في فرنسا[1] مرحلة مهمة بالنسبة للشركة الفعلية، حيث خفف هذا القانون وقيد دور البطلان في الشركة التجارية وذلك بالتقليل من حالاته كما أوجد الطرق لتدارك أسباب البطلان[2].

لم ينص على نظام قانوني خاص بالشركة الفعلية لكنه قرر البطلان الخاص في الكثير من الحالات من بينها حالة الإخلال بإجراء النشر[3]، فإن توجه المشرع التجاري واضح حول مسألة التخفيف من آثار بطلان الشركة التجارية فرغم عدم الاعتراف الصريح بالوجود الفعلي للشركة التي اختل أحد شروطها، فقد حاول المشرع إيجاد الكثير من الحلول من اجل تجنب بطلان الشركة و ذلك حماية للغير، فهناك الكثير من الأحكام التي تضمنها القانون التجاري التي تدل على الشركة الفعلية.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للشركة الفعلية.

إن تكريس التشريعات لنظام الشركة الفعلية جاء حماية لمصالح مختلفة، واعتمادا على ما تقتضيه مبادئ العدالة لتجنب الكثير من النتائج السيئة لبطلان الشركة التجارية خاصة بالنسبة للغير، لذلك فمن الضروري تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية لوضع المبدأ الذي ترتكز

[1] Loi n 66- 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales du 26 juillet 1966, n 171, abrogé par l'ordonnance 2000-912, 18.09.2000, J.O.R.F 21 septembre 2000.

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية المرجع السابق، ص 37-38.

[3] للمزيد من التفصيل انظر أعلاه الصفحة 74.

عليه صحة التصرفات القائمة بالنسبة لشركة غير موجودة قانونا، ولكي يسهل على الغير المطالبة بحقوقه تجاه الشركة، لأنه يؤسس حينها تلك للمطالبة على أسس ومبادئ قانونية موجودة، والتي يتم عن طريقها تبرير ذلك الوجود الواقعي للشركة التجارية[1].

من أهم الأسس القانونية التي تبرر الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية ما يلي:

أ- نظرية العقد المستمر.

تقوم هذه النظرية على أساس اعتبار عقد الشركة عقد مستمر في تنفيذه، على غرار العقود المستمرة التي يلعب فيها عنصر الزمن دوره في تحديد المقابل الذي يلتزم به المتعاقد، مثل عقد العمل وعقد الإيجار، ما يميز هذه العقود عند فسخها أن الأثر لا ينسحب للماضي، حيث لا يمكن استرجاع ما تم تنفيذه نظرا لطبيعة العقد، فإن هذا الأساس يبرر رفض تطبيق الأثر الرجعي على الشركة الفعلية، اذ لا يمكن مثلا استرداد المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل استرداد الأجرة، وهذا يتوافق مع أثر البطلان في الشركة الفعلية خاصة وأن عقد الشركة التجارية يعتبر من العقود المستمرة التنفيذ، وهذا ما جعل بعض الفقه خاصة المصري يبرر الشركة الفعلية بهذا العقد الزمني.

لكن رأى بعض الفقه أنه تبرير لا يستقيم مع الشركة الفعلية، ذلك أن الشركة منذ نشأتها باطلة، أو منذ لحظة اختلال أحد أركانها أو شروطها، كما أنها تنشأ شخصا معنويا لا يستند لوجود قانوني، في حين إبطال أو فسخ العقود المستمرة يكون بالنسبة لعقد صحيح نشأ بصفة قانونية صحيحة، إلا أن أثر البطلان أو الفسخ فيه يكون محدود نظرا لاستحالة رد المنفعة أو الخدمة المقدمة، لذلك يرى البعض أن القول بأن عقد الشركة هو عقد مستمر هو أمر غير دقيق مصدره الخلط بين مفهوم الشركة كعقد وبين مفهومها كشخص معنوي، كذلك لجأ هذا الفقه لتبريرا آخر لوجود الشركة الفعلية والمتمثل في فكرة الشخصية المعنوية[2].

[1] Hamel et Lagarde, op, cit, p 617.

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 64.

ب- نظرية الشخصية المعنوية.

يرتكز هذا الرأي المستند على فكرة الشخصية المعنوية على أساس أن الشركة مبنية على فكرة العقد من جهة لأنها وليدة الاتفاق بين الشركاء، وباعتبارها شخص معنوي نظرا لأن عقدها ينشأ شخص جديد مستقل عن شخصية الشركاء، رغم وجود خلل بالشركة، فإن إمكانية إبطالها لا تمنع تكوينها وإنما يجعلها هذا الخلل مهددة بالزوال، وإن زوالها بعد الحكم ببطلانها لا يعني إلغاؤها طوال الفترة السابقة لأنها عاشت لفترة معينة، ومارست نشاطها[1].

إلى جانب الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية للشركة حتى بعد انحلالها لضرورة تصفيتها، فلا تختفي الشخصية المعنوية بانحلال الشركة بل تبقى بالقدر اللازم لاستكمال عملية التصفية لغاية انتهائها تماما، وهنا تنتهي الشخصية المعنوية تماما وتقسم أموالها.

تم الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة الفعلية من أجل تبرير صحة التصرفات التي تبرمها لمصلحة الغير حسن النية، نالت هذه الفكرة تأييد غالبية الفقه الذي أيد هذا الأساس لرفض تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان، ومع ذلك تم انتقاد هذه النظرية لأن الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية لكل الشركات مهما كانت سوآءا القانونية أو الباطلة، لا يؤدي لحماية الغير، لأنه يمنعه من حقه في الاختيار بين طلب بطلان الشركة وإبطال التصرفات التي قامت بها وبين الاعتراف بصحتها[2].

كما أن الأخذ بهذه النظرية ينكر الجزاء المترتب عن الإخلال بأركان الشركة، أو قواعدها وشروطها اللازمة قانونا وجعلها صحيحة وقائمة تحت أي ظرف، فهنا قد يجبر الشريك بالبقاء في الشركة دائنا أو مدينا للشخص المعنوي رغم بطلانه، وهذا ما يناقض تماما أحكام البطلان.

فلا يمكن القول بوجود شخصية معنوية واستمرارها إلا إذا كانت الشركة تتمتع بها منذ البداية، ولا يمكن القول بأنها باقية طالما أنها غير موجودة، كما أن بقاء الشخصية المعنوية لضرورة التصفية يكون بالنسبة للشركات العادية القانونية التي تتمتع بالشخصية المعنوية قبل حلها وتصفيتها،

[1] H.Temple ,op citè, p 290.
[2] Hamel et Lagarde , op, cit, p 618.

إلى جانب ذلك فإن فكرة الشخصية المعنوية لا تستوعب جميع الشركات الفعلية، وخاصة الشركة التي تنشأ بصورة فعلية والتي تتكون بلا إرادة للأطراف في إنشائها وإنما يستدل عليها من سلوكهم[1].

رغم هذا فقد لاقت هذه النظرية كأساس للشركة الفعلية نجاحا كبيرا، خاصة عندما استند الفقه على الأساس القانوني المتمثل في بقاء الشركة متمتعة بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية، خاصة بعد الاستناد على فكرة احتفاظ الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية اثناء التصفية، وبما أن القانون يوافق على هذا الامر فإنه لا بد ان يعترف المشرع بهذه الشخصية المعنوية للشركات الفعلية[2].

ظهر أساس آخر مهم وهو الذي اعتمده القضاء الفرنسي في الكثير من المناسبات والمتمثل في:

ج- حماية الوضع الظاهر.

الذي يتم من خلاله الإقرار بوجود الشركة بناء على ما يظهر عنها من تصرفات تجاه الغير، وتبدوا أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات، حيث يعتبر الظاهر حالة واقعية غير صحيحة، و عدم صحتها مختفي تحت شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر.

بالتالي فإن مواجهة المركز الواقعي المخالف للحقيقة لا يستند لقانون ، و ان هذا الوضع الظاهر الذي أخذ به القضاء هو في نفس الوقت مشروع غير مخالف للقانون، كما أن وجود الوضع الظاهر لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، ولا يمكن وصف الظاهر بأنه غير مشروع أو مخالف للقانون ، بل يجب أن يوصف بأنه مركز لم يقرره القانون، أولا يحميه لعدم توافر شروط الحماية، أو لأن القانون يعطي الأفضلية لمركز قانوني آخر، ويكون هذا التفضيل بسبب وصف خاص لهذا المركز القانوني، لذلك فعندما تسمح الظروف بالاعتقاد بأن المركز الخارجي يطابق المركز القانوني فإن الظاهر يتغلب على الحقيقة[3].

[1] عبد الله السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، المرجع السابق، ص 514.

[2] HameL et Lagarde, op, cit , p 618

[3] سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط 2005، ص 105.

ولم تصبح نظرية الظاهر أمر نادر الحدوث بل تكرر حدوثها بسبب تشابك المصالح وكثرة التشريعات، الأمر الذي جعل الوصول للحقيقة أمر صعب، فأصبحت من المسلمات في مختلف النظم القانونية، رغم أن تطبيقها يترتب عليه نتائج خطيرة نظرا لأنها تطبق على مركز تم تصوره.

تعتبر الشركة الفعلية أهم تطبيقات هذه نظرية الظاهر، حيث أن تبرير هذه الأخيرة بنظرية الظاهر يرجع للتقارب الكبير بين الفكرتين، إلى جانب أن دواعي مبادئ العدالة واستقرار المعاملات تفرض الأخذ بالظاهر رغم إمكانية مخالفته للحقيقة رعاية للثقة التي يوليها الغير لمظهر الشركة التجارية[1].

لا تعتبر نظرية الظاهر بمثابة امتياز مهم للغير فحسب بل حتى بالنسبة للشريك في حالة رغبته في إثبات الشركة، لكن عندما يكون الأمر متعلق بالغير فإن الحماية أكبر وأهم ، نظرا لأنها تخفف عليه عبئ الإثبات لأنه مطالب بإثبات الوجود الفعلي للشركة في حالة تمسكه بوجودها، وفي هذه الحالة يتعين على الغير إثبات الكثير من العناصر المكونة للشركة مثل اثبات ركن تقديم الشركاء للحصص، ووجود نية الاشتراك ، فمهمة الغير هنا صعبة ومعقدة لذلك فإن هذه النظرية جاءت وخففت هذا العبء على الغير عن طريق السماح له بإثبات حقوقه بناء على الوضع الذي يظهر عليه العقد دون حاجة لإثبات أركانه.

كما يكون الغير في حالة إثبات وجود الشركة على أساس الظاهر قد استفاد من وجود الشركة بصفتها دائن له عوض أن يكون أحد الشركاء المعسرين دائنا له.

من أهم مزايا نظرية الظاهر هي أنها خففت عبئ الإثبات بالنسبة للغير لأنها تسمح له أن يثبت وجود الشركة بالاستقلال عن الأركان المكونة لها[2].

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 67.

[2] Sabine. Vacrate , La sociétés crée de fait ,op, cit,p 88.89.

وبالرغم من أن القضاء الفرنسي كان يلزم الغير لفترة طويلة بأن يثبت وجود الشركة عن طريق إثبات وجود أركانها، إلا أنه تراجع بعد أن اعترف بنظرية الظاهر كأساس لوجود الشركة الفعلية[1].

ومن بين القرارات التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسي بوجود الشركة التجارية تأسيسا على نظرية الظاهر، قرار ألزمت فيه المحكمة الشركاء بتسديد كل ما قاموا بالتعهد به تجاه الغير على أساس أنهم ظهروا بمظهر الشركاء، وتعاملوا مع الغير بصفتهم شركاء رغم أن الشركة لم تكن تتمتع بالشخصية المعنوية، واعتبرت المحكمة أن عدم اكتساب الشركة الشخصية المعنوية لا يعفي من تعاملوا باسمها على أساس وجودها القانوني من مسؤوليتهم بشركاء تجاه الغير[2].

الميزة الثانية لهذه النظرية تتمثل في استفادة الغير من الوضع الظاهر للشركة التجارية والذي قد يكون مخالفا لحقيقتها، ورغم ذلك فلا مانع من أن يستغل الغير ذلك حماية لمصلحته، هذا ما دفع القضاء لتقييد نظرية الظاهر في الشركات التجارية فظهر شرط لتطبيقها والمتمثل في مبدأ حسن النية، والذي يعتبر أحد أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة، فإن نظرية الظاهر المبررة بحماية الغير والتي من خلالها تم التضحية بالكثير من المبادئ القانونية، جعلت القاضي يتأكد قبل أن يطبق أي أثر لهذه النظرية من وجود حسن النية لدى الغير، حيث يحدد زمن وجود حسن النية بوقت التعاقد، كما يتحقق عنصر حسن النية عندما لا يمكن للغير أن يعلم الوضع الحقيقي للشركة، يتكون الوضع الظاهر من عناصر:

1- وجود شيء خفي.

إن تطبيق نظرية الظاهر يفترض وجود عنصر خفي يكون هو الحقيقة، ويتأكد القاضي من وجوده وهذا العنصر يعتمد عليه الغير بحسن نية.

[1] Jean. Louis Navarro , Droit des sociétés, mémento de la jurisprudence ,Hachette , Paris ,2011, p 109.
[2] Arrêt n 316 du 16 Mars 2010.09- 12.539, c. cass, chambre commerciale, financière et économique, Rev mensuelle, avril2010, Juris data, Lexis Nexi, p 24.

2 – وجود عنصر الظاهر.

يتحقق هذا العنصر بإثبات أي شيء يدل على وجود الشركة، تطور بعد ذلك مفهوم تصور الوضع الظاهر إلى ضرورة وجود خطأ مشترك، حيث أصبح أهم عنصر يدل على حسن النية هو الوقوع في خطأ مشترك بين المتعاقدين، فلا يكون الخطأ مجرد تصور فردي، وهذا ما جاء به القضاء الفرنسي كدليل على حسن النية، لكن تم تجاهله عندما تم الاعتماد على التصور القانوني للخطأ، و لم يشترط القاضي في هذا التصور القانوني أن يقع الخطأ بصفة مشتركة من أشخاص متعددة بل يمكن أن يقع في الخطأ شخص واحد، على أن يكون خطأه وتصوره مشروعا، أي أنه اتخذ جميع الإجراءات اللازمة قانونا للاستعلام حول وضع الشركة، ورغم ذلك ظهر له عكس حقيقتها[1]، حيث تم تأسيس نظرية الظاهر على فكرة الغلط الشائع التي لا تشترط حسن النية على عكس نظرية الظاهر التي تعتبر حسن النية شرط ضروري لتطبيقها، فكان نتيجة لذلك ظهور فكرة الغلط المشروع كأساس قانوني لنظرية الظاهر[2].

لذلك فلابد من وجود عنصر معنوي لتبرير الظاهر والمتمثل في حسن النية وعدم علم الغير باختلال أحد شروط الشركة، وألا يكون ذلك التصور مصدره خطأ صادر من الغير، ولا يشترط هنا حسن نية الشركاء لأنهم أصحاب الوضع الظاهر رغم أنهم قد يجهلون وجود عيب بالشركة.

يمكننا أن نقول في الأخير أن نظرية الظاهر قد حققت حماية كبيرة وأكيدة للغير الذي تعامل مع الشركة قبل إبطالها، وأهمية النظرية تظهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات، وتظهر أهمية النظرية كذلك في سهولتها لأنها تعتمد على ما يظهر للغير دون حاجة لإثبات شروط معينة[3].

لكن من الناحية التطبيقية فإن صعوبة النظرية تكمن في اختلاط الحقيقة بالمظهر، فيتم الأخذ بالظاهر ولو كان غير حقيقي أي بالوضع الذي تظهر به الشركة ولو كان غير صحيحا، إلى جانب

[1] حسن محمد هند، مدى مسئولية الشركة الام عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر،1997، ص 261.

[2] للمزيد من التفصيل انظر أعلاه ص37.

[3] Sabine.Vacrate , La sociétés crée de fait, op, cit, p 92. .

أن عنصر حسن النية لا يمكن أن يكون قائم دائما، خاصة عند الأخذ بنظرية الشركة الفعلية ، فإنه لا يعتد بشأنها في التفرقة بين الغير حسن النية وسيء النية، لكن هذه الصعوبة لم تؤثر على أهمية النظرية كأساس للشركة الفعلية ،نظرا لأنه تقوم على أساس الثقة التي يوليها الغير لمظهر الشركة ، كما تظهر أهميتها في أنها تساعد على ترتيب نفس آثار الشركة الصحيحة المطابقة للقانون حماية للغير من بطلانها بأثر رجعي، وكعقوبة للشركة التي اختلت أحد أركانها أو شروط صحتها[1].

يولي المشرع أهمية كبيرة لنظرية الظاهر، بالرغم أنه ليس هناك إشارة في كونها مبرر لتطبيق الأثر الفوري للبطلان أو عدم الاحتجاج على الغير بإبطال الشركة، لكنها مكرسة في المادة 549 من القانون التجاري التي اكدت على إمكانية قيام الشركاء بالالتزام بما تعهدت به الشركة في فترة تأسيسها قبل اكتسابها للشخصية المعنوية، من هنا فإن التزام الشركة يكون على أساس الاعتراف بوجودها الفعلي الذي ظهر للغير لا على أساس قانوني.

كما جعل المشرع نظرية الظاهر أساس قانوني لإلزام المسير تجاه الغير حتى في حالة عدم تعيينه بصفة قانونية، بل يكفي أن يظهر للغير كأنه مسير، واستعمل المشرع عبارة "مدير واقعي ظاهري " في المادة 224 من القانون التجاري وفي المادة 262 من القانون التجاري[2]عندما استعمل المشرع عبارة المديرين بحكم القانون أو الواقع، بهذا يكون قد أقر المشرع بنظرية الظاهر التي ترتكز على الصورة الواقعية التي تظهر للغير وإن اختلفت عن الحقيقة القانونية.

كما تنص المادة 417 من القانون المدني[3]، على حق الغير في التمسك بوجود الشركة حتى قبل استكمال إجراءات تأسيسها، وتضيف المادة 418 أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان

[1] سليم عبد الله أحمد، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 72

[2] تنص المادة 224 من ق.ت " في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز إشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري او باطني مأجورا كان أم لا ".
كما تنص المادة 262 من القانون اعتبارا من الحكم القاضي بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لشخص معنوي لا يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن القاضي"

[3] تنص المادة 417 من ق.م " تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في لقانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية".

قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان، فلم يعتبر المشرع الشركة في هذه الحالة باطلة بطلان مطلق.

أما بالنسبة لشرط تطبيق النظرية والمتمثل في مبدأ حسن نية الغير وعدم علمه بالوضع الحقيقي للشركة، فإننا نجد المشرع الجزائري يجعل من حسن النية من أهم مقتضيات العقد التي تكرس النزاهة والتعاون بين أطرافه رغم تعارض المصالح به[1].

ان تطبيق حسن النية على عقد الشركة يعتمد على وجود عنصر نية الاشتراك، فإن الشركة منذ تأسيسها تعتبر قائمة على مبدأ الثقة والتعاون ونية المشاركة، ويعتبر عقد الشركة من أكثر العقود التي تقوم على مبدأ حسن النية، وهذا ليس فقط عند إبرام عقد الشركة بين الشركاء بل حتى تجاه الغير الذي يولي الثقة في الشركة التي تعامل معها .

تتمثل ميزة مبدأ حسن النية في انه عنصر نفسي وذاتي، لكنه عنصر فعال لأنه يبرر الكثير من الأنظمة التي تضمن الحماية للغير ولأنه يكشف عن النية الداخلية العميقة للمتعاملين، خاصة في الشركة التجارية التي تقوم على الازدواجية بين حياة قانونية وحياة واقعية، ولعل هذا ما دفع الفقه والقضاء للبحث عن أنظمة متنوعة لحماية الغير من هذه الازدواجية، وأهم هذه الأنظمة نظرية الظاهر و نظرية الشركة الفعلية بجعل حسن النية العنصر الذي يكشف عن التصرفات المشتبه في صحتها[2].

الفرع الثالث: تمييز الشركة الفعلية عن النظم المشابهة لها .

ينتج عن مفهوم للشركة الفعلية حالتين، فإما يتوسع مجالها ليمنح كل مجموعة واقعية أو كل تجمع للإرادات الصفة القانونية، أو يتقيد مجالها فتصبح لها شروط خاصة تجعلها تتميز بخصوصية لا نجدها في كل المجموعات، من هنا تظهر أهمية التفرقة بين الشركة الفعلية وبين الأنظمة المشابهة لها، إضافة لكونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية الأمر الذي نجده ينطبق على الكثير من النظم والمجموعات،

[1] تنص المادة 107 من ق.م " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ".

[2] Yve Guyon, Traité des contrats de sociétés , aménagement statuaire, et conventions entre associés, LGDJ , France, 1999, p 440.

كما أنها وجدت لحماية الغير حسن النية وهذا كذلك يجعلها تتقارب في مفهومها مع الكثير من الأنظمة:

أ- الشركة الفعلية والشركة المنشأة بصورة فعلية.

للشركة الفعلية كل العناصر التي تظهرها شركة قانونية تجاه الغير، فهي تحتوي على معظم أركانها إلا أنها باطلة لسبب ما أو معيبة، بينما الشركة المنشأة بصورة فعلية أو شركة الواقع فهي تنشأ بصورة تلقائية حيث يقوم شخصان باستغلال مشروع معين دون اتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة لتأسيس شركة بالمعنى القانوني، ولا يعبر الشركاء عن رغبتهم في تأسيس شركة ، كما لا يوجد أي عقد يبين وجودها لكن عمل الشركاء وتصرفاتهم تدل على توفر شروط الشركة بينهم ، وهنا يمكننا أن نقول أن كل من الشركة الفعلية وشركة الواقع تشتركان في أن كلاهما يحتويان على عناصر وأركان وجود كل شركة تجارية، أو على الأقل معظمها لكن في هذه الأخيرة لم يكن لدى الشركاء نية اعتماد نوع خاص من الشركات التجارية على عكس الشركة الفعلية.

كما تختلف هذه الشركة عن الشركة الفعلية في كونها وجدت دون عقد شراكة ودون نية تأسيس شركة، على عكس الشركة الفعلية التي تبتدأ قانونية ثم تصبح واقعية فعلية بعد اكتشاف إخلالها بأحد الشروط، فيكون فيها الشركاء قد حددوا شكل الشركة، وتوفرت لدهم نية الاشتراك منذ البداية[1].

الا أنه يشترط في كلتا الشركتين إبرام تصرفات وتعهدات مع الغير، يعني الدخول في النشاط العادي لفترة معينة قبل إثارة مسألة بطلانها، ويبقى أكثر ما يميز الشركة المنشأة بصورة فعلية هو كونها لا تؤسس بناء على عقد يفترض أنه صحيح مثل الشركة الفعلية، إنما يستخلص من وقائع وعمليات تدل على قيام عقد الشركة والتي قد يلجأ إليها الشركاء لتجنب تعقيدات الإجراءات الشكلية.

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، المرجع السابق ص 221.

لم يوجد القضاء الفرنسي الشركة المنشأة بصورة فعلية بغرض تقرير وجودها ثم إبطالها، وإنما لنفس الغرض الذي وجدت من اجله الشركة الفعلية وهو إبطالها بأثر فوري نظرا لوجودها الفعلي الذي ينشأ بمجرد توفر أركان الشركة التجارية القانونية[1].

في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية تم التأكيد من خلاله أن الشركة المنشأة بصورة فعلية تحتوي على الأركان التي تظهرها تجاه الغير، فيجب أن تحتوي على الحد الأدنى من اركان الشركة كتقديم الحصص من طرف الشركاء ونية اقتسام نتائج المشروع من أرباح وخسائر[2].

من هنا تنشأ صعوبة التمييز بين الشركة الفعلية والمنشاة بصورة فعلية ، فكلاهما يحتوي تقريبا على نفس الأركان، فحتى ولو أن القضاء لم يشترط صراحة نية إنشاء الشركة المنشأة بصورة فعلية ، إلا أنه ذكر ضرورة وجود إرادة في اقتسام الربح والخسارة، وهذا ما يجعلها تظهر بمظهر الشركة خاصة إذا كان لها اسم ومكان لإدارة أعمالها، فهنا يمكننا أن نقول أنه إذا لم تكن نية الأطراف محل شك في الشركة الفعلية فإنها محل جدل كبير حول تكييفها في الشركة الناشئة بصورة فعلية ، حيث لا توجد نية إنشاء شركة ولا يوجد عقد يدل عليها وإن وجدت نية تأسيس شركة فتعاون الشركاء هنا ينشأ عنه وجود الشركة فعليا لكن بصفة تلقائية، وتكون في معظم حالاتها شركة تضامن.

بينما تكون الشركة الفعلية كما سبق وأشرنا شركة مدنية أو تجارية أو شركة أشخاص أو أموال، ويتم تصفيتها بعد انقضائها بحسب شكلها القانوني، أما الشركة المنشأة بصورة فعلية فتصفى وفقا للقواعد العامة للشركات بما أنها لم تحدد شكلها القانوني.

اتفق بعض الفقه الفرنسي على غرار "Ripert et Roblot" [3] على أن الشركة المنشاة بصورة فعلية هي شركة غير مسجلة تظهر عندما يتصرف شخصان أو أكثر في الواقع كأنهم شركاء

[1] Henri Temple , Les sociétés de fait , op,cit, p 300.
[2] Cass.com n 1162, 23 juin,2004 Jurisdata , Rev mensuelle, Juris classeur N° 2004-024315.
[3] مأخوذ عن بيار أميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2009 ص 14 و19.

دون التعبير عن إرادة تأسيس شركة، مثل الشركة التجارية التي تنتقل بالإرث إلى الورثة فيقومون بإدارتها واستثمارها، والاشتراك في الأرباح والخسائر، كذلك الشركة التي تنشأ بين الخليلين خلال مدة المساكنة، والتي بموجبها يشتركان في شراء وتأثيث وتجهيز منزل مشترك، وعند الانفصال يتذرع أحدهما بقيام شركة منشأة بصورة فعلية لتصفيتها واسترجاع ما تم تقديمه إلا أن الشرط الرئيسي لوجود هذه الشركة هو الممارسة الفعلية للنشاط التجاري.

تعتبر الشركة المنشأة بصورة فعلية تطبيق من تطبيقات الشركة الفعلية، فهي مشتقة منها أوجدها كذلك القضاء الفرنسي حماية للمتعاملين معها، نظرا لانتشارها كونها أكثر الأنظمة التي يختفي ورائها الأشخاص أصحاب العلاقات السرية، كالشركات التي تنشأ بين خليلين يعيشان حياة مشتركة[1]

لكن يرى الفقيه "Reinhard" أن هذا المعيار غير كاف وبحاجة لما يدل عليه، لأنه لو مارست الشركة نشاطا واستثمرت أموالها وتم الأخذ بعين الاعتبار الأعمال التي قامت بها أثناء التأسيس، فيمكن اعتبارها شركة قيد التأسيس، فلا تكون في كل الحالات شركة منشأة بصورة فعلية، خاصة أن الأعمال التحضيرية تندرج ضمن مرحلة تكوين الشركة.

الحقيقة أنه لا وجود لهذه الشركة في القانون التجاري الجزائري، وكذلك الامر بالنسبة لمعظم القوانين المقارنة فهي من صنع الاجتهاد القضائي الفرنسي[2]،وتجدر الإشارة هنا إلى أنه ليس لهذه التفرقة أهمية كبيرة، نظرا لعدم اعتراف المشرع بها، كما لا يوجد أي نص يدل عليها على عكس الشركة الفعلية.

ويمكن القول انه قد تتشابه الشركة الفعلية بهذا المعنى مع شركة أخرى اعترف بها المشرع الجزائري والمتمثلة في شركة المحاصة.

[1] Henri Temple , Les sociétés de fait , op,cit, p 300.

[2] بيار أميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2009 ص 14 و19.

ب- الشركة الفعلية والشركة المحاصة.

تتشابه الشركة الفعلية مع شركة المحاصة خاصة في الحالة التي تكون فيها الشركة الفعلية تحتوي على خلل يتعلق بالجانب الشكلي، عند عدم خضوعها لقواعد التسجيل والشهر، وهنا قد يقع الخلط بينهما، مع ذلك فإن أساس التفرقة بينهما واضح هو أن لشركة المحاصة كيان ونظام قانوني بحيث نص عليها المشرع الجزائري في المواد 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 05، وكما هو مفهوم من المادة 795 مكرر1: " يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية" .

فإنها شركة تأسس بإرادة الشركاء الصريحة لتأسيسها دون الإعلان عنها، بينما تكون الشركة الفعلية غير صحيحة ومعيبة أو بها خلل شكلي ممكن أن يؤدي لإبطالها، في حين تعتبر شركة المحاصة شركة صحيحة قانونيا لكنها غير خاضعة لشكل معين، كما تتجه إرادة الشركاء لتأسيسها هذه الإرادة التي تعتبر غير واضحة كليا في الشركة الفعلية، فنية الاشتراك فيها لا يوجد ما يدل عليها خاصة في حالة انعدام الشكلية.

فمعيار التفرقة بينهما هو نفسي و ليس مادي يتمثل في النية التي كانت لدى الشركاء، ففي حالة عدم توفر الإرادة لاتخاذ الشركة شكل قانوني معين، نكون امام شركة محاصة، وهي شركة صحيحة قانونا ميزتها أنها لا تتخذ شكل الشركة التجارية وهذا لا يجعلها غير قانونية، بينما تتوفر لذى الشركاء في الشركة الفعلية نية الشركاء من اجل انشاء شركة تجارية الى جانب ان وجودها واقعي ليس قانوني، من هنا يتضح الفرق، ولعل أهمية التمييز بينهما تكمن في مسؤولية الشركاء تجاه الغير، ففي الشركة الفعلية يسأل الشركاء بصفة تضامنية وغير محدودة، وفي المقابل لا مسؤولية على الشركاء الذين لم يتعاقدوا ولم يظهروا للغير في شركة المحاصة[1].

[1] تنص المادة 795 مكرر4 من ق.ت يتعاقد كل شريك مع الغير باسمها الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين ودون موافقتهم".

كما أن علاقة الشركاء فيما بينهم وبين الغير تعتبر معيارا محددا للشركة، فلا يظهر للغير الا ممثل الشركاء في شركة المحاصة، بينما تكون هناك علاقة بين الشركاء وبين الغير في الشركة الفعلية.

كما أن شركة المحاصة يمكن أن تتحول لشركة فعلية في حالة واحدة، والمتمثلة في حالة فقدانها لسريتها، عندما تظهر للغير ويقوم فيها الشركاء بإدارتها خارجيا أمام الغير، فيمكن للقاضي هنا اعتبارها شركة فعلية نظرا لعدم إشهارها قانونيا[1].

ج – الشركة الفعلية ونظرية تحول العقد.

وجد هذا التقارب نظرا لأن تحول العقد يعني تحول عقد باطل لعقد صحيح عند توفر أركان عقد آخر صحيح، وتوفرت كل شروط العقد الصحيح واتجهت إرادة الأطراف لإبرامه، لذلك فإن مجال الشركة الفعلية يرتبط بتحول العقد من باطل لعقد صحيح حماية للغير ولاستقرار المعاملات.

رغم أن وجه التشابه يتمثل في وجود عقد مصحح إلا أن الاختلاف بين النظامين كبير، لأنه يترتب على الأخذ بنظرية تحول العقد أن يحول العقد الباطل لعقد آخر، وهذا لا ينطبق على الشركة الفعلية حيث يبقى عقد الشركة قائما ولا يتم تحويلها.

كما انه من شروط الشركة الفعلية وجود الأركان الموضوعية ولا يتم تحويلها في حالة غياب أحدها، بل تكون باطلة ولا تصحح إلا إذا وجد عيب شكلي، أو عيب من عيوب الإرادة، أما في نظرية تحويل العقد فالعقد يكون باطلا تماما لا يعتد بصحة أي ركن فيه ثم يحول بالشروط المذكورة لعقد صحيح، فإن مجالات الشركة الفعلية تختلف عن فكرة تحول العقد رغم وجود فكرة التصحيح في كلتا الحالتين[2].

[1] عبد الله خالد السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، المرجع السابق، ص 493.
[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 82.

د- الشركة الفعلية والشيوع.

يعتبر الشيوع حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق في الملكية فيقوم شخصان فأكثر بامتلاك لعقار أو منقول على وجه الشيوع، و نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المواد من 713 إلى 742 من القانون المدني.

لا يمكن اعتبار الشركة مال شائع بين الشركاء والسبب هو أن المالك يتمثل في الشركة باعتبارها شخص معنوي، كما أنه وحتى في حالة الشيوع الاختياري الذي لم يفرض على الشركاء كحالة الميراث فإن الشركاء للمال الشائع لا يترتب على قيامهم بامتلاك شيء مشترك شركة، لأن نيتهم لم تنصرف لتأسيس شركة واقتسام الأرباح والخسائر، فالمعيار المميز للشركة الفعلية والشيوع يتمثل في نية الاشتراك، حتى ولو كان الشيوع اختياري.

وعليه فقد ينقلب الشيوع لشركة فعلية في حالة وجود نية الاشتراك، خاصة عند اقتسام الأرباح ويمكن ان تتحقق هذه الحالة عندما يتوفى شخص ويستمر ورثته في استثمار الشركة التجارية، ويقومون بتسجيل أنفسهم في السجل التجاري ويقومون بالتصرف مع الغير، ففي حالة توفر شروط الشركة الفعلية ممكن هنا أن يتحول الشيوع لشركة فعلية[1].

ه- الشركة الفعلية والشركة قيد التأسيس.

تمر الشركة التجارية بإجراءات طويلة عند تأسيسها وتكون في تلك الفترة قيد التأسيس لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، وقد تمارس نشاطا مع الغير قبل قيدها في السجل واستكمال الإجراءات اللازمة، لذلك السبب هناك تقارب كبير بين الشركة الفعلية وقيد التأسيس، حيث يظهر ذلك من خلال المشرع في المادة 549 من القانون التجاري عندما أقر بالوجود الفعلي للشركة التجارية وهي قيد التأسيس لم تتمتع بعد بشخصية معنوية، لذلك تم طرح مسألة التمييز بينهما باعتبار أن

[1] عبد الله خالد أحمد السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، المرجع السابق ص 475.

كلاهما مجردتان من الشخصية المعنوية ما يؤثر على حقوق الغير، خاصة أنه كثيرا ما يتم تعريف الشركة الفعلية بأنها تلك الشركة قيد التأسيس التي أبرمت تصرفات مع الغير.

تعتبر الشركة قيد التأسيس تلك الشركة التي لم تستكمل بعد إجراءات تأسيسها، أو التي لم تسجل بعد في السجل التجاري ولم تكتسب شخصية معنوية ما يميزها عن غيرها هو وجود إرادة من طرف الشركاء في إنشائها وإتباع الإجراءات القانونية لتأسيسها .

أوجد الفقه والقضاء الفرنسي العديد من المعايير للتفرقة بين الشركة قيد التأسيس والشركة الفعلية، أهمها معيارين:

1- معيار طبيعة الأعمال التي تقوم بها الشركة.

فيتم هنا تقييم النشاطات التي تقوم بها الشركة والتمييز بين التصرفات الضرورية التي تكون الشركة ملزمة بأن تقوم بها خلال تلك الفترة للبدئ في النشاط التام، وبين تصرفات الشركة التي تدل على قيامها بنشاط كامل فتعتبر حينها شركة فعلية اختلت أحد شروطها، ويتم البحث هنا عن نية الاشتراك لدى الشركاء في الشركة الفعلية، خاصة لمعرفة ما إذا كانت لديهم نية إنشاء شركة فعلية.

في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية قام القاضي بتكييف شركة قيد التأسيس بأنها شركة فعلية لان الأعمال التي قامت بها قد تجاوزت الأعمال التي تتطلبها عملية تأسيس الشركة، نظرا لقيامها بإبرام عقود مع الغير[1].

2- معيار المدة التي تستغرقها إجراءات التأسيس.

تظهر صعوبة تحديد هذه المدة خاصة أنه لا يوجد أي نص قانوني يحدد بدايتها ولا حتى أقصى مدة لانتهائها، ممكن ان تكون بدايتها يوم التوقيع على القانون الأساسي، إلا أن بدايتها أوضح

[1] Cass.com,n 08-1389,26 Mai 2009 Rev mensuelle, Droit des sociétés, LexisNexis, jurisclasseur, france-novembre2009.

من نهايتها نظرا لأن بدايتها تحدد بيوم التسجيل في السجل التجاري، وفي حالة عدم وجود نص يحدد اقصى مدة لاستكمال إجراءات تأسيس الشركة فإن تأسيسها ممكن أن يستغرق مدة طويلة جدا وذلك بدون اخضاع الشركة والشركاء لأية مسؤولية ما يؤثر على حقوق الغير[1].

للتفرقة بين الشركتين لا يجب الحكم مباشرة على الشركة أنها قيد التأسيس في كل الحالات التي تكون فيها شركة لم تسجل بعد في السجل التجاري ولم تكتسب شخصية معنوية، خاصة أن القانون المطبق على هذه الشركات في هذه المرحلة هو النظام القانوني للعقود بصفة عامة، حيث تكون الشركة قيد التأسيس شركة صحيحة من الناحية العقدية، لكن لا يمكن هنا الحديث عن الشخصية المعنوية لأنها لم تسجل بعد، مع أن للشركاء النية في تسجيلها .

كما ان التصرفات التي يقوم بها الشركاء لحساب الشركة قيد التأسيس لا تكون إلا للبدئ في النشاط الحقيقي للشركة بعد تسجيلها ،أو تصرفات غرضها المحافظة على أموال الشركة في تلك الفترة قبل البدء في النشاط، في حين تكون التصرفات التي يقوم بها الشركاء في الشركة الفعلية تتجاوز بكثير تلك الأعمال التحضيرية التي يقوم بها الشركاء للبدء في النشاط، حيث تبرم الشركة عقود وتلتزم تجاه الغير وتكون الشركة هنا قد بدأت في النشاط الكامل والتام، أما المؤسسين فتصرفاتهم لا تتجاوز القيام بتجهيز مقر الإدارة ، فتح حسابات بنكية ، التعاقد مع المستخدمين.

مع ذلك يكون الشركاء المسؤولون تجاه الغير هم الشركاء المؤسسين، أو حتى غير المؤسسين الذين قاموا بالتوقيع على العقد التأسيسي للشركة وقاموا بالتعهدات لحساب الشركة المستقبلية، أما في حالة التأخر وعدم استكمال الإجراءات في الأجل المعقول وقيام الشركاء بالبدء في الأعمال والنشاطات بغرض استثمار أموال الشركة فنكون هنا أمام شركة فعلية[2].

لم ينص المشرع على المدة التي يجب فيها الانتهاء من أعمال تأسيس الشركة، إلا بالنسبة لشركة المساهمة في المادة 604 قانون تجاري التي حددها ب06 أشهر حماية للمكتتبين الذين قاموا بتقديم حصص عينية ونقدية ،والذين منحهم المشرع الحق في سحب أموالهم عن طريق القضاء في

[1] Véronique. Magnier , Droit des sociétés, op, cit , p 73 .
[2] Deen. Gibirila, Droit des sociétés , op, Cit, p 62-63.

حالة عدم تأسيس الشركة بعد مرور 06 أشهر من إيداع الاموال، إلا أننا لا يمكن أن نعتبر هذه المدة مهلة قانونية قصوى لتأسيس الشركة التجارية ذلك أن المشرع قصد هنا حماية المكتتبين، كما لا يمكن الاعتماد على هذا النص لتحديد الفترة التي تمتد فيها عملية التأسيس في كل الشركات التجارية.

رغم انه بعد تعديل للقانون التجاري تم تحديد المدة القصوى لتأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة[1]، وذلك في المادة 567 مكرر1 التي جاء فيها: "إذا لم يتم تأسيس الشركة في مدة 6 أشهر ابتداء من تاريخ إيداع الأموال يجوز لكل مكتتب ان يطلب من الموثق سحب مبلغ مساهمته".

لكن لا يمكن تعميم هذه المدة على جميع الشركات خاصة ان قصد المشرع هنا هو حماية الشركاء، ومنحهم حق استرجاع أموالهم في حالة استغراق عملية التأسيس لمدة أكثر من 6 أشهر دون البدئ في النشاط.

يمكننا أن نقول في الأخير بأن العناصر اللازمة لوجود الشركة قيد التأسيس هي نفسها اللازمة لوجود الشركة الفعلية، إلا أن ما يميز هذه الأخيرة هو طبيعة الأعمال التي تمارسها من جهة، وأنها موجودة فعلا وواقعا نظرا لوجود خلل يشوبها، فبعد انقضاء المدة العادية التي تستغرقها إجراءات التأسيس تصبح الشركة قيد التأسيس شركة فعلية خاصة عند قيامها بإبرام تعهدات مع الغير.

و- الشركة الفعلية والشركة المنحلة.

يقصد بالشركة المنحلة تلك الشركة التي انقضت وانحلت فيها الرابطة القانونية التي تجمع الشركاء، كما أن انتهاؤها يكون إراديا أو إلزاميا بنص قانوني، وعندما تنقضي الشركة لا تزول آثارها مباشرة بوجود حالة من حالات الانقضاء فتكون الشركة قد باشرت نشاطات ودخلت في صفقات مع الغير، فتصفيتها تكون عن طريق تسوية المراكز القانونية التي نشأت مع الغير وقسمة أموالها بين الشركاء، وهذه التسوية تستلزم مدة معينة قبل الانقضاء تماما، وفي تلك المدة تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية طوال مدة التصفية، وفي حدود الأعمال اللازمة للتصفية[2].

[1] قانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يعدل ويتمم الامر رقم 75-59 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن ق.ت ، الجريدة الرسمية 30 ديسمبر عدد71.

[2] هاني محمد دويدا ر، المرجع السابق، ص 411.

هذا ما يجعلها تقترب من مفهوم الشركة الفعلية، خاصة في الحالة التي تستكمل فيها نشاطاتها وتصرفاتها تجاه الغير وهي منحلة، ودون الحصول على إذن من القضاء من اجل القيام بتلك التصرفات لأن المصفي وحده له الحق في مباشرة أعمال جديدة لإتمام عملية التصفية[1].

فيمكن للشركة أن تستمر في نشاطها رغم انقضاء مدتها خاصة في الحالة التي تكون فيها مدتها قصيرة، أو حالة الاستمرارية رغم وفاة أو انسحاب أحد الشركاء في شركات الأشخاص، فيظهر الخلط بين الشركتين في حالة انقضاء الشركة وفقدانها لشخصيتها المعنوية قبل بدء إجراءات تصفيتها، والتي يمكن حينها اعتبارها شركة فعلية في هذه الحالة[2].

تظهر أهمية التمييز بين الشركة الفعلية والمنحلة عندما يتوفر في هذه الأخيرة سبب من أسباب انقضائها سواء الاتفاقي أو القانوني فإنها تنتهي بقوة القانون، ولا يمكن مخالفة هذا المبدأ حيث تكون قد أنجزت مهمتها التي قامت من أجلها، او انتهت مدتها إلى غير ذلك من الأسباب القانونية أو الاتفاقية، فيكون الشركاء قد قرروا نهايتها ومن المفيد أن تنقضي حينها لعدم جدوى بقائها نظرا لتوقف الأعمال التي كانت تقوم بها، أما الشركة الفعلية فأساس وجودها يعتمد على مبدأ التمسك بعدم زوالها حماية للمتعاملين معها، وذلك عن طريق حمايتها من البطلان المطلق الذي يضر بمصلحة الغير، رغم وجود خلل بها وهذا الخلل يختلف عن أسباب انتهاء الشركة التجارية.

إضافة إلى أن نظام التصفية والإبقاء على شخصية الشركة المعنوية هو ضروري لحماية كل من الشركاء والشركة والدائنين، في حين أن الإقرار بالشركة الفعلية يهدف بالدرجة الأولى لحماية الغير حسن النية من شركة تظهر بمظهر قانوني، إلا أنها غير ذلك على عكس الشركة المنحلة التي تكون صحيحة خالية من العيوب لكنها منتهية قانونا .

[1] تنص المادة 446 من ق.م على: "ليس للمصفي أن يباشر أعمال جديدة للشركة إلا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة".

[2] Jean. Louis. Navarro, Droit des sociétés le juge et la sociétés , Hachette, Paris , 2011 , p 121.

المطلب الثاني: أسباب قيام الشركة الفعلية ونطاقها.

رتب المشرع على تخلف أحد الأركان الموضوعية أو الشكلية التي يجب أن تتوفر في عقد الشركة البطلان او القابلية للإبطال، فتعدم الشركة في الماضي وفي المستقبل، كما قد يقتصر البطلان في الشركة على المستقبل دون أن يمس الماضي، فان اسباب البطلان في الشركات التجارية ذات طبيعة خاصة بعض هذه الاسباب يؤدي لقيام الشركة الفعلية التي ينصرف فيها البطلان للمستقبل دون الماضي، كما ان نطاق الشركة الفعلية يختلف باختلاف شكل الشركة التجارية[1].

فعندما يقرر القاضي بطلان الشركة الفعلية تبقى متمتعة بشخصية معنوية بالقدر اللازم لتصفيتها، وفي حالة التمسك بعدم إبطالها وتصحيحها فيمكن إثبات ذلك بكافة طرق ووسائل الإثبات، ولم يشترط المشرع إثبات وجودها بطريقة خاصة لكنه حدد أسباب ونطاق وجودها، كما لم يعترف المشرع بالوجود الفعلي للشركة التجارية في كل حالات بطلان عقد الشركة بل حدد نطاقها ضمنيا، فلم يوسع من مجال تطبيقها مثلما فعلت بعض التشريعات، فلم يترك المشرع للقاضي مجال مفتوح للقضاء بها إلا في حالات معينة.

فرغم عدم تصريح المشرع بهذه الشركة وتخصيص أحكام تنظمها الا انه أشار اليها ضمنيا في حالات معينة عند وجود خلل يشوب الشركة، ذلك أن هذه النظرية ليست مطلقة حيث وضع لها القضاء ومن بعده القانون قيود لكي تتلاءم مع أسس وعوامل إيجادها، وهذا حتى لا تتجاوز حماية الغير الحد المطلوب وتصبح مبالغ فيها تضر بمصلحة الشركة والشركاء.

فقد ارتبطت الشركة الفعلية مند ابتداعها من طرف القضاء بشروط لقيامها ولأسباب معينة للاعتداد بوجودها الواقعي، وأدى اختلاف أسبابها لتعدد مجال ونطاق تطبيقها ففي حالة تجاوز ذلك النطاق لا يجوز الاعتراف بها قانونا او حتى في نطاق الواقع، عندئذ تطبق نظرية البطلان على إطلاقها وتعتبر الشركة كأنها لم تكن وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق لشروط قيام الشركة الفعلية (فرع اول)، ثم لحالات قيام الشركة الفعلية (فرع ثاني).

[1] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2007، ص 54.

الفرع الأول: شروط قيام الشركة الفعلية.

لا يمكن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية في جميع حالات البطلان، فهناك أسباب بطلان لا يمكن معها الاعتراف بذلك الوجود فيطبق بالتالي البطلان على إطلاقه، وكأن الشركة لم تكن فلا بد لقيام الشركة الفعلية من توافر شروط معينة:

أ- توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة.

لابد من توفر الأركان اللازمة لأي عقد من رضا محل وسبب، والأركان الخاصة المتمثلة في تعدد الشركاء وتقديم الحصص واقتسام الأرباح والخسائر، إضافة لنية الاشتراك، وتثبت هذه الأركان بجميع طرق ووسائل الإثبات، ولعل للأركان الخاصة للشركة التجارية بعض المميزات التي تسهل عملية إثبات الوجود الفعلي للشركة التجارية.

بالنسبة لركن تعدد الشركاء فتكون الشركة صحيحة حتى ولو زاد عدد الشركاء عن الحد الأدنى الذي وضعه المشرع لكن لا يمكن اعتبارها صحيحة إذا نقص عدد الشركاء عن ذلك الحد، ولا مانع هنا من تصحيح الوضع وتطبيق احكام نظرية الشركة الفعلية في تلك الفترة، أما الشركة ذات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، فإنه وباعتبار أن الحكمة من وجود الشركة الفعلية هي حماية الغير فإنه لا تستثنى الشركة ذات الشخص الواحد من تطبيقات هذه النظرية طالما أن المشرع قد اعترف لها بصفة الشركة التجارية[1].

اما ركن تقديم الحصص فيكون في الشركات الفعلية قائما على الاعتبار الشخصي، فهي عبارة عن حصص بعمل غالبا، ولا يمكن أن يكون الشخص شريك في شركة فعلية دون تقديم حصة سواء كانت نقدية أو عينية أو من عمل، ويطبق على ركن تقديم الحصص نفس الأحكام المطبقة على الشركات القانونية،[2] حيث لا يمكن الاعتراف بالشركة التجارية قانونيا او فعليا الا في حالة وجود ركن تقديم الحصص، فتعتبر الشركة غير موجودة عند انعدام هذا الركن.

[1] سليم أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ، المرجع السابق، ص 96.
[2] أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، المرجع السابقة ص 205.

هذا ما أكده القضاء الجزائري حيث اعتبر الشركة باطلة في حالة عدم وجود الحصص التي يقدمها الشركاء، حيث قررت المحكمة العليا بطلان الشركة التجارية وانتهائها في حالة هلاك أموالها[1].

كما تطبق نفس تلك الأحكام فيما يتعلق بركن نية الاشتراك والذي يعتبر ذو طبيعة خاصة وأهمية كبيرة بالنسبة للشركة الفعلية، باعتباره أكثر ركن يميز الشركة الفعلية عن غيرها من النظم والعقود المشابهة لها وهو الركن المحدد للشركة التجارية عموما، ويعتمد عليه القاضي كثيرا في التكييف القانوني للشركة الفعلية، فدوره مهم بالنسبة للشركة القانونية وأكثر أهمية بالنسبة للشركة الفعلية، فهو الركن الذي يكشف عنها ولولا وجود نية الاشتراك بين الشركاء لما وجدت شركة فعلية لأنه العنصر الذي يظهرها بمظهر الشركة التجارية تجاه الغير[2].

أما بالنسبة لركن اقتسام الأرباح والخسائر فهو ضروري لاكتساب صفة الشريك في الشركة الفعلية لأنه يؤكد ارتباطه موضوعيا بالشركة، وما ينتج عنها من تعاون في الربح والخسارة، فلا يمكن تجاهل ما حققته الشركة من أرباح وخسائر قبل الحكم ببطلانها خلال الفترة التي قامت فيها باستثمار أموالها والاعتراف بصحة تصرفاتها، ويطبق هنا على الربح في الشركة الفعلية نفس النظام القانوني للأرباح في الشركات التجارية الصحيحة المنتظمة قانونا[3].

وعليه لا يمكن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة الباطلة لتخلف شروطها الموضوعية الخاصة لأنها غير موجودة في هذه الحالة لا من حيث القانون ولا في الواقع، ولا يمكن للغير الاحتجاج بأنه تعامل معها فممكن ان تكون هذه الشركة وهمية تهدف للاحتيال والاستيلاء على أموال الغير عن طريق الإعلان عن وجودها بالإعلان عنها وشهرها بطرق قانونية رغم غياب أحد أركانها .

---

[1] قرار رقم 32208، غ م، صادر بتاريخ 04 ماي 1985، " متى نص القانون على أن الشركة تنتهي بهلاك جميع مالها، أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها، ومتى تعهد أحد الشركاء بتقديم حصة معينة وهلكت قبل تقديمها أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء"، المجلة القضائية العدد02 لسنة 1989، ص 125.

[2] Vincent cuisinier, L'affectio societatis , Bibliothèque de droit de l'entreprise ,Litec, Lexis Nexis , Paris, 2008, p 123.

[3] سليم أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 105

لهذا السبب اعترفت بعض التشريعات بالوجود الفعلي للشركة الوهمية حماية للغير حسن النية الذي ضللته الدعاية الكاذبة التي استخدمتها الشركة أو الشركاء للإيقاع بالمتعاملين، وسلب أموالهم فمن مقتضيات العدالة مطالبة هؤلاء الشركاء بتقديم الحصص التي تعهدوا بتقديمها للشركة وإخضاعهم للمسؤولية عن الديون تجاه الغير، وهذا ما تبناه المشرع الكويتي[1].

ب- مباشرة الشركة لنشاطها .

إن بداية الشركة لنشاطها الاقتصادي بغرض تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله يعتبر من أهم الشروط للإقرار بالوجود الفعلي للشركة التجارية، فإن تنفيذ موضوع الشركة رغم الخلل الذي يشوبها عنصر ذو أهمية كبيرة بالنسبة للشركة الفعلية حيث يظهر موضوعها في اتفاق الشركاء، وقيامها بهذه التصرفات والنشاطات يجب أن يكون قبل الحكم ببطلانها .

يمكن معرفة ذلك من خلال الأعمال المشتركة التي يقوم بها الشركاء وتعاونهم لتحقيق مصلحة مشتركة حيث لا يقوم كل الشركاء بتصرفات تدل على قيامهم بالنشاطات التي تحقق غرض الشركة، لكن يمكن أن يظهر ذلك من خلال المصالح التي تربطهم ببعضهم البعض وبينهم وبين الشركة، فوجود تصرفات ولو غير مباشرة يدل على وجود الشركة الفعلي يعتبر شرط لاعتبارها موجودة في الواقع، وفي حالة عدم وجود ما يؤكد مباشرة الشركة لنشاطها لا يمكن اعتبارها شركة فعلية إذ لا حاجة في هذه الحالة للاحتجاج بوجودها بها فيكفي عندئذ إرجاع الحصص للشركاء[2].

ج- عدم قيام البطلان على سبب يتعلق بالنظام العام.

لا تنتج الشركة الفعلية عن حالة بطلانها لسبب يتعلق بالنظام العام ،كعدم مشروعية السبب أو المحل مثل حالة تجارة المخدرات أو أعمال تهريب أو غيرها، لأن الاعتراف بوجودها في هذه الحالة يعني الاعتراف بغرض غير مشروع تم الاتفاق عليه من طرف الشركاء، وتكون هنا الشركة باطلة بأثر رجعي فتسقط كل الحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، كما يتم تصفية العلاقة بين

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 216.
[2] Henri. Temple , Les sociétés de fait, op.cit., p 74et76.

الشركاء وتبطل العلاقة مع الغير طبقا للقواعد العامة للبطلان ، فلا تكون الشركة موجودة لا فعليا ولا قانونيا وتتحول لحالة شيوع بين الشركاء، ولا يكون هذا البطلان واقعا إلا بصدور حكم لإعلانه.

إن البطلان المطلق الذي يلحق الشركة بسبب إخلالها بالنظام العام والذي يؤدي لانعدام وجودها في الماضي والمستقبل قول صحيح، لكن تطبيقه يؤدي لزعزعة استقرار المعاملات والعلاقات القانونية، لذلك ان الهدف وراء نظرية الشركة الفعلية والمتمثل في المحافظة على استقرار المراكز القانونية التي نشأت بحسن نية لا يتحقق بالإقرار بها في جميع حالات البطلان و تأسيس هذا الاعتراف على إقرار المشرع في بعض العقود بصعوبة تطبيق البطلان بأثر رجعي مثل العقود المستمرة التي يقتصر فيها البطلان على المستقبل نظرا لعدم امكان إعادة المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها، بالتالي فالاعتراف بهل بشكل مطلق مستحيل لأنه يعني تحول الشركة الباطلة دائما إلى شركة فعلية سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا[1].

الفرع الثاني: حالات قيام الشركة الفعلية.

لنظرية الشركة الفعلية نطاق معين، فأسباب البطلان كثيرة ولا يجوز الاعتراف بالشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، فالهدف من النظرية هو التخفيف من آثار البطلان وهذا ما فعله المشرع عندما استبعد تطبيق آثار البطلان المطلق على الشركة في حالات معينة حماية للغير وحفاظا على الثقة واستقرار المعاملات، فمن خلال ما جاء في النصوص القانونية فإن مجال الشركة الفعلية لا يتسع لكل حالات البطلان، فالمجال ليس مطلقا، كما لم يضيق المشرع هذا المجال بحيث تفقد تلك الحماية فعاليتها[2].

بالنسبة لمجال الشركة الفعلية من حيث الطبيعة القانونية للشركة ونظامها القانوني، فإنه يتسع ليشمل كل من الشركة التجارية وحتى المدنية في حالة عدم مراعاة الإجراءات الشكلية اللازمة لتأسيس الشركة، فيعتبر العقد الرسمي شرط أساسي لانعقاد عقد الشركة سواء المدنية أو التجارية

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية- المرجع السابق، ص 218-220
[2] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 393.

فرتب المشرع على الإخلال به البطلان بحسب ما جاء في المادة 418 قانون مدني، على ان لا يجوز الاحتجاج ببطلان العقد غير المكتوب على الغير، ولا حتى بين الشركاء إلا من يوم طلب إبطاله، وهذا يؤكد اعتراف المشرع بالشركة الفعلية سواء بالنسبة للشركة المدنية و التجارية، بينما يتسع مجالها في القانون التجاري.

يشمل مجال الشركة الفعلية التجارية حالات اختلال كل من الشروط الشكلية والموضوعية، فتعتبر الشركة فعلية بين تكوينها والحكم ببطلانها في الحالات التالية:

أ- البطلان لعدم مراعاة الشروط الشكلية.

يعد عقد الشركة عقد شكلي وتعتبر الكتابة بالنسبة للشركة التجارية ركن للانعقاد، وذلك بحسب المادة 03 من القانون التجاري التي جعلت من العقد التأسيسي للشركة عقد رسمي[1]، نفس الحكم يطبق بالنسبة للعقود المعدلة للشركات التجارية ورغم أهمية الكتابة بالنسبة للشركة فإن تخلفها لا يؤدي لانعدام الشركة، وذلك لأن الكتابة الرسمية أوجدها المشرع لحماية الغير والشركة والشركاء، وإن البطلان الناشئ عن تخلفها وجد لمصلحة الغير فإن المشرع قد خفف من أثره وجعله بطلان خاص لا مطلق ولا نسبي، حيث يتميز بخصائص وآثار تجعله يجسد حالة من حالات قيام الشركة الفعلية.

أهم هذه الخصائص أنه يقع بأثر فوري لا يؤثر على العقود والتصرفات السابقة للبطلان، كما لا يحتج به تجاه الغير وذلك أن المشرع في المادة 418 من القانون المدني[2]،لم يقرر أثر البطلان إلا بالنسبة للشركاء، بحيث تكون الشركة باطلة بأثر رجعي في حالة تمسك الغير بذلك، أما إذا تمسك الغير بوجودها الفعلي فمن حقه ذلك وتكون هنا الحماية التي وجدت من أجلها الشركة الفعلية قد تحققت، إذ لا تقوم الشركة الفعلية إلا إذا تمسك الغير بها رغم الخلل الذي يشوبها، وفي حالة إبطالها لا يكون للبطلان أثر رجعي.

[1] تنص المادة 03 من القانون الجاري على " بعد عملا تجاريا بحسب شكله: الشركات الجارية ".

[2] المادة 418 من ق.م :" يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

نفس الموقف تبناه القضاء، حيث قرر المجلس الأعلى أنه "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا غير أنه لا يجوز أن يحتج بهذا البطلان على الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من يوم طلب أحدهم البطلان، وإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا في تطبيق القانون، وذلك بالمادة 418 من القانون المدني"[1]، فيكون بذلك القضاء قد اعترف بنظرية الشركة الفعلية حماية للغير.

لا يجوز للشركاء التمسك بسبب عدم الكتابة لإبطال الشركة إلا فيما بينهم ويكون هنا البطلان بأثر فوري لا يمتد للماضي، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها إنما بطلب من الشركاء أو الغير[2].

أما بالنسبة لآثار هذا البطلان الخاص بالنسبة لدائني الشركاء ومدينوا الشركة والشركاء فهو لا يختلف في كل مراحل الركن الشكلي[3].

يمر الركن الشكلي بمرحلة العقد الرسمي، ثم التسجيل ثم الشهر وتخلف أي مرحلة من مراحله يرتب نفس الأثر وهو البطلان الخاص الذي يعتبر أهم أثر من آثار تطبيق نظرية الشركة الفعلية بحيث ينطبق ما تم ذكره بالنسبة لتخلف العقد المكتوب بشكل رسمي على كل المراحل الشكلية التي تمر بها الشركة التجارية.

وما ذكرناه بالنسبة لآثار تخلف الشهر القانوني ينطبق على تخلف الكتابة لعقد الشركة التجارية وهذا ما أكده المشرع في المادة 549 من القانون التجاري[4].

وعليه فإن وجود الشركة بحكم الواقع دفع المشرع للسماح لها باستكمال إجراءات التسجيل والشهر واعتبار ما قامت به من تصرفات كلها صحيحة لمصلحة الغير، ما يعني أنها ليست باطلة بطلان مطلق.

---

[1] قرار رقم ،34400 غ.م، الصادر بتاريخ 15 جوان 1985، المجلة القضائية، عدد 04 لسنة 1989، ص 141.

[2] عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، المرجع السابق – ص 43.

[3] للمزيد من التفصيل انظر أعلاه ص 72.

[4] تنص المادة 549 من ق.ت على" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها ".

ب- البطلان للإخلال بالأركان الموضوعية.

إن تخلف ركن من الأركان الموضوعية للشركة يؤدي للبطلان المطلق فلا وجود للشركة التجارية في هذه الحالة لا واقعا ولا قانونا، فإن انعدام الرضى والمحل وسبب العقد يؤدي لانعدام الشركة ولا ينتج عن هذا الانعدام شركة فعلية، ويكون هنا البطلان مطلقا من آثاره بطلان التصرفات بأثر رجعي تطبيقا للقواعد العامة.

أما بالنسبة للأركان الموضوعية الخاصة فقد نص المشرع على ضرورة توفرها في عقد الشركة ويكون هنا العقد باطلا، إذ لا يمكن تصور عقد شركة تجارية دون ركن تعدد الشركاء أو تقديم الحصص أو نية المشاركة، حيث يكون العقد هنا فاقد لمقوماته.

ومع ذلك هناك حالات استثنائية نص عليها المشرع بحيث وسع من خلالها مجال الشركة الفعلية، وتشتمل هذه الاستثناءات شروط صحة عقد الشركة و المتمثلة في عيوب الرضى ونقص الأهلية وحتى بعض الأركان الموضوعية الخاصة مثل ركن اقتسام الأرباح والخسائر، وقد خففت هذه الحالات من البطلان المطلق للشركة التجارية ووسعت نطاق تطبيق الشركة الفعلية، إلى جانب أن تطبيق هذا النطاق يختلف بحسب طبيعة الشركة، نظرا لقيام المشرع بالتمييز بين الآثار القانونية لنقص أهلية أحد الشركاء أو عيوب الرضى بحسب شكل الشركة، فإن أثر ذلك يتعلق بطبيعة الشركة التجارية[1].

1- حالة نقص الأهلية ووجود عيب من عيوب الرضى.

إذا كان البطلان مؤسس على نقص أهلية أحد الشركاء أو على عيب من عيوب الرضى فتعتبر الشركة في هذه الحالة كأنها لم تكن بالنسبة لمن شاب رضاه عيب أو كان ناقص الأهلية، أما بالنسبة إلى باقي الشركاء فتبقى الشركة قائمة فعلا إلا أن هذا المبدأ لا يخص إلا شريكتين شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

[1] الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 209.

اعتبر المشرع الشركة فعلية في العلاقة بين الشركاء فتعتبر الشركة صحيحة في هذه الحالة ولا تكون باطلة إلا بالنسبة لما شاب رضاؤه عيب أو كان ناقص أهلية الذي يحميه المشرع هنا من خلال منحه حق استعادة ما قدمه من أموال للشركة[1].

بحيث يقتصر طلب البطلان عليه دون غيره، فهو مقرر لمصلحته إلى جانب حماية العقد من بطلانه بالنسبة لباقي الشركاء، وذلك حماية للغير المتعامل مع شريكتي المساهمة والمسؤولية المحدودة.

لا تبطل الشركتين إلا إذا تعلق فقدان الأهلية وعيوب الرضى بكل الشركاء المؤسسين، وهذا ما يتضح من المادة 733 من القانون التجاري[2].

أما بالنسبة لشركات الأشخاص فلا تخضع لهذا الحكم، حيث يفهم من هذه المادة أن في حالة وجود شريك ناقص الأهلية أو قد شاب رضاؤه عيب من عيوب الرضى فتكون شركة التضامن باطلة بطلان مطلق، وهذا حتى بالنسبة لباقي شركات الأشخاص فيما عدا شركات الاموال شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وإن سبب استثناء شركات الأشخاص يرجع لكونها قائمة على الاعتبار الشخصي الذي يمثل ضمان مهم للغير، لذلك فخروج أحد الشركاء بسبب نقص أهلية من عيوب الإرادة أو لأي سبب آخر يؤدي لانحلال الشركة وانتهائها .

يختلف وقت سريان البطلان في شركات الاموال بالنسبة للشريك ناقص الأهلية والذي شاب رضاؤه عيب عن باقي الشركاء، حيث لا يسري في حق الشريك المعني بأثر فوري بل بأثر رجعي من تاريخ العقد، بينما يكون بأثر فوري بالنسبة لباقي الشركاء[3].

رغم أن هذا الحكم يحقق حماية كبيرة للغير المتعامل مع الشركة وللشريك المعني بالحماية، إلا أنه يمكن أن يكون له آثار سلبية بالنسبة للشركة وحتى بالنسبة للغير في حالة وجود شركة تجارية مكونة من شريكين، فإن خروج أحدهما يؤدي لانتهاء الشركة وحتى في شريكتي المساهمة والمسؤولية

[1] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 44.

[2] تنص المادة 733 من ق.ت على ما يلي:" لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين ".

[3] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 151.

المحدودة، التي يشترط فيها المشرع حد أدنى معين لعدد الشركاء، عند امتلاك الشريك المعني بنقص الأهلية أو عيب من عيوب الرضى أكبر نسبة في الشركة، فإنها تنتهي حتى ولو تم تحويلها لشركة ذات مسؤولية محدودة ذات الشخص الواحد[1]، خاصة وأنها ليست شركة معترف بها في كل التشريعات.

كما أن بقاء الشركة يمكن أن يعتبر مستحيلا في الحالة التي يكون فيها الشريك الذي شاب رضاؤه عيب، أو كان ناقص أهلية أهم شريك تقوم على وجوده الشركة نظرا لمكانته ورأس ماله فيها[2].

مع ذلك فإن ما جاء به المشرع في المادة 733 من القانون التجاري يحقق حماية مهمة للغير الذي يتعامل مع الشركة خلال فترة ممارستها لنشاطها، كما يمثل تطبيقا واضحا لنظرية الظاهر من خلال الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية بين الشركاء في فترة ما بين انعقاد العقد وخروج الشريك المعني، حيث من غير المعقول إنهاء شركة بسبب عيب في رضى أحد الشركاء، ومن غير الممكن اعتبار الرضى منعدم في عقد الشركة، كما لا يمكن اعتبار شرط الأهلية منعدم عند انعدامه لدى أحد الشركاء خاصة بالنسبة لشركات الأموال.

2- حالة وجود شرط الأسد .

ميز المشرع بين الشركات التجارية بالنسبة لآثار وجود شرط الأسد في حالة وجود اتفاق بين الشركاء على عدم اقتسام الأرباح والخسائر، مثلما فعل بالنسبة لعيوب الرضى ونقص الأهلية وجعل تخلف هذا الركن حالة من حالات قيام الشركة الفعلية بالنسبة لشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك بحسب ما جاء في المادة 733 فقرة 2 من القانون التجاري بنصها " كما أن البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحضورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني"، أما المادة 426 من القانون المدني فتتعلق ببطلان عقد الشركة في حالة وجود اتفاق على إعفاء

[1] Michel Juglar , et Benjamin Apolito , Cours de droit commercial , Montchrestien, Tome 2 , Paris 1999, p 208.
[2] Henri .Temple , op, cit, p 196 .

الشريك من المساهمة في أرباح وخسائر الشركة والذي يعتبر ركن من أركان عقد الشركة، والذي جعله المشرع حالة من حالات الشركة الفعلية في حالة تخلفه، وتبقى كل من شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة قائمة رغم وجود شرط الأسد حماية للغير المتعامل معها والذي لا يعلم بوجود ذلك الاتفاق بين الشركاء[1].

يعتبر الربح السبب الحقيقي الذي يدفع الشركاء للمساهمة في تأسيس الشركة وفي حالة عدم تحقيق الربح فلا بد من تحمل الخسائر، وهذا ما يجعل عقد الشركة يختلف عن باقي العقود الأخرى، لأنه يعتبر أهم الأسس التي تقوم عليها الشركة، وكل اتفاق على استئثار أحد الشركاء بالربح كليا أو بالخسائر فقط يعد خروج عن مبدأ التعاون ونية الاشتراك بين الشركاء، لكن أثره مخفف بالنسبة لشركات الأموال حيث تبقى الشركة صحيحة ولا يبطل إلا الشرط، ولهذا الحكم تبرير قانوني آخر يضاف لمبدأ حماية الشركة والمصالح المتعلقة بها والمتمثل في انصراف إرادة الشركاء لتوزيع الأرباح والخسائر بطريقة معينة[2]، فمبدأ الاتفاق صحيح ولا يمكن أن يؤثر على قيام الشركة بأكملها .

يمكننا أن نقول في الأخير أن نطاق تطبيق الشركة الفعلية في القانون الجزائري يتحقق في حالات عدم القيام بالإجراءات الشكلية في تأسيس الشركة التجارية، سواء تعلق الأمر بالكتابة والتسجيل والنشر والإشهار القانوني، وحالة نقص أهلية أحد الشركاء، أو لعيب اعترى رضاؤه بالنسبة لشركات الأموال وحالة وجود شرط الأسد بالنسبة لنفس الشركات.

بالنسبة لأحكام المحاكم في الجزائر فان سبب الاعتراف بالشركة الفعلية يتعلق غالبا بحالة عدم الاحتجاج على الغير ببطلان الشركة في حالة عدم استكمال إجراءات الشكلية لتأسيسها، ولم يتسع مجال الشركة الفعلية لحالات أخرى.

[1] J.Louis, Navarro, op, cit, p 104.

[2] فوزي محمد سامي، الشركة التجارية الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 2010، ص 27.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية.

بعد تطبيق احكام نظرية الشركة الفعلية تعتبر كما لو كانت صحيحة تماما، فيكون لها شخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وتظل تعهداتها وحقوقها وتعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير الذي لم يتمسك بالبطلان، كما اعتبرتها معظم التشريعات شركة تضامن مالم يثبت خلاف ذلك، أما إذا تمسك الغير بالبطلان وتمسك البعض منهم ببقاء الشركة فالقضاء بالبطلان هو الأصل[1].

باعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة فإن أثر البطلان ينسحب إلى المستقبل ويؤسس ذلك على حماية الأوضاع الظاهرة حماية للغير، بعد الاعتراف بوجود كيان الشركة الذي يستدل عليه من سلوك الشركاء[2]، فطبيعة العلاقة بين الشركاء يحددها العقد التأسيسي للشركة والذي يتضمن اتفاقهم المطبق عليهم لكن في إطار شركة فعلية، وفي حالة عدم وجود اتفاق فيخضعون للأحكام القانونية التي تطبق على الشريك القانوني أي الشريك في شركة تجارية منتظمة قانونا، وعند حصول نزاع بين الشركاء فيم اللجوء للقضاء[3].

كما يحق للشركة أن تمثل أمام القضاء كمدعية أو مدعى عليها، فيبقى عقد الشركة موجود إلى غاية تقرير بطلانها أو وجودها القانوني الكامل، وحتى بالنسبة للشركة غير المسجلة أو التي لم تستكمل إجراءاتها الشكلية فتبقى الدعوى التي ترفعها مقامة طالما لم يصدر حكم ببطلان الشركة، وقبل ذلك فبإمكان الشركة الفعلية أن تكون مدعية أو مدعى عليها وفي حالة الحكم ببطلانها تستمر الدعوى تجاه الشركاء بصفة شخصية[4].

لا تستمر هذه الشركة في الحياة التجارية ولا يقرر القاضي وجودها إلا بقصد إنهائها أو الأمر بتصحيحها، وفي كل الأحوال يجب تنظيم العلاقات بين الشركاء من جهة وبينهم وبين الغير، وتسديد ديون الشركة للدائنين، وبما أنه يتم اخضاعها غالبا لأحكام شركة تضامن فإن مسؤولية الشركاء هنا

[1] محمد فريد العريني، الشركات التجارية المرجع السابق ص 51.
[2] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات الجارية، المرجع السابق، ص 57.
[3] Hamel , et Lagarde , Traité de droit commercial , op , cit, p 618 .
[4] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 202.

مشددة، وخاصة عن الفترة التي قامت فيها الشركة بمزاولة نشاطها التجاري قبل القيام بكل الإجراءات اللازمة للتأسيس[1].

هنا تظهر مسالة دقيقة بالنسبة للشركة والغير، الأمر الذي ينتج عنه ضرورة تحديد علاقة الشركاء فيما بينهم وتحديد مسؤوليتهم اثناء الوجود الفعلي للشركة التجارية، إضافة لعلاقة الشركة بالغير، وقبل كل هذا تحديد الأشخاص المسؤولين الملتزمين بتلك التصرفات، وضرورة البحث عن الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة، وعن مدى صحة التصرفات التي قاموا بها والتي تجعلهم مسؤولون تجاه الغير مسؤولية شخصية وأحيانا تضامنية عن مرحلة تأسيس الشركة، هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا المطلب عند الإشارة لعلاقة الشركاء فيما بينهم (فرع اول)، ثم التطرق لمبدأ عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية(فرع ثاني)، ثم التطرق للمسؤولية التضامنية للشركاء والمؤسسين (فرع ثالث).

الفرع الأول: علاقة الشركاء فيما بينهم.

إن الأعمال التي يقوم بها الشركاء في شركة غير منتظمة قانونيا هي نفسها التي يقومون بها في شركة قانونية، فالعلاقات الداخلية للشركة الفعلية تكون مماثلة إلى حد ما مع أعمال الشركة القانونية، وتنشأ نفس النزاعات بين الشركاء بسبب طبيعة الأعمال التي قامت بينهم خلال حياة الشركة.

تنشأ الشركة الفعلية على شكل شركة تضامن غالبا حيث لا يتصور أن تأخذ شكل شركة أموال مساهمة أو مسؤولية محدودة لأن هذه الشركات لا تنشأ إلا إجراءات شكلية خاصة، وشروط موضوعية خاصة يشترطها المشرع لا نجدها في شركات الأشخاص، لذلك فعلاقة الشركاء في الشركة الفعلية تخضع لنفس الأحكام القانونية التي يخضع لها الشركاء في شركات الأشخاص سواء من الناحية الإدارية للشركة أو من ناحية مسؤولية الشركاء، وكذلك التنازل عن الحصص إلى غير ذلك من الاحكام المتعلقة بشركة التضامن[2].

[1] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 429.

[2] V.cuisinier, op, cit p 121.

للشركاء في الشركة الفعلية التي تتمتع بالشخصية المعنوية نفس المركز القانوني للشركاء في شركة منتظمة وصحيحة قانونيا، حيث أن المحافظة على صحة التصرفات التي قاموا بها يسري تجاه الغير مثل أي شركة قانونية، ولا مجال لمنحهم حق الاختيار في تنفيذ تعهداتهم طالما تم الاعتراف بالوجود الفعلي لعقد الشركة.

فيلتزم الشريك الفعلي بنفس التزامات الشريك القانوني، حيث يلتزم تجاه الشركة بكل الالتزامات القانونية وأهما واجب الاستقامة تجاه الشركة، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يتابع الشريك على أساس منافسة غير مشروعة، ويلتزم الشركاء في هذه الشركة بكل ما تم الاتفاق عليه في العقد، كما يلتزمون بكل ما ينشأ عن عقد الشركة من التزامات أثناء نشاطها.

ليس للشركاء الحق في الاحتجاج ببطلان الشركة للتخلص من التزامهم بتسديد الحصص والمساهمات التي تم التعهد بتقديمها، إلا في حالة نقص أهلية أحد الشركاء أو وجود عيب في رضاه، كما يتمتع الشركاء في الشركة الفعلية بنفس الحقوق التي يتمتع بها الشريك القانوني، فيحصلون على الأرباح بالطريقة القانونية أو المتفق عليها في العقد الى غير ذلك من الحقوق[1].

بالنسبة لإدارة الشركة الفعلية فيتولى القيام بها مدير أو مديرين معينين وفي حالة عدم تعيين مدير فتعهد الإدارة لكل الشركاء مثل ما هو الحال في شركات الأشخاص، وعند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفرد بالسلطات المحددة في القانون الأساسي، ولا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين مثلما هو الحال في شركة التضامن[2].

فيطبق على الشركة التجارية خلال مرحلة التأسيس أحكام الشركة قيد التأسيس، إلى جانب الأحكام العامة للعقد باعتبارها لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، فقبل استكمال إجراءات التأسيس تتخذ القرارات مثل أي عقد بإجماع الشركاء مهما كان شكل الشركة التجارية، سواء تعلق الأمر بقرارات تتعلق بإدارة الشركة كتعيين المدير، أو بأموال الشركة كتنازل عن الحصص مثلا.

[1] Henri. Temple , Les sociétés de fait , op, cit , p 305.

[2] تنص المادة 555 من ق.ت على " عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم بالسلطات المنصوص عليها .... لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة ".

كما يمكن للشركاء إدراج أي شرط تطبيقا للقواعد العامة التي تحكم العقود، وذلك قبل اكتساب الشخصية المعنوية، كتعليق إنشاء الشركة على شرط واقف أو شرط فاسخ مثل الاتفاق على حل الشركة قبل استكمال تسجيلها في حالة تحقق الشرط الفاسخ[1].

إن اتخاذ القرارات بإجماع الشركاء في هذه الحالة أساسه النظرية العامة للعقد ،وتطبيقا لأحكام شركات الأشخاص وخاصة شركة التضامن فيكون الشريك في مرحلة التأسيس مسؤولا مسؤولية مطلقة، و تقع هذه المسؤولية في مرحلة تأسيس الشركة على المؤسسين فقط، وليس على كل الشركاء إضافة للمسيرين الذين قاموا بالتصرف باسم الشركة [2]، عند قيامهم بتعهدات أثناء فترة تأسيس الشركة وقبل الانتهاء من عملية تسجيلها وهي الأعمال اللازمة لإنشاء الشركة دون غيرها من الأعمال ، حيث لا تعتبر كل الأعمال التي تبرم باسم الشركة أعمال تحضيرية للبدئ في النشاط، اذ يخرج من مفهوم الأعمال اللازمة والضرورية للبدئ في استثمار أموال الشركة كل الأعمال غير المناسبة لمرحلة التحضير لشركة مستقبلية قيد التأسيس، حيث أن هذه التصرفات يجب أن تنعقد بمناسبة التحضير للدخول في النشاط التام مثل التعاقد مع العمال والمستخدمين شراء الآلات والمعدات اللازمة، إعداد مقر إدارة الشركة الى غير ذلك من الاعمال التحضيرية[3].

الفرع الثاني: عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية.

يتعلق هذا الأثر الفوري للبطلان بالوجود الفعلي للشركة، ويعتبر رفض تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على الشركة التجارية أحد أهم آثار نظرية الشركة الفعلية، ذلك أن تطبيق أحكام البطلان على عقد الشركة يؤدي لنتائج خطيرة ويهدد استقرار المعاملات الاقتصادية، كما أنه يمس بمبادئ العدالة، ولا تطال هذه الآثار السيئة مصالح الغير فقط بل تشمل كل من الشركة والشركاء .

[1] Paul le Cannu , Droit des sociétés ,Domat Droit privé , Montchrestien ,2 éme éd ,France ,2003 , p 208 .
[2] Paul. Didier, Droit commercial , op, cit p, 148.
[3] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 177.

كما أن تطبيق البطلان بأثر رجعي غير ممكن من الناحية العملية بالنسبة للتعهدات التي قامت بها الشركة، لأنه في حالة اعتبارها باطلة يجب إرجاع المتعاقدين للحالة السابقة على التعاقد، وهذا ما يستحيل تطبيقه عمليا، بحيث أن عملية إرجاع ما تم الحصول عليه من طرف الشركة والمتعامل معها أمر في غاية الصعوبة، خاصة في ظل سرعة المعاملات التجارية والتداول السريع للسلع من يد ليد أخرى، وحتى إن تم العثور عليها فيمكن أن تكون انتهت صلاحيتها أو تكون غير قابلة للاستعمال، أو تكون عبارة عن حقوق أو خدمات لا يمكن استردادها .

إلى جانب بعض العقود المستمرة كعقود التوريدات أو عقود العمل، وحتى في حالة عدم مواجهة هذه الصعوبات فإن مسألة استرجاع ما تم الحصول عليه من عقد الشركة يستلزم تحديد قيمته يوم التعاقد، وهذا ما يصعب إثباته خاصة أن قيمته تخضع للتغيير بفعل تغير الظروف الاقتصادية، ما يؤدي لنزاعات بين الأطراف نظرا لصعوبة الإثبات.

ولا تكون هذه الصعوبات في العلاقات الخارجية للشركة مع الغير فحسب، بل حتى في علاقاتها الداخلية في علاقة الشركاء بالشركة، فإذا تم إبطال الشركة وحلها بأثر رجعي هذا يستلزم استرجاع كل شريك للحصة التي قدمها، ما يصعب تطبيقه عمليا خاصة الحصة العينية التي يتم التصرف فيها أثناء نشاط الشركة، أما إذا تعلق الأمر بحصص من عمل فإنه يستحيل استردادها، نفس الشيء بالنسبة لما تم تقسيمه من أرباح، أو أموال تمت إضافتها لرأسمال الشركة بغرض إحداث توازن مالي، كلها تختفي أثناء مزاولة الشركة لنشاطها الفعلي رغم كونها معيبة[1].

يترتب على رفض تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة التجارية آثار بالنسبة لكل الأطراف سواء بالنسبة للغير والشركة والشركاء:

[1] Henri Temple , Les sociétés de fait, op, cit, p 293.

أ- بالنسبة للشركة التجارية.

بعد الاعتراف بالشركة الفعلية تبقى تصرفاتها صحيحة منتجة لآثارها سواء بين الشركاء أو الغير الذي تعامل معها، وبالنسبة للمنازعات أمام القضاء يمكنها أن تكون مدعية أو مدعى عليها .

الأصل ان لا تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية القانونية قبل استكمال إجراءات تأسيسها، فهي تمتلك أهلية قانونية لذلك فأي دعوى أو طعن يخصها يجب أن يقدمه كل شريك فيها باعتباره طرفا في هذه الشركة، لكن لاعتبار الشريك وكيل عن الشركة أمام القضاء يستلزم تقديمه وكالة باسم موكله، هذا ما جعل الفقه يعترف بالأهلية الناقصة للشركة الفعلية في فرنسا ، وهي أهلية ناقصة على أساس عدم إمكانية الوكيل بيان اسم موكله ، لكن هذا الرأي منتقد حيث اعتبر الفقيه "هيمار" "Hemard" أن القاعدة التي تم الاعتماد عليها وهي التصريح باسم الموكل لا فائدة منها ولا تصلح لتبرير منح أهلية ناقصة للشركة الفعلية[1].

ان للشركة الفعلية الحق في التمتع بأهلية كاملة في التقاضي خاصة وأن القضاء يطبق قواعد الإفلاس على الشركة الفعلية باعتبارها مدعى عليها، ما يعني أنها تتمتع بشخصية معنوية، إلى جانب الاعتراف بأهليتها في العديد من النظم القانونية مثل القانون الإنجليزي الذي يسمح لأحد الشركاء بالتقاضي باسم الشركة ونيابة على الشركاء حتى ولو كانت شركة معيبة، لذلك فمن الضروري الاعتراف بأهلية التقاضي لهذه الشركة من أجل التغلب على الصعوبات العملية التي قد تواجهها امام القضاء[2].

لا نجد نص قانوني يتعلق بأهلية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، لكن وبما أن الأساس الذي تقوم عليه هذه الشركة هو الاعتراف بتصرفاتها التي قامت بها نظرا لوجودها الفعلي، فانه من بين تلك التصرفات حق التقاضي مثل أي شركة قانونية.

[1] Joseph. Hemard, Théorie pratique des nullités de sociétés de fait, études de jurisprudence et de droit, Receuil sirey , 2émé éd, France , 1926, p 542.

[2] مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة، المرجع السابق، ص 430.

ب- بالنسبة للشركاء.

يبقى عقد الشركة الفعلية صحيحا بين الشركاء، وتبقى الشركة متمتعة بشخصية معنوية كما لو كانت شركة صحيحة، كما يتمتع الشركاء بحقوق من أرباح وصفقات تبقى قائمة منتجة لأثارها إلا بالنسبة للشريك الذي شاب رضاؤه عيب من عيوب الإدارة وكان ناقص أهلية الذي يكون له حق الاحتجاج بالبطلان بأثر رجعي تجاه الغير، ولكنه لا يمكنه المطالبة بنصيبه من الأرباح أما باقي الشركاء فتبقى الشركة فعلية فيما بينهم.

ج- بالنسبة للغير.

لا يتغير مركز الغير سواء تعلق الأمر بشركة قانونية أو فعلية نظرا لأنه في الشركة الفعلية لا يمكنه اكتشاف العيب الذي يشوبها، هذا ما يجعل مركزه القانوني لا يتأثر من حيث تعامله مع الشركة، حيث يجعل منه هذا التعامل دائن أو مدين للشركة كما لو كانت هذه الأخيرة منتظمة قانونيا سبب ذلك هو الوضع الذي تظهر به الشركة بالإضافة لسرعة المعاملات التجارية، الأمر الذي يصعب معه قيام المتعامل معها بالتأكد في كل مرة من صحتها وانتظامها قانونيا إلى جانب صعوبة اكتشاف بعض العيوب التي لا تظهر للغير، خاصة أن هذه العيوب والأخطاء ليست بفعل الغير وليس من العدل أن يتحمل عبئها، فيكون الغير إما دائن للشركة فيطالب حينها بتسديد ديونه أو مدينا لها فيلتزم تجاهها بكل ما عليه دفعه لها كما لو كانت شركة صحيحة قانونا.

من الآثار المهمة لفكرة الشركة الفعلية هو حق الخيار الممنوح للغير بين إبطال الشركة نظرا لوجود خلل بها، أو التمسك بوجودها الواقعي وصحة تصرفاتها التي قامت بها، ويجد هذا الأثر تبريره في نظرية الظاهر.

إن مسألة الاختيار بين الإبقاء على الشركة وطلب إبطالها يتعلق بمسألة أخرى وهي فقدان أموال الشركة كضمان، حيث لا تكون الشركة مدينة للدائنيها فقط في حالة انتهائها قانونيا وواقعيا بعد المطالبة بإبطالها والقضاء به، فيجد هنا دائني الشركة أنفسهم في مزاحمة الدائنين الشخصيين

للشركاء، لذلك فإنه من الأفضل بالنسبة لدائني الشركة المطالبة بإبقاء الشركة قائمة فعليا، وإثبات وجودها الفعلي لأن ذلك يضمن حقوقهم وتسديد ديونهم.

أما بالنسبة للدائنين الشخصيين فيلجؤون للاختيار الآخر والمتمثل في المطالبة بإلغاء كل تصرفات الشركة لأنهم يستفيدون من مساهمة الشريك التي تدخل في الضمان العام المخول لهم بعد استرجاعها من طرف الشريك، كما أنه ليس من حقهم طلب الإبطال نيابة عن مدينهم الشريك حتى في حالة إفلاس الشركة إلا عن طريق دعوى غير مباشرة.

كما لا يمكن الغير المطالبة بالإبطال والتمسك بوجود الشركة في آن واحد بل يجب الاختيار، لأنه لا يمكن التمسك بالبطلان في مواجهة أحد الشركاء الى جانب إثبات الوجود الفعلي للشركة والمطالبة بتصحيح تصرفاتها تجاه باقي الشركاء، فيقرر هنا الغير أن يكون دائن للشركة، أو يتحول لدائن شخصي للشركاء في حالة إبطال الشركة وفقدانها لشخصيتها المعنوية بأثر رجعي[1]، كما لا يمكن للغير اعتبار الشركة صحيحة في مواجهة الشركاء والاحتجاج ببطلانها تجاه الدائنين، وفي حالة ممارسة الغير حق الاختيار وقيامه برفع دعوى فإن المطالبة لا تكون جماعية بل بإجراء فردي.

وفي حالة تعارض الاختيار إذا تمسك الغير ببطلانها ببقائها بينما دائني الشركاء الشخصيين تمسكوا ببطلانها، فإن البطلان هو الأصل حيث يغلب القضاء جانب الدائنين الشخصيين، ويبرره الفقه كذلك بتقصير الغير الذي تعامل مع الشركة، لأنه لم يتأكد من صحة الشركة قانونيا.

كما لا يتأثر حق الدائنين الشخصيين للشركاء بحالة الإفلاس لأنهم يحتفظون بحقهم في طلب الإبطال عن طريق رفع دعوى غير مباشرة فيتم هنا تأجيل إفلاسها لأن الشركة بالنسبة لهم غير موجودة، فلا يمكن إعلان إفلاسها وحتى ولو تم البدئ في إجراءات الإفلاس من حقهم طلب الإبطال[2].

[1] Henri Temple , Les sociétés de fait, op,cit, p 300.301 .
[2] J ,Hemard Théorie pratique des nullités de sociétés , op, cit, p 778.

وهو نفس الحق المخول للغير على ألا يكون تمسكه بالبطلان سببه التحلل من التزاماته في مواجهة الشركة، لذلك فإن تعارض مصالح الغير ممكن حصوله خاصة بين دائني الشركة والدائنين الشخصيين بين مطالب ببقائها ومطالب بإبطالها[1].

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة منح حق الأولوية أو تغليب طرف على طرف آخر من الدائنين لكنه قرر حماية للدائنين كل بحسب مركزه القانوني كما سنرى لاحقا.

الفرع الثالث: المسؤولية التضامنية للشركاء والمؤسسين.

جعل المشرع الجزائري كل الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة التجارية متضامنين تجاه الغير بالنسبة لتصرفاتهم التي قاموا بها قبل اكتساب الشركة الشخصية المعنوية أثناء فترة التأسيس، حسب ما ورد في المادة 549 من القانون التجاري حماية للغير في حالة تقرير بطلان الشركة باعتبار أن البطلان هو الأصل نظرا لأن لبطلان الشركة آثار سيئة بالنسبة للغير حسن النية الذي تعامل معها، كما نص المشرع في المادة 715 مكرر21 من القانون التجاري[2] على المسؤولية التضامنية حتى بالنسبة لمؤسسي الشركة المساهمة الذين تسببوا ببطلان إجراءات التأسيس خاصة أن إنشاء هذه الشركة يمر بمراحل متنوعة، وهنا يجب أن نحدد مجال هذه المسؤولية التضامنية أولا من حيث الأشخاص الخاضعين لها ومن حيث التصرفات التي تنشأ عنها هذه المسؤولية.

فبالنسبة للأشخاص فقد أشار المشرع في المادة 549 من القانون التجاري للأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة التجارية أثناء تأسيسها، ممكن أن يكون من بينهم إما المسيرين أو الشركاء نظرا لأن الشخص الذي يقوم بالتعهدات في تلك الفترة تكون له صفة المؤسس للشركة.

[1] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 58.

[2] تنص المادة 715 مكرر21 من ق.ت " يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان والقائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة".

اما المفهوم القانوني للمؤسس فنطاقه واسع لأنه لا يقتصر على الشريك فالمؤسس يمكن أن يكون المسير نظرا ان صفة المؤسس يكتسبها كل شخص يعمل لحساب الشركة في تلك الفترة، وهو بالتالي يختلف عن مفهوم الشركاء الأوائل في الشركة، كما أنه ليس بالضرورة ان يكون من بين المسيرين الأوائل في الشركة[1].

يكتسب الشخص صفة المسير او صفة الشريك بمجرد التوقيع على القانون الأساسي، وممكن ان تكتسب هذه الصفة بعد اتخاذ قرارات فردية أو جماعية وذلك قبل تسجيل الشركة واستكمال الإجراءات، فحسب المشرع فإنه يمنع على المؤسسين والشركاء القيام بأي تصرف أو تعهد قبل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية، إلا إذا تعلق الأمر بتصرفات لازمة لإنشاء الشركة والتي سبق الإشارة إليها، والتي تكون لحساب الشركة ولمصلحتها حيث تلتزم بها الشركة حتى في حالة رفض الشركاء المصادقة عليها، وذلك في حالة قيام المؤسسين بالتعهد لحساب الشركة دون الحصول على وكالة قانونية وذلك قبل تمتع الشركة بالشخصية المعنوية، ولكن الشرط الاساسي لالتزام الشركة هو أن تكون تلك التصرفات لمصلحتها[2].

إن الشركة التجارية التي لم تكتسب بعد شخصية قانونية تعتبر غير موجودة قانونا، فلا يمكن أن تتعامل مع الغير ولا يمكن لأي شخص أن يتعامل باسمها، لذلك فإن وجدت تعهدات ومعاملات مع الغير قبل اكتسابها الشخصية المعنوية فإن المسؤولية تقع على عاتق كل من تعامل مع الغير، وتكون المسؤولية شخصية وتضامنية إلا إذا قامت الشركة بالالتزام بها بعد استكمال إجراءات تأسيسها، وهذا ما يفسر خطورة التصرفات التي يقوم بها المؤسسون تجاه الغير باسم شركة قيد التأسيس.

لذلك فإن وجود وكالة من الشريك للمسير الذي يتعامل مع الغير امر ضروري، مع أن نص المادة 549 من القانون التجاري قد وسع من مجال الأشخاص الملتزمين بحيث يسأل كل من تعهد باسم الشركة ولحسابها بها دون وجود أي شرط أو قيد، حيث لم يرد شرط الوكالة كما لم يحدد المشرع صفة الملتزم شريكا كان أو مسير أو شخص آخر تم تكليفه بتأسيس الشركة، ونجد المشرع

[1] Paul le Cannu, Droit des sociétés, op.cit. p 212.
[2] Paul. Didier, Les sociétés commerciales, op.cit. p 407.

الفرنسي في المادة 201-06 من القانون التجاري[1] يلزم نفس الأشخاص وهم كل المتعهدين باسم الشركة قيد التأسيس دون تحديد لصفة الشخص أو شرط حصوله على وكالة قانونية.

فسرت محكمة النقض الفرنسية المادة 210-06 من القانون التجاري الفرنسي وألزمت من خلال قرار صادر عن الغرفة التجارية في 13 ديسمبر 1976، كل مؤسس وكل شخص أبرم تصرفات باسم ولحساب الشركة، وكل شريك فيها باعتباره موكل حتى ولو كانت الوكالة ضمنية[2].

أما في حالة عدم قبول الشركة بالالتزام بما تعهد به المؤسسون أثناء فترة التأسيس، فيعتبر هؤلاء الذين تعهدوا باسم الشركة ملتزمين تجاه الغير التزام قانوني أساسه العقد المبرم والمتمثل في عقد الشركة والعقد التأسيسي لها وليس الاتفاق المبرم بين المؤسسين والغير.

كما أن هذا الالتزام العقدي لا يمكن اعتباره كفالة أو ضمان من قبل المؤسسين للشركة، لأن المؤسس حتى ولو كان نفسه أحد الشركاء هو ليس بكفيل للشركة، وأن هذه المسؤولية الشخصية والتضامنية للمؤسسين هي التزام قانوني من النظام العام يتلاءم مع مركزهم القانوني في الشركة اثناء تلك الفترة[3].

كما لم يحدد المشرع مجال التصرفات التي يسأل عنها الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة قيد التأسيس، بهدف ضمان أكبر حماية للغير، حيث لم تقيد التصرفات فاعتبر المشرع الجزائري المتعهد باسم الشركة مسؤولا تجاه الغير عن كل عمل تم قبل اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية، و هو نفس موقف المشرع الفرنسي في المادة 210 -6 من القانون التجاري الفرنسي.

على عكس بعض التشريعات التي ميزت بين تلك التصرفات مثل المشرع الإيطالي في المادة 331 من القانون المدني التي قضت بمسؤولية الشركاء والمؤسسين بالتضامن عن التعهدات المبرمة

[1]Art 210-06 du c. c.f « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu' elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis. ».
[2] le Lamy des sociétés commerciales, op,.cit p 393.
[3] François. Xavier. Lucas, Le fondateur qui agit au nom d'une société en formation, Rev Actualité du droit des sociétés, Bullt Joly des sociétés éd n 04, Avril 2013, p 251.

أثناء التأسيس، وبعد تكوين الشركة يقع عليها التزام إبراء المؤسسين من تلك التعهدات إلى جانب دفع مصاريف التأسيس لكن يعلق ذلك على شرط أن تكون تلك التصرفات ضرورية للشركة، وأن تصادق عليها أول جمعية عمومية.

كما ميز المشرع المصري بين التعهدات ففي حالة كونها ضرورية تلتزم الشركة بها بعد قيدها في السجل التجاري، ولا تبرئ ذمة المؤسسين إلا إذا حلت الشركة محلهم في العقد أي بتغيير المدين، أما إذا كانت التعهدات غير ضرورية ورفضتها الشركة ولم تصادق عليها، أو رفض الغير تجديد الالتزام نظرا لتغير المدين، فتكون مسؤولية المؤسسين هنا شخصية وتضامنية[1].

لم يميز المشرع الجزائري بين التصرفات الضرورية وغير الضرورية التي يقوم بها المؤسسون، كما لم يفرق بين مسألة نجاح المشرع أو فشله، ففي حالة فشل المشروع يلتزم المؤسسون بتنفيذ العقود التي أبرمت مع الغير ويلتزمون شخصيا وتضامنيا عن الالتزامات وعن النفقات التي بذلت من أجل التأسيس، ولا يحق لهم أن يرجعوا بها على الشركاء.

أما في حالة نجاح المشروع فتنفيذ العقد وكل آثاره التي تنشأ قبل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية يتحملها المؤسسون، على أساس فضالة مثلما أرجعها بعض الفقهاء الذين اعتبروا المؤسس فضولي لحساب الشركة المستقبلية، وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية تلتزم بها بأثر رجعي نظرا لوجودها الفعلي[2]، في تلك الفترة بحسب المادة 549 من القانون التجاري.

وتجدر الإشارة هنا أن الالتزام التضامني الذي جاء به المشرع بالنسبة للمؤسسين تجاه الغير خلال فترة تأسيس الشركة هو تضامن من النظام العام، لا يمكن للملتزمين به الاتفاق على مخالفته أو استبعاده بموجب شرط في العقد.

كما أن التصرفات التي تلزم المؤسسين والشركاء في تلك الفترة لا تكون بدايتها العقد التأسيسي، بل تبدأ من يوم القيام بأول تصرف يدل على انعقاد النية في إنشاء شركة تجارية، فعملية

[1] أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 413.
[2] نادية فضيل، أحكام الشركة التجارية طبقا للقانون التجاري الجزائري شركات الأشخاص، دار هومة للطبع، 2005، ص 115.

التأسيس لا تنطلق من يوم إبرام العقد التأسيسي بل قبل ذلك، لأن تسجيل الشركة يتطلب التحضير للعقد التأسيسي الذي يجب أن يتضمن بيانات، تتمثل في إعداد المقر الاجتماعي للشركة الذي يستلزم التعاقد مع الغير، عن طريق الشراء أو الاستئجار إلى غير ذلك من التصرفات الضرورية التي تبرم قبل التوقيع على العقد التأسيسي للشركة[1].

المطلب الرابع: انتهاء الشركة الفعلية

تنتهي الشركة الفعلية في حالة انتهاء وجودها ويتحقق ذلك في حالتين، عندما ينتهي وجودها الفعلي وتتحول لشركة قانونية، أو بعد انتهائها بسبب إبطالها ثم دخولها في مرحلة التصفية، وإن انتهاء وجودها الفعلي وحلول الوجود القانوني محله يتطلب تسوية لوضعها القانوني الذي يجعلها شركة منتظمة من الناحية القانونية، ولا يكون ذلك إلا بعد قيام الشركة باستكمال إجراءات تأسيسها في حالة تعلق العيب بالجانب الشكلي.

حينها تثار مسألة مدى اعتراف الشركة بما قام به المؤسسون خلال فترة التأسيس وقبل اكتساب الشركة لشخصيتها المعنوية، فإذا قبلت الشركة الاعتراف بتلك التصرفات فإنها تصحح بأثر رجعي، إلى جانب ذلك فإن ضرورة المحافظة على الشركة حماية لمصلحة الغير والشركاء يفرض بذل مجهود لحمايتها من الانقضاء، وذلك عن طريق القيام بتصحيحها بإرادة الشركاء لإزالة العيب الذي يشوبها، أو يكون التصحيح بفعل المشرع عندما يسمح بالقيام ببعض الإجراءات لإنقاذها من الانقضاء[2].

إلا أن مسألة استكمال الشركة الفعلية لحياتها بشكل قانوني قد لا يتحقق، فتنحل الشركة إما بسبب من أسباب البطلان، أو لسبب قانوني يؤدي لانتهائها بقوة القانون ،وفي حالة زوال سبب بطلانها فتستمر الشركة حتى ولو انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في

[1] Marie. Monséri , Droit des sociétés et des groupements de sociétés » Montchrestien , l'extenso éd, France ,2009, p 58 .
[2] Henri. Temple, Les sociétés de fait, op.cit., p 246.

طلب البطلان إلا إذا كان البطلان مبنيا على عدم مشروعية الشركة أو موضوعها، وكان البطلان مطلقا خاصة وأن إثارة مسألة البطلان أمام المحاكم لا يؤدي إلا نادرا إلى إبطالها، نظرا لتوفير المشرع لحلول وأدوات قانونية تسمح بتسوية الأسباب المؤدية لإلغاء وجود الشركة وذلك في مهل محددة[1].

أما إذا انقضت الشركة تظهر آثار الانتهاء وهي تصفيتها وقسمة أموالها، فهدف التصفية هو قسمة الأموال حيث تكون هذه التصفية لمصلحة الشركاء والغير، وبما أن الشركة الفعلية تتمتع بشخصية معنوية تم الاعتراف لها بها في البداية بغرض تصفية أموالها بعد إبطالها، فإن التصفية تتم بنفس الإجراءات الشكلية والموضوعية التي تطبق على الشركات القانونية، سواء بالنسبة للطابع الإجباري للتصفية أو الاختياري، ولأسباب الحل القانونية أو الاختيارية.

إن مسألة تصفية هذه الشركة يؤدي إلى التساؤل حول إمكانية شهر إفلاسها في حالة توقفها عن دفع ديونها، أو في فترة تصفيتها إذا تبين عجزها المالي، وإمكانية تطبيق إجراءات الإفلاس ومدى توفر شروطه في هذه الشركة، خاصة أن إخضاع الشركة الفعلية للإفلاس يوفر حماية قانونية كبيرة بالنسبة للغير باعتبار أن تصفية ذمة المفلس يمثل الضمان العام لدائني الشركة، وعليه فان الإشارة لاستبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني امر مهم (فرع اول) ،الى جانب انتهاء وجود الشركة الفعلية بعد حلها وتصفيتها(فرع ثاني).

الفرع الأول: استبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني.

يمكن للشركة بعد اكتساب شخصيتها المعنوية وزوال سبب بطلانها أن تأخذ على عاتقها كل التعهدات التي جرت في فترة وجودها الفعلي، والقيام بهذه العملية يقتضي استبدال المدين أي الحلول القانوني للشركة محل الأشخاص الذين قاموا بالتعهد لمصلحتها، كما أن تصحيح العيب وتحويل الشركة من شركة فعلية لشركة قانونية يستلزم الإرادة للقيام بذلك من قبل الشركاء أو الغير، فيتم

[1] الطيب بلولة، قانون الشركات، المرجع السابق، ص 150.

تصحيح تلك الأعمال رغم وجود عيب بها، لذلك فإن اعتبار تصرفات الشركة خلال وجودها الفعلي صحيحة منتظمة قانونيا يتم في حالتين:

أ- قبول الشركة التجارية تحمل الالتزامات الناشئة قبل إكسابها الشخصية المعنوية.

إن قبول الشركة أن تأخذ على عاتقها التعهدات التي أبرمت من طرف الأشخاص الذين تعهدوا باسمها خلال الفترة التي لم تكن لها شخصية معنوية يتحقق بتوفر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

تظهر الشروط الموضوعية في المادة 549 من القانون التجاري فإن مجال الالتزامات محدد ضمنيا من طرف المشرع، حيث لا تسأل الشركة إلا عن التعهدات المبرمة أي عن الالتزامات العقدية، فيستثني كل التزام ناشئ عن أخطاء تقصيرية قام بها المؤسسون في تلك الفترة، كذلك من بين الشروط أن تكون تلك التعهدات باسم الشركة ولحسابها، كما لم يبين المشرع الفترة التي يتم فيها ابرام تلك التصرفات التي تخضع لهذا الحكم.

اشارت محكمة النقض الفرنسية انه لا تعتبر كل التصرفات التي يقوم بإبرامها المؤسسون صحيحة بمجرد قبول الشركة، فلا يخضع لهذا الحكم الا التصرفات المبرمة من يوم التوقيع على القانون الأساسي لغاية تسجيل الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية[1]، حيث حدد قاضي الموضوع هنا المدة التي يعتد بها لإجراء هذه التسوية القانونية لتصرفات المؤسسين في فترة تأسيس الشركة التجارية.

أما بالنسبة لطريقة القيام بقبول تلك التعهدات من الناحية الشكلية فلم يبينه المشرع ومع ذلك فالأمر يستوجب اتخاذ قرار مصادق عليه من طرف الشركاء ويتخذ هذا القرار عمليا عدة صور، فيمكن أن يتخذ الشركاء ذلك القرار قبل التوقيع على القانون الأساسي، حيث يقوم المتعهدين

[1] Cass. com , 14 janvier 2003 n 00-12.557, bull, Joly sociétés 2003,p 431, note B.saintourens, le Lamy des sociétés commerciale p 398.

باسم الشركة بتحضير قائمة بتلك الأعمال ترفق بالقانون الأساسي، فيوقع عليها الشركاء وتلتزم الشركة حينها بتلك التصرفات بطريقة تلقائية بعد اكتسابها الشخصية المعنوية[1].

كما يمكن وجود اتفاق يتضمن حدود التصرفات التي يقوم بها المسير في تلك لفترة وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية تلتزم الشركة تلقائيا بتلك التصرفات.

أما في حالة عدم تحقق الحالتين السابقتين وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية فيتم الاعتراف بتلك التصرفات عن طريق اتخاذ قرار من طرف الشركاء بالالتزام بكل ما تم إبرامه من طرف الشركة بأثر رجعي، إلا في حالة وجود شرط مخالف لذلك في القانون الأساسي للشركة[2].

تتم موافقة الشركة بالالتزام بتلك التعهدات بطريقتين فإما تكون المصادقة صريحة باتخاذ قرار مباشرة بعد اكتساب الشخصية المعنوية، أو يكون ذلك بموجب مصادقة ضمنية عندما تقوم الشركة بالمصادقة على تلك الأعمال عند انعقاد أول جمعية عمومية، أو عند قيام الشركة بالتنفيذ تلقائيا لتلك التعهدات المتخذة في فترة تأسيسها .

ينتج عن ذلك مباشرة تطبيق الأثر الرجعي لصحة التصرفات والعقود التي أبرمت خلال فترة التأسيس فتعتبر صحيحة سارية المفعول ونافذة تجاه الشركة، فيتخلص المؤسسين من تلك الالتزامات نهائيا وبأثر رجعي من يوم إبرامها، ولا يلتزم هنا المؤسسين إلا في حالة وجود حالة غش أو نصب عن طريق إبرام عقود والتعامل مع الغير بغرض التخلص فيما بعد من هذه الالتزامات وإلقائها على عاتق شركة وهمية ليس لها وجود فعلي ولا قانوني[3].

كما يظل المؤسس ملتزما في حالة وجود عقد كفالة يكفل بموجبه أحد المؤسسين الشركة تجاه الغير ففي هذه الحالة لا يمكنه التخلص من التزامه، هذا ويكون المؤسسين ملتزمين شخصيا وتضامنيا في حالة امتناع الشركة عن الالتزام بتلك التعهدات، ويلتزم هنا كل شريك قام بتصرفات لحساب الشركة حتى ولو كانت مسؤوليته محدودة إذا تعلق الأمر بشركة أموال.

[1] Véronique. Magnier op, cit , p 75.
[2] Marie Monsérie,op,cit , p 59.
[3] Valérie. Gomez, et François Rouaix, Droit des sociétés , Fiches et Q. C .M , Foucher, France 2008, p 32.

اما في حالة وجود وكالة من أحد الشركاء، اومن كل الشركاء لأحد المسيرين للقيام بالتصرف لحساب الشركة، فإنهم كلهم مسؤولون بالتضامن تجاه الغير وهذا الالتزام يتحقق عندما يتعذر على الشركة اكتساب الشخصية المعنوية مهما كانت الأسباب والظروف التي تحول دون اكتسابها قانونيا لها، فيلتزم المؤسسون في هذه الحالة تضامنيا .

يمكن للقاضي أن يلقي تلك التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين على عاتق الشركة اعتمادا على وجودها الفعلي وحماية الغير حسن النية، رغم ان قبولها لتلك التعهدات هو أمر اختياري بالنسبة إليها وليس وجوبي، وفي حالة رفضها الاعتراف بتلك التعهدات ما على المؤسسين بعد تنفيذهم للالتزام إلا الرجوع على الشركة بمقتضى قواعد الفضالة أو الإثراء بلا سبب[1].

يمكن أن يرفض الغير تجديد الالتزام بتغيير المدين، فيرفض الدائنون حلول الشركة محل المؤسسين، عندئذ يبقى المؤسسون مسؤولون تضامنيا تجاه الغير وإن كان لهم حق الرجوع على الشركة بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب أو أحكام الفضالة[2].

أما بالنسبة لإمكانية اعتراف الشركة ببعض التصرفات المبرمة من طرف المؤسسين في فترة التأسيس دون تصرفات اخرى فلم يتطرق لها المشرع، وعليه فإن للشركة مطلق الحرية في اختيار بعض التصرفات وليس كلها طالما لا يوجد نص قانوني يمنع ذلك، فلم يشترط المشرع إلا شرط واحد وهو ان تكون تلك التعهدات تعاقدي ابرمت باسم ولحساب الشركة التجارية[3].

اشارت محكمة النقض الفرنسية لضرورة تحقق شرط ابرام تلك التصرفات باسم ولحساب الشركة، وأشارت ان التزام الشركة بتصرفات المؤسسين المبرمة خلال فترة التأسيس لا يتحقق الا إذا كانت تلك التصرفات لحساب الشركة، فيستثنى من ذلك كل تصرف لم يتم لحسابها[4].

[1] Véronique. Magner, Droit des sociétés, op, cit, p 77 .
[2] نادية فضيل، الشركة التجارية طبقا للقانون التجاري، المرجع السابق، ص 164.
[3] Valérie Gomez , François Rouaix ,Droit des sociétés ,op, cit , p 31.
[4] Cass.com n 09-13.405, 02 février 2010, Rev mensuelle ,Droit des sociétés, Lexis Nexis , France , Juillet 2010 , p 19.

ب- التسوية القانونية للشركة الفعلية.

تجد التفرقة الكلاسيكية بين البطلان المطلق والبطلان النسبي للعقد مجال لتطبيقها في النظام القانوني الذي يحكم الشركات التجارية، وهذا خاصة عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المعنية بطلب البطلان، فإذا كان الهدف من البطلان هو المصلحة العامة فإنه من حق كل من الشركاء، والمسيرين، والدائنين، وحتى مندوبي الحسابات، والغير طلب إبطال الشركة فالأمر هنا يتعلق بالنظام العام.

بالتالي إذا كان الهدف من البطلان حماية خاصة لشخص محدد أو بعض الأطراف المعينة فإنهم يطالبون به ولا يحتج به عليهم، كما لا يستفيد منه غيرهم ومهما كان الشخص الذي يطالب بالإبطال فإنه عليه أن يكون لديه سبب قانوني لهذا الطلب فإن القيام بالتسوية القانونية للعيب الذي يشوب الشركة التجارية هدفه إحباط دعوى الإبطال، وإعدام أثرها عن طريق التخلص من سبب الإبطال وتصحيح العيب الذي يجعلها مهددة بالإبطال.

أما مجال هذا التصحيح للشركة فإنه لا يشمل حالات البطلان المطلق والتي تم الإشارة إليها، حيث لا يمكن أن تكون هنا لا تسوية قانونية لشركة قائمة على غرض غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة، لأن المعنى القانوني للتصحيح هو إضافة العنصر الذي ينقص للشركة والذي يجعل منها معيبة من الناحية القانونية[1]، ولتعزيز هذه التسوية نص لمشرع على حالات يمكن من خلالها التخفيف من آثار البطلان بالنسبة للشركات التجارية.

تتمثل الحالة الأولى في تصحيح الشركة وتسويتها عن طريق تعديلها كليا من خلال تغيير شكلها القانوني لتفادي حلها وانقضائها في حالة إخلالها بشرط من شروطها، حيث سمح المشرع بإجراء هذا التحويل في العديد من الحالات في المادة 590 من القانون التجاري، عندما أجاز المشرع أن يتم

[1] André Guengant, Dominique Davodet , Juge et droit des sociétés en 70 thèmes , textes commentaires, jurisprudence, Lexis Nexis,Llitec, france 2008, p 165.

تحويل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة مساهمة إذا أصبحت تضم أكثر من 50 شريك، نظرا لاشتراط المشرع الا يتجاوز عدد الشركاء 50 في الشركة ذات المسؤولية المحدودة[1].

كذلك المادة 590 مكر1 من القانون التجاري أين منع المشرع تطبيق أحكام الحل القضائي على الشركة ذات المسؤولية المحدودة في حالة اجتماع كل الحصص في يد واحدة.

تكون الشركة قبل تحويلها في تلك الحالات شركة فعلية لكونها معيبة ومعرضة للبطلان، لذلك سمح المشرع بتلافي هذا البطلان عن طريق تحويلها لشكل آخر يناسبها، فيزول بالتالي الخلل وتتحول من شركة فعلية لشركة قانونية، فيتم هذا التحويل من طرف الشركاء تلقائيا أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك.

كذلك بالنسبة لحالة انخفاض رأسمال الشركة عن الحد المطلوب قانونا، فيكون على الشركاء هنا رفع رأس المال لتصحيح الشركة، وإلى غاية قيام الشركاء بهذا التعديل تكون الشركة الفعلية غير منتظمة قانونا[2].

يمس التصحيح هنا العيب الذي يشوب الشركة وليس الشركة ككل، إلى جانب هذه الحالة هناك عناصر أخرى ممكن أن يتم تصحيحها فإذا شاب رضاء أحد الشركاء عيب من عيوب الرضى ،أو كان ناقص أهلية فيصحح هذا العيب بإزالته عند بلوغه سن الرشد، أو بعد إزالة العيب الذي شاب رضاؤه، فتتحول الشركة الفعلية لشركة قانونية[3]، أو حالة عدم قيام أحد الشركاء في شركات الأشخاص بتقديم الحصة التي تعهد بها فيصحح هذا العيب بتقديم الحصة عندها تتحول الشركة إلى شركة قانونية، أما إذا تضمن العقد شرط الأسد فيتم إلغاء هذا الشرط في حالة وجوده في شركات الأشخاص.

[1] المادة 590 من ق.ت المعدلة بالقانون رقم 15-19 المؤرخ في 30ديسمبر 2015 المتضمن ق.ت ، التي ألزمت تحويل الشركة ذات المسؤولية المحدودة الى شركة مساهمة عندما يتجاوز عدد الشركاء 50 شريك.

[2] Henri. Temple « Les sociétés de fait », op, cit , p 247-248 .

[3] تنص المادة 100 من ق.م "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتسند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير.

من حق كل من له مصلحة أن ينذر الشريك المعني الذي شاب رضاؤه عيب، أو كان ناقص الأهلية بطلب إبطال الشركة أو القيام بالتصحيح، تحت طائلة انقضاء الميعاد المتمثل في 06 أشهر وهذا ما جاء في المادة 738 من القانون التجاري، وفي حالة انقضاء هذه المدة يسقط الحق في الإبطال أو التصحيح.

كما يمكن أن تتحول الشركة الفعلية لشركة قانونية عن طريق التقادم بمضي المدة التي يحددها المشرع لطلب الإبطال، حيث يسقط الحق في الإبطال بمضي تلك المدة فتتحول حينها الشركة الفعلية لشركة قانونية والمدة هنا هي 03 سنوات، على أن يبدأ سريانها من يوم وقوع سبب البطلان، هذا ما نصت عليه المادة 740 من القانون التجاري[1].

يستثنى هنا حالة نقص أهلية أحد الشركاء وعيوب الرضى، فالمهلة فيها أقصر وهي 06 أشهر وتضيف المادة 742 من القانون التجاري أنه لا يحتج على الغير بالبطلان إلا إذا تعلق بنقص الأهلية أو عيب الرضى بنصها:" لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به تجاه الغير من طرف عديم الأهلية، وممثليه الشرعيين أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه عن طريق الغلط أو التدليس أو العنف".

لا تعتبر المدة التي حددها المشرع في المادة 740 من القانون التجاري مدة تقادم، بل هي مدة سقوط الحق في طلب الإبطال، وتتحول الشركة إلى شركة قانونية في الحالات المذكورة فقط، أي التي يمكن إجراء التصحيح فيها فان الشركة غير المسجلة في السجل التجاري والتي لم تستكمل إجراءات تأسيسها فإن مرور تلك المدة المحددة لا يجعلها صحيحة قانونيا، لذلك فإن إثارة مسألة إبطالها يبقى خاضع للقواعد العامة للبطلان.

[1] المادة 740 من ق.ت " تتقادم دعاوى بطلان الشركة أو للأعمال أو المداولات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء أجل ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان وذلك من دون الإخلال بانقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 738."

الفرع الثاني: انحلال الشركة الفعلية وتصفيتها .

من أهم الأثار المترتبة على قيام الشركة الفعلية هو اعتبارها صحيحة وقائمة خلال المدة من تأسيسها إلى الحكم ببطلانها وتصفيتها، فيتم تنفيذ كل الحقوق المتعلقة بها تجاه الغير وفيما بين الشركاء، كما تخضع لقواعد التصفية [1]، ففي حالة الحكم ببطلانها فإنها تحل وتتم تصفيتها مباشرة، أما إذا توقفت عن دفع ديونها فإن طلب شهر إفلاسها يتوقف على مدى توفر الشخصية المعنوية لأنها ممكن أن تكتسبها ورغم ذلك تكون شركة فعلية، نظرا لوجود عيب بها لا يتعلق بشخصيتها المعنوية ، وممكن أن تكون شركة قيد التأسيس ،او تكون شركة لم تكتسب أبدا الشخصية المعنوية في أي فترة من الفترات .

أ- انحلال الشركة الفعلية.

تنتهي الشركة الفعلية عن عدم توفر شروط تحويلها لشركة قانونية، فتنحل نتيجة لإبطالها، كما تنحل للأسباب العامة لانحلال أي شركة قانونية، فتنطبق تلك الأسباب على الشركة الفعلية نظرا للاعتراف القانوني بوجودها الفعلي، وأيا كان سبب انحلالها فإنها تظل تحتفظ بشخصيتها المعنوية في حدود تصفيتها وقسمة أموالها وتسديد ديونها .

إذا صدر الحكم ببطلان الشركة الفعلية يتم حلها حتى ولو تعرضت أثناء حياتها وبعد نشأتها للعيب الذي أدى لاعتبارها شركة فعلية، فتحل وذلك يكون في حالة رفع دعوى إبطال من طرف كل من له مصلحة سواء من الغير في حالة وجود عيب شكلي، أو تخلف أحد الأركان الموضوعية أو الشكلية حتى ولو ترتب على تخلف تلك الشروط شركة فعلية، ويتوقف الإبطال إلا إذا زال سببه بعد تصحيح الشركة.

إن الاعتراف للشركة الفعلية بالشخصية المعنوية يؤدي للاعتراف لها بأهلية التقاضي، ولا يثير هذا الامر أي صعوبة بالنسبة للشركات المدنية فتكون مدعيا أو مدعى عليها أمام القضاء لأنها تكسب الشخصية المعنوية بمجرد توفر أركانها الموضوعية لتكوينها، أما بالنسبة للشركات التجارية

[1] عباس مصطفى المصري تنظيم الشركات الجارية المرجع السابق، ص 44.

فإن اعتبارها شركة فعلية يؤدي لبطلانها مستقبلا، أما بالنسبة للماضي فإنها تقوم بتسوية وضعها وتصفية أموالها والتقاضي، وبعد اكتشاف الخلل فيها تتوقف الشركة ثم تنحل بعد الحكم ببطلانها[1].

ان الحكم ببطلان الشركة يؤدي لتصفية اعمالها فيما يتعلق بالماضي باعتبارها شركة فعلية أي تصفى اعمالها التي تمت في الفترة الواقعة ما بين تأسيسها حتى تاريخ الحكم ببطلانها، وتعتبر تصفية الشركة من أهم المراحل التي تمر بها الشركة، وهدف الاعتراف بشخصيتها المعنوية اثناء تصفيتها هو تسهيل تصفية الاعمال التي قامت بها في الفترة السابقة لإعلان البطلان نظرا لوجود عقود ارتبطت بها هع الغير[2]

تنحل الشركة الفعلية للأسباب القانونية الخاصة بالشركات القانونية، خاصة في حالة نشأتها صحيحة ثم تعرضت لعيب تسبب في إبطالها، فالأسباب العامة لانقضاء الشركة التجارية تتمثل في هلاك مال الشركة فممكن أن يهلك رأسمالها حتى في حاله كونها شركة فعلية، كما يمكن أن ينتهي الغرض الذي قامت من أجله او تنتهي مدتها[3]، كذلك حالة الاتفاق على إنهائها وحلها بحكم قضائي حسب المواد 440 و141 من القانون المدني[4]، بالإضافة للأسباب الخاصة لانقضاء الشركة كموت أو إعسار أو إفلاس أو انسحاب أحد الشركاء في الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي.

ثم يترتب على انقضاء الشركة توقف نشاطها ودخولها في مرحلة التصفية قصد تقسيم موجوداتها بين الشركاء بعد تسديد ديونها لدائنيها وإنهاء جميع العمليات المتبقية للشركة قصد استيفاء حقوقها، ودفع ديونها للغير، وإذا نتج من هذه العمليات فائض من أموال الشركة فإنه يوزع بين الشركاء عن طريق القسمة وتصفى أموالها[5].

---

1 سليم عبد الله أحمد الجبوري، ّ الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 224.

2 مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 441.

3 المادة 546 من ق.ت " يحدد شكل الشركة ومدتها التي لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة، وكذلك عنوانها أو اسمها ومركزها وموضوعها ومبلغ رأسمالها في قانونها الأساسي".

4 المادة 440 من ق.م " تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة."
المادة 141 ق.م " يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء".

5 عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة الجزائر 2000، ص 188.

إن حالات انحلال هذه الشركة يمكن استنتاجها من النصوص التي جاء بها المشرع، والتي تخص الوجود الفعلي للشركة وأسباب الإبطال، لكن تصفيتها لم يرد بشأنه نص خاص ينظم تصفية هذا النوع من الشركات، وبما أن الحكم ببطلان الشركة يؤدي بالضرورة لقسمة أموالها فإن تصفيتها أمر ضروري لإنهاء جميع التعاقدات والعمليات، وسداد الديون واستيفاء الحقوق لاقتسام الأموال بين الشركاء، ويطبق على الشركات الفعلية جميع أحكام تصفية الشركة القانونية.

من بين أحكام التصفية أن تبقى الشركة الفعلية محتفظة بشخصيتها القانونية خلال تصفيتها فيكون لها ذمها المالية واسمها وموطنها وحق التقاضي، كما يمثلها المصفي في تلك الفترة لذلك فإنها تحتفظ بشخصيتها المعنوية لإجراء عملية التصفية لكي لا تزول ذمتها المالية وتقسم باعتبارها مال مشاع بين الشركاء، ويتم تعيين المصفي أو أكثر ويمكن أن يكون من بين الشركاء، وتحدث التصفية عن طريق مندوب الحسابات كما يتم تعيينه من قبل القضاء في حالة غياب الاتفاق وعلى تعيينه من قبل الشركاء، ومهما كانت طريقة التعيين فإنه يقوم بنفس مهامه التي يقوم بها في الشركة القانونية.

اتخذت محكمة النقض الفرنسية نفس الموقف عندما قررت الوجود الفعلي للشركة قبل تصفيتها، بعد التأكد من توفر عنصر نية الاشتراك والتي يدل عليه وجود العمل المشترك بين الشركاء، فقررت المحكمة تطبيق احكام الشركة الفعلية اثناء الفترة التي تسبق تصفية الشركة مباشرة نظرا لان ذلك يضمن حقوق دائنيها، ثم تتم تصفيتها لنظرا لتحقق سبب من أسباب بطلانها[1].

بالنسبة لعلاقة الشركاء فيما بينهم تبقى الشركة صحيحة لا يحتج ببطلانها على الغير، فيتم اقتسام نتائج المشروع بحسب ما اتفق عليه وبحسب نوع الشركة، يستثنى هنا الشركاء ناقصي الأهلية أو الذين شاب رضائهم عيب من عيوب الرضى.

اما بالنسبة للغير تعتبر شركة قائمة وصحيحة ولا يمكن للغير إثارة بطلانها لكي يتخلص من التزاماته تجاه الشركة، أما بالنسبة للدائنين الشخصين للشركاء فتمت الإشارة لخياراتهم[2].

[1] Cass. civ.02-21.259, n 2005-031271 ,13 dèc.2005, bouis c/séton, Juris -data.

[2] للمزيد من التفصيل لنظر أعلاه ص 74.

اما في حالة طلب إبطال الشركة بدعوى غير مباشرة من طرف الدائنين الشخصيين للشركاء فيعتبر البطلان هو الأصل رغم ان حماية دائني الشركة ترتكز على أساس قانوني مهم وهو الاعتراف بوجود الشركة الفعلي على أساس نظرية الظاهر وحسن نية الغير[1].

ب- إفلاس الشركة الفعلية.

ليس للشركة الفعلية شخصية معنوية، لذلك فإنها لا تستطيع أن تشهر إفلاسها بل إن الشركاء فيها هم من يخضع للإفلاس[2]، فتستقل تفلسه الشريك عن الشريك الآخر وهذا ما كان مطبقا قديما قبل ظهور الشركة الفعلية، حيث كان يمنع شهر إفلاس الشركة الباطلة، لكن بعد الاعتراف لهذه الشركة بشخصيتها المعنوية واحتفاظها بها في فترة التصفية، فمن الجائز شهر إفلاسها متى توقفت عن دفع ديونها سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء التصفية، وتتبع أحكام الإفلاس وللغير حق طلب إفلاس الشركة إذا توقفت عن دفع ديونها .

بعد صدور حكم الإفلاس فإنه يمنع تطبيق الأثر الرجعي لبطلان التصرفات وتطبق أثار الشركة الفعلية إلا ما تعلق منها بفترة الريبة، حيث يكون قد تأكد وجودها الفعلي بصدور حكم إفلاسها، أما بالنسبة للشريك فإذا تعلق الأمر بشركة تضامن فإنه يفلس تبعا لإفلاس الشركة[3]، وهنا يختلف الحكم بالنسبة للشريك الفعلي اذ يتحدد مركزه القانوني بحسب شكل الشركة، فإن إفلاس شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة لا يمتد للشركاء فيها .

[1] سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 238.
[2] أحمد محمد محرز، الشركات التجارية ، المرجع السابق، ص 2010 و239.
[3] محمد فريد العريني، الشركة التجارية، المرجع السابق، ص 50.

الفصل الثاني: الضمانات الموضوعية لحماية الغير اثناء مباشرة الشركة التجارية لنشاطها.

سعيا من المشرع لحماية الغير وفر ضمانات مهمة تتعلق بالجانب المالي للشركة، عن طريق حماية رأسمالها باعتباره جزء من الضمان العام الأساسي لدائنيها، الى جانب بعض الإجراءات الوقائية للمحافظة على هذا الضمان، وذلك منذ تكوين راس المال وخلال كل التغييرات التي تصيبه، خاصة في مرحلة تقديم الشركاء للحصص، وعند اتخاذ قرار تخفيض راس المال، إضافة لإعادة هيكلة الشركة عن طريق عمليتي الاندماج او الانفصال.

لذلك أوجب المشرع اتخاذ إجراءات خاصة بالنسبة لكل الممارسات المتعلقة برأسمال الشركة منذ تكوينه، واهتم بوجوده وبفعالياته في الشركة من اجل تحقيق أهدافها وحماية لمصلحة الغير.

لابد أن يساهم كل شريك في تكوين رأسمال الشركة بتقديم حصة قد تكون نقدا أو عينا ، وفي حالة عدم التزام الشريك بتقديم حصته في الشركة فلا يمكن اعتباره شريكا لأن اكتساب صفة الشريك في الشركة التجارية يتعلق بضرورة تقديم حصة كمساهمة في رأسمال الشركة[1].

كما أن الالتزام بتقديم الحصص هو أهم عنصر محدد لطبيعة عقد الشركة وتكييفها القانوني، وتمييزها عن باقي العقود والأنظمة المشابهة لها، ويعتبر أهم ركن من أركان الشركة لأنها تمول من خلاله ويسمح لها بدخول مشاريعها حيز التنفيذ لتحقيق الغرض التي نشأت لأجله، والذي من خلاله يتم تقييم نجاح الشركة وتطور أدائها، وإضافة لكون رأسمال الشركة أهم الأسس التي تقوم عليها وترتكز عليها باقي الأركان وأهم الأسس المحددة لمفهوم الشركة التجارية فإنه يعتبر ضمان أساسي لدائنيها[2].

[1] فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 14

[2] Alain. Viandier , La notion d'associé, L.G.D.J , France, 1978, p 159 .

لا تقوم الشركة بنشاطها الا عبر ممثلها الذي يتصرف باسمها ولحسابها، لذلك اهتم المشرع بهذا التمثيل للشركة التجارية تجاه الغير، وذلك عن طريق نظام قانوني يحكم تصرفات المسير تجاه الغير، محددا بذلك التزامات كل من الشركة وممثلها القانوني او الفعلي ومسؤوليتهم تجاه الغير.

أدى تعدد الأجهزة داخل الشركة الى تنوع العلاقات القانونية تنوع حقوقها، كما أدى الى تعارض المصالح الامر الذي يؤثر سلبا على المتعاملين مع الشركة التجارية، لولا وجود نصوص قانونية لضبطها.

لعل أهم هذه الأطراف المؤثرة على حقوق المتعاملين مع الشركة التجارية ممثليها الذين يتعاملون مع الغير، والذين خصهم المشرع بنظام قانوني جعلهم مسؤولون مدنيا وحتى جزائيا تجاه الغير.

نظرا لأهمية العلاقة التي تربط الغير بالشركة التجارية بعد مباشرة الشركة لنشاطها كان لا بد من الوقوف على حماية الغير عن طريق رأس مال الشركة التجارية (المبحث الأول)، ثم حماية الغير اثناء تمثيل الشركة التجارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حماية الغير عن طريق رأسمال الشركة التجارية.

يشكل رأسمال الشركة الضمان الأساسي لدائنيها ومن أجل ذلك قرر المشرع حمايته عند تكوين الشركة، وأكد على ضرورة وجوده الحقيقي غير الصوري، حتى يكون لرأس المال دور فعال في حماية الغير وفي بقاء الشركة، فأوجد المشرع أسس معينة يقوم عليها رأس المال منذ تعيينه في القانون الأساسي بصفة واضحة، ثم بعد تحديده تأتي مرحلة تحريره بشكل متطابق مع ما قدمه الشركاء من حصص بصفة فعلية تجنبا لحالة وهمية الشركة.

كما يعتبر "مبدأ ثبات رأس المال" اهم الضمانات التي منحها المشرع للغير فمن خلال هذا المبدأ يتم التمييز بين رأس المال الذي يعتبر بمثابة ضمان لدائني الشركة وموجودات الشركة التي تتغير بصفة مستمرة خلال حياة الشركة متأثرة بكل ما تقوم به الشركة من صفقات وأعمال في حين يبقى رأسمالها ثابت رغم التحولات التي يمكن أن تطرأ عليه، فيعتبر بين اهم القرارات التي تتخذها الشركة

والتي تمس برأس المال عملية تخفيض رأسمال الشركة، فحماية للشركة وللغير تدخل المشرع لحماية أموال الشركة والضمان العام المخول لدائنيها، حيث يشمل الضمان كل ما تملكه الشركة إضافة لرأسمالها المصرح به في العقد الأساسي[1].

قد يحدث أن تقوم الشركة التجارية بعملية الانفصال لإنشاء شركات جديدة، أو تقوم بالاندماج مع شركة أخرى، وفي كلتا الحالتين تختلف وضعية الدائنين، فقد يبدو أن إعادة هيكلة الشركة التجارية بانفصالها أو إدماجها في أخرى يعود بالفائدة للغير ويضاعف الضمان، إلا أنه في أغلب الأحيان ينقص من الضمان ويعرض حقوق الدائنين للخطر، لأنه في حالة حدوث الانفصال فإن رأسمال الشركة يقسم لتكوين شركة أو شركات جديدة.

أما في حالة الاندماج فقد تؤول أموال الشركة المدمجة لشركة أخرى فتصبح الشركة الدامجة مدينة لدائني الشركة المدمجة، ومن أجل حماية الدائنين في حالة انفصال أو اندماج الشركات التجارية، تدخل المشرع ليفرض أحكام مهمة حتى وإن لم تؤدي لتقوية الضمان لفائدة الغير فإنها تحميه من إضعافه.

هنا تبرز أهمية حماية الغير عن طريق حماية رأسمال الشركة وذلك بإقرار حقه في الاعتراض على القرارات التي تتخذها الشركة والتي تمس برأسمالها، حيث تعتبر معارضة الغير إحدى أهم الميكانيزمات التي نص عليها المشرع في هذه الحماية، فرأسمال الشركة هو وسيلة حماية وضمان للدائنين، ومن الضروري إيجاد نظام يكفل تحقيق هذا الضمان لهدفه ودوره لجعله أكثر فعالية منذ قيام الشركاء بتقديم الحصص، ثم تحريرها، والفصل بين رأسمال الشركة وموجوداتها[2].

[1] Paul le Cannu , op.cit., p

[2] تعتبر موجودات الشركة تلك الأموال التي تمتلكها في فترة معينة بعد استثمار رأسمالها الذي يمثل الحصص النقدية والعينية التي قدمها الشركاء.

لذلك سنتناول حماية الغير عن طريق حماية رأسمال الشركة من خلال تسليط الضوء على دور رأسمال الشركة في حماية الغير (مطلب أول)، ثم تسليط الضوء على مبدأ ثبات رأس مال الشركة (مطلب ثاني)، ثم نتطرق لحماية الغير اثناء اندماج وانفصال الشركة التجارية (مطلب ثالث) .

المطلب الأول: دور رأسمال الشركة في حماية الغير.

أوجد المشرع نظام قانوني يحكم رأس مال الشركة يظهر عند تحريره، وعند تقدير الحصص العينية، لأن تحرير رأس المال بشكل قانوني يضمن وجوده لإبعاد احتمال انشاء شركة وهمية، إلى جانب اعتباره عنصر لازم لتحقيق مبدأ ثبات رأس المال[1]، لمنح الثقة للمتعاملين، من أجل ذلك لا بد من الإشارة لحماية الغير اثناء تكوين رأس المال (فرع اول)، ثم للإجراءات القانونية التي تضمن وجود رأس المال (فرع ثاني) .

الفرع الأول: حماية الغير أثناء تكوين رأس المال.

ان اعتبار أموال الشركة ضمانا لدائنيها لا يعني ان يشمل الضمان فقط الحصص المقدمة أثناء تأسيس الشركة فقط بل كل الأموال العقارية المنقولة والأموال التي تمتلكها الشركة أو تكتسبها مستقبلا حسب قاعدة الضمان العام التي نص عليها المشرع في المادة 188 من القانون المدني:" أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه" .

رغم أن الضمان يشمل كل ما تملكه الشركة إلا أن موجودات الشركة لا تدخل في تكوين رأسمالها الذي لا تزيد قيمته إلا في حالة تقديم حصص جديدة، كما لا تنقص قيمته إلا إذا تم تعديل القانون الأساسي بتقرير تخفيضه، بالتالي فان رأس مال الشركة التجارية يشمل فقط الحصص المقدمة من طرف الشركاء، وهذا ما يشكل خطورة على الشركة والغير المتعامل معها الذي يفقد الضمان المخول له قانونا على أموال الشركة عند تعرضها لإمكانية انقضائها وحلها في حالة انخفاض رأسمالها

[1] Sabine Dana , Le capital social , Litec, France,1989, p 128.

عن الحد الأدنى الذي حدده المشرع، من أجل هذا تدخل المشرع لضبط كل العمليات الخاصة برأسمال الشركة وخاصة ما يتعلق منها بتخفيض رأسمالها وتحديد حد أدنى له.

من أسباب ضعف هذا الضمان حالة الخلط بين رأسمال الشركة وذمتها المالية، خاصة بعد انتقاد فكرة رأسمال كضمان للغير من بعض الفقه الذي اعتبر رأسمال الشركة مجرد ضمان غير مباشر، وأحيانا خفي غير واضح، فأثيرت مسألة حقيقة وجود رأس المال، فاعتبر الفقيه الفرنسي " François Goré" أن موجودات الشركة هي أفضل ضمان التي يمكن أن تلعب دور الضمان الفعلي والحقيقي للدائنين، لأنها تمثل الجانب الإيجابي لذمة الشركة وكل ما تمتلكه والذي يكفي ليشكل ضمان مهم للغير[1]. بالتالي أصبحت حماية الغير عن طريق رأس مال مجرد حماية وهمية نظرا لتعرض الشركة التجارية لظروف اقتصادية وتغييرات تؤدي للتغير قيمة راس المال، فان المساس بثبات راس مال الشركة قد يصعب تجنبه، من اجل ذلك فان موجودات الشركة تحقق ضمانا أكبر من الضمان الذي يوفره راس المال للغير[2].

بناء عليه ومن اجل دعم دور رأس المال لضمان حقوق الغير قامت مختلف التشريعات بوضع آليات لحمايته من المساس به، هذا ما جعل المشرع يتدخل بنصوص آمرة لحماية رأسمال الشركة من تلك التهديدات التي تضعف دوره، بحيث لم يكتف المشرع بتحديد حد أدنى لرأسمال الشركات، خاصة في ظل التغييرات التي تصيبه نتيجة تغير الظروف الاقتصادية، أو نتيجة لقرارات قد تتخذ في الشركة من شأنها إضعاف دور هذا الضمان، بل قام بدعمه عن طريق آليات قانونية مهمة بالنسبة للشركة وللغير المتعامل معها .

يتوجب التمييز بين رأسمال الشركة وموجوداتها حيث يطغى على رأسمال الشركة المفهوم القانوني عكس موجودات الشركة التي يغلب عليها الجانب المحاسبي، فيمثل رأسمال الشركة في كل ما قدمه الشركاء من حصص ومساهمات أثناء تأسيس الشركة أو بعده أثناء حياتها خلال أدائها لنشاطها وعند زيادة رأسمالها، بينما موجودات الشركة هي كل ما تمتلكه في الجانب الإيجابي من

[1] François. Goré ,La notion du capital social, èd, Dalloz, France, 1981, p 91.
[2]Le Lamy des sociétés commerciales, op. cit, p299.

ذمتها المالية من أموال داخل الشركة أو ديون لدى الغير، وحتى الأموال التي تستثمرها والأرباح التي تحققها .

نص المشرع على ضرورة وجود رأس المال كما أكد على أهمية هذا الالتزام في كل الشركات التجارية مهما كان شكلها وحتى في شركات الأشخاص كقاعدة عامة[1].

بناء عليه تلتزم الشركة التجارية بتعيين رأس المال في العقد الأساسي على أن يكون رأسمالها حقيقي لا صوري باعتباره ركيزة للشركة وضمان للغير[2]، ورغم أهمية هذا الضمان إلا أنه ضمان نسبي بما ان الشركة تقوم بالتصرف في رأس المال، كما أنها تقرر الزيادة فيه أو تخفيضه بحسب ما تتطلبه الظروف الاقتصادية للشركة.

يتكون رأسمال الشركة من حصص نقدية وعينية أما الحصة بالعمل فإنها لا تمثل ضمانا حقيقيا للدائنين لعدم إمكان الحجز أو التنفيذ عليها، فإنها لا تدخل في تقدير رأس المال وإنما تمنح لصاحبها الحق في نصيب من الأرباح وموجودات الشركة، لذلك منع المشرع هذه الحصة في شركات المساهمة فهي لا تمثل الضمان الكافي للدائنين على خلاف الحصص النقدية والعينية.

أما في شركات التضامن فيشمل الضمان العام جميع أموال الشركاء، لأنها كلها ضامنة لديون الغير، على عكس شركات الأموال فالضمان الوحيد فيها يتمثل في الحصص والمساهمات التي قدمها الشركاء، مما يمكن معه تقديم الشركاء لحصة بعمل[3].

يرجع حظر الحصة بالعمل لطبيعتها اذ أن أدائها مستقبلي فهي ليست حالة الأداء لذلك يتعذر تقويمها، كما أنها غير قابلة للحجز عليها، فإن خاصية التقديم المتتابع للحصة بالعمل تحول دون تقديمها في كل الشركات، خاصة شركات الأموال التي تتطلب السداد الفوري لحصص الشركاء[4].

[1] تنص المادة 416 من ق.م " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصته من عمل أو مال أو نقد".

[2] لا يقصد بعبارة رأس المال كضمان للغير أنه تأمين من التأمينات الضامنة للوفاء بالديون إنما هو الضمان العام المخول للدائن على أموال مدينه.

[3] سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط6، دار النهضة العربية، مصر، 2014، ص 66.

[4] أحمد محمد محرز الشركات التجارية المرجع السابق، ص 133.

لا يمتد هذا الحظر لكل الشركات فشركات الأشخاص يختلف فيها الضمان نظرا لأنه يشمل الذمة المالية للشركاء إضافة للشركة، ويرجع ذلك لأن ذمة شركة المساهمة تكون مخصصة للوفاء بديون دائني الشركة الذين يقرر لهم المشرع حق على أموالها، ويجعل لهم الأولوية في استفاء حقوقهم دون مزاحمة غيرهم من دائني الشركاء الشخصيين، غير أن دائني شركات التضامن يكون لهم ذمة الشركة كضمان زيادة على الضمان العام على أموال الشركاء الذين يسألون بصفة تضامنية وشخصية ، على عكس شركة المساهمة أين يكون الضمان الوحيد للدائنين هو رأسمالها ، كما لا تصلح الحصة بالعمل كضمان لأن صاحبها لم يتعهد بتقديم عمله للدائنين ، إنما تعهد بتقديمه للشركة ولباقي الشركاء فقط[1].

إن منع تقديم الحصة بالعمل هو منع ضمني يتم استخلاصه من اشتراط المشرع في هذه الشركة أن يتم الاكتتاب في رأس المال بكامله، أو على الأقل بنسبة الربع من القيمة الأسمية للسهم، وهذا ما جاء في المادة 596 من القانون التجاري.

أما الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فباعتبارها كانت شركة ذات طبيعة مختلطة من حيث الأحكام التي كانت تخضع لها، فلا يسأل الشريك فيها إلا في حدود حصته، كما لا يتم تداول الحصص فيها لأنها لا تمثل في سندات قابلة للتداول، أما بالنسبة للحصة بالعمل فقد منعها المشرع صراحة بنص المادة 567 من ق.ت التي تنص: " يجب أن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء، وأن تدفع قيمتها كاملة سواء كانت الحصص عينية أو نقدية ولا يجوز أن تمثل الحصص بتقديم عمل."[2]

لكن بعد أن حققت هذه الشركة نجاحا وأقبل عليها المستثمرون لبساطة إجراءاتها، وقلة كلفتها ومنحها الحق للشريك في إدارتها مع عدم اكتسابه صفة التاجر بدخوله لهذه الشركة[3].

[1] فتات فوزي، نظرات قانونية مختلفة حول نطاق الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية جامعة جيلالي اليابس بلعباس، دار الرشاد للطبع والنشر، العدد السادس،2009، ص 59.

[2] وذلك قبل تعديل المادة 567 بموجب القانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر2015،ج.ر 71، يعدل ويتمم الأمر75-59 المتضمن القانون التجاري.

[3] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، دراسة مقارنة منشورات الحلبي، ط 1 لبنان 2006 ص 538.

قام المشرع بتعديل الكثير من أحكام ش.ذ.م.م باعتبارها أكثر شركة استجابة لحاجات المشاريع الصغيرة والمتوسطة، فلم تعد تلك الشركة التي تحتوي على الخصائص القانونية لكل من شركات الأشخاص وشركات الاموال، فسمح المشرع بالمساهمة بحصة من عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك من خلال المادة 567 مكرر من القانون التجاري [1] التي تنص على ما يلي :" يمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات مسؤولية محدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في تأسيس رأسمال الشركة" ، فيكون بذلك قد اعترف المشرع بإمكانية وجود الحصة من العمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ،لكنه شدد على أن لا تكون جزء من رأسمالها .

تعتبر هذه الخطوة تطور كبير من طرف المشرع يهدف من خلاله لتشجيع الصناعة والتجارة عن طريق السماح بالمساهمة بتلك التقديمات الصناعية، والتي تجد مجالها في المشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، حيث أوجد القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة[2] صيغ تأهيل هذه المؤسسات من أجل تطوير الاستثمار خاصة بعد اتجاه المستثمرين للمهن الإنتاجية والحرفية والصناعية الصغيرة التي تقوم بأعمال معينة، فهي تتطلب كفاءات متخصصة.

هذا ما دفع المشرع للسماح للشركاء بتقديم العمل كحصة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تتخذها المؤسسة الصغيرة والمتوسطة كشكل قانوني لها، وبما أن الشكل القانوني لهذه المؤسسات يتوقف على طبيعة وحجم رأسمال المستثمر فإنها غالبا ما تتخذ شكل شركات الأشخاص مثل شركة التضامن أو التوصية البسيطة أو شركة ذات مسؤولية محدودة كأنسب شكل قانوني لها رغم أنها من الناحية القانونية يمكن أن تأخذ شكل أي شركة تجارية[3].

[1] قانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر2015،ج.ر 71، يعدل ويتمم الأمر75-59 المتضمن القانون التجاري.
[2] القانون رقم 17-02 المؤرخ في 11 يناير 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر عدد 02 يناير 2017.
[3] ليلى بعتاش، تبني الآليات المستحدثة في التمويل ضرورة لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر ، مجلة الملتقى الوطني حول " عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة بجاية، كلية الحقوق سنة 2012، ص 456.

كان ي القانون الفرنسي يسمح في سنة 1982 استثنائيا بوجود الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بين الزوجين، حيث عرف القانون الفرنسي تطورا ملحوظا في مجال التقديمات الصناعية، فبعد أن سمح بهذه الحصة في المقاولات والمحال التجارية بين الأزواج حماية للزوج الذي يشارك في هذه المشاريع صدر قانون 2001-426 المؤرخ في ماي 2001 المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة الذي ألغى تلك المقاولات بين الزوجين، الأمر الذي أصبح يدل على إمكانية تقديم الحصة من العمل من أي شريك وفي أي شركة[1].

لا تمثل الحصة بالعمل جزءا من رأسمال الشركة وهذا ما أكده المشرع الجزائري كذلك في المادة 567 مكرر، فيتم إدراج الحصص العينية والنقدية في جانب الخصوم من ميزانية الشركة والذي من خلاله يتم تحديد مدى تحقيق الشركة للأرباح والخسائر، فإذا زادت الأصول على الخصوم كانت هناك أرباح والحالة العكسية تدل على الخسارة، فتظهر أهمية رأس المال من الناحية القانونية في أن الشركاء لا يمكنهم تعديله بالزيادة أو النقصان إلا بإتباع إجراءات خاصة.

لذلك يختلف رأسمال الشركة حسابيا عن موجوداتها التي تتمثل في الأموال التي تتكون منها ذمة الشركة في فترة معينة، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات أو حقوق لدى الغير حيث تتساوى موجودات الشركة مع رأسمالها عند تأسيسها، لكن تتعرض الموجودات للزيادة أو النقصان بعد نشاط الشركة بحسب ما تحققه من أرباح أو خسائر.

إن كان رأسمال الشركة يعني مجموع الحصص النقدية والعينية عند تأسيسها، فإن موجوداتها تعني مجموع الأموال التي تتكون منها ذمة الشركة وتحدد قيمة موجودات الشركة في نهاية كل سنة مالية عندما تقوم الشركة بعمل الجرد والميزانية وحساب الأرباح والخسائر[2].

لذلك سعى المشرع لحماية رأس المال منذ قيام الشركاء بتقديم الحصص والمشاركات، وشدد على ضرورة عدم المساس بثباته واستقراره.

[1] فرحة زراوي صالح، تقديم العمل في الشركات التجارية ، مجلة المؤسسة التجارية، مخبر المؤسسة والتجارة، جامعة وهران، إبن خلدون للنشر والتوزيع، عدد 4 الجزائر 2008، ص 46.
[2] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق ص 43

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية التي تضمن وجود رأسمال.

إذا كانت المساهمات تتنوع من حيث موضوعها الى مساهمات عينية أو نقدية او مساهمات بالعمل، فهي تتنوع كذلك من حيث طرق تسديدها من الناحية العملية، فهناك مساهمات تسدد خلال حياة الشركة وهي المساهمات بالعمل، وهناك مساهمات يتصور الوفاء بها كلا عند تأسيس الشركة، أو جزئيا على أن يسدد المساهم ما تبقى منها في وقت لاحق وهي المساهمات بالعين أو بالنقد، لأن محل الالتزام فيها قابل للانقسام، اما المساهمات العينية فتخضع لمبدأ التسديد الفوري ولا تأسس الشركة قبل تسديدها بكاملها، تم تكريس هذا المبدأ حماية للغير[1].

أحاط المشرع بغرض حماية رأسمال الشركة عملية الأكتتاب وتقديم الحصص بإجراءات وشروط ملزمة لكي يتم إدخالها في رأسمال الشركة ولاعتبارها جزء منه.

فعند تقديم الحصة النقدية لشركة تجارية ألزم المشرع بأن يتم تقديم ما تعهد به الشريك في الميعاد المتفق عليه، وفي حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه فإنه يعوض الشركة والغير عن كل ضرر يترتب عن ذلك[2]، فلقيمة رأس المال المبينة في القانون الأساسي أهمية كبيرة لذلك، فيجب الالتزام بوجود تلك القيمة نظرا لأنها تبين الوضعية المالية للشركة تجاه الغير، وهي القيمة التي يعتمد عليها الغير في تعامله مع الشركة.

أما بالنسبة لعملية الأكتتاب في الرأس المال الاجتماعي لشركة المساهمة فعلى المؤسسين القيام بإجراءات خاصة، حيث يتم إثبات الأكتتاب في بطاقات تتضمن المعلومات الخاصة بالشركة وأهمها

[1] محمد فال الحسن ولد امين، المساهمات العينية في الشركات التجارية ،دراسة مقارنة، ط 1،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر التوزيع،لبنان،2009،ص 144.

[2] تنص المادة 421 من ق.م " إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلزمه التعويض ".

مبلغ رأس المال[1]، ويجب أن يكتتب رأس المال بكامله وتكون الأسهم النقدية محررة عند الاكتتاب بنسبة ¼ على الأقل من قيمتها الإسمية ويتم وفاء الباقي في أجل لا يتجاوز 05 سنوات[2].

يتم تحرير الحصص مباشرة سواء كانت نقدية أو عينية لأن تحرير الحصص إجراء لا يمكن فصله عن الالتزام بتقديمها على ان تسدد على الأقل ربع قيمتها الاسمية، نظرا لأنه يؤكد عملية تنفيذ الالتزام نظرا لأن الضمان المتمثل في رأس المال لا يكون له أي أثر إلا بعد القيام بتحرير الحصص، وذلك حسب المادة 597 من القانون التجاري بالنسبة لشركة المساهمة، والمادة 567 من القانون التجاري بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة[3]، وتحرر الحصة النقدية فوريا في باقي الشركات.

حيث يسمح هذا الإجراء بالتأكد من إرادة الشركاء في إنشاء الشركة، والأهم في إجراء تحرير الحصص هو أنه يمنع الشركاء من القيام بإنشاء شركة وهمية[4].

يقتضي تسديد المساهمة نقل الحق من ذمة المساهم الى الذمة المالية للشركة التجارية، فاذا كان المساهم لا يملك ذلك الحق فانه تستحيل مساهمته، اذ لا نجد أية قاعدة قانونية تنظم حالة مساهمة الشريك بملك الغير، وبالرجوع للقواعد العامة التي تحكم بيع ملك الغير [5]، لا نجدها تتماشى مع خصوصية عملية المساهمة بحصة في شركة تجارية، من حيث خضوعها للتسديد الفوري الذي يستلزم نقل الحق عند المساهمة الى الشركة وقت تأسيسها، أي أن إجازة المالك الحقيقي أو اكتساب الملكية يجب أن يقعا وقت توقيع العقد التأسيسي، فلا يمكن تأجيل انتقال الملكية، ويمكن لهذه

[1] تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 95- 438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 متضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلق بشركات المساهمة والتجمعات: " يبين في بطاقة الاكتتاب ما يأتي: ..... مبلغ رأسمال الشركة الذي يكتتب به".

[2] المادة 596 من ق.ت:" يجب أن يكتتب رأس المال بكامله وتكون الأسهم المالية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة ¼ على الأقل من قيمتها الإسمية."

[3] تنص المادة 567 من القانون رقم 15-20 المؤرخ في: 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للقانون رقم 75-59 المتضمن للقانون التجاري على:" يجب أن توزع الحصص بين الشركاء في القانون الأساسي للشركة وأن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء، وأن تدفع قيمتها كاملة فيما يخص الحصص العينية، يجب أن تدفع الحصص النقدية بقيمة لا تقل عن خمس5/1 مبلغ رأس المال التأسيسي، ويدفع المبلغ المتبقي على مرحلة واحدة أو عدة مراحل بأمر من مسير الشركة وذلك في مدة أقصاها 05 سنوات من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري".

[4] Jean. Calais. Auloy, et Jean Louis River langues, Capital social , tome 2 , 2éme éd, Dalloz, France , 1970, p 07.

[5] تنص المادة 397 من ق. م " لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو اجازه المشتري"، وتضيف المادة 398 " اذا اقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري".

المساهمة ان تكون صحيحة وذات طابع جدي اذا كان مؤسسو الشركة ذوي نية حسنة، في حالة عدم علمهم بأن العين مملوكة من قبل الغير، وكانت تلك العين منقولا وفي حيازة الشركة وتستغله لمصلحتها[1]

أما بالنسبة لإمكانية تقديم الشريك لحق شخصي أي دين في ذمة الغير، فإنه يمكنه ذلك في شركات الأشخاص لكنه غير جائز في شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة أين يستلزم المشرع القيام بتحرير الحصص والاكتتاب بربع ما تعهد به الشريك، وفي حالة وجود هذا النوع من الحصص فإن التزام الشريك لا ينقضي إلا إذا تم استفاء هذه الحصص باعتبارها الديون، ويكون الشريك مسؤول عن تعويض الضرر في حالة عدم قيامه بالوفاء بما تعهد به عند حلول الأجل، وعلى المحيل لحقه ضمان وجود الحق المحال وقت الاتفاق طبقا للقواعد العامة، وإلى جانب ذلك ضمان يسر المحال عليه وقت الاتفاق ومستقبلا وقت استحقاق الدين، حماية رأسمال الشركة عند تأسيسها وضمانا لحقوق الغير من انقضاء الشركة قبل بداية عملها[2].

يكتسب مبدأ التسديد الفوري للحصص العينية أهمية كبيرة نظرا لارتباطه باكتساب الشركة التجارية لشخصيتها المعنوية وتكوين ذمتها المالية المستقلة التي تمثل الضمان العم لدائنيها وليس لدائني الشركاء فيها، لذلك فرض المشرع إجراءات خاصة لتقديم هذه الحصص عن طريق إلزام الشركة بضرورة التقدير الصحيح والحقيقي للحصص العينية اذ لا يمكن السماح بتأخير تقديم المساهمة العينية واخضاعها لإجراءات التقويم من جهة أخرى، فاذا كان المبدأ الاخضاع للتقويم الصحيح يهدف لمنع التحايل فان مبدأ التسديد الفوري يرمي لمنع وهمية المساهمة بالعين[3].

يجب أن يتم تقدير الحصة العينية عن طريق خبير يتولى تحديد قيمتها ليتم إدخالها في رأسمال الشركة، وذلك للتأكد من عدم المبالغة في تقديرها، الأمر الذي يرتب أضرارا للشركة ولدائنيها، تنص المادة 601 من القانون التجاري:" يقع تقدير الحصص العينية على مسؤولية مندوبي الحصص ويوضع

[1] محمد فال الحسن ولد امين، المرجع السابق، ص 191.
[2] أكرم ياملكي، القانون التجاري ، الشركات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط اولى، الأردن 2008، ص 27.
[3] محمد فال الحسن ولد أمين، المرجع السابق ص 148.

التقرير المودع لدى المركز الوطني للسجل التجاري مع القانون الأساسي تحت تصرف المكتتبين بمقر الشركة "، فلم يكتف المشرع بضرورة تقدير الحصص العينية في شركة المساهمة، بل أوجب الاستعانة بخبير أو مندوب للحصص العينية الذي يقوم بوضع تقرير تحت تصرف الشركاء[1].

يسمح هذا الاجراء بضمان الشفافية للدائنين في التعامل مع رأس مال الشركة التجارية خاصة اذا تعلق الامر بتقدير القيمة الحقيقية للحصص العينية، اما الحصة العينية على وجه الانتفاع فإنها لا تندرج ضمن رأسمال الشركة التجارية لأنها لا تندمج ضمن راس المال حتى تكون وسيلة لحماية الغير ، هذا ما يعفيها من الخضوع لهذه القواعد القانونية الصارمة، لكن هذا لا يعني عدم خضوع هذه الحصة لمبدأ عدم المساس براس المال، حيث لا يجوز للشريك ان يسترد بأي شكل من الاشكال حق الانتفاع المحال الى الشركة، و لا يسري المبدأ على العين ذاتها ، لان محل المساهمة هو حق الانتفاع وليس حق ملكية العين ذاته، لذلك فان خضوع المساهمة بالعين لمبدأ ثبات راس المال لا خصوصية له عن باقي الحصص المقدمة و بالتحديد الحصص النقدية، لأنها لا تخضع لا تخضع له بوصفها مساهمة عينية بل بوصفها قيمة مالية نقدية، وان اهم عنصر في مبدأ عدم المساس برأس المال هو عدم إمكانية استرجاع الحصة من قبل من ساهم بها ولا من قبل بقية الشركاء[2].

أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فلم يكتف المشرع بالزام الشركة بالاستعانة بخبير للحصص العينية إنما اعتبر كل الشركاء الذين قاموا بالاشتراك في تقدير الحصص مسؤولون بالتضامن تجاه الغير عن ذلك التقدير المبالغ فيه، وذلك لمدة 05 سنوات، وهذا ما جاء به المشرع في المادة 568 من القانون التجاري[3].

هذا ويبقى الالتزام قائما رغم التنازل عن الحصة، وإذا ألزم أحد الشركاء بأداء الفرق جاز له الرجوع بما دفعه على مقدم الحصة العينية، أما إذا كان هذا الأخير معسرا أجاز لمن وفى الرجوع

[1] هاني محمد دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، المرجع السابق، ص 637.
[2] محمد فال الحسن ولد امين، المرجع السابق، ص 216 و 217.
[3] تنص المادة 568 من ق.ت " تحرر قيمة الحصص العينية تحت مسؤولية المندوب المختص بالحصص ..... ويكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة 05 سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند التأسيس.

على باقي الشركاء كل بقدر حصته في رأسمال الشركة، نظرا لما تقتضيه أحكام التضامن، ويلتزم الشركاء بضمان الزيادة على سبيل التضامن ويكون مركزهم هو مركز الكفيل المتضامن[1].

لم يقرر المشرع المسؤولية التضامنية إلا بالنسبة للشركاء مستثنيا بذلك كل الأشخاص حتى وإن ساهموا في ذلك التقدير المبالغ فيه، مثل المسيرين و مندوبي الحصص العينية، على عكس ما فعلت بعض التشريعات مثل المشرع اللبناني الذي ألزم كل من مقدمي الحصص المبالغ في تقديرها والمسيرين والخبراء الذين قاموا بذلك التقدير بالمسؤولية التضامنية تجاه الغير[2].

يتضح لنا من خلال المادة 568 من القانون التجاري أن المشرع قد استثنى الشركاء الجدد المنضمين للشركة بعد تأسيسها، حيث لا يسأل إلا أصحاب الحصص العينية أثناء التأسيس، على عكس حالة الزيادة في رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن طريق حصص عينية ، حيث نص المشرع في المادة 574 من القانون التجاري " يكون مديرو الشركة والأشخاص الذين اكتتبوا بزيادة رأسمال مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير بقيمة التقدمات العينية" ، وهنا أشار المشرع لمسؤولية المسيرين في حالة التقدير غير الصحيح للحصص العينية في حالة الزيادة في رأس المال عن طريق حصص عينية.

أما بالنسبة للشركاء الجدد فلا مسؤولية عليهم طالما لم يشاركوا في هذه العملية، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي كذلك بالنسبة لعملية التقدير للحصص العينية فيما يخص نطاق هذه المسؤولية من حيث الأشخاص.

لكن مع ذلك فإن مضمون الالتزام مختلف عما جاء به المشرع الجزائري الذي جعل الشركاء أصحاب الحصص العينية مسؤولون تجاه الغير عن قيمة الحصص المصرح بها، وألزم الشركاء عند المبالغة في التقدير بشكل عام، ولم يحدد حالات وجود تلك المبالغة.

بينما قرر المشرع الفرنسي قيام تلك المسؤولية في حالات معينة، والمتمثلة في إهمال الاستعانة بخبير الحصص، وحالة قيام الشركاء بمخالفة التقدير الصحيح الذي جاء به خبير الحصص، وهذا ما

[1] محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 461.
[2] هاني محمد دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، المرجع السابق ، ص 638.

جاء في المادة 223-9 من القانون التجاري الفرنسي[1]، عندئذ تقوم مسؤولية الشركاء في تلك الحالتين ولا يكون عندئذ خبير الحصص مسؤول عند قيامه بالتقدير الصحيح.

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسالة، حيث أشار لحالة المبالغة في التقدير دون تحديد نطاق هذه المسؤولية، التي قررت من قبل المشرع لإعادة الفرق بين القيمة الحقيقية للحصة والقيمة المصرح بها في العقد التأسيسي ضمانا للدائنين، فيلتزم الشركاء بأداء تلك الزيادة بالتضامن[2].

كما أن عبئ إثبات تلك المبالغة يقع على الدائن الذي يثبت ان المبالغة في التقدير قد وقعت أثناء تأسيس الشركة، فالضمان لا يشمل حالة انخفاض قيمة الحصة بعد ذلك، لهذا حدد المشرع مدة هذه المسؤولية ولم يجعلها تمتد لغاية انتهاء الشركة[3].

نلاحظ من خلال المادة 568 من القانون التجاري ان المشرع قد ضيق من نطاق الضمان المتمثل في التضامن، ولم يلزم إلا الشركاء كأنه ذلك الضمان الذي يقدمه البائع للمشتري عندما يضمن الشريك وجود الحصة خالية من كل العيوب التي تجعلها غير قانونية وغير مطابقة لحقيقتها مما يضر بمصلحة الغير[4].

لم يكتف المشرع بتقرير المسؤولية المدنية في حالة وجود مبالغة في تقدير الحصة العينية، حيث عاقب كل شخص قام بالمشاركة في عملية التقدير المبالغ فيه فتنص المادة 800 من القانون التجاري " يعاقب بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: كل من زاد لحصص عينية قيمة تزيد عن قيمتها الحقيقية عن طريق الغش".

---

[1] Art n 223-09 du c. c. f « lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associes sont solidairement responsables pendant cinq ans à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société ».

[2] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، المرجع السابق، ص 551.

[3] نادية فضيل، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 166

[4] Françis. Lemenier , Sociétés à responsabilité limitée , Delmas,2éme éd, France ,2001, p 104.

خلافا للمسؤولية المدنية فإن المشرع هنا قد وسع نطاق المسؤولية الجنائية من حيث الأشخاص الخاضعين لهذه العقوبة، حيث لم يحدد المسؤول جنائيا وجعل كل من المسيرين والشركاء مهما كانت صفتهم وحتى كل مندوب للحصص العينية مسؤول جنائيا في حالة الزيادة لقيمة الحصة العينية، ويظهر هنا الركن المادي في ارتكاب فعل المبالغة في التقدير، والركن المعنوي المتمثل في ارتكاب الفعل عمدا بقصد الغش لزيادة قيمة رأس المال المخصص كضمان للغير.

الى جانب هذه الحماية فانه لا يتحقق التزام الشريك بتقديم الحصة العينية الا إذا كانت غير مثقلة بأعباء ديون أو رهون[1] فلا يستلزم التسديد الفوري للحصة العينية أن تكون العين ذات قيمة مالية فحسب، بل يجب ان تكون خالصة مما قد ينقص من قيمتها من أعباء، لذلك تعتبر وهمية كل مساهمة بمال مثقل بالديون، لأنه لا يفيد شيئا في زيادة ضمان حقوق الغير، أما إذا كانت المساهمة مرهونة فيجب أن تكون جدية أي لا تكون قيمة الدين أكبر من قيمة العين اذ يجب مراعاة القيمة والا اعتبرت المساهمة وهمية في هذه الحالة[2].

كما يعتبر تدخل المشرع بفرض حد أدنى لرأس المال بمثابة حماية لرأسمال الشركة، وضمانا لحقوق الدائنين وتقييدا لحرية الشركاء في اتخاذ القرارات التي تؤدي لخفض رأس مال الشركة، خاصة في شركات الأموال التي لا يكون للغير فيها إلا رأس مال الشركة كضمان، لذلك فإن تحديد الحد الأدنى لرأسمال الشركة يعتبر حماية مهمة فنجد المشرع في شركة المساهمة يحدده ب 05 ملايين دينار على الأقل في حالة اللجوء للادخار العلني، ومليون دينار في حالة التأسيس العادي[3].

أما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة فتم إلغاء هذه الحماية بعد تعديل القانون التجاري مؤخرا حيث جاءت المادة 566 المعدلة والمتممة [4]،لتلغي الحد الأدنى لرأسمال هذه الشركة فسمح المشرع من خلال ذلك بإنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة دون التقيد بحد أدنى معين لرأس المال.

[1] نادية فضيل، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 178.
[2] محمد فال الحسن، المرجع السابق، ص 219.
[3] تنص المادة 594 من ق.ت:" يجب أن يكون رأسمال الشركة المساهمة بمقدار خمسة 05 ملايين دينار إذا لجأت الشركة العلنية للادخار ومليون دينار في حالة المخالفة.
[4] المادة 566 من القانون رقم 15-20 المعدل للأمر 75-59 المتضمن ق.ت " يحدد رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة....".

يبدو أن المشرع وبهدف تبسيط إجراءات هذه الشركة وتشجيع المستثمرين لتأسيسها قد أضعف هذا الضمان الذي يلعب دورا مهما في حماية مصلحة الغير خاصة أن الشركاء في هذه الشركة تحدد مسؤوليتهم بحسب الحصة المقدمة، ولا تكون مسؤوليتهم مطلقة أو تضامنية مثل شركات الأشخاص التي يبرر عدم تحديد المشرع لحد أدنى لرأس المال فيها بأن المسؤولية للشركاء فيها شخصية وتضامنية، والتي يكون فيها للغير ذمة الشركاء إلى جانب ذمة الشركة للتنفيذ عليها .

بعد أن ألغى المشرع إلزام الشركة ذات المسؤولية المحدودة باحترام حد أدنى لرأس المال، ألزم الشركاء بتحديد قيمته في القانون الأساسي، وسمح للشركاء بدفع الخمس 5/1 من مبلغ رأس المال التأسيسي على الأقل على أن يدفع باقي المبلغ في مدة أقصاها 05 سنوات بأمر من مسير الشركة، وذلك ما جاء في المادة 567 من القانون التجاري.

إن اعتبار رأس مال الشركة التجارية ضمان أساسي للدائنين يعتبر أمر مبالغ فيه في هذه الحالة، فلم يعد المشرع يحدد حد أدنى لرأس المال في معظم الشركات التجارية باستثناء الشركات التي يسأل فيها الشركاء شخصيا وتضامنيا عن الديون، والتي يمكن عدم تقييدها برأس مال معين فإن إلغاء الحد الأدنى لرأس المال يضعف الضمان خاصة بعد سماح المشرع بأن يتم تحرير المبالغ والحصص كاملة في مدة ممتدة بعد تأسيس الشركة.

لهذا السبب تم اعتبار رأس مال الشركة ضمانا مهما لكنه ضمان غير واضح له قيمة حسابية نظرية ثابتة لا تتغير حتى بعد استثماره وهو ضمان غير مباشر، كان يمكن اعتبار رأسمال الشركة قديما ضمان أساسي، لكن حاليا جعل منه المشرع عنصرا غير فعالا فلم يشترطه إلا لإثبات نية الاشتراك، ولتحديد حقوق الشركاء والمساهمين كحق التصويت وسلطات أخرى في الشركة التجارية، خاصة بعد تغير مفهوم الضمان العام للدائنين في الشركة التجارية، حيث اصبحت كل أصول الشركة وممتلكاتها ضامنة لديونها تجاه الغير، و أصبح الضمان لا يشمل رأس المال والحصص المقدمة فحسب بل كل أموال الشركة[1].

[1] Bastien. Brignon, L'actif social , collection de l'institut de droit des affaires, France, 2009, p 246.

ان أهم ما يميز رأس المال أنه مبلغ ثابت وثباته أمر مهم للشركة وللغير فحمايته من التأثيرات والتغييرات التي قد تصيبه تساعد على بقائه ثابتا، لهذا تدخل المشرع لحمايته ولو لم يحدد له حد أدنى، خاصة أن مسألة ثباته لا تمنع الشركاء من تغييره ما يؤدي للمساس بمبدأ ثبات رأس المال.

المطلب الثاني: مبدأ ثبات رأس المال.

يتمثل رأس المال في تلك القيمة الأصلية لمجموع الحصص النقدية والعينية، وهو لا يكشف وحده عن الوضع المالي للشركة لأن الشركة قد تحقق أرباحا يقتطع منها احتياطي الشركة أو أموال لاستثمارها والتي تدخل ضمن موجودات الشركة بما فيها رأس مالها التي تكون أصول الشركة ،وهو الضمان الحقيقي للدائنين أو ما يسمى ب "الضمان العام" او"social Actif" ، إلا أن أصول الشركة ليست ثابتة فقد يصيبها الكثير من التغييرات نتيجة لتغيير أوضاع الشركة اقتصاديا فقد تتزايد الموجودات وقد تنقص، لذلك فإن رأس المال يبقى الضمان الأكيد لأنه لا يجوز المساس به ، حيث لا يتم تخفيضه إلا بشروط ولا يمكن توزيعه على الشركاء أو الانتقاص منه ، فيجب على الشركاء الاحتفاظ بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال المحدد في القانون الأساسي وهذا ما يسمى "بمبدأ ثبات رأس المال" ، ويعبر عن مبدأ إثبات رأس المال حسابيا بقيد مبلغ رأس المال في خصوم الميزانية[1].

يجب أن يظل رأس المال ثابتا لخدمة أغراض الشركة وضمانا لدائنيها، ولا يمكن المساس به حتى تنقضي الشركة وينتج عن هذا المبدأ نتائج مهمة تتمثل في منع المساس برأس المال عن طريق تخفيضه إلا بإتباع الإجراءات الخاصة بتخفيض رأس المال، وفي حالة عدم إتباع تلك الإجراءات فلا يحتج بذلك التخفيض على دائني الشركة، إلى جانب عدم جواز اقتطاع جزء من رأس المال وتوزيعه على الشركاء في صورة أرباح، وإن حدث ذلك يعتبر توزيع لأرباح صورية يجوز حينها للدائنين المطالبة بإعادتها للشركة ولو تم ذلك التوزيع بحسن نية[2].

[1] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 281.
[2] صفوت بهنساوي، الشركات التجارية دار النهضة العربية، مصر 2007، ص 38.

كما يمكن للدائنين مطالبة الشركاء بالوفاء بحصصهم مباشرة لما لهم من حق مباشر على رأس مال الشركة، ويمنع على الشركاء استرداد حصصهم المقدمة إلا بعد انقضاء الشركة وحلها وتصفيتها، وبعد تسديد الديون عملا بمبدأ ثبات رأس المال الذي يساعد على وجود الثقة من الدائنين تجاه الشركة[1].

فلدراسة مبدأ ثبات رأس المال لابد من الإشارة لحماية الغير أثناء تخفيض رأسمال الشركة التجاري (فرع أول)، ثم تناول مبدأ حظر الاقتطاع من رأس مال الشركة التجارية (فرع ثاني).

الفرع الأول: حماية الغير أثناء تخفيض رأس مال الشركة التجارية.

إن مبدأ ثبات رأس المال لا يعني استحالة تغييره فيمكن تغييره إما بالزيادة أو عن طريق تخفيضه وتعديل القانون الأساسي للشركة، فإن هذا المبدأ يمنع المساس برأس المال إلا في حالات معينة وبإجراءات معينة تضمن وجوده حتى وإن اختفت موجودات الشركة بعد الخسارة، وتزداد أهمية هذا المبدأ في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، حيث تكون الشركة المدين الوحيد تجاه الدائنين الذين لا يمكنهم التنفيذ على أموال الشركاء[2].

إن تخفيض رأس مال الشركة يمكن حدوثه لكن بإجراءات وشروط وضعت لحماية الغير، ويتم تخفيض رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن طريق الجمعية العامة وفقا لشروط تعديل القانون الأساسي الذي يعدل بموافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ثلاث أرباع ¾ رأس مال الشركة مالم يقض عقد التأسيس خلاف ذلك[3]، أما الشروط الأخرى لتخفيض رأس المال فتتمثل:

أ- شروط تخفيض رأس المال.

1- الشرط الشكلي: إن قرار جمعية الشركاء بتخفيض رأس مال الشركة يؤدي لتعديل العقد التأسيسي أي تحديد قيمة جديدة تختلف عن قيمة مبلغ رأس المال المحددة في العقد التأسيسي ، ولم

[1] Bastien brignon. , op,cit , p 246.
[2] Maurice Cozian , Alain Viandier, Droit des sociétés ,op.cit., p 140.
[3] هذا ما نصت عليه المادة 586 من ق.ت.

يحدد المشرع هنا إجراء معين حيث يتم اتخاذ القرار بأغلبية ¾ الشركاء ثم يتم تحقيق خفض رأس المال والتعديل بنفس الطريقة التي يعدل بها العقد التأسيسي عن طريق تسجيله ونشره ، ويعاقب المشرع القائمون بإدارة الشركة التجارية الذين لم يقوموا بنشر قرار تخفيض رأس المال في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ، وهذا ما جاء في المادة 827 فقرة 03 من القانون التجاري ، فيجب إعلام الغير بهذا القرار حتى يتخذ الإجراءات اللازمة لحماية حقوقه ،لذلك فإن تخفيض رأس مال الشركة التجارية لا يكون صحيحا إلا إذا تم نشره وإعلام الغير به.

2- الشروط الموضوعية: لا يمكن تخفيض رأس مال الشركة عن طريق خفض الحد الأدنى الذي يفرضه المشرع خاصة بالنسبة لشركة المساهمة لأنها تنتهي ويتم حلها بسبب انخفاض رأسمالها عن الحد الأدنى وتحل الشركة ذات المسؤولية المحدودة لنفس السبب[1].

أهم قيد لإجراء التخفيض لرأس مال الشركة هو ألا يكون مبررا بخسائر[2]، لأنه في حالة تراكم خسائر الشركة وأدى ذلك لانخفاض رأسمالها عما هو محدد في قانونها الأساسي، أو ما هو محدد في القانون فإنه يتم حلها وتصفيتها، لكن يمكن أن تقوم الشركة بخفض رأسمالها دون أن يؤدي ذلك لانقضائها، حيث سمح به المشرع للشركة في الحالة التي لا يكون فيها نتيجة لخسارة.

يمكن للشركة أثناء قيامها بأعمالها ونشاطاتها أن تقرر خفض رأس المال لأسباب معينة غالبا ما تتعلق باضطراب وضعها المالي، حيث أنه من النادر جدا أن تقوم شركة ذات وضع مزدهر من الناحية المالية باتخاذ قرار تخفيض رأسمالها ،وتكون الشركة مضطربة ماليا عندما تصاب بخسائر مهمة أو تتوقف عن تحقيق الأرباح فتقوم بالتوقف عن توزيع الأرباح على الشركاء، وتقرر خفض رأس

[1] بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة تنص المادة 589 من ق.ت " وفي حالة خسارة ¾ رأس مال الشركة يجب على المديرين استشارة الشركاء للنظر في قرار حل الشركة وإذا لم يستشر المديرون الشركاء أو لم يتمكن الشركاء من المداولة على الوجه الصحيح جاز لكل من يهمه الأمر أن يطلب حل الشركة أمام القضاء".
أما بالنسبة لشركة المساهمة تنص المادة 594 من ق.ت ".. لا يجب أن يكون تخفيض رأس المال إلى مبلغ أقل ...وفي غياب ذلك يجوز لكل معني بالأمر المطالبة قضائيا بحل الشركة".

[2] تنص المادة 775 من ق.ت:" إذا قررت الجمعية تخفيض رأس المال دون أن يكون ذلك مبرر بخسائر ....."
المادة 713 من ق.ت:" إذا صادقت الجمعية العامة على مشروع يتضمن تخفيضا في رأس المال دون وجود مبرر للخسائر".

المال وذلك قبل أن تعجز كليا عن دفع ديونها، قد يحدث ذلك بسبب التقدير المبالغ فيه للحصص العينة وعندما تقوم الشركة بتصحيح مبلغ رأس المال تفقد الكثير من قيمته.

كما يمكن أن تقوم الشركة بشراء حصة أحد الشركاء بعد أن ترفض إحالتها لشخص أجنبي عن الشركة[1]، أو توافق على انسحاب أحد الشركاء فتفقد بذلك بعض الأموال المخصصة له كأرباح، أو تقوم بتخفيض عدد الأسهم وهي أكثر طريقة تستعملها الشركة لخفض رأسمالها إلى جانب تعديل القيمة الإسمية للحصص[2].

يجب هنا أن نميز بين قيام الشركة بتخفيض رأسمالها وعملية شراء الشركة لأسهمها، حيث يتم اقتطاع جزء من الاحتياطي لشراء الأسهم فتصبح الشركة مدينة لنفسها ، يمكن أن تقوم الشركة بهذه العملية لكن في حالة عدم ارتباط ذلك بالخسائر ، حيث تقوم الشركة بشراء حصصها لتخفيض رأس المال نتيجة الخسارة ، فيتم إلغاء بعض الحصص أو الأسهم عن طريق تلك العملية[3]، اعتبر المشرع هذه العملية باطلة بالرجوع للمادة 575 من القانون التجاري " يحظر شراء الشركة لحصصها الخاصة غير أنه يجوز للجمعية التي قررت التخفيض من رأس المال من دون تبرير ذلك بخسائر."

ان تخفيض رأس المال عن طريق شراء الشركة لأسهمها جائز إلا إذا كان بسبب الوقوع في الخسائر كما تنص المادة 714 من القانون التجاري:" يحضر على الشركة الاكتتاب لأسهمها الخاصة وشرائها إما مباشرة أو بواسطة شخص يتصرف باسمه الخاص لحساب الشركة، غير أنه يجوز للجمعية العامة التي قررت تخفيض رأسمال غير المبرر للخسائر أن تسمح لمجلس الإدارة بشراء عدد معين من الأسهم قصد إبطالها"، ويطبق نفس المنع في شركة التوصية بالأسهم إلا إذا قامت به الشركة بغرض إبطال أو إلغاء بعض الأسهم[4].

[1] تنص المادة 571 من ق.ت:" إذا امتنعت الشركة عن قبول الإحالة يتحتم على الشركاء في أجل ثلاثة أشهر اعتبارا من الامتناع أن يشتروا أو يعملوا على شراء الحصص بالثمن الذي يقدره خبير معتمد."

[2] Deen, Gibirila, op, cit , p 98-99

[3] Brune petit , Droit des sociétés,5émé éd, Lexis- Nexis , France, 2010, p 229.

[4] تنص المادة 715 ثالثا فقرة 3:" تطبق القواعد المتعلقة بشركات التوصية البسيطة وشركات المساهمة باستثناء المواد 610 إلى 673 على الشركات التوصية بالأسهم مادامت تتطابق مع الأحكام الخاصة المنصوص عليها في هذا الفصل."

في قرار لمحكمة استئناف فيرساي بفرنسا رفض القاضي تكييف قيام الشركة التجارية بتخفيض رأسمالها عن طريق شرائها لأسهمها على أساس أنه عمل من أعمال التسيير لمصلحة الشركة، نظرا لقيام الشركة بإلغاء الأسهم بعد خسارتها[1].

ب- حق الغير في معارضة تخفيض رأس مال الشركة التجارية.

إن تخفيض الشركة لرأسمالها حتى في حالة قيامها به دون وجود خسارة يعتبر إضعاف للضمان المخول للغير تجاه الشركة، لذلك فقد منح المشرع لدائني الشركة حق معارضة التخفيض حتى غير المبرر بالخسارة، هذا ما نصت عليه المادة 575 من القانون التجاري التي أشارت لحق الدائنين في رفع معارضة في أجل شهر من يوم إيداع محضر المداولات بمكتب ضبط المحكمة بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة، ونفس الحكم بالنسبة لدائني وممثلي أصحاب الأسهم في شركة المساهمة حسب المادة 713 من القانون التجاري.

لا يكون من حق الدائنين المعارضة إلا إذا تم إثبات تصرف الشركة المتمثل في تخفيض رأس المال، ولا يشترط أن يقترن بخسارة لأنه في هذه الحالة يعتبر التخفيض باطلا باعتباره محظور على الشركة القيام به، لذلك فإنه بمجرد اتخاذ الشركة القرار بالتخفيض وبعد إيداع محضر المداولات بالمركز الوطني للسجل التجاري من حق الدائنين أن يعارضوا تخفيض رأس المال في أجل 30 يوما من عملية الإيداع.

إن الحق في المعارضة إجراء احتياطي يقوم به الدائنين حماية لحقوقهم في رأسمال الشركة يكون بهدف وقف عملية التخفيض ،التي لا تقوم بها الشركة إلا بعد صدور قرار من القاضي بشأن المعارضة كي لا يكون لذلك التخفيض لرأس المال أي أثر على حقوق الغير ، وإن وضعية دائني الشركة ليست متطابقة لكل الدائنين لأن الدائنين الذين تعاقدوا مع الشركة بعد تخفيض لرأس مالها لا يتأثرون بذلك القرار وخاصة أنهم تعاقدوا مع الشركة في فترة لاحقة للتخفيض، وكانوا على علم

[1] CA, Versailles, 1er chambre ,24 janvier, 2012. jurisclasseur , Rev mensuelle ,droit des sociétés , Lexis-Nexis, France, juin 2012, p 04.

به وهذا ما قرره المشرع في المادتين 575 و713 من القانون التجاري، حيث استثنى الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد إيداع محضر المداولة بالمركز الوطني للسجل التجاري من حق المعارضة.

هنا يجب تحديد نطاق الأشخاص الذين تشملهم هذه الحماية بمنحهم حق معارضة تخفيض رأس المال، حيث يفهم من المادتين السابقتين بأن هذا الحق في المعارضة لا يخص دائن معين أو دائن صاحب حق امتياز او دائن مرتهن، وإنما كل الدائنين طالما أن المشرع لم يحدد دائن بعينه، فالشرط الوحيد هو أن ينشئ دينه قبل إيداع قرار التخفيض في المركز الوطني للسجل التجاري.

أما بالنسبة للدائن الذي لم يقم بالمعارضة في المهلة المحددة قانونا، أو لم يستطع إقناع القاضي بحقه في المعارضة، فمن حقه رفع دعوى لحماية الضمان العام المخول له قانونا نظرا لأن عملية خفض رأس المال تضر بذلك الضمان، وهدف الدائن من هذه الدعوى هنا هو فقط عدم الاحتجاج عليه بتخفيض راس المال، كي لا يسري في حقه وليس لتوقيف عملية تخفيض راس المال أو إلغاؤها أو لطلب ضمانات أخرى[1].

أما أثر المعارضة بالنسبة للدائنين السابقين لعملية خفض رأس المال والذين أوقف القاضي عملية التخفيض لمصلحتهم بعد قبوله للمعارضة، فيأمر القاضي لمصلحتهم بدفع الديون فيسقط حينها أجل الديون وتسدد فورا للدائنين، أو يأمر بتقديم ضمانات كافية تكفل تسديد الديون حيث يوقف القاضي عملية تخفيض رأس المال لغاية توفير تلك الضمانات.

بعد إلزام المشرع الشركة بتقديم تلك الضمانات فإنه لا يكون لعملية تخفيض رأس المال أي أثر قانوني إلا بعد كفالة الدائنين أو تسديد ديونهم، ويمكن أن يقوم البنك المتعامل مع الشركة بتقديم ذلك الضمان عن طريق كفالة الديون[2].

كما يمكن للقاضي أن يرفض المعارضة فتقوم الشركة بتخفيض رأس المال مباشرة بعد توقيف العملية أثناء أجل المعارضة، لأن المشرع قد منع التخفيض أثناء مهلة المعارضة، حيث تبدئ الشركة

[1] Renaurd. Mortier, Opérations sur capital social, Lexis Nexis, France, 2010, p 248-249 .
[2] Dominique. Legeais, Suretés et garanties du crédit, 2éme éd, L.G.D.J, France 1999, p 101.

بتخفيض رأس المال بعد انقضاء أجل المعارضة والمتمثل في 30 يوما، كما توقف كل إجراءات التخفيض لغاية صدور الحكم بعد قبول القاضي للمعارضة، وهذا ما جاء في المادتين 713و575 من القانون التجاري[1].

في حالة عدم القيام بالمعارضة في المهلة المحددة أو فشل الدائن في توقيف عملية تخفيض رأس المال بإمكانه رفع دعوى تعويض حسب القواعد العامة جراء الضرر الذي أصابه بعد المساس بضمانه العام[2].

الفرع الثاني: حظر اقتطاع الأرباح من رأس مال الشركة.

للشركة التجارية ذمة مالية تشمل جميع الأموال التي تملكها والمعبر عنها بموجودات الشركة، والتي يمكن أن تزيد قيمتها إذا حققت الشركة أرباح فتكون مال احتياطي وتستعمل هذه الأرباح في تطوير أعمالها، كما تقل عند وقوع الشركة في خسارة أو اذا قلت قيمة الحصص العينية المكونة لرأس المال بعد انخفاض سعرها ، فتنفق الشركة من الموجودات الإجمالية أو من رأس المال على أن يستكمل راس المال بعد الانتقاص منه فيما بعد من الأرباح المحققة، لان رأس المال قيمة ثابتة، حيث تتوقف بذلك الشركة عن توزيع كل ربح إلى أن يعود رأس المال إلى أصله، فلا يحق للشركاء أن يوزعوا رأس المال فيما بينهم إضرارا بحقوق الدائنين، كما لا يمكنهم إنقاص قيمة موجودات الشركة عن قيمة رأسمالها عند توزيع الأرباح، و هذا ما يعرف بمبدأ ثبات رأس المال[3].

فلا يجوز أن يقوم الشركاء بتوزيع الأرباح إلا باحترام شروط التوزيع ولابد ألا يمس هذا التوزيع برأس مال الشركة حماية لحقوق الغير، فالأرباح التي تحققها الشركة من نشاطاتها وأعمالها توزع على

[1] تنص المادة 225-205 من القانون التجاري الفرنسي على نفس إجراءات معارضة الدائنين لعملية خفض رأس مال الشركة لكن بمهلة أقل والمتمثلة في 20 يوم من إيداع محضر الجمعية العامة.

[2] تترتب المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة فيقوم الدائن برفع دعوى للحصول على التعويض طبقا للمادة 119 من ق.م.

[3] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 130.

الشركاء ما لم يقرروا إضافتها لرأس المال، فتأخذ حينها الأرباح طبيعة رأس المال الذي لا يجوز المساس به قبل تصفية الشركة.

توزع الأرباح الصافية على الشركاء وتصبح حقا مكتسبا لهم لا يسترد للشركة إن وقعت خسائر بعد ذلك، لكن لا توزع أية أرباح على الشركاء إذا وقعت خسائر وتم الانتقاص من رأس المال لغاية تعويض القدر الذي يرجع رأس المال إلى قيمته الأصلية، وإذا وزعت أرباح في هذه الحالة اعتبر توزيع غير قانوني، كما يعتبر حالة من حالات التوزيع الصوري للأرباح، فيمكن حينها أن تطلب الشركة استردادها من الشركاء ولو كانوا حسني النية، ويحق للدائنين مطالبة الشركاء بردها ليعود رأس المال لمبلغه المحدد تطبيقا لقاعدة ثبات رأس المال[1].

عبر عن ذلك الفقيه "Thaller" بأن: "رأس المال هو ذلك الخط المحدد للقيم الحقيقية التي تشكل دائرة تتكون داخليا من الحصص الأولية التي يمنع على الشركة المساس بها، أما ما يخرج عن تلك الدائرة يمكن للشركاء اقتسامه بصفة قانونية[2]".

تمثل الأرباح ذلك الفائض الناتج عن طرح خصوم الشركة من أصولها ، ولا يمكن توزيعها كلها إلا بعد خصم مبالغ معينة لسلامة المركز المالي للشركة ، وتنص المادة 720 من القانون التجاري " تشكل الأرباح الصافية من الناتج الصافي من السنة المالية بعد طرح المصاريف العامة وتكاليف الشركة الأخرى بإدراج جميع الاستهلاكات و المؤونات "، تمثل الاستهلاكات قيمة الاستهلاك الصناعي ، فيخصص جزء من الأرباح للآلات والأدوات والوسائل اللازمة للإنتاج وتطويره ، أما المؤونات فهي التكاليف كأجور العمال، مواد أولية ثمن استهلاك الكهرباء والغاز الى غير ذلك من التكاليف[3].

أما الاحتياطي القانوني فيتم اقتطاعه تحت طائلة البطلان في شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة فيقتطع من الأرباح سندات نصف العشر على الأقل وتطرح منها عند الاقتضاء الخسائر السابقة، هذا ما جاء في المادة 721 من القانون التجاري، وتكون الأرباح القابلة للتوزيع من الربح

[1] صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 51.

[2] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 130.

[3] تونسي حسين، تطور رأسمال الشركة ومفهوم الربح في الشركات التجارية، ط 1، دار الخلود للنشر، الجزائر، 2008، ص 144

الصافي للسنة المالية، وبزيادة الأرباح المنقولة بعد خصم التكاليف المنصوص عليها في المادة 721 من القانون التجاري.

تعتبر الأرباح في الشركة التجارية حق للشريك لكنه لا يكتسب هذا الحق إلا إذا كان التوزيع للأرباح بصفة قانونية، خاصة عدم المساس بالاحتياطي القانوني الذي تم تقريره للحفاظ على الاستقرار المالي للشركة وتقوية للضمان المخول للغير.

يمثل الاحتياطي القانوني ذلك الفائض من أموال الشركة الذي يوضع إلزاميا تحت تصرفها بهدف حمايتها وتطويرها اقتصاديا، وهو بمثابة ضمان إضافي لدائني الشركة يأخذ حكم رأس المال، لأنه مخصص لتكملته إذا أصيب بنقص بسبب الخسارة، فلا يجوز توزيعه على المساهمين، وإلى جانب الاحتياطي القانوني هناك الاحتياطي الاختياري[1] الذي تقرره الجمعية العامة.

إن مبدأ ثبات رأس المال هو الذي يمنح للغير حقوق في رأس مال الشركة حيث يمنع المشرع الانتقاص منه بتوزيعه على المساهمين في شكل أرباح اعتبرها المشرع في هذه الحالة أرباح صورية[2].

أما الأرباح الصورية هي المبالغ التي تدعي الشركة بأنها أرباحا الا انها مبالغ وهمية مخالفة للحقيقة وماهي إلا اقتطاع من رأس المال ، لذلك يلزم الشركاء برد ما قبضوه من أرباح سواء بحسن نية أو سوء نية، وفي حالة عدم ردها فمن حق دائني الشركة المطالبة قضائيا بردها لكونها جزء من ضمانهم العام ، ولتجنب مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء في حالة إفلاس الشركة واضطرارهم الرجوع على الشركاء المتضامنين لاستيفاء ديونهم ،إضافة لكون الأرباح الصورية في هذه الحالة خطأ في الميزانية فإنها تقتطع من رأس مال الشركة وتؤدي لتخفيضه والمساس به[3].

كما تعد أرباحا صورية تلك الأموال المقتطعة من الاحتياطي القانوني، من هنا فإن لاعتبار الأموال التي توزعها الشركة على الشركاء أرباحا فيجب توفر شروط معينة:

[1] تنص المادة 722 من ق.ت " يجوز للجمعية العامة أن تقرر توزيع المبالغ المقتطعة من الاحتياطي الموضوع تحت تصرفها وفي هذه الحالة يبين في القرار صراحة عنوان الاحتياطي الذي وقع الاقتطاع فيه ".
[2] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، المرجع السابق، ص 518.
[3] تونسي حسين، المرجع السابق، ص 149.

أن تكون الأرباح حقيقية ناتجة عن مباشرة الشركة لأعمالها، أو عن بيع أصل من أصولها، وأن يكون هناك ربح محقق وليس احتمالي، وألا يترتب على توزيع الأرباح مساس برأس مال الشركة باعتباره الحد الأدنى من الضمان العام للدائنين، كما يتم التوصل للأرباح بعد إعداد الوثائق المالية اللازمة كحساب الأرباح والخسائر والميزانية والتقرير السنوي بعد طرح الخصوم، وألا يؤدي التوزيع لإعسار الشركة أو لمنعها من الوفاء بالتزاماتها .

كما يمنع المشرع اشتراط فائدة ثابتة للشركاء بهدف حصول أحدهم على نسبة ربح محدد حتى في حالة عدم تحقيق الشركة لأرباح، فيشكل هذا الاتفاق خطر على الشركة وعلى الغير لأن تخصيص فائدة في غياب الأرباح هو انتقاص من رأس المال ما يؤدي للمساس بمبدأ ثبات رأس المال، لذلك فيحظر وجود مثل هذه الاتفاقيات في القانون الأساسي سواء كانت هذه الفوائد مقدمة بصفة ثابتة أو بصفة دورية[1] .

هذا ما يفهم من المادة 725 فقرة أولى التي تنص على:" يحظر اشتراط فائدة ثابتة أو إضافية لصالح الشركاء ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن"، إن هذا الحظر يخص كل الشركات التجارية باعتبار ورود هذه المادة في الفصل المتعلق بأحكام مشتركة خاصة بالشركات التجارية ذات الشخصية المعنوية، فإن منع هذه الفائدة الثابتة لا يقتصر على شركة المساهمة ورتب المشرع البطلان لكل اتفاق يخالف ذلك حتى ولو لم يكن من شأن هذه الفائدة الثابتة المساس برأس مال الشركة، كما أبطل المشرع هذه الفوائد الثابتة دون أن يبين أطراف الاتفاق أو مضمونه .

نشير هنا لإمكانية وجود اتفاق بين المسيرين والمساهمين المالكين لأغلبية الأسهم أثناء مرور شركة المساهمة بأزمة مالية، مضمون هذا الاتفاق هو مضاعفة نسبة الربح لهؤلاء المساهمين دون رفع نسبة الخسارة، مما يشكل الخطر الكبير على الشركة والغير، ممكن ان توجد هذه الاتفاقيات خاصة في شركة المساهمة لذلك قامت بعض التشريعات بتحميل كل من المسيرين والمساهمين المسؤولية بتسديد ما تم خصمه من رأس مال الشركة، وتحميلهم المسؤولية الشخصية عن إفلاس

[1] Michel Juglart, Traité de droit commercial, vol2 ,3 éme éd , Montchrestien , France , 1981, p 381.

الشركة، نظرا لاعتبار تلك التصرفات سبب في خسارة الشركة وإفلاسها وهذا ما قرره كل من المشرع الأمريكي والإنجليزي[1].

أما بالنسبة لآثار توزيع أرباح صورية مقتطعة من رأس المال فقد ألزم المشرع على الشركاء بردها إضافة للمسؤولية المدنية المترتبة تجاه الغير، وهذا بالإضافة لتقرير المسؤولية الجزائية للمسيرين في حالة التوزيع للأرباح الصورية بشكل عام.

أ- التزام الشركاء والمساهمين برد الأرباح المقتطعة بطريقة غير قانونية.

عندما يحصل الشريك على الأرباح الموزعة طبقا للقانون، فإنها تخرج من ذمة الشركة وتدخل نهائيا في ذمة الشريك وتكون حقا مباشرا، وشخصيا له لا يجوز المساس به ولا طلب رده إلى الشركة،[2] حتى ولو تم إبطال عقد الشركة، في حالة اعتبارها شركة فعلية فلا يسري البطلان على توزيع الأرباح الذي حصل بين الشركاء، إلا في حالة البطلان المطلق وهنا تسترد كل الأرباح المقدمة للشركاء، وليس من أحدهم دون الآخر لأنه من غير الجائز أن يثرى أحدهم على حساب الآخر[3].

لكن في حالة توزيع غير قانوني للأرباح فإنه يجوز استرداد ما دفع للشريك من أرباح دون وجه حق، تنص المادة 588 من القانون التجاري:" إن رد الأرباح الموزعة وغير المطابقة للأرباح المحصل عليها حقيقة يمكن أن يطلب من الشركاء الذين قبضوها، وتتقادم دعوى رد الدفوع بدون حق في أجل ثلاث سنوات اعتبارا من يوم الشروع في توزيع حصص الأرباح".

لم يضع المشرع عندما قرر رد تلك الأرباح الموزعة بشكل غير قانوني أي حكم يتعلق بشروط حصول الشريك عليها، أو ما إذا كان قد حصل عليها بحسن نية أو سوء نية، فالالتزام بالرد يتعلق بصورية الارباح، وهو التزام يتعلق بمصلحة الدائنين باعتبارها جزء من رأس المال الذي يمثل الضمان بالنسبة لهم، لذلك قرر لهم المشرع حق حماية ذلك الضمان برفع دعوى في مهلة قانونية متمثلة في 03 سنوات من يوم البدئ في التوزيع غير القانوني للأرباح، هذا بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة.

[1] Paul Didier,op.cit., p 181.

[2] تونسي حسين، المرجع السابق، ص 148

[3] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 137.

أما شركة المساهمة فأكد المشرع في المادة 726 من القانون التجاري على عدم جواز طلب استرداد أي ربح من المساهمين إلا إذا تعلق الأمر بمخالفة التوزيع للأرباح الأحكام القانونية للمادتين 724 والتي تقضي بكيفية المصادقة على دفع الأرباح وأجل دفعها، والمادة 725 الخاصة بحظر اشتراط فائدة ثابتة للشركاء[1].

الملاحظ هنا أنه خلافا للالتزام بالرد الذي نص عليه المشرع في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والذي ورد عاما ليشمل الحالات المخالفة لإجراءات التوزيع القانوني الصحيح للأرباح، فإن الالتزام برد الأرباح في شركة المساهمة لا يشمل إلا التوزيع المخالف للحالتين المذكورتين في المادة 724 و725 من القانون التجاري.

ب- المسؤولية المدنية عند مخالفة احكام توزيع الأرباح.

يجوز لدائني الشركة التجارية أن يرفعوا دعوى على مسيري الشركات الذين قاموا بتوزيع أرباح صورية ،باعتبارهم قد خالفوا القواعد القانونية المقررة لتوزيع الأرباح وحتى كل شريك وافق على ذلك التوزيع، نظرا لأنه يمس بالضمان العام الذي قرره المشرع لمصلحة الغير، فحق الغير في الحصول على التعويض هو نتيجة للضرر الذي يلحق الغير بسبب الانتقاص من رأس المال نتيجة التوزيع الصوري للأرباح سواء كان ذلك الاقتطاع من رأس المال أو من الاحتياطي القانوني، فيكفي هنا إثبات الخطأ المتمثل في التخفيض غير القانوني لرأس المال، ويمكن مطالبة الشركة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ومطالبة المسيرين شخصيا بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، والتي تكون تضامنية في حالة الخطأ المشترك بحسب احكام القواعد العامة[2].

ونشير هنا أنه لا وجود في القانون التجاري الجزائري نص يقضي بتضامن المسؤولون عن التوزيع غير القانوني للأرباح الصورية على عكس الكثير من التشريعات العربية مثل التشريع الأردني في المادة

[1] تنص المادة 726 من ق.ت:" لا يجوز طلب استرداد أي ربح من المساهمين أو حاملي الأسهم ماعدا حالة التوزيع التجاري خلافا لأحكام المادتين 724و725.

[2] تنص المادة 126 من ق.م " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر"

157 من قانون الشركات الأردني[1] التي تبين أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة تكون تضامنية في هذه الحالة، والمادة 207 من قانون الشركات التونسي[2] التي قضت بتضامن أعضاء مجلس الإدارة تطبيقا للقواعد العامة تجاه الشركة، وتجاه الغير عن كل ما تم ارتكابه من أخطاء ومخالفات للأحكام القانونية، خاصة منها المتعلقة بتوزيع أرباح صورية[3].

رغم عدم إشارة المشرع لتلك المسؤولية التضامنية للمسؤولين عن التوزيع الصوري للأرباح، إلا أنه يمكن ان تتضمنها أحكام المسؤولية المدنية للمسيرين في حالة المخالفة العامة للقانون المنظم للشركة التجارية [4]،فنصت المادة 578 من القانون التجاري في فقرتها الاولى بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة:" يكون المديرون مسؤولون بمقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير سواء عن مخالفات أحكام هذا القانون أو عن مخالفة القانون الأساسي او الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال ادارتهم" .

كما تنص المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري على نفس المسؤولية التضامنية بالنسبة للقائمين بإدارة شركة المساهمة، وتتقادم هذه الدعوى بعد مرور 03 سنوات من يوم ارتكاب العمل الضار حسب ما جاء في المادة 715 مكرر26 من القانون التجاري.

ج- المسؤولية الجزائية عند مخالفة احكام توزيع الأرباح.

لضمان احترام مبدأ ثبات رأس مال الشركة قرر المشرع المسؤولية الجنائية للمسيرين في حالة المساس به عن طريق توزيع أرباح خيالية مما يضر بمصلحة الغير ويوهمه بأن الشركة قد حققت أرباح، والتي تم اقتطاعها من رأس المال أو احتياطي الشركة لإخفاء عجز الشركة ، ولقيام هذه الجريمة فإنه

[1] قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 ج.ر صادرة بتاريخ 1-11 2006.

[2] قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 03 نوفمبر 2000يتعلق بإصدار مجلة الشركات ا، الرائد الرسمي التونسي، عدد 89 المؤرخ في 03 نوفمبر 2000، المعدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

[3] معين عبد الرحيم عبد العزيز، النظام القانوني لتخفيض رأس مال شركات الأموال الخاصة، المرجع السابق، ص 125.

[4] يختلف التضامن في القانون المدني عن التضامن في القانون التجاري الذي يفترض بحسب قاعدة عرفية، وهو لا يحتاج لوجود نص لقيامه وتطبيقه بين المدنيين، وبما أن استبعاده أمر ممكن الاتفاق عليه، نجد المشرع التجاري يقرره في بعض الحالات لمنع الأطراف من استبعاده وذلك حماية للغير.

لابد من أن يقع توزيع الأرباح فعلا، كما يجب أن يصدر قرار التوزيع من الجمعية العامة بمشاركة أو بناء على اقتراح من المسيرين، ولتحقق الركن المادي للجريمة يجب أن تتحقق واقعة الغش التي نص عليها المشرع في المادتين 800 فقرة 02 و 811 فقرة1 والتي تتخذ صورتين ، عدم وجود الجرد او صورة وجود جرد غير صحيح[1].

تعتبر الصورة الأولى نادرة الوقوع عمليا في الوقت الحالي ذلك أن مهما بلغ إهمال المسيرين والمحاسبين فإنه لا بد من وجود وثائق كتابية تمكنهم من محاسبة الشركاء ومعرفة الوضع المالي للشركة، إلا أن ذلك الوضع المالي قد يتعمد المسيرين إخفاؤه ليس بإعداد موازنة ظاهرها صحيح إلا أن محتواها لا يعكس الحقيقة ، فقد يتعمد المسيرين تضخيم قيمة الأصول أو التنقيص من قيمة الديون، خاصة أن الربح هو المبلغ المتبقي بعد سداد الديون، في الوقت الذي تكون الشركة عاجزة ماليا فلا يكون لها إلا رأس المال والاحتياطي القانوني الذي توزع منه الأرباح.

يجب أن يتوفر القصد الجنائي ووجود الخطأ العمدي الذي يهدف من ورائه مرتكبه إيقاع المعنيين بالحماية عن طريق تلك الوثائق وإعطائهم فكرة غير صحيحة عن الوضع المالي للشركة[2].

قد عاقب المشرع على هذه الجريمة بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين حسب المادتين 800 و811 من القانون التجاري.

يعتبر رأس مال الشركة المؤشر الرئيسي لملائتها لذلك حماه المشرع من كل ما يؤثر على وجوده منذ تكوينه وتقويته عن طريق فرض الاحتياطي القانوني، وتحديد حد لا يمكن لرأس المال النزول عنه للحفاظ على قيمته، وفي حالة عدم المحافظة على هذه القيمة تحل الشركة فتصفية الشركة بجد

[1] تنص المادة 800 من ق.ت " المسيرون الذين تعمدوا توزيع أرباح صورية بين الشركاء بدون جرد أو بواسطة جرد مغشوش".
وتضيف المادة 811 بعض صور جرائم مسيري شركة المساهمة من بينها التوزيع العمدي لأرباح صورية على المساهمين دون تقديم قائمة للجرد أو بتقديم قوائم جرد مغشوشة.
[2] أحمد الورفلي، توزيع أرباح الشركة التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006، ص 380.

ذاتها تعتبر حماية للغير، حيث يتم تسديد الديون ثم تقسيم باقي الأموال على الشركاء الذين يمنع عليهم استرداد حصصهم إلا بعد التصفية[1].

المطلب الثالث: حماية الغير أثناء اندماج وانفصال الشركة التجارية.

تقوم الشركة التجارية ببعض العمليات من أجل إعادة هيكلتها، وذلك عن طريق الاندماج أو الانفصال في محاولة لإعادة تنظيم الشركة والبحث عن كفاءات جديدة، والحصول على حصص ومساهمات إضافية لضمان صلابة رأس المال، كما قد تقوم الشركة بالاندماج أو بالانفصال أحيانا من أجل البحث عن آليات حديثة لتبسيط عملية الإنتاج التي يصعب على الشركة القيام بها، أو لتحسين القدرة التنافسية للشركة، فالأسباب كثيرة ومتعددة لتبرير عمليتي الاندماج والانفصال خاصة بعد أن أصبح الاندماج بالخصوص يؤدي لتجميع الأموال وتوسيع نشاط الشركة ، برفع نسبة الإنتاج وتخفيض تكلفته، فتحقق الشركة التطور المالي والاقتصادي.

قد يبدو أن هاتين العمليتين ملائمتين جدا لمصالح الغير لما قد تنتجه من زيادة في رأس المال، الا انه قد يحدث العكس فيكون أثرهما الإنقاص من الضمان سواء بالنسبة لدائني ومديني الشركة الدامجة والمندمجة، ونفس الشيء بالنسبة لدائني الشركة المفصلة التي يقسم رأسمالها لإنشاء شركات أخرى جديدة[2].

كما يتأثر بهاتين العمليتين العديد من أصحاب العقود المبرمة مع الشركات التجارية وحملة السندات، وكل أصحاب الديون، من أجل ذلك قد سمح المشرع بأن تجري عملية الاندماج أو الانفصال لكنه أحاطهما بإجراءات وضمانات بهدف المحافظة على حقوق الغير لما قد يطرأ على مراكزهم القانونية من تغيير في الالتزامات وخاصة بالنسبة للحقوق.

[1] Paul le Cannu, Les rides du capital social, quel avenir pour le capital social , thèmes et commentaires , Dalloz , France, 2004, p 06.
[2] M. Cozian, et vivandier ,op.cit. , p 549.

رغم أن الاندماج يعتبر عقدا بين الشركات في حين أن الانفصال تقرره الشركة بمفردها فإن التشابه موجود بين العمليتين، هذا ما جعل المشرع يجمع بين الاندماج والانفصال بأحكام مشتركة، خاصة من الناحية الإجرائية والتي سوف ننطرق من خلالها لحماية الغير الذي يتأثر ضمانه العام بهاتين العمليتين لما لهما من تأثير على رأس مال الشركة.

وعليه كان من المهم الوقوف على مدى تأثير عمليتي اندماج وانفصال الشركة التجارية على حقوق الغير (فرع أول)، ثم تحديد الدائنين المعنيين بالحماية القانونية أثناء الاندماج والانفصال (فرع ثاني)، ثم الوقوف على الحماية الإجرائية للغير عند اندماج وانفصال الشركات التجارية (فرع ثالث) .

الفرع الأول: تأثير عملتي اندماج وانفصال الشركة التجارية على حقوق الغير.

لم يعرف المشرع اندماج الشركات التجارية ومع ذلك يظهر من خلال النصوص انه عبارة عن عملية ضم لشركتين أو أكثر في شركة أخرى من ذات شكلها القانوني أو شكل آخر، ويفترض الاندماج وجود شركتين قائمتين ذات غرض أو أغراض متشابهة أو متكاملة حتى تتحقق الحكمة من الاندماج[1]، وهنا تنقضي الشركة المضمومة وتنتقل جميع التزاماتها للشركة الدامجة.

أما الانفصال فيحدث عندما تنتهي شركة لينتج عنها شركات جديدة بعد تقسيم رأسمالها فتظهر شركة جديدة أو يظهر تجميع شركات قائمة[2]، فيحدث الانفصال عادة عندما تقوم شركة على وشك الزوال بتقسيم أموالها وتقديمها لشركة واحدة أو عدة شركات موجودة أو حديثة التأسيس، فيتم تجميع الشركات[3].

لكل من الاندماج والانفصال مجاله وأسبابه لكنهما يقتربان من حيث القواعد والإجراءات، فكلاهما يهدف لإعادة تقسيم وتوزيع وسائل الإنتاج وتداولها، فيكون نتيجة حدوث الانفصال ظهور شركات جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، كما قد تحدث حالة انفصال يصاحبها اندماج عندما

[1] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 525.
[2] M ,Cozian et vriandier , op.cit., p 549.
[3] الطيب بلولة، قانون الشركات، المرجع السابق، ص 130.

تقدم شركة ما ذمتها المالية لعدة شركات قائمة بالتساوي أو بنسب يحددها الاتفاق، أو تشارك معها في تكوين شركات جديدة، فيجتمع في هذه العملية الصفتين الانفصالية بتجزئة إحدى الشركات وصفة الاندماج بعد اندماجها في شركة أو عدة شركات قائمة.

يظهر الفرق بين الاندماج والانفصال في أنه يكفي في الانفصال وجود شركة قائمة واحدة فتنقسم لشركتين أو أكثر، بينما في الاندماج فيجب وجود شركتين على الأقل، أما في العملية المركبة اندماج – انفصال فيجب وجود ثلاث شركات[1].

تقوم الشركة التجارية عن طريق عملية الانفصال بنقل أموالها لشركات جديدة أو شركات قائمة، حيث تمس العملية رأس المال بالدرجة الأولى كما، ينتج عن العمليتين انحلال الشركة قبل نشوء الشركة الجديدة، ولكن دون دخول الشركة في التصفية، وحماية الغير فلا يكون هناك أثر للعمليتين إلا من يوم تسجيل الشركة الجديدة في السجل التجاري[2].

كما سمح المشرع للشركة في حالة تصفيتها أن تقوم بالاندماج أو الانفصال[3]، وذلك عن طريق تقديم أموالها لشركات جديدة بعد الانفصال، لكن على أن لا يكون تقسيم موجودات الشركة على الشركاء قد بدأ وتم البدئ في تنفيذ التصفية ،كي لا يتم الخلط بين التصفية وانقسام رأس المال من أجل القيام بالانفصال، حيث نص المشرع على الاندماج والانفصال وإمكانية القيام بهما في هذه الفترة باعتباره يحل محل تصفية الشركة، لكن قبل البدئ في قسمة الأموال على الشركاء، وأن عمليتي الانفصال والاندماج تستلزم نقل الذمة المالية للشركة المنحلة بجانبها الإيجابي والسلبي والتي تكون دون شك شركة مندمجة[4].

[1] أحمد محمد محرز، إندماج الشركات من الوجهة القانونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 11.

[2] Dominique Vidal, Droit des sociétés , 4éme éd, L .G. D .J, France,2003, p 180.

[3] تنص المادة 744 من ق.ت:" للشركة ولو في حالة تصفيتها أن تدمج في شركة أخرى وأن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج، كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريقة الاندماج والانفصال كما لها أخيرا أن تقدم رأسمالها لشركات جديدة بطريقة الانفصال".

[4] Le Lamy des sociétés commerciales, op. cit, p 817.

نشير هنا أن الاندماج لا يتم فقط بعد حل الشركة دون تصفيتها، بل يتم بطريقة الضم عندما تلتحم شركتين فتزول الشخصية المعنوية للأولى وتنتقل أصولها وخصومها إلى الثانية التي تحتفظ بشخصيتها المعنوية، أو بعد حل الشركة أو أكثر ونقل ذمتها إلى شركة قائمة وهي الشركة الدامجة والتي عادة تكون الأقوى، نصت على هذه الصورة للاندماج المادة 744 من القانون التجاري " للشركة أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج، كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة".

كما قد تقوم الشركات بالدمج عن طريق المزج بامتزاج شركتين أو أكثر مما يؤدي لزوال الشخصية المعنوية لكل منهما وانتقال أصولهما وحقوقهما إلى شركة جديدة، فينتج عن الاندماج ظهور شركة جديدة منشأة على أنقاض الشركات السابقة على عكس الدمج عن طريق الضم الذي لا ينشأ عنه شركة جديدة[1].

نص على هذه الصورة المشرع في المادة 745 من القانون التجاري "إذا كانت العملية تتضمن إحدى شركات جديدة يتعين تأسيس كل واحد منها حسب القواعد الخاصة بكل شركة".

كل هذه الصور الخاصة بالاندماج والانفصال تنطوي على خطورة بالنسبة لحقوق الغير، خاصة أن المشرع لم يحدد شروط خاصة لحماية الغير أثناء قيام الشركة باتخاذ قرار القيام بالعمليتين باستثناء الشرط الشكلي المتعلق بنشر مشروع اتفاق الاندماج في نشرة الإعلانات القانونية، بعد تعديل القانون الأساسي للشركات المعنية[2].

أما الانفصال فيتم بنفس الإجراءات والتي لم تتضمن أحكام خاصة لحماية الغير فلا يوجد إجراء مختلف عن حالة الاندماج إلا من حيث الجهة التي تقرر الانفصال في شركة المساهمة والمتمثلة في الجمعية العامة غير العادية للشركة المنفصلة، أما في الشركات الأخرى يحدده الشركاء بالشروط المطلوبة في تعديل القانون الأساسي.

[1] أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 452.
[2] تنص المادة 748 من ق.ت " يوضع مشروع العقد بأحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقر الشركات المدمجة والمستوعبة، ويكون محل نشر في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية".

سمح المشرع الجزائري بإجراء الاندماج والانفصال بين مختلف أشكال الشركات التجارية وفي حالة تغير شكل الشركة فإن أثره يمتد للشريك الذي يتغير مركزه القانوني تجاه الغير، فإذا تم اندماج شركة مساهمة في شركة تضامن تتحول مسؤوليته من مسؤولية محدودة إلى مسؤولية شخصية وتضامنية، ويؤدي اندماج شركة أشخاص في شركة ذات مسؤولية محدودة لتغير التزامات الشريك تجاه الغير وذلك بعد تغير شكل الشركة التجارية[1]، ونفس الشيء بالنسبة للانفصال.

وعليه لم يشترط المشرع شروط موضوعية خاصة حيث سمح به بين مختلف أشكال الشركات التجارية دون تمييز سواء تعلق الأمر بالاندماج أو الانفصال، حيث تنص المادة 745 من القانون التجاري" يسوغ تخفيض العمليات المشار إليها بين شركات ذات شكل مختلف".

ففي الاندماج يجوز ادماج شركات تضامن وتوصية بسيطة وهذا لا يؤثر على شكل الشركات المندمجة، كما انه لا يغير كثيرا من المركز القانوني للشركاء خاصة المتضامنين.

بينما دمج شركة مساهمة مع شركة تضامن أو توصية بسيطة يؤدي لضرر يلحق بالمساهمين والشركاء والغير والسبب يعود لاختلاف المركز القانوني للشركاء في كل من الشركتين، ولاختلاف المسؤولية تجاه الغير فإن إطلاق النص يمكن أن يؤدي لاندماج شركات مختلفة ودون بيان شكل الشركة الناتجة عن ذلك مما يؤدي للإضرار بالمساهمين وبحقوق الغير[2].

كما أن انفصال الشركات التجارية مهما كان شكلها يعرض حقوق الغير للخطر لأنه يؤدي لانقسام رأس المال حتى ولو تم القيام به لإنقاذ شركة على وشك الزوال والانحلال، فانفصال رأس المال لتكوين شركات جديدة أو لنقله لشركات قائمة ممكن أن تكون تعاني من صعوبات مالية يغير المركز القانوني للدائنين.

عند اندماج الشركات التجارية تنتقل عناصر الدمة المالية للشركة الدامجة بجانبها السلبي والإيجابي فمن الناحية المحاسبية يتم نقل كل للشركة وما عليها، ويعدل القانون الأساسي كما يتم

[1] محمود صالح قائد الأرياني، اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر 2013، ص 45.

[2] خليفة سليمان فرج عبد اللهن آثار الاندماج في قانون الشركات التجارية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية، العدد رقم 05 قطر 2002، ص 138.

تعديل مبلغ رأس المال الذي يتم زيادته بعد انتقال أموال الشركة المندمجة لحساب الشركة الدامجة، فيتم ذلك التعديل دون الإشارة للجانب السلبي ولديون الشركة المندمجة تجاه الغير في القانون الأساسي، فيصبح رأس المال المعلن عنه في القانون الأساسي لا يمثل الوضع المالي الحقيقي للشركة الدامجة بعد انصهار الدمة المالية للشركة المندمجة في الشركة الدامجة، وهذا ما يمثل خطورة بالنسبة لحقوق الغير[1].

تنتقل أصول وخصوم الشركة المندمجة للشركة الدامجة انتقالا شاملا حيث لا تخضع للتصفية مباشرة، وتنقضي شخصيتها المعنوية بحصول الاندماج، ولا يتم الاحتجاج على الغير بالاندماج و زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة إلا بعد نشر مشروع الاندماج وإعلام الغير به بالطرق القانونية للإعلام ويمكن الاتفاق في عقد الاندماج على احتفاظ الشركة المندمجة بجانب من أصولها للوفاء ببعض الديون.

تحتفظ الشركة بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم للوفاء بالديون، ويكون ذلك قبل شهر عملية الاندماج، وهذا ما تقتضيه طبيعة الاندماج فقد تستغرق الفترة ما بين الاتفاق على الاندماج وبين شهره وزوال الشخصية القانونية للشركة المندمجة عدة شهور، فيجب القيام بالعديد من الإجراءات اللازمة، فضلا عن إمكانية قيام الشركة المندمجة بالاستمرار في استغلال أموالها والتعامل مع الغير، فتتغير قيمة الأصول التي تنتقل للشركة الدامجة.

هنا تتلقى الشركة الدامجة أصول الشركة المندمجة بقيمتها المتفق عليها يوم المصادقة على مشروع الاندماج ،ولا تتلقاها بحسب قيمتها يوم انتقالها الفعلي، لذلك فلا ينصرف هذا الأثر للغير إلا من تاريخ نشر الاندماج بالنسبة للغير وليس من تاريخ المصادقة عليه الذي يسري بالنسبة لأطراف عقد الاندماج، وبعد زيادة رأس مال الشركة الدامجة يعدل عقدها الأساسي بعد زيادة رأس مالها عن طريق الاندماج ، والذي يجب أن يكون مطابق لحقيقة الذمة المالية التي انتقلت إليها ، والتي

[1] J. Malherb, yves de goth , ph. Lambrcht, Droit des sociétés , précis, 3éme éd, Bruylant, Bruxelles, 2009, p 1010.

تتكون من أصول وخصوم الشركة المندمجة باعتبار رأس مال الشركة الدامجة الضمان العام لدائني الشركات المعينة بالاندماج[1].

لا يسري الاندماج أو الانفصال تجاه الغير إلا بعد تعديل القانون الأساسي أو إبرام العقد التأسيسي بالنسبة للشركات المستفيدة من الانفصال، وبعد نشره وإعلام الغير به، وهنا تثور مسألة المدة الفاصلة بين إتمام الإجراءات والانتهاء منها وكيفية تسوية حقوق الغير في تلك الفترة، التي لم يتطرق لها المشرع، ولم يشر للطرف المسؤول في تلك المرحلة تجاه الغير.

على عكس المشرع التونسي الذي وجد الحل لهذه المسألة بجعله كل الشركات مسؤولة تجاه دائنيها طيلة مدة إجراءات الاندماج والانفصال لغاية الانتهاء منها، حيث يعد ذلك ضمانا لحقوق الغير وحماية المتعاملين مع الشركة طوال المدة التي تفصل بين تكوين الاندماج والانفصال وإتمامه[2].

من أهم آثار الاندماج انتقال لكل الذمة المالية للشركة المندمجة في الشركة الدامجة كنتيجة قانونية لزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة ،والذي يترتب عليه الانتقال الكلي للحقوق والديون، ويحدث ذلك الانتقال دون أي شرط حيث يعتبر التزام قانوني ناتج عن عملية الاندماج، فلم يشترط المشرع لهذا الانتقال أي شرط موضوعي أو حتى إجراء شكلي[3]، الا بيان تاريخ قفل حسابات الشركات المعنية بالاندماج وهذا ما جاء في المادة 747 فقرة 3 " يحدد مشروع الاندماج أو الانفصال . . .تواريخ ضف لحسابات الشركات المعنية المستعملة لتحديد شروط العملية" .

كما ألزم المشرع الشركات المعنية الالتزام بإجراءات معينة لصحة الاندماج، فيجب إعداد مشروع الاندماج والموافقة عليه بالإجماع في كلتا الشركتين وتوضيح أسباب الاندماج وأهدافه ،وتعيين الأموال والديون المقرر نقلها، كما نص المشرع على أحكام خاصة بالنسبة لشركة المساهمة حيث تقرره الجمعية العامة غير العادية للشركتين ،ويقدم مجلس الإدارة مشروع الإدماج لمندوب حسابات الشركتين قبل 45 يوما على الأقل من انعقاد جمعية الشركاء، ويضع مندوبي الحسابات تقرير عن

[1] حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2007، ص 118و197.
[2] قرر المشرع التونسي مسؤولية الشركات التجارية في مرحلة بدئ إجراءات الانفصال والاندماج وذلك في المادة 423 من مجلة الشركات التجارية بالنسبة للاندماج، والمادة 432 في حالة الانفصال.
[3] J Malherbe, Yves de Goth,op.cit., p 1010.

الدمج ويوضع تحت تصرف الشركاء في ظرف 15 يوما السابقة لانعقاد الجمعية[1]، وفي حالة عدم الالتزام بهذه الإجراءات يبطل الاندماج وترجع الشركتين لتستعيد هياكلها الأولية قبل الشروع في الاندماج ، تتوقف هنا عملية الاندماج قبل نشره والإعلان عنه.

لم يتطرق المشرع هنا للمرحلة التي تسبق إجراء شهر الاندماج، فالالتزامات التي تنشأ في فترة إعداد مشروع الاندماج واستكماله ونشره تكون لفائدة الشركة الدامجة، لكن لا تسأل عنها هذه الأخيرة قانونيا إلا بعد الانتهاء من عملية الاندماج وذلك بنشره.

حماية للغير أقرت بعض التشريعات بوجود الشركة المندمجة في تلك الفترة قبل دمجها وزوال شخصيتها المعنوية وألزمتها بتلك الالتزامات الأولية قبل الاندماج النهائي بعد الانتهاء من إجراءات الدمج، حيث جعل المشرع البلجيكي كل من الشركة الدامجة والمندمجة ملتزمتين وبالتضامن بكل الديون الناشئة قبل نشر مشروع الاندماج تجاه الغير وذلك ما قررته المادة 692 من القانون التجاري البلجيكي[2].

كما يؤثر الانفصال على حقوق الدائنين، ويظهر ذلك خاصة في الحالة التي تقوم فيها الشركة بنقل أموالها لشركة أخرى قائمة، فيحدث هنا تغير للمدين وظهور مدين جديد الذي قد تكون قدرته المالية أقل من الشركة المنفصلة سواء في الانفصال الكلي عند نقل كل رأس مال الشركة المنفصلة لشركات أخرى أو في الانفصال الجزئي والذي لا تزول فيه الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة، حيث لا تختفي ولكنها تفقد جزء من ذمتها المالية، وهذا ما نصت عليه المادة 762 من القانون التجاري " يجوز للشركة التي تقدم جزء من مالها لشركة أخرى وكذلك التي تستفيد من هذه الحصة أن تقررا بالاتفاق بإخضاع العملية لأحكام المادتين 758 و 761" .

[1] المواد 749 و750 من القانون التجاري الجزائري: يقدم مجلس الإدارة والقائمون بالإدارة حسب الأحوال مشروع الإدماج أو الانفصال وملحقاته لمندوبي الحسابات إن وجدوا لكل واحد من الشركات المساهمة في العملية قبل خمسة وأربعين يوما على الأقل من انعقاد جمعية الشركاء أو المساهمين المدعوين للنظر في هذا المشروع".

[2] Citè par J. Malherbe, Yves de Goth, op.cit., p 1028.

ينتج عن الانفصال الجزئي تقدمة الشركة المنفصلة لجزء من ذمتها المالية، ولا يؤدي ذلك الانفصال إلى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المفصلة جزئيا، حيث تبقى محتفظة بذمتها المالية المستقلة[1].

لم يوضح المشرع في المادة 762 من القانون التجاري كيفية القيام بهذا الانفصال الجزئي خاصة بالنسبة للذمة المالية للشركة المنفصلة، فإن فرضية تقديم الشركة لجزء من ذمتها المالية يمكن أن يشمل الجزء الإيجابي من موجودات وحقوق، وبالتالي الاحتفاظ بالديون، كما يمكن أن يشمل انتقال الديون فقط والاحتفاظ بالحقوق ، مما يجعل أحكام الانفصال صعبة التطبيق بالنسبة للشركة المنفصلة وذات خطورة كبيرة على حقوق الغير المتعامل معها ، خاصة في حالة تقديم الشركة لديونها دون حقوقها أو في الحالة التي لا يكون فيها للشركة المنفصلة إلا الجانب السلبي من ذمتها المالية أي الديون فقط.

هنا يوجد فرضيتين الأولى أن تكون الشركة تمتلك حقوق وديون ولا تنقل إلا ديونها أما الفرضية الثانية وهي الأخطر فتتمثل في عدم امتلاك الشركة لأصول وحقوق فلا يكون في ذمتها إلا ديون وحقوق للغير [2]، وهذا ما يهدد حقوق الغير خاصة في ظل عدم وجود نص يوضح عملية الانفصال وآثارها على أموال الشركة وذمتها المالية سواء في الانفصال الكلي أو الجزئي.

إن آثار الانفصال الخاصة بالذمة المالية للشركة المنفصلة لا تختلف عن آثار الاندماج فكلاهما ينتج عنه الانتقال الكلي للذمة المالية تلقائيا دون وجود أي قيد أو شرط، بل يعتبر التزام قانوني ينشأ عن عملتي الانفصال والاندماج، وفي حالة انفصال الشركة دون أن يتم تحديد قيمة الأموال المنقسمة في مشروع الانفصال فيتم قسمته بالتساوي بين الشركات المنفصلة بالنسبة للديون والحقوق أي بقسمة الجانب السلبي والإيجابي للذمة المالية على الشركات المعنية بالانفصال.

[1] حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، المرجع السابق، ص 51.
[2] G. Ripert –R. Roblot, Traité de droit commercial,par Michel Germain, tome1.18éme éd, Paris, 2001, p 132.

أما في الانفصال الجزئي فلا يتم نقل كل الذمة المالية وإنما جزء من الشركات المستفيدة من الانفصال، وهنا يمكن اعتبار الشركة في هذه الحالة كأنها قامت بعملية تخفيض لرأس مالها مما يستوجب حماية رأس مال الشركة والمحافظة عليه باعتباره أهم ضمان قرر لمصلحة الغير[1].

إن انتقال موجودات الشركة المندمجة لذمة الشركة الدامجة يفرض انتقال الحصص العينية باعتبارها جزء من أصول الشركة، إذ لا تنتقل فقط المبالغ النقدية، فتقدير أصول الشركة هنا يعتبر إجراء مهم وضروري والذي من المفروض يقوم به مندوب الحصص العينية، الأمر الذي لم ينص عليه المشرع فلم يأت النص على كيفية تقدير أصول الشركات الداخلة في الاندماج ولم تتم الاشارة إلى أي إجراء يخص الحصص العينية.

ألزم المشرع في عملية تقديم الحصص للشركة الدامجة أن يقوم بها مندوب الحسابات المكلف على أن يقوم بالتحقيق لرأس مال الشركة المندمجة والذي يجب أن يكون معادل على الأقل لمبلغ زيادة رأس مال الشركة الدامجة أو مبلغ رأس مال الشركة الجديدة ،[2]هذا بالنسبة للشركة المساهمة التي خصها المشرع بأحكام خاصة في حالة الاندماج و الانفصال، لكنه لم يذكر حالة وجود حصص عينية في عملية الاندماج حتى بالنسبة للتقرير الذي يعده مندوب الحسابات، على عكس ما فعلته الكثير من التشريعات حيث كلف المشرع الفرنسي القاضي بتعيين مندوب الاندماج يتولى مهمة التحقيق لكل الحصص المقدمة للشركة الدامجة، والحصول على كل الوثائق الضرورية للتحقق من كافة الشروط القانونية، وهذا ما جاء في المادة 236-10 من القانون التجاري الفرنسي[3].

[1] J Malherbe, Y, de Goth , Droit des sociétés , op.cit., p 1047 et1059.

[2] تنص المادة 753 من ق.ت:" يحقق المندوبون المكلفون بتقرير الحصص المقدمة ' خصوصا بأن مبلغ رأس المال الصافي الذي قدمته الشركات المدمجة يعادل على الأقل مبلغ زيادة رأس مال الشركة الدامجة أو مبلغ رأس مال الشركة الناتجة عن الإدماج".

[3] Art n 236-10 du c . c . f « Les commissaire a la fusion vérifient que les valeurs relatives attribués aux actions des sociétés participants a l'opération sont pertinente et que le rapport d'échange est équitable il peuvent obtenir a cette fin auprès de chaque société, communication de tous documents utiles et procéder a toute vérification nécessaire » .

كما أضاف المشرع الفرنسي في هذه المادة التزام مندوب الاندماج تحت مسؤوليته بالتقدير الصحيح للحصص العينية والإشارة لأي صعوبات قد يواجهها في التقدير، ثم يودع مشروع الاندماج للتصويت عليه من طرف الجمعية العامة لشركة المساهمة.

بما أن الاندماج يؤدي إلى زيادة رأس مال الشركة الدامجة، كما يؤدي الانفصال لنشوء شركات جديدة، فإنه في حالة وجود زيادة في رأس المال عن طريق حصص عينية أو حالة نشوء شركة جديدة تطبق النصوص الخاصة بزيادة رأس مال الشركة، بالإضافة للأحكام القانونية المتعلقة بتقدير الحصص العينية التي يقوم بها مندوب الحصص عند تأسيس الشركة التجارية ،حيث تطبق النصوص التالية : 568، 574، 688، 707 من القانون التجاري تلقائيا بما أنه لا يوجد أي نص خاص بتقدير الحصص العينية أثناء اندماج او انفصال الشركة التجارية ،حتى بالنسبة لشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي جاء المشرع بأحكام خاصة بها .

كما أن نص المادة 753 الذي كلف فيه مندوب الحسابات بإعداد تقرير الحصص المقدمة، والتي تعادل على الأقل مبلغ رأس مال الشركة المدمجة، كلف مندوب الحسابات بنفس التقرير عن الشركات المستفيدة من الانفصال ودون أن يخضع ذلك لأي إجراء شكلي أو إشارة لمندوب الحصص العينية مثلما فعلت الكثير من التشريعات كالمشرع الفرنسي عن طريق مندوب الاندماج، كذلك المشرع الأردني في المادة من قانون الشركات الأردني 228[1].

أما بالنسبة لانتقال باقي الحصص فحوالة الحق مثلا لا تنتقل الا بعد تبليغ المدين لكي تسري عليه، لكن بالنسبة لإبلاغ مديني الشركات المندمجة أو المنفصلة فلا يوجد أي نص أو اجتهاد، ولا حتى رأي فقهي حول وجوب إبلاغ المدين لكي يسري عليه ما قامت به الشركة فيكفي أن تجري تلك العملية وفقا للأصول القانونية وإبلاغ المدينين بنشر الاندماج أو الانفصال[2].

[1] تنص المادة 228 من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 ج.ر صادرة بتاريخ 1-11 2006:" إذا وافق الوزير على طلب الاندماج يشكل لجنة تقدير يشترك في عضويتها المراقب أو من يمثله ومدققو حسابات الشركات الراغبة بالاندماج، وممثل عن كل شركة وعدد مناسب من الخبراء والمختصين وتتولى اللجنة تقدير موجودات الشركات الراغبة بالاندماج ومتطلباتها".

[2] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج 13 تحويل الشركات وانقضائها واندماجها، ط اولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 261.

هناك بعض العقود والحقوق التي لا تنتقل تلقائيا من ذمة الشركة المندمجة أو المنفصلة إلا بتوافر شروط شكلية معينة، فالعقود المتضمنة لحقوق عقارية ناقلة أو معلنة للحق أو رهون أو امتيازات على عقارات الشركة لا تنتقل إلا بموجب عقود رسمية وبإجراءات الشهر القانوني تحت طائلة البطلان، فلا يحتج على الغير بانتقالها إلا بعد إتباع الطرق القانونية في نقل ملكيتها[1].

كذلك الأمر بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية التي تملكها الشركة فإنها لا تنتقل للشركة الدامجة أو الشركات المستفيدة من الانفصال إلا بتوفر شروط انتقالها، وذلك بتسجيل انتقالها لدى المصلحة المختصة والتي نص عليها المشرع في المادة 02 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات والمتمثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية[2].

أما بالنسبة للعقود السارية المفعول التي أبرمتها الشركة المندمجة أو المنفصلة وحتى التي لم تنفد بعد فإنها تنتقل تلقائيا، لكن في حالة وجود اتفاق بين أطراف العمليتين على الحد من آثار الدمج أو الانفصال، فلا تنتقل في هذه الحالة بعض الأموال والعقود، لكن يجب الإشارة لذلك بصفة واضحة، سواء كان ذلك الاتفاق متعلق بأصول أو خصوم الشركة المندمجة أو المنفصلة.

تدخلت بعض التشريعات في عملية تداول الأسهم في شركة المساهمة، حيث منعت تداوله لا بإيقاف التداول منذ صدور قرار الدمج أو الانفصال على أن يعاد تداول الأسهم الناتجة عن العمليتين بعد انتهاء الإجراءات والنشر وإعلام الغير، هذا ما قرره المشرع الأردني في المادة 226 من قانون الشركات الأردني[3].

[1] تنص المادة 324 مكرر1 من ق.م :" العقود التي يجب إخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكيتها أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... في شكل رسمي".
وتنص المادة 324 مكرر4:" يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعية وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين."

[2] قانون 03-06 المؤرخ ب 19 يوليو يتعلق بالعلامات، ج. ر عدد 44.

[3] تنص المادة 226 من القانون الأردني "على مجلس إدارة كل شركة من الشركات الراغبة في الاندماج تبليغ المراقب والهيئة والسوق والمركز خلال 10ايام أيام من تاريخ اتخاذه قرار الاندماج، ويوقف تداول أسهمها اعتبارا من تاريخ تبليغ ذلك القرار، ويعاد تداول أسهم الشركة الناتجة عن الدمج بعد انتهاء إجراءات الاندماج وتسجيلها".

الفرع الثاني: الدائنون المعنيون بالحماية أثناء انفصال أو اندماج الشركة التجارية.

عندما قرر المشرع حماية الغير عند قيام الشركة التجارية بالانفصال أو الاندماج وضع مجال لتلك الحماية فليس كل دائن للشركة معني بها حيث لا يشمل أثر هاتين العمليتين كل الدائنين، ولا يترتب نفس الأثر على كل من تعامل مع الشركة عند اندماجها او انفصالها، فأشار المشرع لطائفة من للدائنين وبذلك ضيق مفهوم الغير عندما نص على أحكام الانفصال والاندماج ، ولعل أول شرط بالنسبة للدائنين أن تنشأ ديونهم قبل نشر مشروع الانفصال والاندماج ، كما يشمل مفهوم الدائنين في هذه الحالة المتعاقدين مع الشركة والذين خصهم المشرع بالحماية وخاصة بعض المتعاقدين الذين تتأثر مراكزهم القانونية ولم يتطرق المشرع في هذه الحماية لحملة السندات[1].

أ- مدينو ودائنو الشركة في حالة الاندماج أو الانفصال.

حرص المشرع على حماية حقوق الدائنين ولم يرتب على العمليتين تجديد للدين، بعد تغيير المدين بل اعتبرهما انتقال للأصول من الشركة المندمجة للشركة الدامجة و انتقالها من الشركة المنقسمة إلى شركات أخرى، ودون أن يعلق على موافقة الدائنين لأن من شأن ذلك أن يعرقل الاندماج أو الانفصال باعتبارهم رافضين له في الغالب، وهذا ما ينفي عن العمليتين إمكانية اعتبارهما تجديدا للدين ، وإنما هو انتقال للذمة المالية ينتج عن سقوط أجل ديونهم وحقهم في المعارضة ، وطلب التسديد أو توفير الضمانات اللازمة للتسديد ، كما تستبعد فكرة تجديد الدين المتعلقة بتعديل الحق أو ضماناته أو عن طريقة الوفاء به[2].

بالنسبة لدائني الشركة المندمجة ودائني الشركة الدامجة فلا يخضعون لنفس الحماية نظرا لاختلاف مصالحهم فإذا عارض دائنو الشركة المندمجة عملية الاندماج فإن ذلك بهدف حماية الضمان المقرر لهم، أما دائني الشركة الدامجة فيفضلون عدم مزاحمة دائني الشركة المندمجة والذين لم يعترف لهم المشرع بحق المعارضة على عكس الكثير من التشريعات والتي منحتهم نفس حقوق دائني الشركة

[1] يعتبر حامل السند دائنا للشركة، يمثل سنده قرض للشركة يمنحه حق الحصول على فائدة ثابتة، وبهذه الصفة له حق ضمان عام على جميع موجودات الشركة ورغم ذلك فلم تشمله الحماية المقررة للدائنين بعد الاندماج أو الانفصال الذي تقوم به الشركة التجارية.

[2] حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، المرجع السابق، ص 288.

المندمجة وبنفس الإجراءات مثل المشرع الفرنسي في المادة 236-14 قانون تجاري، وإن هذا الاعتراف بحقهم في المعارضة يمكنهم من التنفيذ على أموال الشركة وبدون مزاحمة دائني الشركة المندمجة خاصة عندما تكون ديون الشركة المندمجة أكبر من حقوقها[1].

ان إغفال طائفة دائني الشركة المندمجة لا يجعل المشرع عرضة للانتقاد لأن الدمج لا يؤثر كثيرا على مركزهم القانوني حيث تظل الشركة الدامجة ملتزمة تجاههم بنفس الشروط[2]، ومع ذلك فإن حقوقهم تتأثر لأن موجودات الشركة الدامجة تصبح ضامنة لحقوق دائني الشركة المندمجة خاصة عندما تكون هذه الأخيرة محملة بديون فتلجأ للاندماج هربا من الإفلاس[3].

وعليه فمن الأفضل مساواة المركز القانوني لدائني الشركة الدامجة بمركز دائني الشركة المندمجة مثلما فعل المشرع الفرنسي صراحة وذلك في المادة 236-14 من القانون التجاري[4].

عندما نص المشرع على دائني الشركة في المادة 756 من القانون التجاري، أشار لانتقال الدين للشركة الدامجة فتصبح هي المسؤولة عن وفائه، فتنتقل ديون الشركة المندمجة إلى الشركة الأخرى مع الضمانات التي كانت تكفل الوفاء بها، من أجل ذلك لم يأخذ المشرع بفكرة تجديد الالتزام لأن هذا التجديد يؤدي لزوال الضمانات التي كانت تشمل الالتزام القديم، ويسري هذا الحكم على جميع دائني الشركة المندمجة سواء كان دائن عادي أو ممتاز.

كما تراعي جميع الاتفاقيات المبرمة بين الشركة و دائنيها مثل اتفاق التسديد الفوري للديون وقد يتضمن الاتفاق احتفاظ الشركة المندمجة ببعض أصولها للوفاء بهذه الحقوق، غير أن هذا لا يعتبر إعفاء الشركة الدامجة من التسديد مادامت لم توف الشركة المندمجة تلك الديون فتكون الشركة

[1] فائز إسماعيل بصبوص، اندماج الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط أولى، الأردن 2010، ص 139.

[2] لينا يعقوب الفيومي، المرجع السابق، ص 127.

[3] خليفة سليمان فرج عبد الله، آثار الاندماج في قانون الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 156.

[4] Art n 236-14 du c . c. f « Les créanciers non obligataires des sociétés participants à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure a la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui- ci dans le délai fixé par décret en conseil d'état. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances soit la constitution de garanties si la sociétés absorbante rn offre et si elles sont jugées suffisantes ».

الدائنة هي المسؤولة، أما إذا كانت معسرة فإن الدمج يضعف الضمان ويسقط أجل الديون ويجوز طلب الوفاء الفوري والتنفيذ على أموال الشركة المندمجة[1].

في حالة عدم الوفاء الفوري أو عدم تقديم الضمانات التي تأمر بها المحكمة جاز للدائنين التنفيذ على الشركة الدائنة دون مزاحمة دائنيها باعتبارها خلفا للشركة المندمجة بعد حلولها محلها قانونيا، أما الديون التي تنشأ في الفترة الانتقالية بين الاتفاق على الدمج ونشره وبين نشر الدمج وتنفيذه، ففي الحالة الأولى لا يسري الدمج بالنسبة للغير إلا من يوم نشره والعلم به أما الحالة الثانية وباعتبار أن تلك الحقوق نشأت بعد شهر الاندماج فإنها تنتقل للشركة الدائنة لأن أصحاب الحقوق عالمين به فيحتج به عليهم[2].

أما حالة انفصال الشركة وفي فترة ما بين اتخاذ قرار الانفصال ونشره، لا يرتب ذلك القرار أي أثر بالنسبة للغير، لكن بعد نشره وعلم الغير به يمكن لدائني الشركة المنفصلة مطالبة الشركات الجديدة بالتسديد فتنتقل المطالبة من الشركة المنفصلة إلى هذه الشركات نظرا لحلولها محل الشركة المنفصلة[3]، ودون أن يترتب على ذلك تجديد للدين، كما شدد المشرع حماية الدائنين في الانفصال بتقريره مسؤولية الشركات المستفيدة من الانفصال تضامنيا[4].

كما يصبح مدينوا الشركة المنفصلة مدينين للشركة أو الشركات المستفيدة من الانفصال، كما يصبح مدينو الشركة المندمجة مدينين للشركة الدائنة والتي تطالبهم بالوفاء استنادا لانتقال الذمة المالية للشركة الدائنة والشركات المستفيدة من الانفصال.

أما مدينو الشركات المنفصلة والشركات الدائنة فإذا كانت شركات قائمة فلا تثور بشأنهم إشكالية قانونية لأنهم يقومون بالوفاء بالديون بحسب ما تم الاتفاق عليه، ولا تشترط موافقتهم على

[1] محمود صالح قائد الأرياني، اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة، المرجع السابق، ص 191.
[2] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 264.
[3] محمود صالح قائد، المرجع السابق، ص 161.
[4] تنص المادة 760 من ق.ت " تكون الشركات المستفيدة من الحصص الناتجة عن الانفصال مدينه بالتضامن تجاه دائني الشركة المنفصلة في المحل والمكان دون أن يترتب عن هذه الحلول تجديد بالنسبة له."

الاندماج أو الانفصال حتى يحتج به عليهم باعتبار ذلك مختلف عن حوالة الحق، كما لم يعتبره المشرع تجديد للدين[1].

لم يقم المشرع بالإشارة لهؤلاء المدينين نظرا لقيامهم بالوفاء مهما كان وضع الشركة سواء كانت دامجة أو مندمجة أو شركات استفادت من الانقسام، حيث لا يهم المدينون ما إذا كانت هذه الشركات موسرة أو معسرة فهم مطالبون بالوفاء ويصبح لهذه الشركات الحق في رفع دعوى عليهم وإعذارهم بالوفاء باعتبار كل من الشركة المنفصلة والمندمجة منتهيتان وفاقدتان للشخصية المعنوية[2].

ب- حملة السندات.

يعتبر حامل السند دائن للشركة يمثل سنده قرض طويل الأجل يمنحه حق الحصول على فائدة معينة، وهو بهذا الشكل يتمتع مثل باقي الدائنين بحقه في الضمان العام على كل أصول الشركة ورأس مالها، كما يتأثر مركزه القانوني بكل تصرف من شأنه الإنقاص من هذا الضمان مثله مثل باقي الدائنين لكن لم يأت المشرع على ذكر هذه الطائفة من الدائنين ولم يتفطن لمنحهم حق معارضة الانفصال أو الاندماج رغم اعتراف المشرع لهم بصفة المجموعة التي تكتسب شخصية معنوية وتحمي حقوقها عن طريق ممثلها القانوني[3].

على عكس المشرع الفرنسي حيث منح حملة السندات حق إبداء موقفهم من الاندماج بعد انعقاد جمعية حملة السندات، الا في حالة مطالبتهم التسديد الفوري لسنداتهم، وهذا ما جاء في المادة 236-13 من القانون الفرنسي[4] ، غالبا ما تميل رغبة حملة السندات للوفاء الفوري من أجل تجنب مزاحمة دائني الشركة المندمجة ويمكنهم المطالبة بزيادة الضمانات ومن مصلحة الشركة الدامجة

[1] خليفة سليمان فرج عبد الله، المرجع السابق، ص 156.
[2] فايز إسماعيل بصبوص، المرجع السابق، ص 148.
[3] تنص المادة 715 مكر88 من ق. ت " يكون حاملو سندات الاستحقاق جماعة بقوة القانون للدفاع عن مصالحهم المشتركة وتتمتع الجماعة بالشخصية القانونية ".
[4] Art n 236-13 du c c f « Le projet de fusion est soumis aux assemblés d'obligataires des sociétés absorbées, à moins que le remboursement des titres sur simple demande de leur part ne soit offert aux dits obligataires ».

عدم خسارة حملة السندات حيث توفر لهم الضمانات، أو تقدم لهم كفيل ذلك أن خروجهم يعني حرمان الشركة من الاستفادة من القروض التي قدمت لها[1].

كما منح المشرع الفرنسي نفس الحماية لحملة السندات القابلة للتحويل إلى أسهم في حالة عدم الموافقة على تحويل سنداتهم خلال الفترة المتفق عليها، ومنح المشرع الفرنسي نفس الحماية لحملة السندات في الشركة الدامجة رغم أن وضعية هؤلاء لا تتغير بعد الدمج، إلا في حالة كثرة الديون الشركة المندمجة أو وقوع الشركة الدامجة تحت سيطرة أجانب يمتلكون سندات قابلة للتحويل إلى أسهم فيصبحون أغلبية مساهمة عند زيادة رأس مال الشركة بعد تحويل سنداتهم لأسهم[2].

بينما لم ينص المشرع الوطني على هذه الضمانات ولا حتى بالنسبة لحملة السندات في حالة الانفصال، فلم يتفطن المشرع لطائفة حملة السندات في كل الأحكام الخاصة بالاندماج والانفصال ولا حتى عند تقريره لتضامن الشركات المنفصلة.

اما المشرع الفرنسي فمنح لحملة السندات نفس الحق في الموافقة أو الرفض لمشروع الانفصال بعد عرضه بنفس الشروط ونفس الآثار، على غرار ما فعله بالنسبة لدائني الشركة، كما قرر المسؤولية التضامنية للشركات المستفيدة من الانفصال تجاه حملة السندات طبقا للمادة 236-18 من القانون التجاري الفرنسي.

ج- حماية بعض المتعاقدين في حالة انفصال واندماج الشركة التجارية.

يتحدد مركز المتعاقدين مع الشركة بحسب ما إذا كانوا دائنين أو مدينين وبحسب طبيعة حقوقهم والتزاماتهم، وكقاعدة عامة لا يمكن الاحتجاج بانتهاء الحقوق و الالتزامات التي تتضمنها هذه العقود بسبب الاندماج أو الانفصال إذ لا يعتبر ذلك سببا لانقضائها ، لذلك يجوز للمتعاقدين مع الشركة التمسك بما ورد في عقودهم مهما كانت تلك العقود[3]، والتي لا حصر لها من عقود بيع وشراء وإيجار، و اقتراض وتوريد تبقى كلها قائمة بنفس الشروط، لذلك سوف يتم التطرق للعقد الذي نص

[1] لينا يعقوب الفيومي، المرجع السابق، ص 131.
[2] فايز إسماعيل بصبوص، المرجع السابق، ص 157.
[3] حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، المرجع السابق، ص 300.

عليه المشرع في الاحكام الخاصة بالاندماج و الانفصال والمتمثل في عقد الإيجار ثم عقد العمل باعتباره نموذجا عن العقود المستمرة المنصبة على العمل ، وعقد التأمين باعتباره من بين أكثر العقود التي تبرمها الشركات التجارية.

1- عقد الإيجار.

منح المشرع الجزائري لمؤجري الأماكن المؤجرة في الشركات حق معارضة الاندماج أو الانفصال[1]،ولم ينص المشرع على فرضية أن تكون الشركة مؤجرا لأن ذلك لا يثير أي صعوبة حيث تحل الشركات المستفيدة من الانفصال والشركة الدامجة محل الشركة المنفصلة والمندمجة في كل الحقوق و الالتزامات المترتبة عن عقد الإيجار لكن يثور الإشكال في الحالة التي تكون فيها الشركة المندمجة أو المنفصلة مستأجرة، فهناك كذلك تتبع قاعدة الحلول التي نص عليها المشرع في المادة 756 فينتقل الحق للشركة الدامجة والشركات المنفصلة رغم ان الحق في الإيجار يفقد ذاتيته بعد انتقاله إلا أن هذا لا يمنع من انتقال حق الانتفاع عوض التنازل عنه[2].

2- عقد العمل.

لم ينص المشرع على حماية خاصة لمستخدمي الشركة المندمجة أو المنفصلة رغم أنه من العقود التي يتأثر أصحابها كثيرا من عمليتي الاندماج والانفصال، إلى جانب أنها تثير مسألة مدى تنفيذ العمل واستمراريته مع صاحب العمل الجديد وطريقة مواصلته، فيفهم من سكوت المشرع عن بيان هذا الأمر أنه لا تأثير للعمليتين على عقود العمل المبرمة مع الشركة المندمجة والمنفصلة[3].

لا ينهي الاندماج ولا الانفصال عقود العمل لأن ذلك لا ينهي نشاط الشركة ، كما لا يعد سبب لاستحالة تنفيذ عقود العمل ، لكن هذا لا يمنع الشركة الدامجة والشركات المستفيدة من الانفصال من إعادة تنظيم العمال، على أن لا يتم إهدار حقوقهم وحتى لو اضطرت للاستغناء عن بعضهم لا يجب أن يتم ذلك بالتعسف ،أو بالانتقاص من المزايا التي يتمتع بها العمال من حوافز و

[1] تنص المادة 757 من ق.ت " يجوز كذلك لمؤجري الأماكن المؤجرة للشركات المدمجة أو المنفصلة أن يقدموا معارضة على الإدماج أو الانفصال في الأجل المحدد في المادة 756.
[2] خليفة سليمان فرج عبد الله، المرجع السابق، ص 161.
[3] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 405.

مكافآت ، فعلى الشركات مراعاة الجانب الاجتماعي و الاقتصادي للعمال عند التفاوض حولهم وإقامة التوازن بين عمال الشركة الدامجة والشركة المندمجة وكذا الشركات المستفيدة من الانفصال[1].

لا يعتبر الاندماج أو الانفصال سبب من أسباب انتهاء عقد العمل، إلا إذا استحال التنفيذ من جانب صاحب العمل لسبب أجنبي فينفسخ العقد بقوة القانون، في حالة عدم تحقق القوة القاهرة فإن عدم التنفيذ هنا يتحمله صاحب العمل كما يكون من حق العامل طلب فسخ العقد في حالة استخدامه في عمل مختلف اختلافا كليا عن العمل المتفق عليه، إلا إذا استدعت الضرورة لذلك، وفي حدود الظرف الذي اقتضى تغيير ظروف العمل[2]، وعليه لا يعتبر كل من الاندماج والانفصال أسباب قانونية لاستحالة تنفيذ عقود العمل.

لم يعتبر المشرع كل من الاندماج والانفصال من أسباب إنهاء عقد العمل إلا إذا انتهى النشاط القانوني للهيئة المستخدمة كليا، هذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون العمل[3] التي يظهر لنا من خلالها عدم اعتبار كل من الاندماج والانفصال حالة من حالات تغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة الذي نص عليه المشرع في المادة 74 من قانون العمل ، حيث أبقى المشرع على جميع علاقات العمل قائمة بين المستخدم الجديد والعمال، وشدد على أن لا يطرأ عليها أي تعديل فتنص المادة على :" إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال، لا يمكن أن يطرأ أي تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشروط التي ينص عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية".

---

[1] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 290.

2 هيثم حامد المصاروة، المنتقي في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة بالقانون المدني ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007 ، ص 250.

[3] تنص المادة 66 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 ابريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر عدد،17 المعدل والمتمم بالأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير يحدد المدة القانونية للعمل، ج. ر عدد 03 على: " تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية:

- البطلان أو الإلغاء القانوني
- انقضاء أجل عقد العمل دي المدة المحدودة.
- الاستقالة- العزل – الحجز الكامل عن العمل – التسريح للتقليص من عدد العمال – إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة، التقاعد، الوفاة."

ان تعديل المركز القانوني لصاحب العمل كأثر لتغيير الشكل القانوني للاستغلال قد ينعكس سلبا على استقرار علاقات العمل، ذلك ان عقد العمل من العقود المهمة التي يؤدي وجودها تقوية الائتمان ودعم الثقة وسرعة التنفيذ.

كما أن استمرارية عقد العمل لا تتوقف على رضى العمال لأننا لسنا بصدد عقد عمل يقوم على شخصية صاحب العمل، خاصة انها مقررة للمصلحة العامة للعمال ولضمان استمرار نشاط الشركة [1] رغم تقرير هذه الحماية القانونية للعامل في قانون العمل إلا أنها غير كافية فهو بحاجة لحماية صريحة في القانون التجاري بالنسبة لعمليتي الاندماج والانفصال على غرار ما فعله المشرع الفرنسي الذي قرر إمكانية احتفاظ كل من الشركة الدامجة والشركة المستفيدة من الانفصال بعقود العمل المبرمة قبل القيام بالإدماج والانفصال وهذا ما جاء في المادة 225-22 من القانون التجاري الفرنسي:" في حالة الاندماج أو الانفصال يجوز تنفيذ عقود العمل من قبل احدى الشركات المندمجة أو الشركة المنفصلة"[2].

3- عقد التأمين.

على غرار عقد العمل يعتبر عقد التأمين من العقود المستمرة[3] التي لا تتأثر بالاندماج ولا الانفصال، فلم يذكره المشرع عندما منح حق المعارضة للمتعاقدين مما يعني استمراره و انتقال كل الحقوق و الالتزامات المرتبطة به[4]، لكن حالة سكوت المشرع عن كل هذه العقود اعتبره البعض أن كل تلك النصوص لا تتعلق إلا بانتقال حق الإيجار في شركة المساهمة ، مما يعني عدم جواز انتقال الحقوق و الالتزامات الثابتة في باقي العقود إلا بالنسبة لعقد الإيجار في شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة في حالة الاندماج أو الانفصال دون باقي الشركات التجارية، فيما عدا شركة مساهمة لا

[1] Farag Hmoda, op, cit, p 261.

[2] Art n 225-22 du c .c. f « En cas de fusion ou de scission le contrat de travail peut avoir été conclu avec l'une des sociétés fusionnées ou avec la sociétés scindée ».

[3] تنص المادة 2 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير يتعلق بالتأمينات، ج. ر عدد 13، المعدل والمتمم بالأمر 06-04 مؤرخ في 12 مارس المتعلق بالتأمينات 2006، ج.ر عدد رقم 15 على " التأمين عقد بمقتضاه يلتزم المؤمن بأن يؤدي للمؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو دفوع مالية أخرى".

[4] فايز إسماعيل بصبوص، المرجع السابق، ص 220.

تنتقل هذه العقود إلى الشركة الدامجة أو الشركات الناتجة عن الانفصال، خاصة في ظل عدم وضوح الأساس القانوني لحلول الشركة الدامجة والشركات الجديدة بعد الانفصال محل كل من الشركة المندمجة والمنفصلة، نظرا لاستبعاد المشرع لتجديد الدين كأساس لانتقال كل الحقوق للشركات الدامجة والمستفيدة من الانفصال.

ترجع صعوبة تحديد الاساس القانوني لانتقال الحقوق في عمليتي الاندماج والانفصال لصعوبة تحديد طبيعتهما القانونية، خاصة في ظل عدم وجود تعريف تشريعي للعمليتين، وحتى المشرع الفرنسي استعمل عبارة انتقال الذمة المالية، فتكون الشركة الدامجة والشركات الجديدة بعد الانفصال خلفا عاما دون تجديد للدين، وهذا ما يتضح من المادة 236 –1 من القانون التجاري الفرنسي[1].

الفرع الثالث: الحماية الإجرائية للغير عند انفصال واندماج الشركات التجارية.

يمتد أثر الاندماج أو الانفصال الذي تقوم به الشركة التجارية إلى الغير الذي يتعامل معها رغم أنه ليس طرفا في عقد الاندماج الذي تقوم به الشركة التجارية، كما لم يكن مشاركا في القرار الذي تتخذه الشركة بالانفصال، من أجل ذلك تدخل المشرع لتحقيق التوازن بين مصلحة الشركات المعنية بالاندماج و الانفصال وكذا مصلحة الغير الذي يتأثر مركزه القانوني من خلال تقرير بعض الإجراءات وتنظيم بعض الحقوق دعما لمصالح الغير ومنع الإضرار به من خلال منحه حق معارضة عمليتي الاندماج و الانفصال، ومنحه حق رفع دعوى للمحافظة على حقوقه، كما جعل المشرع الشركات المعنية مسؤولة تجاه الغير وتم تشديد التزاماتها عن طريق منح الضمانات إلى جانب تقرير مسؤوليتها التضامنية في بعض الحالات:

[1] Art n 236-1 du c . c . f « une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion , transmettre leur patrimoine a une société existante ou une nouvelle société qu' elle constituent
Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine a plusieurs sociétés existantes ou a plusieurs sociétés nouvelles. »

أ- معارضة الغير.

منح المشرع لدائني شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة الحق في الاعتراض على عملية الدمج أو الانفصال في أجل 30 يوما من نشر مشروع الاندماج أو الانفصال حماية للدائنين الذين نشأت ديونهم قبل النشر، ولا يكون لتلك المعارضة أي أثر على استمرار تنفيذ العمليتين، حيث لا تؤدي المعارضة لوقف إجراءات الدمج والانفصال، كما لا تؤدي إلى إبطالهما، فلا ينتج عن المعارضة إذا تم قبولها من المحكمة إلا الوفاء الفوري الاختياري أو الجبري أو تقديم ضمانات كافية للوفاء في ميعاد الاستحقاق.

هنا تكون الشركة الدامجة مسؤولة عن الوفاء للدائنين طالما كانت موسرة، أما إذا كانت معسرة فإن الدمج يضعف الضمان ويسقط الأجل ويجوز لهم طلب الوفاء الفوري، أو التنفيذ على الأصول الخاصة بالشركة المندمجة وبما أن إضعاف التأمينات يؤدي إلى سقوط الأجل فإنه لا يجوز الاحتجاج بالدمج في مواجهة الدائنين المعارضين الذين أمرت المحكمة بتسديد حقوقهم فورا أو تقديم ضمانات كافية للوفاء بها[1].

من خلال المادة 756 من القانون لتجاري [2]،نلاحظ أن المعارضة التي يقوم بها دائني الشركات المندمجة والمنفصلة لا تؤدي لوقف العمليتين مثلما فعل المشرع بالنسبة لتخفيض رأس مال الشركة والذي يتم وقفه ، حيث يتم وقف تنفيذ قرار تخفيض رأس مال الشركة بعد رفع المعارضة ولا يتم الشروع في تنفيذه إلا بعد صدور الحكم القضائي الذي يأمر بذلك ، بينما معارضة الدمج و الانفصال فلا يكون لها أي أثر على استمرار العمليتين بعد ذلك إما يحكم القاضي بتسديد الديون أو يأمر بتقديم ضمانات، أو يفرض الاندماج أو الانفصال على الدائنين بعد رفض المعارضة لانعدام المصلحة.

[1] لينا يعقوب الفيومي، الآثار الناشئة عن دمج الشركات المساهمة، المرجع السابق، ص 123.

[2] تنص المادة 756 من ق.ت " تصبح الشركة مدينة لدائني الشركة المدمجة في محل ومكان تلك دون أن يترتب على هذه الحلول تجديد بالنسبة لهم ويجوز لدائني الشركة الذين شاركوا في عملية الدمج وكان دينهم سابقا لنشر مشروع الإدماج أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل 30 يوما ابتداء من النشر المنصوص عليه في المادة 748 ويتخذ بعد ذلك قرار قضائي إما برفض المعارضة أو يلغى الأمر بتسديد الديون واما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة الماصة بشرط أن تكون هذه الضمانات كافية".

نص المشرع على تلك الحماية الإجرائية للغير عن طريق أحكام مشتركة تخص الاندماج و ا لانفصال في شركات المساهمة والمسؤولية المحدودة[1]، فلا يوجد هذا الإجراء ولا يكون من حق الدائنين عند اندماج و انفصال شركات الأشخاص، لما لهم من ضمانات أخرى إضافة لرأس مال الشركة التجارية.

في حالة رفض القاضي استكمال الاندماج والانفصال فإنه لا يسري في حق الغير، كما أنه في حالة عدم تقديم الضمانات التي قد يأمر القاضي بتوفيرها للغير من أجل تسديد الديون فإنه لا يحتج بالعمليتين تجاه الغير، كما لا تمنع تلك المعارضة من تنفيذ الاتفاق الذي يسمح للدائن بالمطالبة بالتسديد الفوري والعاجل لديونه في حالة إدماج الشركة أو انفصالها، وتكون هذه المعارضة من حق كل الأشخاص الذين تم الإشارة لهم في الفرع الثاني.

إضافة لحق الغير برفع المعارضة بإمكانه اللجوء لدعاوى أخرى لحماية حقوقه كدعوى المسؤولية العقدية ودعوى إبطال الاندماج والانفصال في حالة مخالفته للشروط القانونية.

ب- دعوى المسؤولية العقدية.

يمنح القانون للدائن الحق في حماية مصالحه خاصة في حالة الإضرار بها عن طريق ارتكاب خطأ من مدينه المتعاقد معه فيكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي، وهو عدم مراعاة حسن النية في التنفيذ ولا حاجة لتقرير مسؤولية الشركة تجاه الغير على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة وجود علاقة سببية بين عمليتي الاندماج والانفصال والضرر الذي أصاب الغير[2].

بالنسبة لمسألة اعتبار الشركة مدعى عليه فإن الاعتراف بوجود الشركة المندمجة واحتفاظها بكيانها المادي، بسبب عدم تصفيتها وقسمة موجوداتها أثار مسألة حقها في التقاضي بالاستناد

[1] تنص المادة 761 فقرة02 من ق.ت:" وفي هذه الحالة يجوز لدائني الشركة المنفصلة أن يقوموا بالمعارضة في الانفصال حسب الشروط وتحت الآثار المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 756"، كما تنص المادة 763 من ق.ت :" تطبق في حالة إدماج أو انفصال الشركات ذات المسؤولية المحدودة لصالح شركات من نفس الشكل المواد 756 و760 و761...".

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط رابعة، دار الهدى، الجزائر ،2007 -2008 ص 299.

لنظرية الظاهر ، لكن هذا الوجود المادي لا يؤكد وجودها القانوني الذي تفقده بزوال شخصيتها المعنوية وفقدانها لأهلية التقاضي، وإن القول باستمرارية الشخصية المعنوية أثناء التصفية لغاية استكمال الاندماج بالتالي قيام حقها في التقاضي أمر مستحيل ،كما لا يمكن الأخذ بالوضع الظاهر في حالة شهر انقضاء الشركة ونشر اندماجها، فلا يمكن أن يرفع الغير الدعوى إلا على الشركة الدامجة حيث لا يمكن اعتبار الشركة الدامجة لا مدعية ولا مدعى عليها وتصبح الشركة الدامجة وحدها صاحبة الصفة في التقاضي[1].

أما في الانفصال فإن الشركة المنفصلة بعد نقل رأسمالها لشركات أخرى تنحل دون أن تصفى فإنها تقوم تقريبا بنفس م تقوم به الشركة المندمجة في أنها تنقل أموالها وتندمج في شركات جديدة، والتي تنتقل لها كل الحقوق و الالتزامات بما فيها حق التقاضي تجاه الغير.

هذا بالنسبة للانفصال الكلي أما إذا كان الانفصال جزئيا فإنه لا يؤدي لزوال الشركة المنفصلة بل يؤدي فقط لضرورة إعادة تنظيمها وتعديلها لقانونها الأساسي مما يجعل مركزها القانوني تجاه الغير على حاله[2]، لا تنتج آثار الانفصال الكلي وتبقى الشركة مسؤولة تجاه الغير الذي يمكنه مقاضاتها .

أما في حالة إثبات الغير أن عمليتي الاندماج والانفصال قد أضرت بحقوقه نتيجة لارتكاب خطأ من الشركة أو كان لدى الشركة النية في الإضرار بمصالحه بإمكانه رفع دعوى يطالب فيها ألا يسري ذلك الدمج أو الانفصال في حقه، وألا يتم الاحتجاج به عليه باعتبار أن الشركة عن طريق قرارها بالدمج و الانفصال قد أنقصت من الضمان المقرر للغير والمتمثل في رأس المال، واعتبار ذلك القرار خطأ يمنح للغير الحق في رفع دعوى المسؤولية العقدية.

من اجل قيام الحق في رفع دعوى المسؤولية العقدية يجب توفر شروط رفع هذه الدعوى أولها أن يكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى حيث يجب أن يثبت وجود خطأ تسبب له في ضرر، فعليه أن يثبت أن قرار الشركة يؤدي إلى الإنقاص من أموالها وبالتالي عجزها عن تسديد ديونها ، ففي حالة الاندماج مثلا يمكنه أن يثبت أن هذه العملية تؤدي لتغيير الضمان العام المقرر للدائنين مما يؤثر

[1] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 413.

[2] J. Malherb , op, cit, p 1054 et 1057.

على القدرة المالية للشركة الدامجة والمندمجة ويجعلها تواجه صعوبات في التسديد وهذا ما يجب على الدائن إثباته ، إلى جانب إثبات عنصر قيام الشركة فعلا بنقل أموالها أو قسمتها في الانفصال خاصة في حالة قيامها بذلك بغرض الإضرار بالدائنين .

يمكن للدائن أن يرفع دعوى على الغير الذي يكتسب ضمانا بعد استعمال حقه في معارضة الاندماج و الانفصال في حالة وجود تواطأ وسوء نية بين الشركة والغير الذي استفاد من ذلك الضمان.

لذلك فإن هذه الدعوى التي يرفعها الغير هي بمثابة أقوى وسيلة للدائنين من أجل حماية ضمانهم العام، فإذا توفرت شروطها بإمكانهم المطالبة بالتسديد الفوري للديون وبعدم الاحتجاج عليهم بالاندماج أو الانفصال مع إمكانية مطالبتهم من الشركة بتقديم حق أولوية على أموال الشركة المدينة[1].

ج- دعوى إبطال الاندماج أو الانفصال.

في حالة عدم مراعاة الشركة عند قيامها بالاندماج أو الانفصال الأحكام التي جاء بها المشرع فلكل ذي مصلحة دفع دعوى المطالبة ببطلان العملية على أن يبين صاحب المصلحة سبب الإبطال أو العيب الذي يجعل من ذلك الاندماج أو الانفصال باطلا فإذا تبين مثلا أن من شأن العمليتين أن تؤديان للإنقاص من حقوق المساهمين وحقوق الغير، خاصة إذا قامت على احتيال أو تضليل أو لتحقيق مصلحة شخصية مباشرة لمجلس إدارة أي من الشركات المعنية، أو لأغلبية الشركاء في أي منها على حساب حقوق الأقلية.

كذلك إذا أدى الاندماج أو الانفصال لتعسف في استعمال حق، أو احتكار أو منافسة غير مشروعة تلحق ضررا بالمصلحة الاقتصادية بوجه عام[2].

إضافة لحالة غياب مشروع الاندماج أو الانفصال لعرضه على الجمعية العامة، أو في حالة عرضه والتصويت عليه ثم إلغاء قرارات الجمعية العامة الخاصة بعملية الاندماج أو الانفصال، أو عدم

[1] J Malherb, Y. Godt ,op ,cit , p 1020.

[2] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 533.

احترام الشروط الخاصة بإعداد مشروع الدمج والانفصال وعدم تضمنه بيانات المادة 747 من القانون التجاري، أو عدم تقديمه لمندوبي حسابات شركات المساهمة، أو عدم نشر المشروع في نشرة الإعلانات القانونية ليعلم به الغير.

يقدم طلب الإبطال من كل من له مصلحة في ذلك سواء كان الشريك، أو المدير، أو الدائن وترفع على كل من الشركات المعنية بالعمليتين [1]،نشير هنا أنه لا يوجد أي نص قانوني يمنح للغير الحق في طلب ابطال عملية الاندماج او الانفصال وإجراءاتهما، لكن هذا لا يمنع من طلب الإبطال باعتبار أحكام الاندماج والانفصال وشروطهما وإجراءاتهما عبارة عن أحكام قانونية ملزمة لا يجوز مخالفتها، وفي حالة مخالفتها تكون الإجراءات باطلة ويقوم الحق لكل ذي مصلحة أن يثير ذلك البطلان.

في المقابل أشار المشرع الفرنسي لدعوى ابطال الاندماج والانفصال في حالة ابطال المداولة التي قررت عملية الاندماج والانفصال الى جانب حالة وجود عيب او مخالفة للإجراءات القانونية، كما أجاز المشرع الفرنسي للمحكمة ان تمنح اجل من اجل تصحيح العيب الذي أدى لرفع دعوى بطلان الاندماج او الانفصال، وهذا ما يتضح من المادة 235-8 من القانون التجاري الفرنسي[2].

أما أثر بطلان الانفصال والاندماج بعد صدور الحكم القضائي فيتمثل في إرجاع الشركات المعنية لحالتها الأولى قبل الشروع في العمليتين، وبالنسبة للغير تعتبر باطلة ولا أثر للاندماج ولا للانفصال على حقوق الغير في هذه الحالة.

أما بالنسبة لحالة إبطال الاندماج أو الانفصال بسبب عدم النشر وإعلام الغير به، فإنه إذا نتج عن العمليتين شركات جديدة يتمسك الغير بوجودها كشركة فعلية وإخضاع الشركة في هذه

[1] J. Malherb , Y.de Godt ,op, cit , p 1027.

[2] Art n 235-08 du c . c. f « La nullité d'une opération de fusion ou de scission ne peut résulter que de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé l'opération ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité mentionnée au 3eme alinéa de l'article l.236-6
lorsqu' il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entrainer la nullité , le tribunal saisi l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission accorde aux sociétés intéressés un délai pour régulariser la situation » .

الحالة لكل التزاماتها التي قامت بها حتى وإن أبطل الدمج والانفصال بعد ذلك بحكم قضائي، تبقى التصرفات التي قامت بها الشركة صحيحة في مواجهة الغير[1].

د- المسؤولية التضامنية في حالة انفصال الشركات التجارية.

بعد انفصال الشركة التجارية تختفي لكي تتكون الشركات الجديدة المستفيدة من عملية الانفصال، وحماية للدائنين من هذا الانفصال الذي يؤدي لانقسام رأس مال الشركة قرر المشرع للغير حق معارضة الانفصال، وأخضعه للأحكام الخاصة بعملية الاندماج وهذا ما نصت عليه المادة 761 الفقرة 02 من القانون التجاري " يجوز لدائني الشركة المنفصلة أن يقوموا بالمعارضة في الانفصال حسب الشروط وتحت الآثار المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 756 وما بعدها".

لم يكتف المشرع بتقرير حق معارضة الدائنين حيث وسع مجال الحماية عن طريق تشديد مسؤولية الشركات المنفصلة بجعلها مسؤولة بالتضامن تجاه دائنيها .

الدائنين المعنيين بالحماية هم الدائنون العاديون دون حملة السندات أو باقي الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد نشر مشروع الانفصال لأن المشرع في المادة 760 من القانون التجاري خص الدائنين وحدهم بهذه الحماية، ولم يشر لأطرف أخرى وبهذا الحكم تصبح الشركات المستفيدة من الانفصال مدينة تجاه الدائنين عوض الشركة المنفصلة دون أن يكون لهذا الاستبدال للمدين أي أثر بالنسبة لهم ،فلا يقومون بتجديد الدين نظرا لحلول مدين محل الآخر ،هذا ما جاء في المادة 760 من القانون التجاري :" تكون الشركات المستفيدة من الحصص الناتجة عن الانفصال مدينة بالتضامن تجاه دائني الشركة المنفصلة في المحل والمكان دون أن يترتب عن الحلول تجديد بالنسبة لهم".

يمكن للشركات المستفيدة من الانفصال أن تضع شرط لتحديد مسؤوليتها، حيث تلتزم بجزء من الذمة المالية للشركة وتحدد مسؤوليتها عن الجانب السلبي أو الجانب الإيجابي أو عن الجزء الذي انتقل إليها من رأس مال الشركة المنفصلة بجزئه الإيجابي والسلبي، فلا تسأل الشركة حينها إلا عن نسبة معينة من الديون التي آلت إليها[2].

[1] محمود صالح قائد الأرياني، المرجع السابق، ص 161.

[2] F. Lemenier ,op ,cit, p 317

كما سمح المشرع إضافة لذلك أن تقوم الشركة بالالتزام بكل الديون أو جزء منها ودون تضامن هذا ما جاء في المادة 761 من القانون التجاري، ونجد نفس الحكم في القانون التجاري الفرنسي في المادة 236-21 ، من أجل ذلك قرر المشرع لدائني الشركة المنفصلة حق المعارضة حماية لحقوقهم خاصة في حالة استبعاد المسؤولية التضامنية من طرف الشركات المستفيدة من الانفصال عن طريق الاتفاق.

أما أثر المعارضة فيحدده القاضي الذي يقبل المعارضة أو يرفضها، وذلك حتى وإن وجد الاتفاق الذي يحرم الدائنين من قاعدة التضامن المقرر لمصلحتهم، لأن المشرع منح للقاضي السلطة التقديرية حيث يرفض المعارضة أو يأمر بالقيام بالانفصال مع تضامن الشركات أو بدونه في حالة استبعاده، كما قد يأمر بتسديد الدين أو بتقديم الضمانات من رأس مال الشركة الذي تم نقله للشركات المستفيدة.

مثلما سمح المشرع للشركات في حالة الانفصال استبعاد التضامن أو تحديد المسؤولية سمح للدائن أن يضع شرط التعجيل بتسديد دينه في حالة حصول الانفصال أو الاندماج، وهذا يمنح للدائن الحق في أن يشترط تضامن الشركات المستفيدة من الانفصال، حيث يبرم اتفاق مع الشركة المنفصلة على أن يسدد دينه بالاستفادة من تضامن الشركات، فيتم التسديد بعد الانفصال مباشرة باللجوء لأي شركة من تلك الشركات، فيجعل ذلك الاتفاق دينه معجل النفاذ إضافة للمسؤولية التضامنية للشركات المعنية[1].

عندما نص المشرع على تضامن الشركات المستفيدة من الانفصال حماية للغير أجاز في نفس الوقت استبعاده ويبقى في هذه الحالة للغير حق معارضة الانفصال، وذلك لأن انفصال الشركة لا يعني تقديمها لكامل رأس مالها وذمتها المالية، فيصبح في التضامن مشقة وصعوبة كبيرة خاصة في حالة نقلها لجزء من رأس المال للشركات المستفيدة والتي تسأل بالتضامن عن كل الديون وليس فقط

[1] F. Guiramand, A. Héraut, Droit des sociétés , manuel applications, Dunod 12éme éd, France,2005 , p 439.

عن الجزء الذي انتقل إليها، فيمكن أن تحتفظ الشركة بحقوقها ولا تنقل إلا ديونها مما يجعل تطبيق المسؤولية على الشركات المستفيدة صعب في هذه الحالة.

كما يمكن أن تنتقل ديونها فقط بسبب أنها لا تملك حقوق حيث تكون دمتها المالية مثقلة بالديون، وهذا ما سمح به المشرع لأنه لم يحصر الانفصال في حالة تقديم كل الذمة المالية بل أجاز الانفصال الجزئي، مما يعني ضرورة تطبيق المسؤولية التضامنية في كل هذه الحالات، وتطبيق النصوص الخاصة بالتضامن في الشركات المنفصلة بمرونة، واعتبار كل الشركات سواء التي قدمت كل ذمتها المالية أو المقدمة لجزء منها والشركة التي تلقت هذا الجزء كلها مسؤولة تضامنيا تجاه الدائنين نظرا لأن المشرع لم يحدد نطاق هذه المسؤولية [1]،لكنه حدد في نفس المقام النطاق بالنسبة للغير المستفيد من تضامن الشركات في حالة الانفصال، ولم يمنح هذا الحق لحملة السندات على غرار ما فعله بالنسبة لحرمانهم من حق معارضة الانفصال.

لا يبقى هنا لحملة السندات أو لباقي الدائنين الذين لم يرفعوا معارضة الانفصال لانقضاء مهلته القانونية أو لسبب ما، أو الذين تم رفض معارضتهم أمام القاضي أو الذين لم يحصلوا على الضمانات اللازمة التي تكفل حقوقهم إلا اللجوء لرفع الدعاوى الخاصة بتطبيق القواعد العامة والمتمثلة في دعوى المسؤولية العقدية، أو دعوى إبطال الانفصال في حالة مخالفته للشروط الموضوعية أو الشكلية المقررة قانونا .

المبحث الثاني: حماية حقوق الغير أثناء تمثيل الشركة التجارية.

لا يمكن للشركة التجارية أن تتعامل مع الغير إلا بوجود شخص طبيعي يمثلها ويتولى شؤونها، فإن اكتساب الشركة الشخصية القانونية لا يمنحها القدرة على التصرف مع الغير فلا يمكنها ذلك إلا عن طريق ممثلها القانوني، الذي يقوم بممارسة حقوقها كحق التقاضي وحقها في إبرام العقود والتعاملات القانونية مع الغير، ويكون صاحب الصفة في تمثيلها داخليا وخارجيا، وهو الذي تخاطب الشركة

[1] G. Ripert.R. Roblot , Traité de droit commercial ,op,cit,p471.

من خلاله ولا تستطيع الشركة العمل إلا بواسطته، لذلك يكون كل تصرف صادر عنه كأنه صدر من الشركة.

على هذا الأساس وضع المشرع نظام قانوني لتصرفات المدير في الشركة التجارية وحدود لالتزام الشركة بأعمال المدير، وحالات قيام مسؤوليته تجاه الغير منذ تأسيس الشركة لغاية انقضائها ثم تصفيتها فتنتهي سلطة المدير بانقضاء الشركة، وتولي المصفي تمثيلها تجاه الغير وامام القضاء[1].

إن للشخصية المعنوية للشركة التجارية أهمية كبيرة بشكل عام وفي مجال حماية الغير بشكل خاص، فإن التوفيق بين الشخصية القانونية للشركة والشخصية القانونية للشخص الطبيعي الذي يمثلها ليس بالأمر الهين، لأنه يؤثر على مصالح كل الأطراف الشركاء والشركة والغير، عند بدئ الشركة بمزاولة نشاطها يظهر دور ممثلها القانوني الذي يتعامل مع الغير باسمها ولفائدتها، فيكون تمثيل الشركة التجارية بقيام المسير بنشاطات وأعمال مستمدة من انظمة قانونية أو اتفاقية على ان تكون باسم الشركة ولحسابها، فتحمل الشركة آثار تلك التصرفات[2].

يخص التمثيل القانوني للشركة التجارية تجاه الغير كل الشركات التجارية وحتى المدنية باعتبارها تكتسب شخصية معنوية، وتستثنى هنا شركة المحاصة نظرا لأنها لا تتمتع بشخصية معنوية كما لا تتعامل مع الغير إلا من خلال الشركاء، على عكس الشركة الفعلية التي تم الاعتراف بممثلها من أجل تحقيق الهدف من الاعتراف بوجودها الواقعي.

يرتبط مفهوم الغير في الشركات التجارية بالكثير من الأطراف باعتباره مفهوم متنوع ومتطور، من حيث المفهوم التعاقدي، اذ يعتبر الغير كل من لم يكن طرف في العقد بصفة شخصية أو عن طريق وكيله، فلا يمكن الاحتجاج عليه بذلك العقد.

[1] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 405.

[2] Daniel Veaux, La responsabilité personnel des dirigeants dans les sociétés commerciales, op.cit, p 08.

أما في المفهوم التجاري فالغير هو كل شخص امتد له أثر العقد ولو لم يكن طرفا فيه فيكون هنا كل الدائنين معنيين مهما كان مركزهم القانوني، أما الغير المتعامل مع الشركة فهو كل متعاقد أبرم اتفاق معها .[1]

يتحدد مفهوم الغير في مجال تسيير الشركات التجارية بقاعدة قانونية في غاية الأهمية والمتمثلة في "عدم الاحتجاج على الغير ببعض تصرفات المسير وعدم نفادها تجاهه"، و التي أولى لها المشرع الكثير من الاهتمام[2].

كان من الضروري أن يضع المشرع نظاما قانونيا محكما لتمثيل الشركة تجاه الغير، فاعتنى المشرع بهذه المسألة تاركا للشركاء إمكانية تسمية مسير الشركة أو مجموعة من المسيرين من بين الشركاء أو الغير[3]،فاختلفت نتيجة لذلك حماية الغير بين إدارة فردية وإدارة جماعية، كما تختلف باختلاف مدى السلطات الممنوحة للمسير من جهة وطبيعة العلاقة بين أجهزة الشركات التجارية من جهة أخرى، كما تختلف بحسب شكل الشركة التجارية.

هذا الشكل القانوني الذي يتم الأخذ به كمعيار لتحديد حالات قيام مسؤولية الشركة والمسؤولية الشخصية للمسيرين تجاه الغير، خاصة بعد تطور قانون الشركات التجارية الذي ضيق من مصادر المسؤولية تجاه الغير بعد استبعاد الشريك من الالتزام تجاه الغير، بسبب عدم ارتكابه لخطأ شخصي مباشر تجاه الغير فلا يكون مسؤولا عن ذلك خاصة أن ديون الشركة ليست ديون شخصية للشريك[4].

كما أثيرت مسألة المسؤولية الشخصية للمسير وطبيعتها القانونية التي تتحدد بسلطاته وبتحديد علاقته بالشركة، والتي لا طالما كانت محل للتساؤل بشأنها فيما إذا اعتبرت علاقة وكالة أو علاقة جهاز منفصل عن الشركة يقوم بتسييرها[5].

[1] للمزيد من التفصيل انظر أعلاه ص 24.

[2] Amel Mamlouk, La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers , op.cit. , p 78.

[3] محمد حمدي، المرجع السابق، ص 86.

[4] D. Veaux, op, cit, p 05

[5] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 63

ان تعدد الأجهزة داخل الشركة أدى الى تنوع العلاقات القانونية تنوع حقوقها، كما أدى الى تعارض المصالح الامر الذي يؤثر سلبا على المتعاملين مع الشركة التجارية، لولا وجود نصوص قانونية لضبطها .

لعل أهم هذه الأطراف المؤثرة على حقوق المتعاملين مع الشركة التجارية ممثليها الذين يتعاملون مع الغير، والذين خصهم المشرع بنظام قانوني جعلهم مسؤولون مدنيا وحتى جزائيا تجاه الغير.

وعليه ارتئينا ان نتطرق لتأثير الصلاحيات الممنوحة لمسيري الشركات التجارية على حقوق الغير (المطلب الأول)، ثم لمسؤولية الشركة التجارية عن أعمال ممثليها تجاه الغير (المطلب الثاني)، ثم نشير لدور نظرية المسير الفعلي في حماية الغير(المطلب الثالث)، ثم ندرس شروط قيام مسؤولية مسير الشركة التجارية تجاه الغير (المطلب الرابع) .

المطلب الأول: صلاحيات مسيري الشركات التجارية وحقوق الغير.

يتمتع هذا الممثل القانوني بخاصية مهمة أنه لا يمثل الشركة فحسب وإنما يمثل حتى الشركاء فيها داخليا وخارجيا، والتمثيل هنا لا يخص كل الأشخاص في الشركات التجارية بشكل عام، لأن الممثل القانوني في الشركات التجارية يتميز بخصوصية معينة لأنه يتنوع بحسب الشخص الذي يمثله ، فهناك ممثلي المساهمين أصحاب الأسهم المشاعة، وممثلي الشركاء أصحاب حق الانتفاع، وممثلي القصر الدين سمح لهم المشرع بالانضمام لبعض الشركات التجارية، فكل هذه الحالات تتعلق بالتمثيل الاتفاقي الذي يكون غرضه المحافظة على أموال هؤلاء الأشخاص وتمثيلهم في الجمعية العامة، تحقق هذه الأنواع من التمثيل القانوني داخل الشركة التجارية فائدة نظرية مصدرها القانون و الاتفاق وهي تختلف حسب شكل الشركة كما تختلف باختلاف المصالح المحمية وتتميز أنها حماية داخلية.

أما إذا تحدثنا عن الفائدة العملية لتمثيل الشركة التجارية فنكون بصدد تمثيل الشركة التجارية خارجيا، هنا تظهر حماية مصالح الغير الذي يتمتع بحماية قانونية حتى في حالة عدم مشاركته في

بعض التصرفات التي تقوم بها الشركة أو ممثلها، باعتباره أول من يتأثر من تغير ظروف الشركة التي تتعرض خلال حياتها لتغيرات لا يمكن التنبؤ بها .

لذلك يتوجب عند الحديث عن ممثل الشركة ان نتطرق لمسألة تحديد سلطات المسير والصلاحيات الممنوحة له، حيث قام المشرع بتنظيم تلك السلطات ضمانا لحقوق الغير فوضع أحكاما خاصة بتلك الحماية أثناء تمثيل الشركة التجارية والتي ترتكز على قاعدة في غاية الأهمية والمتمثلة في "عدم الاحتجاج على الغير" والتي يقصد بها عدم سريان تصرف معين تجاه الغير، حيث تسمح هذه القاعدة للغير بأن لا يعلم بوجود بعض التصرفات وأن يتجاهلها، وفي حالة الاحتجاج عليه بها سمح المشرع للغير بأن يتمسك بعدم تطبيق أثرها عليه باعتبارها غير موجودة بالنسبة له .

ان الهدف من إيجاد قاعدة عدم الاحتجاج هو حماية الغير فعند تولي الأشخاص الطبيعية أمر التصرف باسم الشركة ولحسابها قد يحصل أنهم يقومون باستغلال مكانتهم في الشركة التجارية واستغلال صلاحياتهم إضرار بمصالح الغير، كما قد يتعامل مع الغير أشخاص لا يتمتعون بالصفة القانونية لتمثيل الشركة فيقومون بالإساءة لحقوق الغير عن طريق استعمال سلطة معينة أو بسوء تصرفهم مع المتعاملين.

لا يكون الأساس القانوني لهذه القاعدة مبدأ نسبية أثر العقود على اعتبار الغير طرف أجنبي عن العقود التي تبرمها الشركة عن طريق ممثليها، إنما مصدرها أن ذلك التصرف يعتبر صحيحا حيث لا يفتقد لشروط قانونية موضوعية أو شكلية تجعله غير نافذ تجاه الغير، لكن لضرورة حماية الغير اعتبره المشرع غير موجود وغير نافذ تجاه الغير، وهذا ما تبناه المشرع كوسيلة للحد من سلطات المسيرين تجاه الغير[1].

لتطبيق قاعدة عدم الاحتجاج تجاه الغير اعتمد المشرع على عنصرين للتقييد من آثار صلاحيات المسيرين والمتمثلين في عدم الاحتجاج على الغير بالتحديد الاتفاقي لسلطات المسيرين في

[1] Amel Mamlouk ,op, cit , p 80

القانون الأساسي، وثاني عنصر يتمثل في عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير موضوع الشركة والذي يحتج به المسيرون للتخلص من التزاماتهم تجاه الغير.

تختلف مسؤولية المسير تجاه الغير باختلاف صلاحياته في حالة تعدد المسيرين، حيث تتميز الحماية في حالة الإدارة الجماعية للشركة التجارية بأحكام خاصة لا تطبق في حالات الإدارة الفردية، لأنها ترتب المسؤولية الجماعية أي التضامنية تجاه الغير فتتحول المسؤولية من شخصية إلى تضامنية عند اتخاذ القرارات المشتركة التي ينتج عنها ارتكاب تجاوزات تضر بمصالح الغير، واستنادا الى ذلك سنتطرق لقاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع الشركة (فرع اول)، ثم عدم الاحتجاج على الغير بتحديد سلطات المسيرين (فرع ثاني)،ثم نتطرق للإدارة الجماعية وحقوق الغير (فرع ثالث).

الفرع الأول: عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع الشركة التجارية.

لممثلي الشركة التجارية مطلق الصلاحيات في التصرف باسم وحساب الشركة تجاه الغير طالما لم يتجاوزوا موضوعها، وتلتزم الشركة بتلك التصرفات باعتبارها ضمن حدود موضوعها، أما في حالة تجاوزه فلا تلتزم الشركة عندئذ تجاه الغير بل يلتزم المسير كعقوبة له عن ذلك التجاوز[1]، فالأصل أنه لا تلتزم الشركة إلا بتصرفات المسير التي تتطابق مع موضوع الشركة، وهذا ما جاء في المادة 555 من القانون التجاري بالنسبة لشركة التضامن والتي تنص على انه" تكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة وذلك في علاقتها مع الغير".

لم يقرر المشرع هذا الحكم بالنسبة لكل الشركات التجارية فقرر قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، فتكون الشركة ملتزمة بتلك التصرفات إلا إذا تم إثبات علم الغير بتجاوز المسير موضوع الشركة، كما أضاف أن نشر القانون الأساسي لا يعتبر كافيا لتأكيد علم الغير به، لأنه قد يتعذر على الغير الرجوع للعقد التأسيسي

[1] Maria Beatriz ,op, cit, p 83.

للاطلاع على سلطات المسيرين عند التعاقد إلا إذا وجدت ظروف يستحيل معها عدم علم الغير بذلك التجاوز[1].

ولعل استثناء شركة التضامن من قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لحدود موضوع الشركة تجاه الغير، يرجع لقوة الضمان الممنوح للغير في هذه الشركة التي يكون فيها الشركاء مسؤولون بصفة شخصية وتضامنية عن كل التزامات الشركة، فيكون للغير هنا ذمة الشركة والذمة المالية لكل شريك وتكون كلها ضامنة للوفاء بالديون، على عكس الشركات الأخرى أين يكون الشريك مسؤولا في حدود الحصة المقدمة للشركة[2].

اعتبر المشرع موضوع الشركة الأساس القانوني لسلطات القائمين بإدارة شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة لأن تمثيلهم لشركة يكون بغرض تحقيق موضوعها الذي نشأت من أجله، فيكون أي تصرف متعارض مع غرضها تجاوز لسلطات المسير، ذلك أن أهلية الشركة تقف عند حدود الغرض الذي نشأت من أجله والذي تضمنه عقدها التأسيسي[3].

يمكن استخلاص موضوع الشركة من تعاملات المسير اللازمة للوصول لغرض الشركة وتحقيق غايتها فعلى هذا الأساس يقوم المدير بالكثير من التصرفات يبيع، يشتري، يؤجر، ويستأجر، يقترض يقاضي الغير، يبرم عقود عمل، يحرر أو يظهر أوراق تجارية، يؤمن على الشركة وغيرها من التصرفات اللازمة للتعاقد باسم الشركة لتحقيق مصلحتها[4].

كما يعتبر موضوع الشركة مجموع النشاطات التي تعتزم الشركة إبرامها خدمة لمصالحها، وسعيا لتحقيق الرباح، ويعتبر إقرار المشرع بمسؤولية الشركة عن الأعمال الخارجة عن موضوع الشركة تجاه

[1] تنص المادة 577 بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة "إن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير التي لم تدخل في نطاق موضوع الشركة مالم تثبت أن الغير كان عالما أن التصرف يتجاوز ذلك الموضوع".
وتنص المادة 623 بالنسبة لشركة المساهمة:" تلتزم الشركة في علاقتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة".

[2] فيما يتعلق بشركة التوصية بالأسهم تنص المادة 715 ثالث4ّفي إطار العلاقات مع الغير تلتزم الشركة حتى بأعمال المسير التي لا تخضع لموضوع الشركة إلا إذا توصلت إلى إثبات الغير كان على إطلاع بأن نشاط المسير بعيد عن موضعها أولا يمكنه تجاهله نظرا للظروف مع استثناء أن مجرد نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البينة" ولم يرد مثل هذا الحكم في الشركة التوصية البسيطة.

[3] صمود سيد أحمد " معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية "، مجلة العلوم القانونية والإدارية جامعة جيلالي اليابس بلعباس مكتبة الرشاد للطبع والنشر، العدد 06- 2009، ص 157.

[4] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 107.

الغير نتيجة طبيعية لتراجع المفهوم العقدي للشركة التجارية، فلم يعد لموضوع الشركة أهمية إلا بالنسبة لشركات الأشخاص خاصة شركة التضامن أما في شركات الأموال فأصبح موضوع الشركة مجرد عنصر محدد لنشاطها دون أن يكون له فعالية في إلزام المسير بتصرفاته تجاه الغير.

إن تراجع دور موضوع الشركة في تقييد تصرفات ممثلها تجاه الغير سببه اتساع نطاق موضوع الشركة وصعوبة تحديده، هذا ما جعل المشرع يخضع الشركة للأعمال التي يقوم بها المسير كلها حتى التي تتجاوز موضوعها، نظرا لأن مسألة إثبات الغير أن تصرف المسير متطابق مع موضوع الشركة أصبح يخلق صعوبات كثيرة أمام القضاء[1]، خاصة أن نشاطات الشركة كثيرة ومتنوعة الأمر الذي يجعل إثبات تجاوز موضوع الشركة صعب تحقيقه، فتقلص دور موضوع الشركة فأصبح يستعمل كوسيلة لرقابة الشركاء لمدى تجاوز المسيرين لصلاحياتهم داخل الشركة وليس في العلاقة مع الغير.

كما يمكن اعتبار اعتداء المسير على سلطات أجهزة أخرى داخل الشركة تجاوزا لموضوعها[2]،وإن تجاوز موضوع الشركة لا تصححه الإجازة الجماعية للشركاء أو المساهمين ولا يمكن التصحيح إلا بتعديل غرض الشركة في القانون الأساسي، من أجل ذلك اتجه المشرع نحو إلزام الشركة بتصرفات ممثليها المجاوزة لموضوع شركة المساهمة والتوصية بالأسهم والمسؤولية المحدودة، إلا إذا أثبتت الشركة علم الغير أو إمكان علمه ولم يعترف المشرع بالشهر كوسيلة لإثبات ذلك العلم واستبعد تحقق العلم أو افتراض العلم المستفاد من إجراءات الشهر[3].

من اجل ذلك يجب أن يولي المؤسسون عناية شديدة بتحديد غرض الشركة يوم تأسيسها، فهو أمر في غاية الأهمية لأنه يرتبط بتحديد شكل الشركة، ومدى مسؤوليتها ومسؤولية مسيرها ونشاطاتها المالية والتجارية التي تقوم بها، كلها تنشأ لتحقيق غرضها الذي قامت من أجله[4].

[1] لطفي جاب الله، المسؤولية العقدية للشركة تجاه الغير، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، المنار ،2004-2005، ص 50.

[2] A. Mamlouk, op , cit , p 88.

[3] سيد أحمد صمود، المرجع السابق، ص 158.

[4] Le lamy des sociétés commerciales, op.cit, p 370

إن إلزام الشركة بالتصرفات الخارجة عن موضوعها والتي يقوم بها ممثليها ينطوي على خطورة كبيرة على حقوق الشركاء، حيث تم تغليب مصلحة الغير على مصلحة الشركاء بالإقرار بذلك الحكم، لذلك علق المشرع تلك الحماية على وجود معيار حسن نية الغير[1]، لوضع نوع من التوازن بين مصالح الشركاء ومصلحة الغير، واعتبر علم الغير بذلك التجاوز لحدود موضوع الشركة من طرف المسير وتعامله معه الوسيلة التي يمكن للشركة اعتباره من خلالها سيء النية، ويمكنها عندئذ التمسك بذلك التجاوز تجاهه.

إن سوء نية الغير صعب إثباته خاصة في ظل عدم وجود مفهوم دقيق لحسن النية في قانون الشركات فنجد المشرع يستعمل عبارة "حسن النية" بربطها بعدم علمه بالتصرف، ويعبر عن عدم العلم بعدم استطاعته أن يجهل التصرف في الظروف التي وضع فيها [2]، وهذا يدل على أنه لا يمكن للغير التمسك بجهله للتصرف طالما لم تكن ظروفه تمنع علمه بها ،ولأنه يعلم أن القانون الأساسي للشركة معرض للتعديل وأن سلطات المسير يمكن أن تتغير وأن حسن نيته يرتبط باطلاعه على القانون الأساسي للشركة، وأنه يستفيد من عدم الاحتجاج عليه كمكافأة له لحسن نيته[3].

وضع المشرع شرط حسن النية لتطبيق الحماية للغير ولخلق التوازن بين حقوق الغير وحقوق كل من الشركة والشركاء، لكنه لم يبين حدوده ذلك ان معيار عدم العلم غير كاف لأنه يستحيل تحققه في الكثير من الحالات ، خاصة عندما يتصرف المدير لتحقيق مصلحة خاصة، لذلك فإن كانت حسن النية هي عدم العلم فيتمثل سوء النية في العلم الأكيد للغير بتجاوز المدير لموضوع الشركة [4]،فإن عدم علم الغير يعتبر تكريسا لمبدأ حسن النية الذي يعتبر أحد أسس عقد الشركة التي تتطلب الثقة وترتكز على هذا المبدأ منذ نشوء الشركة وحتى تحقيقها لغرضها وانتهائها .

[1] عرف الفقه حسن النية في العقود بأنه التطابق بين النية الداخلية للشخص مع تصرفاته الخارجية وتدل عليه الكثير من الصفات، الصدق، والولاء ما يتعارض مع الكذب والغش والاحتيال.

[2] المادة 623 من ق.ت " ... إلا إذا أثبت أن الغير كان يعلم بأن العمل تجاوز هذا الموضوع أو كان لا يستطيع أن يجهله مراعاة للظروف."

المادة 715 ثالثا 4 " إلا إذا توصلت الشركة إلى إثبات أن الغير كان على إطلاع بأن نشاط المسير بعيد عن موضوعها أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف".

[3] Y. Guyon, op, cit, p,521.

[4] G. Ripert, R, Roblot,op,cit, p 380.

استبعد المشرع إجراء النشر القانوني للتأكيد على علم الغير، فإن مجرد نشر القانون الأساسي وتضمينه موضوع الشركة لا يعتبر قرينة على علم الغير به، حسب ما جاء به المشرع فإنه لا سبيل لتخلص الشركة من الالتزام إلا بإثبات علم الغير بتجاوز المسير لموضوع الشركة، فان مجرد النشر القانوني لا يعتبر كافيا لإقامة ذلك الدليل، ولم يحدد المشرع صور حسن النية عند تقريره لهذه الحماية، واكتفى بعبارة " إلا إذا ثبت أنه لم يستطيع أن يجهله نظرا للظروف" .

فيمكن أن تستخلص تلك الظروف من الوضع العام للدائن إذ يستحيل أن يكون جاهلا بموضوع الشركة الذي يتم تحديده ومناقشته يوم إبرام عقد الشركة ، لكن ما يمكن أن يجهله الغير فعلا هو تجاوز المسير بتصرفاته لذلك الموضوع وهو المعيار المحدد لحسن أو سوء نية الغير خاصة أن القوانين الأساسية للشركات عند تحديدها لموضوع الشركة يكون بصفة مطلقة، فيتم توسيع مجاله بالإشارة للغرض بصفة غير دقيقة ، حيث يشمل عمليات تجارية مالية صناعية أو عقارية وكل عملية من شأنها تحقيق مصالح للشركة، فيتعذر على الغير في هذه الحالة تحديد موضوع الشركة ويفتح المجال للمسير بالقيام بكل التصرفات، وفي كل الأحوال يرجع لقاضي الموضوع تحديد هذه المسألة[1] .

نجد نفس الحكم جاء به للقانون التجاري الفرنسي حيث اشارت المادة 227 -6 منه على ان يتم تمثيل الشركة تجاه الغير عن طريق مدير يتم تعيينه في القانون الأساسي والذي يتمتع بسلطات واسعة في التعامل باسم الشركة وفي حدود موضوعها وفي العلاقة مع الغير تسأل الشركة تجاهه حتى بالنسبة لتصرفات المدير التي تتجاوز موضوع الشركة إلا في حالة علم الغير بذلك التجاوز ولا يعتبر النشر دليل على علم الغير[2] .

[1] A. Mamlouk, op, cit, p 92.

[2] Art n 227-06 du c. c. f « Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, a moins qu' elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu' il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

اعتبرت محكمة استئناف باريس قيام مسير شركة ذات مسؤولية محدودة بإبرام اتفاقية ضمان لديون أحد البنوك تجاه الشركة باطلا لمخالفته للشروط القانونية، واعتبرته تجاوزا لموضوع الشركة، ولم تسمح المحكمة للبنك بالاحتجاج بعدم علمه بتجاوز موضوع الشركة نظرا لثبوت حصوله على نسخة من القانون الاساسي للشركة واطلاعه عليه، بالإضافة لاطلاعه على محضر قرار الجمعية العامة الذي سمح بإجراء ذلك الضمان [1]، وعليه فان تحديد مسالة علم الغير بتجاوز موضوع الشركة يخضع لظروف كل حالة.

الفرع الثاني: عدم الاحتجاج على الغير بتحديد سلطات المسيرين.

يتمتع المسيرين بسلطات واسعة في الشركة وتجاه الغير فيحق للمسير أن يبرم كل التصرفات اللازمة لنشاط الشركة من بيع واستئجار وتأمين وشراء للسلع وتوقيع على الأوراق التجارية مع الإشارة، إلا أنه يجب أن يحصل في بعض التصرفات على إذن خاص من الشركاء [2].

ان تمتع المسيري بسلطات واسعة في الشركة هدفه تحقيق الغرض المطلوب من المسيرين والمتمثل أساسا في تحقيق مصلحة الشركة، فنجد المشرع من أجل تحقيق ذلك يمنح للمسيرين صلاحيات واسعة للتصرف باسم وحساب الشركة التجارية، لذلك كان لا بد من أن تكون للمسيرين سلطات واسعة مستمدة من القانون ومن توجيهات وقرارات الشركاء والمساهمين باعتبار إدارة الشركة بمثابة الجهاز التنفيذي لها[3].

ففي علاقة المسيرين بالغير يمنح المشرع لممثلي الشركات التجارية سلطات واسعة فتنص المادة 577 من ق.ت " في العلاقات مع الغير للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون إخلال السلطات التي يمنحها القانون صراحة للشركاء"، لكن وإن كانت هذه

[1] Ca Paris 30 janvier 1987, 15ème ch, F. Lefebvre, p 38.

[2] عمور عمار، المرجع السابق، ص 239.

[3] فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد الرابع، دار مكتبة التربية، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 1997، ص 283.

السلطات واسعة إلا أنها ليست مطلقة فحماية للشركة ولحقوق الغير، يمكن تقييدها باتفاق الأطراف عن طريق تحديد تلك الصلاحيات في القانون الأساسي.

سمح المشرع للشركاء في الشركة التجارية بوضع قيود على سلطات المسيرين، فلا يجوز تجاوز هذه الحدود إلا بتعديل القانون الأساسي ووضع سلطات أوسع، ولابد أن يتخذ الشركاء القرارات التي تحد من سلطات المسيرين ضمن اختصاصاتهم وبشكل قانوني، وألا تجرد تلك القرارات المسيرين من سلطاتهم المستمدة من نصوص القانون، يتوقف دور الشركاء في تقييد سلطات المديرين على المركز القانوني لهم في الشركة، فالتشريعات التي تعتبر المدير وكيل عن الشركاء تجيز تقييد سلطاته بكل حرية فمن حق الموكل أن يقيد سلطات المدير أو يطلقها.

أما التشريعات التي تعتبره عضوا أو جهازا من أجهزة الشركة لا تقتصر وظيفته عندئذ على تمثيل الشركة فقط، بل إدارتها وتصريف شؤونها بخبرته في مجال الأعمال ،فإنها تمنح له سلطات مطلقة للقيام بمهامه بحرية واستقلالية[1]، فنجد المشرع يمنح للمسيرين بعض السلطات التي لا يمكن المساس بها ولتحقيق التوازن لسلطات المسير باعتباره وكيلا عن الشركة وفي نفس الوقت عضو من أعضائها وسع المشرع تلك السلطات ،لكنه سمح بتقييدها عن طريق الاتفاق على ذلك التحديد بين الشركاء والمسيرين[2]، فتنص المادة 554 من القانون التجاري على :"يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي ،أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة، وتضيف المادة 555 من القانون التجاري فقرة أخيرة" لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة".

نفس الشيء بالنسبة لسلطات مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة فتنص المادة 577 من القانون التجاري: "يحدد القانون الأساسي سلطات المديرين في العلاقات بين الشركاء . . .

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق ص286.

[2] لابد من احترام السلطات التي منحها المشرع للمسيرين فلا يمكن المساس بها، ويعتبر أي شرط يحرم المسيرين من سلطاتهم المقررة قانونا بإسنادها لجهة أخرى كأن لم يكن.

لا احتجاج تجاه الغير بالشروط التي يتضمنها القانون الأساسي والمحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة" .

نفس المبدأ اعتمده المشرع في شركة المساهمة فنصت المادة 623 فقرة أخيرة: "لا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة" .

يمكننا أن نلاحظ الحماية التي قررها المشرع للغير من خلال هذه النصوص التي جعلت من الاتفاقات التي تحد من سلطات المسير بلا أثر قانوني تجاه الغير، كوسيلة قانونية مهمة في الأحكام المنظمة للشركات التجارية، باعتبارها وسيلة وقائية لحماية الغير من أي شرط في القانون الأساسي، أو قرار يتخذه الشركاء يحدد من سلطات المسيرين قد لا يعلمه الغير الذي لا يمكنه أن يكون على إطلاع تام بكل ما تقوم به الشركة من اتفاقيات قد تسبب ضررا للغير حسن النية[1] .

أما مسألة نشر صلاحيات المسيرين في نشرة الإعلانات ليعلم بها الغير فلم تكن واضحة في القانون التجاري، إذ لا نجد أي إشارة إلى أنه في حالة إعلام الغير بذلك التحديد للسلطات يسري في حقه، فلا يوجد نص يلزم الشركة بنشر تحديد السلطات خاصة في حالة التحديد باتفاق لاحق لتأسيس الشركة، لكن و باعتبار تغيير سلطات المسير من شانه ان يعدل العقد التأسيسي فإنه يجب أن يكون محل نشر وهذا ما جاء في المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ،التي ألزمت الشركات باطلاع الغير على كل التعديلات التي تقوم بها ،وخاصة المتعلقة بصلاحيات هيئات الإدارة[2] .

تبقى هنا مسألة أثر تحديد السلطات تجاه الغير في حالة نشره غير واضحة ، خاصة أن النصوص التي جاء بها المشرع في هذا الشأن هي نصوص ملزمة لم يستثن فيها المشرع حالة النشر ، فيفهم من ذلك أن لا أثر لذلك التحديد للسلطات تجاه الغير، حتى في حالة نشره وعلم الغير به، ذلك

[1] لا يجب الخلط هنا بين مبدأ حسن نية الغير كشرط جوهري لتطبيق الحماية وبين مسألة علم الغير من عدم علمه، خاصة أن عدم نشر تحديد السلطات لا يعني بالضرورة عدم علم الغير به.

[2] المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ..." كما تكون موضوع إشهار قانوني صلاحيات هيئات الإدارة أو التسيير وحدودها ومدتها وكذا كل الاعتراضات المتعلقة بهذه العمليات ... موضوع إشهار قانوني على نفقة المعني"

أن عدم الاحتجاج على الغير بتحديد سلطات المسير تجاه الغير لم يقرره المشرع كجزاء مترتب عن إهمال نشر التحديد السلطات وإنما تم تقريره حماية للغير ، هذا بالإضافة إلى أن تحديد السلطات يعتبر اتفاق غرضه تنظيم السلطات وتحديد النظام القانوني للعلاقات الداخلية للشركة بينها وبين ممثليها، لذلك فإن أثر تلك الاتفاقيات المحددة للسلطات لا يجب أن يمتد للغير بحيث لا يكون لها إلا أثر داخلي في العلاقات الداخلية للشركة ،من هنا يمكن افتراض عدم وجود تلك الاتفاقيات تجاه الغير[1].

لا تسري آثار تحديد السلطات إلا بين أطراف الاتفاق حتى في حالة نشره، إن عدم احتجاج الشركة على الغير بنشر تحديد السلطات المسندة للمسير يقوم على أسس السرعة والثقة في المعاملات التجارية، لأنه يوفر على المتعاملين مع الشركة ضرورة الاطلاع على القانون الأساسي بصفة مستمرة وقبل كل تعامل مع الشركة للتأكد من صلاحيات المسير، مما يسبب البطء في التعاملات مالا يتماشى مع سرعة الحياة التجارية.

كما أن عدم الاحتجاج بنشر تحديد السلطات على الغير يوفر له الثقة ويجعله في مأمن من كل إبطال لقرارات مسيري الشركات في حالة تجاوزها للحدود المتفق عليها، الأمر الذي يجعل الشركة هي المسؤولة عن ديونها تجاه الغير سواء تجاوز المدير حدود صلاحياته أم لم يتجاوزها[2].

نفس الموقف احتذته محكمة النقض الفرنسية أنه لا أثر للاتفاقيات المحددة لسلطات مسيري الشركة التجارية تجاه الغير حتى في حالة نشرها[3].

تطبق نفس قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتحديد السلطات في العلاقة بين رئيس مجلس الإدارة والغير الذي منحه المشرع سلطة تمثيل الشركة في العلاقة مع الغير ودون أن يحتج عليه بتحديد سلطته في القانون الأساسي، أو بقرار من مجلس الإدارة، وهذا ما جاء في المادة 638 من القانون التجاري، ولم يرد هذا الحكم بشأن المدير العام رغم أنه يتمتع بنفس سلطات رئيس مجلس الإدارة

[1] P. Didier , Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes des ,R.T.D, France, 1993, p 192.
[2] A. Mamlouk , op, cit, p 80
[3] Cass , civ .n 2758,09-12-1980, bull de ,cass .Civ, 1980, p 174.

تجاه الغير، حيث تنص المادة 641 فقرة أخيرة:" للمديرين العامين نحو الغير نفس السلطات التي يتمتع بها الرئيس[1]".

أما المشرع الفرنسي فنجده يقرر نفس الحكم بالنسبة للمدير العام حيث جعل كل تحديد لسلطاته غير نافذ تجاه الغير، وهذا ما جاء في المادة 225-56 من القانون التجاري الفرنسي[2].

لم يحدد المشرع صفة الغير المعني بهذه الحماية المقررة بخصوص صلاحيات المسيرين، إلى جانب أنه لم يميز بين الغير حسن النية وسيء النية مثلما فعل في بقية الأحكام الخاصة بحماية الغير ، لكن معظم الفقه القانوني يستثني الغير سيء النية من هذه الحماية ،ويجعل حسن النية شرط أساسي لتطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بتحديد السلطات ، ولا يكون علم الغير أو عدم علمه معيار لتحديد حسن النية، لأن الغير قد يعلم حدود السلطات ولكنه على علم في نفس الوقت أنه لا يمكن الاحتجاج عليه بهذا التحديد، كما لا يمكن اعتبار النشر دليل على علم الغير وعلى سوء نيته، لأن علمه قد يتحقق بوسائل أخرى غير النشر القانوني[3].

إن تقرير مسؤولية المسير تجاه الغير حتى في حالة تحديد سلطاته أساسه القانوني السلطات الواسعة في علاقة المسير مع الغير وهي نظرية ألمانية تسمى نظرية "Procura" منحت المسير كل الصلاحيات في التصرف باسم ولحساب الشركة تجاه الغير فكان نتيجة تلك الصلاحيات تقرير مسؤولية المسير حتى في حالة تحديد سلطاته[4].

هذا ما يتناقض مع أحكام الوكالة في القواعد العامة والتي تقضي بعدم خروج الوكيل عن حدود وكالته، وعدم مسؤوليته عن التصرفات الخارجة عن عقد الوكالة[5]، فإن ضرورة حماية الغير

[1] نص المشرع في المادة 649 و652 من ق.ت على قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بحدود سلطات مجلس المديرين وأعضائه دون الإشارة للمدير العام.

[2]Art n 225-56 « La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait ce objet ou qu'il ne pourrait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

[3] D. Gibirila , Le dirigeant de sociétés statut juridique, social ,Litec , France, 1995, p 340

[4]M.Didier ,op,cit, p 188.

[5] المادة 575 من ق.م " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة".

جعلت المشرع يتخلى عن المفهوم العقدي لعلاقة المسير بالشركة ويتجه نحو اعتباره جهاز من أجهزتها .

الفرع الثالث: الإدارة الجماعية وحماية حقوق الغير.

سمح المشرع للشركة التجارية أن تستعين في تسييرها بعدة مسيرين لأن الإدارة الجماعية للشركة تحقق التنوع في التخصصات والخبرات التي تطور نشاط الشركة ،لأن الكفاءة التقنية والإدارية والمعرفة التكنولوجية لطرق الإدارة الحديثة لا يمكن أن تتوفر كلها في شخص واحد ، فيمكن أن تسير شركة تضامن أو مسؤولية محدودة من طرف مجموعة من المسيرين[1]، وحتى شركة المساهمة التي وضع لها المشرع نظام تسيير مزدوج يتكون من أعضاء مكلفين بتسيير الشركة نظم المشرع سلطاتهم في علاقتهم مع باقي أجهزة شركة المساهمة ،كما نظم صلاحياتهم تجاه الغير و منحهم سلطات واسعة وألزم الشركة بتصرفات مجلس الإدارة ومجلس المديرين تجاه الغير حتى في حالة تجاوزهم لموضوع الشركة وغرضها .

أما سلطات المسيرين في شركة التضامن والمسؤولية المحدودة فلم يوزع المشرع السلطات بينهم إنما منح كل مسير كل الصلاحيات تجاه الغير والتي يمارسها بصفة منفردة، فلم يقيدها المشرع بسبب تعددهم[2]، وتكون لهم نفس الصلاحيات في علاقتهم بالشركة وبكل مسير فيها لذلك منح المشرع للمسير حق المعارضة لتصرفات مسير آخر في حالة عدم موافقته عليه، فتكون هنا تلك المعارضة وسيلة قانونية مقيدة لتصرفات المسيرين في العلاقات الداخلية للشركة، ويبقى للمعارضة أثرها الداخلي حيث أنها لا تمنع إبرام التصرف مع الغير.

أصبحت الإدارة الجماعية للشركة ضرورية لنجاحها ، لكن توزيع السلطات على المسيرين أو حتى معارضة أحدهم قد يجهله الغير، خاصة في شركة التضامن والمسؤولية المحدودة، فالأمر ممكن

[1] المادة 555 من ق.ت عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفردا بالسلطات المنصوص عليها " كما نص بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة في المادة 577 من ق.ت:" عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منفردا بالسلطات المنصوص عليها في هذه المادة.

[2] تنص المادة 555 من ق.ت " عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفرد بالسلطات المنصوص عليها

أن يكون أوضح بالنسبة للغير في شركة المساهمة التي اهتم المشرع بتحديد سلطات كل الأجهزة والأعضاء فيها، وفي كل الأحوال فإن القرارات المتخذة يمكن أن تكون بصفة فردية أو بصفة جماعية، كما يمكن أن توزع السلطات على المسيرين فيكلف كل مسير بمهام معينة إلى جانب إمكانية توزيع السلطات على المسيرين كل بحسب تخصصه[1].

أما تجاه الغير فإن للمسير كل الصلاحيات لإدارة الشركة والتصرف باسمها ولحسابها في حدود غرضها وتسأل الشركة حتى في حالة تجاوز غرضها وذلك تجاه الغير، ومنح المشرع للمسير حق معارضة قرار احد المسيرين في حالة الإدارة الجماعية نظرا للسلطات الواسعة التي يتمتع بها المسيرين، ومن أجل ذلك التوسيع في سلطات المسير جعل المشرع معارضة أحد المسيرين لتصرفات مسير آخر غير نافدة تجاه الغير، كما ألزم المسيرين تضامنيا تجاه الغير في حالة اتخاذ القرارات الجماعية التي تمس بمصالح الغير، فجعل المشرع المسير مسؤولا تجاه الغير فرديا أو جماعيا وبالتضامن عن كل مخالفة للنظام القانوني للشركات، وعن كل خطأ عقدي أو خطأ شخصي سبب ضرر له:

أ- عدم الاحتجاج على الغير بمعارضة المسيرين لتصرفات مسيرين آخرين.

تضمن الإدارة الجماعية للشركة حسن تسييرها خاصة أنها تخفف من مسؤولية الشركة والمسير في حالة انفراده ، كما أنها توسع صلاحيات المسيرين تجاه الغير والتي لا يمكن تحديدها الا بمعيار موضوع الشركة، كما تحدد بالاتفاق في العلاقة بين المسيرين وبين المسيرين والشركة [2]، كما تتقيد العلاقة بين المسيرين عن طريق قاعدة المعارضة التي جاء بها المشرع حماية للمسير من تحمل عبئ قرارات لم يوافق عليها ،كما تحتوي على حماية للغير بجعل تلك القاعدة غير نافدة تجاه الغير فلا يمكن للمسير الاحتجاج بها حيث لا يكون لها أثر قانوني تجاهه إلا في حالة علمه بها، حيث يسعى

[1] يمكن أن يحدد اختصاص كل مدير فيتولى أحدهم الإدارة المالية وآخر إدارة الإنتاج ح وآخر الإدارة التجارية أو التسويق، وفي حالة توزيع السلطات حسب التخصصات، لا يحتج به تجاه الغير لأن المشرع جعل المسير يتمتع بكل الصلاحيات تجاه الغير بالتالي لا يمكن الاحتجاج بالتخصص تجاهه.

[2] تنص المادة 555 من ق.ت :" لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة " كما تنص المادة 777 الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة "لا احتجاج تجاه الغير بالشروط التي يتضمنها القانون الأساسي والمحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة".

المسير من استعمال هذا الحق أن يعلم الغير بإنكاره وعدم موافقته على تصرفات باقي المسيرين لدرأ مسؤوليته إلى جانب قيامه بالمعارضة قبل إبرام التصرف بغرض إيقافه[1].

إن عدم الاحتجاج على الغير بمعارضة المسيرين لتصرفات المسيرين الآخرين يتضمن حماية مهمة للغير من خطورة تعارض المواقف والنزاعات التي ممكن أن تنشأ نتيجة الإدارة الجماعية، وبغرض تسهيل سرعة المعاملات التجارية، وإعلام الغير بتلك المعارضة وإعفاؤه من الاحتجاج بها عليه في حالة عدم علمه بها، هذا العلم الذي لا يتحقق حسب الفقه إلا بقيام المسير بتبرير إنكاره لتصرف المسير الآخر، وهنا يكون بإمكان الشركة أن تتخلص من التزامها تجاه الغير في حالة إثباتها علم الغير بذلك التصرف ورغم ذلك قام بإبرامه[2].

لا يمكن للمسير الاعتماد على عدم توقيعه لمحضر المداولات الذي اتخذ القرار بموجبه من اجل الاحتجاج على الغير بمعارضته [3]، بل يمكن أن يحتج بذلك تجاه الشركة وتجاه باقي المسيرين لأن تقرير حقه في المعارضة هدفه تنظيم السلطات داخل الشركة عند اتخاذ قرارات جماعية ،وليس هدفه تقييد الصلاحيات بل هي إجراء قانوني لتحقيق التوازن بين الصلاحيات والمصالح الداخلية للشركة التجارية [4]، كأنه "حق فيتو" من حق المسير استعماله حتى وإن كان التصرف المتنازع فيه غير معارض للأحكام المنظمة للشركات أو للقانون الأساسي للشركة [5]، إلا أن توقيع المسيرين جماعيا مهم في هذه الحالة من أجل تقرير مسؤوليتهم التضامنية عند اتخاذ قرارات جماعية أو ارتكاب أخطاء مشتركة تجاه الغير.

[1] A. Mamlouk, op ,cit, p 84.
[2] M. Didier ,op.cit, p 199.
[3] ممكن أن يتم الاتفاق في القانون الأساسي للشركة التجارية على التوقيع الجماعي للمسيرين عند اتخاذ القرارات في حالة تعددهم.
[4] A. Mamlouk, op, cit, p 85.
[5] G.Ripert ,R. Roblot ,op.cit., p 1013

ب- المسؤولية التضامنية أثناء الإدارة الجماعية للشركة التجارية.

يسأل مسيرو الشركات التجارية مسؤولية تضامنية قائمة على تعددهم واتخاذهم لقرارات مشتركة، إلى جانب ارتكابهم لأخطاء مشتركة ، حيث تسهل هذه المسؤولية للدائنين الحصول على حقوقهم، ولا تأثر هذه المسؤولية الناتجة عن تسيير الشركة على مسؤولية الشريك التضامنية في شركة التضامن فلا تتداخل مسؤولية المسير عن الخطأ الذي ارتكبه مع مسؤوليته التضامنية كشريك متضامن تجاه الغير، لأن المسير في شركة التضامن لا يسأل تضامنيا إلا إذا سير الشركة مع مسيرين آخرين في الحالة التي يكون فيها مدير غير شريك ، أما الشريك فيكون ملتزم تضامنيا التزاما مرتبطا بعقد الشركة منذ نشوئها سواء قام بتسيير الشركة أو لم يقم بتسييرها [1].

فالأصل أن إدارة شركة التضامن يعود إلى كافة الشركاء حيث يعتبرون وكلاء عن بعضهم البعض في إدارة أعمال الشركة دون رجوع أحدهم على الآخر إلا في حالة اعتراض أحدهم على عمل الآخر ، كما يقوم المسير بكل التصرفات لمصلحة الشركة وذلك تجاه الغير ، لكن يبقى المسير مسؤولا في حالة ارتكابه أخطاء ومخالفته للقوانين والتنظيمات وحتى في حالة إبراء المسير من طرف الشركاء[2].

يسري نفس الحكم على كل من أناب عن المدير في إدارة الشركة ولو كان ذلك بدون ترخيص أما أساس تلك المسؤولية فهو عقد الوكالة سواء تم ارتكاب الخطأ من أحد المسيرين أوكلهم، كما تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية[3].

يرى بعض الفقيه "Ripert" أن المسؤولية التضامنية لمسيري الشركات التجارية مسألة دقيقة تنطوي على ظلم للمسيرين الذين لم يشتركوا في الخطأ الذي ارتكبه أحدهم، بالتالي فهي فكرة مرفوضة

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، شركة التضامن، ج 2، منشورات الحلبي، لبنان 1994، ص 37.
[2] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 131.
[3] تقوم مسؤولية المسير على أساس الوكالة باعتباره مرتبط بالشركة عن طريق العقد، فتنص المادة 579 من ق.م:" إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك"، أما المسؤولية التضامنية القائمة على المسؤولية التقصيرية حسب المادة 126 من ق.م:" إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي".

لأنها ترتبط بفكرة انكار الصفة العقدية للشركة التجارية، فلا يمكن تطبيق المسؤولية التضامنية التي يكون مجالها العقود باعتبار ان الشركة ليست عقدا[1].

إلى جانب أن الخطأ الشخصي لأحد المسيرين لا يجوز أن يتحمله إلا مرتكبه فالمسيرون ليسوا بوكلاء عن بعضهم بل هم أعضاء في إدارة الشركة[2].

كما يلتزم كل من مسيري شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة بنفس المسؤولية التضامنية لكنها مفترضة نظرا لعدم وجود نص يفرض تضامنهم ومع ذلك يخضعون لنفس الالتزام خاصة انهم يكتسبون صفة التاجر.

في نفس السياق قرر يسأل المسيرين مسؤولية تضامنية تخص الديون الضريبية حيث رتب المشرع من خلال المادة 155 من قانون الإجراءات الضريبية، المسؤولية التضامنية للمسيرين في حالة قيامهم بأعمال تدلسية للامتناع عن الخضوع للضريبة، فيتضامن المسيرون في تسديد الديون الضريبية مع الشركة إضافة للغرامات الناتجة عن التأخير في التسديد[3].

لا يسأل المسير عن أخطاء التسيير تجاه الغير بل إن الأخطاء في التسيير تضع المسير في مواجهة الشركة، أما الأخطاء الأخرى التي تسبب ضررا هي التي تضع المسير في مواجهة مع الغير، كما لا تكون تضامنية في كل الحالات بل هي شخصية تلحق المسير بذاته إلا إذا كان الخطأ مشتركا مع باقي الأعضاء، كأن يصدر قرار بموافقة جماعية ، أما في حالة صدور قرار بأغلبية فلا يسأل عنه إلا الأعضاء الموافقون، فلا يكون باقي المسيرين مسؤولون تجاه الغير متى أثبتوا معارضتهم وعلم

[1] رفض الفقه الذي ينكر أن الشركة عقد تطبيق تلك المسؤولية على المسيرين باعتبار العقد اساس المسؤولية التضامنية.

[2] G. Ripért , R.Roblot ,op, cit, p 1013.

[3] المادة 155 محدثة بموجب قانون المالية " عندما يتعذر تحصيل الضرائب من أي نوع كانت، والغرامات الجبائية، التي يسند تحصيلها لمصلحة الضرائب والمترتبة على شركة، من جراء مناورات تدلسية أو عدم التقيد بصفة متكررة بمختلف الالتزامات الجبائية يمكن أن تحمل المسؤولية بالتضامن بين المدير، أو المديرين والمسبر والمسيرين أصحاب الأغلبية أو الأقلية، بمفهوم المادة 32 من قانون الضرائب المباشرة، مع هذه الشركة، عن دفع الضرائب والغرامات المذكورة.

بها الغير[1]، كما لا يسأل المسيرون عن الأضرار التي تصيب الغير طالما أن هذه الأضرار لا يمكن نسبتها لخطأ مقترف أثناء قيامهم بإدارة الشركة[2].

نص المشرع على المسؤولية التضامنية للمسيرين وذلك حتى في شركة المساهمة باعتبارها من الشركات التي لا تنشأ إلا بإتباع إجراءات قانونية خاصة وجعل المشرع المسيرين مسؤولين بالتضامن في حالة خرق إجراءات التأسيس وبطلان إجراءاته، وحتى في حالة عدم شهر التعديلات التي قد تطرأ على الشركة بعد تأسيسها ، وهذا ما قضت به المادة 715 مكرر21 من القانون التجاري :" يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان والقائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة" .

كما جاء في المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري :" يعد القائمون بالإدارة مسؤولين عن وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة تجاه الشركة أو الغير أما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية الطبقة على شركات المساهمة وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم"، فتكون هذه الأخطاء متعلقة بخرق الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، أو لتلك القواعد العامة التي تحكم كل الشركات ، فتكون المسؤولية جماعية وتضامنية ، وإن إجازة الجمعية العامة للتصرفات الخاطئة لأعضاء مجلس الإدارة لا تؤدي إلى إعفائهم من المسؤولية عن الأضرار ، لكن ممكن أن تكون سببا في تخفيف المسؤولية ، كما لا يعفي المسير من هذه المسؤولية حتى في حالة تبريره لموقفه وذلك سواء تعلق الأمر بخطأ فردي أو مشترك[3]، كما أكد المشرع على أنه لا أثر لقرار الجمعية العامة بإعفاء المسير من المسؤولية على انقضاء دعوى المسؤولية ضد المسيرين[4].

[1] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 314
[2] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 278.
[3] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 280.
[4] تنص المادة 715 مكرر25 من ق.ت:" لا يكون لأي قرار صادر من الجمعية العامة أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء والقيام بوكالتهم."

كما لا يعني الخطأ المشترك دائما أن كل أعضاء مجلس الإدارة قد ارتكبوا نفس الخطأ، بل يعني كذلك أن ارتكاب الخطأ كان بسبب عدم وجود رقابة من باقي الأعضاء[1]، خاصة في حالة إهمال رئيس مجلس الإدارة الإشراف والرقابة على أعمال المجلس، فتقوم مسؤوليتهم التضامنية.

كما لا يمكن ادعاء أحد المسيرين بعدم المشاركة في جلسة مجلس الإدارة لأن الغياب كذلك خطأ ناتج عن الإهمال خاصة إذا كان غير مبررا، فللتخلص من تلك المسؤولية التضامنية على العضو أن يثبت أنه لم يكن بإمكانه اكتشاف الخطأ أو منع حدوثه، او كان الغياب لعذر مشروع فالغياب دون عذر يعتبر تهربا من اتخاذ القرارات أو تجنب الاعتراض عليها ، مما لا يعفي عضو مجلس الإدارة من المسؤولية التضامنية[2]، كما لا تقوم مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة إلا عن الأعمال المرتكبة أثناء عضويتهم ،أما الضرر الذي يقع بعد انقضاء مدة العضوية فلا تقوم مسؤوليتهم عليه، إلا إذا كان راجع لأخطاء أثناء مدة عضويتهم في المجلس[3].

لقيام هذه المسؤولية التضامنية يجب التثبت من وجود الخطأ المشترك فلا تكون المسؤولية تضامنية في حالة اتخاذ قرار منفرد من رئيس مجلس الإدارة، رغم أن مسؤوليته هي نفس مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة.

تقوم المسؤولية التضامنية لأعضاء مجلس الإدارة في حالة الخطأ المشترك تجاه الغير، أو بمقتضى الأحكام والنصوص المنظمة لشركة المساهمة مثل حالة خرق إجراءات التأسيس، أو ما جاء في المادة 715 من القانون التجاري الخاصة بفرض المسؤولية التضامنية على مسيري شركة المساهمة في حالة قيام الشركة بشراء أسهمها الخاصة بغرض تخفيض رأس المال، فيكون المسيرين المشاركين في ذلك القرار مسؤولون بالتضامن تجاه الغير عن تسديد قيمة الأسهم مع الشركاء والمؤسسين الذين قاموا بشراء الأسهم لحساب الشركة.

[1] يسأل أعضاء مجلس المراقبة تضامنيا في حالة ارتكاب أخطاء أو علمهم بها وعدم الكشف عنها، وهذا ما قضت به المادة 663 من ق.ت ، تقوم مسؤوليتهم تجاه الشركة أما تجاه الغير فلا يكونوا ملتزمين إلا في حالة قيامهم بالتسيير الفعلي للشركة.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 293.

[3] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 280

يخضع مسيري شركة التوصية بالأسهم لنفس الأحكام التي تسري على مسيري شركة المساهمة حتى في حالة عدم وجود نص قانوني يلزمهم بالتضامن، طالما وجد الخطأ المشترك، وباعتبار أن تضامنهم مفترض قانونا .

يسأل كل شخص تدخل في أعمال التسيير تجاه الغير حتى ولو لم يكن مسيرا للشركة، مثل مندوب الحسابات أو أعضاء مجلس المراقبة في حالة قيامهم بأعمال التسيير، أو علمهم بالأخطاء والتجاوزات ومع ذلك لم يعلنوا عنها[1]، فالأصل ألا يتحمل أعضاء مجلس المراقبة المسؤولية عن أعمال التسيير[2]،إلا إذا تم اعتبارهم مسيرين فعليين.

يخضع مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة لنفس الالتزام في حالة تعدد المسيرين وثبوت الخطأ المشترك، فتنص المادة 578 من القانون التجاري:" يكون المديرون مسؤولون على مقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن عن مخالفات أحكام هذا القانون أو عند مخالفة القانون الأساسي أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم"، ويتم تقسيم الأضرار على المسيرين تطبيقا لمسؤوليتهم التضامنية، فيسأل المسيرين تضامنيا عن الإخلال بإجراءات والأحكام المنظمة للشركة وخاصة التصرفات والمعاملات الخارجية تجاه الغير.

يمكن للقاضي أن يقضي بالتزام المسيرين تضاميا[3]، إذا تعذر عليه معرفة نصيب كل مسير في المسؤولية واستحال تقسيم الضرر فعلى القاضي تقسيم الضرر على المسيرين، أما إذا تحمل أحدهم كل المسؤولية كان له حق الرجوع على باقي المسيرين، فيقوم القاضي عندئذ بتقسيم الأضرار عليهم[4].

كما يمكن للقاضي إعفاء الكل من المسؤولية خاصة في حالة إثباتهم أنه لم يتم تمكينهم من المعلومات اللازمة لا تخاذ القرار والقيام بمهام التسيير.

---

[1] G. Ripert, R. Roblot, op. cit, p 495 et 514.

[2] تنص المادة 715 مكرر29" يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسؤولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وكالتهم ولا يتحملون أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير ونتائجها".

[3] يرتب التضامم المسؤولية الكاملة لعدة اشخاص التزاما جماعيا بكل الدين ودون تضامن اتفاقي لأنه ينشأ نتيجة ظروف معينة، حيث لا تكون هناك علاقة أو مصلحة مشتركة بين الملتزمين، ويكون الذين غير قابل للانقسام.

[4] Serge – Hadj Hartinian, La faute de gestion en droit des sociétés , litec, France,2001, p 302.

تجدر الإشارة هنا أنه لا تضامن في حالة المخالفات والجنح المعاقب عليها جنائيا حتى ولو كانت نتيجة أخطاء مشتركة، عند تقرير المسؤولية التضامنية من طرف القاضي فإنه يحدد المبلغ الذي تقع عليه المسؤولية التضامنية، ثم يتم تقسيم الضرر وتحديد حصة كل مسير في التعويض[1].

لا يمكن للمسير التخلص من هذه المسؤولية التضامنية تجاه الغير إلا عن طريق إثبات أنه بذل خلال تسييره للشركة ما يبذله الوكيل الحريص خلال وكالته[2].

المطلب الثاني: مسؤولية الشركة التجارية عن أعمال ممثليها تجاه الغير.

تأخذ معظم القوانين بالنظرية العقدية عند تعريف الشركة بشكل عام، إلا أن الشخصية المعنوية التي تنشأ من هذا العقد ينتج عنها الكثير من الآثار الخاصة ،والتي يكون وجودها ضروري لتحقيق مصلحة الشركة والشركاء والغير[3]، ومن بين هذه الآثار العلاقة الخاصة التي تنشأ بين الشركة وممثليها، والتي تتحدد بمقتضاها مسؤولية كل من الشركة والمسير، مما يجعل الشركة التجارية غير مسؤولة عن أعمال المسير إلا في حالات معينة خاصة تجاه الغير المتعامل معها ، لذلك نجد المشرع يلزم الشركة التجارية تجاه الغير عن أعمال ممثليها ويضع لهذه المسؤولية نظاما خاصا من أجل حماية الغير ، لذلك سوف سنتناول النظام القانوني لمسؤولية الشركة عن اعمال ممثليها تجاه الغير (فرع اول)، ثم شروط قيام مسؤولية الشركة عن اعمال ممثلها تجاه الغير (فرع ثاني) .

الفرع الأول: النظام القانوني لمسؤولية الشركة التجارية عن أعمال ممثلها تجاه الغير.

لتحديد مدى مسؤولية الشركة عن أعمال ممثليها لا بد من تحديد مسؤولية كل من الشركة وممثلها والتي ترتكز على تحديد المركز القانوني للمسير، وتحديد أساس التزام الشركة بتصرفات ممثليها:

[1] G. Ripert, R.Roblot , op.cit , p 514

[2] جاء في المادة 578 فقرة أخيرة من القانون التجاري:" وعلى المديرين أو الشركاء المورطين كي يتخلصوا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم أن يقيموا الدليل على أنهم بذلوا في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط والحرص".

[3] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 25

أ- المركز القانوني للمسير في الشركة التجارية.

تزايد اهتمام القوانين بضرورة وضع الآليات التي تضمن توزان المصالح المرتبطة بالشركة التجارية، ومن بين أهم هذه الآليات تلك التي تنظم أجهزة الشركة وعلاقاتها خاصة علاقة مسيريها مع الغير من أجل توفير الإطار الفعال لتنفيذ حقوق الغير والتزام الشركة بالوفاء بما تعهدت به عن طريق ممثلها[1]، وإن هذا الالتزام يظهر من خلال المركز القانوني للمسير في الشركة، لأن اعتباره وكيل عن الشركة يؤدي لالتزامها بكل تصرفاته إلا في حالة تجاوزه لسلطاته، ويكون هذا عندما يغلب التصور العقدي على الشركة، أما في حالة تعامل الشركة معه على أساس أنه عضو من أعضائها يمنحه القانون صلاحيات واسعة لا يحددها عقد الوكالة وتسأل الشركة حتى في حالة تجاوز السلطات طالما كانت تلك التصرفات لازمة لإدارة الشركة.

إن هذه العلاقة القانونية بين الشركة ومسيرها هي التي تحدد مدى مسؤوليتهما وتظهر عند تحديد الطبيعة القانونية للشركة التجارية.

عند ظهور الشركة التجارية تم الاعتراف لها بشخصيتها القانونية المستقلة عن الأشخاص المكونين لها، وهناك من أنكرها فلم تكن شركات الأشخاص تتمتع بالشخصية المعنوية على عكس شركات الأموال التي تم اعتبارها أشخاص معنوية وليست مجرد عقود[2].

منذ ظهور الشركات التجارية سيطرت النظرية العقدية على كل أشكال الشركات بما فيها شركات الأموال، ومع بداية القرن العشرين ظهرت نظرية أخرى وهي نظرية النظام، فكان التصور العقدي للشركة قائم على مبدأ سلطان الإرادة الذي تراجع بتدخل المشرع لتنظيم الشركات التجارية بنصوص آمرة حتى بالنسبة لعقود إنشائها، فضيقت الأحكام التشريعية الآمرة من إرادة الشركاء مع احتفاظهم بحرية تحديد موضوع الشركة والاتفاق على تحديد سلطات المسيرين، وبعض الحرية في نطاق وتوزيع الأرباح[3].

[1] وجدي سليمان حاطوم: المرجع السابق، ص 555.
[2] محمد مختار بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دراسة مقارنة، ط 2، مصر،2002، ص 21.
[3] تونسي حسين، تطور رأسمال الشركة ومفهوم الربح في الشركات التجارية ، دار الخلدونية للنشر، ط 1، الجزائر 2008، ص 20.

ما يعاب على التصور العقدي للشركة التجارية أنه يعبر عن تعارض المصالح حيث تختلف مصالح الأطراف المتعاقدة، في حين تسعى الشركة لتحقيق أهداف مشتركة وتحقيق الغرض الذي يقوم عليه المشروع، كما لا يمكن أن تطبيق فكرة العقد كل العلاقات التي تنشأ في الشركة التجارية، خاصة شركة المساهمة التي لا يعتبر العقد فيها إلا مصدر للالتزامات بين الأطراف[1]، الأمر الذي انعكس على العلاقة بين الشركة ومسيريها .

اعتبرت النظرية الكلاسيكية لعلاقة الشركة بممثلها أنها علاقة وكالة ، فيكون بموجب ذلك المسيرين وكلاء يقومون بالتعبير عن إرادة جمعية المساهمين والشركاء ، فيمنح هؤلاء للمسيرين التوكيل لتمثيلهم تجاه الغير، ويكون عقد الوكالة أساس تمثيلهم للشركة التي تلتزم تجاه الغير إلا بالتصرفات التي يقوم بها المسير لحسابها ، لكن كانت هذه النظرة محل انتقاد شديد نظرا لأن عقد الوكالة ثنائي الأطراف يتطلب إرادتين لإبرامه بينما لا تتمتع الشركة بإرادة مستقلة عن من يمثلها، بل إنها لا تعبر عن إرادتها إلا عن طريق ممثلها، فلا يمكن اعتبار علاقة الشركة بممثلها عقد وكالة[2].

تراجعت هذه الفكرة خاصة بعد ظهور التصور المؤسساتي في الشركة التجارية ، على إثر إقرار القضاء الفرنسي بهذا التصور في قرار لمحكمة النقض سنة 1946[3] ، وساندها معظم الفقه خاصة الفقيه "**هوريو**" والذي اعتبر الشركة مؤسسة بأتم معنى الكلمة وليست مجرد عقد منشأ للالتزامات ، فأصبح للتصور المؤسساتي في الشركة مكانة مهمة في القانون المقارن خاصة عند اعتماد التشريعات على نظام تسيير قائم على توسيع صلاحيات المسير بطريقة لم تعدد تحددها بنود العقد الأساسي، بل تجد مصدرها في النص القانوني فأصبحت العلاقات الداخلية للشركة وأجهزتها وحتى علاقتها بالغير خاضعة لنصوص آمرة لا مجال للاتفاق على مخالفة معظمها خاصة في شركة المساهمة.

تغيرت بعد ذلك علاقة المسير بالشركة التجارية بظهور فكرة اعتبار ممثل الشركة جهاز من أجهزتها، حيث لم تنكر هذه النظرة الحديثة أن مسير الشركة هو وكيل يعبر عن إرادتها وأنه لابد من

[1] عماد محمد أمين، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 32.
[2] D.Veaux ,op,cit, p 18.
[3] Citè par Jean, Hemard, Les conventions entre les sociétés commerciales et leur dirigeants, éd économica , France 1975.

وجود شخص طبيعي يمثلها ، لكنه يمثلها باعتباره وكيل متمتع بخصوصية معينة تجعل منه عضو من أعضاء الشركة وليس وكيل بالمعنى التقليدي، فهو لا يعبر عن إرادة شخص طبيعي بل إرادة مجموعة من الأموال والأشخاص ، كما لا يمكن اعتباره وكيل عادي خاصة في شركة المساهمة التي تحتوي على أحكام خاصة في التصويت بالأغلبية، فيصبح الوكيل ممثلا عن الأغلبية صاحبة القرار هذا مالا يتماشى مع عقد الوكالة[1].

من جانب آخر فإذا اعتبرنا أن للشركة إرادة فإنه لابد من تمييزها عن إرادة الشركاء فيها وتمييز إرادة الشركة عن إرادة مسيرها فتكون هنا العديد من الإرادات، فتختلف الإرادة في الشركة عن إرادة الشخص الطبيعي، هذا ما يجعل المركز القانوني للمسير بعيدا تماما عن مركز الوكيل ،ذلك أن المسير بإمكانه أن يكون ممثلا للشركة دون أن يكون وكيلا عنها ، لأن الوكيل يتصرف باسم ولحساب موكله وتنصرف آثار تصرفاته مباشرة لوكيله ،وهذا لا يعني أنه يمثله تجاه الغير ، فيمكن وجود عقد وكالة دون تمثيل، كما يمكن وجود تمثيل دون وكالة ، فتمثيل الوصي للشريك الموصي عليه مثلا لا يكون بموجب وكالة ،إضافة إلى أن ممثل الشركة قد يفضل تمثيلها دون عقد وكالة للتخلص من التزامه الشخصي تجاه الغير.

كما لم يعد لتعيين مسيري الشركة في العقد الأساسي دور مهم في اكتسابها الشخصية المعنوية، بعد الاعتراف للشركة بحقها في إبرام تعهدات حتى في مرحلة تأسيسها، والاعتراف لها بشخصية معنوية قبل تعيين مسيريها واستكمال عقدها الأساسي من الناحية الشكلية[2].

رغم أن الشركة لا تنشأ إلا بموجب عقد إلا أن هذا التصور العقدي لا يتماشى مع كل أحكام الشركات لذلك فلا بد من الجمع بين التصور العقدي والمؤسساتي الأمر الذي ينعكس على علاقة الشركة بممثلها والتي تعتبر علاقة وكالة خاصة في الشركات التي يطغى عليها الطابع العقدي، مثل شركة التضامن حيث يعين فيها المسير بالإجماع وتحدد سلطاته التي لا يجوز له الخروج عنها، ولا

[1] عمورة عمار، المرجع السابق، ص 178.

[2] D.Veaux ,op.cit., p 28

تكون الشركة ملتزمة بتصرفات المسير في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو تجاوزه موضوع الشركة تجاه الغير.

أما سلطات مسيري شركات الأموال فإنها تتفق مع الأخذ بنظرية العضوية واعتبار المسير جهازا في الشركة لأنه من الصعب اعتباره وكيلا بالمعنى التقليدي خاصة بعد اعتماد المشرع نظاما خاصا لمسيري شركات الأموال والذي يتجاوز المفهوم التقليدي للوكيل، مما يحقق مصلحة أكبر للشركة وخاصة للغير الذي استفاد بشكل كبير من هذا التحول الذي أصاب العلاقة بين الشركة وممثلها، حيث كان لتلك النظرة المؤسساتية للشركة تأثير على علاقة الشركة بالغير بعد أن أصبح المسير عضو مهم في الشركة، فتدخل المشرع بعد تغير دور المسير لوضع توازن للمصالح وخاصة في مجال حماية الغير[1].

وعليه أصبحت الشركة تلتزم بتصرفات المدير الخارجة عن موضوع الشركة، وأصبحت تلتزم بتصرفات المسيرين حتى قبل اكتسابها للشخصية المعنوية فتكون الشركة مسؤولة عن كل ما يقوم به المسيرون من تعهدات باسمها حتى قبل تسجيلها في السجل التجاري، فإن إقرار المشرع بإمكانية التزام الشركة بما تعهد به المسير أثناء تأسيسها يعتبر من اهم الأحكام التي جاء بها المشرع لحماية الغير[2].

ب- الأساس القانوني لمسؤولية الشركة التجارية عن اعمال ممثلها تجاه الغير.

تعتبر قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بحدود سلطات المسير أو بتجاوز المسير لموضوع الشركة، أهم الأحكام التي جاء بها المشرع لحماية الغير لكنها ليست مطبقة في كل أشكال الشركات التجارية، فكما رأينا سابقا هي لا تخص إلا شركات الأموال والمسؤولية المحدودة.

إذا كان لتلك القاعدة أساس قانوني والمتمثل في النص الآمر، فإن المتعامل مع شركة المتضامن والتوصية البسيطة بحاجة لأساس قانوني آخر يلزم من خلاله الشركة لتنفيذ التعهدات التي قام بها

[1] محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 77.

[2] تنص المادة 549 من ق.ت:" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص اللذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها تعهدات الشركة منذ تأسيسها."

مسيروها تجاههم ، حيث لا يمكن الاعتماد على الوكالة كأساس لإلزام الشركة تجاه الغير نظرا أن عقد الوكالة يستلزم عدم تجاوز الوكيل لحدود وكالته وما تم الاتفاق عليه ، وبمقتضى ذلك لا تلتزم الشركة تجاه الغير بل يلتزم المسير شخصيا[1]، ما يمثل خطورة على مصالح الغير الذي يفضل أن يرجع على الشركة لأنه تعامل مع المسير بصفته ممثلا لها، إضافة أن جعل الشركة هي المسؤولة تجاهه يوفر له ضمانا أكبر.

هذا ما دفعنا للبحث عن أسس قانونية أخرى لإلزام الشركة التجارية تجاه الغير، فيمكن أن تؤسس مسؤوليتها على أساس تعاقدي بين المسير والغير، والمتمثل في الاشتراط لمصلحة الغير، فإن قيام المسير بالتعهد تجاه الغير كان لمصلحة الشركة فيكون بإمكان الغير الاستناد على هذا الأساس القانوني خاصة أنه لا يستلزم قبول الشركة، أو قيامها بتوكيل للمسير حيث يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا حتى ولو لم يعين المنتفع[2].

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير وسيلة ناجحة لإلزام الشركة بأعمال ممثليها عن طريق إدخالها في العلاقة التعاقدية، في حالة انتفاعها من التعهدات القائمة بين المسير والغير خاصة عند تعاقد المسير باسمه[3]، وفي هذه الحالة ما على الشركة إلا إثبات أن تصرف المسير لم يكن لمصلحتها خاصة عندما يتصرف المسير باسمه تجاه الغير، كما يؤسس بعض الفقه مسؤولية الشركة عن اعمال ممثلها على نظريه الظاهر، نظرا للخطورة التي يتعرض لها الغير عند تعامله مع الشركة عن طريق ممثلها، وبعد رفض معيار الخطورة كأساس لتلك المسؤولية، ظهرت العديد من الأسس من بينها مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع وغيرها من الأسس ، لكن يبقى انسب أساس لتلك المسؤولية هو عقد الوكالة ذاته[4].

[1] تنص المادة 575 من ق.م: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة".
[2] تنص المادة 116 من ق.م :" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.
[3] لطفي جاب الله، المرجع السابق، ص 25.
[4] J.calais Auloy , op.cit, p 56.

الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية الشركة التجارية عن أعمال ممثلها .

لا يحتج على الغير بتحديد سلطات المسيرين تجاه الغير، ولا بتجاوز موضوع الشركة من طرف مسيريها، فتلتزم شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة تجاه المتعاملين معها، لكن هذا لا يعني التزام الشركة بكل التصرفات التي يقوم بها المسير في حالة خرقه لسلطاته المسندة إليه قانونا أو اتفاقا، خاصة عندما يقوم بالإضرار بمصلحة الشركة أو عند اقترافه لأخطاء الشخصية، حيث لا تسأل الشركة التجارية تجاه الغير إلا عن أخطاء التسيير، كما لا تسأل في حالة تعاقد المسير باسمه الشخصي أو لحسابه، لأن ذلك يعتبر مساس بمصلحة الشركة.

من هنا تتضح شروط التزام الشركة التجارية عن أعمال ممثليها تجاه الغير، والتي تتمثل في تعاقد المسير باسم الشركة ولحسابها، وأن يكون الخطأ المرتكب يتعلق بأعمال تسيير الشركة وليس بخطأ شخصي.

أ- تعاقد المسير باسم الشركة التجارية.

لابد من استخدام المسير لاسم الشركة في تعاقداته مع الغير، وعليه أن يبرم التصرفات باسمها ولحسابها لأن العقود التي يبرمها المسير باسمه الشخصي لا تلزم الشركة[1]، نظرا لأن قيام المدير بالتوقيع باسمه يعد قرينة على أنه يعمل لحسابه الخاص، غير أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها[2]، فلا يتحمل المسير أي التزام إذا أثبت أن تصرفه كان لحساب الشركة.

تعرض المشرع لمسألة استعمال المسير اسم الشركة، لكنه لم يشر لضرورة العمل لحسابها، ولم يشترط أن يقيم الدليل على أن تصرفه كان لحساب الشركة أو لحسابه الخاص، بل أشار لضرورة تعاقد المسير باسم الشركة، كما أشار لضرورة الالتزام بموضوع ومصلحة الشركة.

ألزمت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 03 ماي 1977 كل من الشركة ومسيرها بالمسؤولية التضامنية تجاه الغير، بعد قيام المسير بالتعامل مع الغير باسمه الشخصي دون

[1] تنص المادة 577 من ق.ت:" في العلاقات مع الغير للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة."

[2] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 109.

إظهاره بأنه ممثل للشركة وظهوره كانه يعمل لحسابه الخاص، و ذلك دون الاخلال بالمسؤولية الجزائي للمسير[1].

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان توقيع المسير باسم الشركة يعد كافيا لإلزام هذه الأخيرة بتلك التعهدات تجاه الغير، الا إذا ثبت وجود توقيع لم ينسب لممثل الشركة التجارية[2].

بعد قيام الشركة بالالتزام بالتعويض بإمكانها الرجوع على المسير شخصيا، أو تقوم عن طريق الشركاء بمعاقبته على تصرفه عند قيام المسير بالتعاقد بدون وضع اسم الشركة فلا تتحمل هذه الاخيرة أية مسؤولية تجاه الغير، إذ يفترض في هذه الحالة أن قيامه بهذه التصرفات كان خارج وظيفته ومهامه، وإن تعامل المسير باسمه الشخصي كثير الوقوع، ويحمل خطورة كبيرة على حقوق الغير لذلك قامت بعض التشريعات بالسماح للشركة بأن تقوم بكفالة للغير للوفاء بالتزامات التي التزم بها مسيرها باسمه، كما منعت بعض التشريعات الأخرى هذا الإجراء[3].

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة كفالة الشركة التزام مسيرها تجاه الغير لكنه ألزم مجلس إدارة شركة المساهمة بامتلاك أسهم الضمان، ضمانا لأعمال التسيير التي يقومون بها[4]، وعليه تسأل لا الشركة عن أعمال ممثليها تجاه الغير في حالة توقيعه باسمه الشخصي، وعند قيامها بإثبات سوء نية الغير، وتمسك الشركة بإساءة استعمال اسمها، وإثبات أن الغير كان على علم بقيام المدير بالتصرف لحسابه الخاص مستغلا اسم الشركة، ولا يكون للغير هنا إلا الرجوع على المدير شخصيا[5].

[1] Cass. crim, 03 mai 1977n 76- 92127, « Les Grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés », Thémis, Rev universitaire de France,1988, p 41.

[2] Cass. Com 26 novembre 1996 n 94-15. 661, F. Lefebvre.

[3] جاء في المادة 116 من قانون الشركات التونسي:" لا يمكن للشركة أن تكفل أو تضمن الوفاء بالتزامات المدير تجاه الغير".

[4] تنص المادة 619 من ق.ت:" على مجلس الإدارة أن يكون مالكا لعدد من الأسهم يمثل على الأقل 20% من رأسمال الشركة، ويحدد القانون الأساسي العدد الأدنى عن الأسهم التي يحوزها كل قائم بالإدارة".

[5] D. Gibirila, op.cit. , p 343

لم يتخذ المشرع الفرنسي موقفا محددا من هذه المسألة، في حين قررت محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز كفالة الشركة لأعمال مسيريها التي لا تدخل في موضوعها، في قرار صادر بتاريخ 26 جانفي 1993[1].

يجب أن يظهر المسير صفته كممثل للشركة قبل الغير وأنه يتعامل باسمها ولحسابها، أما إذا قام بالتوقيع باسمه الشخصي فإن هذا يقيم قرينة على أن التصرف تم لحسابه الخاص، ويمكن للغير هنا إثبات عكس هذه القرينة إذا أثبت أن تصرف المسير قدتم لحساب الشركة، وذلك بكافة طرق الإثبات، يسعى الغير لإثبات مسؤولية الشركة لأنه يوفر له ضمان أكبر، كما أن تصرف المسير باسم الشركة يعني أنه تم لحسابها تحقيقا لمصلحتها .

تبقى مسألة علم الغير بأن التصرف كان للحساب الخاص للمسير أمر صعب إثباته خاصة عندما يكون المسير شريكا في الشركة التجارية التي يمثلها في ظل انفصال ذمة الشريك عن الذمة المالية للشركة التجارية[2].

أما خروج المسير عن مصلحة الشركة وتحقيقه لمصلحة خاصة، فلم يجعله المشرع معيار لدرأ مسؤولية الشركة تجاه الغير، لأنه ينظر لمصلحة الشركة على أساس أنها عنصر داخلي يتم من خلاله تنظيم العلاقات الداخلية بين الشركة ومسيرها، وعنصر يحقق توازن مصالح أغلبية المساهمين تجاه الأقلية، إضافة لكون مصلحة الشركة عنصر يبرر الكثير من التصرفات داخل الشركة والمتعلقة بالقيام بكل ما هو لازم لنجاحها وضمان وجودها وإيجاد الحلول المناسبة للحفاظ عليها من الانقضاء[3].

هنا يرتبط موضوع الشركة بمصلحتها نظرا لأن التوقيع بالاسم الشخصي للمسير يعتبر خروجا عن موضوع الشركة وخروجا عن مصلحتها لأنه يدل على وجود أغراض أخرى للمسير، ومع ذلك لا يمكن الاستناد على موضوع الشركة كمعيار لتحديد مشروعية تصرف المسير، والقول بأنه كلما

1. Cass.com,n91-12.566, du 26 janvier 1993.Legifrance.gouv.fr.
2 A. Mamlouk, op.cit., p 89
3 Jean Marc Moulin, Droit des sociétés, commentaires d'arrêt cas pratiques L.G.D.J ,2éme éd ,France,2007, p 130.

تطابق تصرف المسير بموضوع الشركة كان لمصلحتها وكلما تجاوز موضوعها اعتبر مخالفا لتلك المصلحة، لأنه من الممكن جدا قيام المسير بتصرفات تتعلق بموضوع الشركة إلا أنها تهدف لتحقيق مصالح أخرى[1].

من هنا تنفصل مصلحة الشركة عن كل المصالح الأخرى باعتبارها الهدف الأسمى مهما تضاربت وتنافست المصالح فيها، فتقدم مصلحة الشركة على كل المصالح الأخرى، كما ينفصل معيار مصلحة الشركة عن كل المعايير الأخرى لان الشركة وحدة اقتصادية تسمو على باقي المصالح التي تنصهر فيها، فإن التزام المسير بتحقيق مصلحة الشركة لا يرتبط بضرورة عدم تجاوزه موضوعها، إنما هو مرتبط بواجب النزاهة تجاه الشركة الذي يقتضي عدم تضارب مصلحته الشخصية مع مصلحة الشركة[2].

ب- عدم انفصال خطأ المسير عن عمليات التسيير.

لا تسأل الشركة التجارية عن أعمال ممثليها تجاه الغير، إلا في حالة ارتكابهم لأخطاء تتعلق بممارسة أعمال التسيير، ولا يلتزم المسير تجاه الغير شخصيا إلا في حالة اقترافه لخطأ الشخصي، فحتى تلتزم الشركة عن أعمال ممثلها يجب ألا ينفصل خطأ المسير عن الأعمال اللازمة التي يقوم بها المسير لإدارة الشركة[3].

لم تعرف التشريعات خطأ التسيير، كما لم تبين حدوده ومعاييره من أجل تمييزه عن الخطأ الشخصي للمسير، يتوجب التمييز بين الخطأ في الإدارة والخطأ في تطبيق القانون الخاص بالشركة أو الأخطاء التي تنطوي على الغش، فلا يكون المسير مسؤولا عن خطأه في التسيير تجاه الغير، بل تكون الشركة وحدها مسؤولة عن هذا لخطأ نظرا لتمتعها بالشخصية المعنوية، ويكون المسير مسؤولا تجاه

[1] سيد أحمد صمود، المرجع السابق، ص 164.
[2] كمال العياري، المرجع السابق، ص 152.
[3] Jean pierre casimir, Michel Germain, Dirigeants des sociétés , juridique social, fiscal, collection pratique d'experts, groupe Rev fiduciaire , France ,2006, p 377.

الغير عن جميع أعمال الغش والمخالفات التي يقوم بها، وتكون هذه التفرقة مشابهة للتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي المعروفة في القانون الإداري[1].

عرف الفقه الفرنسي الخطأ في التسيير أنه ذلك الخطأ الذي ينشأ عن عدم التزام الحيطة والحذر من طرف المسير، وتلك الأخطاء المتوقع وقوعها، إذ لا تعتبر أخطاء في التسيير عندما تكون خارجة عن إرادة المسيرين ولا يمكن تفادي حدوثها .

غالبا ما تكون قرارات المسير تحتوي على مخاطر ومجازفات اقتصادية خاصة في شركات المساهمة، فيتم اتخاذ قرارات في مراحل صعبة تحت تأثير ظروف اقتصادية دقيقة، وفي حالة وقوع ضرر نتيجة تلك القرارات لا يمكن اعتبارها أخطاء في التسيير، لأن هذه الأخيرة لا تقع إلا نتيجة لإهمال أو مخالفة القوانين، أو قيام المسير بتصرفات لمصلحة خاصة، أو منافسة الشركة شخصيا أو عن طريق شركة أخرى[2].

يتولى القاضي تكييف تلك التصرفات على ضوء الظروف الاقتصادية والملابسات ،حيث اهتم القضاء الفرنسي بمسألة تحديد الخطأ في التسيير الذي يجعل الشركة ملتزمة عن أعمال ممثليها تجاه الغير، وكانت بداية الاجتهاد في سنة 1970 عندما حاول القضاء الفرنسي وضع معيار محدد للخطأ في التسيير بعد أن ظهرت صعوبات في حماية الغير عندما كانت الشركة تقرر منح الغير ضمانات عن كل القرارات التي يتخذها المسير دون الرجوع لأخذ ترخيص من مجلس الإدارة ، فكان نتيجة ذلك عدم التزام الشركة تجاه الغير لعدم وجود نص يلزمها في هذه الحالة ، كما لم يكن يلتزم المسير تجاه الغير نظرا لقيامه بتصرفات خارجة عن صلاحياته[3].

إن هذا التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ في التسيير مهم بالنسبة للغير الذي يلجأ لإثبات الخطأ في التسيير الذي يجعله في مواجهة الشركة، فإن إثارة المسؤولية الشخصية للمسير هي نادرة الحدوث، لأن الدائن يفضل غالبا إلزام الشركة مما يوفر له ضمان أكبر حيث تقوم هذه الأخيرة

[1] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 323.

[2] D. Vidal, op, cit, p 190

[3] J. Pierre Casimir , op, cit, p 377.

بالتسديد، ثم تمارس حقها في الرجوع على المسير المسؤول عن ارتكاب الخطأ، حيث تفضل الشركة في هذه الحالة معاقبة المسير بطرق أخرى كإلغاء وكالته أو استبداله[1].

إن غياب معيار تشريعي دقيق للخطأ في التسيير أدى إلى تبرئة المسير في الكثير من الحالات التي يقوم فيها بأخطاء تسيير خطيرة ، ولا يوجد هذا المعيار حتى بالنسبة للقانون التجاري الفرنسي هذا ما دفع القضاء في أن يضع معيار محدد له، و في قرار شهير صادر عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية تم تحديد مفهوم الخطأ المنفصل عن أعمال التسيير، والذي يلتزم بموجبه المسير شخصيا، وتم تعريف الخطأ الشخصي للمسير بأنه:" الخطأ في التسيير هو ذلك الخطأ العمدي الخطير الذي يقترفه المسير ،والذي لا يتناسب بل ويتناقض مع أعمال التسيير العادية في الشركة التجارية" .

من هنا حددت محكمة النقض الفرنسية ثلاثة معايير لهذا الخطأ الذي يكون عمديا وخطيرا ولا يتناسب مع أعمال إدارة الشركة[2].

عند رفض الشركة تسديد التزاماتها تجاه الغير في حالة صدور ذلك الخطأ الشخصي من المسير فإنه من مقتضيات العدالة أن يقوم المسير بذلك ويلتزم شخصيا بتسديد الالتزامات من ذمته المالية الشخصية[3]، نشير هنا لعدم قيام الدائن بإثبات المسؤولية الشخصية للمسير إلا نادرا وذلك في حالة عجز الشركة التجارية أو توقفها عن تسديد ديونها ، لأنه يفضل إلزام الشركة باعتبارها مسؤولة عن أعمال ممثليها وتكون مسؤولة عن التسديد من ذمتها المالية لديون وحقوق ناتجة عن أخطاء ارتكبها مسيرها، ولعل ذلك يرجع للصفة غير الملموسة لشخصية الشركة التجارية[4]،

" Le caractère abstrait de la société "

كان للقضاء الفرنسي دور مهم في تكييف خطأ المسير الشخصي للفصل بينه وبين أخطاء التسيير التي تلزم الشركة بتصرفات المسير تجاه الغير، اعتبرت محكمة استئناف بوردو حصول مسير

[1] Les Grandes décisions de la Jurisprudence, les sociétés, op.cit., p 51

[2] Cass. Com n 851 du 20 mai 2003,99-17.092, citè par Maurice Cozian, Alain Vivandier, op, cit , p 177.

[3] Les grandes décisions de la jurisprudence, op, cit, p 51.

[4] Jean.louis Navarro , Droit des sociétés , Hachette supérieur, France,2010 , p 172.

الشركة التجارية على مكافأة لا تتناسب مع ما يقوم به من أعمال ومجهودات داخل الشركة من قبيل الأخطاء في التسيير[1].

يمكن أن يجد الخطأ في التسيير مصدره في الجهل الإرادي لمصلحة الشركة، فهو يأخذ شكل تجاوز السلطات من قبل المسيرين، كما يمكن أن يعتبر تلك التصرفات الخاطئة عند اتخاذ المسير قرارات مخالفة لمصلحة الشركة أو إلزام الشركة بقيام عمليات خطيرة، أو عدم وجود رقابة كافية، كما قد ينتج الخطأ في التسيير عن خرق مصلحة الشركة، فيعتبر حينها المدير مسؤولا عن الأخطاء حتى غير العمدية الناتجة عن الإهمال أو عدم الحرص مهما كانت درجة خطورتها .

كما يمكن اعتبار الخطأ في التسيير ذلك الخطأ الناتج عن عدم احترام واجب الولاء وعدم الحرص أو العناية، أو عدم الاختصاص وحتى التصرفات بسوء نية، حيث يفرض واجب الولاء على المدير التصرف بكل نزاهة تجاه المساهمين والشركة والغير[2].

لا تخضع الممارسات التي تؤدي لقيام المسؤولية الجزائية للمسير لهذه التفرقة بين الخطأ الشخصي للمسير و الخطأ في التسيير، فلا يمكن مساءلة الشركة التجارية عن عمال قام بها المسير باسم ولحساب الشركة عندما يقوم المسير بخرق نظام شفافية المعلومات المتعلقة بالأسهم ن حيث استبعدت محكمة النقض الفرنسية تطبيق معيار انفصال خطأ المسير عن اعمال التسيير عندما يتعلق الامر بالمسؤولية الجزائية للمسير [3]، خاصة ان المشرع قد حرص على تجريم مثل هذه الممارسات.

نشير هنا أن قيام المسؤولية الشخصية للمسيرين في الشركات التجارية هو أمر نادر الوقوع، نظرا لقيام المسير بالمحافظة على صفته كممثل للشركة تجاه الغير، فيكون حذرا في تصرفاته خاصة تجاه دائني الشركة والمتعاملين معها تجنبا للوقوع في أخطاء شخصية تجعله مسؤولا شخصيا تجاه الغير، عندئذ يتم استبعاد عقد الوكالة ومسؤولية الشركة والشركاء ولا يسال حينها الا المسير[4].

[1] CA, Bordeaux, 2éme ch,23 avril , Rev. Soc 2007 juris data n°2007.338404.

[2] سبع عائشة المسؤولية المدنية والجزائية لأعضاء مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات النظام الجديد، مجلة المؤسسة والتجارة، مخبر المؤسسة، جامعة وهران، ابن خلدون للنشر والتوزيع، العدد 07، 2011، ص 64.

[3] Cass.com. 31 mars 2004, Gaume c/ COB ; Juris-Data n 2004- 023105 ; d. 2004, act. Jurisprudence. 1087, Rev mensuelle, Jurisclasseur, juillet 2004 p 29.

[4] D.Veaux , op, cit, p 08.

المطلب الثالث: دور نظرية المسير الفعلي في حماية الغير.

ليس هناك توافق تام بين كل الأوضاع القانونية وبين كيفية ظهورها للغير، لذلك فإنه حماية للغير من هذا التناقض، لا بد أن يترتب عن هذا المظهر نفس الآثار القانونية للوضع القانوني فعند تعامل الغير مع الشركة لا يظهر له إلا ممثلها الذي لا يكون يمتلك أحيانا أي صفة قانونية لتمثيلها[1].

من أجل ذلك ظهرت نظرية المسير الفعلي، وتم الاعتراف بهذا المسير الفعلي تشريعيا في قانون الشركات الفرنسي الصادر بتاريخ 24-07-1966[2]، الذي استند على اجتهاد الفقه والقضاء والذي كان صارما بنصه على هذا المسير الفعلي صراحة، كما أنه حدد صور المسير الفعلي، بحيث تم توسيع نطاقه لمنع كل شخص تعامل مع الغير باعتباره ممثلا للشركة من التخلص من التزامه على أساس أنه لا يتمتع بصفة المسير القانوني.

يحمل تسيير الشركة التجارية من طرف أشخاص ليس لهم الصفة القانونية لتسييرها العديد من المخاطر بالنسبة للشركة حيث يحدث هذا التسيير العشوائي نوع من الفوضى في تنظيم الصلاحيات داخل الشركة، لأنه يؤدي إلى قيام كل الأشخاص المكلفون بإدارة الشركة أو الرقابة عليها بتجاوز سلطاتهم، فيصعب على الشركة والغير أن يحدد المسؤول عن الأخطاء والتجاوزات التي تقترف في الشركة وتجاه الغير مما يؤثر سلبا وبشكل سيء في الوضع الاقتصادي للشركة، وممكن أن يؤدي لحلها وتصفيتها.

إن قيام شخص بأعمال التسيير الفعلي للشركة يؤدي لإهماله وعدم اتخاذه الحيطة والحذر لأنه غير مسؤول عن أخطائه، فيرتكب أخطاء كثيرة وخطيرة، هذا ما دفع القضاء الفرنسي لإيجاد طرق

[1] R. Débogue , Les notions fondamentales du droit privé , libraire nouvelle de droit et de jurisprudence, France,2002, p 63

[2] Loi n 66- 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales du 26 juillet 1966, n 171.

وإخضاع هذا المسير الفعلي للمسؤولية ونجح في ذلك بعد أن أصبحت نظرية المسير الفعلي أهم الحلول القضائية التي جاء بها القضاء الفرنسي لمواجهة أخطار التسيير الفعلي[1].

لذلك سوف نعالج هذه الحماية بالاعتماد على ما جاء به الاجتهاد القضائي الفرنسي، خاصة في ظل القصور التشريعي لتحديد مفهوم ونطاق ومسؤولية المسير الفعلي، من اجل ذلك سنحاول ان نحدد مفهوم المسير الفعلي (فرع اول)، ثم نتطرق لمجال نظرية التسيير الفعلي (فرع ثاني)، ثم ندرس قيام مسؤولية المسير الفعلي تجاه الغير (فرع ثالث) .

الفرع الأول: تحديد مفهوم المسير الفعلي.

إن تحديد مفهوم فكرة المسير الفعلي أمر في غاية الصعوبة، حيث تعتبر فكرة دقيقة مقارنة مع المفهوم القانوني للمسير، وسبب ذلك هو عدم وضوح النصوص القانونية بشأنها حيث لم ينظم المشرع الجزائري الوضع الفعلي لمسير الشركة التجارية، رغم أنه يخضعه لالتزامات تجاه الشركة وتجاه الغير، ويجعله مسؤولا بل ويكسبه صفة التاجر من أجل إخضاعه للالتزامات التجارية، إلا أن صوره ومجاله وحتى شروط قيام هذه المسؤولية لم ترد في القانون التجاري الجزائري.

أما بالنسبة لمفهوم للمسير الفعلي فلم يرد حتى على مستوى القضاء الذي ابتدع هذه الفكرة، كما لم يتطرق لتحديده المشرع الفرنسي لكن اعتمد الفقه في محاولة تعريفه للتسيير الفعلي على الاجتهاد القضائي الذي جاء بمعايير التسيير الفعلي، حيث تولى القضاء الفرنسي هذه المهمة بوضعه العديد من الصور للمسير الفعلي لسد ذلك الفراغ التشريعي[2].

عرفت فكرة التسيير الفعلي على مستوى القضاء منذ القرن 19ميلادي[3]، حيث استند القضاة في تلك الفترة على القانون المدني، خاصة النصوص المتعلقة بعدم الاحتجاج على الغير حسن

[1] R.Rodiere , Les procédures collectives de liquidation des entreprises en droit comparé , Economica, France,1967, p 183.

[2] Y.Guyon ,op.cit., p 429.

[3] لم يعرف القانون الروماني نظرية المسير الفعلي نظرا لاستقرار المعاملات أنداك وخضوع المعاملات الشكليات معينة فلم يكن بالتالي هناك مجال لظهور المسير الفعلي.

النية بإلغاء الوكالة أو بوفاة الوكيل والأسباب الأخرى التي تنهي الوكالة، فكانت تلك النصوص أ ساس وجود هذه الفكرة نظرا لأنها تتضمن عدم انقضاء عمل الوكيل لتلك الأسباب تجاه الغير حسن النية واعتباره وكيلا رغم انتهاء الوكالة قانونا[1].

يمكن اعتبار المسير الفعلي ذلك الشخص الذي يقوم بالتصرفات والأفعال الإيجابية المتكررة من أجل تسيير الشركة، ويكون ذلك بصفة واضحة وعلى وجه الاستقلال تجاه الغير فيظهر للغير أنه مسير قانوني ويمكن اعتباره ذلك الشخص الذي يقوم بالاختباء وراء شخص آخر يستعمله من أجل التصرف بأوامره ولحسابه[2].

تعتمد نظرية المسير الفعلي على الوضع الظاهر للشخص المتعامل مع الغير والذي يجب أن تتوفر لديه كل الصفات الخارجية التي تتوفر لدى المسير القانوني، وفي حالة عدم وجود هذا التطابق بين الوضع القانوني والوضع الظاهر فلا يمكن أن تترتب نفس الآثار القانونية التي يرتبها المسير القانوني.

هناك ثلاث حالات أخذ فيها القضاء بالمسير الفعلي والتي صنف الفقه من خلالها صور التسيير الفعلي وتتمثل: في قيامه بأعمال التسيير دون وجود وكالة قانونية تمنح له الصفة القانونية للتسيير وتمثيل الشركة، أو قيامه بالتسيير الفعلي لحساب شخص آخر دون وجود وكالة قانونية لتمثيله، أو الحالة الثالثة التي يكمل فيها مهام التسيير التي أوكلت له من قبل بعد انتهاء مهامه، أو قام بتجاوز سلطاته.

يظهر هنا المسير الفعلي في العديد من الصور ، أهمها المسير الذي يقوم بتجاوز سلطاته واقتراف أخطاء نتيجة ذلك التجاوز ، كما يمكن أن يعتبر المسير الذي يستعمل سلطة وهمية تجاه الغير لتحقيق مصالح شخصيته مسيرا فعليا، وأكثر صورة يتخذها التسيير الفعلي تلك المتعلقة بقيام شخص من الغير أو من أحد أعضاء الشركة سواء كان شريكا، أو عاملا ، أو محاسبا ، أو أحد أعضاء مجلس إدارة أو مراقبة شركة المساهمة بأعمال التسيير دون تمتعهم بصفة التسيير القانوني،

[1] A. Mamlouk, op.cit, p 107.
[2] Y.Guyon ,op.cit, p 429.

ودون حصولهم على وكالة للقيام بإدارة الشركة أو قيام مسيرا انتهت مدة وكالته بمواصلة التسيير دون أي صفة قانونية أو قيامه بمواصلة التسيير رغم أنه فاقد لأهلية التصرف.

في كل الصور التي ذكرناها للمسير الفعلي لا يكون للشخص الصفة القانونية لتمثيل الشركة التجارية في حين يعتقد من يتعامل معه أنه مسيرا قانونيا خاصة في ظل سرعة المعاملات التجارية، مما يتعذر معها أن يقوم المتعاقد مع الشركة بالتأكد في كل مرة من الصفة القانونية للشخص الذي يمثل الشركة تجاهه، ولهذه الأسباب وحماية للغير حسن النية أوجد القضاء نظرية المسير الفعلي الذي تم إخضاعه لنفس التزامات المسير القانوني طالما أنه تعامل مع الغير على ذلك الأساس[1].

لا يمكن تسيير شركة تجارية إلا بتوفر الشروط القانونية وفي حالة عدم توفرها يعتبر عندئذ مسير فعلي في حالة ظهوره وتعامله مع الغير حسن النية ، وخاصة عند قيامه بالتدخل المستمر في إدارة الشركة أو رقابتها ، كان يقوم هذا الشخص المتدخل بإعطاء الأوامر للمستخدمين، أو قيامه بالتعاقد مع المؤسسات المالية و الاقتراض من البنوك ، أو وضع نظام خاص بالعمال والمستخدمين.

يكون غالبا هذا المتدخل في شؤون إدارة الشركة هو الشريك صاحب الأغلبية الذي يمتلك أغلبية الحصص أو الأسهم، فيقوم بإدارة الشركة للمحافظة على مصالحه، وذلك باستخدام شخص يقوم بالتسيير لحسابه، وهنا يعتبر هذا الشخص الذي يظهر ممثلا للشركة مسيرا فعليا حتى ولو قام بالتسيير بأمر من الشريك، ولا يعتبر القاضي هذا الشريك مسيرا فعليا، نظرا لصعوبة الفصل بين ما قام به وبين حقه في التدخل والرقابة المرتبط بالأسهم التي يمتلكها[2].

كما منعت محكمة النقض الفرنسية اعتبار الشريك مسيرا فعليا، وقضت بأنه مهما بلغت قوة تأثير الشريك داخل الجمعية العامة للشركة التجاري لا تجعل منه مسيرا فعليا[3].

[1] J. Calais ,Auloy, op, cit , p 05.
[2] M. Maurice Cozian , op, cit, p 159.
[3] Cass.com, 30 mai 2006,n 05-14.958,f-d,morillec/ Wallyn : Juris-Data n 2006-033831, Rev mensuelle,Droit des societes, LexisNexis, Jurisclasseur, janvier2007, p 17.

لا تتخذ الإدارة الفعلية للشركة صورة المسير الخفي والمسير الظاهر في كل الحالات إنما أغلبها تكون عند تولي المتدخل في الإدارة وكل أعمال التسيير مكان المسير القانوني، فيظهر كأنه هو صاحب القرار، كما قد يتخذ التسيير الفعلي صورة الإدارة المشتركة بين المسير القانوني والمسير الفعلي.

يشترط لاعتبار المتدخل في تسيير الشركة مسيرا فعليا أن يكون له علاقة بالشركة التي يسيرها، فقد يكون أحد الشركاء، أو متعاقد مع الشركة بصفته عامل أو زبون أو مورد.، وفي كل هذه الفرضيات يلعب المتدخل دور المسير القانوني، وإذا كان هذا المتدخل أحد المساهمين في شركة المساهمة فإنه غالبا ما يكون أحد أفراد عائلة المسير القانوني في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن، أو يكون المسير الذي انتهت مدة عضويته في مجلس الإدارة ومع ذلك يقوم بالاستمرار في ممارسة مهام التسيير للشركة التجارية[1].

تم تقرير مسؤولية المسير الفعلي عن تصرفاته وتدخلاته في تسيير الشركة دون تحديد مفهوم واضح له، هذا ما دفع القضاء الفرنسي لوضع المعايير التي تحدد مضمون التسيير الفعلي، لكن تنوع المعايير نتيجة اختلاف حالات وظروف التسيير الفعلي أدى لتعقيد الأمر أكثر فأكثر، فظهرت العديد من المفاهيم، لذلك حاول الفقه أن يستخلص شروط التسيير الفعلي بالاستناد لقرارات محكمة النقض الفرنسية[2].

أ- قيام المتدخل في الإدارة بأعمال التسيير.

لا يعتبر مسيرا فعليا إلا من صدر منه أفعال إيجابية لغرض تسيير الشركة التجارية، وهو المعيار الذي يعتمد عليه القضاء في تكييف التسيير الفعلي أكثر منه بالنسبة للتسيير القانوني، لإن اتخاذ شخص موقف سلبي أي عدم قيامه بأي فعل إيجابي في الإدارة، أو حتى من أجل تنفيذ أعمال تجارية أو مالية أو التصرف في أموال الشركة كأنها أمواله الخاصة لا يعتبر معه مسيرا فعليا، فإن الامتناع عن التصرف أو الإهمال المفرط حتى الذي يترتب عنه أخطاء لا يعتبر تسييرا فعليا.

[1] Dirigeants des sociétés commerciales, F. Lefebvre, op, cit, p 112.
[2] Y. Guyon , op, cit, p 430

يسمح هذا المعيار بالتمييز بين المسير الفعلي والمسير الظاهر، حيث يظهر هذا الأخير بأنه مسير حتى ولو لم يقم بأعمال تدل على ذلك، بينما يجب أن يقوم المسير الفعلي بأعمال ونشاطات إيجابية بغرض التسيير تجاه الغير[1].

كما يشترط في تلك الأفعال الإيجابية أن تكون على قدر من الأهمية، مثل اتخاذ قرارات اقتصادية أو مالية أو تجارية تحدد مصير الشركة التجارية، من هنا فإن مجرى تقديم توصيات أو توجيه نصائح في التسيير لا يعتبر ممارسة فعلية لسلطات التسيير، كما يستثنى هنا التصرفات الرقابية التي يمنح المشرع الحق للشركاء أو لمجلس المراقبة أو مندوب الحسابات في القيام بها، كما أن تحقيق مزايا خاصة للشركة مثل الحصول على موافقة لإقراض الشركة لا يعتبر من أعمال التسيير الفعلي.

لا يجب هنا الاستناد لبعض المهام المشابهة لتسيير الشركة واعتبار القائمين بها مسيرين فعليين وذلك في حالة توزيع التخصصات داخل الشركة، فممكن أن يكون هناك مدير تجاري أو مدير تقني دون أن يكون هذا المدير متدخلا في تسيير الشركة، كما لا يكفي لاعتباره مسير فعليا حالة قيامه بتصرف عرضي، ويجب أن تكون تصرفات الإدارة متنوعة ومستمرة[2].

لم يرد في القانون التجاري الجزائري أي تعريف للمسير الفعلي، أو أي مفهوم قانوني يتم الاستناد عليه لتحديد مضمون الإدارة الفعلية، والتصرفات التي من شأنها أن تساعد القاضي لوضع المعايير المتبعة لتحديد حالات التسيير الفعلي، بل أخضع المشرع هذا المسير الفعلي للمسؤولية المماثلة للمسير القانوني في حالات معينة.

كما اشار المشرع لتصرفات المسير الفعلي بعبارة "التدخل"، وذلك في المادة 262 من القانون التجاري [3]، وجعل المشرع ذلك التدخل يقتصر على الجانب المالي للشركة التجارية، كما جعله يقتصر على حالة إفلاسها عندما يسأل المسير الفعلي عن توقفها عن دفع ديونها .

[1] F. Lefebvre , op, cit, p 813.

[2] Maria ,Papantoni, L'immixtions en droit des sociétés , Bruylant , France,1998 , p 271.

[3] تنص المادة 262 من ق.ت ".. كل شخص تدخل في إدارة أموال شخص معنوي مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل".

من ناحية أخرى نلاحظ أن المشرع في المادة 262 والمادة 224 قد استعمل نفس العبارة للإشارة للتسيير الفعلي والمتمثلة في "المدير الواقعي" و"المدير الظاهري" والتي تحمل الدلالة على أن هذا الشخص المتدخل يتعامل مع الغير ويظهر لهم أنه الممثل القانوني للشركة، الأمر الذي يشمل قيامه بالعديد من التصرفات الإدارية والتي لا تقتصر على التدخل في الذمة المالية للشركة.

تبقى مسألة التدخل في إدارة أموال الشركة مسألة غير واضحة، تضيق من مفهوم المسير الفعلي الذي اعتبرته معظم القوانين المقارنة أمر دقيق للغاية، نظرا للفراغ التشريعي الذي تعاني منه هذه النظرية، ما ضاعف من غموضها .

هذا ما جعل القضاء الفرنسي يجتهد لتحديد المعايير التي من خلالها يمكن التعرف على مضمون هذه النظرية[1]،هذه المعايير التي حاول الفقه من خلالها وضع شروط لإخضاع الشخص المتدخل في إدارة الشركة التجارية للمسؤولية التي تقع على المسير القانوني.

اعتبر القضاء الفرنسي كل من المستشار القانوني والضريبي للشركة ذات المسؤولية المحدودة مسيرين فعليين بعد قيامهم بإصدار أوامر لمستخدمي إدارة الموارد البشرية، وقيامهم بأعمال إدارية ومحاسبية وذلك رغم حصول المستشار الضريبي على وكالة خاصة للبيع، ولإصدار بعض الأوراق التجارية، إلا أن ذلك لم يمنع اعتباره مسيرا فعليا بالنسبة لباقي التصرفات، وتم توقيع العقوبة الجزائية على هذا الأخير نظرا لقيامه بأعمال الغش الضريبي[2].

يوضح هذا القرار أهمية معيار القيام بأعمال تسيير إيجابية، رغم عدم تمتع المتدخل بصفة المسير للشركة، وفي حالات أخرى اعتبر القضاء الفرنسي المسير القانوني مسيرا فعليا عند قيامه بالتسيير بعد انتهاء مهامه وانقضاء مدة عضويته في الجهاز الإداري للشركة.

حيث اعتبر القضاء الفرنسي المسير السابق لشركة ذات المسؤولية المحدودة مسيرا فعليا نظرا لقيامه بأعمال التسيير المتمثلة في التصرف باسم الشركة مع الغير، وقيامه بالتعامل مع الزبائن

[1] M.C.Bergeres ,P. Duprat, Les dirigeants de sociétés, statut fiscal, juridique et social, Delmas,1994, p 193.
[2] Cass.crim,13 juin,1983n°82-92.527. Larrue, F. Lefevbre, op, cit, p 827.

والمورّدين وتقديم نفسه للغير على أساس أنه ممثل الشركة، كما تعامل معه العمال والمستخدمين على أساس انه نائبا عن المسير القانوني في حالة غيابه[1].

ب- شرط استقلالية المتدخل في تسيير الشركة التجارية.

يضيف القضاء معيار الاستقلالية كشرط جوهري للتسيير الفعلي، فيجب أن يقوم المسير بالتصرف بصفة مستقلة عن أي عقد أو شخص آخر، فيكون له الإرادة الحرة في التصرف واتخاذ القرار باستقلالية تامة مثل المسير القانوني تماما، فيجب أن تكون تصرفاته بمبادرة شخصية من طرفه وينطبق الأمر حتى على تنفيذ تلك القرارات، حيث لا يعتبر مسيرا فعليا في حالة قيامه بتنفيذ القرارات التي يصدرها شخص آخر[2].

وعليه لا يمكن اعتبار وكيل المسير القانوني مسيرا فعليا، كما لا يشترط أن يمارس المتدخل في أعمال الإدارة تلك التصرفات على وجه الاستقلال بارتباطه بعلاقة قانونية أخرى بالشركة كأن يكون موظفا فيها أو عاملا أو شريكا ،أو محاسبا ،فممكن أن لا تربطه بالشركة أي رابطة قانونية، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية تم تكييف علاقة مدير عام لشركة المساهمة على أنه مسيرا فعليا لشركة ذات المسؤولية المحدودة، نظرا لقيامه بأعمال تدل على أنه المسير القانوني لهذه الأخيرة وذلك لوجود الشركتين في نفس البناية ،وقيام المدير العام لشركة المساهمة بإبرام عقود باسم الشركة ذات المسؤولية المحدودة وتعاقده مع الغير، إضافة لتعامل موظفي وعمال هذه الأخيرة معه على أساس أنه المسير القانوني للشركة[3].

كما ميز القضاء بين شرط استقلالية المسير الفعلي واستقلالية الشريك خاصة الشريك المالك لأغلبية الحصص في الشركة التجارية عند ممارسته لحقه في الرقابة على الشركة والاطلاع على

[1] Cass.com, 16 novembre,1987,Wabele, Bull. civ, F. Lefebvre, op, cit,p 826.
[2] M. Papantion, op, cit, 270.
[3] Cass. Crim.24 Octobre1983n°82-92-894 poirier, F. Lefevbre, op,cit, p 823.

حساباتها والعقود التي أبرمها، طالما أنه لم يستغل اسم الشركة، ولم يقم بأعمال إيجابية بغرض التسيير [1]، يطبق هذا الشرط في حالة عدم وجود تسيير ظاهري.

ج- عدم انتظام الصفة القانونية للمسير أو غيابها .

من خلال الصفة القانونية لممثل الشركة التجارية يمكن التمييز بين المسير القانوني والمسير الفعلي لذلك، فيجب الإشارة لشرط العيب القانوني في صفة المسير، وهذا العيب يتجسد في صورتين صورة غياب الصفة القانونية للمسير تماما، وصورة وجودها لكن عدم انتظامها نظرا لوجود عيب موضوعي أو شكلي يتخللها، حينها يعتبر مسيرا فعليا .

تنعدم الصفة القانونية للمسير عندما يقوم بالتدخل في إدارة الشركة عن طريق إخلاله بمبدأ مهم في قانون الشركات والمتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات ، فيقوم بالتدخل في صلاحيات أجهزة إدارة الشركة دون تمتعه بصفة قانونية ، ونقصد هنا الصفة القانونية لتسيير الشركة، لأنه ممكن أن يكون لهذا المتدخل في أعمال الإدارة صفة قانونية في الشركة فيكون مندوب حسابات أو عامل، أو موظف بنك ،فيقوم أحد هؤلاء بالتدخل غير المشروع ،وعدم المشروعية هنا تكون مزدوجة فهو من جهة لا يتمتع بصفة المسير، ومن جهة أخرى قام بالاعتداء على صلاحيات جهاز آخر[2].

كما قد تتوفر الصفة القانونية في المسير لكنها ناقصة أو غير منتظمة تجعل المسير يفقد حقه القانوني في تسيير الشركة، ويتحول من مسير قانوني لمسير فعلي.

يجب احترام إجراءات تعيين المسير، فمن حيث الجهة التي تعينه يشترط المشرع في شركة المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة إجراءات خاصة، فيتم تعيينهم في القانون الأساسي من طرف الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ويقوم المساهمون بتعيين القائمين بالإدارة التي تكون جماعية، حيث يتألف مجلس إدارة شركة المساهمة من ثلاث أعضاء على

[1] Ca Paris, 10 mai, 3éme,ch, Roux n°15558, F. Lefevbre, op, cit, p825.
[2] M. Papontoni, op, cit, p 271.

الأقل، ومن أثنى عشر عضوا على الأكثر أو يديره مجلس المديرين هذه شركة والذي يتكون من ثلاث إلى خمسة أعضاء[1].

كما لا يكون التعيين منتظما قانونا إلا بنشره في نشرة الإعلانات القانونية مع الإشارة الدقيقة لهياكل الإدارة وتنظيمها وصلاحياتها وكل تعديل يطرأ عليها، وفي حالة عدم اكتمال الجانب الشكلي لتعيين المسير وقيامه أثناء تلك الفترة بتصرفات التسيير، اعتبر مسيرا فعليا .

حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية المسير مسؤولا جزائيا نظرا لقيامه باستغلال أموال الشركة بعد توليه أعمال التسيير، رغم عدم اكتمال إجراءات تعيينه وقبل تسجيله في السجل التجاري ونشر التعيين.[2]

إن تقرير هذه المسؤولية الجزائية للمسير قبل قيام الشركة بنشر قرار تعيينه يعني إخضاعه لنفس التزامات المسير القانوني تجاه الغير، وذلك باعتباره مسيرا فعليا حماية الغير الذي تعامل معه.

أما بالنسبة للعيب الموضوعي الذي يحول دون تمتع المسير بصفة التسيير القانوني، فيكون عند عدم الالتزام بالنصوص القانونية التي تمنع أشخاص معينة من تولي مهام التسيير في الشركة التجارية، حيث تكون أوضاعهم القانونية، تتعارض مع تسييرهم لشركة تجارية معينة أو تمنعهم من تسيير كل الشركات التجارية دون استثناء، وفي حالة تجاوز ذلك الحظر وقيام الشخص بالتدخل في إدارة الشركة يعتبر مسير فعلي.

من بين هذه الحالات الحظر الذي ينص عليه المشرع في المادة 576 [3]،عندما منع المشرع أن تسيير شركة ذات مسؤولية محدودة من طرف شخص معنوي، فعند مخالفة هذا المنع يكون الشخص المعنوي الذي ظهر للغير بأنه مسير للشركة ذات المسؤولية المحدودة مسير فعلي لها .

كذلك عندما منع المشرع المساهم الأجير في شركة المساهمة من أن يعين مسيرا للشركة إلا بعد مرور سنة على الأقل على عقد عمله في شركة المساهمة، على ألا يكون تعيينه قائما بالإدارة

[1] أنظر المواد 576 والمادة 610 و643 من ق.ت.

[2] Cass .com.10 juillet.2012n°11.21.395 juris data,n°2012-015731.

[3] تنص المادة 576 من ق.ت :" يدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة شخص وعدة أشخاص طبيعيين".

من شأنه أن يؤثر على المنفعة التي آلت للشركة من عقد العمل[1]، يخضع مسير شركة التوصية بالأسهم لنفس الحظر.

كما منع المشرع المسير لشركة المساهمة من التسيير في حالة عدم امتلاكه لأسهم الضمان والتي عين المشرع حدها الأدنى وجعلها ضامنة لأعمال التسيير، وغير قابلة للتصرف فيها، كما منع المشرع المسير من مواصلة مهامه في الشركة في حالة عدم امتلاكه لهذه الأسهم[2].

تطبيقا للقواعد العامة لصحة التصرفات القانونية يجب أن يكون المسير متمتعا بأهلية إبرام التصرفات القانونية فيعتبر المسير الذي يفقد الأهلية فاقد للصفة القانونية لتسيير شركة تجارية، فتطبيقا للقواعد الخاصة بالوكالة يمكن لناقص الأهلية أن يعين وكيلا يعمل باسم ولحساب موكله طالما أنه لا يتحمل مسؤولية وكالته، هذا مالا يمكن تطبيقه على الوكيل في الشركة التجارية نظرا لاختلاف مهام المسير عن مهام الوكيل، حيث لا يقوم هذا الأخير بأعمال إدارة المستخدمين أو القيام بمبادرات وتوجيهات مالية واقتصادية للشركة ، كما لا يقوم باتخاذ قرارات شخصية تحدد مصير موكله ماليا واقتصاديا .

هذا بالإضافة إلى أن تمثيل المسير في الشركة التجارية لا يقتصر على تمثيل الشخص المعنوي، بل أنه يمثل عن طريق أعمال التسيير التي يقوم بها كل من الشركة والشركاء، وكل جهاز فيها، فهو محور للكثير من المصالح بالشركة، خاصة مصلحة هذه الأخيرة التي تعتمد بالدرجة الأولى على حسن تسيير القائمين بإدارتها[3].

[1] تنص المادة 615 من ق.ت:" لا يجوز للأجير المساهم في الشركة أن يعين قائما بالإدارة إلا إذا كان عقد عمله سابقا بسنة واحدة على الأقل لتعيينه ومطابقا لمنصب العمل الفعلي دون أن يضيع منفعة عقد العمل".

[2] تنص المادة 619 من ق.ت: "يجب على مجلس الإدارة أن يكون مالكا العدد من الأسهم يمثل على الأقل 20%من رأسمال الشركة ... تخصص هذه الأسهم بأكملها لضمان جميع أعمال التسيير بما فيها الأعمال الخاصة بأحد القائمين بالإدارة وهي غير قابلة للتصرف فيها إذا لم يكن القائم بالإدارة في اليوم الذي يقع فيه تعيينه مالكا للعدد المطلوب من الأسهم أو إذا توقفت أثناء توكيله ملكته لها فإنه يعتبر مستقيلا تلقائيا إذا لم يصحح وضعيته في أجل ثلاثة أشهر".

[3] G.Ripert ,R ,Roblot,op,cit, p 923.

من أجل ذلك نص المشرع على صفة التاجر الخاصة بمسيري الشركات التجارية في المادة 03 من الأمر 96-07 المتعلق بالسجل التجاري [1]:" تكون لأعضاء مجالس الإدارة والرقابة في الشركات التجارية، صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها "، من هنا استبعدت الأهلية المتعلقة بالوكالة في القواعد العامة بعد إكساب مسيري الشركات التجارية صفة التاجر، وإخضاعهم لالتزاماتها، فلا يكون المسير للشركة التجارية إلا متمتعا بالأهلية التجارية بحسب ما جاء في المواد 5و6و7 من القانون التجاري.

وعليه فإن غياب الصفة القانونية في المسير تجعله يفقد صفته في إدارة الشركة، كما أن وجود هذه الصفة لا يعني انتظامها، ذلك أن وجود أي عيب شكلي أو موضوعي يجعلها غير صحيحة وغير منتظمة يتحول بسببها المسير من مسير قانوني لمسير فعلي، ولا يشترط وجودها يوم تعيينه، لأنها قد تظهر بعد ذلك فيفقد عندئذ المسير الصفة القانونية للتسيير[2].

من خلال نصوص القانون التجاري تتضح لنا صورة واحدة للتسيير الفعلي نص عليها المشرع في الباب الخاص بالمخالفات التي تتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، والمتمثلة في قيام المتدخل في التسيير بأعمال إدارة الشركة بواسطة شخص آخر يظهر للغير، فاعترف المشرع من خلال المادة 805 من القانون التجاري بالمسير الفعلي اعتمادا على نظرية الظاهر.

تنص المادة 805:" تطبق أحكام المواد من 800 إلى 804 على كل شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص آخر بتسيير شركة ذات مسؤولية محدودة تحت ظل أو بدلا عن مسيرها القانوني"، فيتضح لنا من هذه المادة اعتماد المشرع في إقراره بمسؤولية المسير الفعلي على حالة المسير الحقيقي المخفي والمسير الظاهر الفعلي، الذي يقوم بتسيير الشركة تجاه الغير، كما يتضح لنا أن الأساس

[1] الأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10-01-1996، المتعلق بالسجل التجاري، ج.ر عدد 03 مؤرخة 14 يناير 1996.

[2] M.Cozian, op, cit , p 336.

القانوني الذي يسأل بناء عليه هذا المسير الفعلي هو نفسه بالنسبة للمسير القانوني حيث يخضع لكل النصوص المتعلقة بالمخالفات التي يقوم بها المسير[1].

يتضح لنا من هذه المادة اعتراف المشرع بوجود المسير الفعلي الذي يقوم بأعمال التسيير دون تمتعه بصفة قانونية، ودون وجود تفويض لسلطات التسيير، بل هي ممارسة واقعية يظهر من خلالها المسير الفعلي بأنه صاحب القرار.

الفرع الثاني: مجال نظرية التسيير الفعلي.

لم يبين المشرع الجزائري مضمون التسيير الفعلي، رغم اعترافه بهذه النظرية فلم يخصها بتعريف قانوني، فلا يوجد أي معيار أو شروط للتسيير الفعلي في القانون التجاري يمكن الاستناد عليه لتحديد مفهومه أو مجاله ، فقط في مادتين أين أخضع المشرع من خلالهما المسير الفعلي للمسؤولية عن إفلاس الشركة التجارية في المادتين 224و262 من القانون التجاري ، فموجب هاتين المادتين يخضع المسير لنظام الإفلاس في حالة قيامه بتصرفات تؤدي لتوقف الشركة عن الدفع، ويستوي في ذلك المسير الفعلي والقانوني، كما يتضح لنا من هذا الحكم إخضاع المشرع المسير الفعلي لنفس التزامات المسير القانوني من حيث الاعتراف لهما بصفة التاجر من أجل إشهار إفلاسهما .

تنص المادة 224 من القانون التجاري :" في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز إشهار وذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا: إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال ،تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، أو باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع في حالة التسوية القضائية أو شهر

[1] تتعلق هذه المخالفات في مجملها بأفعال عمدية يقوم بها المسيرون بسوء نية وعن طريق الاحتيال كأن تتعلق بأرباح الشركة أو الحصص المقدمة لها وكل الأعمال التي تمس بالضمان العام المخول الدائنين والعمليات المتعلقة بحسابات الشركة وميزانيتها.

الإفلاس الصادر طبقا لهذه المادة ، تشمل الديون علاوة على الديون الشخصية ديون الشخص المعنوي" .

يتبين لنا من هذه المادة أنها حالات قيام المسؤولية عن إفلاس الشركة وهي مشتركة بين المسير الفعلي والقانوني.

كما جاءت في المادة 262 من القانون التجاري الإشارة للمسير الفعلي بنفس العبارة" مدير بحكم الواقع "والتي منع من خلالها المشرع قيام المدير القانوني والفعلي من إحالة حصصهم أو أسهمهم إلا بإذن القاضي المنتدب ،حيث نصت هذه المادة :" اعتبارا من الحكم القاضي بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لشخص معنوي لا يجوز للمديرين بحكم القانون ،أو الواقع أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن القاضي المنتدب وتقضي المحكمة بعدم قبول حوالة الأسهم والحصص في الشركة والتي يملكها كل شخص تدخل في إدارة أموال شخص معنوي مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل" .

نلاحظ من خلال هذه المادة أنها كذلك تتعلق، تصرفات المسيرين بعد صدور الحكم الذي يقضي بإفلاس الشركة أو تسويتها القضائية، كأن التسيير الفعلي الذي اعترف به المشرع لا يتعلق إلا بحالة الإفلاس والتسوية القضائية، ولا يتسع مجال هذه المسؤولية لتصرفات أخرى متنوعة وكثيرة ممكن أن تصدر من الشخص المتدخل في إدارة الشركة التجارية.

هذا ما لا يتماشى مع المحكمة من إيجاد هذه النظرية التي أوجدت أساس قانوني لقيام مسؤولية كل الأشخاص المتعاملين مع الغير عن كل التصرفات التي تظهرهم مسيرين قانونيين.

كما يظهر لنا من خلال مجال هذه النظرية في القانون التجاري أنها تقتصر فقط على الشركة ذات المسؤولية المحدودة، عندما اخضع المسيرين في هذ الشركة لعقوبات نتيجة ارتكابهم بعض المخالفات المتعلقة بتسيير هذه الشركة [1]، هذا الأمر كذلك لا يتماشى مع فائدة هذه النظرية كما لا يتماشى مع الغاية من الاعتراف بها .

[1] تنص المادة 805 من ق.ت :" تطبق أحكام المواد من 800 إلى 804 على كل شخص قام بمباشرة أو بواسطة شخص آخر بتسيير شركة ذات مسؤولية محدودة تحت ظل أو بدلا عن مسيرها القانوني".

رغم هذا التضييق من مجال نظرية المسير الفعلي في القانون التجاري إلا أنه يمكننا أن نقول بأنه ليس هناك ما يمنع تطبيقها في كل حالة يظهر فيها المتدخل في الإدارة للغير ويتعامل معه هذا الأخير على أساس امتلاكه للصفة القانونية لإدارة الشركة، طالما هناك اعتراف من المشرع بقيام هذا التسيير الفعلي على أساس نظرية الظاهر.

اذ ليس هناك ما يمنع أن يتم اعتبار هذا المتدخل مسيرا فعليا في كل أشكال الشركات التجارية ليس فقط بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، وخاصة الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشريك محدودة بحسب الحصة المقدمة، والتي يكون فيها الغير بحاجة لتقوية ضماناته بتوسيع مجال مسؤولية كل المتعاملين معه.

أما مجال المسؤولية من حيث نوعها فلم يميز هنا المشرع بين المسؤولية المدنية والجزائية، حيث يتضح من النصوص السابقة الذكر أن المسير الفعلي يخضع للجزاء المدني والجنائي على حد سواء، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي الذي ظهر في المادة 241-09 من القانون التجاري الفرنسي[1].

لا بد أن نشير لبعض قرارات محكمة النقض الفرنسية لتوضيح مجال التسيير الفعلي الذي يتسع للكثير من النشاطات والتصرفات الاقتصادية، والمالية والتجارية، والإدارية، والضريبية. .

تم الاعتراف بالدور السيادي لقاضي الموضوع في فرنسا في تقرير وتقدير حالات التسيير الفعلي في قرار صادر عن محكمة النقض في قضية اختلاس أموال شركة تجارية[2].

كما اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس بأن قيام حالة التسيير الفعلي لا يجب أن يأسس على اعترافات المسير القانوني، خاصة عند عدم صدور أي تصرف لإدارة الشركة بصفة مباشرة ومستقلة[3].

[1] Art n 241-09 du c .c .f «Les dispositions des articles l 241- 2 a 241-6 sont applicables a toute personne qui, directement ou par personne interposé aura en fait exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ».

[2] Cass , crim,9 février ,2011 ,n°09-88-454 .F-D .juris data n°2011-003128 Rev. Soc, p 24.

[3] Ca, Paris,9, juin,2000,3éme ch 1998-5553 F. Lefevbre, op , cit p 844.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض أن صفة التسيير الفعلي لا يمكن افتراضها فعلى كل من يدعي وجود تسيير فعلي أن يثبت وجوده[1].

وعليه فإن القاضي هو من يحدد مجال الأشخاص المعنية بالتسيير الفعلي، والذين يخضعون للمسؤولية عن تسيير الشركة التجارية، ومن أكثر التصرفات التجارية التي يوجهها القضاء الفرنسي في منازعات التسيير الفعلي تلك الخاصة بعقد "الفرانشيز"، الذي يقوم من خلاله مانح الحق في استغلال الترخيص التجاري "Le Franchiseur" بتجاوز سلطاته وقيامه بالتدخل في شؤون إدارة الشركة التي منح لها هذا الترخيص.

اعتبرت محكمة استئناف "Rouen" أن قيام مانح الترخيص بتجاوز حقوقه في الرقابة على عمل الممنوح له، وتنظيم عمله وقيامه بالتدخل بفرض قراراته على العمال والمستخدمين في وجود المسير القانوني، يعتبر تسييرا فعليا، وقررت المحكمة المسؤولية التضامنية لكل من المسير الفعلي والمسير القانوني عن ديون الشركة التجارية[2].

كما يمكن أن يشمل التسيير الفعلي موظفو البنوك الذين يقومون بالتدخل في أعمال إدارة الشركة التجارية دون سند قانوني[3].

يمثل مندوبو الحسابات وأعضاء مجلس المراقبة في الشركات التجارية أهم الأجهزة الحيوية التي تعمل على تحقيق أغراض الشركة والنهوض بها، لذلك مكنها المشرع من القيام بعملها وفقا للقانون، فألقى المشرع على عاتقهم مراقبة أعمال الشركة وفحص الأنظمة المالية والإدارية لها والتأكد من ملاءمتها لحسن سير أعمال الشركة، والمحافظة على أموالها، والتأكد من قانونية الالتزامات المترتبة على الشركة وصحتها، والاطلاع على قرارات مجلس الإدارة وإعداد تقارير عن مراقبة الشركة.

[1] Cass .com.6.mai.1980, 78-16.261, F. Lefebvre op, cit p 834,
[2] CA,Rouen,23 mai1978, F. Lefebvre op, cit p 842.
[3] Cass , com,27juin,2006, 04-15.83, lefevbre,op cit, p 398 .

من هنا يمكن اعتبار هذه الأجهزة وكلاء عن الشركاء والمساهمين في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، لكن وكالتهم تختلف عن وكالة المسيرين نظرا لخصوصية المهمة الموكلة إليهم[1]، فهم لا يتحملون نتائج فشل أو نجاح الشركة التجارية لأن مهمتهم تقتصر على مراقبة الشركة، ونظرا لتمتع هذه الأجهزة بالاستقلالية التامة في ممارسة مهامها فيكون لها تأثير كبير في القرارات التي تتخذها أجهزة الإدارة.

يمكن أن يتجاوز ذلك التأثير صلاحياتهم للتدخل في صلاحيات سلطات أخرى في الشركة التجارية، فيتم خرق مبدأ الفصل بين السلطات عند قيامهم بفرض قراراتهم التي تتجاوز مهامهم على الأجهزة الإدارية، واتخاذ مبدأ النزاهة والحرص على مصالح الشركة ذريعة للتدخل فيكون نتيجة لذلك وقوعا لخلط بين السلطات الذي يؤدي أحيانا لاشتراك مندوبي الحسابات أو أعضاء مجلس المراقبة مع المسيرين في إدارة الشركة[2]، فلابد من إخضاعهم لمسؤولية المسير الفعلي عند وجود هذا النوع من التدخل.

كما استبعد من نطاق التسيير الفعلي الشركاء المالكين لأغلبية الحصص في الشركة حتى ولو تجاوزت هذه الملكية أكثر من نصف الحصص أو الأسهم، فإن حقهم في الرقابة على الشركة وتمتعهم بحقوق واسعة لا يعني أنهم يملكون كل السلطات فيها تطبيقا لمقولة "من يملك المال يملك السلطة[3]" .

قضت محكمة استئناف باريس بعدم اعتبار الشريك الذي يمتلك أغلبية الحصص في شركة ذات مسؤولية محدودة مسيرا فعليا، لأن امتلاكه لأغلبية الحصص لا يخول له حق التسيير خاصة في حالة عدم قيامه بتصرفات إيجابية للتدخل في إدارة الشركة فلا يمكن معه اعتباره مسيرا فعليا[4].

تتداخل غالبا صفة المسير الفعلي بصفة العامل في الشركة التجارية، لأن قيام المتدخل في إدارة الشركة بالتسيير دون وجود أي سند قانونيا يظهره بمظهر العامل، فيجب التمييز بين الصفتين

[1] محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الشركات التجارية، المجلد الخامس، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ،2008، 135.

[2] V.C. Gerschel , op , cit, p 285

[3] Y.Guyon ,op. cit, p 429

[4] CA , Paris10mai1989,3éme ch. A Roux, F. Lefebvre, op cit p 846.

من خلال تحديد العلاقة التعاقدية والمتمثلة في عقد العمل، ففي حالة عدم ارتباط هذا المتدخل بعقد عمل مع الشركة يمكن اعتباره مسيرا فعليا .

كما يمكن أن يتخذ عقد العمل ستارا للقيام بأعمال التسيير، وهذا ما يحدث غالبا لأنه يوفر للمسير الفعلي حماية مزدوجة حيث يستفيد من مزايا عقد العمل مثل التأمينات، والأنظمة الجبائية، كما يستفيد من الحرية في التسيير ودون أية مسؤولية ملقاة على عاتقه نظرا لأنه ليس المسير القانوني للشركة[1]، ففي حالة وجود تداخل بين عقد العمل والتسيير الفعلي فإن قاضي الموضوع هو من يتولى تكييف العلاقة القانونية.

حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يمكن تكييف علاقة العامل بالشركة التجارية بأنها علاقة تسيير فعلي[2].

قررت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية عدم اعتبار المدير التجاري لشركة المساهمة عامل، واستبعدت المحكمة معيار استفادته من التعويضات المترتبة عن عقد العمل، نظرا لأنه لم يمارس مهامه باعتباره مديرا تجاريا بل باعتباره مسيرا، خاصة أن الأجر الذي كان يتلقاه عبارة عن مبالغ تتجاوز بكثير الأجر الخاص بعقود العمل[3].

الفرع الثالث: قيام مسؤولية المسير الفعلي تجاه الغير.

عندما يقوم القاضي بتكييف أعمال التدخل في تسيير الشركة التجارية على أنها تسيير فعلي، تقوم مسؤولية من قام بهذه التصرفات، فيسأل مدنيا وجزائيا، ويقع على رافع الدعوى إثبات صفة التسيير الفعلي[4].

[1] F. Lefebvre , op, cit, p 396.
[2] Cass .com.2 février ,1982 n 80- 14. 544 F. Lefebvre, op cit p 843.
[3] Cass , soc.17 octobre2001,Lefevbre, op cit p 820 .
[4] M. Couzian ,op,cit,159

يتضح لنا من المادة 224 من القانون التجاري اعتماد المشرع على فكرة الظاهر لإخضاع المسير للمسؤولية عن إفلاس الشركة التجارية، وبذلك فإن مسألة إثبات التسيير الفعلي ترتبط بإثبات ما ظهر من تصرفات تجاه الغير، ولم يعتمد المشرع عند اعترافه بهذه النظرية على ضرورة قيام المسير الفعلي بالمتدخل في الإدارة بأعمال الإدارة الإيجابية ووجود تصرفات معينة، بل يمكن للغير إثبات المظهر الخارجي الذي بعث على اعتقاده أن الشخص المتعامل معه هو المسير القانوني للشركة.

قد يتعذر على الغير أن يتأكد من صحة التمثيل القانوني لهذا الشخص في ظل سرعة المعاملات، وتنوع الأعمال والتخصصات الإدارية وهياكل الإدارة والمراقبة، فيمكن أن يتعامل مع الغير وكيل أسندت له بعض المهام بموجب وكالة خاصة، وهنا لا يمكن للغير معرفة أن هذا المتعامل معه لا يحمل صفة المسير القانوني للشركة، خاصة عند قيام هذا الوكيل بأعمال التسيير بصفة مستمرة[1].

تعتمد نظرية التسيير الظاهري على ظهور شخص بمظهر قانوني وقيامه بالتعاقد مع الغير الذي يعتقد أنه من تعامل معه يملك كل السلطات القانونية لتسيير الشركة، فتكون نتيجة تطبيق هذه النظرية اعتبار كل ما قام به هذا الشخص من تصرفات صحيحة كأنها صادرة من شخص يمتلك صفة التسيير قانونيا للشركة، فيتم التضحية بالحقيقة القانونية في سبيل حماية الغير، الذي يقع عليه عبئ إثبات الوضع الظاهر[2].

تترك مسألة تقدير الوضع الظاهر للقاضي الذي يعتمد في تقديره على الطريقة التي قام بها هذا المتدخل بتقديم وإظهار نفسه للغير ، والتي يمكن أن تتخدد شكلين يتمثل الأول في غياب صفة المسير تماما في الشخص المتدخل ،والثاني يتمثل في وجود الصفة و امتلاك المتدخل لسلطات التسيير لكنه يتجاوزها ،غالبا يفضل الغير اللجوء للحالة الأولى وإثبات تجاوز المسير لموضوع الشركة فتسأل الشركة حتى عن هذا التجاوز خاصة شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة ، أما في الحالة الثانية يفضل الغير إثبات حقه في عدم الاحتجاج عليه بتجاوز حدود السلطات الممنوحة للمسير عوض اللجوء لإثبات التسيير الفعلي.

[1] D, veaux ,op, cit20
[2] R, Rodier ,op ,cit, p 183.

حيث تكون هنا الحماية متوفرة للغير عن طريق قاعدة عدم الاحتجاج دون حاجته لإثبات الوضع الظاهر نظرا لصعوبة إثباته، فيمكننا أن نقول إن اللجوء لنظرية الظاهر لا يكون إلا عندما تفشل كل وسائل الحماية الأخرى[1].

رغم أهمية نظرية الظاهر في حماية حقوق الغير إلا أن شروطها قد تمنع الغير من الاستناد عليها لأنها تقوم على ضرورة إثبات ثلاث عناصر، والمتمثلة في وجود الحقيقة الخفية، ووجود وضع ظاهر مخالف للحقيقة، وتحقق عنصر الخطأ الناتج عن حسن نية الغير، فهي شروط صعبة الإثبات خاصة عنصر الخطأ المشروع " La croyance légitime " الناتج عن الاعتقاد المشروع لصحة الوضع الظاهر وانتظامه قانونيا[2].

أخضع المشرع بمقتضى المادة 224 من القانون التجاري المسير لنظام الإفلاس التجاري في حالة قيامه بتصرفات أدت لتوقف الشركة عن الدفع وأشهر إفلاسها، وأشار المشرع صراحة لمسؤولية المسير الواقعي الظاهري ،حيث شدد المشرع هذه المسؤولية وأكد أنها مماثلة لتلك التي يخضع لها المسير القانوني سواء كان مأجورا أو غير مأجور ، وتقوم هذه المسؤولية في حالة استغلال اسم الشركة وأموالها لتحقيق أغراض شخصية ،أو قيامه بمباشرة صفقات خاسرة لا يمكن إلا أن تؤدي لتوقف الشركة عن الدفع[3]، فيشهر إفلاس المسير تبعا لإفلاس الشركة ويقوم بتسديد ديون الشركة كأنها ديونه الشخصية، ويسأل عن كل ما يسأل عنه المسير القانوني[4].

كما يتضح من المادة 805 من القانون التجاري قيام مسؤولية المسير الفعلي عن أخطاء التسيير، الى جانب خضوعه للمسؤولية الجزائية عن المخالفات المرتكبة أثناء تسيير الشركة التجارية، وتطبق نفس النصوص الخاصة بالمسير القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة.

---

[1] M. Helene Monsérié, et. B. Laurent, Droit des sociétés et des groupements , Montchrestien, France,2009, p 71.

[2] J.calais Auloy ,op ,cit, p 03.

[3] أكد القضاء الفرنسي أنه يجب أن يكون للمسير الفعلي دور في إفلاس الشركة عن طريق قيامه بالتدخل في أعمال التسيير، واقترافه لأخطاء تؤدي للإضرار بالشركة وشهر إفلاسها.

Ca Paris 17 novembre1992 .3éme ch.

[4] D. veaux , op, cit, p 813.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن تقرير مسؤولية المسير الفعلي لا ينفي مسؤولية المسير القانوني، كما أن إخضاع هذا الأخير للمسؤولية لا يعني إعفاء المسير الفعلي منها[1].

منعت محكمة النقض الفرنسية إعفاء المسير القانوني من مسؤوليته الجزائية المترتبة عن جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة بسبب عدم توليه لمهام التسيير، وأخضعت كل من المسير الفعلي والمسير القانوني للمسؤولية الجزائية[2].

المطلب الرابع: شروط قيام مسؤولية مسير الشركة التجارية تجاه الغير.

إن تحديد الحالات التي تقوم من خلالها كل من المسؤولية المدنية والجزائية للمسيرين أمر في غاية الأهمية، لأنه يسهل للدائنين الحصول على حقوقهم ، فلا تقوم هذه المسؤولية إلا بصدور أخطاء معينة من طرف المسير القانوني وحتى المسير الفعلي، كما لا مسؤولية على الشركة التجارية إلا إذا كان خطأ المسير من قبيل أخطاء التسيير، فتقوم عندئذ مسؤولية المسير في حالة مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية أو خرق القانون الأساسي، إضافة الجزاء الجنائي المترتب عن الكثير من المخالفات التي يمكن للقائم بالإدارة ارتكابها ، فسوف نكتفي بالإشارة لأنواع هذه الأخطاء التي ترتب المسؤولية الجزائية و التي تضر بمصالح وحقوق الغير من خلال التطرق لحالات قيام المسؤولية الجزائية للمسير تجاه الغير (فرع ثاني)، بعد دراسة حالات قيام المسؤولية المدنية لمسير الشركة التجارية تجاه الغير (فرع اول) .

[1] M. cozian , op, cit , p 160
[2] Cass.crim.31 mai2012, F. Lefebvre, op cit, p 832.

الفرع الأول: حالات قيام المسؤولية المدنية لمسير الشركة التجارية تجاه الغير.

أ- أخطاء المسير المرتبة للمسؤولية المدنية.

يعتبر المسير مسؤولا عن خسارة الشركة لأموالها نتيجة لتصرفاته وذلك تجاه الغير وتجاه الشركة عندما يتجاوز حدود موضوع الشركة وغرضها تجاه الغير خاصة في شركات الأشخاص، وعندما يقوم بمخالفة القانون الأساسي، أو مخالفة القوانين والتنظيمات، وكذلك في حالة ارتكاب أخطاء التسيير، وتقوم هذه المسؤولية حتى وإن تم منح المسيرين إبراء من طرف جمعية الشركاء، فعلى المسير أن يبدل العناية اللازمة لتحقيق الغرض الذي نشأت من أجله الشركة ويقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد[1].

يخضع المسير لواجب احترام النصوص التشريعية من قانون تجاري لقانون جبائي لقانون جنائي واجتماعي...، وكل مخالفة وخطأ يؤدي للإضرار بالشركة والغير، كما يلتزم المسير باحترام النصوص التشريعية وحتى التنظيمية رغم غيابها في القانون التجاري خاصة بالنسبة لتنظيم الشركات التجارية، خاصة في ظل غموض الكثير من النصوص التي تحتاج لأحكام تنظيمية لتوضيحها وتسهيل تطبيقها[2].

لا تقوم المسؤولية المدنية للمسير في الشركة التجارية إلا في حالات استثنائية خاصة في علاقة الشركة مع الغير على أساس انصراف كل آثار تصرفات المسير للشركة فيكون من مصلحة الغير مطالبة الشخص المعنوي لسهولة إثبات المسؤولية القائمة على أساس الوكالة ولمطالبة الشركة مما يوفر ضمانا أكبر للدائنين.

اختلف الفقه حول أساس هذه المسؤولية فهناك من يراها عقدية تجاه الشركة والشركاء وتقصيرية تجاه الغير، في حين يراها البعض الآخر قانونية نظرا لأن اسسها وشروطها وضعت من قبل المشرع[3]، كما تكون المسؤولية أثناء تسيير الشركة التجارية فردية أو تضامنية في حالة ارتكاب المسيرين لأخطاء مشتركة وتكون عقدية مصدرها العقد الذي أبرمه الغير مع الشركة، فيسأل عنها

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 132.
[2] السبع عائشة، المرجع السابق، ص 58.
[3] صابونجي نادية، المسؤولية المدنية للقائم بالإدارة في شركة المساهمة التقليدية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة بلعباس مكتبة الرشاد العدد06 ،2009، ص 81.

المسيرين باعتبارهم ممثلين للشركة وجزء من نسيجها، كما قد يكون مصدرها المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكاب المسير لأخطاء سببت ضرر للغير.

غالبا ما يكون مصدر مسؤولية المسير تجاه الغير قانوني فهو يجد أساسه في النص القانوني، مثل خرق إجراءات التأسيس أو عدم قيد الشركة أو عدم شهرها أو عدم القيام بشهر التعديلات التي قد تطرأ على الشركة بعد اكتسابها الشخصية المعنوية، كما يرتب المشرع مسؤولية تضامنية قانونية في حالة وجود هذا الخرق القانوني [1]، حيث يقع على المسيرين الالتزام بالتحقق من صحة إجراءات التأسيس وهم مسؤولون في مواجهة المتضرر فرديا أو تضامنيا فيمكن للمتضرر الرجوع عليهم مجتمعين أو الرجوع على أحدهم.

كما يكون الخطأ ناتج عن سوء إدارة الشركة فيكون كذلك مصدره مخالفة لتطبيق القوانين والأنظمة التي تحكم الشركات التجارية، وكما سبقت الإشارة للخطأ في التسيير أنه ذلك الخطأ الذي تسأل عنه الشركة، والذي يكون ناتج عدم التبصر والحيطة كإهمال إيداع أسهم الضمان لأحد البنوك، أو عدم العناية بحسابات الشركة ودفاترها التجارية، أو القيام بتوزيع أرباح صورية أو يكون نتيجة الامتناع عن عمل ما كعدم التأمين على الشركة، أو عدم الالتزام بالنصوص الجبائية التي تفرض دفع الضرائب ورسوم معينة[2].

يقع على القائمين بإدارة الشركة التجارية واجب الإشراف والرقابة على تصرفات كل عضو منهم لمنع استمرار نشاط مضر بالشركة أو الغير ، كما لا يجوز لهم إهمال استيفاء حقوق الشركة لدى الغير، أو إيداع أموال الشركة في بنك مهدد بالإفلاس، أو القيام بإقراض أموال الشركة دون احترام الشروط ودون ضمانات أو القيام بعمليات جزافية تؤدي لخسارة الشركة[3]، كما لا يجوز لهم اتخاذ قرارات تشكل منافسة غير مشروعة أو القيام بإعلانات غير صحيحة عن المركز المالي للشركة وعن ميزانيتها إيهام الغير عن طريق رفع قيمة أسهم الشركة مما يسبب ضررا للغير[4].

[1] المواد 549 و715 مكرر 21 من ق.ت.
[2] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 279.
[3] مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص 488.
[4] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 292

إن منح المشرع أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة حق امتلاك أسهم الضمان يهدف لضمان مسؤولية المسير تجاه الغير في الحالات التي يتقرر فيها رجوع الغير على أعضاء مجلس الإدارة نتيجة ارتكابهم للأخطاء المذكورة[1].

يسأل كل من المسيرين وأعضاء مجلس المراقبة في شركة المساهمة ومندوبي الحسابات عن أعمالهم بانفراد وبانفصال تام كل في إطار مهامه، وفي حالة تعاملهم مع الغير متجاوزين صلاحياتهم وسبب ذلك ضرر المتعامل معهم يسألون عندئذ شخصيا، وفي حالة وجود اشتراك في الخطأ يبين المسيرين والمراقبين وجب التعويض بتطبيق المسؤولية التضامنية، ولا يمكن للمسيرين حينها الإفلات من المسؤولية بحجة غياب الرقابة، كما يسأل مندوبي الحسابات فرديا أو بالتضامن في حالة علمهم بوجود تجاوزات وأخطاء وعدم قيامهم بالإعلان عنها، إلى جانب إخضاعهم لمسؤولية المسير الفعلي عندئذ تدخلهم في أعمال التسيير[2].

ترجع مسألة تكييف الخطأ المشترك والخطأ الفردي للقاضي، فيمكن أن يرتكب الشركاء أو المساهمين أخطاء تجعل من المسير يسأل جزئيا خاصة في حالة عدم امتلاكه للخبرة الكافية لإدارة الشركة فلا يكون من مقتضيات العدالة أن يسأل عن كل الضرر حيث يحمله القاضي في هذه الحالة إلا تعويض جزئي، كما تكون المسؤولية جزئية في حالة فيتحمل كل مسير مسؤولية خطأه عندما يتم تقسيم المهام وتولي كل مسير للإدارة فرديا ولا يمكن إثبات ذلك والتخلص من المسؤولية المشتركة والتضامنية إلا إذا تم توضيح المهام في القانون الأساسي[3].

يمكن إجراء التأمين على المسؤولية من طرف المسيرين في كل أشكال الشركات التجارية، لكن يستثنى من هذا التأمين على المسؤولية الأخطاء التي يقوم بها المسيرين بسوء نية والأفعال المعاقب

[1] عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، 267.

[2] G.Ripert, R.Roblot, op, cit, p 496

[3] Valerie .Gomez bassac ,Droit des sociétés , Foucher ,France,2008, p 65.

عليها جزائيا والتي لا يمكن تغطيتها، وعادة يتم إبرام هذا التأمين من طرف الشركة لفائدة مسيرها[1]، خاصة في الشركات التجارية التي لا يمكن للشركاء فيها امتلاك أسهم الضمان التي تضمن مسؤوليتهم.

ب- مباشرة دعوى المسؤولية المدنية من طرف الغير.

للغير دعويين للمطالبة بحقوقه فله أن يرفع دعوى عقدية في مواجهة المسير بالنظر للعقد الذي يربطه مع الشركة، ودعوى تقصيرية نظرا للخطأ الشخصي الذي صدر من المسير أو الخطأ المشترك لكل الأعضاء[2]، تعتبر دعوى المسؤولية التي يرفعها الغير على الشركة دعوى استثنائية باعتبار وجود ممثل للشركة يتصرف باسمها ولحسابها فتنصرف كل الآثار للشخص المعنوي، لذلك لا ترفع هذه الدعوى إلا إذا تحققت شروطها أولها الشروط الشكلية لرفع دعوى والمتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية ويضيف الفقه شرطين آخرين:

يتمثل الشرط الأول في عدم إمكانية الاحتجاج بالتصرف في مواجهة الشركة، يتحقق هذا الشرط عند وجود خطأ شخصي اقترفه المسير حينها لا تسأل الشركة ،أما في الحالات الأخرى فإنه شرط صعب تطبيقه لأن الشركة ملزمة بكل تصرفات المسير حتى تلك التي تتجاوز موضوع شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة، فلا يمكن أن يطبق هذا الشرط بالنسبة لهاتين الشركتين، اما الشرط الثاني فيتمثل في أن يشكل الخطأ المرتكب خطأ شخصي[3]، ويمكن للشركة الرجوع على المسير في حالة قيامها بالتعويض في حالة إثباتها وجود خطأ شخصي من قبل المسير ، ولا يرجع الغير على المسير شخصيا إلا إذا كان خطأه مستقلا عن ممارسة وظائف الإدارة والذي يكون خطأ عمدي وذو جسامة خاصة ،كما يجب أن لا يتناسب مع الممارسة العادية لأعمال التسيير وترجع مسألة تقدير الخطأ الشخصي للقاضي[4].

[1] J. Delga , Le droit des sociétés , Dalloz, France, 1998, p 299.
[2] G.Ripert, Roblot, op,cit, p 493
[3] صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 94.
[4] سبع عائشة، المرجع السابق، ص 74.

اعتبر المشرع الجزائري أي شرط يقضي بضرورة موافقة الجمعية العامة للشركة المساهمة من أجل رفع دعوى المسؤولية على القائمين بالإدارة كأن لم يكن وهذا حسب المادة 715 مكرر25، يتضح لنا أن هذا الحكم لا يخص إلا شركة المساهمة إذ لا نجد إشارة لهذه المسألة بالنسبة لباقي الشركات[1].

كما أن مسألة تقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لم ترد إلا بالنسبة لشركة المساهمة حيث حدد المشرع مدتها المتمثلة في ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب الفعل الضار أو من وقت العلم به من طرف الغير، إن كان قد أخفي ، وهذا ما جاء في المادة 715 مكرر26 من القانون التجاري، وتقوم المسؤولية المدنية في حالة وقوع الضرر سواء وقع هذا الضر عمدا أو عن مجرد إهمال أو جهل لأحكام القانون، ويشترط لقيام هذه المسؤولية إثبات وجود صلة مباشرة بين الضرر و الخطأ وفي حالة تحقق ضرر نتيجة لخلل في تأسيس الشركة ،فإن الحكم ببطلانها يعد في حد ذاته دليل على وجود خطأ ووجود صلة بينه وبين الضرر ، وفي هذه الحالة يمكن لمن أصابه ضرر أن يرفع دعوى للحصول على تعويض دون اللجوء إلى دعوى البطلان لأن رفع دعوى البطلان وعدم الحكم به لا يمنع رفع دعوى التعويض متى تحقق الضرر وأثبتت العلاقة بينه وبين الخطأ وإن تصحيح الشركة وعدم الحكم بالبطلان لا يحول دون حصول المتضرر على التعويض[2].

الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية الجزائية للمسير تجاه الغير.

جرم المشرع الكثير من التصرفات التي يقوم بها مسيري الشركات التجارية وتختلف المسؤولية المدنية عن الجزائية المترتبة في حالة صدور أفعال معينة سواء إيجابية أو عبارة عن امتناع عن القيام ببعض الأعمال، كما يشترط أن تقع عمدا ويمكن أن يعاقب المسير على نفس الفعل مدنيا وجزائيا،

[1] تطرق المشرع الفرسي لحظر هذا الشرط حتى بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك في المادة 223-22 من القانون التجاري.
[2] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 226.

وهذا لا يعني ارتباط المسؤولية المدنية بالجزائية فممكن أن يخضع المسير للمسؤولية المدنية في حين يبرئه القاضي الجنائي من نفس الخطأ .

كما أن تحقق الخطأ الشخصي ومسؤولية المسير شخصيا عن خطأه تجاه الغير، لا يعني بالضرورة أن يكيف القاضي الجنائي ذلك الخطأ على أساس أنه مخالفة أو جنحة تسيير حيث لا يعتمد القاضي على ذلك الفصل بين الأخطاء الشخصية والأخطاء في التسيير، بل يبحث عن أركان أهمها الركن المعنوي والعنصر العمدي، فاذا تحقق العنصر المادي دون المعنوي فلا جريمة[1] .

أما بالنسبة لحالات قيام المسؤولية الجزائية للمسير تجاه الغير، فإنه يمكن أن تتعلق بحسابات الشركة تلك المتعلقة بتوزيع الأرباح الصورية دون جرد أو عن طريق جرد مغشوش والتي سبق توضيحها عند الحديث عن إضعاف الضمان العام للدائنين والمساس برأسمال الشركة، حيث يتم اقتطاع هذه الأرباح من رأس المال أو عن طريق المبالغة في تقدير أصول الشركة بأكثر من قيمتها الحقيقية فيمثل حينها ذلك التصرف غش واحتيال، فإضافة للمسؤولية المدنية للمسير تجاه الغير تقوم مسؤولية جزائية باعتباره خطأ جسيم يعاقب عنه المسير في حالة سوء النية [2] .

كما تمثل خطورة على حقوق الغير تلك التصرفات التي توهم الغير بالوضع المالي غير الحقيقي للشركة بتوزيع أرباح صورية، أو القيام بإبرام تعهدات لإخفاء الوضع المالي الشيء للشركة كذلك قيام المسيرين باستعمال أموال الشركة بسوء نية لأغراض شخصية ولتحقيق مصالح خاصة[3] .

تعتبر جنحة التعسف في استعمال أموال الشركة أخطر الجرائم التي يرتكبها مسيري الشركات، فكل إساءة في التصرف بأموال الشركة يمثل جنحة معاقب عليها و يتجسد الركن المادي لهذه الجريمة في قيام المسير عمدا وبسوء نية بالتصرف في أموال الشركة إضرار بمصلحتها ، لتحقيق مصالح شخصية كأن يقوم بتحميل الشركة أموال وغرامات ناتجة عن خطئه الشخصي، أو شرائه لحساب شركته

[1] J.L. Navarro, op, cit, p 176.

[2] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 110.

[3] حسب ما ورد في المادة 800 من ق.ت ، وتتمثل عقوبة ذلك التصرف في غرامة من: 20.000 دج إلى 200.000 دج في حالة إصدار الأسهم قبل قيد الشركة بالسجل التجاري ، وهذا ما جاء في المادة 806 من ق.ت ، ويعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج.

عقارات من شركة أخرى بأسعار مرتفعة من أجل تفضيل مصلحة هذه الأخيرة، أو استعمال أموال الشركة لتسديد أتعاب محاميه في قضية شخصية وكل تصرف من شأنه أن يجلب خطر غير عادي على أموال الشركة[1].

يسأل المسيرين عن المخالفات المرتكبة أثناء تأسيس شركة المساهمة وذلك في حالة عدم الالتزام بإتمام الإجراءات القانونية لتأسيس الشركة إضافة لكل الأشخاص الذين خالفوا الشروط الشكلية للاكتتاب وصحة البيانات أو قدموا اكتتابات صورية أو قاموا بإخفاء تلك الاكتتابات أو نشر اكتتابات غير موجودة، أو نشر أسماء مكتتبين غير موجودين بغرض دفع الجمهور للاكتتاب أو التعامل باسهم بدون قيمة إسمية أقل من قيمتها أو قبول الوعود بالأسهم وكذا قبول أسهم عينية لا يجوز التداول فيها[2].

إضافة إلى العقوبات المترتبة عن عدم إعداد حسابات الأرباح والخسائر والتقارير السنوية المتعلقة بالجرد وحساب الاستغلال حيث تنص المادة 801 من القانون التجاري :" المسيرون الذين لم يضعوا في كل مالية الجرد وحساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح والميزانية وتقرير عن عمليات السنة المالية "، ونفس الحكم يخضع له مسيري شركة المساهمة وهذا ما يتضح من المادة 813 من القانون التجاري[3]، وتطبق نفس العقوبات على المديرون العامون ورؤساء مجالس الإدارة، أما أعضاء مجلس المديرين فلم يرد نص يجرم أفعالهم على عكس أعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين ولم يجرم المشرع تصرفات أعضاء مجلس المديرين عندما اشار للأشخاص الخاضعين للعقوبة.

نشير هنا للمسؤولية الجزائية للمسير الفعلي الذي اخضعه المشرع لنفس أحكام المواد المتعلقة بالمسير القانوني للشركة ذات لمسؤولية المحدودة، ولا علاقة للدعوى المدنية بالدعوى الجزائية عند ترتيب مسؤولية هذا الأخير من حيث تكييف القاضي لصفة التسيير الفعلي، فيمكن أن يكيف

[1] سبع عائشة، المرجع السابق، ص 86.
[2] المواد 807 و808 من ق.ت.
[3] تنص المادة 813 من ق .ت على ان: "يعاقب بالغرامة من 20.000 دج الى 200.0000 دج الرئيس والقائمون بالإدارة أو المديرون العامون للشركة المساهمة.."

القاضي المدني أفعال الشخص على أساس تسيير فعلي في حين يجدها القاضي الجنائي تفتقد للركن المعنوي فلا يمكن أن تترتب هنا المسؤولية الجزائية.

رفضت محكمة النقض الفرنسية امتناع المحاكم المدنية تكييف صفة التسيير الفعلي عند استبعاد القاضي الجنائي له[1].

يعتبر القصد الجنائي في جرائم الشركات ركن مختلف عن الجرائم الأخرى فأساس المسؤولية الجنائية هو النية الإجرامية التي لم يشترطها المشرع في كل تصرفات المسيرين المكونة للركن المادي للجريمة، حيث يكون من الصعب على المسير اثبات حسن نيته بعد قيامه بتصرفات مخالفة لمصلحة الشركة التجارية، و يحتوي الركن المادي للجريمة على أفعال وتصرفات إيجابية وأخرى سلبية عبارة عن امتناعات[2]، ففي المادتين 801و813 فقرتهما الأولى لم يشترط المشرع صراحة أن يكون عدم إعداد الحسابات المالية للشركة وإعداد ميزانيتها قد وقع عمدا وبنية إجرامية، وأشار المشرع للركن المادي فقط والمتمثل في التخلف والامتناع عن القيام بالتصرف دون اشتراط القصد الجنائي.

كما انه لا يمكن تبرئة المسير واعفاءه من تحمل الجزاء الجنائي في حالة إساءته لاستعمال أموال الشركة لمجرد اثباته عدم توليه لأعمال إدارة الشركة بصفة مستمرة، او لعدم ممارسته مهامه لأي سبب كان[3].

ان اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية يجعلها مسؤولة عن تصرفاتها مدنيا تجاه الغير عند اقترافها لأخطاء اثناء ممارستها لنشاطها، او ارتكابها لتجاوزات في لحقوق العمال، او اقترافها لأخطاء ذات طبيعة اقتصادية كمنافسة غير مشروعة، كما تخضع للمسؤولية الجزائية عند ارتكابها للمخالفات المتعلقة بالشركات التجارية، ونظرا لأنه من الصعب اخضاع الشخص المعنوي لبعض العقوبات كعقوبة الحبس، إضافة لتعذر اثبات قيام الشركة ببعض الممارسات خاصة تلك المتعلقة

[1] Cass. Crim 13 décembre 1982 n 81-013 , 60, https : // www.legifrance.gouv.fr.
[2]Francis. Dominguez ,Dirigeants de droit ou de fait (entrepreneurs) , vos responsabilités et exonérations, éd du guerrier, France,2013, p67
[3] Cass. Crim, 31 mai 2012, n 11-86. 234,: juris data n 2012-105056, Rev. Soc jurisclasseur, novembre 2012, p38.

بإساءة استعمال اموال الشركة التجارية فانه لا بد من تحمل المسير تلك المسؤولية، لان قيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية لا لا ينفي مسؤولية مسيريها عند ارتكابهم لتلك الممارسات المجرمة[1].

نصت المادة 382 مكرر1 من قانون العقوبات الجزائري[2] على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في حالة السرقة والنصب وخيانة الأمانة فيخضع حينها الشخص المعنوي لعقوبة الغرامة، ولا يمكن اعتبار الشركة مسؤولة جزائيا إلا إذا قام ممثلوها بتصرفات مكونة للركن المادي للجريمة، إضافة للركن المعنوي، وعليه فإن لتقرير القاضي لهذه المسؤولية يجب أن يعين الأشخاص الطبيعية للوصول لطبيعة الفعل المرتكب من أجل تحديد الجريمة والعقوبة، لكن لم يتطرق المشرع لهذه المسألة كما لا يوجد نص في قانون العقوبات الفرنسي يجبر القاضي أن يعين الشخص الطبيعي المسؤول في هذه الحالة، مما يعني أنه يكفي أن يتأكد القاضي من الركن المادي والركن المعنوي دون حاجة لتعيين الأشخاص الطبيعية.

لكن يجب التمييز هنا بين طبيعة هذه الجرائم فبالنسبة للجرائم التي تفرض وجود القصد الجنائي الخاص كجريمة النصب يصعب تقرير وجودها دون تحديد الجهة التي قامت بها أما إذا تعلق الأمر بقصد جنائي عام والذي يمكن تقرير وجوده بتوفر الإرادة في خرق القوانين والتنظيمات، فإن تعيين ممثل الشركة الذي قام به لا يشكل أهمية كبيرة فيكفي أن يتبين للقاضي وجود مخالفة القوانين صادرة عن الشخص المعنوي[3].

كما يسأل مسيرو الشركات التجارية عن الديون الجبائية المترتبة على الشركة إضافة للغرامات الجبائية في حالة قيامهم بأعمال تدلسية أو عدم الالتزام بالمسؤولية الجبائية على أن يكون ذلك بصفة متكررة، حيث يبث رئيس المحكمة الذي يتبعه مقر الشركة في هذه الدعوى بما هو معمول به في المواد

[1] M .Helene Monsérié ,Droit des sociétés et des groupements, op, cit, p 60.

[2] قانون العقوبات رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالأمر رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر عدد 37، 22 يونيو 2016.

[3] Salam H.A. Samad, La responsabilité des sociétés dans le droit libanais et le droit français et droit libanais, L.G.D.J, éd alpha 2010, p 142.

الجزائية هذا ما جاء في المادة 155 من قانون الإجراءات الجبائية[1] التي تنص على:" عندما يتعذر تحصيل الضرائب ، من أي نوع كانت ، و الغرامات الجبائية التي يسند تحصيلها لمصلحة الضرائب و المترتبة على شركة، من جراء مناورات تدليسية أو عدم التقيد بصفة متكررة بمختلف الالتزامات الجبائية، يمكن أن تحمل المسؤولية بالتضامن بين المدير أو المديرين والمسير أو المسيرين أصحاب الأغلبية أو الأقلية، بمفهوم المادة 32 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة، مع هذه الشركة ، عن دفع الضرائب و الغرامات المذكورة، ولهذا الغرض، يباشر العون المكلّف بالتحصيل، دعوى ضد المدير أو المديرين أو المسيّر أو المسيرين أمام رئيس المحكمة الذي يتبعه مقر الشركة، الذي يبت على منوال ما هو معمول به في المواد الجزائية" .

نفس الحكم قررته المادة 267 من قانون الإجراءات الجبائية الفرنسي التي اشارت لهذا الالتزام عند قيام المسير أو مسيري الشركات التجارية بمناورات تدلسية وعدم الالتزام بالضرائب المقررة قانونا مما يستحيل معه أن تقوم الشركة بتسديد الديون والغرامات الجبائية يكون المسيرين ملتزمين بتسديد الديون وبالتضامن وتطبق هذه الأحكام كل مسير قانوني أو فعلي قام بتسيير الشركة مباشرة أو بصفة غير مباشرة[2] .

[1] الصادر بمقتضى قانون المالية رقم 01-21، المؤرخ في 22 ديسمبر 2001، ج .ر عدد 79، 23 ديسمبر 2001 المعدل والمتمم بالقانون رقم 15- 16 المؤرخ في 15 ديسمبر 2015، والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج .ر عدد 67،2 ديسمبر 2015.

[2] Art n 267 du c .p. f .f. modifié par l'ordonnance n 2010-420 du 27 avril 2010, j.o.r.f n 0101 du 30 avril 2010 : « Lorsqu' un dirigeant d'une société , d'une personne morale ou de tout autre groupements est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. A cette fin le comptable public compétent assigne le dirigeant devant le président du tribunal de grande instance du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement la direction effective de la société de la personne moral ou du groupement ».

قررت هذه المادة صراحة مسؤولية المسير الفعلي ووسعت مجال المسؤولية الجبائية لكل مسير قام بالتسيير بصفة مباشرة أو غير مباشرة [1]، فيتضح لنا من المادة 627 المذكورة أن من شروط قيام المسؤولية الجبائية للمسير أن تكون الشركة عاجزة عن تسديد تلك الديون وهذا ما لم يرد في المادة 155 من قانون الإجراءات الجنائية عندما نص المشرع على المسؤولية الجبائية لمسيري الشركات التجارية، حيث لم يشترط المشرع حالة عجز الشركة عن تسديد الديون والغرامات الجبائية، كما لم يوسع نطاق هذه المسؤولية للمسير الفعلي.

كما أكد القضاء الفرنسي على ضرورة تحقق حالة عجز الشركة عن تسديد الديون الجبائية وقام بتحديد شروط تلك المسؤولية، والمتمثلة في أن يكون عدم الالتزام الضريبي صادر من المسير بصفة متكررة، وأن تكون الشركة عاجزة عن الوفاء بالديون وأن يكون الشرط الأول سبب في حصول الشرط الثاني وضرورة وجود علاقة سببية بين الشرطين[2].

[2] Cass .com.29 septembre 2009, n°08-19.504, JurisData,n 2009, Rev. Mensuelle, octobre 2009, p28 .

الباب الثاني

مظاهر الحماية القانونية للغير المتعامل مع الشركات التجارية.

تحتوي النصوص القانونية على نصيب وافر من القواعد والاحكام التي توفر آليات قانونية تأكد إرادة المشرع في حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، وتختلف هذه الحماية باختلاف شكل الشركة التجارية، الامر الذي جعل المركز القانوني للغير تجاه الشركة يتغير بتغير شكلها عند ظهور صور متباينة لهذه الحماية، لذلك سنحاول القاء الضوء على مظاهر هذه الحماية عن طريق ربطها بأهم الخصائص القانونية في كل شركة تجارية، وصولا لمرحلة انتهاء الشركة التجارية بتصفيتها بعد حلها او افلاسها وما يرتبه ذلك من حقوق متميزة للدائنين المتعاملين معها .

وعليه من المهم الوقوف على تحديد مدى تأثير الخصائص القانونية المميزة للشركات التجارية في حماية الغير المتعامل معها (الفصل الأول)، ثم الوقوف على آثار انقضاء الشركة التجارية وتصفيتها على حقوق المتعاملين معها (الفصل الثاني) .

الفصل الأول: تأثير الخصائص القانونية المميزة للشركات التجارية على حماية الغير المتعامل معها.

تختلف وضعية الدائن في الشركات التجارية بحسب اختلاف شكل الشركة التي يتعامل معها، وبالتالي فإن مسؤولية الشريك كذلك ليست نفسها في كل الشركات فهناك شركات تكتسب شخصية معنوية وشركات لا تكتسبها، هناك شركات تقوم على اعتبار مالي[1]، وأخرى على اعتبار شخصي،

تتميز شركة التضامن والتوصية البسيطة بنظام قانوني يكفل للغير ومنذ تأسيس هذه الشركات لغاية نهايتها وتصفيتها الحصول على حقوقه كاملة، أهم خصائص هذه الشركات أنها تحتوي على مسؤولية مشتركة بين الشخص المعنوي والشركاء فيه فيقوم التضامن بينهم و الذي يتميز بأنه شكل خاص من أشكال الضمان الشخصي[2]، الى جانب المسؤولية الشخصية للشركاء عن ديون الشركة والمسؤولية غير محدودة التي تتجاوز الحصة المقدمة من الشريك، من ناحية اخرى تتميز الشركة ذات التوصية البسيطة عن شركة التضامن باحتوائها على شركاء موصون يخضعون لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له الشركاء المتضامنين فيها فإن لهذا الاختلاف أثره تجاه الغير الذي تعامل معها[3].

أما شركة المحاصة فإنها شركة تجارية في معظم الأحيان لقيامها بأعمال تجارية لكن طابعها المستتر تجاه الغير، ورغم احتواء هذا الطابع المستتر على إيجابيات إلا أن سلبياته كثيرة تعود بالدرجة الأولى على دائنيها، نظرا لعدم ظهورها للغير وعدم تمتعها بالشخصية المعنوية خاصة وأنها شركة

[1] D. Veaux, op.cit, p 255.

[2] Jean. Bernard- Blaise, Droit des affaires commerçants, commerce, distribution , 3eme éd, L.G.D.J, France, 2002, p 148.

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 286

متداولة كثيرا من الناحية العملية، وأقل ما يقال عنها أنها شركة غامضة حيث لا يطبق عليها من الأحكام القانونية للشركات التجارية إلا القليل من القواعد الإلزامية[1].

تحتوي الشركة ذات المسؤولية المحدودة على شركاء يقترب مركزهم القانوني من مركز الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة، فإنهم لا يتحملون مسؤولية الديون إلا بحسب الحصة المقدمة كأصل عام، لذلك تدخل المشرع من اجل توفير الحماية اللازمة للغير[2]، أما المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد فإنها رغم تميزها ببساطة إجراءات تأسيسها نظرا لعدم خضوعها لبعض الالتزامات الخاصة بباقي الشركات التجارية[3]، إلا أن أهم نقطة تضعف هذه الشركة تتمثل في مسألة الفصل بين ذمة الشركة و الذمة المالية للشريك فيها الامر الذي يمثل خطورة كبيرة بالنسبة لمن تعامل معها .

لم تمنع الأهمية التي منحها المشرع لرأسمال شركة المساهمة من تشديد المسؤولية المحدودة للمساهمين فيها الامر الذي ضاعف من أهمية حماية الغير في هذه الشركة، بالإضافة لأهمية ظاهرة التكتلات باعتبارها تساهم في توسيع حجم التعاملات مع الغير مما ينتج عنه آثار قانونية مميزة بالنسبة للغير ممن تعامل معها، وعليه من المهم الوقوف في هدا الفصل على مدى تأثير الخصائص التي تتمتع بها الشركات التجارية في حماية الغير ممن تعامل معها، من خلال دراسة الخصائص القانونية لمسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة تجاه الغير (المبحث الأول)، ثم التطرق للخصائص القانونية لحماية الغير في شركات الأموال ومجمع الشركات التجارية (المبحث الثاني) .

[1] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 318

[2] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 55.

[3] تنص المادة 564 من ق.ت: " ... يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة لجمعية الشركاء، بمقتضى أحكام هذا الفصل. ".

المبحث الأول: الخصائص القانونية لمسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة تجاه الغير.

تتمتع كل شركة تجارية بخصائص قانونية معينة تجعلها تختلف عن الأخرى وتجعل حماية الغير المتعامل معها مختلفة في كل شركة، حيث تحتوي كل شركة على خاصية مميزة دفعت المشرع للتدخل بقواعد خاصة، ولعل شركات الأشخاص أهم الشركات التي تمنح حقوقا وضمانات كبيرة للدائنين من أجل الحصول على حقوقهم، الى جانب الطبيعة القانونية الخاصة لشركة المحاصة التي اثرت على النظام القانوني الذي ينظم العلاقات الناتجة عنها، و على عكس شركات الأشخاص فإنه لا مجال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن لا مسؤولية الشخصية للشركاء الامر الذي جعل حماية الغير تختلف في هذه الشركة نظرا لاختلاف المركز القانوني للشركاء فيها، كما يؤثر المركز القانوني للشريك الوحيد في المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد باعتبارها قائمة على فكرة الفصل بين الذمة المالية للمؤسسة و بين الذمة المالية للشريك الوحيد، على حقوق الغير المتعامل مع هذه المؤسسة.

استنادا على ذلك لا بد من التطرق للنظام القانوني للمسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء (مطلب اول)، ثم الاشارة لحماية الغير المتعامل مع شركة المحاصة (مطلب ثاني)، ثم تحديد خصائص حماية دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة (مطلب ثالث).

المطلب الأول: النظام القانوني للمسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء.

تتميز شركة التضامن والتوصية البسيطة وحتى التوصية بالأسهم باحتوائها على شركاء تتميز مسؤوليتهم بخصائص مهمة تجعل منها توفر أكبر الضمانات لحقوق الغير، ورغم أن شركة التوصية بالأسهم تعتبر شركة أموال إلا أن احتواء هذه الشركة على شركاء ومتضامنين جعل المشرع يحيل بشأنها لأحكام شركة التضامن خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء فيها[1].

[1] المادة 517 ثالثا من ق.ت.

تطبيقا لنظرية الشخصية المعنوية للشركة فإن المسؤولية الشخصية للشركاء تختفي من يوم اكتساب الشركة لشخصيتها المعنوية، وهي النظرية الوحيدة التي على أساسها يسمح للشريك بتحديد مسؤوليته تجاه الغير لأنها تحول الشركة من مجرد عقد لشخص قانوني[1]، لكن حماية لدائني الشركة تدخل المشرع ليبقي على هذه المسؤولية الشخصية في بعض الشركات كما جعلها تضامنية اعتمادا على حالة تعدد الملتزمين، وإن تدخل المشرع ليفرض هذه المسؤولية يجعلها تختلف عن التضامن المفترض بحسب القاعدة العرفية التجارية، وكنتيجة منطقية لهذا التدخل لابد أن يكون هناك أحكام مميزة للتضامن في الشركات التجارية مقارنة مع كل من التضامن في القواعد العامة والتضامن التجاري المفترض عرفا[2].

هذا ما يستدعي منا الوقوف على أهمية المسؤولية الشخصي والتضامنية في حماية الغير المتعامل مع شركات الأشخاص (فرع اول)، ثم تحديد نطاق المسؤولية الشخصية والتضامنية (فرع ثاني).

الفرع الأول: أهمية المسؤولية الشخصية والتضامنية في حماية الغير المتعامل مع شركات الأشخاص.

أ المسؤولية الشخصية للشريك:

تعتبر المسؤولية التضامنية من أهم الخصائص التي تتصف بها هذه الشركات حيث تعتبر السبب الرئيسي لاكتساء المسؤولية فيها لطابع شخصي[3]، الأمر الذي يضاعف ضمانات الدائنين، و هذا الاعتبار الشخصي هو الذي جعل الشريك مسؤولا عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية، وتعهداته الخاصة به حيث تكون ذمته المالية بكاملها ضامنة للوفاء بهذه الديون، ولا

[1] D. Veaux. Op.cit. p 20.
[2] Alain. Piedelievre, Actes de commerces commerçants , 3eme éd, Dalloz, France, 2001, p 51.
[3] René. Rondière, Droit commerciale groupements commerciaux, 9eme éd, Dalloz, 1997, p 87.

يجوز أن يدفع بان حصته تمثل جزءا من رأس مال الشركة، فإن دائن الشركة يزاحم الدائن الشخصي للشريك دون أن يكون لهذا الأخير حق الاعتراض[1]،ولا تتحدد مسؤولية الشريك بمقدار حصته في الشركة إنما تتعدى هذه الحصة لتشمل ذمته الخاصة بأكملها .

تعتبر المسؤولية الشخصية للشركاء مسؤولية قانونية فهي ليست ناتجة عن العمل المشترك بين الشركاء الذي يترتب عنه عدم وضع حواجز بين ذممهم المالية، كما أنها لا تفسر بالأصل التاريخي لوجودها الذي يرجع لظهور شركة التضامن في نظام الملكية العائلية المشتركة[2]، لان هذه المسؤولية الشخصية للشركاء متعلقة بالنظام العام، أساسها أن التوقيع على تعهدات الشركة يحصل بعنوانها، وبما أن عنوان الشركة يضم أسماء شركاء متضامنين فهم مسؤولين بصفة شخصية[3].

يدل توقيع الشريك على أنه قد تعهد بالتزامات الشركة شخصيا، فتصبح هذه الالتزامات عنصرا من عناصر ذمته السلبية ويكون حينها أمام دائن الشركة عدة مدينين الشركة باعتبارها شخص معنوي وذمة كل شريك، على ان تخصص ذمة الشركة للوفاء بحقوق دائنيها وحدهم، ولا يتعلق بها حق للدائنين الشخصيين للشركاء أما ذمة كل شريك فهي ضامنة لديون الشركة وديونه الشخصية على حد سواء[4].

تعتبر هذه المسؤولية الشخصية أهم ضمانات الدائنين نظرا لأنها تحميهم من منح الشركة ائتمان وهمي والناتج عن ممارسات يقوم بها الشركاء من أجل توسيع الضمانات تجاه الغير وإيهامه بوجود ضمانات أكبر مما هي عليه في الحقيقة، حيث يحصل هذا بعدة طرق كأن يقوم الشركاء ذوي المسؤولية المحدودة بإيهام الغير بأنهم مسؤولون بصفة شخصية غير محدودة عن ديون الشركة، وذلك من أجل مضاعفة الضمان العام بغرض الحصول على قروض وائتمانات فتكون المسؤولية الشخصية هي الضمان الوحيد للغير تجاه هذه التصرفات[5] .

1 أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 297

2 كانت تضم هذه العائلة أفرادا يلتزمون كلهم بالدفاع عن العائلة وتحمل التزاماتها بلا حدود، فكان نتيجة لعيشهم المشترك اشتراكهم في السكن واستغلال الأموال الموروثة.

3 المواد 552 و563 مكرر2 و715 ثالثا من ق.ت.

4 محمد السيد الفقي، فريد العريني، الشركات التجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2005، ص 130.

5 D. Veaux. op.cit., p 73.

من أجل ذلك يخضع الشريك الموصي لهذه المسؤولية الشخصية في حالة بروز اسمه في عنوان الشركة[1] نظرا لظهور اسمه للغير، ورغم أن ظهور اسمه في عنوان الشركة يمكن ان يحتج بمسؤوليته المحدودة تجاه الغير عن طريق إظهاره للنشر المتعلق بالقانون الأساسي والذي يبين فيه أنه شريك موصي ذو مسؤولية محدودة ويظهر قيمة الحصة المقدمة ومسؤوليته غير الشخصية، الا انه لا يمكنه الاحتجاج بذلك لان المشرع جعله مسؤولا بصفة شخصية بمجرد بروز اسمه للغير، فيكون المشرع قد منح للدائن ضمانات متعددة تتمثل في ذمة الشركة بالإضافة لذمم الشركاء المتضامنين المسؤولين شخصيا، فضلا عن الذمة المالية للشركاء الموصين والذين تظهر أسماؤهم في عنوان الشركة، حيث يمنع على للشريك الذي يظهر اسمه في عنوان الشركة الاحتجاج بمسؤوليته المحدودة وغير الشخصية تجاه الغير.

كما يقع على الشركة الالتزام بشهر كل تغيير يطرأ على المركز القانوني للشريك المتضامن عندما يتقرر تحديد مسؤوليته، وذلك بصفة واضحة في العقد الأساسي على أن يتم نشره والاعلان عنه للغير حماية له من وجود هذا الشرط بصفة مفاجئة وفي حالة عدم نشره يقع على الشريك الالتزام الشخصي تجاه الغير[2]فيمكن ان يطرأ تغيير على المركز القانوني للشريك عن طريق الاتفاق، بما أن تقرير المسؤولية الشخصية للشركاء كان حماية لمصلحة دائني الشركة فمن حقهم التنازل عن هذه الحماية بقبول تحديد مسؤولية الشريك، او ابعاد مسؤوليته الشخصية[3].

تزداد اهمية هذه المسؤولية الشخصية للشريك تجاه الغير عندما يقوم الشركاء بالتقدير المبالغ فيه للحصص العينية المقدمة أو عند ادعاء الشريك بأنه قدم حصص أكبر مما قدمه حقيقة، ولا تعتبر المسؤولية الشخصية هنا اثر مترتب عن الاخلال بالتزام قانوني بل ان القاضي ملزم بتطبيقها مباشرة

[1] المادة 563 مكرر 2 من ق.ت: " إن كان عنوان الشركة يتألف من اسم شريك موجب فيلتزم هذا الأخير من غير تحديد وبالتضامن بديون الشركة".

[2] Derecq. Fernand, Des rapports de la société avec les tiers , en droit romain, Des sociétés civiles à formes, commerciales, en droit français, Thèse de doctorat, Faculté de Droit, Université de Paris, 1884, p 58.

[3] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 130.

على الذمة المالية للشريك[1]، فمبدأ المسؤولية الشخصية غير المحدودة يتعلق بالنظام العام، ويقع باطلا كل اتفاق بين الشركاء لاستبعادها تجاه الغير وذلك عن طريق تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته في رأس المال، على أن يكون هذا الاتفاق صحيحا في العلاقة ما بين الشركاء، او بين الدائن والشريك.

تتيح هذه المسؤولية المشددة الفرصة لشركات الاشخاص بأن توسع نشاطها في حدود القدرة المالية للشركاء، لكن هذا لا يعني أنه مجرد وقوع الشركة في أزمة أو تحقيقها لخسارة يظهر الالتزام الشخصي والتضامني للشريك فالالتزام نحو كل الديون الشركة لا يصبح مؤثرا إلا في حالة عدم مقدرة الشركة على تسديد دائنيها من ذمتها المالية الخاصة بها[2].

إن قاعدة تطبيق هذه المسؤولية الشخصية على الذمة المالية الشخصية للشريك تثير مسألة الأهلية التي تستلزمها هذه الشركات التي يلتزم فيها الشريك بصفة شخصية أي في أمواله الخاصة، بما ان الشركة قائمة على هذا النوع من المسؤولية فضلا عن أنها تكسبه صفة التاجر بمجرد الانضمام إليها، فإن الأهلية الواجب توفرها هي الأهلية التجارية بما ان الشريك يكتسب صفة التجار بانضمامه لشركة التضامن عملا بالمادة 551 من القانون التجاري والمادة 563 مكرر بالنسبة للشركاء التضامنين في شركة التوصية البسيطة.

لكن اخضاع الشريك للأهلية التجارية يؤدي لتطبيق المادة 05 من القانون التجاري والمتعلقة بممارسة القاصر المأذون له للأعمال التجارية، هذا ما يثير إشكالية تعارض الإذن الممنوح للقاصر مع المسؤولية الشخصية غير المحدودة للشريك في هذه الشركات، لأن هذا الإذن في حالة الحصول عليه من ولي القاصر واستيفائه لشروطه الشكلية والموضوعية[3] يمكن أن يكون إذنا خاصا، لا يسمح بالتالي هذا الإذن بالتنفيذ على الأموال الشخصية للقاصر.

كما يتعارض انضمام القاصر المرشد لشركة تضامن أو توصية بسيطة بصفته شريكا متضامنا ذو مسؤولية شخصية وغير محدودة مع المادة 06 من القانون التجاري، التي يمنع فيها المشرع كل

[1] Houpin et Bosvieux, op.cit, p 774.

[2] Philipe. Merles, Droit commerciales, sociétés commerciales , 17eme éd, Dalloz, France, 2014, p 187.

[3] الحصول على إذن كتابي مصدق عليه من المحكمة ومسجل في السجل التجاري.

تصرف سواء اختياري أو جبري ببيع الأموال العقارية للقاصر المرشد إلا باتباع إجراءات ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية[1].

هذا ما يتعارض كليا مع المركز القانوني للشريك المتضامن ذو المسؤولية الشخصية و غير المحدودة، فالأمر لا يتعلق باكتساب القاصر المرشد لصفة التاجر بل يتعلق بعدم إمكانية اخضاع القاصر ولو المرشد لنفس المسؤولية التي يخضع لها الشريك البالغ سن الرشد، من اجل ذلك استبعد المشرع أن يكون القاصر المرشد شريكا في هذه الشركات ولم يسمح بدخوله إلا في حالة وفاة مورثه على أن تخضع هذه الحالة لوجوب توفر شرطين، الأول يتعلق بوجود اتفاق بين الشركاء على استمرارية الشركة رغم وفاة أحد الشركاء فيها، أما الثاني فيتعلق بضرورة تصرف الولي أو الوصي في أموال القاصر[2]، لا يسأل حينها القاصر المرشد في حالة استمرارية الشركة إلا بقدر أموال تركة مورثه مدة قصره.

وعليه يمنع على القاصر أن ينضم الى شركة التضامن سواء كان مرشدا أو غير مرشدا، ويطبق نفس الحكم على الشريك المتضامن في كل من شركة التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم، حيث لا يمكن للقاصر أن يكون شريكا متضامنا فيها إلا إذا كان ذلك بعد وفاة مورثه، وهذا ما تقضي به المادة 563 مكرر 9 بالنسبة لشركة التوصية البسيطة والمادة 715 ثالثا 10 الخاصة بشركة التوصية بالأسهم.

بالتالي يسمح المشرع أن ينضم القاصر المرشد لشركة أموال أو مسؤولية محدودة لكنه يمنع عديم الأهلية والممنوع من ممارسة التجارة من الانضمام لأي شركة نظرا للمخاطر التي يتعرضون لها وكل من تعامل معهم، مع ذلك أخضع المشرع الأشخاص في وضعية التنافي والذين تتعارض مهنهم مع

[1] المادة 89 من قانون الأسرة: " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.

[2] المادة 88 من قانون الأسرة: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص".

ممارسة النشاط التجاري من تحمل كل التزاماتهم تجاه الغير حسن النية وذلك دون أن يكون لهم الحق في الاستفادة من الآثار القانونية الناتجة عن ذلك[1].

قرر المشرع ضمنيا في نص المادة 733من ق.ت إبطال شركات الأشخاص عند وجود عيب يتعلق بأهلية أحد الشركاء فيها[2]، ومع ذلك تأتي هذه المسؤولية الشخصية للشريك لتلعب دور مهم في حالة إثارة بطلان هذه الشركات بسبب آخر والمتمثل في عدم استكمال الإجراءات الشكلية لتأسيس الشركة، حيث توفر هذه المسؤولية الشخصية الضمان الذي يحتاجه الغير عندما يتمسك بالإبقاء على وجود الشركة وتصحيحها من أجل اخضاع الشركاء فيها للمسؤولية الشخصية الأمر الذي لا يمكن حدوثه في حالة تمسك الدائن بالإبطال.

حيث تعتبر المسؤولية الشخصية للشركاء هنا الأساس القانوني الوحيد لتمسكه بصحة الشركة[3]، فيفضل الدائن هنا أن يقوم باستبدال إبطال الشركة بالتمسك بتصحيحها وتطبيق المسؤولية الشخصية على الشركاء عن التعهدات السابقة اعتمادا على نظرية الشركة الفعلية حيث ان تمسك الغير بالبطلان لا يوفر له الضمانات الكافية لاستيفاء حقوقه.

ترتب هذه المسؤولية الشخصية للشركاء تزاحما بين دائني الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء مما يؤدي لظهور نزاعات تتعلق بالأولوية، ونجد دائني الشركة بمجرد اكتساب هذه الأخيرة للشخصية المعنوية في مأمن من اللجوء مباشرة لذمة الشريك الذي تكون له تعهدات داخل الشركة وخارجها، فيكون للدائن ذمة الشركة كضمان.

لكن هذا لا يمنع الدائن من ملاحقة الشريك بصفة شخصية خاصة عند عجز الشركة عن الوفاء بالديون، ونشير هنا أن لكل من الدائنين الشخصيين للشريك ودائني الشركة حق في الضمان العام على جميع أموال الشريك، إذ لا يمتلك دائني الشركة أي حق أولوية بالنسبة لذمة الشريك

[1] المادة 09 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية: " لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعا لنظام خاص ينص على حالة تناف، ترتب الأعمال الصادرة عن شخص في وضعية تنافي كل آثارها القانونية تجاه الغير حسب النية الذين يمكنهم التمسك بها دون أن يكون للمعني حق الاستفادة منها".

[2] تنص المادة 733من ق.ت على:" فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة او الشركات المساهمة، فان البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الاهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاءالمؤسسين".

[3] J. Hemard, , Théorie pratique des nullités de sociétés , op.cit., p 400.

الشخصية باستثناء الدائنين المرتهنين الذين يتمتعون بحق الأولوية سواء كانت هؤلاء الدائنين الممتازين دائني الشركة أو دائني الشركاء[1].

في المقابل يتمتع الدائنين بضمان يشمل كل أموال الشركة، ولا يقوم هذا الحق على أساس حق افضلية يقرره المشرع وانما هو راجع لانعدام نص يقرر للدائنين الشخصيين للشركاء لحق أولوية على أموال الشركة[2].

تعتبر هذه المسؤولية الشخصية للشريك أهم الضمانات التي يمنحها المشرع للغير في هذه الشركات والتي لا وجود لها في شركات أخرى، إذ لا نجد أي التزام شخصي يقع على الشركاء في باقي الشركات إلا إذا تعلق الأمر بالقيام بأعمال تؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع، حينها فقط يمكن إثارة المسؤولية الشخصية للمسير القانوني أو الفعلي وحتى الشريك يمكن يسأل حينها شخصيا وتضامنيا[3].

ب المسؤولية التضامنية للشركاء:

التضامن وصف يلحق الالتزام ويحول دون انقسامه عند تعدد المدينين وله صورتان تضامن إيجابي بين الدائنين وتضامن سلبي الذي جاء به المشرع في الأحكام المتعلقة بشركة التضامن حسب المادة 551 من القانون التجاري وشركة التوصية البسيطة في المادة 563 مكرر1 وشركة التوصية بالأسهم والذي قضت به المادة 715 ثالثا من القانون التجاري.

ترتبط المسؤولية غير المحدودة للشريك بالتزامه التضامني الذي يمنح للدائن الحق في الرجوع على الشريك مباشرة ومطالبته بكل حقوقه لدى الشركة، ولا يمكن لهذا الأخير الدفع بمطالبة شريك آخر، ويكون هذا التضامن قائما بين الشركاء الذين تتألف منهم الشركة وقت التعاقد سواء ظهرت أسماؤهم في عنوان الشركة أو لم تظهر[4]، فيمكن للدائن حينها الرجوع على الشريك المليء فيطالبه منفردا بالوفاء بالدين.

[1] D. Fernand. op.cit., p 30.
[2] Le Lamy des sociétés commerciales, p 737.
[3] المادة 224 من ق.ت والمادة 578 من ق.ت.
[4] هاني دويدار، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 322.

عندما يحصل الشريك على حكم بإلزام الشركة بأن تؤدي له مبلغ الدين فيتمكن بموجب هذا الحكم أن ينفذ على الشركة كشخص معنوي، كما يمنح له هذا الحكم الحق أن ينفده في مواجهة الشريك ولو لم يكم هذا الحكم صادرا في مواجهة هذا الأخير، ولا يكون هنا للشريك الحق في الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن فهو كفيل متضامن مع الشركة وليس كفيلا عاديا[1].

وبالتالي تجعل قاعدة تضامن الشركاء دائن الشركة في موضع أفضل من الدائنين الشخصيين للشركاء وهنا تظهر أهمية هذا الالتزام التضامني[2] الناتج عن الاشتراك في المصالح فتكون لكل متابعة لأحد الشركاء أثرها على الشركاء الآخرين.

كما يمنع على الشريك إحالة حصته أو التنازل عنها تهربا من مطالبة الدائن خاصة أمام صعوبة إحالة الحصص في هذه الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي[3]، ويخضع الشريك لهذا الالتزام التضامني ولو لم يوقع على سند المديونية، إذ يكفي أن يتم توقيعه من أحد الشركاء شريطة أن يتم توقيعه باسم الشركة، أما إذا وقعه بصفته الشخصية دون أن يتعلق بأعمال الشركة وغرضها فإنه لا يلزم الشركاء بل يلزم من وقعه فقط[4]، ولا يتخلص الشريك من هذا الالتزام التضامني إلا بهذه الوسيلة خاصة أن المشرع لم يترك هذا الالتزام للقاعدة التجارية العرفية التي تقضي بافتراضه.

لا يمكن أن تطبق قاعدة التضامن التجاري المفترض في هذه الشركات نظرا لطبيعته الآمرة وأنه مطبق بقوة القانون، وليس بمقتضى قاعدة عرفية فهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على نفيه أو استبعاده بالاتفاق[5]، تجدر الإشارة أن هذه المسؤولية التضامنية هي مسؤولية تامة وكاملة تشمل الشركاء من جهة والشركة من أخرى على عكس التضامن في الشركات المدنية فهو يقع على الشركاء فقط.

---

1 عبد الحكم فوذة، شركات الأشخاص ، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر 1998، ص 150.

2 عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 88.

3 G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 132.

4 عبد الحكيم فوذة، المرجع السابق، ص 150.

5 تعود قاعدة افتراض التضامن الى مرحلة ما قبل تدوين القانون التجاري فكان العرف التجاري يقضي بقيامه بين التجار، وهو قائم على قرينة وجود مصلحة مشتركة بين المدنيين بدين تجاري، ورغم قسوة هذا النظام إلا أنه مفترض لما تتطلبه المعاملات التجارية من ثقة وتقوية للائتمان لكن يمكن استبعاده باتفاق الأطراف في حالة عدم وجود نص قانوني يقرره.

تتيح هذه المسؤولية التضامنية للشركة فرصة توسيع نشاطها في حدود القدرة المالية للشركاء ولا يتم توسيع مسؤولية الشريك في كل مرة تحقق فيها الشركة الخسارة، لأن في هذه الحالة ترتفع التزامات الشريك دون موافقته فلا يصبح هذا الالتزام التضامني مؤثرا ولا تظهر نتائجه إلا في حالة عجز الشركة وعدم مقدرتها على تسديد ديونها من ذمتها المالية[1].

حيث تشمل هذه المسؤولية التضامنية الاشتراك في الأرباح والخسائر والديون ويتم توزيعها بالطريقة المتفق عليها، على أن يكون من حق الدائن الرجوع على أي شريك من أجل مطالبته بدفع الدين كاملا، وعند قيام أحد الشركاء بدفع دين يتجاوز حصته التي دفعها في الشركة يرجع على بقية الشركاء باعتبارهم متضامنين معه[2].

تتعلق هذه المسؤولية التضامنية بديون الشركة تجاه الغير ممن تعامل معها وهي لا تتعلق بديون الشركاء فيما بينهم حيث تبقى مسؤوليتهم محدودة تجاه بعضهم، فإذا كان لأحدهم دين في ذمة الآخر يتم اقتضاؤه بالرجوع للقواعد العامة لأن الشريك يضمن ديون الشركة لكنه لا يضمن ديون الشريك كما لا تضمن الشركة ديون الشريك[3].

تعتبر قاعدة التضامن أهم الضمانات التي يمنحها المشرع للغير من أجل الحصول على حقوقه كاملة، ومن أجل تسهيل عملية استفائهم لحقوقهم من خلال زيادة فرصهم بتوفر ذمة الشركة إلى جانب ذمم الشركاء، وخاصة عند تعرض أحد الشركاء للإفلاس، كما تؤدي هذه القاعدة لسرعة تسوية المعاملات بالوفاء المباشر من أحد المدينين في حالة تعددهم[4].

يمكن للدائن تأسيسا على الحرية التعاقدية التي سمح بها المشرع في هذه الشركة إعفاء أحد المدينين من المسؤولية التضامنية في سند الدين أو في اتفاق لاحق، كما يمكن أن يقوم بتحديد مسؤولية أحد الشركاء المتضامنين أو بعضهم بقدر حصتهم في الشركة، وهذا الاتفاق لا يتعارض مع النظام

[1] PH. Merles, op.cit, p 181.
[2] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 132
[3] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 133.
[4] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 77.

العام وهو متفق مع إرادة الدائن لأن استبعاده ينفي القرينة التي قام عليها وهي المصلحة[1]، وبما أن تضامن الشركاء في هذه الشركات إجباري من النظام العام فهو قاعدة موضوعية لا تقبل نفيها، ويترتب على ذلك أن يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء أحد الشركاء منها[2]، ، وإن ابطال هذا الشرط لا يؤثر على صحة الشركة وصحة المعاملات التي قامت بها[3]، كما لا يمكن اجبار الدائن على التناول عنها لفائدة احد الشركاء .

أما بخصوص موضوع الدين الذي يسأل عنه الشريك تضامنيا فإنه لا يسأل إلا عن ديون الشركة تجاه الغير، حيث لا يكون مسؤولا عن الديون الشخصية التي تنشئ في ذمة باقي الشركاء، وتجنبا لتشديد مسؤولية الشريك يجب أن يتم تحديد موضوع الشركة بصفة دقيقة في القانون الأساسي حيث لا تسأل الشركة عن التعهدات التي تخرج عن موضوعها، وبالتالي يمكن للشريك حينها الاحتجاج على الغير بعدم مسؤوليته عن تلك التعهدات الخارجة عن موضوع الشركة وذلك بغض النظر عن مطابقتها للنشاط الفعلي للشركة أو ما يسمى بالموضوع الفعلي للشركة[4].

أما في حالة ثبوت مسؤولية الشريك فإنه يبقى مسؤولا بالتضامن عن ديون الشركة لغاية انقضائها وتصفيتها، كما يسأل شخصيا في حالة توقفها عن الدفع وافلاسها، فنتيجة للتضامن يكون كل الشركاء في حالة توقف عن الدفع في الوقت نفسه مع الشركة[5].

إن نص المادة 551 من القانون التجاري الذي أشار لطريقة تطبيق المسؤولية التضامنية على كل من شركة والشركاء، يثير مسألة الطبيعة القانونية للتضامن القائم بين الشركة والشركاء بعد أن اعتبر المشرع هذا التضامن من النظام العام لا يجوز أن يستبعد بشرط مدرج في العقد ولو كان مشهرا وعلم به الغير، نظرا لإمكانية قيام الدائن بإعفاء أحد الشركاء من هذا التضامن وإمكانية وجود هذا التحديد في العلاقة بين الشركة والشركاء يجعل هذه المسؤولية تبتعد عن كونها كفالة تضامنية

1 زهير عباس كريم، " مبادئ القانون التجاري"، ط 2، مصر، 1997، ص 43.
2 محمد سيد الفقي، المرجع السابق، ص 132.
3 عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 88.
4 بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة وهران، سنة 2010-2011، ص 177.
5 إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 47.

لكي تصبح كفالة عادية[1]، والتي تمنح للكفيل بأن يتمسك بحق التجريد أي بالتوجه لمطالبة الشركة أولا طبقا للقواعد العامة، فلا يسأل حينها الشريك بصفة رئيسية بل بصفة تبعية مما يضعف ائتمان الشركة[2].

لكن موقف المشرع من مسؤولية الشريك يبدو واضحا نظرا لتقريره المسؤولية التضامنية للشريك من خلال جعله تضامنا قائما بين الشركاء من ناحيته وبين الشركة والشركاء من ناحية أخرى، ولا تمنح الكفالة التضامنية الحق للكفيل المتضامن بأن يدفع بالتجريد فلا يجوز أن يطالب بتجريد الشركة، وهذا تطبيقا للقواعد العامة حسب ما تقضي به المادة 665 من القانون المدني: " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد" .

وعليه لا يمكن للشريك أن يتمسك في مواجهة دائني الشركة بتجريدها من أموالها قبل الرجوع عليه، تأسيسا على هذا فإن تطبيق أحكام الكفالة التضامنية على إطلاقها من شأنه أن يضع الشريك تحت رحمة دائن الشركة وجعل مركزه القانوني يقترب من مركز المدين المتضامن الذي يرجع عليه مباشرة للوفاء بديون، مما يؤدي إلى التنفيذ على أموال الشركاء الخاصة بهم قبل الرجوع على الشركة التي تكون لديها القدرة الكافية لتسديد حقوق دائنيها[3].

من أجل ذلك ألزم المشرع الدائن بأن يثبت عجز الشركة عن الدفع، و تم تقييد رجوعه على الشريك بضرورة إعذار الشركة بالوفاء، ولا يتحمل الإعذار معنى تجريد الشركة من أموالها قبل الرجوع إلى الشريك إنما مجرد مطالبتها بالتسديد، وبعد بقاء المطالبة دون وفاء يتم التنفيذ المباشر على أموال الشركاء باعتباره كفيل متضامن. وذلك لأن للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء وهي المسؤولة عن الوفاء بديونها وما تقرير المسؤولية التضامنية للشريك إلا لمضاعفة ضمان الدائنين[4].

[1] رزق الله العربي، الوجيز في القانون التجاري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 57
[2] نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، الشركات الأشخاص، دار هومة للطبع، الجزائر، 2005، ص 116.
[3] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 131.
[4] هاني ديويدار، المرجع السابق، ص 446.

لكن هذا لا يمنع وجود الكفالة الشخصية العادية عند وجود اتفاق يقضي بمسؤولية الشركاء المتضامنين، أو أحدهم عن الديون المترتبة عن الأعمال التي تكون خارجة عن موضوع الشركة، الذي يمثل ضمانا إضافيا للغير فتكون هنا الكفالة عادية، وهي التي وردت في نص المادة 644 من القانون المدني التي تمنح للشريك الحق في التمسك بتجريد الشركة وهو الدفع الذي لا يتمسك به بالنسبة للديون الناشئة عن تعهدات الشركة التي لا تتجاوز موضوعها، ما لم يتم تحديد مجال التزامات الشركة تجاه الغير[1].

يقابل نص المادة 551 من القانون التجاري المادة 221-1 من القانون التجاري الفرنسي[2] التي منعت الدائن من الرجوع على الشريك والتنفيذ على أمواله الخاصة قبل اللجوء للشركة أولا من أجل مطالبتها بالدين، وبعد رفض الشركة التسديد أو عدم قدرتها عليه يتم اللجوء للشركاء وهذا بعد إعذار الشركة بعقد غير قضائي، وهذا لا يعني اعتبار الشريك كفيل بل يبقى كفيل متضامن، فأثر هذا الإجراء يتمثل في التخفيف من قسوة الالتزام التضامني للشريك[3].

نص المشرع على ضرورة توجه الدائن لأحد الشركاء بعد مرور 15 يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي، ولكن المقصود بهذا الإجراء هو رجوع الدائن على الشركة أولا، لأنه لا يعني أن دائن الشركة ملزم بالتنفيذ أولا على أموال الشركة قبل الرجوع على الشركاء، فالمقصود هنا هو مطالبة الشركاء بالوفاء وتحديد ميعاد لإجراء التسديد، وبعد انقضاء الأجل دون حدوث الوفاء يمكن حينها للدائن أن يرجع على أي شريك يختاره للوفاء له[4].

[1] بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 178.

[2] Art 221-1 du c. c. f « Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ».

[3] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 642.

[4] عمورة عمار، المرجع السابق، ص 221.

منعت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها حول تحديد شروط إخضاع الشريك لديون والتزامات شركة التضامن، اعتبار الشريك في هذه الشركة مدينا متضامنا[1].

يعتبر شرط جدية الدين ومدى تعلقه بتعهدات الشركة أي بحدود الغرض الذي نشأت من أجله من أهم الشروط الواجب توفرها لتطبيق هذه المسؤولية من أجل الحد من تعسف الدائنين، لأن رجوعهم على الشريك مباشرة قد يكون بصفة متعمدة من أجل الإضرار به والتشهير به خاصة عند عدم اعتراض الشركة على الدفع[2].

فالتزام الشريك ليس التزاما أصليا بل يبقى التزامه تبعيا ولو كان تضامنيا أو كفالة تضامنية ولا يمكن اعتباره مدينا متضامنا لأنه يتساوى في هذه الحالة مع المدين الأصلي[3]، فالتزام الكفيل المتضامن هو التزام تابع للالتزام الأصلي يرتبط معه وجودا وعدما، وككل كفيل متضامن لا يمكن للشريك الدفع بالتجريد والتقسيم، ولقيام مسؤولية الشريك يجب أن يكون الدين محددا وأن يتثبت الدائن أنه دين خاص بالشركة بموجب عقد أو حكم قضائي[4].

تتمتع شركة التضامن بمجال واسع للحرية التعاقدية، خاصة بالنسبة لتعيين مسيريها، فيمكن ان يكون المسير من بين الشركاء او شخص اجنبي عن الشركة، فيلتزم المسير الشريك تجاه الغير شخصيا وتضامنيا، بينما لا يقع على المسير غير الشريك أي التزام تجاه الغير بالنسبة للتعهدات التي ابرمها باسم ولحساب الشركة باعتباره ممثلها القانوني[5].

الفرع الثاني: نطاق المسؤولية الشخصية والتضامنية.

ان عموم النصوص المتعلقة بالمسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء تدل على ان هذه المسؤولية تشمل كل الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية، بالإضافة

[1] Cass.com, 20 mars 2012, , Rev, Droit des sociétés n 6, juin 2012, p 22.
[2] Y. Guyou, op.cit, p 249.
[3] رزق الله العربي بن مهدي، المرجع السابق، ص 57.
[4] فريد العريني، المرجع السابق، ص 97.
[5] تنص المادة 551 من ق.ت " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة".

لشبه العقود والأفعال النافعة إلى جانب الالتزام بإرادة منفردة وتكون الشركة المدين الأصلي في كل هذه الالتزامات لأن الغاية من هذه المسؤولية هو حماية الغير فلا يمكن الاحتجاج تجاه الغير بعدم مسؤولية الشريك عن الالتزامات غير العقدية[1].

يتحدد نطاق المسؤولية الشخصية والتضامنية من حيث الزمان بالنظر لتاريخ نشوء الدين ومن حيث الأشخاص عند تغيير الشركاء في حالة انضمام شريك أو انسحابه قبل حلول أجل انتهاء الشركة، كما يتسع مجال المسؤولية لأشخاص آخرين من غير الشركاء المتضامنين ويتسع ليشمل أشخاص معنوية، كما يتقلص مجالها عندما يستثنى منه المسيرين غير الشركاء.

تطبيقا للأحكام القانونية الخاصة بشركة التضامن المتعلقة بإدارة شركة التوصية البسيطة، تعود إدارة هذه الأخيرة لكافة الشركاء المتضامنين، كما يجوز أن يعين القانون الأساسي مسيرين غير الشركاء[2]، ويكون من حق المدير في علاقته بالشركاء أن يقوم بكافة الأعمال لصالح الشركة، وتكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة تجاه الغير[3].

يتضح مما سبق ذكره أن دور الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة مهم، حيث سمح له المشرع بتسيير الشركة ومنع في المقابل الشريك الموصي من أي تدخل في أعمال الإدارة وذلك بسبب مسؤوليته المحدودة بحسب حصته والتي تجعله في وضعية أفضل مقارنة مع المسؤولية الشخصية والتضامنية للشريك المتضامن، وذلك حتى أثناء حل الشركة وتصفيتها حيث تظل مسؤوليته محدودة تجاه الغير[4].

لا يمكن للشركاء الموصين تولي إدارة الشركة تطبيقا للحظر الذي جاء به المشرع، حيث تم منع الشريك الموصي من التدخل في أعمال الإدارة الخارجية ولو بمقتضى وكالة من الشركاء، لأن قيام هذا الشريك بأعمال الادارة أمر صعب تحقيقه نظرا لما ينتج عنه من خلط بين السلطات والقرارات

[1] مفتاح بوجلال، المرجع السابق، ص 197.
[2] المادة 533 من ق.ت.
[3] المادة 554 و555 من ق.ت.
[4] كانت تمثل شركة التوصية البسيطة ملجئ للتجار في الأنظمة الكنسية التي كانت تمنع القروض بفائدة، حيث تعتبر هذه الشركة الأساس التاريخي لقروض المخاطر الجسمية وقانون التجارة البحرية.

خاصة تجاه الغير، فلولا وجود هذا الحظر لقام الشريك الموصي بأعمال تسيير وأخطاء ومجازفات تضر بمصلحة الشركة وبمصالح الغير المتعامل معها على وجه الخصوص وسبب قيامه بتلك التصرفات يرجع لمسؤوليته المحدودة بحسب حصته.

من أجل ذلك جعل المشرع الشركاء المتضامنين هم المسؤولون عن أعمال التسيير، وذلك ليكون الغير على علم بعدم امتلاك الشركاء الموصين لأية سلطات لتسيير الشركة، خاصة أنهم قد يقومون بتجاوزات تؤدي لهلاك الشركة وهلاك مصالح الغير دون تحمل أية مسؤولية شخصية[1].

تتعدد مبررات المنع قد ترجع للوضعية الثانوية للشريك الموصي الذي لا يتحمل المخاطر التي يحملها الشريك المتضامن، من أجل ذلك اسندت له سلطة القرار نظرا لأنه على دراية بما يتناسب مع إمكانية الشركة المالية، وقد يكون مبرر الحظر حماية الغير التي تستند على قاعدة عدم ذكر اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة، فتعامله مع الغير يدفعه للاعتقاد أنه شريك متضامن مسؤول مسؤولية مطلقة، خاصة إذا تعذر على الغير الاطلاع على عقود الشركة والرجوع للسجل التجاري وهو الأساس القانوني الحقيقي لهذا الحظر والذي يظهر من خلال رغبة المشرع في حماية الغير[2].

يتضح من نص المادة 563 مكرر 5 من ق.ت أن المنع يشمل أعمال الإدارة الخارجية أي الأعمال التي تجعل الشريك الموصي يتعامل مع الغير عند قيامه بالتعاقد باسم الشركة حتى لو توقف تصرفه عند مرحلة التحضير للتعاقد، ولو لم ينفذه فيكفي وقوع الغير في الخطأ المتمثل في اعتقاد هذا الأخير أن من تعامل معه هو شريك متضامن[3].

اما الأثر القانوني المترتب عن هذا الحظر يتمثل في نوعين من الجزاءات، الجزاء الإجباري الذي يتمثل في مسؤولية الشريك الموصي التضامنية مع الشركاء المتضامنين عن ديون الشركة والتزاماتها المترتبة عن أعمال الإدارة الخارجية، وهو جزاء قانوني يقع بقوة القانون دون أي تقدير من طرف

[1] D. Fernand, op.cit, p 65.

[2] مغربي قويدر، المسؤولية المدنية المترتبة عن مخالفة مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في أعمال التسيير، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، العدد 6، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، 2009، ص 64.

[3] PH. Merles, op, cit , p 202.

القاضي، حيث تم تسديد مسؤولية الشريك الموصي وجعلها المشرع مساوية لمسؤولية الشريك المتضامن، لكن تم تخفيفها نظرا لأنها لا تشمل جميع أعمال الشريك الموصي بل تشمل فقط أعمال الإدارة الخارجية، وهي تلك الأعمال التي يتصرف فيها الشريك مع الغير فلا يسأل هذا الأخير تضامنيا عن كل تعهداته[1].

أما الجزء الجوازي فيظهر في المادة 563 مكرر 5 من ق.ت فهو متروك لتقدير القاضي الذي يقوم فيه بتقدير مدى جسامة أعمال الإدارة التي قام بها الشريك معتمدا على معيار عدد تلك الأعمال، كما يقدر خطورتها وأهميتها وتكرارها الذي يؤكد لدى الغير الاعتقاد بأن الشريك مسؤول بصفة مطلقة وتضامنية، فيقوم القاضي هنا بتقرير مسؤوليته التضامنية فيصبح شريكا متضامنا تجاه الغير كما يشهر إفلاسه تبعا لإفلاس الشركة[2].

وعليه فلا يمنع على الشريك الموصي القيام بأعمال الإدارة الداخلية والتي لا يترتب عليها جزاء تشديد المسؤولية، فيمكن أن يقوم بأعمال مراقبة الشركة، الاطلاع على وضعها المالي وطريقة عملها وتسييرها، كما يمكن أن يبرم عقد عمل مع الشركة طالما أنه لا يتعامل مع الغير باسم الشركة على أساس صفته كعامل.

يستند تحديد أعمال التسيير الخارجي للمسيرين إلى معيارين مهمين متمثلين في موضوع الشركة ومصلحتها، أي بإمكان الشريك الموصي القيام بأعمال التسيير الداخلي دون تجاوز موضوع الشركة ومصلحتها في علاقته مع الشركاء والشركة، أما تجاه الغير فيمنع عليه أي تصرف ولو قام به لمصلحة الشركة[3].

ان التطور الذي أصاب نظرية الظاهر ترتب عنه ظهور ما يسمى بالشريك الفعلي وهو الشخص الذي لا يتمتع بصفة الشريك في شركة تجارية، الا انه ظهر للغير بانه ملتزم بتعهدات الشركة،

[1] D. Fernand, op.cit, p 67.

[2] فريد العريني، المرجع السابق، ص 124.

[3] مغربي قويدر، المرجع السابق، ص 74.

نظرا لقيامه بتصرفات تجعل الغير يعتقد انه شريك في الشركة، لذلك يمكن ان يشمل مجال الشريك الفعلي مسير شركة التوصية بالبسيطة عند قيامه بأعمال التسيير الخارجي للشركة[1].

أما عند قيام الشريك الموصي بالتعامل مع الغير باسمه الشخصي فلا يمكن اعتبار هذا العمل عمل تسيير خارجي، لأنه مجرد تعامل شخص أجنبي عن الشركة مع الغير نظرا لأن تعامله لم يكن باسم الشركة[2].

وبمقتضى المادة 563 مكرر 5 من ق.ت يمكن أن يتحمل الشريك الالتزام التضامني جزئيا وليس عن كل ديون والتزامات الشركة حسب أهمية الأعمال الممنوعة والتي يقدرها القاضي كجزاء جوازي، حيث يظل الشريك في علاقته بالشركاء شريك موصي يمكنه بناء على ذلك الرجوع على الشركاء بما دفعه زائد عن حصته.

أما بالنسبة لنطاق المسؤولية التضامنية والشخصية لكل من الشريك الجديد المنضم للشركة والشريك المنسحب فإنها تتعلق بزمن الانسحاب أو الانضمام وما تم الاتفاق عليه بين الشركاء والأهم هو ضرورة شهر الانسحاب والانضمام من أجل الاحتجاج به في مواجهة الغير.

يعتبر الشريك الجديد مسؤولا تضامنيا وشخصيا عن ديون الشركة والتزاماتها السابقة لانضمامه إليها لأن قبوله الانضمام للشركة يعني أنه لا مانع لديه في الخضوع لجميع التزاماتها، وما على الشريك إلا اشتراط عدم مسؤوليته عن الديون السابقة صراحة عند انضمامه للشركة إذا فضل عدم مسؤوليته عن تلك الديون، لكنه لا يحتج بذلك على الغير إلا بعد شهر هذا الشرط، لأنه لا يفترض معرفته من طرف الدائنين[3]، ولا يكون للغير الاحتجاج على هذا الشرط لأنه لا يؤثر على الضمان العام للمتعاملين مع الشركة وقت أن تعامل معها، لأنهم لم يعتمدوا على وجود ذلك الشريك وقت تعاملهم مع الشركة[4].

[1] S. vacrate, op, cit, p 95.
[2] D.Fernand, op.cit, p 67.

[3] عزت عبد القادر، الشركات التجارية، شركات الأشخاص لأموال الاستثمار' دار الكتب، مصر، 1998، ص 66.
[4] أحمد محرز الرجع السابق، ص 300.

وذلك لأن الديون السابقة على انضمام الشريك هي ديون الشركة نشأت في ذمتها اضافة ان اعتبار مسؤولية الشريك شخصية وتضامنية يرتبط بصفته شريك، من أجل ذلك لا يمكن الاحتجاج على الغير بعدم مسؤولية الشريك المنضم عن الديون السابقة إلا بعملية الإشهار خاصة أن انضمام الشريك للشركة يحمل معنى قبوله تحمل التزاماتها[1].

نشير إلى نص المادة 563 مكرر 2 التي منع فيها المشرع ظهور أسماء شركاء غير متضامنين في شركة التوصية البسيطة، وفي حالة ظهور اسم الشريك الموصي يلتزم بالتزامات شخصية وتضامنية، غير أننا لا نجد هذا الحكم في شركة التضامن ولم يقرره المشرع بالنسبة للأشخاص الذين تظهر أسماؤهم في عنوان شركة التضامن.

أما في حالة خروج الشريك من الشركة فإن خروجه لا يؤثر على مسؤوليته عن الالتزامات الناشئة قبل انسحابه، فلا يكون مسؤولا إلا عن الديون السابقة لخروجه أما الالتزامات التي تنشأ بعد خروجه فلا يسأل عنها نظرا لسقوط صفة الشريك عنه، شريطة أن يتم شهر الانسحاب من الشركة والاعلان عنه بالطريقة القانونية، وأن يتم حذف اسمه من عنوان الشركة في حالة وجوده فيه، وفي حالة تخلف أحد الشرطين يظل الشريك مسؤولا تجاه الغير مسؤولية شخصية وتضامنية[2].

لان بقاء ذلك الانسحاب دون اشهار قانوني يؤثر على ائتمان الشركة فلا يحتج به تجاه الغير حتى وإن كان له أثر تجاه الشركاء حتى لا يظل الغير معتمدا على وجود ذلك الشريك المنسحب[3] و يكفي نشوء الدين قبل خروج الشريك حتى لو تأخر استحقاقه إلى ما بعد انسحاب الشريك[4].

إن هذه المسؤولية القانونية المطلقة والشخصية والتي تتميز بثقلها وقسوتها على الشركاء هي التي تؤدي لضرورة توخي الدقة في تحديد على من تقع هذه المسؤولية، فعلى الشركة ان تلتزم بالقيام بذلك بدقة ووضوح[5].

1 محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 134.
2 إلياس حداد، القانون التجاري ، المرجع السابق، ص 130.
3 عبد الحكيم فوذة، المرجع السابق، ص 151.
4 هاني دويدار، المرجع السابق، ص 448.
5 PH. Merles, op.cit, p 189.

لا تتم إحالة الحصص في شركة التضامن إلا بموافقة جميع الشركاء وبإثبات ذلك التنازل بموجب عقد رسمي ولا يجوز الاحتجاج بالإحالة إلا بعد اتباع جميع اجراءات الشهر حسب ما جاء في المادة 561 من القانون التجاري، وفي حالة عدم الإعلان عن ذلك التنازل يبقى الشريك المتنازل شريكا في الشركة تجاه الغير، خاصة في حالة عدم الاتفاق على هذه الإحالة وعدم حصول المتنازل على اجماع الشركاء، حيث يظل الشريك في نظر الشركة شريكا متمتعا بحقوقه أهمها أرباح حصته، كما يسأل عن خسائر الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية كما يمارس أعمال الإدارة والإشراف على الشركة، أما المتنازل له فليس حق مباشرة أي تصرف قبل الشركة مما يجعل الغير يعتقد أن الشريك المتنازل لازال عضوا في الشركة وشريكا حقيقيا فيها[1].

من أجل ذلك جعل المشرع كل إحالة دون موافقة كل الشركاء المتضامنين باطلة وفي شركة التوصية البسيطة يكون التنازل بموافقة كل الشركاء إذا تعلق الأمر بإحالة حصة شريك متضامن[2] وذلك فضلا عن الشرط الشكلي والمتمثل في الإعلان عن الإحالة بشكل قانوني.

أما تعهدات الشريك المتنازل والتي نشأت قبل شهر تنازله فيبقى ملتزما بها ولو تم تنازله على عكس الديون الناشئة بعد تنازله، فكأصل عام يعتبر الالتزام الشخصي والتضامني مرتبط أساسا بصفة الشريك وكل من يكتسب هذه الصفة يسأل عن كل ديون الشركة تجاه الغير.

يجوز للشريك أن يعفي نفسه من الديون السابقة لانضمامه للشركة بموجب بند خاص يسمى "شرط ضمان الخصم" يوضع عادة في عقد التنازل عن الحصة، وهو اتفاق لا يتضمنه القانون الأساسي يحمي المحال إليه، خاصة في ظل غياب اتفاق يقضي بان تضمن الشركة تسهيل عملية إحالة الحصص[3].

يعتبر هذا التنازل الذي يقوم به الشريك حوالة للدين بالنسبة لتعهداته وعملا بالقواعد العامة، لا تسري هذه الحوالة إلا إذا أقرها الدائن، حيث لا يتم الاحتجاج بها عليه إلا بعد موافقته واقراره

[1] إلياس حداد، المرجع السابق، ص 126.
[2] المادة 563 مكرر 7.
[3] بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 180.

للحوالة[1] خاصة في حالة عدم ثقة الدائن في قدرة المتنازل عليه على الدفع، فإن عدم إقرار الغير للحوالة أمر منطقي لأنه ينطوي على التنازل عن الضمان العام، ورغم ذلك لم ينص المشرع على مسألة إقرار الدائن وعدم الاحتجاج بهذه الإحالة في حالة عدم موافقته.

تجدر الإشارة في هذا السياق لحق الانتفاع الذي يرتبه مالك الحصة، فإن الالتزام بمسؤولية الديون يقع على من يكتسب صفة الشريك وبذلك فإن لا مسؤولية على صاحب الحق في الانتفاع، فمالك الحصة هو وحده الملتزم تجاه الغير[2]، وعند قيام الشريك بتقرير حق انتفاع على حصته أو قيامه برهنها فللدائن المرتهن الحق في التنفيذ على تلك الحصة، وفي حالة البيع بالمزاد العلني لا يحل من رسى عليه البيع محل الشريك الراهن إلا بموافقة جميع الشركاء.

اما عند عدم حصول الإجماع ينحصر حق مالك الحصة في التمتع بالمزايا المالية من أرباح وحقوق تتعلق بحصته في موجودات الشركة، وعليه يظل الشريك مسؤولا بصفته شريك أصلي تجاه الغير و لا مجال لاحتجاجه بصفته دائن مرتهن، كما يخضع لنفس الالتزام عند تقريره لحق انتفاع بالحصة حيث لا يحل من رسى عليه المزاد محل الشريك إلا في التمتع بالمزايا المالية الناتجة عن الحصة، ويظل الشريك هو المسؤول تجاه دائني الشركة كما يمكن للدائن المرتهن القيام بحجز ما للمدين لدى الغير والتنفيذ على حصة الشريك مباشرة فيبقى المالك هو الشريك الأصلي لغاية نهاية الشركة وتصفية موجوداتها ولا ينتهي التزامه إلا بانتهاء الشركة[3].

أما عند قيام أحد الشركاء بالدفع للدائنين فإنه يرجع بما دفعه على الشركة ولا يكون حينها رجوعه إلا نظريا وشكليا باعتبارها عجزت عن دفع الديون مما أدى ذلك لرجوع الدائنين على الشركاء، وبالتالي لا يكون أمام الشريك إلا الرجوع على باقي الشركاء بما دفعه زائدا عن حصته، وفي حالة غياب طريقة تقسيم الالتزامات ما بين الشركاء[4] في القانون الأساسي يتم التقسيم على

[1] المادة 252 من ق.م : " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها."

[2] PH. Merles, op.cit, p 189.

[3] عباس المصري، المرجع السابق، ص 97.

[4] المادة 425 من ق.م، إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال"

الشركاء كل بحسب حصته، وفي حالة وجود اتفاق يحدد نسبة التزام أحد الشركاء فإن هذا التحديد صحيح بين الشركاء لا يحتج به إلا بينهم لكن لا يمكن الاحتجاج به على الغير[1].

لا تتأثر المسؤولية الشخصية والتضامنية للشريك عند توليه أعمال إدارة الشركة، كما تنفصل مسؤوليات المسير عن أعمال الإدارة تجاه الشركة وتجاه الغير عن صفته كشريك في الشركة، وعلى العكس من ذلك فإن المدير غير الشريك لا يعتبر مسؤولا عن ديون الشركة طالما كانت أعماله باسم الشركة ولحسابها، فهو لا يسأل شخصيا أو تضامنيا تجاه الغير حتى ولو أبرمت تلك التعهدات عن طريقه، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية عندما قررت عدم مسؤولية المسير غير الشريك عن تعهدات الشركة التي أبرمها المسير باسم الشركة ولحسابها[2].

يمتد مجال المسؤولية للشخص المعنوي عندما يكون من بين الشركاء شخص معنوي في شركة التضامن أو التوصية البسيطة فتتحدد مسؤولية الشخص وفقا لطبيعته، ووفقا لما يتناسب مع طبيعة مسؤولية الشركاء في هذه الشركات، وذلك حتى في الحالة التي يكون فيها هذا الشخص المعنوي شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة فتكون مسؤولية الشركة تضامنية وغير محدودة على عكس مسؤولية الشركاء فيها .

لكن عند انضمام شركة توصية بسيطة إلى شركة تضامن فإن المسؤولية التضامنية تشمل الشركة والشركاء المتضامنين دون الموصين، وعليه يجب التمييز بين الشركة والشركاء في هذا الالتزام نظرا لاستقلالية الذمة المالية وهذا لا يعني أنه عندما تكون شركة التضامن أو التوصية البسيطة مدينة لشركة مساهمة أو مسؤولية محدودة أنها لا تسأل تضامنيا[3].

[1] PH. Merle, op.cit, p 190.
[2] Cass.com, avr 2007, Rev. « Droit des sociétés », juin 2007, p 24.
[3] عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الثاني: حماية الغير المتعامل مع شركة المحاصة.

تأسس شركة المحاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر للقيام بعمليات تجارية، هذا ما قضت به المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري، ما يميز هذه الشركة هو أنها لا توجد إلا في العلاقات بين الشركاء، وذلك نتيجة لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية نظرا لعدم خضوعها للإجراءات الشكلية وللإشهار والتسجيل في السجل التجاري، كما تتميز بأنها مختلفة عن باقي الشركات التجارية من حيث القواعد التي تخضع لها لأنها لا تخضع للقواعد الإلزامية المطبقة على تأسيس وسير الشركات إلا جزئيا[1]، وتعتبر هذه الشركة النظام القانوني الوحيد الذي يعترف المشرع بوجوده كشركة رغم عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، والشركة الوحيدة التي اعتبرها المشرع تجارية بحسب موضوعها بغض النظر عن شكلها القانوني[2].

إن الطبيعة الغامضة التي تتميز بها هذه الشركة ناتجة عن عدم ظهورها للغير رغبة من مؤسسيها بالقيام بتأسيسها دون خضوعها لإجراءات التسجيل والشهر، فيترتب عن ذلك عدم وجود ذمة مالية لهذه الشركة ولا وجود لموطن أو جنسية ولا حتى أهلية تجارية، حيث أنها لا تكتسب الصفة التجارية إلا عند قيامها بأعمال تجارية وعند قيامها بأعمال مدنية فإنها تخضع للأحكام القانونية المدنية[3].

لعل اهم ما ينتج عن هذه الطبيعة القانونية لشركة المحاصة هو عدم إمكان اعتبارها دائنة أو مدينة تجاه الغير نظرا لعدم تمتعها بشخصية معنوية، مما يجعلها غير قادرة على تحمل التزاماتها التي أبرمها مسيريها، أو الشركاء فيها فإنها لا تخضع بالنتيجة لا لتصفية ولا لإفلاس أو تسوية قضائية، كما أنها لا تملك حق التقاضي كمدعية أو مدعى عليها[4].

---

1 الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 318.

2 المادة 544من ق.ت

3 نجد المشرع الفرنسي ينص في القانون المدني من المادة 1871 إلى 1873 على شركة المحاصة المدنية، بينما لا يوجد احكام تتعلق بشركة المحاصة المدنية في القانون المدني الجزائري.

4 PH. Merles, op,cit, p 782.

تجدر الإشارة أنه حتى الشروط الموضوعية لإنشاء هذه الشركة تميزها عن باقي الشركات نظرا لأنها تتكون من شخصين طبيعيين على الأقل، كما لا يكتسب الصفة التجارية إلا الأشخاص المتعاملين مع الغير سواء كانوا مسيرين أو شركاء، وتكون حينها مسؤوليتهم شخصية وغير محدودة كما أنها قد تكون تضامنية، و يقع على الشركاء الالتزام بتقديم حصة معينة نقدية أو عينية أو من عمل، لكن عدم تمتع هذه الشركة بذمة مالية يجعل الشركاء يحتفظون بملكية حصصهم ولا يكون للشركة إلا حق الاستعمال[1]، أما تجاه الغير فإن لهذه الخصائص آثار قانونية مميزة تظهر في علاقة هذه الشركة بالغير وفي المسؤولية في هذه الشركة تجاه المتعاملين معها، لذلك كان لا بد من تحديد علاقة شركة المحاصة بالغير (فرع اول)، ثم تحديد مسؤولية الشركاء والمسيرين تجاه الغير في شركة المحاصة (فرع ثاني) .

الفرع الأول: خاصية خفاء شركة المحاصة تجاه الغير.

لا يلزم المشرع في الشركات المحاصة إتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى، لكن هذا لا يمنع أن يتم تأسيسها كتابة بين الشركاء عن طريق إبرام عقد يحدد علاقتهم ببعض وعلاقتهم بالمدير ويحدد مسؤولية كل من الشركاء والمسيرين إلى جانب الحقوق، غير أن هذا العقد لا يسري في مواجهة الغير، حيث أنه لا يلزمهم تجاه الغير لأن أثره لا يسري إلا في العلاقة بين الشركاء، وبما أن هذه الشركة لا يمكن أن تعتبر شخصا معنويا فإنها تعتبر عقدا .

نظرا لأن الغير لا يعرف إلا الشريك الذي تعامل معه والذي تعامل باسمه لا باسم الشركة لانعدام وجودها تجاه الغير، فيسأل هذا الشريك شخصيا كأنه قام بعمل لحسابه الخاص[2].

إن عدم وجود ذمة مالية لشركة المحاصة نظرا لاحتفاظ الشركاء بملكية الحصص يؤدي لانعدام رأس مال الشركة، فيترتب على ذلك عدم وجود ضمان عام للدائنين فلا يكون لهم إلا مزاحمة

[1] J. M. Moulin , Droit des sociétés et des groupes , Extenso éd ,France, 2013, p 235.

[2] سميحة القيلوبي، المرجع السابق، ص 406.

الدائنين الشخصيين للشركاء، حيث تكون ذمة الشركاء الضمان الوحيد للدائنين، لذلك فإنه في العلاقة بين الشركاء يتم تنظيم ملكية الحصص عن طريق الاتفاق فيحتفظ كل شريك بملكية حصته في الشركة، أو يتم تقديم الحصص كلها للمسير بقصد استغلال النشاط، أو يتم الاتفاق على بقاء الحصص على وجه الشيوع وذلك مع تحديد طريقة الحصول على الأرباح في كل حالة[1].

يصبح الشريك أو المدير هو المالك لهذه الحصص لعدم امتلاك الشركة القدرة أن تكون مالكة لها، وعند امتلاك المدير لتلك الحصص يصبح مدينا لكل شريك على أن تبقى تبعة هلاك الحصة على مالكها، كما أن تعاقد المدير باسمه الشخصي يجعل عنوان هذا الأخير هو العنوان الوحيد الذي يظهر للغير، فلا يجوز لمدير المحاصة أن يذكر إلى جانب اسمه اسم شريكه أو شركائه دون موافقته، وإن قيام المدير بذلك لا يغير من مركز الشريك تجاه الغير.

أما إذا أعطى المدير عنوان للشركة فلا تكون عندئذ شركة محاصة إلا في حالة بقاء هذا العنوان دون استعمال وعدم علم الغير به[2]، بالإضافة لعدم وجود موطن لهذه الشركة فالموطن الذي يحتج به الغير هو موطن المدير أو الشريك الذي ظهر له لأنهم هم المسؤولون تجاه الدائنين، حتى ولو علم الغير فعلا لا قانونا بوجود هذه الشركة.

باعتبار شركة المحاصة قائمة على اعتبار شخصي بين الشركاء فإنها تنتهي في حالة انسحاب أو افلاس أحد الشركاء ما لم يوجد اتفاق يقضي باستمرارها، لكنها لا تخضع للتصفية كما أنها لا تخضع للإفلاس على عكس الشركاء فيها والذين يكتسبون صفة التاجر نظرا لقيامهم بالتعامل مع الغير بأسمائهم الشخصية[3].

وفي حالة قيام الشركاء بتلك الأعمال في الخفاء تحت اسم المدير فإنهم يتحملون نتائج الالتزامات تجاه الغير عند اتباث وجودهم وبعد اتباث اكتسابهم صفة التاجر، ذلك أن علاقة الغير بهذه الشركة تتخذ عدة صور، فقد يتعامل كل شريك بصفته الشخصية مع الغير أو يقوم الشركاء

[1] J. M. Moulin, op.cit., p 236.

[2] بقدار كمال، المحاصة شخص غير قانوني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الأول، جامعة معسكر، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2008، ص 146.

[3] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 311.

بإظهار صفتهم للغير، وبالتالي إظهار الشركة أو يقوم المدير بالكشف عن هذه الشركة بإظهار شخصية الشركاء، ولا يكفي أن يعلم الغير بوجود هذه الشركة عن طريق المدير أو الشركاء لقيام المسؤولية أو لأتباث قيام الشركة[1].

إذ تختلف الطرق الموصلة إلى علم الغير بوجود الشركة فقد يكون الأثر مطلقا عندما يعلم الكل بوجودها في حالة الإعلان عنها، أو عن طريق كتابة عنوانها في العقود المبرمة مع الغير فيكون الأثر نسبيا عندما يقتصر العلم على بعض الأشخاص، لكن إذا فقدت الشركة خفاءها كليا فإنها تنقلب لشركة مدنية في حالة عدم اتخاذها لشكل شركة تجارية، أما إذا ابتدأت تجارية وظهرت للغير تنقلب لشركة تضامن، إذ لا يمكن تصور أن تنقلب لشركة مساهمة أو مسؤولية محدودة نظرا لخصائص هذه الشركات من شروط وإجراءات خاصة[2].

ولا تتخذ شركة المحاصة شكل شركة تجارية إلا بعد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي فرضها المشرع فإن استتار شركة المحاصة ليس هو سبب عدم إمكان الاحتجاج بها تجاه الغير فإن فكرة الخفاء ليس جوهر وجود الشركة، كل ما في الأمر أنه لا يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير إلا إذا تم اتخاذ الإجراءات الشكلية، فيكون بذلك قد زال استتارها نظرا لبروزها كشخص معنوي مستقل فتظل شركة المحاصة محتفظة بصفتها ولو علم بها الغير.

أما اتباث الغير لوجود هذه الشركة فيكون بكل طرق الاثبات اذ لا يكون الدائنون ملزمون بإثباتها عن طريق دليل كتابي لأنهم لا يرتبطون بالشركة كشخص معنوي فتبقى هذه الأخيرة بالنسبة لهم مجرد واقعة مادية[3]، ما دام أنه لم يصدر من الشركاء أي عمل من شأنه إبرازها كشخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء والذي ينتج عنه وجودها كشخص قانوني مستقل تجاه الغير[4].

يتمتع الشركاء في هذه الشركة بحرية تعاقدية واسعة جدا فبإمكانهم إبرام كل العقود وكل التصرفات وذلك على عكس الشركاء في باقي الشركات التجارية، ولعل ذلك راجع لغياب الشخصية

[1] M. H. Monserie, op.cit., p 291.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 327.

[3] بقدار كمال، المرجع السابق، ص 149.

[4] إلياس حداد، المرجع السابق، ص 155.

المعنوية في شركة المحاصة[1]، ومع ذلك فإن للشركاء مجال واسع في تحديد كل شروط الشركة بداية من تحديد موضوعها وصولا لطريقة استغلال نشاطها وسيرها وانتهائها، وذلك دون الإخلال ببعض الأحكام القانونية التي جاء بها المشرع والمتعلقة بهذه الشركة[2].

إضافة للقواعد المتعلقة بالأهلية فبالنسبة للشركاء في العلاقة الداخلية ببعضهم يجب أن يتمتعوا بأهلية الالتزام حسب القواعد العامة، أما في علاقتهم بالغير في حالة ظهور الشركة لدائنيها عندما يكون موضوعها تجاريا فإنه لابد أن يكون للشركاء الأهلية التجارية لممارسة العمل التجاري، وذلك لانعدام الشخصية المعنوية لهذه الشركة مما يجعل الغير في مواجهة الشركاء فيها، كما يمنع في هذه الحالة على المسير القاصر غير المرشد من أن يقوم بإدارة هذه الشركة فضلا عن كل شخص ممنوع من ممارسة التجارة[3].

أما بالنسبة لأسباب حل هذه الشركة فلا يوجد سبب قانوني معين لحلها حيث ترك المشرع مسألة إنهائها لإرادة الشركاء، وعليه يتم إنهاؤها من قبل الشركاء في أي مرحلة على أن يكون ذلك بحسن نية وفي وقت لائق[4].

أما مسألة التقاضي بالنسبة لهذه الشركة فإنها مادامت منعدمة شخصيتها المعنوية فإنها لا تملك حق التقاضي، فيرفع دانيها الدعوى على المدير شخصيا، أو على الشريك الذي تعامل باسمه الشخصي تجاه الغير باعتبار أن المدير يظهر للغير باسمه الشخصي وليس باسم الشركة.

كما لا يمكن للغير رفع دعوى على الشريك إلا في حالة ظهوره نظرا لكونه مستترا في أغلب الاحيان فلا يعلم الغير بوجوده[5]، ويجوز للغير هنا اثبات كل ما يتعلق بهذه الشركة بجميع وسائل الاثبات فيكون مبدأ حرية الاثبات مطلقا، لكنه مقيدا بالنسبة لشركة المحاصة المدنية إذا تعلق النزاع

[1] PH. Merles, op.cit., p 783.

[2] المادة 795 مكرر 3: " يتفق الشركاء على موضوع الفائدة أو شكلها أو نسبتها وعلى شروط شركة المحاصة."

[3] PH. Merles, op.cit., p 783.

[4] Le Lamy des sociétés commerciales, p 2297.

[5] بقدار كمال، المرجع السابق، ص 144.

بمعاملات مدنية، ذلك أن لإثبات الصفة التجارية في معاملات هذه الشركة يجب اثبات احترافها للنشاط التجاري فلا يكفي القيام بالعمل التجاري لمرة واحدة[1].

الفرع الثاني: مسؤولية الشركاء والمسيرين تجاه الغير في شركة المحاصة.

لا تقوم المسؤولية الشخصية للشركاء في شركة المحاصة عن التزامات الشركة تجاه الغير إلا في حالة ظهورهم وتعاملهم مع الغير، لأن تهذا التعامل هو الذي يمنحهم صفة الشريك تجاه الدائنين، ولا تعتبر هذه المسؤولية الشخصية جزاء يترتب عن مخالفة قواعد الإشهار القانوني للشركة، أو عن خرق القواعد الإجرائية الشكلية التي جاء بها المشرع حماية للغير نظرا لعدم خضوع هذه الشركة لهذه القواعد الشكلية، إنما استتار هذه الشركة هو الذي يفرض هذه المسؤولية الشخصية لكل من ظهر للغير وتعامل معه[2]، إن غياب الشخصية المعنوية لهذه الشركة يأثر في علاقة الغير بها نظرا لعدم علمه بوجودها مما يجعل الدائنين يواجهون أحد الشركاء أو بعضهم أو يجعلهم يتعاملون مع مدير الشركة.

هذا ما يرتب المسؤولية الشخصية لمن تعامل مع الغير وحتى لو قام المسير، أو الشريك الذي ظهر للغير بالكشف عن أسماء الشركاء الآخرين فإنه لا يجعلهم ملتزمين تجاه الغير إذا تم ذلك دون موافقتهم[3]، وعليه فإن المسؤولية تجاه الغير تتحدد بحسب الأشخاص المتعاقدين مع الغير.

غالبا ما يتفق الشركاء في شركة المحاصة على اختيار أحدهم ليقوم بأعمال الإدارة نيابة عنهم باسمه الشخصي لحساب باقي الشركاء، فيبدو مدير المحاصة حينها كأنه يتعاقد لحساب نفسه مع أنه ينقل آثار التعاقد إلى باقي الشركاء، كما قد يتفق الشركاء أن يقوموا بجميع أعمال الإدارة فيلتزمون كلهم تجاه الغير دون انفراد أحدهم بالمسؤولية، فتكون مسؤولية الشركاء في هذه الحالة

[1] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 330.

[2] D. Veaux, op.cit, p 131.

[3] المادة 795 مكرر 4 من ق.ت.

تضامنية قائمة على أساس التضامن المفترض في علاقتهم ببعضهم تجاه الغير، ولا يقوم هذا التضامن بينهم وبين الشركة لانعدام الشخصية المعنوية لهذه الأخيرة[1].

كما قد يتفق الشركاء فيما بينهم على أن يخصص لكل شريك جزء من أعمال الشركة، كأن يتم الاتفاق أن يقوم كل شريك بإدارة حصته ثم يقدم كل منهم حساب نتائج الاستغلال، ويتم اقتسام ما نتج عنه من أرباح وخسائر فيكون كل شريك مستقل في تعامله مع الغير وملزم تجاهه التزام شخصي ثم ينقل آثار التعامل الشخصي لباقي الشركاء وفقا للاتفاق[2].

يمكن ان يكون ممثل شركة المحاصة تجاه الغير هو المدير الذي عينه الشركاء فيكون التعامل شخصي يبرمه المسير لحساب نفسه، فيكون هنا ممثل الشركة هو وحده المسؤول تجاه الغير دون الشركة أو الشركاء حيث لا تظهر شخصية الشركة، كما لا يستطيع الرجوع على الشركاء لأنهم من الغير ولو لم يكونوا طرفا في العقد .

وبما أن المدير يتعامل مع الغير باسمه الشخصي فلا اعتبار لتحديد سلطة المدير تجاه الغير في هذه الشركة نظرا لعدم علم الغير بوجودها ، فلا الغير يهتم بالاطلاع على السلطات من يتعامل معه، فيكون للمدير كل السلطات كأنه يتعامل لحساب نفسه حيث لا تحدد سلطاته إلا في العلاقة التي تربطه بالشركاء[3]، لذلك يجب أن يحرص على ان تكون تعاقداته لمصلحة الشركة وفي نطاق موضوعها كما يحرص على كل الشروط المتفق عليها ، فمن اجل ذلك يكتسب المدير صفة التاجر وتشترط فيه الأهلية التجارية ولو لم تكن تعاملاته لحسابهم الخاص عملا بنظرية الظاهر .

يترتب على ذلك أنه في حالة تعدد مسيري الشركة المحاصة وقيامهم بأخطاء مشتركة يخضعون لمسؤولية تضامنية تجاه الغير، وإذا ثبت أن المسير المحاص غير الظاهر كان له تأثير كبير على سير الشركة وإدارتها وتسبب في أضرار للغير وللشركة يكون مسؤولا باعتباره مسيرا فعليا، ويمكن أن

[1] علي البارودي، القانون التجاري، شركات الأشخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1999، ص 247.
[2] سميحة قيلوبي، المرجع السابق، ص 415.
[3] M. H. Monserié, op.cit, p 290.

يخضع للإفلاس عند تسببه في توقف الشركة عن الدفع خاصة عندما يقوم القاضي باعتبار الشركة فعلية[1].

تتحدد علاقة هذه الشركة والمسؤولية فيها تجاه الغير ممن تعامل معها بخاصيتين أساسيتين، الأولى تتمثل في عنصر استتار هذه الشركة والتي يلجأ القاضي فيها عادة لتطبيق أحكام الشركة الفعلية في حالة تعذر اثبات وجود شركة محاصة، أما العنصر الآخر فيتمثل في النظام القانوني الذي تم تحديده للحصص المقدمة من طرف الشركاء والتي تتخذ صور مختلفة، فقد يقدم الشريك حصته للمدير من أجل استغلالها على أن يبقى مالكا لها ،وهنا بإمكان الشريك استردادها من تفليسة المدير ولا يستردها في حالة إفلاسه شخصيا ، حيث لا يمكنه الاحتجاج بوجود ذمة الشركة لانعدامها تجاه الغير، أو تكون الحصص مالا شائعا بين الشركاء، وهنا لا يمكن للشريك أن يمتلكها ويجوز للدائنين التنفيذ عليها باعتبارها أموال المدين المتعامل معهم في المال الشائع، كما يمكن أن تنتقل الملكية للمدير الذي يمنع عليه استغلالها لمصلحته فيكون للدائنين حق التنفيذ على أموال المدير لكن الخطورة بالنسبة لدائني الشركة أنهم يتزاحمون مع الدائنين الشخصيين للمدير في هذه الحالة[2].

من هنا تظهر أهمية التزام الشركاء في شركة المحاصة بتقديم حصة للاشتراك في هذه الشركة، فإن الطبيعة القانونية الخاصة لهذه الشركة لا تعني غياب الالتزام بتقديم حصص، وفي حالة عدم قيام الشركاء بهذا الالتزام تكون الشركة باطلة بطلان مطلق، لذلك فإنه من الضروري أن تكون هذه الحصص حقيقية لا صورية وفي حالة اثبات هذه الصورية يمكن للغير مقاضاة المدير نظرا لمسؤولية المدير تجاههم والرجوع على الشركاء بدعوى مباشرة [3].

كما يمكن للدائنين رفع دعوى الإثراء بلا سبب على الشركاء لمطالبتهم برد ما عاد عليهم من منفعة على حساب الدائنين، ولا يكفي لقيام مسؤولية الشريك الذي لم يتعامل مع الغير القول بأنه

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 331.

[2] M. H. Monserié, op.cit, p 291.

[3] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, 2297.

شريك في شركة محاصة دون وجود اثبات يدل على اتفاق الشركاء أو إقرار من الشريك بالاشتراك في التعاقد[1].

في حالة تعذر اثبات المسؤولية الشخصية للشركاء يكون المسير وحده المسؤول تجاه الغير عن كل تصرفاته عقديا وتقصيريا، ويلتزم تجاه الدائنين حتى بالنسبة لتصرفاته التي لا تعتبر من قبيل أخطاء تسيير الشركة التجارية وذلك لعدم إمكانية إثارة مسؤولية الشركة عن أعمال ممثليها تجاه الغير نظرا لانعدام شخصيتها المعنوية[2].

من خلال المادة 795 مكرر 1 يجوز تأسيس شركة محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، فلم يقم المشرع بالإشارة لإمكانية وجود شخص معنوي كشريك في الشركة، لكن بالنظر لنص المادة 795 مكرر 3 من ق. ت[3] والذي منح فيه المشرع للشركاء مطلق الحرية في تحديد كيفية استغلال وتحديد طريقة سير الشركة، يمكن أن نجد شخصا معنويا شريكا او قائما بأعمال الإدارة في شركة المحاصة، فيظهر للغير ويتعامل معهم باسمه التجاري الذي اكتسبه قبل الانضمام لهذه الشركة ويلتزم في مواجهة الغير دون باقي الشركاء، و تتحدد مسؤولية هذا الشخص المعنوي تجاه الغير بحسب شكله القانوني ومسؤولية الشركاء فيه، لأن الغير على علم مسبق بمدى مسؤولية هذا الشخص المعنوي، على عكس الشريك أو المدير الشخص الطبيعي عند تعامله مع الغير حيث يسأل من غير تحديد في كل أمواله، حتى ولو كان متفقا على تحديد مسؤوليته مع باقي الشركاء، على أن يرجع عليهم بما دفعه باعتباره ممثلا لهم[4].

عند انتهاء شركة المحاصة للأسباب العامة او الخاصة بشركات الأشخاص، فإنها لا تخضع للتصفية مثل باقي الشركات التجارية، فهي لا تخضع بالنتيجة لقواعد وإجراءات التصفية، مع أن

[1] عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص 332.

[2] Ph. Merles, op.cit, p 792.

[3] المادة 795 مكرر 3 من ق.ت: " يتفق الشركاء بكل حرية على موضوع الفائدة أو شكلها أو نسبتها وعلى شروط شركة المحاصة" .

[4] سميحة القيلوبي، المرجع السابق، ص 316.

القضاء الفرنسي ألزم هذه الشركة بالقيام بالإعلان عن حالة دخولها في مرحلة التصفية من أجل أن يعلم الغير بذلك[1].

فإن عجز الشركة عن تسديد ديونها لا ينتج عنه تصفية أموالها ولا خضوعها للإفلاس لأنها لا تملك أموال أو موجودات مستقلة عن ذمة الشركاء فيتم تصفية الحسابات بين الشركاء، وتطبق في هذه الحالة أحكام شركة التضامن بالنسبة للتصفية الاتفاقية، وذلك بعد تسديد كل ديون الشركة تجاه الغير فيتم تقسيم الديون على الشركاء كل بحسب حصته المقدمة أو بحسب الطريقة المتفق عليها[2]. إذا كانت حصة الشريك عينية يستردها لأنها ملك له، أما إذا كانت عبارة عن محل تجاري فإن تقدير قيمته تكون بحسب ما تم الاتفاق عليه بين الشركاء.

وفي حالة مواصلة استغلال هذه الشركة أثناء قسمة أموالها يمكن اعتبارها حينها شركة فعلية خاصة إذا تمكن الغير من اثبات نية الاشتراك[3].

أما إذا فقدت الشركة خفاؤها وتم الإفصاح عنها بالطرق القانونية، وظهور عنصر نية المشاركة لدى الشركاء فتنقلب هذه الشركة بقوة القانون إلى شركة تتمتع بالشخصية المعنوية، وغالبا ما تتخذ شكل شركة تضامن عند استفائها للشروط الشكلية والموضوعية اللازمة، وممكن أن تكون شركة فعلية في حالة عدم استفائها لكل الشروط المقررة قانونا، فيعود للقاضي تكييف نظامها القانوني واخضاعها للشكل القانوني المناسب لها[4]، خاصة أن أكثر العوامل التي تجذب الأشخاص لهذه الشركة هو عدم اخضاعها لإجراءات التأسيس خاصة في رغبة المستثمرين في استغلال نشاط تجاري لمدة محدودة، حيث يمكن أن يتم البدء في النشاط والانتهاء منه قبل استكمال الشركة لإجراءات تأسيسها، وهذا أكثر ما يجعلها تقترب من مفهوم الشركة الفعلية[5].

[1] Paul. Le cannu, Note sous,Cass.com, 13 mars 2001, Joly soc, 2001, op, cit, p 919.
[2] J. M. Moulin, op.cit, p 238.
[3] Ph. Merles, op.cit., p 796.
[4] مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 167.
[5] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 2296.

المطلب الثالث: خصائص حماية دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

تعتبر الشركة ذات المسؤولية المحدودة في الوقت الحالي أكثر الشركات انتشارا، حيث يعتبر شكلها القانون من أكثر الأنظمة القانونية التي تجذب المتعاملين، ولا يرجع ذلك لمسؤولية الشركاء المحدودة فقط لأنها ليست الشركة الوحيدة التي تضم شركاء ذو مسؤولية محدودة، بل يرجع للكثير من المزايا التي تتمتع بها هذه الشركة، فعلى عكس شركات الأشخاص فإنه لا مجال في هذه الشركة للمسؤولية الشخصية للشركاء عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، كما أنها تتميز ببساطة سيرها وإدارتها[1].

كما أصبحت هذه الشركة مؤخرا غير ملزمة بحد أدنى لرأس المال مما يجيز لها أن تنشئ بدينار واحد، وبذلك أصبحت أسهل شركة والأبسط من حيث إجراءات تأسيسها[2]، كما أجاز المشرع على أن تكون تقدمة الشريك في الشركة عبارة عن حصة من عمل، كما يمكن أن تضم هذه الشركة شخصا واحدا ويتم تأسيسها عن طريق شخص طبيعي أو معنوي فتكون حينها مؤسسة ذات مسؤولية محدودة ذات شخص واحد، فتسهيلا أكثر للنظام القانوني ولإجراءات تأسيس هذه الشركة سمح المشرع أن تنشئ شركة عن طريق شريك وحيد يخضع لنفس التزامات الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة باستثناء ما يتنافى مع الطبيعة القانونية للمؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد[3].

نظرا لهذه التسهيلات التي جاء بها المشرع لهذه الشركة كان من الضروري وضع توازن بين هذه الأحكام وبين مصالح دائني الشركة من أجل ذلك جاء المشرع بقواعد وآليات قانونية مهمة تتعلق بحماية الغير المتعامل مع هذه الشركة منذ تأسيسها، وذلك لتجنيب الغير المشاكل التي تنشأ أثناء عملية التأسيس والتي تلحق الأضرار بالدائنين حتى أثناء مباشرتها لنشاطها[4].

[1] B. Dondero, op,cit, p 335.

[2] المادة 566 من ق.ت المعدلة بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 26 سبتمبر والمتضمن القانون التجاري.

[3] المادة 590 مكرر 1 من ق.ت.

[4] محمد حميدي، حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية المحدودة، المرجع السابق، ص 80.

كان نتيجة ذلك أن مسؤولية الشريك المحدودة في هذه الشركة تعرف عدة استثناءات، أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد فإن الفصل بين ذمة الشريك المالية في الشركة وذمته المالية الشخصية صعب تحقيقه، الأمر الذي يرتب آثار متميزة على حقوق الغير، من ثم سنتطرق للاستثناءات الواردة على المسؤولية المحدودة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (فرع اول)، ثم لتحديد أثر استقلالية الذمة المالية للشريك الوحيد عن ذمة المؤسسة ذات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة على حقوق الغير (فرع ثاني) .

الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على المسؤولية المحدودة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

لا يتحمل الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة الخسائر إلا في حدود ما قدمه من حصص، هذا ما قضت به المادة 564 من القانون التجاري، لكن تعرف هذه المسؤولية المحدودة استثناءات مهمة تشمل في البداية مخالفة قواعد التأسيس التي اهتم بها المشرع بوضع آليات خاصة لحماية الغير، حيث اكد أن لا يتم تأسيس هذه الشركة إلا الشركاء بأنفسهم أو بواسطة وكلاء، وأكد المشرع على ضرورة وجود وكالة خاصة صادرة من الشريك تتعلق بإبرام عقد تأسيس الشركة[1] أي لم يجز المشرع قيام الشريك بتوكيل شخص بموجب وكالة عامة ليقوم بإبرام العقد التأسيسي للشركة ذات المسؤولية المحدودة.

من خلال القواعد العامة لا تخول الوكالة العامة للوكيل إلا تنفيذ العقود والقيام بأعمال الإدارة[2]، و عندما تطرق المشرع في المادة 574 من القانون المدني للوكالة أشار لبعض التصرفات القانونية التي

[1] المادة 565 من ق.ت

[2] يتضح من المادة 572 من ق.م التي استبعدت الوكيل من القيام بكل تصرف قانوني لا يتعلق بتنفيذ وإدارة أعمال الموكل من مجال الوكالة العامة.

أخضعها المشرع لوكالة خاصة والمتمثلة في البيع والتبرع و الصلح و الإقرار، ولم يذكر المشرع عملية تأسيس الشركة ضمن تلك التصرفات [1].

ومع ذلك ونظرا لأهمية عملية تأسيس الشركة لا تعتبر من التصرفات الخاضعة لوكالة عامة بعد ان استبعد المشرع تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من الاعمال الخاضعة للوكالة العامة[2]، ومن هنا يمكننا أن نقول أنه لا يمكن للشريك أن يوكل غيره لإبرام عقد تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا بموجب وكالة خاصة، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي من تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة[3].

ومن قواعد التأسيس التي شدد عليها المشرع ادراج عبارة "شركة ذات مسؤولية محدودة" في عنوان الشركة إلى جانب اسم واحد من أسماء الشركاء أو أكثر، ولعل إجازة الإشارة لأسماء الشركاء في عنوان الشركة هو سبب تأكيد المشرع على ضرورة ظهور عبارة " ش.ذ.م.م" لإزالة أي لبس قد يتعرض له الغير بشأن طبيعة الشركة وخاصة مسؤولية الشركاء فيها، لأن سبب إدراج أسماء الشركاء في عنوان الشركة هو لإعلام الغير بوجود شركاء مسؤولون بصفة شخصية وتضامنية، من أجل ذلك فإن هذه العبارة مهمة وضرورية بالنسبة لعنوان الشركة وكل الوثائق الصادرة عنها[4].

إلى جانب بطلان إجراءات التأسيس الذي قرره المشرع كجزاء عند مخالفة هذه الأحكام[5] قرر المشرع جزاء آخرا، حيث لم يكتف بإبطال إجراءات التأسيس بل جعل الشركاء مسؤولون تضامنيا تجاه الغير حماية له من أي غلط قد يقع فيه نتيجة لإهمال الشركة لإجراءات التأسيس القانونية، خاصة في حالة قيام الشركة بإبرام تعهدات عن طريق مؤسسيها[6].

---

[1] تنص المادة 574 من ق.م : " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

[2] وردت "الوكالة العامة" في المادة 573 من ق.م وهي تلك الوكالة التي لا يتم التخصيص فيها لنوع معين من الأعمال القانونية فتكون صحيحة حتى ولو لم يعين العمل على وجه التخصيص.

[3] Art n 323-06 du c. c. f « Tous les associés doivent intervenir à l'acte constitutif de la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial ».

[4] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 629.

[5] المادة 548 من ق.ت.

[6] يقوم المؤسس بمجموعة من الأعمال المادية والقانونية اللازمة لتأسيس الشركة ويكتسب صفة المؤسس في الشركة ذات المسؤولية المحدودة كل الشركاء الأوائل الذين وقعوا على قانونها الأساسي.

من خلال هذا الحكم القانوني يكون دائنو الشركة في مأمن من الأخطار الناتجة عن عملية تأسيس الشركة والتي تلحق أضرار بالغير، حيث أن المسؤولية المطلقة التي نص عليها المشرع في المادة 549 من القانون التجاري تتعلق بمرحلة تأسيس الشركة، وكل التعهدات التي تنشأ خلال تلك الفترة خاصة في حالة اهمال إجراءات التأسيس.

إضافة لذلك قرر المشرع حماية خاصة لدائني هذه الشركة والمتعلقة بالتقدمات العينية أثناء إنشاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث ألزم الشركاء بوضع القيمة الحقيقية لحصصهم العينية بالطريقة التي يحددها القانون[1] ، هذا ما يتضح من المادة 601 من القانون التجاري التي ألزمت هذه الشركة في حالة وجود حصص عينية أن يتم تعيين مندوب واحد أو أكثر للحصص بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو أحدهم، أي أن إدخال حصة عينية للشركة لا يتم إلا عن طريق خبير[2]، يقوم بتقديرها وفقا لقيمتها الحقيقية تحت مسؤوليته.

اخضع المشرع مندوب الحصص العينية لهذا الالتزام حماية لرأس مال الشركة الذي يمثل ضمانا عاما لدائنيها ولكي يتأكد مندوب الحصص من أن الحصة حقيقية غير مثقلة بأعباء تنقص من قيمتها أو تستغرق قيمتها بالكامل، كمحل تجاري خصومه أكبر من أصوله، وهذا تجنبا لتقديم حصة صورية، كأن يقدمها شخص غير مالك لها، أو يقوم مالكها ببيعها قبل تقديمها للشركة، ولا تعتبر الحصة العينية المرهونة حصة صورية لان قيمة المال المقدم هو الذي يمثل الحصة المقدمة في الشركة[3] .

تقع الصورية بقصد إخفاء حالة وهمية رأس مال الشركة تحدث هذه الصورية كثيرا في شركات الأموال وتتخذ الكثير من الصور، ممكن أن تكون الوهمية مطلقة أو عن طريق تقدير مبالغ فيه للحصص العينية، او تكون صادرة من شخص ليست له نية الاشتراك في الشركة، كأن يكون الشخص المعين

[1] J. Mestre, M.E. Pancrazi , Droit commercial , 26eme éd, L.G.D.J, France,2007, p 318.

[2] يعين مندوب الحصص من طرف المحكمة من بين الخبراء المعتمدين، والذي يقوم بإعداد تقرير عن تقدير الحصص العينية ملحق بالقانون الأساسي، هذا ما جاء في المادة 568 ق.ت.

[3] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 502.

وهمي غير موجود، أو يكون موجودا وتقع الإشارة إلى أنه قدم حصة حقيقية مع انه لم يقدم أي حصة في الشركة[1].

فإذا تبين أن الحصص العينية المقدرة أثناء تأسيس الشركة مخالفة لحقيقتها نظرا لوجود مبالغة في التقدير فحماية للغير يكون كل الشركاء الذين قاموا بالاشتراك في هذا التقدير الصوري مسؤولين تضامنيا تجاه الغير وتكون هذه المسؤولية وجوبية وليست جوازية[2]، وهي تختلف تماما عن المسؤولية التي قررها المشرع في شركة المساهمة في حالة وجود التقدير الصوري للحصص العينية حيث تكون المسؤولية جوازية[3].

لا بد من الإشارة هنا لموقف القضاء الفرنسي الذي قرر أن بطلان الشركة في حالة وجود الصورية يؤدي إلى قيام مسؤولية المؤسسين[4].

من خلال المادة 568 من القانون التجاري فإن التشديد لمسؤولية الشركاء لا تقع إلا في حالة المبالغة في تقدير الحصة العينية وإنها لا تشمل ولا تمتد لحالات أخرى، هذا ما يجعل هذه الحماية ناقصة حيث لم يرد هذا الحكم بصفة واضحة خاصة طريقة مخالفة التقدير الصحيح، وحدود هذه المبالغة أو الصورية نظرا لاختلاف حالة المبالغة في التقدير عن الحالة الصورية التامة[5].

هذا ما تداركه المشرع الفرنسي عندما حدد حالات مخالفة هذه الأحكام، وجعل الشركاء مسؤولون عن القيمة المصرح بها أثناء تأسيس الشركة بالتضامن في حالة غياب خبير الحصص العينية، وفي حالة مخالفة الشركاء للقيمة التي صرح بها الخبير[6].

[1] M. Dagot « La simulation en droit privé », L.G.D.J, France,1965, p 80.
[2] F. Lemenier, op.cit, p 93.
[3] المادة 715 مكرر 21 من ق.ت في فقرتها الثانية.
[4] Cass. Civ, 20 Janvier 1975, Bull, civ.26 fev, 1981, Rev .soc, p 839.
[5] M. Dagot, op.cit, p 80.
[6] Art 223-9 du c . c . f : « Lorsqu'il n'y a pas eu le commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports les associés sont solidairement responsable pendant cinq ans, a l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société »

ويرى الفقيه "Ripert" أن هذه المسؤولية المشددة للشركاء تفقد مبررها في حال تدخل مندوب الحصص العينية، لأنه في حالة تدخله لا مسؤولية على الشريك إلا عند مخالفة هذا الأخير ما قرره مندوب الحصص وقام بتصريح مبالغ فيه في العقد الأساسي للشركة[1].

لذلك جعل المشرع الفرنسي هذه المسؤولية التضامنية جزاء مترتب عن إهمال الاستعانة بخبير الحصص العينية، وعن التقدير المبالغ فيه للحصص وخاصة عند مخالفة الشركاء التصريح الذي قدمه مندوب الحصص.

غير ان المشرع الجزائري جعل هذه المسؤولية تقوم عند التقدير غير الصحيح أي المبالغ فيه لهذه الحصص، وبمفهوم المخالفة في حالة التقدير الصحيح لا مسؤولية على الشركاء، حتى ولو لم يتم الاستعانة بخبير الحصص العينية[2]، وحددت مدة هذه المسؤولية بمدة خمس سنوات من تاريخ تأسيس الشركة.

يفهم من هذه المسؤولية الملقاة على عاتق الشركاء أنها مسؤولية قائمة على أساس الإخلال بالتزام قانوني فيفرض المشرع هذا الضمان كجزاء ليضمن لدائني الشركة سلامة رأس المال، حيث لا تعني عبارة المسؤولية الواردة في المادة 568 قانون تجاري المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ولا تبرء ذمة الشركاء من هذا الالتزام إلا إذا أثبتوا عدم علمهم بتلك المبالغة في تقدير الحصة العينية[3].

قرر المشرع هذه المسؤولية وجعلها بمثابة ضمان مثل الضمان الذي يقدمه البائع للمشتري فجعل المشرع مقدم الحصة العينية بمثابة ضامن لهذه الحصة في مواجهة الشركة[4]، ويظل هذا الضمان قائما رغم التنازل عن الحصة، وإذا دفع أحد الشركاء الفرق يمكنه الرجوع بما دفعه على مقدم الحصة وفي حالة عجز هذا الأخير يرجع الشريك الذي وفى على هذا باقي الشركاء كل بقدر حصته في رأس مال الشركة[5].

---

[1] Ripert, R. Roblot, op.cit, p 186.

[2] المادة 568 من ق.ت: " يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة".

[3] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 366.

[4] F. Lemenier, op.cit, p 104.

[5] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 366.

أما بالنسبة للأشخاص الخاضعين لهذه المسؤولية فهم فقط الشركاء أصحاب الحصص العينية رغم أن مجال هذه المخالفة يمكن أن يمتد للعديد من الأطراف، مثل مندوبو الحصص العينية ومندوبو الحسابات والمسيرين، إضافة لباقي الشركاء الذين وافقوا على التصريح المبالغ فيه الذي قدمه أحدهم[1]،فلم يمتد هذا الالتزام بحسب ما جاء به المشرع إلا بالنسبة لأوائل الشركاء الذين قاموا بالعملية، أو الذين قاموا بتقديم حصص عينية أثناء التأسيس ، حيث لم يشر المشرع لخبير الحصص أو للمسير وبالتالي لا يمكن أن يسأل باقي الشركاء الذين لا علاقة لهم بهذه العملية كالشركاء الذين انضموا لاحقا للشركة بعد تأسيسها .

كما يستثنى من مجال هذه المسؤولية الشركاء الذين لم يشاركوا في عملية التقدير الصوري المبالغ فيه فلم يميز المشرع بينهم، على عكس ما فعله عندما قرر مسؤولية كل الشركاء والمسيرين في حالة زيادة رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن طريق حصص عينية، حيث وسع المشرع مجال هذه المسؤولية التي لا تقتصر فقط على الشركاء، لكن في حالة الزيادة فقط أي بعد تأسيس الشركة ومزاولتها لنشاطها[2] .

يمكننا أن نقول إن تقرير هذه المسؤولية المشددة في حالة المبالغة في تقدير الحصة العينية عند التأسيس اجراء في غاية الأهمية من أجل حماية الضمان العام للدائنين، لكنه يكون أكثر فعالية لو امتد مجاله لكل الأطراف[3]، خاصة المسيرين والشركاء الذين ثبت علمهم بذلك المبالغة في التقدير لأنه من المفروض أن السلوك المعتاد المتوقع منهم عند علمهم هو الاعتراض على المبالغة في التقدير لما تشكله من ضرر للشركة ولحقوقهم في الأرباح المحققة، وان علمهم يعتبر خطأ يرتب مسؤوليتهم تجاه الغير[4] .

[1] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 638

[2] المادة 574 من ق.ت: " إذا تحققت الزيادة بصفة كلية أو جزئية بتقدمات عينية تطبق أحكام الفقرة الأولى من المادة 568 يكون مديرو الشركة والأشخاص الذين اكتتبوا بزيادة رأس المال مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير بقيمة التقدمات العينية".

[3] لم يمدد المشرع الفرنسي مجال هذه المسؤولية للشركاء المنضمين للشركة أو للمسيرين، فلم تشمل إلا مؤسسي الشركة بحسب المادة 223-9 من القانون التجاري الفرنسي.

[4] هاني الدويدار، المرجع السابق، ص 638.

رغم عدم تفطن المشرع لهذه الأطراف المشاركة في هذا التقدير الصوري فإنه بإمكان القاضي إخضاعهم للمسؤولية التضامنية المفترضة، نظرا لقيام هؤلاء المؤسسين بعملية التأسيس بمساعدة المسيرين ومندوبي الحصص العينية، فيكون الخطأ مشتركا مرتبا لمسؤولية مشتركة وتضامنية مفترضة حماية للغير الذي يستند على رأس مال الشركة كضمان[1].

ويطبق نفس الأثر القانوني على الشركاء الذين شاركوا في عملية التقدير المبالغ فيه ثم تنازلوا عن حصصهم فيمكن إخضاعهم للمسؤولية التضامنية، ويتم تقدير تلك المبالغة يوم تأسيس الشركة فلا أثر لانخفاض أو ارتفاع قيمتها يوم المطالبة بهذا الضمان الذي لا يغطي خطر انخفاض قيمة الحصة[2]، هذا ويتحمل الشركاء هذا الالتزام في أي مرحلة خاصة بعد عجز الشركة وتوقفها عن دفع ديونها، فيسأل الشركاء عن ديون الشركة تأسيسا على الخطأ المرتكب والمتمثل في المبالغة في تقدير الحصة العينية والذي يعتبره مخالفة لنص قانوني.

إن تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ لا يوفر الحماية اللازمة للغير لأنه يجعل الدائن أمام إشكالية اثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واثبات التصرف المخالف للقاعدة القانونية الذي أدى لوقوع الشركة في حالة التوقف عن الدفع خاصة عندما يكون الخطأ غير مباشر[3].

من أجل ذلك فضل الفقيه الفرنسي "Merles" أن يتم تأسيس هذه المسؤولية بالنظر لهدفها وهو الضمان، وهو التزام قانوني متميز عن فكرة الخطأ ولأن تأسيس هذا الالتزام على قاعدة الضمان يسمح بتطبيقه على كل الشركاء، كما يسمح للغير بأن يرجع على الشركاء المشاركين في التقدير المبالغ فيه، وحتى الشركاء الجدد المنضمين لاحقا للشركة على أن يقوموا كلهم بعد تسديد الفرق بالرجوع على مالك الحصة العينية[4].

[1] تقوم هذه المسؤولية على قاعدة مشروطة ضمنا بين المدنيين بداعي المصلحة المشتركة في الدين أساسها القانوني عقد الشركة.

[2] PH. Merles, op.cit., p 216.

[3] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 187.

[4] PH. Merles, op.cit, p 216.

تهدف هذه المسؤولية الملقاة على عاتق الشركاء لإعادة الفرق بين القيمة الحقيقية للحصة العينية والقيمة المصرح بها وإرجاعها لضمان الدائنين، لأن الالتزام الواقع على الشركاء حسب المادة 568 هو ضمان قيمة الحصة العينية فقط أي ضمان الزيادة على سبيل التضامن[1].

عند قيام الشركاء بتسديد قيمة الحصة العينية يمكنهم الرجوع على مقدم الحصة لأن مركزهم يطابق مركز الكفيل المتضامن، وفي حالة عجز مقدم الحصة عن الوفاء بالالتزام بالضمان يقسم حينها كل الشركاء، ويتم الاستناد من أجل حصول هذا التقسيم على حصة كل شريك[2].

لم يقرر المشرع أي حكم يخص ناقص الأهلية في هذه الشركة والذي لم يمنعه المشرع من أن يشترك فيها بعد حصوله على الإذن، خاصة أن مسؤوليته في هذه الشركة محدودة ولا يكسبه الانضمام إليها صفة التاجر، لكن تقرير المسؤولية التضامنية للشريك في هذه الشركة عند مخالفته إجراءات التأسيس، وخاصة المسؤولية المتعلقة بالمبالغة في تقدير الحصص العينية يرتب نتيجة مهمة والمتمثلة في عدم إمكانية القاصر المرشد أن يشترك في هذه الشركة عن طريق تقديمه لحصص عينية حفاظا على أمواله خاصة في حالة المبالغة في تقديرها، فضلا عن مسؤولية المشددة في حالة إفلاس الشركة[3].

لا بد من الاشارة للجزاء الجنائي الذي قرره المشرع بالنسبة لكل من زاد للحصص العينية قيمة تزيد عن قيمتها الحقيقية عن طريق الغش، حيث قرر المشرع عقوبة السجن لمدة سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 20.000 إلى 200 ألف دج أو بإحدى هتين العقوبتين[4].

[1] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 335.

[2] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 187.

[3] عندما قرر المشرع المسؤولية التضامنية في حالة ارتكاب كل من المسيرين والشركاء لتصرفات وأخطاء تؤدي لتوقف الشركة عن الدفع هذا ما قضت به المادة 578 من ق.ت.

[4] المادة 800 من ق.ت.

الفرع الثاني: أثر استقلالية الذمة المالية للشريك الوحيد عن ذمة المؤسسة ذات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة على حقوق الغير.

إن إنشاء مؤسسة ذات شخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة يهم المؤسسات الفردية التي لا ترغب في تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة، أو شركة مساهمة تجنبا للتعامل مع الشركاء الذين قد يكونوا مصدرا للنزاعات، إضافة لعدم خضوع هذه الشركة للكثير من الالتزامات التي تخضع لها الشركات التي تضم عددا من الشركاء، حيث يقوم الشريك الوحيد باتخاذ القرارات بمفرده ويقوم بالمصادقة على الحسابات[1]، وتخضع هذه الشركة للقواعد الشكلية والموضوعية المنصوص عليها بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا تلك المستبعدة صراحة بموجب القانون.

ورغم ما توفره هذه الشركة من إيجابيات فإن الفصل القانوني بين ذمة الشركة كشخص معنوي وذمة الشريك الوحيد به خطورة كبيرة على دائني الشريك[2]، لأنه يؤدي لإفلات الشريك الوحيد من التنفيذ على أمواله الخاصة فيحرم الدائنين من الضمان العام المخول لهم على جميع أموال المدين، فان مبدأ استقلالية الذمة المالية للشخص المعنوي عن ذمة الشريك في الشركات التجارية يمنح للدائن ضمانا إضافيا يتمثل في رجوع الدائن على حصة الشريك عند عدم كفاية أموال الشركة، هذا ما لا توفره هذه المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد، حيث يترتب عن استقلالية الذمة المالية الشخصية للشريك الوحيد أن تتحمل الشركة وحدها نتائج المشروع وتكون ملتزمة تجاه الغير بكل الديون الناشئة عن استغلال النشاط التجاري.

ان الهدف من تكوين هذه المؤسسة هو إبعاد الذمة المالية الشخصية للشريك، الأمر الذي يصعب تحقيقه عمليا لأن مسألة الفصل بين أموال الشركة وأموال الشريك الوحيد يحتاج لتطبيق اجراءات خاصة أولها الفصل التام بين شخصية الشريك وشخصية الشركة، وأهمها الفصل التام والقطعي بين الأموال الشخصية للشريك وأموال الشركة لأن الخلط بين هذه الأموال يؤدي لقيام المسؤولية

[1] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 222

[2] تختلف هذه الشركة عن المؤسسة الفردية والتي تختلط فيها أموال المقاول الشخصية بأموال المؤسسة وهنا تمتد المسؤولية إلى أمواله الخاصة تجاه دائنيه.

الشخصية للشريك الوحيد تجاه الدائنين في أمواله الخاصة، كما يمكن ان يؤدي لقيام حالة صورية الشركة[1].

إن تسمية المؤسسة ذات الشخص الواحد لا يقصد منها تحديد مسؤولية الشركة إنما تحديد مسؤولية الشريك الوحيد، فيقترب بذلك المركز القانوني لهذا الشريك من مركز الشريك الموصي أو المساهم، وذلك حماية لصغار المستثمرين من مخاطر الإفلاس وتشجيعا لأصحاب المشاريع التجارية والحرفية من أجل القيام بهذا النوع من الاستثمارات[2]، كما يشكل التحديد لمسؤولية الشريك الخطورة على مصالح الغير المتعامل مع هذه الشركة عند اتخاذ الشركة كصورة من أجل قيام الشريك باستغلال نشاط الشركة على نحو يضر بدائنيها مما يعرض حقوق الغير لخطر كبير[3].

ان أساس ارتباط الدائنين بالشركة هو شخصيتها المعنوية وهي التي تؤدي لغياب وانعدام العلاقة المباشرة بين الدائن والشريك خاصة في شركات الأموال والشركات التي تضم شركاء لا يتحملون الالتزامات إلا بقدر حصتهم المقدمة في الشركة، والتي لا يلتزم فيها الشركاء مباشرة بتسديد ديون الشركة تجاه الغير، لأن المدين الأصلي هو الشركة ذاتها وفي حالة عجزها تقوم مسؤولية الشريك المحدودة التي لا يلتزم بموجبها الشريك تجاه دائني الشركة إلا في حدود حصته على عكس دائنيه الشخصيين[4].

لم يكن لهذا المفهوم الجديد للشخص المعنوي الذي ينشأ دون تكتل لمجموعة من الارادات أثر مميز بالنسبة لدائني الشركة فحسب، انما كان له أثره على الكثير من الأحكام القانونية المتعلقة

[1] C. Champaud, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée , Dalloz, France, 2012, p 615.

[2] كريمة كريم، خلط الشريك الوحيد بين ذمته المالية وذمة المؤسسات ذات الشريك الوحيد وذات المسؤولية المحدودة يقضي على تحديد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 6، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، 2009، ص 123.

[3] خاصة في ظل عدم وجود نظام قانوني خاص لهذه الشركة التي خصها المشرع بعدد قليل من المواد وهذا ما جعل ضمانات الدائنين غير كافية لحماية حقوقهم.

[4] P. Mousseron L.C. Autajon , Droit des sociétés , 2eme èd, Joly Edition, France, 2013, p 150.

بالشركات التجارية، خاصة بالنسبة لعنصر نية الاشتراك ومسألة توازن السلطات بين الشركات والمسيرين[1]،وسبب ذلك انها شركة تتميز بعدم خضوعها للكثير من التزامات الشركات الأخرى.

كما ان الفصل بين ذمة الشريك وذمة الشركة يقتضي تسييرا دقيقا تجنبا للخلط بين الذمم، إذ يمكن للشريك الوحيد أن يسير الشركة أو يقوم بتعيين المسير [2]، هذا ما أدى كذلك لاختلاف مفهوم "مصلحة الشركة" عن مفهومه في باقي الشركات فيلتزم الشريك بتحقيق مصلحة الشركة ليس باعتباره مسيرا لها بل باعتباره شريكا فيها ، فلا يجب أن يكون هناك أي تعارض بين مصلحة الشركة ومصلحته الشخصية، ذلك أن مصلحة الشركة تتضمن مصلحته والعكس صحيح.

فيترتب عن ذلك عدم جواز قيام الشريك الوحيد باستغلال موجودات الشركة وائتمانها لأغراض خاصة اضرارا بالدائنين، كأن يقترض قروضا خاصة أو يتعهد للغير على أن تكفل الشركة هذه القروض والتعهدات.

ان قيام الشريك بهذه التصرفات يتضمن إخلال بواجبه الائتماني نحو الغير وإخلال بالتزام قانوني أساسي تقوم عليه هذه الشركة، وهو الفصل القطعي الواضح بين أمواله الشخصية وأموال الشركة[3] القائم على مبدأ استقلالية الذمة المالية للشركة، وهو ما يمثل الضمان العام للدائنين فيما يتعلق بالديون المرتبطة بنشاط الشركة.

يتمتع الدائنين بهذا الضمان دون تدخل من الدائنين الشخصيين للتنفيذ على الحصص المخصصة لاستغلال النشاط رغم إمكانيتهم التنفيذ على أرباح الشريك، فيتم استبعاد كل الدائنين الشخصيين للشريك الوحيد الذين لا يمكنهم منافسة دائني الشركة في أموالها، ورغم تقليص هذا الضمان العام خاصة في ظل غياب نص يحدد الحد الأدنى لرأس مال هذه الشركة إلا أنه موجود حيث يعلم الغير الحد الأدنى لأموال الشركة وموجوداتها[4].

[1] Veaux ,op.cit. ,p

[2] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 223.

[3] فيروز سامي عمرو، شركة الشخص الواحد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية،1996، لبنان، ص 140.

[4] كريمة كريم، المرجع السابق، ص 125.

لكن قيام الشريك ببعض التصرفات تجعل مسؤوليته تمتد ليصبح مسؤولا في أمواله الخاصة وبصفة شخصية الأمر الذي يجعل انفصال الذمم أمر يستحيل تحقيقه، فتستبعد المسؤولية المحدودة للشريك بسبب مخالفته لمبدأ استقلال ذمته الشخصية وذمة الشركة خاصة عند توليه تسيير الشركة.

فعند قيام الشريك باستخدام شكل الشركة استخداما تعسفيا يتعارض مع النظام العام وحسن نية الغير واستعمال أموال الشركة لأغراض شخصيته تقوم مسؤولية الشريك الشخصية، ويكفي لقيامها أن يثبت الغير وجود ضرر محدق يحول دون حصوله على حقوقه، كما يسأل الشريك شخصيا عن الفرق بين قيمة رأس المال الإسمي للشركة والمبالغ الموجودة أثناء قيدها في السجل التجاري، حتى ولو قام الشريك بالوفاء بها كاملة[1]، كذلك في حالة الاقتراض باسم الشركة أو اعتبارها ضامنا وكافلا لديونه والتزاماته الشخصية.

كما يتم تقرير مسؤولية الشريك عن ديون الشركة شخصيا عند قيامه باستخدام موجوداتها بشكل خاطئ يؤدي للانتقاص منها، كاستخدامها لأغراض غير لازمة لإدارتها وتسيير أمورها ولا تخدم استغلال نشاطها، كأن يقوم برهن أموال الشركة لدائنه الشخصي، او استغلال الذمة المالية للشركة وائتمانها وكأنها مملوكة له شخصيا تأسيسا على الشخصية المعنوية المنفصلة للشركة[2].

وعليه فإن النظام القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد لا يمكن أن يتبنى قاعدة تحديد مسؤولية الشريك الوحيد والفصل بين الذمم، من اجل ذلك يقوم الدائنين عمليا بالمطالبة بضمانات، وغالبا ما تشترط المؤسسات المالية الحصول على ضمانات كبيرة نظرا لعدم اكتفائها بذمة الشركة كضمان لهم، خاصة في ظل عدم وجود تحديد قانوني لرأسمال الشركة[3].

[1] فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، مبدأ وحدة الذمة المالية شركة الشخص الواحد التصرف الائتماني، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 187.

[2] فيروز سامي عمرو، المرجع السابق ص 158.

[3] PH. Merles, op.cit, p 276.

كما قد يطلب الدائنون ضمانات شخصية وغير مشروطة والتي غالبا ما تكون غير محددة المبلغ أو المدة[1]، ويرتب هذا الضمان عدم بقاء مسؤولية الشريك محدودة فيلتزم بالوفاء من أمواله الخاصة.

لم يبين المشرع طريقة تحديد مسؤولية الشريك تجاه الغير، فقد يكون هذا التحديد عن طريق تخصيص جزء من أموال الشريك للمشروع، وتقوم ذمة التخصيص على استقلالية الذمة المراد تخصيصها لاستغلال نشاط الشركة ولضمان حقوق الدائنين، فمن شأن هذا الأسلوب أن يضع كل من الدائن والمدين في مأمن من المخاطر[2]، لكنه لم يحقق الفصل التام بين ذمة الشريك وذمة الشركة، كما لم يمنح الدائنين الحماية اللازمة لحقوقهم[3].

هناك الكثير من الطرق المتبعة للقيام بهذا الفصل بين ذمة الشركة وذمة الشريك من بينها تجزئة ذمة الشريك وتخصيص جزء منها للنشاط التجاري، فيكون حينها لدائني الشركة ضمانا يتعلق بهذا الجزء حيث يتم تخصيص جزء من أموال الشريك لدائني الشركة، لكن الطريقة المتبعة عادة للقيام بتحديد الذمة المالية للشريك هي تحديد مسؤولية الشريك بحسب الحصة المخصصة لإنشاء الشركة، وهي أفضل طريقة يتم بها تجنب اشكالية تعدد الدائنين، حيث يتم تمييز دائني الشركة عن غيرهم[4].

أشار المشرع لتحديد المسؤولية بحسب ما قدمه الشريك كحصة في هذه الشركة، فيمكن اعتبار هذا الأسلوب مناسبا من الناحية العملية من اجل الفصل بين أموال الشركة واموال الشريك، كما لم يبين المشرع إجراءات ضمان رأس المال خاصة أنه لم يحدد مقدار الحد الأدنى له.

ألغي المشرع في الأحكام المشتركة المتعلقة بكل من الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد الحد الأدنى لرأس المال، دون مراعاة لحقوق الدائنين

---

[1] هذا ما جعل الفقيه "Y Chaput" يقترح منع الشريك من الحصول على أية قروض وكفالات خاصة بعد عجزه عن استغلال مشروعة نظرا لمطالبة الدائنين له بتوفير الضمانات الشخصية، ماخوذ عن فيروز سامي عمر، المرجع السابق ص 159.

[2] لم ينص المشرع على طريقة خاصة يلتزم من خلالها الشريك عندما تحدد مسؤوليته لكنه أشار في المادة 564 لطريقة تحمل الشريك للالتزام والذي يكون في حدود ما قدمه الشريك من حصص.

[3] فيروز بن شنوف، المرجع السابق، ص 133.

[4] PH. Merles, op.cit, p 273.

ودون أن يعوض غياب هذا الضمان باي ضمان آخر[1]، أما بالنسبة لوجود رأس المال فلم يبين المشرع طريقة تقديمه وتحرير الحصص او الوفاء بها .

تخضع هذه المؤسسة لنفس الأحكام والقواعد التي تخضع لها الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لذلك فإنه يتم الوفاء بالحصص النقدية بنفس الطريقة على أن تطبق نفس الأحكام الخاصة بالحصة العينية وإجراءات تقديرها، اما الجزاء المترتب عن التقدير المبالغ فيه والمتعلق بالالتزام التضامني لا يمكن تطبيقه دون نص صريح[2] .

كما يبقى الحكم المتعلق بإمكانية تقديم حصة بعمل غير ممكن تطبيقه في ظل غياب نص صريح فيلتزم الشريك بتقديم حصة عينية او نقدية تمثل ذمة الشركة كشخص معنوي وهي قاعدة من النظام العام، وبالتالي لا يمكن للشريك أن يقدم حصة من عمل في هذه الشركة[3]، كما تطبق نفس الضمانات الخاصة بحماية الدائنين في هذه المؤسسة ذات الشخص الواحد عند زيادة أو تخفيض رأس مال الشركة[4] .

تقع حالة الخلط بين الذمتين الماليتين الخاصة بالشريك وذمة الشركة عندما يكون الشريك مسيرا لها، خاصة في حالة ابرام الشريك لاتفاقيات مع الشركة من أجل ذلك تدخل المشرع لمنع الشريك الوحيد من ابرام الاتفاقيات التي تهدد مصالح الشركة.

منح المشرع بمقتضى المادة 577 من القانون التجاري للشريك أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة، وله كل السلطات تجاه الغير على أن تتحمل الشركة التصرفات التي يتجاوز فيها المدير موضوعها، يفهم من هذا أنه بإمكان الشريك أن يتعاقد مع الشركة وتم تبرير ذلك بأن المصلحة هي نفسها من الناحية الواقعية لأن مصلحة الشركة هي مصلحة الشريك.

1 المادة 566 من ق.ت والمعدلة بموجب القانون 15-20 المتعلق بالقانون التجاري.
2 إلا في حالة اعتبار الشريك مدينا متضامنا مع المؤسسة فيطبق حينها التضامن التجاري المفترض.
3 لا تكون الحصة بالعمل محل للتنفيذ الجبري لذلك فهي لا تدخل في الضمان العام للدائنين، وبالتالي لا يمكن أن تقتصر الحصص في الشركة على الحصة من عمل.
4 المادة 575 من ق.ت.

فتم استبعاد تطبيق أحكام الوكالة على الشريك الوحيد المدير نظرا لعدم امكان تصور قيام الشريك بتصرف يتعارض مع مصلحته[1]، فللمدير القيام بكل التصرفات وابرام كل التعاقدات ضمن نشاط الشركة ووفقا لنظامها، وألزم المشرع المدير الشريك عند تجمع كل السلطات بين يديه أن يقوم بتدوين قراراته المتخذة في سجل القرارات[2].

أما الاتفاقيات المحظورة فيمنع على كل من الشريك المدير أو المدير الأجنبي عن الشركة القيام بها، وهي تلك الاتفاقيات المتعلقة بإبرام عقد قرض مع الشركة، أو الحصول منها على ضمان أو جعلها كفيل لالتزامات المدير تجاه الغير، وكل اتفاقية تؤدي لاستغلال أموال الشركة عملا بنص المادة 800 من القانون التجاري والتي تتعلق بالمسؤولية الجزائية، و ذلك لغياب حكم يتعلق بهذه الاتفاقيات التي تبرم بين المدير والشركة ذات المسؤولية المحدودة[3]، خاصة أن المادة 800 من القانون التجاري تشير لاستعمال أموال الشركة من اجل تحقيق مصالح خاصة للشركاء رغم أنها تشير للجزاء الجنائي المترتب على هذه التصرفات الصادرة من المسير[4].

وإن أجاز المشرع للشريك تعاقده مع الشركة إلا أن هذا التعاقد يجب أن يتم ضمن شروط معينة لا يمكن تجاوزها وإلا قامت مسؤوليته المدنية، إلى جانب المسؤولية الجزائية خاصة عندما تعجز الشركة ولا تستطيع حينها ضمان تصرفات الشريك مما يؤدي لإضعاف الضمان المخول للدائنين.

على أن يطبق نفس الحكم المتعلق بالاتفاقيات المحظورة على المسير الفعلي عندما يتحقق شرط قيام هذه المسؤولية والمتمثل في تعارض مصلحة المسير مع مصلحة الشركة، وعند قيام المسير الفعلي بتصرفات مسيئة لأموال الشركة وائتمانها لتحقيق أغراض شخصية[5].

---

1 C. Champaud, op.cit, p 614.

2 المادة 584 من ق.ت.

3 كريمة كريم، المرجع السابق، ص 131.

4 المادة 800 من ق.ت قررت عقوبة السجن لمدة 5 سنوات وغرامة من 20 ألف إلى 200 ألف المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة لتحقيق مصلحة شخصية أو لتفضيل شركة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

5 J. Hemard ,op.cit., p 42.

ومن جهة أخرى يمكن أن تقوم المسؤولية الشخصية للمدير في حالة إفلاس الشركة عند قيامه بهذه التصرفات التي تؤدي لتوقف الشركة عن الدفع، حيث يخضع لهذه المسؤولية كل مدير قانوني أو واقعي باطني مأجور أو غير مأجور[1].

نفس المنع قرره المشرع الفرنسي بالنسبة لزوج المدير وأصوله وفروعه ومن هنا يكون المشرع الفرنسي قد مدد الحظر لأشخاص آخرين إضافة للمدير القانوني للشركة وكل متدخل في إدارتها[2].

كما يستثنى من المسؤولية المحدودة للشريك الوحيد حالة التضامن بين الشريك والمدير عندما تثبت مسؤوليتهم عن إفلاس الشركة، وهنا يمتد الإفلاس للأموال الخاصة بالشريك الوحيد[3]،وتقوم هذه المسؤولية الشخصية للمدير الذي غالبا يكون نفسه الشريك الوحيد في حالة تصفية الشركة بغرض تحميل الشريك نقص موجودات الشركة أثناء تصفيتها.

تخضع هذه المؤسسة لنفس أسباب الحل المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، ويتمتع الدائنون بنفس الضمانات أثناء التصفية نظرا لخضوعها لنفس قواعد تصفية باقي الشركات التجارية أهمها احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية لغاية انتهاء التصفية[4].

المبحث الثاني: الخصائص القانونية لحماية الغير في شركات الأموال ومجمع الشركات.

تعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال، وبعد أن انتشرت وتطورت أصبحت الأداة الأهم لتجميع رؤوس الأموال من أجل القيام بمشاريع صناعية وتجارية، تعتبر شركة المساهمة تلك الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر

[1] المادة 224 من ق.ت.

[2] Art n 223-21 du c .c.f : « L'interdiction s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée».

[3] المادة 576 من ق.ت.

[4] PH. Merles, op.cit., p 276.

حصتهم[1]، فالأساس الذي تقوم عليه هذه الشركة هو الاعتبار المالي فلا أهمية للاعتبار الشخصي فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير، لكن قيام هذه الشركة على اعتبار مالي لا يلغي الاعتبار الشخصي فيها لأن التمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال يكون بالاعتماد على العنصر الغالب فيها، حيث يكون الاعتبار المالي متقدما على الاعتبار الشخصي في شركات الأموال.

لكن استثناء وفي حالات معينة يتغلب الاعتبار الشخصي فيكون الغير في مأمن عند مواجهة المسؤولية المحدودة للشركاء في شركة المساهمة[2]، وشركة التوصية بالأسهم التي يخضع فيها الشركاء الموصون لنفس التزامات المساهمين في شركة المساهمة تجاه الغير.

هذا ما أكده المشرع عندما قرر تطبيق القواعد المتعلقة بشركات المساهمة على شركات التوصية بالأسهم فيكون بذلك المركز القانوني لهؤلاء الشركاء مطابق للمركز القانوني للمساهمين في شركة المساهمة[3].

كما تتميز مجال سلطات المسير في هذه الشركة باتساعها بشكل كبير، الامر الذي يجعل علاقة المسيرين بالغير تتميز بخصائص لا توجد في شركات أخرى، من بين هذه المميزات حق الغير في الحصول على ضمانات تمنحها شركة المساهمة عن طريق مسيريها .

بالإضافة لمجموعة من المزايا التي توفرها التكتلات الاقتصادية لفائدة الغير نظرا لمضاعفة الضمان العام عن طريق تجميع الذمم المالية، حيث تتخذ هذه التكتلات صور مختلفة فإلى جانب التكتل عن طريق الدمج والانفصال والتي سبقت الإشارة اليها، هناك التجمع ذو المنفعة الاقتصادية ومجمع الشركات ولعل أكبر المخاطر التي يواجها الدائنين تكون في مواجهة مجموعات الشركات [4].

[1] انطلاقا من أهمية رأس المال في هذه الشركة وضع المشرع أحكام وإجراءات خاصة تتعلق بالنظام العام حماية للشركة وللمساهمين وللغير، هذا ما جعلها تبتعد عن الطابع العقدي وتقترب من الطبيعة المؤسساتية باعتبارها نظام قانوني.

[2] سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، الوافي في أساسيات قانون التجارة، الشركات التجارية، المؤسسة التجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 286.

[3] أدرجت شركة التوصية بالأسهم في القانون التجاري سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

[4] نص المشرع على تجمع الشركات في المواد من 796 إلى 799 مكرر 4 من القانون التجاري. أما بالنسبة لمجموعات الشركات فأشار إليها المشرع في المواد 729 الى المادة 732 مكرر4 بالإضافة لنصوص متفرقة في

لذلك سندرس من خلال هذا المبحث الخصائص القانونية لحماية الغير في شركات الأموال (المطلب الأول)، ثم نتعرض لحق الغير في الاطلاع على الوضع المالي لشركات الأموال (المطلب الثاني)، ثم لحماية الغير المتعامل مع مجمع الشركات التجارية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الخصائص القانونية لحماية الغير في شركات الأموال.

نظرا للدور الفعال الذي تلعبه شركات الأموال في الاقتصاد باعتبارها تستأثر بالمشاريع الكبرى أهتم المشرع بوضع مبادئ خاصة لحماية الغير، فرغم ضخامة رأسمال الشركة والذي يشكل ضمانا مهما لدائنيها شددت مسؤولية المساهمين حماية لحقوق الغير[1].

اهم هذه الضمانات تتعلق بتأسيس شركات الاموال لضمان تأسيس خال من العيوب، ومن أجل تحفيز المكتتبين على الاكتتاب في أسهم هذه الشركة، ولعل ذلك يرجع لما تتطلبه هذه الشركات من إجراءات لأنشائها خاصة إذا تعلق الأمر بالاكتتاب العام الذي يتطلب فترة طويلة للقيام به عند تأسيس الشركة[2].

تجنبا للضرر الذي قد يترتب عن بطلان إجراءات التأسيس لكل من المكتتبين والدائنين شدد المشرع مسؤولية كل من المؤسسين والقائمين بالإدارة تجاه الغير في حالة بطلان إجراءات التأسيس، نظرا لتغلب الاعتبار الشخصي على الاعتبار المالي في مرحلة تأسيس الشركة.

كما يسال المؤسسون في مرحلة التأسيس عن إساءة تقدير الحصص العينية أو عن إخفاء حقيقة المساهمات، كما راعى المشرع حقوق الغير في حالة التنازل عن الأسهم رغم أن تداول الأسهم غير مقيد قانونا لكن آثاره القانونية ترتب تشديدا لمسؤولية المساهمين تجاه الغير.

القانون 06/95 المؤرخ في 95/01/25 المتضمن قانون المنافسة، والأمر رقم 03/03 المؤرخ في 03/07/19 المتضمن قانون المنافسة.

[1] المادة 715 ثالثا من القانون التجاري

[2] F. Goré, Le contrôle de la constitution des sociétés, R.T.D, France, 1965, p 269.

منح المشرع المسيرين وخاصة في شركة المساهمة سلطات واسعة من أجل تسيير الشركة، وسمح حماية للغير حسن النية للمسيرين بمنح ضمانات للغير عن الديون التي نشأت على اثر تعاملهم مع شركة المساهمة.

لعل اهم خصائص حماية الغير في شركات الأموال تكمن في تشديد مسؤولية المساهم (فرع اول)، وفي اتفاقيات ضمان ديون الغير (فرع ثاني).

الفرع الأول: تشديد مسؤولية المساهم.

أ مسؤولية المساهم في مرحلة تأسيس الشركة:

يتضح من المادة 715 مكرر21 من القانون التجاري [1] قيام المسؤولية التضامنية لكل من المؤسسين والقائمين بإدارة شركة المساهمة في حالة تسببهم في بطلان الشركة وذلك تجاه الشركة وتجاه الغير، وتمتد هذه المسؤولية للمسيرين والمؤسسين الذين أسند إليهم بطلان إجراءات التأسيس، ويعتبر كل شخص اشترك أثناء تأسيس الشركة بأي عمل باسم الشركة تحت التأسيس مسؤولا تجاه الغير، فقد يكون مساهما أو مسيرا وقد يكون مؤسس ومساهم دون أن يكتسب صفة المسير.

كما قد يكون مؤسسا ومساهما ومسيرا في نفس الوقت فإن المسؤولية هنا ترتبط بعملية التأسيس وقيامهم هؤلاء الاشخاص بتصرفات تؤدي لبطلان الشركة[2]، فقد يقتصر دور المؤسس على التأسيس دون أن يكتسب صفة المساهم أو المسير للشركة.

في ظل عدم بيان صفة المؤسس بصورة واضحة في المادة 715 مكرر 21 فإن المفهوم الضيق للمؤسس هو المساهم الذي اكتتب في رأس مال الشركة بحصة نقدية أو عينية، وهو الذي يكون أكثر

[1] تنص المادة 715 مكرر 21 من ق.ت: " يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان والقائمون بالإدارة والذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة".

[2] Muriel. Rebourg, Droit des sociétés et des autres groupements, Gualino, France, 1999, p 82.

اهتماما بتأسيس الشركة، مما يوفر ضمانا لصحة عملية التأسيس دعما للثقة تجاه الغير الامر الذي يساعد على التشجيع لعملية الاكتتاب[1].

مع أن المفهوم الواسع المؤسس يدعم ثقة الغير لأنه يتضمن كل من قام بتأسيس الشركة فيشمل المفهوم هنا كل المؤسسين الصوريين الشكليين الذين يستعملون أسماء المؤسسين الحقيقين للتهرب من المسؤولية الناشئة عن القيام بهذه الأعمال، لذلك فإن تضييق المفهوم ليشمل فقط المؤسسين القانونيين دون الفعليين يؤدي إلى حصر المسؤولية في أشخاص معينين لا يقومون بالوفاء بالتزاماتهم.

بالتالي لا يقتصر مفهوم المؤسس بالضرورة على المساهم، ففي شركة المساهمة لا يمكن لكل المساهمين المشاركة في عملية التأسيس، خاصة في ظل عدم خضوع نشاط تأسيس شركة تجارية لأي شروط خاصة، فلا يوجد في القانون التجاري ما يدل على ضرورة تمتع المؤسس بكفاءة معينة او بصفات معينة تؤهله لتأسيس الشركة.[2]

لذلك فلا يعتبر مؤسسا لهذه الشركة المساهم بالمفهوم الضيق إنما كل القائمين بالإدارة وأوائل أعضاء مجلس الإدارة إضافة لأعضاء مجلس المراقبة، وكل من تولوا عملية الاكتتاب[3]، فقد لا يكون المؤسس مساهما في الشركة التي يعمل على تأسيسها، فقد يكون مساهما في شركة أخرى أو شخص طبيعي أو معنوي مكلف بالقيام بإجراءات التأسيس مقابل أجر عندما يكون من بين الأشخاص المختصين في انشاء الشركات[4]، ويجب لاكتساب الشخص صفة المؤسس أن يقوم بالمبادرة بالقيام بالأعمال التي تساهم في تأسيس الشركة من أجل جمع الأموال والمساهمات ولا يقتصر دوره على مجرد التوقيع على العقد الأساسي[5].

[1] F. Goré, op.cit., p 271.
[2] Les grands arrêts de la jurisprudence, op.cit, p 190.
[3] Le Lamy des sociétés commerciales, op.cit, p 171.
[4] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 1064.
[5] Cass.com, 23 décembre 1912, D Sirey, 1913, Les grands arrêts de la jurisprudence, p 60.

ولا يعد مؤسسا من دفع تكاليف التأسيس دون أن يكون له نية تحمل التزامات الشركة أو قام فقط بتقديم خدمات، إلا أنه عمليا يكون أول سبعة مساهمين في هذه الشركة هم مؤسسوها عادة وهم من يقع عليهم عبئ الالتزام بالتأسيس[1].

يقوم المؤسس خاصة في التأسيس المتابع بتصرفات قانونية كالتعاقد مع البنوك والمؤسسات التي تقوم بالدعاية والإعلان، والتعاقد مع مكاتب الدراسات العلمية والفنية، والتعاقد مع العمال ويكون كل ذلك باسم الشركة تحت التأسيس، وقد يقوم المؤسسون والمسيرون بصفقات أثناء مرحلة التأسيس أو أعمال معينة تمهيدا لدخول الشركة في النشاط وتكون كلها تعهدات باسم الشركة[2].

في هذه الحالة تقوم مسؤولية المؤسس تضامنيا عن تلك التعهدات خاصة في حالة إبطال إجراءات التأسيس أو فشل المشروع وتقوم مسؤوليتهم عن كل ما بذلوه من أجل تأسيس الشركة، ولا يحق لهم الرجوع على المكتتبين فلا يسأل إلا المؤسسين عن تلك التعهدات، أما في حالة نجاح المشروع فإن مسؤولية الشركة لا تقوم إلا بعد إبدائها لموافقتها بعد اكتسابها الشخصية المعنوية أن تتحمل تلك الالتزامات تجاه الغير[3].

وعندما قرر المشرع مسؤولية الشركة عن تلك التعهدات بعد مصادقتها عليها وابداء موافقتها لم يميز بين الأعمال الضرورية للتأسيس وغير الضرورية، كما أنه لم يميز بين حالة نجاح المشروع أو فشله.

عمليا يساعد هذا الحكم في تسهيل نشاط الشركة أثناء تأسيسها لأنه يسمح للمؤسسين بالبدء في النشاط والتعاقد مع الغير، لكنه يحمل خطورة كبيرة على حقوق الغير خاصة في حالة رفض الشركة ابداء موافقتها ورفضت المصادقة على تلك التعهدات[4]

[1] Y. Guyon, op.cit, p 120.

[2] لطيف جبر كوماني، القانون التجاري، منشورات الجامعة، مصر، 1993، ص243.

[3] المادة 549 من ق.ت.

[4] Le Lamy des sociétés commerciales, op.cit., p 183.

يعتبر قيام المؤسس بتلك التعهدات امر في غاية الاهمية لأن فترة التأسيس تتطلب وقتا طويلا وإن انتظار استكمال إجراءات تأسيس الشركة قد يفوت فرص تحقيق للربح، لأنه يفوت فرص انعقاد بعض العقود المهمة مما يفوت فرص الغير في الحصول على حقوقهم[1] .

لذلك فقد يضطر المؤسس على إبرام العديد من العقود والاتفاقيات في هذه الفترة لكن يجب أن تكون بغرض تحقيق مصلحة الشركة التي يسعى لتكوينها فهذا هو الشرط الأساسي من اجل ان تتبنى الشركة تصرفات المؤسس[2] .

وعليه فإن التصرفات التي يسأل عنها المؤسسين والمسيرين في تلك الفترة تشمل نوعين من التصرفات، يتعلق النوع الأول لهذه التصرفات بإجراءات التأسيس أما النوع الثاني فيتمثل في مسؤولية المؤسس عن تعهداته التي أبرمها في حالة بطلان الشركة والتي لم يميز فيها المشرع بين تلك التعهدات، حيث يسأل المؤسسون شخصيا حتى ولو كانت تلك التعهدات لمصلحة الشركة نظرا لعدم وجود أي علاقة بين الشركة والغير المتعامل معها قبل اكتساب هذه الشركة للشخصية المعنوية[3].

وأهم هذه التعهدات هي تلك التي يقوم فيها المؤسسين بالتعاقد مع العمال، فيترتب بمقتضى هذه العقود حقوقا للعمال يطالبون من خلالها بكل ما ينشئ عن عقد العمل من حقوق تجاه المؤسسين وتجاه الشركة بعد قبولها لتلك التعهدات وإن عبارة " التعهدات" التي وردت في المادة 549 جاءت عامة وتعني اتفاق بين ارادتين فأكثر، لكنها لا تشمل إلا العقود فيستثنى من ذلك كل الوقائع القانونية[4] .

وبما أنه قد يحصل رفض الشركة لتلك التعهدات نظرا لبطلانها أو لرفض الشركاء المصادقة على أعمال المؤسسين لعدم تماشيها مع مصلحة الشركة، فكان لابد من تشديد مسؤولية المؤسسين عن تلك الفترة ضمانا لحقوق الغير وجعل المشرع تضامنهم قانوني لا يقع مفترضا بينهم عملا بالمادتين 715 مكرر 21 والمادة 549 من القانون التجاري، مما يجعل دائني الشركة في غنى عن البحث عن الضمانات أو الكفالات التي تضمن لهم الوفاء بحقوقهم، أما الأضرار التي تنشأ للغير في تلك الفترة

[1] Y. Guyon, op.cit., p 158.
[2] M. Dagot, op.cit., p 243.
[3] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 826.
[4] M. Dagot, op.cit, p 241.

فيسأل عنها المؤسسون ولا يمكنهم استبعاد مسؤوليتهم التضامنية تجاه الغير لأنها مسؤولية تضامنية قانونية من النظام العام[1].

اما صور الإهمال الذي يرتب مسؤولية المؤسسين عن بطلان الشركة وبالتالي مسؤوليتهم التضامنية تجاه الغير فهي كثيرة وأهمها مخالفة الإجراءات الشكلية والموضوعية لتأسيس الشركة، ومن بينها قيام المؤسسين بتعريض أموال الجمهور لخطر الضياع، أو قيام المؤسسين بشطب قيد الشركة في السجل التجاري أو نشر بيانات كاذبة لإغراء الجمهور على الاكتتاب، أو قبول اكتتابات أشخاص وهميين، أو عدم إيداع المبالغ المحصل عليها من الاكتتابات في البنوك أو سوء تقدير الحصص العينية الى غير ذلك من التصرفات التي تعرض أموال الشركة للضياع.

وتقوم هذه مسؤولية المؤسسين حتى ولو تم تطهير البطلان الناشئ عن أحد العيوب وتطهير الخلل باللجوء الى قيد الشركة التجارية، لأن مسؤولية المؤسسين في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية تطبيقا للقواعد العامة[2].

يتضح من المادة 715 مكرر 21 أن مسؤولية المؤسسين عند مخالفة إجراءات التأسيس وإسناد بطلان الشركة إليهم أنها مسؤولية تضامنية جوازية، مقارنة مع المسؤولية المترتبة في حالة ابرام المؤسسين لتعهدات تجاه الغير في تلك الفترة[3] .

لكن ورغم أنها مسؤولية جوازية إلا أنه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها فهي ليست مسؤولية عقدية بإمكان المؤسسين تعديلها والالتزام فيها ضمن حدود الاتفاق بل انها مسؤولية قانونية تقوم في حالة حدوث ضرر للشركة أو للغير مما يرتب تطبيق القاضي لأحكام المسؤولية التقصيرية.

كما يخضع لنفس الواجبات والالتزامات مؤسسي شركة التوصية بالأسهم فيلتزم المسيرين الأوائل المعينون بموجب القانون الأساسي، والمكلفون بإنجاز إجراءات التأسيس بنفس الالتزامات التي يكلف بها مؤسسو شركات المساهمة[4].

[1] المادة 126 من ق.م.
[2] جلال وفا البدري، المرجع السابق، ص 221
[3] المادة 549 من ق.ت.
[4] 715 ثالثا1 من ق.ت

كما تظهر مميزات هذه الدعوى القائمة على أساس المسؤولية التضامنية في انها ذات طبيعة خاصة في ظل عدم اشتراط المشرع ثبوت الخطأ، حيث اكتفى المشرع بإثبات الرابطة السببية بين عيب التأسيس والضرر الحاصل بذلك فهي ترتكز على قرينة الخطأ، وبالتالي يمكن أن توصف بأنها مسؤولية مفترضة لا تقوم على أساس إثبات الخطأ، وهي مسؤولية خاصة خارجة عن القواعد العامة للمسؤولية تطبق بمجرد تحقق شروطها[1].

ب – مسؤولية المساهم عند تداول الأسهم:

الأصل في السهم هو قابليته للتداول الا إذا قيد هذا التداول بقيود قانونية أو اتفاقية، وباعتبار السهم ملك للمكتب الأصلي فهو مدين بقيمته للشركة، وبما أنه يدخل في التداول حتى قبل استيفاء الشركة لباقي قيمته أوجب المشرع أن تبقى الأسهم اسمية إلى أن يتم الوفاء بقيمتها كاملة[2].

لكن تنازل مالك السهم لا يمنع بقاؤه ملتزما بالتسديد ولأن بقاء السهم النقدي اسميا إلى أن يسدد قيمته لا يمنح الحماية الكافية لحقوق الغير، قرر المشرع تشديد مسؤولية المساهم المتناول عن سهمه وكل المتنازلين السابقين وجعلهم متضامنين في تسديد قيمة السهم للشركة[3].

عند قيام أحد المتنازلين أو الحملة المتتابعين بالوفاء بقيمة السهم جاز له الرجوع على كل منهم بكامل الدين تطبيقا لأحكام التضامن، على أن يبقى عبئ الدين على عاتق المحال إليه الأخير بحسب ما جاء في المادة 715 مكرر 48، وذلك لما ترتبه هذه الإحالة من انتقال للحقوق دون تجديد للدين فيفسر هذا الحكم بأن التنازل عن السهم يتضمن إنابة ناقصة يظل بموجبها المكتتب الأصلي ملتزما بالوفاء إلى جانب حامل السهم[4].

[1] إبراهيم عبد المنعم، الاعتبار الشخصي في شركات الأموال، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 185.
[2] المادة 715 مكرر 52 من ق.ت.
[3] المادة 715 مكرر 48 من ق.ت.
[4] جلال البدري، المرجع السابق، ص 24.

إن الطابع الإسمي للسهم غير المسدد يسهل تداوله، ويسهل للشركة العثور على حامله ومطالبته بتسديده[1]، ومدة هذا الالتزام هي سنتين، فنظرا لقسوة هذا الحكم لم يتركه المشرع دون تحديد مدته حيث لا يبقى المحيل ملتزما بسداد السهم بعد انقضاء مدة سنتين من اثبات التنازل عنه[2].

يرى الفقيه "Ripert" أنه لابد أن تكون هذه المسؤولية التضامنية لتسديد قيمة السهم غير محددة المدة في حالات التنازل الصوري للسهم، وعندما يقوم المحيل لأسهمه باستعمال طرق الغش والتدليس، أو عند قيامه بالتنازل لشخص متوقف عن الدفع، لما في ذلك من تحايل يجعل التنازل كان لم يكن.

إن تقرير المشرع لهذه المسؤولية كان بغرض الإسراع من اجل انهاء عملية تسديد قيمة السهم لجعله قابلا للتداول[3]،هذا ولا يحتج بأي شرط بين المحيل والمحال إليه تجاه الغير[4].

يضاف الى ذلك حماية المشرع لمبدأ ثبات رأس المال الذي يستلزم وجود كل الحصص المكونة لرأس المال أو بالقدر المعين الذي حدده المشرع من أجل انطلاق الشركة في النشاط، لذلك فحماية لرأس مال الشركة والضمان العام لدائنيها لابد أن تكون الأموال موضوع التنفيذ موجودة[5].

هذا ما أكده المشرع في المادة 596 عندما ألزم أن يكون الدفع بنسبة الربع على الأقل من القيمة الإسمية للأسهم على أن يتم الوفاء في أجل لا يتجاوز 5 سنوات من تسجيل الشركة، فإن الاكتتاب يجب أن يكون كاملا بجميع الأسهم على أن يتم الوفاء بكامل رأس المال.

---

[1] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 322.

[2] المادة 715 مكرر 48 من ق.ت ، تقابلها المادة 228-23 من القانون التجاري الفرنسي والتي حددت الالتزام بمدة عامين من التنازل عن السهم.

[3] G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 322.

[4] Bastien . Brignon,op,cit , p 255.

[5] إبراهيم عبد المنعم، المرجع السابق، ص 179.

كما قرر المشرع حماية لمبدأ ثبات رأس مال الشركة المسؤولية التضامنية للمساهمين الذين لم يتم تقدير حصصهم تقديرا صحيحا وحقيقيا رغم أنها مسؤولية جوازية يقع تقديرها على عاتق القاضي[1].

نشير في الأخير للمسؤولية المشددة للشركة تجاه حملة السندات حيث تدخل المشرع دعما لثقة أصحاب سندات الدين ليفرض بعض الضمانات التي يكون على الشركة توفيرها لأصحاب السندات قبل إصدارها[2]، فقد تلجأ الشركة لمنح أصحاب السندات تأمينا على عقاراتها، كما قد تكون هذه الضمانات مبلغا من المال مجمد في أحد البنوك.

غير أن صاحب السند لا يستوي مركزه القانوني مع مركز الدائن تماما لأنه يوظف أمواله في الشركة ويستردها متى أراد أو يقوم ببيعها في البورصة أو التنازل عنها ودون موافقة الشركة فلا تتأثر الشركة بحلول دائن محله، لذلك فإن علاقة صاحب السند بالشركة خالية من الاعتبار الشخصي، وإن كان صاحب السند لا يعد دائنا فإن له حقوق تجعله في مركز الدائن[3].

منح المشرع لهذه الطائفة من الدائنين الحق في إن يمثلهم وكيل أو عدة وكلاء يعينون في الجمعية العامة غير العادية، ويجوز لهؤلاء الممثلين حضور الجمعيات بصفة استشارية ويملكون سلطة القيام باسم هؤلاء الدائنين بجميع أعمال التسيير للدفاع عن المصالح المشتركة لأصحاب سندات الاستحقاق[4] حماية لمصالحهم منحهم المشرع حق إدارة ومراقبة أعمال الشركة وحضور الجمعيات العامة دون تصويت وضمن حدود معينة حيث يمنع عليهم تسيير الشركة والتدخل في الإدارة إلا ما يتعلق بمصالحهم، كما لا يحق لهم الاشتراك في فائض التصفية باعتبارهم شركاء لأنهم دائنين وليسوا شركاء وعلى الشركة أن تدفع لهم حقوقهم قبل القيام بعملية القسمة باعتبارهم دائنين، ويتم تسديد ديونهم بحسب الطريقة التي يقترحها ممثلهم[5].

[1] المادة 715 مكرر 21.
[2] المادة 715 مكرر 105.
[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 601.
[4] المواد 715 مكرر 89 و715 مكرر 90.
[5] المادة 715 مكرر 108 من ق.ت.

اما عند حالة عدم التزام الشركة بتعهداتها المتعلقة بالفوائد أو تقوم بإنقاص التأمينات المقدمة ضمانا لحقوق أصحاب السندات تعتبر حينها ديون عادية، ولأصحاب السندات المطالبة بحقوقهم وفقا للقواعد العامة أو عن طريق المطالبة بإشهار إفلاس الشركة مثل أي دائن عادي[1].

الفرع الثاني: اتفاقيات ضمان ديون الغير.

منح المشرع المسيرين وخاصة في شركة المساهمة سلطات واسعة من أجل تسيير الشركة، وحماية للغير حسن النية جعل المشرع الشركة مسؤولة عن كل تصرفات المسيرين حتى التي تجاوزت موضوعها طالما كانت تلك التصرفات باسم ولحساب الشركة، ومن أجل إيجاد التوازن بين المصالح قام المشرع بوضع حدود لسلطات المسيرين، فإضافة لالتزام المسير بموضوع الشركة يجب أن يتصرف في حدود مصلحتها .

كما وضع المشرع حدود للمسير تتعلق بعدم تجاوزه سلطاته بالتدخل في سلطات أجهزة أخرى داخل الشركة، وحدود أخرى تتعلق بالتعاقدات والاتفاقيات التي يعقدها المسير مع الغير والمتعلقة بضمان الديون[2]، حيث جعل المشرع بعض قرارات المسيرين مقيدة بإجراءات الاذن المسبق نظرا لأنها تشكل خطورة على مصلحة الشركة، وأهم هذه التصرفات تلك الاتفاقيات المتعلقة بمنح كفالات أو قروض أو ضمانات من أي نوع للغير، والتي لم يسمح المشرع للمسير بالقيام بها إلا بعد الحصول على إذن من مجلس الإدارة[3].

ومن بين هذه التصرفات الضمان الذي سمح للمشرع لرئيس مجلس الإدارة أو المدير العام بمنحه للغير وذلك بالنسبة للديون التي نشأت باسم الشركة، وحددت المادة 624 من القانون التجاري شروط منح هذه الضمانات باسم الشركة لفائدة دائنيها[4]، واستعمل المشرع عبارتي "الكفالة

---

[1] سعيد يوسف البستاني، علي شعلان، المرجع السابق، ص 330.

[2] P. Moussron, L.Chatain, op.cit, p 166

[3] B. Dondero, op.cit, p 399.

[4] تنص المادة 624 من ق.ت: " يجوز لمجلس الإدارة أن يأذن لرئيسه أو لمدير عام حسب الحالة بإعطاء الكفالات أو الضمانات باسم الشركة في حدود كامل المبلغ الذي يحدده".

والضمان"، وبما أن الكفالة تتضمن في مضمونها الضمان فيفهم من ذلك أن الأمر يتعلق بكل الضمانات والتأمينات التجارية والكفالات التجارية، إلى جانب ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا[1].

فإن كانت الحرية التعاقدية هي الأصل في المعاملات التجارية خاصة في شركة المساهمة بالنظر لطبيعتها التي يغلب عليها الاعتبار المالي، فإنه حماية لتعاملاتها مع الغير أخضعها المشرع لقواعد آمرة مستبعدا لمبدأ الحرية التعاقدية المطلقة، فقيد حرية المساهمين في الاتفاق بمقتضى بنود القانون الأساسي في مجال تنظيم الضمانات أو التأمينات التي يمكن للشركة أن تقدمها للغير[2].

إن الإذن الذي يمنحه مجلس الإدارة لرئيسه أو المدير العام من أجل توفير الضمانات الكافية للغير يجب أن يحدد مبلغ الضمان، أو الحد الأقصى الذي تمنحه الشركة دون أن يكون بالإمكان تجاوزه، حيث لا مسؤولية على الشركة إلا في حدود ما تستطيع ضمانه، وفي حالة تجاوز الضمان لحدود المبالغ المحددة يجب على رئيس مجلس الإدارة الحصول على إذن جديد[3]، كما لا يمكن أن تتجاوز مدة هذه الأذون سنة واحدة مهما كانت مدة الالتزامات المكفولة أو المضمونة احتياطيا أو المضمونة [4].

يعتبر الإذن الذي يمنحه مجلس الإدارة في شركة المساهمة ذات النظام الكلاسيكي من السلطات الحصرية لمجلس الإدارة، وهي من النظام العام تتعلق بقواعد التوزيع القانوني لسلطات المسيرين في شركة المساهمة[5].

أما في حالة مخالفة الشروط القانونية لمنح هذه الضمانات، وعند غياب الإذن المسبق الذي يحصل عليه المسير من مجلس الإدارة فإنه لا يمكن الاحتجاج بالتعهدات التي اتخذت من طرف رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام تجاه الشركة، من أجل ذلك أشار المشرع لضرورة نشر هذه الأذون

[1] J. Hemard, Les conventions entre les sociétés et leurs dirigeants , op.cit., p 90.
[2] بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 285.
[3] PH. Merles, op.cit., p 480.
[4] المادة 624 من ق.ت: " لا يمكن أن تتجاوز مدة الأذون المشار إليها في المقطع 3 أعلاه سنة واحدة مهما كانت مدة الالتزامات المكفولة أو المضمونة احتياطيا أو المضمونة".
[5] بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 286.

وإعلام الغير بها، فيقع على دائني الشركة الالتزام بالاطلاع عليها، لأنه لا يمكن الاحتجاج بها على الشركة في حالة مخالفتها للشروط اللازمة قانونا[1].

كما انه لا يمكن الاحتجاج بتجاوز حدود الاذن تجاه الغير الا اذا ثبتت سوء نية الغير عند علمه بتجاوز هذا الالتزام للمبلغ والشكل المحدد في الاذن الصادر من مجلس إدارة الشركة، فيقع على عاتق الغير الالتزام بالاطلاع على حدود الاذن الذي يمنحه مجلس إدارة الشركة او مجلس المراقبة حسب نظام الإدارة المتبع [2]، ولم يبين المشرع الجزاء المترتب عن تجاوز حدود الاذن الذي يمنحه مجلس إدارة شركة المساهمة.

شدد المشرع على ضرورة احترام هذه الشروط نظرا لخطورة هذه التصرفات على مصلحة الشركة، ولذلك لم يترك اتخاذ قرار منح هذه الكفالات للإرادة المنفردة لرئيس مجلس الإدارة بل تتخذ بقرار جماعي من مجلس الإدارة، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها على الشركة في حالة عدم الحصول على إذن مسبق من مجلس الإدارة، ولا يعتبر عدم الاحتجاج في هذه الحالة جزاء مشدد لأنه لا يبطل الضمان فيبقى التعهد بالضمان صحيحا لكنه لا يلزم الشركة ولا رئيس مجلس إدارتها ولا يستطيع الغير عندئذ المطالبة بالحصول على الضمان[3].

لا يبقى للغير في هذه الحالة إلا الرجوع على رئيس مجلس الإدارة بصفة شخصية نظرا لصحة الضمان، أو اثارة مسؤولية الشركة باعتبارها مسؤولة عن أعمال مسيريها تجاه الغير، خاصة أن تصرف المدير يعتبر من قبيل أخطاء التسيير التي تسأل عنها الشركة عن أعمال ممثليها تجاه الغير، وفي هذه الحالة لا مجال لإخضاع المدير للمسؤولية الشخصية[4].

سكت المشرع عن بيان مسألة المصادقة اللاحقة لتصرف المدير الذي يمنح بموجبه ضمانا لديون الغير دون الحصول على اذن مسبق من مجلس الإدارة، وأكد فقط عدم احتجاج الشركة على

[1] PH. Merles, op.cit., p 481.
[2] Catherine. Prieto, La société contractante », préface de Jaque. Mestre, presses universitaire, France,1994, p 71.
[3] B. Dondero, op.cit, p 401.
[4] Cass.com, 20 octobre 1998, Bull, civ n 254 Rev. Sociétés 1999, Themis des grands arrêts, p 40.

الغير بالضمانات المقدمة في حالة غياب أو تجاوز حدود الإذن المسبق لمجلس الإدارة أو تجاوز مدته أو تجاوز مبلغ الالتزامات المذكورة فيه[1]، إلا أنه يمكن الاحتجاج بمبلغ أعلى في حالة الموافقة المسبقة لمجلس الإدارة بمنح ضمان شامل أو غير محدود لأحد الدائنين[2].

وعليه لم يسمح المشرع بمنح ضمانات غير محددة المبلغ أو المدة إلا بالنسبة للإدارة الجبائية والجمركية، فيمكن هنا لمجلس الإدارة منح الإذن لرئيسه لإعطاء كفالات أو ضمانات احتياطية غير محددة[3].

أما بالنسبة لإمكانية قيام مجلس الإدارة بالمصادقة اللاحقة لتصرف المدير الذي منح بموجبه ضمان للغير دون الحصول على إذن مسبق، فلم يتطرق لها المشرع مما يعني انها تبقى بلا أثر قانوني، كما لم يتطرق المشرع الفرنسي لهذه المسألة، الا انه لا يمكن لهذه المصادقة اللاحقة تصحيح التصرف وهو موقف القضاء الفرنسي[4].

تختلف سلطات مجلس المديرين فيما يتعلق بالإذن بمنح الضمانات للغير عن سلطات مجلس الإدارة في النظام الكلاسيكي، حيث جعلها المشرع خاضعة للقانون الأساسي، والذي يبين طريقة تقديم الكفالات والضمانات الاحتياطية، على أن يخضع منح هذه الضمانات لترخيص مسبق من مجلس المراقبة حسب الشروط التي يحددها القانون الأساسي[5].

يتضح لنا مما سبق أنه حكم مخالف تماما للحكم المقرر في نظام الإدارة القديم الأمر الذي يشكل خطورة كبيرة على أموال الشركة وائتمانها تجاه الغير، نظرا لخضوعها المطلق للقانون الاساسي[6].

---

1 المادة 624 من ق.ت في فقرتها السابعة.

2PH. Merles, op.cit, p 481.

3 المادة 624 من ق.ت فقرة خامسة.

4 Cass. Com, 15 oct 1991, Bull civ, droit des sociétés n° 29 1992, note, B. Dondero, op.cit, p 401.

5 تنص المادة 654 من ق.ت: "...غير أن أعمال التصرف كالتنازل عن العقارات والتنازل عن المشاركة وتأسيس الأمانات وكذا الكفالات والضمانات الاحتياطية أو الضمانات تكون موضوع ترخيص من مجلس المراقبة حسب الشروط النصوص عليها في القانون الأساسي".

6 بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 287.

ان السلطات الواسعة التي يتمتع بها المسيرين في شركات الأموال جعلت المشرع يتدخل لوضع حظر لبعض الاتفاقيات لمنع المسير من استعمال هذه السلطات للحصول على مصلحة خاصة، حيث تعتبر هذه الاتفاقيات من أهم أسباب وقوع تضارب المصالح في الشركة، خاصة مصالح المسيرين والمساهمين والغير فكان لابد من فرض رقابة محكمة على المسير[1].

منع المشرع القائمين بإدارة الشركة أن يقدموا كفالة باسم الشركة من أجل ضمان تصرفاتهم تجاه الغير، ومنع المشرع كل كفالة أو ضمان احتياطي يجعل الشركة ملزمة بضمان تصرفات مسيريها وهذا ما نصت به المادة 628 من القانون التجاري[2].

أما مجال هذا الحظر من حيث الأشخاص فهو يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح هذا النوع من الكفالات[3]، كما يمتد الحظر للاتفاقيات التي تعقد بين الشركة ومؤسسة أخرى عندما يكون أحد القائمين بإدارة الشركة سواء كان مساهما أو مديرا مسيرا لتلك المؤسسة[4].

ويشمل هذا المنع كل صور الضمان فمهما كانت الكفالة سواء شخصية أو عينية أو تأمينات تجارية فهي محظورة قانونا، حيث اعتبرها المشرع كأنها قروض غير مباشرة لفائدة المسيرين، فيضمن هذا الحظر شفافية الاتفاقيات التي يتم انعقادها بين الشركة ومسيريها تجاه الغير[5].

---

[1] Y. Knani , Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants, Rev de la jurisprudence et la législation, n 7, centre d'études juridique, et judiciaires, Juillet 2009, Tunisie, 2009, p 65

[2] تنص المادة 628 من ق.ت في فقرتها الثالثة: "... يحظر تحت طائلة البطلان المطلق على القائمين بإدارة الشركة أن يعقدوا على أي وجه من الوجوه قروضا لدى الشركة كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا احتياطيا لالتزاماتهم تجاه الغير...".

[3] هذا لا يعني أن الحظر شامل لكل الاتفاقيات، فهناك مجال واسع لهذه الشركات لكي تبرم العديد من الاتفاقيات بينها وبين القائمين بإدارتها، لكن أخضعها المشرع لنظام خاص حماية لأحوال الشركة يتعلق بالحصول على إذن مسبق من الجمعية العامة وتقديم تقرير من مندوب الحسابات المادة 628 قانون تجاري فقرة أولى.

[4] المادة 628 الفقرة الثانية من ق.ت ، يمتد الحظر في القانون الفرنسي لأزواج المسيرين وأصولهم وفروعهم.
Art n 225-43 du c. c .f « … La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi Qu'à toute personne interposée ».

[5] Y. Knani, op.cit, p 58.

نص المشرع على نفس الحظر في شركة المساهمة المزودة بمجلس مديرين وامتد هذا الحظر لأعضاء مجلس المراقبة، فضلا عن القائمين بالإدارة وممثلي الأشخاص المعنوية الأعضاء في مجلس المراقبة[1].

عند مخالفة هذا الحظر فإنه يقع باطلا بطلانا مطلقا كل ضمان لتصرفات المدير باسم الشركة تجاه الغير، وعليه فيمكن اثارة هذا البطلان من طرف كل من له مصلحة، كما لا يمكن الاحتجاج بهذا الضمان تجاه الشركة، ويمكن للغير وللشركة رفع دعوى للحصول على تعويض نظرا للضرر المترتب عن تصرفات المدير[2].

سكت المشرع عن بيان إمكانية وجود اتفاق مسبق يجيز للشركة أن تمنح للمدير سلطة منح تلك الكفالات والضمانات للغير، أو إمكانية موافقتها على تلك الاتفاقيات عن طريق مصادقة لاحقة من الجمعية العامة، فحسب الفقيه"J.Hemard" لا يوجد قانونا ما يمنع الشركة في أن توافق على إذا النوع من الاتفاقيات التي يبرمها مسيرها وجعلها ضامنة أو كفيلة لتصرفاته تجاه الغير، خاصة في ظل اعتراف المشرع بوجود التزام مشترك بين الشركة ومسيرها تجاه الغير، عندما يقوم الالتزام القانوني للمسيرين الذي يمنح الحق للدائن بالرجوع على الشركة و مسيرها، والذي لا يمكن استبعاده فهو مقرر قانونا لمصلحة الغير في حالة وجود مسؤولية مشتركة[3].

يمكن أن تخضع كل من شركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة لنظام الاتفاقيات المحظورة بموجب بنود اتفاقية قانونها الأساسي خاصة في ظل غياب نصوص تخص هذا الحظر في كل من الشركتين، كما ينقص النصوص القانونية مثل هذا الحظر بالنسبة للمساهمين الذين يمثلون الأغلبية والذين يقومون بأعمال الإدارة ولو بطريقة غير مباشرة[4].

---

[1] المادة 671 من ق.ت.

[2] دون الاخلال بالمسؤولية الجزائية المترتبة عند قيام المسير باستعمال أموال الشركة بسوء نية ومنح قروض تلبية لأغراض شخصية هذا ما جاء في المادة 800 من ق.ت في فقرتها الرابعة.

[3] J. Hemard, op.cit, p 95.

[4] بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 289.

في المقابل هناك تلك الاتفاقيات التي تتم بين المساهمين والتي تختلف عن اتفاقيات الشركة ومسيريها، فعملا بمبدأ الحرية التعاقدية والتي نجدها مكرسة بصفة كبيرة في شركة المساهمة، فيمكن للمساهم أن يبرم اتفاق في الجمعية العامة يتعهد بموجبه أن يدفع للدائنين مستحقاتهم ضمن مبلغ معين ومدة محددة، ويمثل هذا الاتفاق ضمانا إضافيا للغير يضاف لذمة الشركة خاصة في حالة مواجهتها لصعوبات رغم أنه قد يجعل المساهم يتحمل خسائر أكبر من حصته[1].

المطلب الثاني: حق الغير في الاطلاع على الوضع المالي لشركات الاموال.

يمثل رأس مال الشركات الأموال الضمان الأساسي لحقوق الغير المتعامل معها خاصة في ظل انعدام المسؤولية الشخصية للشركاء في هذه الشركات، لذلك فإن للوضع المالي للشركة أهمية كبيرة بالنسبة لدائنيها، ويعتبر الالتزام بالإفصاح عن الأوضاع المالية والاقتصادية للشركة مظهرا هاما من مظاهر الثقة وحسن النية في المعاملات التجارية، حيث يستدل بصحة المعلومة على ائتمان الشركة، كما يعتمد الغير على المعلومة في تحديد قراراته وطريقة تعامله في تعاقداته مع الشركة[2]، ونجد الالتزام بالإفصاح قد يتناقض أحيانا مع سرية المعلومة التجارية، ولذلك فلا بد من تحديد المعلومة التي يقع على الشركة الالتزام بالإفصاح عنها للغير وتوضيح حدود ذلك الافصاح وتحديد مداه، خاصة بعد أن أصبح الافصاح عن المركز المالي والاقتصادي للشركة ضمانا أساسيا لحقوق الغير في اطار حوكمة الشركات بعد ان جعلت هذه الحوكمة الالتزام بالإعلام أهم التزامات الشركة تجاه الغير[3]، من اجل ذلك كان لا بد من التطرق لواجب الإفصاح عن المعلومة المالية (فرع اول)، ثم الإشارة لحدود الالتزام بالإفصاح (فرع ثاني).

[1] غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في الشركات المساهمة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص 44.

[2] تتنوع أنظمة الالتزام بالإعلام بين قانون مدني، وقوانين الشركات والبورصة وحتى القوانين المصرفية.

[3] أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص 123.

الفرع الأول: واجب الإفصاح عن المعلومة المالية.

إن واجب الشركة تجاه الغير بأن توفر الشفافية اللازمة في تعاملاتها يرتكز على الإفصاح عن المعلومة والذي يتحقق عند اتصال الشركة بالعالم الخارجي بشتى الوسائل من أجل الكشف عن المعلومات المهمة للمستثمرين والمساهمين وأصحاب السندات وكل أصحاب المصالح المختلفة[1]، إذ يقصد بالإفصاح الكشف عن المعلومات المرتبطة بالنشاط الاقتصادي وخاصة الجوانب المالية والقانونية لتوفير صورة كاملة عن حقيقة النشاط الذي يظهر للغير.

إلى جانب ما يمثله واجب الإفصاح القانوني من مزايا المستثمرين والمساهمين سواء كان ذلك قبل أو بعد الاستثمار مع الشركة، أو أثناء تنفيذ العقد من أجل تقييم أداء الشركة وبلوغ الحد المطلوب من المصداقية التي يرغب كل المتعاملين مع الشركة تحققها سواء كانوا من المستثمرين أو الغير بصورة عامة والذي يكون من بينهم مستثمرين محتملين[2]، فيجب بلوغ الشفافية في إيصال المعلومة.

لا يقصد بالالتزام في إيصال المعلومة النقل المجرد لوقائع معينة يتم الحصول عليها من مصادر مختلفة حيث يقصد بها التزام الشركة بتوفير المعلومات والتقارير التي تمكن الأشخاص الطبيعية والمعنوية والمتمثلة في البنوك والهيئات المالية لمعرفة المركز المالي الحقيقي للشركة، وكل المعلومات الجوهرية عن التصرفات التي تقوم بها الشركة عن طريق ممثليها والتي يكون من شأنها الإضرار بمصالح الشركة والغير، الامر الذي يمنح لهم فرصة تحديد موقفهم من الشركة ومركزهم القانوني بالنظر للمركز المالي للشركة، ويكون من حق الشركة أن تحتفظ بما تراه غير ضروري اعلام الغير به أو ترى أن في إظهاره خطر على الشركة أو إضرار بالمساهمين[3].

[1] إذ يقصد بالغير هنا كل الأشخاص التعاملين مع الشركة من الخارج، ولا يقصد به المساهمين في الشركة والذين خصهم المشرع بنظام خاص يتعلق بالمعلومة الامتيازية ورتب عن المخالفات المتعلقة بها جزاءات جزائية حماية لتداول الأسهم في البورصة.

[2] طارق عبد العال حماد، التقارير المالية، ط 1، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005.

[3] محمد ابراهيم موسى، حوكمة الشركات بسوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 168.

وعليه يقصد بالإفصاح القانوني في الشركات إشهار كافة الحقائق عن الشركة وإبراز جميع البيانات والمعلومات وتوفير كافة المعلومات الدورية أو غير الدورية، والمعلومات المالية وغير المالية بشكل عام لكافة الأطراف ذوي المصلحة[1].

أما الشفافية فيقصد بها توفير الشركة للبيانات المالية وغير المالية بصورة مطابقة للمركز المالي للشركة والعمليات التي تقوم بها الشركة، ليتمكن الغير من توقع النشاط المالي والمستقبلي للشركة فتتضمن الشفافية عدم إخفاء المعلومات ووجوب تحصيل المعلومات الدقيقة في الوقت المناسب وبالقدر الكافي الذي يهم أصحاب المصلحة[2].

أما فيما يخص التوقيت المناسب للإفصاح ووسائله فيجب أن يتم الكشف عن كافة المعلومات المادية المرتبطة بأموال الشركة وإدارتها، وتكون الشفافية هنا متعلقة بتوفير التقارير الدورية، ونشير هنا للشفافية التي تتطلبها البورصة والتي أصبحت تتطلب توفير وسائل تكنولوجية نظرا لتعقد سوق الأوراق المالية خاصة فيما يتعلق بشفافية المعلومة فيجب استبعاد الطرق التقليدية للوصول للمعلومة والبحث عن أحدث الطرق التكنولوجية.

يجب أن تتسم الإعلانات الصادرة عن الشركة بالدقة والأمانة والتي تعتبر ضرورية بحسب موضوع الإعلان، فيحظر على الشركة حجب معلومات جوهرية تؤثر على سلامة اتخاذ الغير المتعامل معها لقراراته أو احداث التباس لديه[3] .

يتحقق هذا الالتزام بالإشهار القانوني الذي يتم عن طريق نشرة الإعلانات القانونية وموجه للغير، من بينهم دائني الشركة وكل الجمهور الذي قد لا تربطه بالشركة علاقات سابقة، ولتكريس هذه الشفافية يجب أن يتم نشر المعلومات على نحو يتفق مع القوانين واللوائح السارية.

[1] عصام حنفي محمود، القانون التجاري، ج1، برنامج محاسبة البنوك والبورصات، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 22.

[2] أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستثمارات المصرفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 14.

[3] محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 169.

حيث تكون المعلومة في هذه الحالة عامة متاحة للجميع كالمعلومة الاقتصادية المنشورة في الصحف والدوريات والمواقع الالكترونية المتخصصة، ولا نقصد هنا تلك المعلومات السرية التي يحظر نشرها أو الاطلاع عليها إلا وفقا لإجراءات قانونية رسمية كالأسرار التجارية والمعلومات التي تؤثر على حسن تداول الأسهم وأسعارها[1].

وبما أن هذا الإفصاح يشمل المعلومات الجوهرية الخاصة بالوضعية المالية وأهداف الشركة، وكل ما يمس دائني الشركة والعاملين فيها وكل الأشخاص أصحاب المصلحة من بنوك وإدارات[2] فإن لهذا الإفصاح أنواع:

إفصاح من حيث الإرادة و ينقسم لإفصاح طوعي تقوم به الشركة فيكون نابعا من السلوك العادي بحسن نية، وإفصاح ملزم يفرضه المشرع بموجب الأحكام المنظمة لعلاقة الشركة بالغير[3]، والذي سبقت الإشارة إليه في الكثير من المناسبات خلال هذه الدراسة، حيث يرافق هذا الالتزام بالإفصاح الشركة منذ تأسيسها لغاية انتهائها وتصفية موجوداتها .

هناك الإفصاح من حيث مجال المعلومة و ينقسم لإفصاح مالي وغير مالي لأن المعلومات المطلوب الاطلاع عليها قد تتعلق بسير الشركة، وسمعتها ومعلومات تتعلق بمعاملاتها التجارية، ومعلومات أخرى تهتم بالوضع المالي للشركة[4] وهذا ما يسمى بالإفصاح المالي، الذي يتعلق بضرورة الكشف عن مستندات ووثائق تتعلق بالوضع المالي وميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر، ونشاطها من حيث أصولها وخصومها وكل نتائج العمليات المالية التي تقوم بها.

يمثل هذا الإفصاح المالي الذي نصت عليه المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجاري[5] أهم المعلومات والأكثر تأثيرا في تقييم وضع الشركة، وقدرتها على الوفاء

1 فهد بن محمد النفيعي، الحماية الجنائية للسوق المالية السعودي، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية السعودية، 2006، ص 147.

2 أحمد علي خضر، المرجع السابق، ص 124.

3 مظهر فرغلي، الحماية الجنائية للثقة في رأس المال، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 443.

4 أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص 12.

5 تنص المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية " يقصد بالإشهار القانوني بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، اطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا

بالديون لأنها تعكس حقيقة النشاط الاقتصادي للشركة، وتمثل الدليل العملي على نجاح الشركة وقدرتها على تنمية أصول المتعاملين معها[1].

أما الإفصاح غير المالي فيتعلق بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بمرحلة التأسيس وخطة الشركة من أجل تحقيق غرضها والمعلومات الخاصة بتشكيل مجلس الإدارة وحقوق العمال في الشركة، وكل التعديلات التي تطرأ على سير الشركة والتي تهم البنوك بالدرجة الأولى خاصة المعلومات الخاصة بملاك الأسهم للكشف عن طبيعة العلاقات الاقتصادية في الشركة، ومدى كفاءتها والاطلاع على حقوق الملكية وحملة الأسهم وهياكل الإدارة ومرتبات المسيرين وكل عوامل الخطر التي يمكن أن تواجه الشركة[2]،هذه الأخطار الطارئة عبارة عن وقائع وأحداث احتمالية تتعلق بالأرباح والخسائر المحتملة والتي يمكن أن يتحقق وقوعها[3].

بالإضافة لحق الغير في الاطلاع على تسيير الشركة وصلاحيات المسيرين وحدود سلطاتهم والاختصاصات المخولة لهم، بحسب ما جاء في المادة 12 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية[4] ويترتب على عدم إعلام الغير بهذه المعلومات وقوع أضرار تمكن الغير من رفع دعوى على الشركة أو على مسيريها بصفة شخصية.

فمن أمثلة الحالات التي تقوم فيها مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة حالة الغش التي يتعرض لها الغير عند إغفال المسير لبعض المبادئ القانونية في التعاقد، أو تجاوزهم لصلاحياتهم وحالة تقديمهم معلومات كاذبة عن المركز المالي للشركة مما يعتبر خروجا عن مصلحة الشركة.

العمليات التي تمس رأس مال الشركة ورهون الحيازة وإيجار التسيير وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والإشعارات المالية"

[1] مظهر فرغلي، المرجع السابق، ص 444.

[2] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 63.

[3] عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص 64.

[4] المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية في فقرتها الثانية" كما تكون موضوع اشهار قانوني صلاحيات هيئات الإدارة او التسيير وحدودها ومدتها وكذا كل الاعتراضات المتعلقة بهذه العمليات".

على الشركة أن تستجيب لأصحاب المصالح المختلفة في الإفصاح وعليها إيجاد توازن بين المصالح، لأن هذا الإفصاح يصدر من وإلى كل شخص طبيعي أو معنوي، ويجب أن تحرص الشركة على شفافية عملية تسييرها بالدرجة الأولى لأنها تأثر على مصداقية الشركة داخليا وخارجيا .

ينبغي ان يعمل أعضاء مجلس الإدارة على أساس من المعلومات الكاملة وبحسن نية، الى جانب تطبيق معايير أخلاقية عالية بما يحقق أفضل توازن للمصالح المختلفة داخل الشركة وخارجها، كما يقع عليهم الالتزام برقابة أي تعارض محتمل بين مصالح إدارة الشركة وضمان نزاهة حسابات الشركة وضمان وجود نظم لرقابة الإدارة والمالية والإشراف على عمليات الافصاح[1].

حيث ساهمت حوكمة الشركات في مجال الإفصاح والشفافية ولعبت دورا بارزا في تحسين بيئة الإفصاح، ونشر فكر الإفصاح الطوعي والقضاء على تباين المعلومات والمساهمة في ضبط الرقابة على شفافية المعلومة، أما الأشخاص الملتزمون بالإفصاح عن المعلومة فهو التزام عام يقع على الشركة والأشخاص الطبيعية من مساهمين ومسيرين وكل من تربطه علاقة بالشركة تجعله يطلع على معلومات مهمة [2].

الفرع الثاني: حدود الالتزام بالإفصاح

يعتبر الالتزام بكتمان سر المهنة واجبا أخلاقيا وقانونيا، حيث بدأ هذا الالتزام واجبا اخلاقيا ودينيا ثم استقر بعد ذلك التزاما قانونيا، بموجبه أصبحت تتعهد الشركة بتقديم المعلومات بصفة دورية إلى الجهات الرقابية وأصحاب المصالح.

أساس هذا الالتزام هو القانون فهو التزام يفرضه القانون المدني والقوانين التي تحكم تأسيس الشركات الى جانب قوانين أسواق الأوراق المالية، إذ تتنوع الأنظمة القانونية التي تفرض الالتزام

1 أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 137.
2 علي من صالح الوائلي، حوكمة الشركات السعودية المساهمة ودورها في الحد من الجرائم المالية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف كلية الدراسات العليا، السعودية، 2010، ص 60.

بالإفصاح عن المعلومة[1]، أطلق عليه منذ ظهوره في القوانين اللاتينية الالتزام بالإفصاح، مما يعني أنه التزام قانوني بالدرجة الأولى قبل أن يكون فكرة أو مبدأ عام[2]،ولا يخرج هذا الالتزام عن مفهوم الالتزام بالاعلام المعروف في العقود[3].

من بين العلاقات التعاقدية التي يلعب فيه الالتزام بالإعلام دورا أساسيا علاقة المدير بالشركة حيث تقتضي هذه العلاقة الإفصاح عن كل المعلومات التي تؤثر على العقد، فينبغي أن يقوم المدير بإعلام الشركة وتنفيذ التزامها بحسن نية، خاصة أن الالتزام بالإفصاح يعتبر أحد تطبيقات حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها نظرا لما يوفره مبدأ حسن النية من محافظة على حقوق المتعاقدين[4].

بما أن الإفصاح المطلوب يؤثر على المتعاقدين وتختلف فيه المصالح بين مصلحة المساهمين ومصلحة الدائنين والعمال والمتعاملين في البورصة، فإنه ينتج عنه الخلط بين المفهوم العقدي لهذا الالتزام ومفاهيم اجتماعية واقتصادية أخرى لذلك يجب تحديد شروط هذا الالتزام بالإفصاح قبل تحديد مجاله.

يتحقق الالتزام بالإعلام أو الإفصاح عند قيام الشركة باطلاع كل من المساهمين ومن لهم مصلحة في الحصول على معلومات معينة من أجل أن يتمكن الطرف المتعاقد مع الشركة، أو الذي ينوي التعاقد معها من الحصول على معلومة دقيقة تجعله يتخذ قرارا سليما، لذلك لابد من توفر شروط للإفصاح[5]، فيجب أن تكون المعلومة حقيقية بحيث يكون واقع الوضع المالي والقانوني للشركة يكون فكرة حقيقية، كما يجب ان تكون المعلومة دقيقة وواضحة.

1 صالح أحمد البريري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 16.
2 محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 53.
3 يرتكز الالتزام بالإعلام على الكثير من الأنظمة في القانون المدني على عيوب الرضى والمسؤولية التقصيرية وضمان العيوب الخفية
4 صالح أحمد البريري، المرجع السابق، ص 178.
5 عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحكومة الشركات، ط 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 171.

اشارت محكمة استئناف باريس لخضوع الشركة التجارية لالتزام بالإفصاح عن معلومات محددة ودقيقة، الى جانب ضرورة الإفصاح عن معلومات صادقة خاصة إذا تعلق الامر بمعلومات متعلقة باسهم مسعرة في البورصة[1].

ان صدق المعلومة يسمح للغير بأن يطلع بشكل صحيح على ما يهمه، فلا يمكن أن تكون المعلومة غير حقيقية لأن هذا يعني تجريد هذا الالتزام من أهميته، فيجب أن تعكس المعلومة الوضع المالي الحقيقي للشركة بمعلومات دقيقة.

كما يجب ان يكون الافصاح في الوقت المناسب لكي يتمكن من يهتم بالمعلومة من الاستفادة فإنه لا فائدة من المعلومة إذا تم تقديمها بصفة متأخرة عن الوقت المناسب، لكي يتمكن المهتم بهذه المعلومات أن يعلم كل ما تواجهه الشركة[2] لتعزيز الجانب الائتماني للشركة وحماية حقوق المتعاملين معها .

إن الالتزام بالإفصاح كمبدأ عام تلتزم به الشركة تجاه أصحاب المصالح يبعث على الاعتقاد أنه ثمة تضارب بينه وبين مبدأ سرية المعاملات التجارية، لكن هذا الافصاح لا يتعلق بكشف الشركة عن المعلومات لمنافسيها، فإن الوضوح الذي تلتزم به الشركة تجاه الغير لا علاقة له بسرية المعلومات.

وتعتبر الحماية القانونية للمعلومة في مجال الأعمال ذات طبيعة متغيرة حيث تختلط المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة للشركة، فهناك مصالح متعددة في السر المهني خاصة وأن الأساس القانوني للسر المهني في قانون الأعمال يتمثل في نظرية المصلحة، بحيث يعتبر الاعتداء على مبدأ السر المهني كل مساس بمصلحة اعترف بها القانون فبالاعتماد على عنصر المصلحة تتحدد مدى مشروعية الإفشاء بالمعلومة، فيجب الموازنة بين المصالح الاقتصادية الجديرة بالحماية، ومصالح أخرى أعلى وأجدر بتلك الحماية فهناك معلومات وأسرار يؤدي الإفشاء بها إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني[3].

[1]Ca Paris,2 mars 2004,Bourgoin c/ AMF ; Juris-Data n 2004-235752 ; Rev mensuelle du Jurisclasseur, juillet 2004, p 29.

[2] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 76.

[3]غوتي عبد الحق، القانون القضائي الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط 2 الجزائر، 2002 ص 34.

فقد يؤدي الافصاح خاصة مع تطور تقنيات الاعلام والاتصال لوقوع الشركة في خسائر بعد الكشف عن أسرارها للغير وتحقيق منافسيها لمزايا ناتجة عن معرفة تلك الأسرار، لذلك يجب أن تقوم الشركة بفحص المعلومات وتحديدها بدقة لتقليل مخاطر الافصاح الأمر الذي يحتاج لإيجاد توازن بين ما تقدمه الشركة من معلومات وما ترغب الأطراف الأخرى الحصول عليه[1].

لذلك فإن قيام الشركة بحجب بعض المعلومات حفاظا على مصالحها من خطر المنافسة يندرج ضمن خطط الشركة لتحقيق أهدافها[2].

لم يرد تعريف للسر المهني التجاري من طرف المشرع فتم التطرق له من خلال أشخاص معينين ألزمهم المشرع بالمحافظة على السر المهني، وكتم معلومات خاصة يمكن اعتبارها أسرار تجارية، حيث نص المشرع على ضرورة أن يقوم القائمون بإدارة الشركة، وكل الأشخاص الذين يشاركون في اجتماعات مجلس الإدارة، مثل مندوبي الحسابات ومساعديهم باحترام سر المهنة فيما يخص الأعمال، بالتالي تخرج من نطاق السرية تلك الوقائع والمعلومات التي لا يطلعون عليها بحكم ممارسة وظائفهم، وذلك في المواد 627 و715 مكرر 13 من القانون التجاري[3].

يمكن اعتبار المعلومة سرا تجاريا عندما تحتوي على جملة من الخصائص، كأن تكون المعلومة غير معروفة أو ليس من السهل الحصول عليها من طرف المتعاملين، وأن يكون لهذه المعلومة قيمة تجارية[4]، وأن تتوفر لدى أشخاص اطلعوا عليها بحكم مباشرتهم لمهنتهم وقاموا بإعلام العموم بما لا يجب أن يعلموه عن أمور الشركة.

لذلك فلا تعتبر كل معلومة سر مهني حيث لا تعتبر كذلك إلا المعلومات ذات الطبيعة السرية، فالسر المهني هو كل امر مطلوب كتمانه سواء كان يتعلق بشخص طبيعي، او شخص معنوي علم به

1 أحمد علي خضر، المرجع السابق، ص 78.
2 محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 177.
3 تنص المادة 627 من ق.ت " يتعين على القائمين بالإدارة ومجموع الأشخاص المدعوين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة، كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك".
المادة 715 مكرر 13 " يعرض مندوبو الحسابات على أقرب جمعية مقبلة المخالفات والأخطاء التي لاحظوها أثناء ممارسة مهامهم."
4 شيرزاد عزيز سليمان المرجع السابق، ص 361 .

شخص آخر بسبب مهنته وكان ملزما بحكم هذه المهنة بالمحافظة عليه، وعدم الكشف عنه الا في أحوال محددة[1].

كما نجد أن المشرع يوسع مجال السر المهني، حيث يعتبر سرا كل معلومة من شأنها أن تأثر على النشاط العادي للشركة، حيث يؤدي إفشاؤها إلى اختلال توازن الشركة، أو تلك المعلومة التي تمس بمصداقية الشركة وسمعتها، وفي المقابل ضيق المشرع مصدر تلك المعلومات حيث لا تعتبر المعلومات سرية إلا إذا صدرت من أشخاص معينين، ومن خبراء في مجال الأعمال، بالتالي فإن المعلومات الخارجة عن إطار ممارسة هؤلاء الأشخاص لمهمتهم ومهنتهم لا يمكن أن تعتبر أسرارا مهنية.

أخضع المشرع جميع المهنيين والموظفين والخبراء والمحاسبين المعتمدين، ومحافظي الحسابات والمحاسبون المتربصون، وحتى الشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة والتجمعات وحتى الشركات المدنية لواجب السر المهني تحت طائلة عقوبات جزائية، حيث نصت المادة 71 من القانون المتعلق بمهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات على انه تنص" يتعين على الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد كتم السر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادتين 301و 302 من قانون العقوبات، و يخضع لنفس الالتزامات الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسبون المتربصون، وكذا مستخدمو الخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات و المحاسبين المعتمدين، و كذا الشركاء في الشركات المنصوص عليها في المواد 47 و 48 و 49 و 52 من هذا القانون " [2].

[1] سلمان علي حمادي الحلبوسي،"المسؤولية المدنية الناشئة عن افشاء السر المهني"، دراسة قانونية، ط 1 منشورات الحلبي، لبنان،2012، ص 23.

[2] المادة 71 من القانون رقم 10-01 المؤرخ في 29 يوليو 2010، المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات، ج. ر عدد 42، يوليو 2010.

كما الزم المشرع الوكيل المتصرف القضائي بالمحافظة على أسرار الشركة بعد افلاسها[1]، اذ لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المهني البوح بسر تم الاطلاع عليه خارج ممارسة المهنة[2].

كما عاقب المشرع على جريمة إفشاء السر المهني في الباب المخصص للجرائم ضد الأشخاص في قانون العقوبات[3]، لكنه لم يحدد السر الواجب التكتم عليه، حيث لم يحدد المقصود بالسر، لكنه غالبا ما يستعمل المشرع مصطلح "الإدلاء"، و"الإفشاء عن الأسرار أو الإدلاء بها" الامر الذي يستلزم وجود معلومات ووقائع لا يصح افشاؤها لعامة الناس.

وعليه يعتبر سرا كل أمر سري في عرف الناس أو في عرف صاحبه يشترط معه طلب الائتمان عليه حيث تستبعد من مفهوم السر الوقائع المعروفة للعامة، مع أن تصريح المهني أو صاحب الوظيفة أو مركز معين في الشركة يؤهله لمعرفة معلومات معينة يؤدي إلى تأكيد المعلومة[4]، وهو موقف لمحكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت البوح بسر من طرف هؤلاء الأشخاص يعتبر اخلال بواجب الالتزام بالسر المهني ولو تعلق الأمر بواقعة معروفة للعموم[5].

أما المعلومة السرية في مجال الشركات التجارية هي التي يمتلكها عدد محدود من الأشخاص بحكم مركزهم في الشركة، وتنتفي سرية المعلومة إذا تم الاعلان عنها للجمهورية بأية وسيلة في نشرة الإعلانات القانونية أو صحف يومية أو وسائل الاتصال المرئية أو المسموعة، فتعتبر سرية تلك المعلومات المتعلقة بحجم تعاملات الشركة وأسماء المتعاملين بالأوراق المالية، والمعلومات المتعلقة بالأوضاع المالية لأعضاء البورصة والمعلومات التي يطلع عليها موظفو البورصة[6].

---

[1] حيث يلتزم الوكيل المتصرف القضائي بالأمانة والدقة والنزاهة وكتم سر المهنة، هذا ما نصت عليه المادة 16من الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 09 يوليو 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، ج.ر عدد 43، 10 يوليو 1996.

[2] A. Levy, Evaluation étymologique et sémantique du mot secret , nouvelle Rev psychanalyses, Paris,1976, p 32.

[3] المادة 301 إلى 303 من القانون العقوبات الجزائري.

[4] فنينخ عبد القادر، واجب التكتم والسرية في إطار الشركات التجارية، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع بجامعة أدرار، العدد الثالث، جوان 2014، ص 51 .

[5] Cass. crim, 19 décembre 1985,D 1986, p347, Note sous , Feninakh. Abdelkader op, cit, p 51.

[6] أحمد محدد اللوزي، الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية، دارسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 127.

كذلك من أهم خصائص المعلومة السرية أن تكون محددة تدور حول شيء معين، ويشترط أن يكون لها تأثير على الشركة واستثماراتها، حيث تعتبر البيانات المحددة في الوثائق التي يتم تداولها أو الاطلاع عليها في مجلس إدارة الشركة معلومات سرية.

يلقى الالتزام بالسرية على كل شخص طبيعي أو معنوي أفشى بمعلومات سرية لم يطالبه القانون بالإفصاح عنها، بالإضافة لكل الأشخاص غير الملتزمين بواجب الإفصاح والذين حصلوا على معلومات سرية من أحد الملتزمين بسرية المعلومات كأحد المطلعين على أسرار الشركة[1].

يمكن أن ترتبط سرية المعلومة بفكرة مصلحة الشركة، حيث ينعدم السر حيث تنعدم المصلحة ومتى كانت المصلحة مشروعة كان السر جدير بالحماية لأن المصلحة تفرض ضرورة التكتم، أما انتفاء المصلحة يؤدي لعدم ضرورة المحافظة على السر.

يعتبر السر المهني مجموعة من الوقائع والمعلومات التي ينحصر نطاق العلم بها في أشخاص محددين من ذوي الأمانة في الشركة التجارية، فيكون الشركاء مصدر للمعلومات لأنهم يطلعون على وثائق مختلفة في الشركة إلى جانب حضورهم مختلف الاجتماعات، كذلك المسيرين عند تنفيذهم سياسة الشركة وحتى العمال الأجراء يمتلكون بيانات بحسب مسؤولياتهم وموقعهم في الشركة[2]، حيث يسهل على العامل الحصول على معلومات امتيازيه بحكم مهنته، لأن من يكشف أسرار الشركة هو كل من يطلع على أسرارها خاصة المالية، حيث يعتبر من بين كاشفي الأسرار بالطبيعة " initiés par nature".

كما ينتمي لهذه الفئة أعضاء مجلس الإدارة والمديرون العامون وأعضاء مجلس المراقبة ويعتبرون كلهم على اطلاع بأسرار الشركة وعلمهم قرينة لا يمكن اثبات عكسها لأنه يفترض علمهم بالمعلومة بحكم مهنتهم، فلا يقبل منهم أي دليل على عدم معرفتهم للمعلومات[3]، أما فئة كاشفي أسرار الشركة غير المباشرين هم كل من تسمح لهم وظائفهم بالحصول على الأسرار التجارية، فتضم هذه

[1] أحمد علي خضر، المرجع السابق، ص 83.
[2] فنينخ عبد القادر، المرجع السابق، ص 53.
[3] W. J. Didier, Droit pénal des affaires , 4eme éd, Dalloz, France, 2000, p 141.

الفئة أبسط موظف وكل شخص ليس له علاقة بالشركة وغير تابع لها استطاع ان يحصل على معلومات امتيازيه بمناسبة ممارسة مهنته[1]، ويمكن أن يعتبر كاشف للسر كل من استغل معلومات تلقاها من كاشف أسرار الشركة والمطلع على المعلومات وهو عالم بأنه سر تجاري[2].

على أن المعلومة التي نقصدها في هذه الدراسة هي تلك المعلومة التي تخص قانون الأعمال اما تلك المعلومات المتعلقة بأصحاب المهن الحرة من أطباء وجراحين ومحامين فأنها تتعلق بالحقوق الشخصية، ذلك لان السر المهني في مجال الأعمال يمتلكه أشخاص معينين وخبراء يتصل عملهم بمجال الأعمال.

فالأسرار ممكن أن تكون فنية أو تكنولوجية مثل عقود نقل التكنولوجيا، أو عقود تصنيع برامج حسابات صناعية إلكترونية، حتى بالنسبة لمجال البنوك إذا تعلق الأمر بإفشاء معلومات عن أحد البنوك عبر الأنترنيت.

حتى الاسرار المتعلقة بالذمة المالية أو حجم التعاملات التي تقوم بها الشركة، وكل الأسرار التي تتصل بالكيان المادي أو المعنوي لها، والتي لا تهم الغير ولا تؤثر على مصالحه[3].

إن تحديد نطاق السر في الشركات التجارية يتعلق بالمهام الملقاة على كل شخص بإمكانه الاطلاع على المعلومات، فيتحدد نطاق التزام مندوب الحسابات بالسر المهني بمهامه التي يمارسها والتي يحددها المشرع في القانون المتعلق بمهنة الخبير المحاسب[4]، حيث تلتزم الشركة بالإدلاء له للمعلومات والوثائق الضرورية لمهامه فيطلع على بيانات، وحسابات وموازنات وكل كتابات الشركة والتوضيحات التي يطلب الاطلاع عليها من الهيئات الإدارية، فيشمل السر التجاري في هذه الحالة كل ما يمنع على المحاسب إعلام الغير به[5].

[1] حسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 140.

[2] W. J. Didier, op.cit, p 137.

[3] شيرزاد عزيز سليمان المرجع السابق ص 360.

[4] القانون رقم 10-01 المؤرخ في 29 جوان المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات.

[5] فنينخ عبد القادر، المرجع السابق، ص 70.

يشمل مضمون السر التجاري الوقائع والمعلومات التي تظل في الكتمان بطبيعتها والتي لا يكون من مصلحة الشركة الكشف عنها، والتي تطلع عليها بعض الجهات المختصة التي لا تعتبر من أجهزة الشركة أهمها البورصة وخاصة لجنة تنظيم العمليات البورصة ومراقبتها[1].

فقد ألزم المشرع الوسطاء في عمليات البورصة والقائمين بإدارتها ومسيريهم ومديريهم وأعوانهم ومأمور الحسابات بالالتزام بالسر المهني، ويخضع لواجب السر المهني كل من ماسك الحسابات وحافظ دفتر السندات والنقود لحساب مصدر الأوراق، وكل شخص مكلف بأداء خدمة حماية للسوق المالية والقيم المنقولة.

كما يلتزم الأعوان الذين تستعين بهم اللجنة فيما يتعلق بكل المعلومات التي تتوفر لديهم في مهنتهم، طبقا للمادة 60 من القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة[2] التي تنص على انه: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة قدرها ،30.000 ويمكن رفع مبلغها حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: كل شخص تتوفر لديه بمناسبة ممارسته مهنته أو وظيفته معلومات امتيازية عن منظور مصدر سندات او وضعيته أ او منظور تطور قيمة منقولة ما، فينجز بذلك عملية أو عدة عمليات في السوق او يتعمد السماح بإنجازها ، اما مباشرة او عن طريق شخص مسخر لذلك، قبل ان يطلع الجمهور على تلك المعلومات".

يمكن هنا ان يشمل مجال الأشخاص الملتزمين بالسر المهني في مجال البورصة كل شخص تتوفر لديه معلومة بمناسبة ممارسته لمهنته خاصة المسيرين الذين يقومون بتوظيف جماعي للقيم المنقولة

[1] أساس مهام هذه اللجنة تتمثل في حماية المستثمر والسهر على حسن سير السوق القيم المنقولة، وتداول الأسهم بكل شفافية فخولها المشرع سلطة التنظيم والرقابة بموجب المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[2] القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر عدد 11 19 فبراير 2003.

والسندات القابلة للتداول، والذين يطلعون على معلومات بحكم وظيفتهم، بل وحتى المسيرين الفعليين اللذين قد تتوفر لديهم معلومات امتيازية نظرا لموقعهم في الشركة يكونون ملتزمون بواجب الكتمان.

في هذا الإطار تقوم لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بمهمة الرقابة، وتكلف أشخاص بالقيام بمراقبة ضرورة احترام القوانين التي تحمي السر المهني، والهدف من ذلك هو حماية كافة المتعاملين في سوق الأوراق المالية والمساهمين من الإفشاء بمعلومات مهمة لا يفترض إطلاع الجمهور عليها، وخاصة المنافسين.

ونشير هنا إلى أن إفشاء المعلومات بين المتعاملين والخبراء فيما بينهم لا يعد خرقا لمبدأ السر المهني، فإذا تقاسم أحد الأعوان أو المحاسبين أو الوسطاء المعلومة مع زميله لا يعتبر خرق للسر المهني، طالما كان هذا التقاسم للمعلومة ضرورة تفرضها المهمة المسندة إليه[1].

ويتم الإفشاء بطرق مختلفة سواء كانت بالكتابة أو شفاهيا أو عن طريق الإشارة أو الرسم، فيكفي لتحقيق الإخلال بالالتزام أن ينقل السر للغير، وبالنسبة للغير فإن اطلاعه على معلومات لا يفترض علمه بها يتحقق حتى ولو لم يتم نشرها، كما يستوي أن يكون الإفشاء كليا أو جزئيا[2].

يقوم القاضي بالبحث عن الخطأ الذي يجب ان يكون واضح لا لبس فيه، وقد يتطلب حكمه الاستعانة بأهل الخبرة للتوصل للخطأ الموجب للمسؤولية، شأنها شأن المسؤولية طبقا للقواعد العامة[3].

في هذا السياق لابد أن نشير للحماية التي قررها المشرع للمساهمين ومالكي الأسهم المسعرة في البورصة من أجل المحافظة على شفافية تداول الأوراق المالية، فتظهر أهمية الحدود الفاصلة بين المعلومات التي يجب ان تظهر للغير والمعلومات السرية التي يمنع ظهورها في مجال بورصة القيم المنقولة،

[1] Dumortier. Bernard, Information relative au contrôle des sociétés Anonyme, J. C. P ,Rev Lexis-Nexis, Paris,1995, p 3.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 360.

[3] سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص ،140.

حيث جرم المشرع الادلاء بمعلومات غير صحيحة الى جانب تجريم الافشاء بالمعلومات التي لا يجب ان تعلن للغير.

منع المشرع كل أوجه استغلال المعلومات الامتيازية، تختلف هذه الحماية عن الحماية الخاصة بالغير باعتبار هذا الغير يشمل جميع الأشخاص الذين يتعاملون مع الشركة من الخارج من غير المساهمين في الشركة[1].

وعليه تختلف هذه المعلومات الامتيازية في سوق الأوراق المالية عن حق الغير في الاطلاع على الوضع المالي والاقتصادي والقانوني للشركة، لكن لابد من الإشارة اليها لتوضيح موقف المشرع من واجب الإفصاح القانوني عن المعلومات المالية.

اهتم المشرع بحماية شفافية البورصة وأوجد نصوص تعاقب على المساس بهذه المعلومات[2] حيث نصت المادة 60 من القانون المتعلق ببورصة القيم المنقولة[3] في فقرتها الأولى على: "يعاقب كل شخص تتوفر له بمناسبة ممارسة مهنته أو وظيفته معلومات امتيازية عن منظور مصدر سندات أو وضعيته أو منظور تطور قيمة منقول ما فينجز بذلك عملية أو عدة عمليات في السوق أو يعتمد السماح بإنجازها إما مباشرة أو عن طريق شخص مسخر لذلك قبل أن يطلع الجمهور على تلك المعلومات".

يتضح لنا من هذه المادة قيام المشرع بالإشارة لأشخاص معينين وهم كل من توفرت لديه معلومات امتيازية بمناسبة وظيفته، وافترض المشرع فيهم الجريمة بسبب الوظيفة التي يمارسونها والتي تجعلهم يطلعون على كافة الأسرار والمعلومات وهي قرينة لا تقبل اثبات العكس، واستعمل المشرع عبارة واسعة تشمل الكثير من المواقف والكثير من المهن داخل الشركة سواء كانوا مسيرين ومساهمين واعضاءه مجلس مراقبة ومندوبي الحسابات وإداريين وكل العمال سواء كانت العلاقة

1 فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية وفقا للقانون الاتحادي الإماراتي، المرجع السابق، ص 365.
2 أما الجزاء المترتب عن الاخلال بالتزام اعلام الغير بالوضع العام للشركة فسبقت الإشارة إليه في الجزء الأول من الدراسة.
3 قانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

ثابتة أو مسؤولون عن أداء خدمة معينة في الشركة[1]، فيكون المشرع بهذا الشكل قد وسع مجال الأشخاص الملتزمين بالمعلومة السرية.

أراد المشرع جلب أكبر عدد من الملتزمين بهذه السرية حماية لتداول الأسهم وشفافية العملية رغم أنها جريمة بحاجة لتحديد ركنها المادي، فدليل استغلال معلومة امتيازية صعب ايجاده خاصة أنه لا يكون غالبا دليل مكتوب، حيث اعتمد المشرع على عنصر مهنة الشخص التي تربطه بالمعلومة بأساس لإخضاع الشخص للجزاء الجنائي[2] ،وينطبق نفس الحكم على كل من تلقى معلومة وقام باستغلالها، هذا ما يؤكد إرادة المشرع في الزام أكبر عدد من الأشخاص بالسر المهني، وفي مجال البورصة تعتبر المعلومة سرية عندما تتعلق بالشركة المصدرة للورقة المالية دون أن تكون معلنة للكافة والتي لو تم الإعلان عنها ستؤثر بطريقة واضحة في سعر الأسهم بالشركة كما يجب أن تكون مؤكدة وذات تأثير[3].

كما وسع المشرع من نطاق جرائم البورصة لحالة أخرى وهي تزييف وتحريف المعلومة بنشر معلومات خاطئة وذلك في المادة 60 من قانون القيم المنقولة في فقرتها الثالثة[4] ويكون ذلك بكل الطرق الشفهية أو الكتابية عن طريق إعلانات أو سجلات الشركة أو وثائق أو تقارير ذات العلاقة بالشركة، وكل مناورة تهدف لعرقلة السير المنتظم لسوق فإن هذه التصرفات تندرج ضمن الإفصاح غير القانوني الذي يؤثر على صورة الوضعية المالية للشركة من أجل تضليل الغير[5] .

فيمكننا ان نلاحظ اهتمام المشرع بالمحافظة على شفافية الإعلان عن الوضعية المالية للشركة حيث وسع حالات الالتزام بالإفصاح القانوني، كما لم يشترط حصول ناشر تلك المعلومات على اية

[1] عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، ط 1، دار النهضة، مصر، 1999، ص 43.

[2] J. F Renucci, Le délit d'initié , 1ere éd, presse universitaire, France, 1998, p 51.

[3] أحمد محمد اللوزي، المرجع السابق، ص 128.

[4] المادة 60 من قانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة: "كل شخص يكون قد تعمد نشر معلومات خاطئة ومغالطة وسط الجمهور بطرق شتى من منظور أو وضعية مصدر...".

[5] محمد زلايجي، الحماية الجنائية للمتعاملين في البورصة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد 7، كلية الحقوق جامعة تلمسان، سنة 2009، ص 21.

منافع حيث تقوم الجريمة بمجرد حدوث السلوك المجرم[1] بغض النظر عن الضرر المترتب، فالركن المادي يتحقق بمجرد إفشاء الشر فلا يتطلب الأمر تحقيق نتيجة معينة.

أما الركن المعنوي فيتحقق بعلم الفاعل بأن المعلومة التي بحوزته سر واتجهت ارادته لإفشائه، لذلك فإن إفشاء السر على سبيل الخطأ أو عند عدم معرفة الفاعل أن المعلومة سرية فلا تقوم مسؤوليته اذ يكفي لتحقيق الركن المعنوي تحقيق القصد الجنائي العام[2]، أما العقوبة فنصت عليها المادة 60 من قانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة[3].

المطلب الثالث: حماية الغير المتعامل مع مجمع الشركات التجارية.

يتميز النشاط الاقتصادي في العالم المعاصر بالاتجاه المتزايد نحو تكوين التكتلات الاقتصادية، بعدما التركيز الاقتصادي أهم الآليات التي تساعد على تسهيل عملية التنمية الاقتصادية لأنها تساهم في توسيع حجم التعاملات، وخلق فرص جديدة للنهوض بالإنتاج والاستثمار وتنويعه داخليا وخارجيا خاصة في الدول النامية، حيث يكون الهدف من هذا التركيز الاقتصادي هيكليا، من أجل تحقيق مكاسب تنموية لما يوفره من تسهيل لشبكة المواصلات والنقل وإلغاء لقيود حركة السلع والقيود الجمركية وغير الجمركية في ظل التجارة الدولية[4]، ولهذه التكتلات الاقتصادية أهمية كبيرة داخليا لأنها تساهم في توسيع هياكل الشركة وتنويع نشاطها الاقتصادي والتجاري وتحسين مردوديتها.

لا يوجد نص قانوني يمنع مثل هذا التركيز الاقتصادي في الجزائر خاصة بعد الاهتمام بهذه التكتلات في سنوات التسعينات بعد انتشار الظاهرة التي تتخذ عدة صور منها التجمع ذو المنفعة

[1] سيف ابراهيم المصاورة، تداول الاوراق المالية الحماية الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 271.

[2] محمد سعيد عبد العاطي، "جرائم البورصة"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص 98.

[3] نصت المادة 60 من القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة في فقرتها الأولى: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة قدرها 30.000 ويمكن رفع مبلغها حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه أو بإحدى هاتين العقوبتين".

[4] حسين عمر، التكامل الاقتصادي، ط 1، دار الفكر العربي، مصر 1998، ص 08.

الاقتصادية[1] الذي جاء به المرسوم التشريعي 93-08 المعدل والمتمم للقانون التجاري[2] حيث يأسس التجمع بين شخصين معنويين من أجل القيام بنشاط اقتصادي، ويتضح لنا من المادة 976 أن هدف التجمع هو تحسين الانتاج وتسهيل النشاط الاقتصادي، من هنا يظهر الطابع الاقتصادي لهذه التكتلات الى جانب طابعها التجاري[3].

لهذه التكتلات صور أخرى منها التجميع عن طريق الاندماج والانفصال، حيث تسمح هاتين العمليتين بإحداث شركات جديدة عندما يتم دمج شركتين أو انفصال شركات لإنشاء شركات جديدة، أو لتقديم أموال الشركة المنفصلة لشركة أخرى،[4] لعل اهم التكتلات يتمثل في التجمع ذو المنفعة الاقتصادية، ومجمع الشركات التجارية[5] .

نظم المشرع التجمع ذو المنفعة الاقتصادية في القانون التجاري من المادة 796 إلى المادة 799، حدد المشرع من خلالها أهداف التجمع وطريقة تأسيسه وسيره والتي تتميز من حيث التأسيس باجتماع شخصين معنويين على الأقل على أن تتبع نفس إجراءات التسجيل في السجل التجاري والشهر القانوني[6].

فلا يختلف التجمع في تأسيسه وسيره عن باقي الشركات التجارية، فمن حيث تسييره يمكن أن يعين شخص طبيعي أو أكثر أو شخص معنوي ويسأل المسير عن كل تصرفاته التي تتجاوز

[1] نصت المادة 796 من ق.ت: "يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويرها وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته".

[2] المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري، ج.ر عدد 27 ابريل 1993.

[3] أشار المشرع للطابع الاقتصادي الذي تتمتع به الشركة التجارية في المادة 416 من ق.م حيث تم حينها الاعتراف بوجود مصالح اقتصادية مشتركة، فسمح بموجب هذه المادة ضمنيا بوجود هذا النوع من التكتلات خاصة مع وجود الاندماج والانفصال.

[4] يؤدي الاندماج إلى زوال الشخصية المعنوية للشركات المندمجة والإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة الدامجة، ويؤدي الانفصال لظهور شركات جديدة لها شخصية جديدة لها شخصية معنوية، لمزيد من التفصيل انظر ص 172.

[5] هناك الكارتل وهو عبارة عن مجموعة من الشركات بشخصية معنوية تتحد من أجل خلق وضعية احتكارية على أن يحتفظ بشخصيته المعنوية، فأساس وجوده السيطرة على السوق، كما يضم شركات متساوية في المركز القانوني لا وجود للتبعية بينها. أما الترست يضم شركات تسيطر فيه الشركة القابضة ما يميزه أنه نظام تعاقدي هدفه القيام بنشاط معين في مدة زمنية محددة.

[6] المادة 799 مكرر من ق.ت.

موضوع التجمع على أن يلتزم هذا الأخير بكل تصرفات المسير التي تدخل في موضوع الشركة، كما لا يحتج بتحديد السلطات تجاه الغير[1].

غير أنه فيما يخص رأس مال التجمع فيمكن أن يؤسس بدون رأس مال[2]، فيفهم من هذا أن أعضاء التجمع ملزمون بتسديد الديون من أموالهم الخاصة، وهذا ما أكده المشرع في المادة 799 مكرر 1 من القانون التجاري عندما ألزم أعضاء التجمع بتسديد ديونه من ثروتهم الخاصة وبالتضامن، إلا إذا وجد اتفاق مخالف بين المتعاقدين الأعضاء على طرق أخرى للتسديد .

يجب على الدائن توجيه الإنذار للتجمع عن طريق وثيقة غير قضائية ثم الرجوع على أعضاء التجمع أو أحدهم نظرا لتمتع التجمع بالشخصية المعنوية، فيكون المشرع بذلك قد عامل أعضاء التجمع نفس معاملته للشركاء في شركة التضامن بجعلهم كفلاء متضامنين مع الشركة حيث يقع هنا التضامن بين التجمع وأعضائه تجاه الدائنين[3].

كما سمح المشرع بإصدار سندات استحقاق بموجب الشروط المتعلقة بإصدار هذه السندات في شركات الأموال[4]، ومع ذلك سكت المشرع عن بيان أساليب حماية هذه الطائفة من الدائنين لحقوقهم مثلما فعل في شركة المساهمة، وبالرغم من ذلك يمكننا أن نلمس حماية المشرع لدائني التجمع خاصة عندما قرر المسؤولية الشخصية والتضامنية لأعضائه.

لعل هذا ما جعلنا نسلط الضوء على حماية الغير في مجمع الشركات، حيث تناوله المشرع في نصوص قليلة مما تضاءلت معه حماية مصالح الغير خاصة في ظل عدم اكتساب المجمع الاقتصادي لشخصية معنوية، الى جانب السيطرة التي قد تمارسها الشركة الام على الشركات التابعة لها الامر الذي يؤدي لظهور مخاطر متنوعة تهدد مصالح الغير.

---

1 بالنسبة لموضوع التجمع حدده المشرع في المادة 796 ق.ت بأنه غرض اقتصادي فكل خروج عن هذا الغرض يعفي الشركة من مسؤوليتها عن أعمال ممثليها تجاه الغير.

2 المادة 799 من ق.ت.

3 يتضح من ذلك أنه يتم رجوع الدائنين من أجل المطالبة بحقوقهم بنفس الطرق المتبعة في شركة التضامن، على ألا يلتزم أعضاء التجمع إلا بالأعمال والتصرفات ذات الغرض الاقتصادي الذي حدده المشرع في المادة 796 من ق.ت.

4 المادة 799 مكرر 3 من ق.ت.

وعليه كان من المهم ان نقوم بالإشارة لآثار عدم الاستقلالية التامة للشخصية المعنوية للشركات الوليدة (فرع اول)، ثم تحديد مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة (فرع ثاني).

الفرع الأول: آثار عدم الاستقلالية التامة للشخصية المعنوية للشركات الوليدة.

لم يخص المشرع مجمع الشركات التجارية بتنظيم قانوني شامل[1]، بل تمت الإشارة له في نصوص متناثرة بين قانون تجاري وضريبي وقانون المنافسة حيث جاء في المادة 15 من قانون رقم 03-03 المتعلق بقانون المنافسة[2]، ان التجمع يتم عند اندماج مؤسستان أو أكثر تتمتع بالاستقلالية قبل اندماجها، ويحصل عندما يكون لشخص أو عدة أشخاص نفوذ على المؤسسة أو عند الحصول مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أو عن طريق أخذ أسهم أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة،، أو إنشاء مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة.

خص المشرع مجمع الشركات بنصوص لم يوضح المشرع فيها أسس هذا المجمع بل حدد فقط طريقة المساهمة ونسبة رأس المال وكيفية مراقبة الشركة القابضة على الشركات التابعة في المواد من 722 إلى 732 مكرر 4 من القانون التجاري، والتي لم يستعمل فيها المشرع أي مصطلح للدلالة على هذا التكتل الاقتصادي مع أنه استعمل مصطلح التجميع في المادة 15 من القانون رقم 03-03 المتعلق بقانون المنافسة[3].

---

[1] نص المشرع لأول مرة على مجمع الشركات الذي أنشأته الدولة بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 27سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ثم ألغيت هذه المجمعات بالأمر رقم 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في 20 أوت 2001، ج.ر عدد 47، 22اوت 2001، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08- 10 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر عدد 27، 28 ماي 2008.

[2] المادة 15 من قانون رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة.

[3] تنص المادة 15 من القانون رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر اذا: – اندمجت مؤسستان او اكثر كانت مستقلة من قبل
حصل شخص او عدة اشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، او حصلت مؤسسة او عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة او عدة مؤسسات او جزء منها بصفة مباشرة او غير مباشرة، عن طريق – اخذ اسهم في راس المال

يتضح لنا من خلال هذه المواد أنه خلافا للتجمع لا تتمتع مجموعة الشركات بشخصية معنوية إنما تضم عدة شركات متمتعة بشخصية معنوية على أن تمتلك الشركة الأم، أو كما أطلق عليها المشرع الشركة القابضة أغلبية الأسهم، حيث تقوم هذه المجموعة على أساس علاقات تبعية قائمة بين الشركة القابضة والشركات التابعة لها ماليا وإداريا وتكنولوجيا، فيكون للشركة الأم إمكانية الهيمنة الفعلية على مجموع الشركات التابعة وتوجيه مساراتها الاقتصادية[1].

إذ ليس للمجمع كيان قانوني أو شكل قانوني لعدم تمتعه بشخصية قانونية، فضلا عن عدم تحديد الشكل القانوني له وللشركات المكونة لهذا المجمع في القانون التجاري، ومع ذلك ورد تحديد هذا الشكل القانوني في المادة 138 مكرر من القانون الجبائي التي تنص على انه: " : "تجمع الشركات يعني كل كيان اقتصادي مكون من شركتين أو أكثر ذات أسهم مستقلة قانونا . ."[2] فأطلق على هذا التكتل تسمية المجمع، وحصرت المادة شكل الشركة سواء كانت التابعة أو القابضة في شركة المساهمة، يعني هذا أن النص يستثني بصفة صريحة جميع أشكال الشركات الأخرى سواء شركات الأشخاص أو الأموال مثل شركة التوصية بالأسهم[3].

لايزال الجدل قائما في فرنسا حول وضع تنظيم قانوني خاص بمجموعة الشركات[4] وذلك بسبب الهيمنة التي تفرضها الشركة القابضة على الشركات التابعة، وصعوبة الفصل بين الشخصية القانونية للشركة القابضة والشركات الأخرى، والذي اوجد مخاطرا كبيرة نظرا لأنه خلق مجال كبير لظهور صور كثيرة للتعسف وإساءة استعمال أموال الشركة وتعسف أغلبية المالكين للأسهم، حيث يلعب هذا النوع من التركيز الاقتصادي دورين متعارضين فمن جهة يوفر هذا المجمع مجال اقتصادي

او عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة او بموجب عقد او باي وسيلة أخرى، - أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة ".

[1] عدنان خير، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 412.

[2] المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المنشأ بموجب المادة 14 من قانون المالية رقم 97-01 المؤرخ في 31 اوت 1997 ج.ر عدد 58.

[3] رابح بن زارع، شروط تطبيق النظام الجبائي الخاص بمجمع الشركات في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عنابة، عدد 38، جوان 2014، ص 152.

[4] إن هذا النوع من التركيز الاقتصادي الذي تطور في أمريكا منذ نهاية القرن التاسع عشر لم تعرفه أوربا إلا في سنة 1960، كما لم ينظم المشرع الفرنسي مجموعة الشركات في نظام قانوني شامل بل نص عليه في القانون التجاري في المواد 233-1 إلى 233-15.

أوسع للشركات مما يحسن مردوديتها، لكنه يخلق مراكز قانونية مختلفة تتعارض مصالحها داخليا وخارجيا[1].

يؤدي هذا المجمع لنشوء كل أنواع التعسف في استعمال سلطة اتخاذ القرار رغم المزايا الاقتصادية التي يحققها، والتي لا يمكن للشركات التجارية الأخرى أن تحققها بمفردها، الا ان هيمنة الشركة القابضة هو سبب تردد المشرع حول مسالة تخصيص تنظيم قانوني شامل لهذه المجمعات فمثلما يؤدي نجاحها للازدهار الاقتصادي يؤدي فشلها لتراجعه[2].

ورغم استقلالية الشخصية المعنوية للشركات التابعة إلا أن سيطرة الشركة القابضة قد تؤدي للتعسف في استعمال الشخصية القانونية للشركة التابعة، مما يؤدي لإخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها تجاه الغير فتقوم مسؤولية الشركة القابضة، بالإضافة لقيام مسؤوليتها في حالة وجود شركة تابعة وهمية عند اختلاط الذمم أو انعدام الوجود الحقيقي للشركة التابعة لان سيطرة الشركة القابضة تؤدي الى وجود شركة صورية، وتتعدد عندئذ أوجه الخطورة تجاه الغير حسن النية لذلك يتوجب تحديد معالم مسؤولية كل من الشركة الأم والشركة الوليدة[3].

تمثل حماية دائني الشركات المنتمية لتجمع الشركات هاجسا في كل دول العالم بسبب عدم الاستقلالية التامة للشركة التابعة عن الشركة القابضة وعن باقي الشركات الوليدة، كما يؤدي الإقرار بمبدأ الاستقلال القانوني للشركات المنتمية للتجمع إلى استقلالية الذمة المالية، أي أن تعامل الغير مع إحداها لا يرتب أي التزام على الذمة المالية لباقي الشركات[4]، لكن خرق الشخصية المعنوية للشركة التابعة يشكل خطورة على حقوق الغير في ظل غياب الحماية اللازمة للدائنين في القانون التجاري رغم أهمية هذا النوع من التكتلات الاقتصادية خاصة بعد انتشار هذه الظاهرة.

---

1 تضم المجموعة مصالح مختلفة أهمها مصلحة المساهمين أصحاب الأغلبية، والأقلية والمسيرين والعمال وكل الأطراف الخارجية المتمثلين في دائني المجموعة وزبائن وموردين...

2 Y. Guyon, op.cit., p 627.

3 تختلف الشركة الوليدة عن الشركة أو المنشأة الفرعية حيث أن للشركة الوليدة شخصيتها القانونية المستقلة، أما الشركة الفرعية فهي تابعة كليا فتعود ملكيتها وإدارتها للشركة الأصلية التي أنشأتها لتعمل باسمها ولحسابها ودون أن يكون لها ذمة مالية أو شخصية قانونية مستقلة.

4 أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، ط 3 ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 496.

أ- مدى استقلالية الشخصية القانونية للشركات التابعة:

ليس للشركة القابضة كيان قانوني فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية بينما تخضع الشركات المنتمية للمجموعة لنفس الأساس التعاقدي لشركات، فيكون لها الإرادة المستقلة النابعة من شخصيتها المعنوية التي تجعلها تستقل بذمتها المالية لكن الأسس التي يقوم عليها المجمع والمتمثلة في الاستقلالية القانونية للشركات التابعة من جهة، وتبعيتها للشركة القابضة من جهة أخرى يجعلها تواجه تعارضا بين طبيعتها القانونية والاقتصادية [1] التي تخضعها لهيمنة الشركة الأم، والتي يكرسها المشرع في النصوص التي تجعل الشركات القابضة تمتلك معظم رأس المال وحق مراقبة الشركة التابعة وحق امتلاك أغلبية الأصوات حيث تعتبر الشركة مالكة لحق الرقابة بعد امتلاكها جزء يتعدى40% من حقوق التصويت سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة[2].

لذلك فإن الاستقلال القانوني للشركة التابعة هو استقلال في النصوص فقط نظرا لسيطرة الشركة القابضة عليها، خاصة أن المشرع لم يحدد مفهوم هذه التبعية القانونية وأساسها، وما يترتب عليها من آثار قانونية بالنسبة لكل الأطراف ،حيث أصبحت تلك التبعية عبارة عن مجموعة مصالح وعلاقات قانونية قائمة على أساس المشاركة في إدارة الشركة والرقابة على الشركة التابعة، والتي نشأت منذ تأسيس المجمع مهما كانت طبيعة العلاقة التي تولد السيطرة والرقابة سواء كانت هيكلية أو تعاقدية [3]، اذ يحكم العلاقة القائمة بين الشركة القابضة والشركات التابعة قانون العقود الذي يمنح للأعضاء الحرية التعاقدية ويسمح لهم بإبرام العقود والاتفاق على مختلف الشروط[4].

ترتكز تبعية الشركات التابعة للشركة القابضة على حق الأغلبية الذي تتمتع به الشركة القابضة في الجمعية العامة وبصفة خاصة عند اتخاذ قرار يمس بمصلحتها، وهذا لا يعني عدم إمكانية الشركة

[1] F. Hmoda, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés , op.cit,p 308.

[2] المادة 731 من ق.ت.

[3] رسول شاكر محمود، النظام القانوني للشركة القابضة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2012، ص 33.

[4] PH, Merles, op.cit, p 824.

التابعة وضع سياسات إدارية وانتاجية بما يتفق مع مصلحتها، ولا يتعارض مع مصلحة الشركة القابضة[1].

أثارت فكرة الاستقلال القانوني للشركات المنتمية للمجمع جدلا كبيرا منذ ظهور مجموعات الشركات نظرا لوجود نوع من التناقض بين الاستقلال القانوني لشركات المجمع والحقيقة الاقتصادية المتمثلة في تركيز القرار من أجل تحقيق المصلحة المشتركة، ورغم ذلك فإن الأخذ بضرورة استقلالية الشخصية المعنوية للشركة التابعة اقتصاديا للشركة القابضة قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تملص هذه الأخيرة من تحمل العديد من تبعات الأضرار التي تتسبب فيها الشركات التابعة للغير والتي تقوم بها هذه الأخيرة تنفيذا لقرارات الشركة القابضة[2]. .

ب- نتائج استقلالية الشخصية المعنوية لشركات المجمع:

اعترف المشرع لأعضاء المجمع بكل نتائج اكتسابها للشخصية المعنوية[3] ولكن استئثار الشركة القابضة بسلطة الرقابة والتوجيه للشركات التابعة لا يكفي ليجعل الشركات التابعة تفقد شخصيتها المعنوية، لكنه يسمح في المقابل أن يقع تعسف في استعمال هذه الشخصية المعنوية عندما تختلط الذمم المالية تنصهر الوحدات الاقتصادية وتظهر أمام الغير كشخص قانوني واحد[4]، وذلك رغم تمتع الشركة القابضة بشخصية معنوية مستقلة، وهذا ما ورد في نصوص القانون التجاري التي سمح من خلالها المشرع لهذه الشركة أن تمتلك ذمة مالية و حقوق لا يمكنها اكتسابها دون شخصية معنوية وقيد في السجل التجاري[5].

---

1 محمد السيد سرايا، محاسبة الشركات، أشخاص أموال وشركات قابضة، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2000، ص 580.

2 هارون أوروان، النظام القانوني لمجمع الشركات، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، سنة 2015-2016، ص 108.

3 تكتسب الشركات التابعة شخصيته معنوية فيترتب عن ذلك تمتعها بأهلية للقيام بالتصرفات القانونية باسمها ولحسابها مما يجعل لكل الشركات المكونة للمجمع عملاؤها ودائنوها ولو تدخلت شركة أخرى في تنفيذ العقود بحسب الاتفاق بين الشركتين، لا يمكن للشركة القابضة أن تتعاقد باسم شركاتها التابعة التي تتخذ اسمها التجاري الخاص بها ومع ذلك فإنه غالبا تتخذ هذه الأخيرة اسم الشركة القابضة أما موطنها وجنسيتها فتخضع للأحكام المتعلقة بباقي الشركات التجارية.

4 هارون أوروان، المرجع السابق، ص 110.

5 رابح بن زارع، المرجع السابق، ص 253.

لعل أهم النتائج المترتبة على تبوث الشخصية المعنوية للشركات المنتمية للمجمع هو استقلالية الذمة المالية التي تتكون من أصول وخصوم الشركة، إذ يختلف رأس مال الشركة التجارية عن ذمتها المالية التي تمثل كل ما تملكه الشركة أي موجوداتها وكل ما عليها من التزامات تجاه الغير[1]، فيترتب على هذه الاستقلالية انتقال المساهمات المالية التي تقدمها الشركة القابضة للشركات التابعة باعتبارها مساهما فيها فتصبح ملكا لهذه الأخيرة، ويبقى للشركة القابضة الحق في الحصول على الأرباح واقتسام أموال الشركة مع باقي الشركاء عند التصفية.

كما ينتج عن هذه الاستقلالية أن تلتزم كل شركة تجاه دائنيها، فلا يجوز لدائني الشركة التابعة الرجوع على الشركة القابضة أو شركة أخرى ضمن المجمع، كما أن دائني الشركة القابضة لا يمكنهم الرجوع على باقي الشركات فأموال كل شركة تعتبر الضمان العام للوفاء بديونها تجاه الغير[2].

يختلف الأمر تماما عندما تكون الشركة التابعة تتخذ شكل شركة أشخاص[3] أين تكون مسؤولية الشريك شخصية وتضامنية وغير محدودة فتسأل الشركة القابضة حينها عن ديون الشركة التابعة، وتكون ضامنة للوفاء بها لكن بصفتها كفيل متضامن وليس مدينا متضامنا، ولا يمكنها الدفع بالتقسيم لأنها ملتزمة وبما أنها ليس مدين متضامن فعلى الدائنين الرجوع على الشركة التابعة، وفي حالة عدم وفائها بالدين حينها يمكن لهم ممارسة حق الرجوع على الشركة القابضة.

إن غموض أساس العلاقة التبعية بين الشركة التابعة والشركة القابضة وخضوعها لها يمكن أن يبرر استفادة الشركة التابعة من حماية الشركة القابضة عن طريق تقنية قانونية والمتمثلة في الحرية التعاقدية، التي تمكن الشركة القابضة أن تضمن الوفاء بديون الشركة التابعة بغرض تطوير العلاقات التجارية وحماية الغير وتحقيق الهدف الاقتصادي المشترك[4].

1 للاطلاع على المزيد حول هذه التفرقة أنظر أعلاه ص 157.

2 هارون أوروان، المرجع السابق، ص 117.

3 لم يحدد المشرع في القانون التجاري الشكل القانوني للشركات المكونة للمجمع هذا يعني أنه لا مانع من أن تكون شركة أشخاص عضوا في المجمع لكنها حالة نادرة جدا لنظرا لعدم توافق خصائص هذه الشركات مع الطبيعة الاقتصادية للمجمع خاصة بعد أن أشار المشرع في القانون الضريبي المنشأ بموجب قانون المالية 1997 لشكل شركات المجمع بأنها شركات ذات أسهم.

4 C. Champaud, D. Danet, Stratégie judiciaire des entreprises , Dalloz, France, 2006, p 46.

لا يجوز إجراء مقاصة بين ديون الشركة التابعة وديون الشركة القابضة، فعندما يكون الغير مدينا للشركة التابعة ودائنا للشركة القابضة فلا يجوز له الدفع في مواجهة الشركة التابعة بانقضاء الدين على أساس أنه دائن للشركة القابضة نظرا لاستقلالية الشخصية المعنوية، ومع ذلك يمكن للدائن أن يطلب إجراء هذه المقاصة عند إثباته صورية الشركة واتباثه بأنه لم يواجه إلا شخصا معنويا واحدا وهو الشركة التي تعامل معها ولم يظهر له سواها، أو عندما يتمكن الدائن من اتباث الخلط بين ذمة الشركة التابعة والشركة القابضة[1]، هنا يثور التساؤل حول حالات الصورية وحالات اثارة مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة.

الفرع الثاني: مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة.

تظهر الشخصية المعنوية للشركات المنتمية للمجمع التجاري مستقلة تماما عن بعضها، لكن تحقق نتائج الاستقلالية لا يمكن أن تظهر بصورة كاملة في ظل هيمنة الشركة القابضة، هذا ما يجعل هذه الأخيرة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة عندما تستغل الشخصية المعنوية لهذه الأخيرة وعند المساس باستقلاليتها وبشفافية الشخصية المعنوية تجاه الغير:

أ- الخلط بين ذمة الشركة القابضة والذمة المالية للشركة التابعة:

يقع هذا الخلط عندما تؤدي السيطرة إلى المساس باستقلالية الشخصية المعنوية للشركة التابعة بشكل يجعل تحديد مقدار حقوق وديون كل من الشركتين أمر صعب حصوله[2]، والذي تسببه السيطرة الكاملة للشركة القابضة على مجمع الشركات بأكمله ماليا واقتصاديا لتحقيق الهدف الذي تحدده الشركة القابضة ضمن استراتيجية معينة[3]، حيث تقوم الشركة القابضة بالتصرف في أموال

[1] Cass. Com, 9/5/1995, RJDA 11/95, n°1262, F. Lefevbre, Groupes de sociétés ,juridique fiscal, social, Momento pratiques, 2006,page 175..

[2] هارون أوروان، المرجع السابق، ص 131.

[3] F. Hmoda, op.cit, p 312.

أعضائها كأنها وحدة لا تتجزأ مما يؤدي لوقوع خلط بين الذمم، الأمر الذي يشكل خطورة على دائني الشركة التابعة خاصة أن ضمانهم العام لا يشمل إلا أموال هذا الأخيرة[1].

إن تقدير مسألة الخلط بين الذمم ترجع لقاضي الموضوع كما يمكن للدائن اثباتها بكل طرق ووسائل الاثبات على أن يقرر القاضي وجود هذا الخلط بناء على وقائع مادية مؤكدة[2]،فيقرر عندئذ القاضي مسؤولية مجمع الشركات ككل أو مسؤولية الشركة القابضة، عندما يثبت للقاضي وقوع خلط بين ذمتها المالية وذمة احدى الشركات التابعة نظرا لفرضها لنظام رقابي يجعلها تهيمن لدرجة وقوع الخلط بين الذمم.

أما عن المسؤولية عن ديون الغير في حالة وجود هذا الانصهار بين هذه الوحدات المكونة للمجمع وظهورها تجاه الدائنين كوحدة وكيان واحد، فإنها مسؤولية مشتركة وتضامنية تطبيقا لقاعدة التضامن التجاري المفترض، نظرا لتمتع كل من الشركة القابضة والشركة التابعة بشخصية معنوية.

قررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة تجاه الغير، عند قيامها بالتدخل في العلاقات التجارية للشركة التابعة، خاصة عند احتواء الشركتين على نفس الشركاء[3].

يظهر هذا الخلط بين الذمم في صور مختلفة فقد تستعمل احدى الشركات أموال شركة أخرى من أجل الحصول على سلع أو خدمات لمصلحتها أو لفائدة شركة أخرى، كما قد يظهر هذا الخلط عندما تتعهد إحدى الشركات بدفع ديون شركة أخرى مما يؤدي للخلط بين الذمم بشكل يصعب معه الفصل بينها[4].

---

[1] قد يظهر ان هذا الخلط بين الذمم مفيدا للدائنين لأنه يضاعف ضمانهم العام ، نظرا لأنه يؤدي لتجميع أموال المجمع من أجل تسديد الديون.

[2] هارون أوروان، المرجع السابق، ص 132.

[3] Cass. Com, 2/05/1978, Gazpal 1978, p 291, F .Lefevbre, « Groupes de societeè », op, cit, p 175.

[4] M. Manoubi, La notion d'abus dans le groupe de sociétés, mémoire master en droit des affaires , université Tunis EL MANAR, Faculté de droit et de science politique, Tunisie, 2004-2005, p 33.

يظهر الخلط كذلك عندما تختلط حسابات الشركة بشكل يصعب معه الفصل بينهما حتى في حالة الاستعانة بخبير متخصص في مجال المحاسبة، حيث يكون الخلط غير عادي ناتج عن وجود حسابات مشتركة، ولا يكون الأمر يتعلق فقط بوجود حسابات غير منتظمة بل يجب ان تكون مشتركة، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية[1].

كما أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لحالة التدفق المالي غير العادي والعلاقات المالية غير العادية[2]، من بين هذه العلاقات غير العادية قيام الشركة بالتنازل عن حقوقها تجاه مدينيها، ابرام عقود ايجار دون الحصول على مقابل، لذلك فإنه على القاضي أن يكيف حالة الخلط بناء على وقائع مادية، فمجرد التكامل الاقتصادي بين الشركات أو الاشتراك في النشاطات التجارية لا يكفي لتقرير وجود حالة الخلط، فيجب أن يصل هذا الخلط بين الذمم لدرجة يستحيل معها التمييز والفصل بين الذمتين الماليتين[3].

كما أضافت محكمة النقض الفرنسية معيارا آخرا لتحديد حالة الخلط والمتمثل في القرائن الداخلية والقرائن الخارجية، حيث تعتمد هذه القرائن على نظرية الظاهر، فبالنسبة القرائن الداخلية فأشارت محكمة النقض لحالة وجود مسير مشترك وجود متعاملين مشتركين بين الشركتين،[4] أما القرائن الخارجية فتعتمد على اعتقاد الغير بأنه يتعامل مع كيان قانوني واحد حيث تظهر له الشركة بأنها تتعامل عن طريق فرع لها وليس شركة منتمية لمجمع تجاري[5].

كما قد تفسر حالة الخلط بمعيار الصورية لذلك يجب توضيح حالة الوهمية والصورية التي تجعل الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة، على غرار حالة الخلط بين الذمم حيث تعتبر الصورية أعلى درجة ممكنة من الخلط الذي قد يقع بين الشركتين.

[1] Cass. Com, 14 mai 1996 n°94-17, 297, cité par F.Homda, op.cit, p 319.
[2] Cass. Com, 07 décembre 2004, n°03/12/04.030, cité par F.Hamoda, op.cit, p 320.
[3] F. Hamoda, op.cit, p 322.
[4] Cass. Com, 11/5/1993, D, 1993p 195, cité par M. Manoubi, op.cit, p 34.
[5] Cass. Com, 18/1/1986 n°85-13.591, D.1987, som, p 73, cité par, M. Manoubi, op.cit, p 33.

ب- صورية الشركة التابعة:

تعتبر الصورية كثيرة الوقوع في مجموعة الشركات في حالة وجود شركات تابعة وهمية من أجل إخفاء الشركة القابضة التي تسلب بهيمنتها كل استقلالية الشركات التابعة[1]، تعتبر الصورية وفق مفهومها التقليدي شيء ظاهر غير حقيقي يخفي تصرف حقيقي يلجئ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه، ومن هنا يوجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي.

لهذه الصورية قسمان صورية مطلقة عندما يكون العقد الظاهر لا وجود له في الواقع حيث لا يتضمن التصرف المستتر أي عقد آخر حقيقي، وصورية نسبية عندما يخفي العقد الظاهر عقدا خفيا مغايرا له كليا من حيث طبيعة التصرف أو أركان العقد أو شروطه الأساسية كأطراف التصرف مثلا[2].

أما الصورية في الشركات التجارية فهي كذلك تنقسم لنوعين تتحقق الصورة الأولى عند انعدام أحد أهم العناصر الأساسية لوجود الشركة التجارية، والمتمثلة خاصة في وجود إرادة حقيقية لإنشاء شركة من خلال نية الاشتراك من أجل تحقيق الغرض من المشروع المشترك، ففي حالة غياب أحد هذه العناصر تظهر الشركة صورية، أما النوع الثاني لصورية الشركة التجارية يتمثل في حالتي البطلان والغش والتحايل حيث تكون الشركة موجودة تتعامل مع الغير لكنها باطلة غير منتظمة أو قائمة على أساس الغش والتدليس[3].

إن مفهوم صورية الشركة التجارية صعب تحديده لكنه يتعلق بالدرجة الأولى باعتقاد الغير بوجود شركة حقيقية قانونية لكنها في الحقيقة لا توجد إلا ظاهريا .

---

1 عندما تكون السيطرة مالية على ميزانية الشركة التابعة وسيطرة إدارية عندما تكون الشركة القابضة مركز اتخاذ القرارات تحقيقا لمصلحتها وسيطرة تكنولوجية، عندما تحتكر الشركة القابضة مجموعة من المهارات الإنتاجية أو الخدماتية والفنية والإدارية فيترتب عن السيطرة خرق للشخصية المعنوية للشركة التابعة.

2 حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، رسالة دكتوراه، المرجع السابق ، ص 242.

3 Le Lamy des sociétés commerciales, op.cit n°474.

أما في مجمع الشركات التجارية فتقع هذه الصورية عندما تقوم الشركة القابضة بإنشاء شركة تابعة بغرض الإلقاء بالتزامها ومسؤوليتها على شركة وهمية، أو بغرض إخفاء تصرفات تنطوي على الغش والتحايل[1] أو بغرض تكوين غطاء لتحقيق مصالح اقتصادية، هذا يجعل الغير يعتقد أن نشاطات الشركة هي نشاطات حقيقية وأنه للشركة التابعة ذمة مالية فيتم خلق ائتمان وهمي.

كما تقع الصورية في مجموعة الشركات عندما تقوم الشركة القابضة بإنشاء فرع لها وتظهره كأنه شركة تابعة لخلق ذمة مالية وهمية، فتهدف الصورية هنا لإخفاء الشركة المسيطرة لهدف تدليسي بغرض إخفاء الأموال وهي الضمان العام للدائنين، واخفاء الأرباح بغرض التهرب الضريبي إلى جانب الخلط بين الذمم المالية والأعمال والنشاطات الاقتصادية، والتجارية لدرجة جعل الشركة مجرد واجهة فتنتفي نية المشاركة أو يتم خرق الشخصية المعنوية للشركة التابعة مما يؤدي لخرق الشفافية[2].

لا يكفي لتقرير صورية الشركة التابعة امتلاك الشركة القابضة لمعظم أسهم الشركات الأخرى أو وجود نشاطات تجارية مشتركة ومتكاملة، أو امتلاك شركتين لنفس المسير القانوني [3]، كما ان علاقة الشركة القابضة بصفتها متعاقدة مع الشركات المكونة للمجمع لا يجعلها مسؤولة عن التزامات الشركات التابعة تجاه الغير.

من أجل ضبط الالتزامات تجاه الدائنين يجب أن توضع حدود واضحة ودقيقة لمسؤولية كل من الشركات التابعة والشركة القابضة[4] ،وتجنب هذه الأخيرة القيام بتصرفات تؤمن مصالحها الخاصة على حساب مصلحة المجمع، حيث يجب أن يتم التوفيق بين المصالح كلها باعتبارها متكاملة لأن الهدف الاقتصادي مشترك[5]، خاصة أن تناقض المصالح يشكل خطورة كبيرة على دائني المجمع.

[1] M. Manoubi, op.cit, p 29.

[2] حسن محمد هند، المرجع السابق، ص 250.

[3] Le lamy des sociétés commerciales, op.cit, n°483.

[4] F. Hmoda, op.cit, p 308.

[5] وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 639.

ان ظهور تناقض وتعارض بين مصالح الشركة القابضة والشركات التابعة يؤدي الى التضحية بكل المصالح بما فيها مصلحة الدائنين في سبيل تحقيق مصلحة المجمع[1]، لدلك فلا يجب أن يكون للرقابة التي تمارسها الشركة القابضة أي تأثير على مصلحة واستقلالية الشركات المكونة لها[2].

اعتمدت محكمة النقض الفرنسية من أجل تحديد الصورية على مجموعة من الوقائع التي تدل على وهمية الشركة التابعة من بينها استعمال اسم مستعار، طريقة تسيير الشركتين وشخصية الشركاء هي أهم المعايير التي تؤكد وجود سيطرة مالية وإدارية من الشركة القابضة على الشركات الأخرى[3].

لم تعتبر محكمة النقض الفرنسية الشركة التابعة وهمية عندما يكون لها نشاطها الخاص بها وعملاؤها حتى ولو سيرت من طرف مسير مشترك بين عدة شركات منتمية للمجمع، طالما لم يصدر من المسير أي تصرف يظهره تجاه الغير أنه يسير لحساب شركة أخرى[4]، واعتبرت محكمة استئناف باريس الشركة التابعة شركة وهمية عندما تكون مكونة من شركاء ومسيري وعمال شركة أخرى أو الشركة القابضة[5].وعليه تعتبر الصورية أهم عنصر يساعد القاضي لتقريره قيام مسؤولية الشركة القابضة.

ج- السيطرة الإدارية للشركة القابضة:

تسيطر الشركة القابضة إداريا عندما تكون مركزا للقرار فيعود القرار الرئيسي لها باعتبارها مديرا في الشركة التابعة، او تسيطر قانونيا وواقعيا بعن طريق المشاركة في رأس المال أو عن طريق عقود السيطرة[6]، فتتخذ القرارات تحت إدارة مركزية، مع أن الأصل في أحكام تسييرها أن تنفصل

[1] F. Hmoda, op.cit, p 309.

[2] لم ينص المشرع على مصلحة المجمع مثلما فعل بالنسبة لباقي الشركات التجارية، وفي المقابل أشار لمصلحة الشركة التابعة في حالة امتلاك الشركة القابضة لأغلبية الأسهم والأصوات بالاتفاق مع باقي الشركاء في المادة 731 من ق.ت.

[3] M. Manoubi, op.cit, p 30.

[4] Cass. Com, 7 Juin 1994, n°92-14.825, 1994, le Lamy des sociétés commerciales, op.cit, n°483.

[5] CA Paris 3eme ch,13,26/02/1981, le Lamy des sociétés commerciales, op.cit, n°484.

[6] هارون أوروان، المرجع السابق، ص 136.

إدارة الشركة القابضة عن إدارة شركاتها التابعة، ومع ذلك تتخذ القرارات الاستراتيجية التي تحدد الاتجاهات العامة للشركة وأهدافها وكيفية أداؤها من طرف الشركة القابضة، من أمثلة هذه القرارات التسويق، والتشغيل والتمويل وسياسات الاستثمار والائتمان وضع الخطة الإنتاجية للشركات التابعة حيث تنفرد بهذه القرارات[1].

لا تعتبر ملكية الشركة القابضة لغالبية حصص وأسهم الشركة التابعة مؤشرا كافيا لممارسة الشركة القابضة للسيطرة الإدارية، إلا قامت بالتأثير على قرارات الشركة التابعة ووضع سياستها وتوجيه عملياتها أو اختيار أعضاء مجلس إدارتها[2].

من هنا تظهر لنا إمكانية تطبيق فكرة التسيير الفعلي على الشركة القابضة حيث تتوفر في السيطرة التي تمارسها وتدخلها في أعمال الشركة التابعة كل شروط تطبيق نظرية التسيير الفعلي[3]،ففي حالة ظهور الشركة القابضة للغير بأنها المسير القانوني للشركة التابعة وقيامها بأعمال التسيير داخل الشركة وتجاه الغير يمكن اعتبارها مسيرا فعليا، ولا يكفي امتلاكها لأغلبية رأس المال وأغلبية الأصوات من أجل قيام مسؤوليتها باعتبارها مسيرا فعليا فيجب أن يكون هناك تدخل فعلي في إدارة الشركة التابعة[4].

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الشركة القابضة مسيرا فعليا في شركتها التابعة بعد قيامها بالسيطرة على قرارات هذه الأخيرة، وقيامها بتعيين المستخدمين والمحاسبين والمسيرين، وبعد ان تعاملت باسمها مع الزبائن والبنوك[5]، إذ يعتبر من أوجه الرقابة التي تمارسها الشركة القابضة استئثارها بحق تعيين أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة، وذلك بإدراج هذا الحق كبند في العقد التأسيسي للشركة التابعة، وتتحقق هذه الحالة غالبا عندما تكون الشركة القابضة أحد مسيري الشركة التابعة

[1] حسن محمد هند، المرجع السابق، ص 394.
[2] محمد السيد سرايا، المرجع السابق، ص 487.
[3] C. Champaud, D. Danet, op.cit, p 47.
[4] F. Hmoda, op.cit, p 400.
[5] Cass. Com, 28/01/1997 n° 195 D, F.Lefevre, « Dirigeant de société commerciales, op.cit, p 840.

فتكون السيطرة قانونية او واقعية[1]، أما مسؤولية المسيرين في كل من الشركة القابضة والشركة التابعة فتخضع للأحكام الخاصة بشكل الشركة في القانون التجاري والتي تكون غالبا أحكام تسيير شركة المساهمة نظرا للطبيعة القانونية والاقتصادية لشركات المجمع[2].

د- قيام مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة:

تقوم هذه المسؤولية في كل الحالات المذكورة خاصة حالة خلط الذمم المالية ففي حالة وجود خلط تام تكون هناك ذمة مالية واحدة، فتتحقق حالة وحدة كتلة الدائنين فيتعذر حينها تطبيق هذا الخلط عند تسديد الديون لأنه يؤدي للتزاحم بين الدائنين، مما يقلل فرص الوفاء لهم جميعا كما تظهر خطورة أخرى على حقوق الغير عندما تحتج الشركة القابضة باستقلالية شخصيتها المعنوية من أجل التخلص من التزاماتها تجاه الغير[3].

لكن في حالة تبوث صورة من الصور السابقة الخاصة بالخلط بين الذمم وتبوث حالة صورية الشركة التابعة، وقيام الشركة القابضة بالسيطرة على قرارات الشركة التابعة، تكون حينها هذه القرارات محددة لمسؤولية الشركة القابضة فتقوم مسؤوليتها في كل هذه الحالات التي تمثل تعسف باستعمال الشخصية المعنوية للشركة التابعة، فتلتزم الشركة القابضة بدفع التعويض للغير عما لحق من خسارة نتيجة سيطرتها على الشركة التابعة[4].

دون الاخلال بقيام المسؤولية التضامنية بين الشركة القابضة والشركة التابعة، حيث يمنح هذا التضامن للغير بالرجوع على إحدى الشركتين القابضة أو التابعة خاصة عند تدخل الشركة القابضة بفرض هيمنتها على الشركات التابعة عند كل صفقة يتم عقدها مع الغير، لم يقر المشرع التضامن لهذه الشركات مثلما فعل لأعضاء التجمع ذو المنفعة الاقتصادية أين ألزم الأعضاء كلهم بتسديد

1 هارون أوروان، المرجع السابق، ص 135.
2 لمزيد من التفصيل حول مسؤولية المسير تجاه الغير أنظر أعلاه ص 260.
3 هارون أوروان، المرجع السابق، ص 138.
4 محمد حسن هند، المرجع السابق،395.

الديون من أموالهم الخاصة وبالتضامن[1]، ومع ذلك ممكن ان تخضع الشركتين لمسؤولية تضامنية مفترضة تطبيقا لقاعدة التضامن التجاري المفترض.

في المقابل هناك الكثير من القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي تلزم الأعضاء المكونة للمجمع بالمسؤولية التضامنية، التي تمنح للدائن حق الرجوع على إحدى الشركات المنتمية للمجمع المطالبة بتسديد الدين اعتمادا على نظرية الظاهر كأساس لهذا الالتزام، وذلك عند ظهور الشركة المتدخلة والشركة التي أبرمت الاتفاق مع الغير بمظهر كيان منفرد تجاه الغير، واشترط القضاء الفرنسي من أجل اخضاع الشركات لهذا التضامن ارتكاب الشركة التي غالبا تكون الشركة القابضة لتجاوزات تبعث الاعتقاد لدى الغير بأنها مسؤولة عن تلك التعهدات[2].

إن قيام الشركة القابضة بالسيطرة على الشركات التابعة لا يجعلها مسؤولة في كل الاحوال عن تعهدات هذه الأخيرة تجاه الغير[3].

قررت محكمة النقض الفرنسية أن تبعية الشركة القابضة ولو كانت تبعية تامة فإنها لا تلغي فكرة استقلالية كل شركة في المجمع بشخصيتها المعنوية، كما أن هذا لا يعني منع رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة بالحصول على إذن من المجلس من أجل ضمان التعهدات التي أبرمتها الشكة التابعة، والتي لم تلتزم بتسديدها لدائنيها، خاصة في ظل عدم وجود نص يمنع حضور رئيس مجلس إدارة الشركة التابعة واستعمال الشركتين لنفس الاسم التجاري تجاه الغير[4].

وعليه فإنه لا مسؤولية على أعضاء المجمع إلا في حالة الهيمنة التامة للشركة خاصة الشركة القابضة على الشركة التابعة وقيامها بفرض رقابة مطلقة عليها والتدخل في كل صفقاتها[5].

اما عندما تكون الشركة الام عضوا في مجلس إدارة الشركة التابعة بعد تحقق الشروط القانونية للعضوية[6] فإنها تخضع لنفس الأركان الخاصة بقيام دعوى مسؤولية المسير الشخص الطبيعي عن

[1] المادة 799 مكرر من ق.ت.
[2] Groupe de sociétés, F. Lefebre, Memento pratique, France 2012, P175.
[3] Cass 24/04/1994 R.D.A, 8/09/1994, n°930, F. Lefebvre, op.cit, P175
[4] Cass. Com 24/04/1987, Ball civ n° 102, Lefebvre, op.cit, P176.
[5] Cass. Civ, 13/12/1967 : D 1968 P337, Lefebvre, op.cit P175.
[6] المادة 731 من ق.ت.

الأخطاء التي تقع اثناء تسيير الشركة التجارية، الى جانب دعوى تكملة الديون بعد عجز الشركة عن تسديد ديونها[1].

[1] لمزيد من التفصيل حول دعوى تكملة الديون انظر ادناه ص 430.

الفصل الثاني: آثار انقضاء الشركة التجارية، وتصفيتها على حقوق الغير المتعامل معها.

الشركة التجارية شخص معنوي يؤسسه الشركاء بغرض تحقيق أهداف اقتصادية واقتسام نتائج المشروع وتحقيق الغرض الذي نشأت من أجله الشركة، وعندما تنتهي حياتها تنحل عندما يحل أجل زوالها أو عند توقفها عن الدفع وإفلاسها مما يستلزم تصفية أموالها، وفي كل هذه المراحل تنشأ آثار مهمة حيث تتغير المراكز القانونية في الشركة الامر الذي يؤثر على حقوق الغير هذه الحقوق التي تختلف باختلاف كل مرحلة.

تدخل المشرع لتقوية ضمان الدائنين وحماية حقوقهم عن طريق اليات قانونية مهمة عند زوال الشركة، ومنذ أول مراحل حلها، وفي مرحلة إفتاح إجراءات إفلاسها وتصفيتها من خلال مجموعة من الإجراءات التي تهدف لتيسير عملية استيفاء الحقوق نظرا للصعوبات التي يواجها الدائنين في الحصول على حقوقهم في مواجهة شركة منتهية أو عند تعرض الشركة لصعوبات مالية واقتصادية، فإن ضمانات الوفاء للدائن تعزز لديه الثقة في الشركة وتؤدي لتقوية ائتمانها.

فإن دراسة حقوق دائني الشركة المنحلة يقتضي التعرض لوضعيتهم عند انحلال الشركة مباشرة وفي الفترة الممتدة بين إشهار الانقضاء لغاية ختم أعمال التصفية، والإشارة للوسائل والإجراءات الوقائية التي تنقد الشركة من الانقضاء، وإجراءات أخرى وقائية لحماية الغير والشركة نفسها بعد توقفها عن الدفع او لتمكينها من مواصلة نشاطها أو التمتع بإجراء التسوية القضائية رغم توقفها عن دفع ديونها[1].

[1] F.Lefvebre ,op , cit, p 621.

إلى جانب الوسائل الوقائية لضمان حقوق الغير بعد شهر إفلاس الشركة، ثم الإجراءات الخاصة بافتتاح التصفية القضائية وحقوق الدائنين اثناء مراحل تسديد الديون[1]، هذا ما سندرسه في هذا الفصل من خلال الإشارة لضمانات حماية الغير عند ظهور سبب لحل الشركة التجارية، واثناء الإفلاس والتسوية القضائية (المبحث الأول)، ثم نتطرق لضمانات حماية حقوق الدائنين أثناء تصفية الشركة التجارية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: حماية حقوق الغير عند ظهور سبب لحل الشركة التجارية وأثناء الإفلاس والتسوية القضائية.

إن لحماية دائني الشركة المنحلة أهمية كبيرة، لذلك أحاط المشرع الدائنين باهتمام كبير على غرار الاهتمام الذي لقيه الغير أثناء تكوين الشركة وممارستها لنشاطاتها، وذلك منذ ظهور سبب حل الشركة خاصة في حالة وجود نزاعات بين الشركاء، كما وفر المشرع للدائنين ضمانات في حالة تعرض الشركة لعصوبات مالية تؤدي لانقراضها، والمقصود بالصعوبات هنا ليس بالصعوبات العارضة بل التي تؤثر على الذمة المالية للشركة بصفة محسوسة، والتي تؤدي لتعطيل نشاطها وتوقفها عن الإنتاج والخدمات والتي تؤدي للإنقاص من دخلها وثم توقفها عن دفع ديونها ثم افلاسها[2].

نشير هنا إلى ضرورة التمييز بين الإفلاس والتصفية باعتبارهما يؤديان لانتهاء الشركة، فيعتبر الإفلاس وجه من أوجه الانقضاء وهو يؤدي لعملية التصفية باعتباره نظام خاص يهدف إلى التنفيذ الجماعي على أموال المدين الذي توقف عن دفع ديونه بسبب اضطراب أعماله، الأمر الذي يزعزع الثقة بائتمانه ويهدد مصالح دائنيه فهو نظام خاص بالمدين الذي توقف عن دفع ديونه، ويترتب على صدور الحكم بالإفلاس التصفية الجماعية لأموال الشركة تحت إشراف المحكمة عن طريق الوكيل المتصرف القضائي والقاضي المنتدب فالتصفية هي عملية ناتجة عن الافلاس.

[1] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 75.
[2] محمد الحميدي، حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية، المرجع السابق، ص 91.

لذلك فإن الفرق الاساسي بين الإفلاس والتصفية يتمثل في عنصر توقف الشركة عن سداد ديونها، في حين ممكن أن نجد التصفية في أي شركة تجارية ناجحة ومليئة عند اتفاق الشركاء على حلها وتصفيتها، أو بصدور حكم يقضي بانتهائها وتصفيتها وتسوية المراكز القانونية للشركة باستيفاء حقوق الشركاء بعد سداد الديون يتضح من هذا أن التصفية هي وسيلة لإنهاء الشركة وهي ليست غاية في حد ذاتها[1].

تجلت حماية الغير في كل هذه المراحل أولا من خلال دور القاضي في المحافظة على الشركة التجارية من الانتهاء، وظهرت منذ اول مراحل انتهاء الشركة التجارية من خلال الإقرار بمبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية عند حلها، وعند تحويل شكلها القانوني فلم يعتبر المشرع هذا التحويل سببا لانتهائها، كما أجاز المشرع تحويلها تجنبا لحلها وذلك بغرض الحفاظ على الذمة المالية كضمان للدائنين، بالإضافة لتقوية ضمانات الغير عند إفتاح الإجراءات الجماعية خاصة في حالة التسوية القضائية بعد توقف الشركة عن الدفع، وحالة خضوع الشركة لنظام الإفلاس، وامتداد الإفلاس للشركاء والمسيرين، لذلك سنتناول مبدأ الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية حماية للغير (المطلب الاول)، ثم نتطرق لتدهور الوضع الاقتصادي للشركة فندرس التسوية القضائية للشركة التجارية وحقوق الغير (المطلب الثاني)، ومن ثم نتطرق لحماية الغير عند إفلاس الشركة التجارية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية حماية للغير.

يحدث انتهاء الشركة التجارية و اختفاؤها لسببين يتمثل السبب الأول في بطلانها وهو ناذر الوقوع اما الثاني فيتمثل في انقضائها عند ظهور أسباب حلها[2]، فعلى غرار الشخص الطبيعي تنتهي حياة الشركة التجارية عندما تنقضي بتصفيتها بعد انحلال عقدها، رغم أن حياة الشركة التجارية

[1] www. Alwatan. Kuwait.tt/ articledetails, 2012. ، عبد الرزاق عبد الله " الفرق بين إفلاس الشركة و تصفيتها".

[2] J. Marc.Moulin, Droit des sociétés et des groupes ,op.cit., p 96.

قد تمتد أكثر من الشخص الطبيعي فان انقضاؤها يكون لأسباب مالية أكثر منها اتفاقية بإرادة الشركاء، كما قد يكون لأسباب قانونية الامر الذي جعل المشرع يقرر إمكانية تحويل شكل الشركة التجارية من اجل الإبقاء على شخصيتها المعنوية حفاظا على الشركة وحقوق من تعامل معها، نظرا لما يرتبه انتهاؤها خاصة الانتهاء المفاجئ من اضرار لكل من الشركة والشركاء والغير المتعامل معها، الامر الذي يستدعي منا التطرق لمبدأ الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة انقضائها (فرع اول)، ثم مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحويل شكلها القانوني تجنبا لحلها (فرع ثاني) .

الفرع الأول: الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة انقضائها .

أ دور القاضي في المحافظة على الشركة التجارية من الانقضاء .

تنحل الشركة للأسباب القانونية الواردة على المدة وموضوع الشركة أو بانتهاء نشاطها الاجتماعي، أما أسباب الانحلال الواردة على الاعتبار الشخصي فتنقسم لأسباب إرادية نابعة من إرادة الشركاء للانسحاب من الشركة اذ لا يمكن منع الشريك من الانسحاب، أو يتم حلها اتفاقيا أو قضائيا، أما بالنسبة للأسباب اللاإرادية لانحلال الشركة فتقع عند وفاة الشريك أو الحجر عليه أو إفلاسه إلا إذا اتفق الشركاء على مواصلة نشاط الشركة.

يمكن للقاضي أن يمنح أجل ستة أشهر للشركة لإجراء التسوية المطلوبة من اجل تصحيح عيوب الشركة وانقاذها من البطلان[1]، كما للقاضي دور آخر في المحافظة على الشركة من الانحلال حماية حقوق الغير خاصة في حالة وجود نزاع بين الشركاء، فللمحكمة أن ترفض طلب الحل إلا إذا تبين لها أن سير الشركة مشلول أو قد يسبب خطرا[2] .

[1] عند حل الشركة بسبب بطلانها يحوز للقاضي أن يمنحها أجل ستة أشهر من أجل تصحيح العيب الذي يشوبها للمحافظة على الشركة ذلك ما جاء في المادة 750 من ق.ت.

[2] الطيب بلولة، قانون الشركات المرجع السابق، ص 155.

إن تقدير السبب المعتبر للحل مسألة موضوعية يحددها للقاضي حيث لم يتطرق المشرع لمفهوم الانحلال لأسباب معتبرة ومنح للقاضي سلطة واسعة لتحديد السبب المعتبر خاصة عندما يقدم أحد الشركاء طلب حل الشركة فيقرر القاضي وضعية الشركة الواجب حلها[1].

يعتبر طلب أحد الشركاء الانحلال القضائي للشركة تطبيق من تطبيقات القواعد العامة المتعلقة بعدم تنفيذ العقود مما يؤدي لفسخها نظرا للطبيعة التعاقدية للشركة، فينشأ التصور العقدي للسبب المعتبر الذي يؤدي لحل الشركة، ويكون أساسه وجود نزاع قوي بين الشركاء أو إخلال بالالتزامات العقدية[2].

تمثل نية الاشتراك إرادة الاتحاد والتوافق في المصالح وهو عنصر ضروري في تكوين الشركات التجارية رغم أنه يفقد أهميته في شركات الأموال، لذلك فإن على القاضي التثبت من وجود هذا العنصر وفي حالة انعدامه لا بد من حل الشركة[3]، كما يقوم القاضي بالتثبت من جدية أسباب الانقضاء المدرجة في العقد التأسيسي، فأحيانا يقوم الشركاء بوضع أسباب لانقضاء الشركة دون توخي الحذر فيكون من شأنها أن تؤدي للانقضاء المفاجئ والمبكر لشركة مزدهرة مما يؤدي الى الإضرار بمصلحة الشركة ومصلحة الغير المتعامل معها[4].

يعمل القاضي على المحافظة على بقاء الشركة إلا إذا كان في بقائها خطورة على حقوق الشركاء وحقوق دائني الشركة، حيث لا يقرر القاضي حل الشركة إلا إذا توفر سبب قوي لحلها .

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية وجود نزاع قوي يعرقل إدارة الشركة، ما يؤكد غياب نية الاشتراك، سبب من أسباب حل شركة مساهمة[5].

يمتد مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية طيلة حياة الشركة، فيجب أن تتماشى هذه الالتزامات مع مبدأ حسن النية تحقيقا لمصلحة الشركة والشركاء، والتي لا تتحقق إلا بوجود

[1] تنص المادة 441 من ق.م : " يقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة."
[2] M.Jeantin ,op.cit., p 79.
[3] Hamel et Lagarde ,op.cit., p 647 .
[4] Y.Guyon, op, cit, p 145.
[5] Cass.com.12 mars 1996, Themis les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés, op.cit., p 27.

مظاهر التعاون المشترك بين الشركاء، والذي ينتج عنه بدوره أثر مهم يتمثل في ضرورة مساواة الشركاء أثناء العمل المشترك من أجل تحقيق مصلحة الشركة، التي لا تتحقق إلا باتخاذ قرار لصالح الشركاء دون الإخلال بمبدأ المساواة وعنصر نية الاشتراك، لأن الإخلال بهذه المبادئ يعتبر إخلال بالالتزامات، وعدم قيام الشريك بما يفترض أن يقوم به يعتبر سببا كافيا لانحلال الشركة.

يعتبر ذلك الاخلال تعد على مصلحة الشركة كما يعتبر سببا مهما لمطالبة أحد الشركاء بحل الشركة نظرا للإخلال بالالتزام العقدي الذي يتجسد في صور كثيرة اهمها الإخلال بمبدأ المساواة، ويقوم القاضي بتكييف كل عملية مالية من شأنها الإضرار بمصلحة الشركة وعرقلة تطورها، وكل إخلال بالالتزام العقدي، أما إذا لم تؤدي هذه الأفعال لإعاقة عمل الشركة وتطور نشاطها فإنها لا تؤدي لقبول دعوى الحل[1].

من هنا يعتبر تعسف الأغلبية سببا معتبرا للإخلال رغم أنه قد لا يعيق سيرها، لان هذا التعسف لا يمس بأقلية الشركاء وإنما يمس بمصلحة الشركة، الأمر الذي يخلق نزاعا قويا بين الشركاء بعد الاستغلال الذي تقوم به الأغلبية من أجل الإثراء الفردي لذمهم، ما يهدد وجود الشركة لأنه يهدم الوفاق بين الشركاء لذلك فيمكن للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن بين المصالح الجماعية بهدف المحافظة على الشركة والحقوق المتعلقة بها[2].

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تعسف الأغلبية يمثلا إخلالا بمصلحة الشركة، وإخلالا بمبدأ المساواة بين الشركاء[3].

يمكن أن يكون سبب الحل اقتصاديا يشل الشركة ويؤدي لانتهائها وتقييم الوضع الاقتصادي الدقيق للشركة يقوم به القاضي الذي لا يستند فقط على ادعاء الشريك رافع الدعوى، نظرا لأن استمرارية الشركة يخدم مصلحة جميع الأطراف من بينهم دائني الشركة، فيعمل القاضي على التثبت من الوضع الاقتصادي الحقيقي للشركة ، لان ازدهار الشركة اقتصاديا يحول دون قبول دعوى الحل،

[1] D. Schmid, L'intérêt commun des associés, Lexis Nexis, France1994 , p 530.
[2] سلمان وجدي حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 372 و375.
[3] Cass.civ.,6 Février ,1957, Bull CIV,Rev soc, p 217.

وإن التقييم الموضوعي لوضع الشركة الاقتصادي هو الأمر الذي يستند عليه القاضي لاستبعاد حلها، ففي حالة عدم وجود صعوبات تؤدي لشل السير العادي للشركة فإن حلها يكون غير ممكنا، لأن المصلحة الاقتصادية والاجتماعية للشركة ومصالح الغير تتجاوز المصالح الشخصية للشخص الذي يطالب بحل الشركة قضائيا[1].

ب- مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها.

منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل تجنب تقرير حل الشركة التجارية، ومع ذلك فإن تم حلها تخضع مباشرة و بقوة القانون لإجراءات التصفية التي ترتبط بعملية تسديد الديون، وحماية للدائنين من ضياع حقوقهم عند قسمة أموال الشركة، وتسوية المراكز القانونية لكل من الشركاء والغير قرر المشرع استمرارية الشخصية المعنوية للشركة لغاية انقضائها الكلي و الانتهاء من إجراءات القسمة والتصفية ، إذ يعتبر مبدأ تواصل حياة الشركة بعد حلها من أهم الأحكام التي جاء بها المشرع حماية للغير المتعامل مع الشركات التجارية الذي تعامل معها أثناء حياتها والذي يتضرر من انتهائها .

يعتبر مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها لحماية دائنيها من أهم المبادئ التي أقرها المشرع والتي تحمي حقوق الغير من الخطورة التي يفرزها الزوال الفوري للشركة بعد حلها أو إبطالها، ورغم ما يتمتع به الدائنون من أولوية في تسديد ديونهم الا ان حلول حالة القسمة والتي اخضعها المشرع لحالة الشيوع محل الشركة يؤدي لاختفاء الضمانات التي يتمتع بها الدائنين من اجل تسديد حقوقهم، لأن من شأن ذلك الحلول انتقال الذمة المالية للشركة إلى ملكية مشتركة بين الشركاء الأمر الذي يعرض دائني الشركة للعديد من المخاطر، خاصة في التصفية الاتفاقية[2].

أول مخاطر زوال الشخصية المعنوية للشركة انه يجعل دائني الشركة يزاحمون الدائنين الشخصيين للشركاء ثانيها أن زوال الشخصية المعنوية يحرم دائنيها من المتابعة القضائية للشركة

[1] عبد الله خالد السوفاني، هدم الوجود القانوني للشركة التجارية، المرجع السابق ، ص 411

[2] تنص المادة 448 من ق.م :" تطبق في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع".

كشخص مستقل عن الشركاء فيها، مما يلزمهم أن يتابعوا الشركاء أمام القضاء الامر الذي يؤدي لتشتت المتابعات وتعقيد الإجراءات.

هذا يدل على أن آثار مبدأ بقاء الشخصية المعنوية للشركة لا يحمي الدائنين فحسب وإنما له أثره الإيجابي على الشركاء لأنه يوفر عليهم الكثير من الاجراءات والمصاريف القضائية، حيث أن تحول الشركة مباشرة لحالة التصفية يعرضها لازدياد الديون نظرا ازدياد عدد الدائنين، على عكس انقضاء الشركة لإفلاسها والذي ينتج عنه تكوين جماعة الدائنين الذين يمثلهم الوكيل المتصرف القضائي، بينما لا تتكون اية جماعة للدائنين بعد خضوع الشركة لعمليه التصفية بل يطالب الدائنين بحقوقهم بصفة فردية[1].

أصبح مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها حقيقة لابد منها حيث أنها تتجاوز المصالح الفردية للغير، حيث جعلت بعض الاعتبارات الموضوعية هذا المبدأ يكتسب أهمية كبيرة لأنه يبسط إجراءات المطالبة بالحقوق و يسهل إجراءات التصفية وضمان مصالح كل من الشركة والشركاء والغير، كما يؤكد مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية وجودها الحقيقي حتى بعد انقضائها[2].

إن استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية حقيقة لابد منها نظرا لأن انقضاء الشركة لا يؤدي لانقضاء حقوق دائنيها فتبقى الحقوق مستمرة وموجودة، وإن بقاء الشخصية المعنوية في هذه الحالة ضروري من أجل التقييم المالي الصحيح لموجودات الشركة والذي يكون لمصلحة كل الأطراف، بالإضافة للإبقاء على حق الشركة في التقاضي، حيث لا يمكن للشركة أن تختفي من الوجود بصفة مباشرة بإرادة الشركاء بعد حلها للتخلص من لالتزاماتهم دون مراعاة لتعهدات الشركة تجاه الغير، لذلك فإن من الضروري الإقرار بتلك الاستمرارية للشخصية المعنوية وهذا ما جاء به

[1] E. Thaller , Traité élémentaire ,Droit Commercial ,4éme éd , L.G.D.J , France ,1898, p 447.
[2] Cass .Com .Janvier 1954 ,Themis des Grandes décisions de la jurisprudence , op , cit , p 45.

المشرع في المادة 766 من القانون التجاري "تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها" .

وعليه يجب المحافظة على قيمة ممتلكات الشركة لأن الذمة المالية للشركة تمثل الضمان العام للدائنين الذين نشأت ديونهم قبل حل الشركة وتصفيتها[1].

إن امتداد الشخصية المعنوية للشركة منذ حلها لغاية انتهاء مدة التصفية لفائدة الدائنين من شأنه أن يبعث الطمأنينة لديهم ولدى مؤسسات التمويل، والتي تزيد ثقتهما في الشركة من أجل تسديد ديونها دون التعرض للحل المفاجئ، والزوال الفوري للشخصية المعنوية الذي لا يحدث إلا بعد انتهاء التصفية وذلك للمحافظة على الذمة المالية للشركة[2].

تختلف فعالية بقاء الشخصية المعنوية باختلاف شكل الشركة التجارية أي بحسب مسؤولية الشريك في الشركة، ففي شركة التضامن لا يقوم الدائن بتجزئة دينه، كما لا يضطر لمتابعة كل الشركاء فيرجع الدائن على أكثر شريك قادر على الوفاء بمفرده.

أما في الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشريك محدودة يختلف الأمر فيسدد كل شريك للدين بحسب قيمة حصته إلى جانب تزاحم الدائن الشخصي مع دائن الشركة، الأمر الذي يشكل خطورة على هذا الأخير نظرا لما يتمتع به الدائن الشخصي من حق في الضمان العام على جميع أموال الشريك، فإن لدائن شركة التضامن مركز أفضل من الدائن الشخصي للشريك في هذه الحالة ومركز أقوى من مركز دائن شركات الأموال عموما[3].

جاء المشرع الفرنسي بمبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها في القانون 1966/07/24 المتعلق بالشركات التجارية، كما قررت محكمة النقض الفرنسية استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية واعتبارها موجودة طالما وجدت حقوق والتزامات مرتبطة بها[4] .

[1] J. Hermad , F.Ferré , P.Mabilat , Sociétés commerciales, 1ére éd Dalloz , France ,1972 , p 1144.
[2] M.Jeantin , op ,cit , p 40.
[3] Thaller , op ,cit , p 448.
[4] Cass .com .28-01-1954. Bull.ciV.1954 Rev.soc. p 217.

يعتبر هذا التكريس للمبدأ تأكيدا على الدور الفعال لاستمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها في حماية حقوق الدائنين، وتجاوزا لكل السلبيات التي تنشأ أثناء التصفية نتيجة للتغييرات التي تصيب الذمة المالية للشركة التجارية[1].

تظل الشركة بعد انحلالها محتفظة بشخصيتها المعنوية لكنها لا تتمتع بنفس الصلاحيات والحقوق التي كانت تتمتع بها قبل حلها، فممارستها لحقوقها لا يكون إلا في حدود حاجة التصفية، و على قدر أعمال التصفية، و يمنح المشرع للمصفي في هذه المرحلة سلطات واسعة لجمع الأموال وقسمتها، وكل تضييق للسلطات في العقد الأساسي أو في قرار تعيين المصفي لا يحتج به تجاه الغير[2].

للمصفي كل الصلاحيات في الوفاء بالديون وتوزيع الأموال ولم يضع المشرع أي شروط أو أسس يتم من خلالها التمييز بين الأعمال اللازمة أو غير اللازمة التي يقوم بها المصفي تجاه الغير، يرجع ذلك لمبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية، والذي يهدف لبقائها كشخص قانوني مستقل يقوم بكل الأعمال اللازمة لإتمام عملية التصفية، هذا ولا يكون لانقضاء الشركة أي أثر تجاه الغير إلا من تاريخ نشر حل الشركة[3].

تحتفظ الشركة التجارية باسمها ويشترط المشرع إضافة عبارة " شركة في حالة تصفية"، وهذا ما قضت به المادة 766 من القانون التجاري، حتى يسمح للغير بمعرفة أنه قد تم حل الشركة وأنها تحت التصفية لتمييزها عن الشركاء المكونين لها [4]،فيكون للشركة حق استعمال اسمها وطلب وقف الاعتداء عليه في حالة استعماله، ويمكنها أن تطالب بالتعويض عن كل ما يلحقها من ضرر بسبب انتحال اسمها أو لأي سبب آخر.

1 خالد السوفاني، المرجع السابق، ص 542.

2 تنص المادة 788 من ق.ت:" يمثل المصفي الشركة وتخول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي غير أن القيود الواردة على هذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير".

3 تنص المادة 766 في فقرتها الثالثة:" لا ينتج حل الشركة أثارها على الغير إلا ابتداء من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري."

4 هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 422.

يمكن ان تكون الشركة مدعية أو مدعى عليها كما تحافظ الشركة على مقرها الاجتماعي، حيث يمكن استدعاؤها قانونيا خلال مدة التصفية، فيسهل هذا عملية تتبع الدائنين لحقوقهم تجاه الشركة في المقر المتداول عليه، لا يحتج على الغير بتغيير مقر الشركة لحاجات التصفية لأنه يسهل عملية الإثبات بالنسبة للدائنين.

أهم عنصر كرست من أجله ضرورة المحافظة على الشخصية المعنوية للشركة هو ذمتها المالية التي تحتفظ بها نتيجة لاستقلاليتها، والتي تجنب دائني الشركة مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء كما تجنبهم تشتت المتابعات القضائية، كما تعتبر استقلالية الذمة المالية للشركة في هذه الحالة بمثابة رهن لصالح الدائنين الذين قبلوا التعامل مع الشركة فكل هذه المبادئ هي بمثابة إجراءات حمائية لفائدة الدائنين[1].

من العناصر المرتبطة كذلك بهذا المبدأ استمرارية مهام مندوبي الحسابات بعد انحلال الشركة فشدد المشرع على ضرورة تعيين مندوبي الحسابات اثناء تصفية الشركة، حتى بالنسبة للشركات غير الملزمة بذلك التعيين كما يمكن للمحكمة أن تقوم بهذا التعيين في حالة انعدامه[2].

لم ينظم المشرع كيفية عمل مندوب الحسابات بصفة دقيقة اثناء التصفية وكيفية تدخله في عمل المصفي لكنه قرر مواصلته لنفس مهامه قبل انحلال الشركة، هذا ما جاء في المادة 788 من القانون التجاري، وذلك لإضفاء نوع من الرقابة على أعمال المصفي حفاظا على أموال الشركة، حيث تم تعميم هذا الإجراء الوقائي حتى بالنسبة للشركاء غير الخاضعة للالتزام بعيين مندوب الحسابات من أجل ضمان حقوق جميع الأطراف[3]، لأن تمتع المصفي بسلطات واسعة قد يؤدي للتعسف بحقوق الدائنين عند إنجازه لمهامه فكان من الضروري أن يتم تدعيم الرقابة على المصفي،

[1] خالد السوفاني، المرجع السابق، ص 546.

[2] تنص المادة 780 من ق.ت:" لا تنتهي مهام مندوبي الحسابات بانحلال الشركة".
كما تنص المادة 781:" إذا لم يوجد مندوبو الحسابات ولو في الشركات غير الملزمة بتعيينهم يجوز تعيين مراقب واحد أو أكثر من طرف الشركات طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 781 وفي حالة انعدام ذلك يمكن تعيينهم من طرف رئيس المحكمة ".

[3] على عكس ما قرره المشرع بالنسبة لمندوبي الحسابات فإن مسيري الشركات التجارية تنتهي مهامهم تلقائيا منذ تاريخ انحلال الشركة حيث قرر المشرع عدم امتداد مهمتهم بحسب المادة 779 من ق.ت.

ومع ذلك لم يمتد هذا الإجراء لكل أجهزة الرقابة بل فقط مندوب الحسابات، حيث لم يقرر المشرع استمرارية مجلس المراقبة لشركات المساهمة بعد حلها .

في المقابل قررت بعض التشريعات امتداد مهمة المسيرين اثناء التصفية من أجل المحافظة على أموال الشركة ودعما لحقوق الدائنين من التعسف في استعمال أصول الشركة، وخاصة من أجل منع الشركاء من التدخل في أعمال التسيير وهذا ما جاء به المشرع التونسي[1]،وحدد المشرع التونسي من خلال الفصل 30 من مجلة الشركات ضرورة مواصلة المسير لمهامه في الفترة الممتدة بين انحلال الشركة وتعيين المصفي، ولا يكون ذلك إلا بتحقق شرطين يتمثل الشرط الأول في أن تكون هذه الأعمال ضرورية، وان تكون تخدم مصلحة الشركة ومصلحة دائنيها ، وهدف هذا الإجراء هو وضع نوع من التوازن لسلطات المصفي وعدم إطلاقها مما يضمن الحماية للضمان العام المقرر للدائنين من أجل تسديد ديونهم .

لم يتم الاعتراف ببقاء الشخصية المعنوية للشركات التجارية بعد حلها إلا لضرورة التصفية حيث لا يمكن أن تكتسب الشركة في تلك الفترة أي حقوق، كما ليس لها أن تقوم بأي تصرف في أموالها إلا عن طريق المصفي، كما لا يمكن لها أن تنقل اسمها لشركة أخرى[2] ن ومن أجل القيام بأعمال التصفية اللازمة منح المشرع للمصفى سلطات واسعة في بيع أصول الشركة وجعل المشرع أي تحديد لسلطات المصفي في القيام بمهامه كأنه غير موجود، ولا يحتج تجاه الغير وهذا ما جاء في المادة 788 من القانون التجاري.

فإن مدة بقاء الشخصية المعنوية بعد حل الشركة لا يمكن إلا أن تكون مؤقتة يحدها انتهاء عملية التصفية، هذا ما أكده المشرع في المادة 766 من القانون التجاري حيث تستمر الشخصية المعنوية لغاية قفل التصفية .

[1] قضت المادة 30 من مجلة الشركات التجارية التونسية " يبقى المسيرون للشركة بعد انحلالها وقبل تعيين المصفي المسيرين الفعليين لها في تلك المدة وليس لهم أن يعقدوا في حقها أية معاملة عدا ما يلزم لإتمام الأعمال المشروعة قبل حلها. ".

[2] Y .Guyon , op , cit , p 408.

غير انه كان من الضروري ان يقوم المشرع بتحديد الفترة التي تمتد فيها الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها نظرا أن التصفية تشمل عدة مراحل، وباعتبار أعمال التصفية هي تلك الأعمال التحضيرية لعملية القسمة فإن في الفترة الممتدة بين التصفية والقسمة خطورة على حقوق الغير خاصة أن أعمال التصفية هي تلك الأعمال التي تمهد لقسمة أموال الشركة على الشركاء، حيث اعتبر المشرع القسمة جزء من عملية التصفية[1].

تزول الشخصية المعنوية للشركة مباشرة بعد الانتهاء من قسمة الموجودات وبعد الانتهاء من عمليات التصفية حيث تنتهي هذه الشخصية المعنوية في اللحظة التي تسدد فيها ديون المتعاملين مع الشركة، وبعد تمام قسمة المال الصافي المتبقي على الشركات، ودون الإخلال بحقوق الدائنين، هنا تكون الشخصية المعنوية قد حققت غاية استمراريتها والتي تختلف عن غاية وجودها أثناء حياة الشركة التجارية[2].

عند انحلال الشركة التجارية بسبب بطلانها يؤدي ذلك البطلان لانتهائها قبل الميعاد المقرر لحلها ولا يعني هذا زوال شخصيتها المعنوية التي تبقى الشركة محتفظة بها، فنتيجة للمبدأ الذي يقضي بعدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة لتعهدات الشركة حماية لحقوق دائنيها من خطورة إبطال ما تم التعهد به تجاههم تطبيقا لأحكام الشركة الفعلية، تحتفظ بشخصيتها المعنوية وذمتها المالية ويقوم كل من المصفي ومندوب الحسابات بكل الأعمال اللازمة لإتمام عملية التصفية، ذلك أن الحكم المقرر لإبطال الشركة يقرر حلها وتصفيتها فتخضع في هذه الحالة الشركة لنفس مراحل الحل والتصفية مثل أي شركة قانونية تم حلها ثم تصفيتها .

حيث تطبق أحكام الشركة الفعلية أثناء الفترة التي تسبق تصفية الشركة التجارية ثم تتم تصفيتها بعد إبطالها بأثر فوري لا ينصرف للمستقبل، إلا إذا تعلق الأمر بناقص الأهلية أو من شاب رضاؤه عيب من عيوب الرضى الذين يتم إرجاعهم للحالة التي كانوا عليها قبل إبرام عقد الشركة،

[1] تنص المادة 794 من ق.ت:" يقرر المصفي إذا كان ينبغي توزيع الأموال التي أصبحت قابلة للتصرف فيها أثناء التصفية ولكن دون الإخلال بحقوق الدائنين".

[2] M.Jeantin , op, cit, p 31.

كما يتمتعون بالأولوية لاسترجاع حصصهم قبل إجراء عملية التصفية[1]، تم تفضيل حماية هؤلاء الشركاء على حماية الغير خاصة في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، هذا ما يتضح من المادة 733 من القانون التجاري.

الفرع الثاني: استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحويل شكلها القانوني تجنبا لحلها .

يعتبر تحويل الشكل القانوني للشركة وسيلة قانونية تجنب الشركاء الحل المبكر للشركة، كما يعتبر من بين اهم الحالات التي قضى فيها المشرع استمرارية الشخصية المعنوية لها رغم تغيير شكلها القانوني حماية للشركة ولحقوق من تعامل معها .

أ- مفهوم وشروط التحويل:

يتم تحويل الشركة التجارية عند قيامها بتغيير شكلها القانوني إلى شكل آخر من أشكال الشركات التجارية لمواجهة تغييرات الظروف الاقتصادية، الأمر الذي يفرض تغيير شكلها القانوني ليتناسب مع هذه الظروف، ولكي يتناسب مع إرادة الشركاء ويحقق أهدافهم دون أن يترتب على هذا التحول نشوء شخص معنوي جديد فتبقى الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية[2].

تتم عملية تحول الشركة أثناء حياتها ولهذا التحول أهمية كبيرة فقد يطرأ على الشركة سبب للانقضاء ويكون التحول هو السبيل لتجنبه حماية لبقاء الشركة، فحماية للحقوق التي تنشأ لكل من الشركاء والدائنين[3] أجاز المشرع تحويل الشركة التجارية بإرادة الشركاء، كما أجاز عملية التحويل إنقاذا للشركة من حلها و انقضائها، كما هو الحال بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة عندما

1 سليم أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص 238.
2 عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 513.
3 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 542.

قرر المشرع استمراريتها رغم اجتماع كل الحصص في يد واحدة وإمكانية تحويلها في هذه الحالة لشركة ذات مسؤولية محدودة ذات الشخص الواحد تجنبا لانقضائها وحلها[1].

تجدر الإشارة أن تغيير شكل الشركة التجارية أو تحولها يتم بتصرف إرادي من طرف الشركاء وأحيانا بنص قانوني مثلما فعل المشرع في المادة 590 مكرر 1، فتغيير الشكل القانوني للشركة يتحقق بتغيير نظامها القانوني لنظام شركة أخرى مع استمرارية شخصيتها المعنوية واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للشكل الجديد .

يجب أن تكون الشركة عند تحويلها شركة قائمة قانونا او واقعيا فلا يتم تحويل شركة منحلة تم الشروع في تصفيتها، أما إذا كانت الشركة معرضة للانقضاء بسبب مخالفتها لشروط تكوينها أو لتوفر سبب من أسباب انقضائها لكنها لم تنقض بعد فيجوز هنا تحويلها لشكل قانوني آخر[2]، فيعتبر هنا هذا التحويل آلية مهمة جدا جاء بها المشرع حماية للشركة ولحقوق الغير، وكذلك لتصحيح العيب الذي يجعل من الشركة شركة باطلة فيصحح البطلان قبل التحويل حيث لا يجوز تحول الشركة الباطلة إلى شكل آخر إلا بعد تصحيح سبب البطلان.

يتضح مما سبق أن المقصود بعملية التحويل هو تغيير الشكل القانوني للشركة التجارية وليس تعديل شكلها عن طريق تعديل نظامها الأساسي "Le statut" لأن الشكل لا يعتبر من العناصر المكونة للشركة بل هو العنصر المحدد للتصرف المنشأ للشركة، فالتحول هو تعديل للنظام القانوني ككل وهو يختلف عن تعديل العقد التأسيسي للشركة الذي يحدث عند تغيير أحد العناصر المكونة للشركة مثل تعديل عدد الشركاء أو رأسمال الشركة، فلا يمس التعديل هنا الأحكام التي تخضع لها الشركة إنما هو تعديل للتصرف المنشأ للشركة[3].

---

[1] تنص المادة 590 مكرر 1: " لا تطبق أحكام المادة 441 من ق.م والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية محدودة في يد واحدة".

[2] أحمد محمد محرز، الشركات التجارية ، المرجع السابق، ص 652.

[3] أقر القضاء الفرنسي منذ 1899 في قرار أكدت من خلاله محكمة إستئناف "سين" الفرق بين عملية تحويل الشركة وتعديل عقدها الأساسي .

CA.CIV.Seine .1er Juillet 1899 , Bull .CIV .1900 , les grands arrêts de la Jurisprudence ,sociétés commerciales, op ,cit , p 40.

وإن كان التقارب كبير بين حالة التعديل وحالة التحويل في أن كل منهما يتضمن تغيير في شروط العقد ، وكل منهما لا يرد إلا على شركة قائمة غير منتهية، وكلاهما تقوم به نفس الجهة وهي الجمعية العامة، وأهم أثر في كلاهما أنه لا يترتب عليهما انقضاء الشخصية المعنوية، إلا أنه لابد من التمييز بين العمليتين إذ أن تحول الشركة يؤدي لتغيير شامل في نظامها ، وفي هيكلها الخارجي و في علاقتها مع الغير، وكذلك في علاقتها الداخلية بين الشركاء وفي مراكزهم القانونية ومسؤوليتهم تجاه الغير ، على عكس التعديل الذي لا يغير المركز القانوني للشريك الذي لا يتأثر بمجرد تعديل رأس مال الشركة، فللتحويل إجراءات وشروط وآثار خاصة لأنه يتعلق بنظام قانوني جديد للشركة أكثر من مجرد نظام معدل[1].

تستمر الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحويلها على خلاف بعض الأنظمة المشابهة مثل عملية الاندماج التي ينتج عنها إنشاء شركة جديدة مصدرها دمج شركتين أو عدة شركاء فتنقضي الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وتأسس شركة جديدة بإجراءات جديدة على عكس عملية التحويل التي لا ينتج عنها انقضاء الشركة إنما تغيير في الشكل فقط وهو إجراء من طرف واحد يتطلب وجود الشركة ذاتها .

كما يختلف التحويل عن الانفصال الذي يتم فيه تجزئة شركة قائمة لإنشاء شركات أخرى حيث تزول الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة وتختار الشركات الناتجة أي شكل قانوني لتباشر نشاطها، فهو بذلك يختلف عن التحويل الذي يهدف لتغيير الشكل القانوني للشركة أثناء حياتها مع بقائها واستمرارها بشكل قانوني مختلف.

يختلف أيضا التحويل عن عملية الخصخصة عندما تقوم الدولة بإتباع أساليب مختلفة بغرض تحويل الملكية العامة للمؤسسات الاقتصادية لملكية خاصة باستبعاد رأس المال العام، فهو عمل سيادي رغم أنه يؤدي أحيانا لتحويل شكل الشركة[2].

[1] صبري مصطفى حسن السبك، النظام القانوني لتحول الشركات، دراسة مقارنة ، ط 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر 2012 ، ص71 و204.
[2] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 656.

بعد صدور الأمر 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية [1]الذي كرس أسس تحويل جزء أو كل الأصول المادية والمعنوية للمؤسسات العمومية إلى القطاع الخاص للحد من ظاهرة احتكار الاقتصاد، وتحويل المؤسسات الاقتصادية العامة إلى شركات تابعة للقطاع الخاص، اتخذت تلك المؤسسات شكل الشركات التجارية.

نظم المشرع الشروط اللازمة لإجراء تحويل الشركة التجارية والتي تهدف لرعاية مصالح الشركة ولحماية الغير، وذلك بتقييد التحول بإجراءات معينة، وشروط خاصة ببعض الشركات لاعتبارات معينة مثل شركة المساهمة التي تتميز بأن ازدهارها الاقتصادي يعتمد على الأموال وعلى حسن التسيير [2]،لذلك نجد المشرع يفرض تبرير التحويل فللشركاء أو المساهمين حق في معرفة سبب التحويل عن طريق عقد جمعية عامة غير عادية تناقش هذه الأسباب، التي تكون غالبا ذات طبيعة اقتصادية في شركات المساهمة، أو لهدف استراتيجي كتحويل شركة مساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة لتجنب زيادة في رأس المال عند تعرض الشركة لخسائر تنقص من أصولها وتزيد من الخصوم.

يمكن لمسيري شركات المساهمة أن يقرروا اختيار شكل شركة ذات مسؤولية محدودة نظرا لكونها تتلاءم أكثر مع النمو الاقتصادي لشركة المساهمة، على العكس من ذلك يمكن لمسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يقرروا تحويل الشركة إلى شركة مساهمة بعد أن تكون شركتهم قد بلغت مستوى من النمو لم تعد هياكلها تتلاءم معه[3]، ويتخذ القرار بعد فحص الشروط وبالالتزام بما يقرره القانون الأساسي والتنظيم المعمول به ثم يتم تبني قانون أساسي جديد .

[1] أمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج.ر عدد 48 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم وخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر عدد 11، مارس 2008.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 543.

[3] الطيب بلولة، قانون الشركات، المرجع السابق، ص 126.

ألزم المشرع شركات المساهمة باتخاذ قرار التحويل بناء على تقرير يقدم من طرف مندوبي الحسابات، كما ألزم ان تكون أصول الشركة تساوي على الأقل رأسمالها لإجراء عملية التحويل حماية للشركة ودائنيها[1].

وعليه سمح المشرع لشركة المساهمة أن تغير شكلها إلى أي شكل قانوني آخر ولا يمكنها القيام بالتحويل الا بعد مرور سنتين على تاريخ انشائها واعدادها لميزانية السنتين المالية، وإثبات موافقة المساهمين على هذا التحويل حسب ما جاء في المادة 715 مكرر15 من القانون التجاري.

لم يمنع المشرع تحويل باقي الشركات التجارية لأشكال أخرى ويتخذ القرار بناء على الشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي، وفي حالة التحويل إلى شركة تضامن وتوصية بسيطة يجب الحصول على موافقة الشركاء بالإجماع[2]، تقرر الجمعية العامة غير العادية التحويل بموافقة أغلبية الشركاء المتضامنين عند اتخاذ القرار تحويلها إلى شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وهذا ما قرره المشرع في المادة 715 ثالثا 10[3].

كما ألزم المشرع لصحة إجراءات التحويل أن يتم شهره لإعلام الغير به وتخضع الشركة لشهر التحويل مثلما تخضع له عند شهر الشركة الجديدة بشكلها الجديد الذي تحولت إليه، ويقع الالتزام بشهر التحويل على مسيري الشركة الجديدة لأن تحول الشركة يؤدي لزوال صفة المديرين في ظل الشكل الذي كانت تتخذه الشركة قبل تحولها[4].

[1] تنص المادة 715 مكرر 16 من ق.ت "يتخد قرار التحويل بناء على تقرير مندوبي الحسابات الذين يشهدون أن رؤوس الأصول تساوي على الأقل رأس مال الشركة".

[2] تنص المادة 715 مكرر 17 من ق.ت: " يتطلب التحويل إلى شركة تضامن موافقة كل الشركاء يتقرر التحويل إلى شركة توصية بسيطة أو شركة مساهمة حسب الشروط المنصوص عليها لتعديل القانون الأساسي وبموافقة كل الشركاء الذين يقبلون أن يصبحوا شركاء متضامنين ويتم التحويل إلى شركة ذات مسؤولية محدودة وفقا للشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي لهذا النوع من الشركات".

[3] تجدر الإشارة أن نفس إجراءات التحويل قررها المشرع الفرنسي في المواد 225-243 الى المادة 225-245 من القانون التجاري الفرنسي، كرس المشرع الفرنسي هذه القاعدة منذ صدور قانون 1966 المتعلق بالشركات التجارية.

[4] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 546.

يمكننا أن نقول بناء على ما تقدم أنه عند تقرير المشرع لإجراءات التحويل لم يقم بالإشارة لأي إجراء يغير من رأس مال الشركة أو ذمتها المالية، فلا يتجدد في الشركة الجديدة إلا شكلها وهياكلها حيث تبقى الشخصية المعنوية للشركة المحولة، وتحتفظ بها الشركة الجديدة.

وعلى هذا الأساس يتم تحويل الشركة بقرار من الشركاء من أجل المحافظة على بقائها في حالة خسارتها تجنبا لانقضائها وحلها، كما يتم التحويل لهذا الغرض بحكم قانوني مثلما قرره المشرع في المادة 590 مكرر 1 من القانون التجاري [1]، دون مخالفة إجراءات التحويل ففي حالة التحول المعيب لا يمكن أن تستمر الشخصية المعنوية للشركة، فيجب أن يكون التحول صحيحا مستوفيا لجميع شروطه وإلا ترتب عليه انقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية.

حيث لا يمكن هنا اعتبار التحول المعيب باطلا مع الاحتفاظ بالشركة التجارية فيبطل كل منهما[2]، هذا بالنسبة لإجراء التحويل بغرض إنقاذ الشركة من الانقضاء، أما إذا تقرر حلها وتم الشروع في عملية التصفية، فإن احتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية لإتمام عملية التصفية لا يمنحها حق القيام بتحويل شكلها القانوني لأن الإبقاء على شخصيتها المعنوية حينها لا يكون إلا بغرض تصفيتها وقسمة أموالها[3].

كما يقع باطلا هذا التحويل في حالة مخالفته للشروط التي قررها المشرع والتي تتعلق بالنصاب الذي حدده المشرع من أجل التصويت على قرار التحويل بالإضافة للشروط الخاصة بشركة المساهمة ودون الاخلال بشرط إعلام الغير بالتحويل ونشره بالطرق القانونية، حيث لا يحتج به على الغير إلا من يوم نشره.

---

[1] نص المشرع على التحويل القانوني الذي لا يخضع إرادة الشركاء وذلك بغرض المحافظة على الشركة من حلها وانقضائها في المادة 590 من ق.ت المعدلة بالأمر رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري بنصها:" إذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من خمسين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة وعند عدم القيام بذلك تنحل الشركة ما لم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا لخمسين شريكا أو أقل".

[2] صبري مصطفى حسن السبك، المرجع السابق، ص 471.

[3] قررت محكمة النقض الفرنسية أن استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية اثناء التصفية لا يمنحها الحق في تغيير شكلها من شركة مساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة.

Cass .Civ.Sect com .16 Juin 1952 . Rev .Soc ,op, cit ,p 44.

وعليه فإن وجود عيوب أثناء تأسيس الشركة التجارية يؤدي لإبطالها حتى بعد تحويلها، ويكون إبطالها ضروري خاصة عندما يكون التحويل بهدف تغطية عيوب التأسيس.

أما إذا نشأت الشركة بصفة نظامية ثم أثناء تحويلها ظهرت بعض العيوب والمخالفات الخاصة بالتحويل يعتبر التحويل باطلا مع استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بشكلها الأولي[1].

ب- حماية حقوق الغير أثناء تحويل الشركة التجارية:

تهدف عملية التحول إلى تجنب انقضاء الشركة وتصفيتها للإبقاء على شخصيتها المعنوية [2]، لم يمنح المشرع للدائنين الحق في الاعتراض على التحول في حالة فقدانهم لضمانات تسديد ديونهم أو إضعافهم مثلما فعل في اندماج وانفصال الشركات التجارية، لكنه بتقريره مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة منح الدائنين حماية مهمة فبقاء الشخصية المعنوية للشركة يعني احتفاظ ذمتها المالية وغرضها وعنوانها فلا تتأثر بذلك التحويل حقوق الغير.

وهذا ما يتضح من النصوص القانونية المتعلقة بتحويل الشركات إذ لا يوجد ما يدل على نشوء شخص معنوي جديد بعد تحويل الشركة، ورغم عدم وجود نص يشير إلى استمرارية الشخصية المعنوية إلا أنها تستمر عمليا ولا تزول.

ان الالتزام بنشر التحويل لا يعني نشوء شخص معنوي جديد فإن هذه الإجراءات لا تهدف إلا لتغيير شكل الشركة وتغيير هياكلها القانونية، لأنه لا يوجد نص صريح يلزم الشركة بإجراء قيد جديد في السجل التجاري، حيث تحتفظ الشركة بقيدها السابق على التحول لا تلتزم بإعادة إجراءات التأسيس.

كما لا أثر لتحويل الشركة التجارية على الدعاوى المرفوعة من الشركة أو المقامة عليها فلا تنقطع الخصومة بعد التحول ولو تغير الممثل القانوني للشركة، كما تستمر العقود التي أبرمت مع الغير فلا تتأثر الحقوق والالتزامات الناتجة عنها بعد التحول وذلك لاستمرار الشخصية المعنوية للشركة[3].

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، تحويل الشركات وانقضاؤها واندماجها، ج13، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1. 2010 لبنان، ص 34.

[2] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 662.

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 551.

لم يميز المشرع عند تقريره مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد تحويلها بين حالة التحويل الاتفاقي والتحويل القانوني، فيستوي الأمر بين الحالتين سواء كان التحويل بقرار من الشركاء أو بنص قانوني فإن التحويل لا يؤثر على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة.

إذ لا يعتبر التحويل تجديد في عقد الشركة لأن التجديد لا يتناول شكل الشركة إنما الالتزامات المتبادلة بين الشركاء، بينما يؤدي التحويل مبدئيا لتعديل القانون الأساسي للشركة بهدف إعادة تنظيم البنية القانونية للشركة من اجل توسيع حاجاتها وتوسيع نشاطها وازدهارها، وإن تم تغيير شكلها الخارجي وتنظيمها الداخلي فإنه لا يخلق شخصا معنويا جديدا [1]، فبمجرد تأسيس الشركة يمكن تحويلها إذا أجاز القانون او نظام الشركة ذلك، وفي حالة قيام الشركاء بتحويل الشركة أثناء مرحلة التأسيس فلا أثر لذلك التحويل على تعهدات الشركة المبرمة تجاه الغير أثناء تلك الفترة.

ان تغيير الشركة لشكلها القانوني أثناء مرحلة التأسيس لا يعتبر عائقا لاستمرار تعهدات الشركة التي أبرمتها تجاه الغير طالما لم ينتج عن ذلك التحويل أي تغيير في المشاريع المشتركة، وهو موقف لمحكمة النقض الفرنسية من اثار تحويل الشركة التجارية تجاه الغير[2].

يمكن تبرير استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بمصلحة الشركة ذاتها بهدف توسيع نشاط الشركة ولتفادي انقضائها الى جانب مصلحة الغير، لكن يستثني التحويل الذي يكون له آثار قانونية تمس بجوهر الشركة بإحداث تغييرات كبيرة مثل تحويل شركة تجارية لشركة مدنية.

فيجب أن يكون التغيير مقتصرا على شكل الشركة دون أن يصل إلى حد المساس بكيانها، لأنه يؤدي لانقضاء شخصيتها المعنوية بالتالي تظل الشركة مالكة لأصولها وموجوداتها وعليه تستمر ذمتها المالية ولا تحتاج الشركة لإتباع إجراءات حوالة الحق أو حوالة الدين بالنسبة لحقوقها وديونها، كما تبقى ذمتها المالية مستقلة عن ذمم الشركاء[3].

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 25.

[2] Cass .Com .13 Juillet, juris data n) 2010 -012455, Rev mensuelle , Rev soc, juris classeur ,novembre 2010, p 16.

[3] صبري مصطفى السبك، المرجع السابق، ص 534.

يؤدي تغيير شكل الشركة التجارية لتغيير نظامها وهياكلها الإدارية فتنتهي سلطات المديرين في ظل شكلها السابق على التحول، كما تنتهي مهام أعضاء مجلس المراقبة ودون تعيين جديد إذا كانت الشركة المحول إليها لا تلتزم بتعيينهم، وعند افلاس الشركة المحولة بسبب دين سابق على التحول، فإن إفلاس الشركة يمتد إلى الشركاء فيها عندما تكون الشركة المفلسة شركة تضامن.

يخلق مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة عند تحويلها بعض الإشكاليات خاصة فيهما يتعلق بإفلاسها وتصفيتها عندما يؤدي التحويل لتغيير المركز القانوني للشركاء وتحوله تجاه الغير، فعند إفلاس الشركة التضامن في المرحلة السابقة لتحويلها لشركة اموال فإن الشركاء المتضامنين يكونون مسؤولين شخصيا عن الديون السابقة عن التحويل وعند تصفيتها، كذلك فإن التصفية لا تشمل إلا الشركاء القدماء والديون السابقة للتحويل بغض النظر عن اختلاف مراكزهم القانونية بعد التحويل[1].

إذ لا يجوز أن يترتب على تغيير شكل الشركة إخلال بحقوق دائنيها فلا يجوز للشريك في حالة تخفيف مسؤوليته نتيجة التحول مثلا من شركة تضامنية إلى شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أن يتمسك بهذا التغيير في مركزه القانوني تجاه دائن الشركة قبل التحول، فيبقى الشريك بعد التحول مسؤولا تجاه الدائن مسؤولية تضامنية مطلقة عن الديون السابقة للتحويل كما يمتد إفلاس الشركة للذمة المالية للشريك.

أما دائن الشركة بعد التحول فيتعامل معها على أساس الشكل الجديد ولا يكون له حق الرجوع على الشريك استنادا لصفته السابقة كشريك متضامن قبل التحويل، فيكون للشريك أن يتمسك بتغيير مركزه القانوني نتيجة للتحول فلم يرتب المشرع على التحويل زيادة في التزامات الشريك أو المساهم[2].

لا تستمر هذه الحقوق والالتزامات الشركة المحولة إلا باستمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد تحويلها، حيث اشترط القضاء الفرنسي لحدوث ذلك ألا يكون تغيير الشكل القانوني للشركة

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 32.
[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 553.

يؤدي لتعديلات جوهرية في الشركة وإلا نتج عنه انقضاء الشخصية المعنوية وزوال الشركة، حيث لا يجب أن يؤدي التحويل لتغيير غرضها أو نشاطاتها أو مقرها[1].

لا يؤثر التحويل الذي تقوم به الشركة التجارية على المركز القانوني للدائنين ولا تتغير وضعيتهم القانونية السابقة لعملية التحويل، حيث تبقى علاقات الشركة على حالها بما في ذلك علاقاتها الجبائية مع إدارة الضرائب ويعود هذا لعدم تغيير الشركة التي تحتفظ بشخصيتها القانونية القديمة ولكن بشكل مغاير[2].

كما يظل الدائنين محتفظين بضمانهم العام على أموال الشركة قبل التغيير وبعده وعند زيادة أموال الشركة بعد عملية التحويل فإنها تدخل في الضمان العام للدائنين القدامى الذين نشأت ديونهم قبل التحويل، كما تعتبر تلك الأموال ضمان للدائنين الجدد فتستمر عقود العمل وعقود الإيجار ولا يطالب الدائنين باتخاذ إجراءات شكلية للاحتفاظ بحقوقهم تجاه الشركة، كما لا يعتبر التحويل سببا لانقضاء عقود الكفالة التي تبرمها الشركة ضمانا لحقوق الغير[3].

تبقى عقود الايجار قائمة بعد تحول الشركة فلا يمكن لصاحب العين المؤجرة التمسك بأحكام التنازل عن الإيجار بعد التحويل لأن هذا الأخير لا يؤدي لنقل العين المؤجرة إلى شخص آخر، كما تستمر عقود العمل لأن علاقة رب العمل لعمله تبقى علاقة مستمرة لأن التحويل لم ينشأ عنه شخص قانوني جديد حتى ولو تم تغيير رب العمل فتستمر عقود العمل طالما أن الشركة قائمة ومستقلة عن شخص صاحب العمل ولا يسري هذا الحكم على علاقات العمل التي انقضت قبل التحول.

لا يترتب عن التحويل سقوط أجل الديون، أما في حالة وجود شرط حظر تحويل الشركة في إطار القروض والاعتمادات المصرفية، فإنه في حالة حدوث التحويل يعرض الشركة لسقوط آجال الديون واستحقاقها الفوري[4].

[1] Cass .com .2 juillet 1979 , Rev .Soc – 1980 p 60.

[2] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 129.

[3] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 521.

[4] صبري مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 538.

وفي هذا السياق قررت محكمة النقض الفرنسية استمرارية كل الضمانات التي كانت تتمتع بها الشركة قبل تحويلها تجاه البنوك المتعامل معها، بما في ذلك الضمانات الخاصة بالأوراق التجارية على أساس أن التحويل لم ينتج عنه شخص معنوي جديد[1].

كما تستمر باقي الضمانات المتعلقة بالعقود المبرمة مع الشركة قبل تحويلها مثل الضمانات الممنوحة في عقد الإيجار حتى ولو تغير شخص المستأجر أو المؤجر.

إلى جانب احتفاظ عمال الشركة بكل الحقوق والامتيازات التي يتمتعون بها[2]، فلا يمكن أن تفرض الشركة بعد تحويلها شروط جديدة على عمالها من شأنها المساس بامتيازاتهم، وعلى عكس ذلك إذا وضعت الشركة المحولة شروط جديدة من شأنها إضافة امتيازات للعمال فإنها تطبق على العمال القدامى وذلك لأن نظام تحول الشركات الذي جاء به المشرع لم يمنع الجمع بين الضمانات الحالية والمستقبلية للشركة المحولة لمصلحة الدائنين[3].

أكدت محكمة النقض الفرنسية في نفس القرار أن تحويل شكل الشركة التجارية لا يؤثر على شخصيتها المعنوية طالما حدث التحويل بشكل قانوني، وأكدت في قرارها على عدم تأثير التحويل على الحقوق التي اكتسبتها الشركة التجارية في شكلها القانوني القديم، و لا يؤثر تحويلها على حقوق العمال الذين لا يلتزمون بالقيام بأي إجراءات شكلية جديدة، حيث يحتفظون بعقودهم لأن تحويل الشركة لا يعدل عقود العمل، و لا يعتبر سببا لتجديدها[4].

يتمتع حملة السندات بنفس الحماية حيث منحهم المشرع حق الاشتراك في قرار تحويل الشركة، أي أنه في حالة عدم موافقة حملة السندات على تحويل شكل الشركة الساهمة فإنه لا يقع، أما في

[1] Cass . com .02 Octobre 1979 ,Rev soc 1980 ,73 , note ch .moulins, « Les grandes décisions de la jurisprudence », les sociétés p 30.

[2] تنص المادة 74 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل:" إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها قائمة ".

[3] صبري مصطفى السبك، المرجع السابق، ص 648.

[4] Cass .com.02 octobre,1979 , « Les grandes décisions de la jurisprudence », les sociétés, op cit, p 30.

حالة الموافقة على عملية التحويل فإن قرار جمعية أصحاب السندات ليس من شأنه الزيادة في التزامات حملة السندات[1].

أما بالنسبة لحسابات الشركة فتبقى على حالها في حالة حدوث التحويل خلال السنة المالية فلا حاجة لإغلاق حسابات الشركة والبدء في حسابات سنة مالية جديدة باسم الشركة المحول إليها.

وعليه فإنه لما كان تحويل الشركة التجارية لا يؤثر على استمرارية شخصيتها المعنوية، ولا يؤثر على حقوق الغير المتعامل فانه وسيلة في غاية الأهمية يمكن للشركة أن تلجأ كوسيلة لإعادة هيكلتها وتجنيبها الانقضاء والتصفية[2]، إلى جانب التحويل القانوني الذي يقرره المشرع لنفس الهدف وهو المحافظة على وجود الشركة حماية لجميع المصالح.

المطلب الثاني: التسوية القضائية للشركة التجارية وحقوق الغير.

تنحل الشركة التجارية عندما تصبح غير قادرة على القيام بدورها الاقتصادي وأن تحقق الغرض الذي نشأت من أجله ، حيث يكون نتيجة تدهور وضعها الاقتصادي أن يصيبها شلل يمنعها من القيام بنشاطاتها فتتراكم خسائرها وتفقد فرص إعادة انتعاشها مما يؤدي لزوالها [3] فالصعوبات التي تمر بها الشركة مختلفة تارة تكون مؤقتة وتارة مستديمة فتضعف الشركة وتعجز عن تحقيق أهدافها، فيقل إنتاجها وتنقص أرباحها وتتزايد ديونها ويتكاثر دائنيها ،فلمساعدة الشركة على تجاوز هذه الصعوبات الاقتصادية، وحفاظا على كيانها من الزوال منحها المشرع بعض الوسائل والضمانات القانونية لتمكينها من استعادة مكانتها عن طريق خضوعها لنظام التسوية القضائية بهدف إعادة تقويم الأوضاع المالية للشركة.

[1] المادة 715 مكرر 16 من ق.ت:" يعرض التحويل عند الاقتضاء لموافقة الجمعيات أصحاب السندات".
[2] سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، الأردن، ص 163.
[3] Y .Guyon , op.cit., p 193.

لا تعتبر التسوية القضائية مجرد تقنية قانونية تهدف للإبقاء على الشركة، لإن هدفها الأساسي هو حماية وتحسين أوضاع الدائنين والمحافظة على الثقة التي توليها البنوك والمؤسسات المالية لهذه الشركة[1].

تطبق التسوية القضائية على الشركات المتوقفة عن الدفع وهي تسبق الإفلاس حيث يخضع المشرع الشركة لهذه التسوية تجنبا لتطبيق ونظام الإفلاس، وذلك للحيلولة دون انهيار الشركة وما يسببه ذلك من ضرر للدائنين، وعندما تسير التسوية القضائية بصفة منتظمة ممكن أن يسمح للشركة بمواصلة استغلال مشروعها لتتمكن من إنقاذ ما تبقى منه من أجل تسديد حقوق الدائنين ومستحقات العمال[2].

يمكن أن تحقق هذه التسوية أهدافها من أجل تقويم أوضاع الشركة وتذليل الصعوبات التي تواجهها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف وضع المشرع نظاما للتسوية القضائية للشركات محاولا إرساء التوازن بين إنقاذ الشركة وحمايتها من الإفلاس والانقضاء، وبين مصالح الغير الذي يتعرض للخطر بعد عجز الشركة واقترابها من الإفلاس، فتبين لنا دور دائني الشركة التجارية في تسويتها القضائية (فرع اول)، ثم تظهر آثار التسوية القضائية بالنسبة لدائني الشركة (فرع ثاني).

الفرع الأول: دور دائني الشركة التجارية في تسويتها القضائية.

أ- دور الدائنين عند انعقاد الصلح.

حرص المشرع على ضرورة مساعدة الشركة على اجتياز الأزمات الطارئة التي تصيبها والتي تسبب اضطرابا بأعمالها وذلك حماية لها من شهر إفلاسها وتلافيا لأثاره الخطيرة بالنسبة لكل من الشركة والشركاء والغير، من أجل ذلك اعتمد المشرع العديد من الوسائل القانونية التي تنقد الشركة من هذه المصاعب الاقتصادية، حيث تتحقق هذه الوسائل عن طريق نظام التسوية القضائية أو الصلح الواقي من الإفلاس وذلك من أجل تلافي صدور الحكم بالإفلاس عن طريق منح الشركة

[1] محمد الحميدي، حقوق دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة، المرجع السابق، ص 90.
[2] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 327.

آجالا الوفاء بالديون أو تخفيضها، وتعتبر التسوية القضائية طريق من طرق منع التنفيذ على أموال المدين وتصفية أمواله وتعتبر اجراء وقائي سابق للإفلاس يهدف لإنقاذ المدين من آثار الإفلاس حيث يسمح للمدين بالاستمرار في نشاطه كما تهدف التسوية القضائية للصلح[1].

إذ يعتبر الصلح القضائي أثر من آثار التسوية القضائية فهو اتفاق مبرم بين المدين ودائنيه تحت الرقابة القضائية[2] و هو بذلك يختلف عن الصلح الودي الذي لا يحتاج إلى إجراءات قضائية كما هو الشأن بالنسبة للصلح القضائي، فهو إما سابق لصدور الحكم وسابق للجوء الأطراف للقضاء أو لاحق بعد صدور الحكم بالإفلاس قبل أن يصبح الحكم نهائيا وذلك بموافقة كل الدائنين بالإجماع[3].

أما التسوية القضائية أو الصلح القضائي أو الصلح الواقي من الإفلاس فهو صلح الأغلبية تقرره المحكمة ويتحقق عند بلوغ الأغلبية العددية وأغلبية الديون[4].

يجوز للدائنين العاديين عدم قبول منح الصلح إلا لصالح أحد الشركاء خاصة في شركة التضامن دون باقي الشركاء باعتبارهم يفلسون تبعا لإفلاس الشركة فيتم إعفاء من حصل على صلح خاص من مسؤولية الديون وتبقى أموال الشركة ضامنة للديون، هذا ما يتضح من المادة 318 من القانون التجاري، كما منع المشرع الدائنين أصحاب الامتياز الخاص أو الرهون أو حق التخصيص من التصويت على الصلح إلا إذا تنازلوا عن تأميناتهم وهذا ما ورد في المادة 319 كما يفقدهم التصويت امتيازهم بقوة القانون.

مهما كانت الطبيعة القانونية للتسوية القضائية سواء استمدت قوتها من الاتفاق المبرم بين أطرافه، أو من الحكم القضائي تبقى وسيلة وقائية للشركة يتم عن طريقها تجنب الحكم بشهر

[1] وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012 ص 109.

[2] تنص المادة 317 من ق.ت:" متى قبل المدين في تسوية قضائية يقوم القاضي المنتدب باستدعاء الدائنين المقبولة ديونهم في الميعاد المقرر في المادة 314 وذلك بإخطار ينشر في الصحف أو موجه ضمن ظروف شخصية من طرف وكيل التفليسة."

[3] إن التمييز بين الصلح والتسوية القضائية أمر مهم فالصلح هو أثر للتسوية القضائية كما أنه ممكن أن يسبقها دون حاجة للحصول على حكم بالتسوية القضائية وهذا ما يسمى بالصلح الودي.

[4] أغلبية عددية او أغلبية الأصوات وهي التي تمثل النصف زائد واحد من مجموع الدائنين المقبولة ديونهم وأغلبية الديون يجب أن يمتلكون ثلث مجموع الديون المقبولة.

الإفلاس حيث يعتبر الصلح القضائي أثر للتسوية، و تطبق كل هذه الاجراءات تحت إشراف القضاء حيث لم ينص المشرع على التسوية الودية التي تتم بين الدائن والمدين والتي لا تخضع لرقابة القضاء، وبما أن التسوية القضائية عبارة عن صلح بين المدين وجماعة الدائنين حيث تلتزم الألقية فيه برأي الأغلبية فإن المشرع لم يترك أقلية الدائنين بدون حماية، فاشترط المشرع ضرورة تصديق المحكمة على الصلح و ضرورة مراعاة الشروط القانونية والإجرائية المطلوبة لإجراء التسوية[1].

إن الهدف من التسوية القضائية للشركة هو انقاذها من الإفلاس فهو إجراء وقائي، وهو بهذه الميزة لا يهدف لإجبار الدائنين على الموافقة عليه بمنح آجال للتسديد أو بالإنقاص من مبلغ الدين، فإن موافقة الدائنين ليست اجبارية لإجراء التسوية القضائية، حيث لا يلزم القاضي الدائن بالتخلي عن دينه أو جزء منه دون موافقته فعنصر الإرادة هو الأساس الذي تقوم عليه التسوية، وهذا ما أكده المشرع في المادة 317 فقرة أخيرة بنصها :" عقد الصلح هو اتفاق بين المدين ودائنيه الذين يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها" .

وعليه يجب أن يتأكد القاضي من موافقة الدائنين على إجراء هذه التسوية لأن رأي الدائنين هنا ليس مجرد رأي استشاري إنما هو ملزم من أجل صحة إجراءات التسوية، فإن تولي القضاء مهمة تقرير التسوية القضائية لا يحرم الدائنين من حقهم في إبداء موقفهم إما بقبول أو رفض التسوية من أجل الموازنة بين مصلحة الشركة ومصلحة دائنيها[2].

يهدف الصلح الواقي من الإفلاس لوقاية الشركة وليس لتنازل الدائن عن حقوقه، حيث يكون مضمون التسوية مساعدة المدين والتسيير عليه في تجاوز الصعوبات، فيكون مضمون التسوية الاتفاق في محضر الصلح على تقسيط الدفع أو التنازل عن بعض أجزاء الدين أو الوفاء عند اليسر خروجا عن مبدأ عدم تجزئة الدين ومبدأ عدم منح المهل أو مهلة الميسرة في التعامل التجاري ، فقد يتنازل الدائنون عن أجزاء من ديونهم ويتم الوفاء معجلا بأجزاء أخرى فتستثمر الشركة حينها هذه الأموال

[1] وهاب حمزة، نظام التسوبة القضائية في القانون التجاري الجزائري، دراسة مقارنة مع قانون التجارة المصري، دار الخلدونية للنشر ، الجزائر، 2011، ص 34.

[2] A. Jacquemont, Manuel de droit des procédures collectives , redressement et liquidation judiciaire , 5 ème éd, Litec , France ,2007 , p 176 .

ويكون ذلك أفضل من أن تمنح لها آجال جديدة، على الا تبرء ذمتها من الأجزاء المتبقية، و لم يحدد المشرع نسبة ما يمكن التنازل عنه من نسبة الديون.

اذ يمكن أن تكون الشركة بحاجة لآجال اتفاقية حتى تستعيد مركزها المالي خاصة إذا كانت تمتلك ائتمانا تجاريا وأن المسألة تتعلق فقط بمنحها مهلة للوفاء[1].

يظهر دور الدائن أثناء التسوية القضائية منذ تقديم الطلب أمام القضاء[2] حيث جعل المشرع الدائن طرفا مهما في التسوية عندما قرر له الحق في تقديم طلب التسوية أمام المحكمة المختصة، كما قرر المشرع حماية للدائنين السلطة للقاضي ان ينظر في مسألة التسوية القضائية تلقائيا بعد الاستماع للمدين[3].

رغم أنه حكم مخالف للقواعد العامة التي تلزم المحكمة بأن لا تقضي بما لم يطلب منها، إلا أن في ذلك الحكم القانوني حماية لمصالح الدائنين الغائبين الذين منعتهم ظروف تقديم طلب التسوية القضائية للمحكمة [4]، كما لا يطالب الدائن بتبرير دينه فتكفي فاتورة غير مسددة في الأجل المحدد لتأسيس حقه، تحقيقا لمصلحة الدائن الذي يحرك إجراءات التسوية القضائية تجنبا لحالة عسر الشركة التي يمكن لها أن تستغل الوضع، عن طريق قيامها مثلا بتسديدات عشوائية أو بتسديدات صورية[5].

تخضع لنظام التسوية القضائية كل الشركات التجارية باستثناء شركة المحاصة فهي لا تخضع للإفلاس أو التسوية القضائية كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، اخضعت بعض التشريعات[6] شركة المحاصة لنظام التسوية القضائية بغرض المحافظة على استمرارها، رغم عدم خضوعها لنظام الإفلاس

[1] بن داود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009 ، ص 204.

[2] إلى جانب الطلب الذي يقدمه الدائن يجب توفر حسن النية لدى الشركة بأنها لم تقم بأي أعمال غش اوتدليس أثناء نشاطها وأن إضطراب أعمالها كان غير متوقع، لم يكن بإمكانها دفعه وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير منح الشركة التسوية القضائية.

[3] المادة 216 فقرة 02 من ق.ت:" يمكن للمحكمة أن تتسلم القضية تلقائيا بعد الإستماع للمدين أو إستدعائه قانونا".

[4] وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 98.

[5] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 331.

[6] على غرار المشرع البريطاني، مأخوذ عن نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 42.

نظرا لانعدام شخصيتها المعنوية، من اجل الإبقاء على الشركة حماية لها ولمن تعامل معها، لكن هذا لا يعني مطالبة الشريك المحاص بالصلح بصفته تاجرا فردا .

وعليه فإن التسوية القضائية آلية قانونية مهمة يسعى المشرع من خلالها الإبقاء على الشركة التي تعاني من صعوبات اقتصادية معينة، وذلك من خلال تمكين دائني الشركة من خلاص ديونهم مع الحفاظ على كيان الشركة عن طريق التفاوض مع الدائنين حول إمكانية تأجيل الديون أو تخفيض بعضها، في حين يسعى الدائنون إلى تسديد ديونهم كاملة وفي آجالها فيتم اعتماد حل وسط يراعي مصالح الطرفين بجدولة الديون بعد تقديم الشركة اقتراحاتها حول التسوية، ويقوم الدائنين على ضوء ذلك بتقييم حظوظهم في الحصول على حقوقهم ، كما يقومون بتقديم اقتراحات يتفاوضون حولها مع الشركة المدينة ثم يقررون بعد ذلك قبول أو رفض التسوية، وذلك تحت إشراف القضاء حيث تصادق المحكمة على الاتفاق سواء كان صادرا عن كل الدائنين أو أغلبهم[1]، ولا يجوز للمحكمة تعديل الاتفاق إنما رفض المصادقة فقط .

لابد من تحديد أطراف الصلح الواقي من الإفلاس بما أن تفليسة الشركة تنفصل انفصالا تاما عن تفليسات الشركاء فيها، فقد يتصالح دائنو الشركة مع أحد شركائها في حين يرفضون التصالح مع الشركة فتبرء حينها ذمة الشريك من تضامنه مع الشركة بعد دفعه نسبته المقررة في الصلح من ماله الخاص، وعند وفاء الشريك بأكثر من مقدار دينه بحسب حصته في الشركة جاز له الرجوع على الشركاء بمقدار نصيب الشركاء في تلك الزيادة.

كما ينعقد الصلح بين الدائنين والشركاء تلقائيا بعد تصالح الشركة مع دائنيها في حالة عدم امتناع الدائن عن ذلك، لأن تصالحه مع الشركة قرينة قاطعة على وقوع تصالح بين دائني لشركة وشركائها ضمنيا، وبالتالي إعفائهم من دفع ديونهم من مالهم الخاص[2]، خاصة أن تصالح الدائنين مع

[1] هذا ما جاء في المادة 318 من ق.ت.
[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 370.

الشركة دون الشركاء فيها يؤدي لتوقف نشاط الشركة لأنهم يمتنعون عن مباشرة نشاطهم فيها، رغم ذلك فان امتناع الدائن عن الصلح مع الشركاء جائز لأنه مبرر باستقلال التفليسات عن بعضها[1].

ب- دور الدائنين في الاعتراض على الصلح.

منح المشرع للدائنين حق الاعتراض على الصلح عند اضراره بمصالحهم، وقرر المشرع لجميع الدائنين الذين كان لهم حق المشاركة في الصلح أو الذين حصل الإقرار بحقوقهم حق المعارضة على أن تكون مسببة[2] ،فلا يتمتع بهذا الحق الدائنين الذين لم تحقق ديونهم لأنهم لم يكونوا أطراف في الصلح، كما أراد المشرع إبعادهم درء للتلاعب ومن أجل الانتهاء من الإجراءات على وجه السرعة.

من الأسباب التي تجيز رفض التسوية القضائية إغفال مصلحة الدائنين، فإذا اتضح للمحكمة أن شروط الصلح تتضمن إخلالا بالمساواة بينهم فإنها ترفض الصلح وذلك رغم عدم معارضة أحدا لدائنين، او في حالة عدم تقديم الشركة لضمانات وتأمينات كافية، أو إذا اتضح للمحكمة أن شروط الصلح مرهقة للشركة لا تستطيع تنفيذها أو أن أموالها لا تكفي لتسديد الديون حينها يمكن للمحكمة إعلان إفلاس الشركة.

ان رفض المحكمة التصديق على الصلح لا يعني بأي حال من الأحوال إفلاس الشركة [3]، فللمحكمة سلطة تقديرية واسعة عند التصديق على الصلح حتى ولو لم يقع بشأنه أي اعتراض إذا كان لهذا الرفض ما يبرره من أسباب تتصل بمصلحة الدائنين[4] ، حتى ولو توفرت الشروط القانونية للتسوية، أو إذا تبين للمحكمة أن المدين غير جدير بالصلح، أو أن الصلح يمس بمبدأ المساواة بين الدائنين أو تبين غش المدين.

---

[1] أجاز المشرع للدائنين عدم قبول الصلح إلا لصالح أحد الشركاء خاصة في الشركات التي تضم شركاء متضامنين، وهذا حسب المادة 318 من ق.ت.

[2] تنص المادة 323 من ق.ت:" يحق لجميع الدائنين الذين كان لهم حق المشاركة في الصلح أو الذين حصل إقرار بحقوقهم منذ إبرامه أن يعارضوا فيه وتكون المعارضة مسببة وبتعين إبلاغها للمدين ووكيل التفليسة في الثمانية أيام التالية للصلح وإلا كانت باطلة ويتضمن إعلانات بالحضور لأول جلسة للمحكمة.

[3] وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 140.

[4] المادة 327 من ق.ت:" ترفض المحكمة التصديق على الصلح في حالة عدم مراعاة القواعد المفروضة فيما تقدم أو قيام أسباب ترجع أما للمصلحة العامة أو لمصلحة الدائنين تكون بحكم طبيعتها حائلا دون الصلح".

لا يسري الصلح الواقي على الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد تقديم الطلب للمحكمة فإنهم يستطيعون المطالبة بكامل الدين وفي موعد الاستحقاق، كما يستطيعون استعمال حقهم في طلب الإفلاس عند توقف الشركة عن الدفع[1] أما الدائنين السابقين على التصديق فيسري في حقهم الصلح.

يعتبر الصلح الناشئ عن التسوية القضائية عقدا يمنح للدائنين الحق في إبطاله أو فسخه فعلى المدين الالتزام بما اتفق عليه.

يبطل الصلح في حالة وجود غش أو تدليس أو إخفاء الأموال أو المبالغة في الديون، وإذا كشف التدليس بعد التصديق على الصلح لا يبرئ إلغاء الصلح ذمة الكفلاء باستثناء العالمين بالتدليس هذا ما جاء في المادة 341 من القانون التجاري، يتضح من هذه المادة أن الغش لا يعتبر سببا في البطلان إلا إذا ظهر بعد التصديق على الصلح، كما يجب أن يكون هذا التدليس ناشئ عن إخفاء مال المفلس أو المبالغة في ديونه، ومن تم لا يقبل طلب الإبطال لغش ناتج عن سبب آخر أو للأسباب العامة لبطلان العقود.

فإن قيام الشركة بإخفاء أموالها قد يدفع الدائنين لقبول نسب ضئيلة من ديونهم، كذلك فإن مبالغة الشركة في الديون لإيهام الدائنين بكثرة عددهم يدفع الدائنين للتساهل في اتفاق الصلح[2].

ويقصد بالتدليس الذي يؤدي لإبطال الصلح كل تحايل أو تغرير يكون غرضه إخفاء الحقيقة عن الدائنين بقصد حملهم على قبول الصلح، ولا يكون التدليس سببا لإبراء الكفلاء إلا الذين كانوا عالمين به عند التزامهم.

إذا ظهر الغش أمام المحكمة فتحكم على المفلس بإفلاس بالتدليس[3]، كما يمكن طلب فسخ الصلح إذا لم تنفذ الشركة التجارية التزاماتها المشروطة في العقد مادام الصلح عقدا[4].

---

[1] التصديق على الصلح يجعله ملزما تجاه كل الدائنين السابقين سواء حققت ديونهم أم لا، وهذا ما جاء به المشرع في المادة 330 من ق.ت.

[2] أحمد محمد محرز، العقود التجارية ونظام الإفلاس، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 298.

[3] في حالة الحكم على المفلس بعقوبة الإفلاس بالتدليس بعد التصديق على الصلح يسقط هذا الصلح بقوة القانون ويصبح الدائنين في حالة اتحاد بعد الإفلاس

[4] المادة 340 من ق.ت:" إذا لم يقدم المدين بتنفيذ شروط الصلح فيجوز رفع طلب بفسخه إلى المحكمة التي صدقت عليه في مواجهة الكفلاء ....".

لم يضع المشرع قواعد خاصة لفسخ الصلح إنما أخضعه للقواعد العامة فإذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه الذي تعهد به جاز للدائن أن يطلب من الشركة التنفيذ العيني أو الفسخ، وحتى في مواجهة الكفلاء إن وجدوا .

وللدائنين التمسك بالحقوق الممنوحة لهم على سبيل التأمين وفي حالة عدم حصولهم على ما تم الاتفاق عليه جاز لهم طلب الفسخ أمام المحكمة التي صادقت على الصلح، وإذا قضت المحكمة بفسخ الصلح ينهار وينتهي بالنسبة لجميع الدائنين وليس بالنسبة للدائن الذي رفع الدعوى وحده لأن عقد الصلح غير قابل للتجزئة[1] وللمحكمة أن تتولى تلقائيا الحكم بفسخ الصلح حسب ما جاء في المادة 340 في فقرتها الثانية.

بعد قضاء المحكمة بالبطلان أو الفسخ ينتهي الصلح دون حاجة لحكم جديد ويقوم القاضي بشهر إفلاس الشركة عند توفر شروطه أو الرجوع للتسوية مرة ثانية، لا يترتب على فسخ الصلح إبراء الكفلاء فيظل الكفيل ملتزما بتنفيذ التزامه كليا أو جزئيا لأنه مسؤول عن تنفيذ شروط الصلح على عكس بطلان الصلح الذي ينتج عنه إبراء ذمة الكفيل إلا إذا علم بالغش أو التدليس[2].

كما لا يترتب على البطلان أو الفسخ إلغاء ما قام به المدين من إجراءات بعد التصديق على الصلح إلا إذا كان ذلك تدليسا تجاه الدائنين وهذا ما جاء في المادة 345 من القانون التجاري ويسترد الدائنون السابقون على الصلح حقوقهم في مواجهة الشركة لكنهم لا يدمجون ضمن جماعة الدائنين إلا إذا كانت ديونهم كاملة، ولم يتم قبضها أو يتم دمجهم بجزء من ديونهم الأصلية في حالة الوفاء لهم بجزء من حقوقهم حسب المادة 346 من القانون التجاري.

[1] عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج3، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دراسة مقارنة، دار للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص362.
[2] وفاء شيعاوي، المرجع السابق، ص 119.

الفرع الثاني: آثار التسوية القضائية بالنسبة لدائني الشركة التجارية.

ينتج عن الحكم الذي يقضي بالتسوية القضائية للشركة آثاره تجاه الشركة، والشركاء كل بحسب مركزه القانوني في الشركة، الى جانب المسيرين حيث يمكن وضعهم شخصيا في حالة التسوية القضائية، كما يجعل هذا الحكم الديون مستحقة الأداء بالنسبة للشركة، وتتوقف كل دعوى فردية للدائنين الذين يكونون جماعة الدائنين، باستثناء الديون المضمونة بامتياز خاص او رهن حيازي او عقاري.

كما يمكن ان يؤذن للشركة بمتابعة استغلال نشاطها من اجل انقاذ الشركة وحماية لحقوق دائنيها[1].

أ- آثار تطبيق التسوية القضائية على حقوق الدائنين.

يقوم نظام الإفلاس والتسوية القضائية على مبدأ المساواة بين جميع الدائنين وتطبيقا لهذا المبدأ جعل المشرع الوكيل المتصرف القضائي يقوم بعمليات التسوية القضائية[2]، وذلك حتى لا يتسابق الدائنين فيتقدم بعضهم على البعض الآخر حماية لهم وضمانا لتوزيع عادل لأموال الشركة، فبمجرد صدور الحكم بالتسوية القضائية يقوم الوكيل المتصرف القضائي بكافة الأعمال الخاصة بالتصرف في أموال الشركة حتى تتم التسوية بصورة منتظمة.

يكما ترتب على الحكم بالتسوية القضائية الأمر بافتتاح إجراءات الصلح فتوقف جميع الدعاوى والإجراءات التنفيذية والتحفظية الموجهة بصفة فردية للشركة[3].

يسري هذا الحكم على الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم امتياز خاص حيث يستثنى الدائنين الممتازين والمرتهنين وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز، هذا ما جاءت به المادة 245

[1] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 334.

[2] صدر الأمر 96-23 المؤرخ في جوان 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، واستبدل وكيل التفلسة بالوكيل المتصرف القضائي، وتم الغاء المادة 238 من القانون التجاري التي كانت تنص على وكيل التفليسة.

[3] يحل الوكيل المتصرف القضائي محل الدائن في رفع الدعاوى باسم الشركة باستثناء الإجراءات التحفظية التي يحتفظ الدائن بالحق بأن يقوم بها لمصلحة جميع الدائنين.

من القانون التجاري، فيتم وقف الدعاوى والإجراءات الفردية وذلك بقوة القانون، فيكون للدائن أن يتقدم بدينة في التسوية دون رفع دعوى فردية [1].

إن مبدأ وقف الدعاوى والإجراءات الفردية والتنفيذية يساعد الشركة في تسديد حقوق دائنيها لأنه يساهم في انقاد الشركة بتمكينها من مواصلة نشاطها بعد الحكم بالتسوية القضائية، وذلك دون الخضوع لضغوط الدائنين من اجل استرجاع التوازن المالي[2]، كما يسهل هذا الحكم على الشركة إعداد برنامج التسوية من أجل تسديد الديون وذلك دون تعريضها لتهديدات الإجراءات القضائية التي يقوم بها الدائنين، فمن شأن هذا المبدأ أن يحمي الشركة ويتضمن في نفس الوقت حماية للدائنين لأن انقاد الشركة لا ينجح الا عن طريق تحقيق التوازن بين مصالح الشركة ومصلحة الغير المتعامل معها[3].

يشمل وقف الدعاوى والإجراءات الفردية التي اتخذت قبل صدور الحكم بالتسوية القضائية والتي لا تزال قائمة والتي يمكن متابعتها ضد الوكيل المتصرف القضائي، هذا ما يتضح من المادة 245 من القانون التجاري.

كما يمنع على الدائن أن يرفع دعوى غير مباشرة باسم الشركة للمطالبة بحقوقها لدى الغير، حيث يمتلك الوكيل المتصرف القضائي هذا الحق، إلا إذا أهمل هذا الأخير رفع هذه الدعوى[4].

نظرا لاهتزاز ثقة الغير بالشركة التجارية بعد ظهور الصعوبات المالية التي تعرض حقوق الدائنين للخطر قرر المشرع سقوط أجل الديون هذا ما جاء به المشرع في المادة 246 من القانون التجاري، كما يساعد هذا الحكم في تهيئة الصلح دون تأجيل وإعداد جدولة للديون لأن عرقلة هذه الأعمال لا يكون لمصلحة الدائنين[5].

---

[1] بمجرد أن يصبح حكم التصديق على الصلح نهائيا تتوقف مهام الوكيل المتصرف القضائي ويستعيد الدائنين حقهم في مقاضاة المدين.

[2] الطيب بلولة، المرجع السابق، الصفحة 327.

[3] A. Jaquemont , op ,cit , p 176

[4] عزيز العكليلي، المرجع السابق، ص 119.

[5] بن داود إبراهيم، المرجع السابق، ص143

إلى جانب الإجراءات الوقائية الخاصة بحماية أموال الدائنين بترتيب رهن على كل الأموال العقارية للشركة وإلزام الوكيل المتصرف القضائي بدفع الأجور المستحقة للعمال [1]، ودعاوى الاسترداد التي تمكن المالكين من استرداد الأشياء التي فسخ بيعها قبل الحكم بالتسوية القضائية أو التي لم يتحقق تسليمها بعد والأوراق التجارية والسندات غير المسددة والتي تسترد لمالكها[2].

كما قرر المشرع عدم نفاد بعض التصرفات الصحيحة التي يبرمها مسيري الشركات التجارية تجاه الغير بعد توقف الشركة عن الدفع، حيث منح المشرع للقاضي سلطة إبطال قرارات الشركة وتعهداتها التي أبرمتها قبل الحكم بالتسوية القضائية ،[3]خاصة أن تصرفات الشركة في تلك الفترة من شأنها أن تعرقل تنفيذ برنامج التسوية عند قيام الشركة بتفضيل دائن عن طريق تسديد دينه، أو منحه تأمين أو حق امتياز لدينه مما يشكل ضررا لباقي الدائنين ، حيث يقوم القاضي بإبطال كل تصرف بأثر رجعي من يوم صدور الحكم بالتسوية وأثناء فترة التوقف عن الدفع، و يعتبر كل تصرف يمس بمبدأ مساواة الدائنين ويعرض مصالح الشركة ومصلحة الغير للخطر تصرف غير نافذ من شأنه توقيف برنامج التسوية، ولأنه يعرقل هدف الدائنين والمتمثل في حصولهم على أكبر حصة من ديونهم وفي أقرب الآجال[4].

حاول المشرع من خلال تقريره لحالات عدم نفاد تصرفات المدين أن يكفل حقوق الدائنين، نظرا لاضطراب المركز المالي للشركة حتى في حالة التسوية القضائية يمكن المطالبة بعدم نفاد تصرفاته التي تمت اثناء فترة الريبة، بعد توقف الشركة عن الدفع خشية أن تكون لها رغبة في تبديد أموالها أو إقصاؤها من الضمان العام المخول للدائنين.

[1] تنص المادة 294 من ق.ت:" يجب على وكيل التفليسة عشرة أيام من الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية أن يؤدي الأجور والتعويضات والتوابع من نوع الناشئة بمناسبة عقود العمل والتي لا زالت مستحقة للعمال المستخدمين مباشرة من طرف المدين."

[2] يسترد مالك البضاعة أو الورقة التجارية أمواله لعدم وفاء الشركة بها حتى ولو تم البيع حيث تسترد الحيازة نظرا لعدم الوفاء هذا ما قرره المشرع في المواد 306 إلى 313 من ق.ت.

[3] نص المشرع على عدم نفاد وجوبي لتصرفات المدين تجاه الغير بعد الحكم بالتسوية القضائية في المادة 247 وعدم نفاد جوازي منح فيه المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تقرير عدم النفاد وذلك في المادة 249 من ق.ت.

[4] Fernand. Derrida , Redressement et liquidation des entreprises , 3ème éd, Dalloz , France, 1991 ., p 378 .

ومن هنا أوجد المشرع نظاما يوازن بين مصالح كل من الشركة ودائنيها على اختلاف فئاتهم من أجل منع بعض الدائنين من الحصول على حقوقهم على حساب دائنين آخرين دون تمتعهم بحق أولوية، لما في ذلك من ضرر كبير على الدائنين الذين لم يكن لديهم علم بتوقف الشركة عن الدفع تكريسا لمبدأ المساواة، وحماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة من الإضرار بمصالحه نتيجة للتصرفات الاحتيالية التي قد تقوم بها الشركة بعد توقفها عن الدفع[1].

حيث اعتبر المشرع دعوى عدم نفاذ التصرف في القانون المدني غير كافية لحماية الدائنين لما تحتويه من شروط من شأنها أن تؤدي لعدم ابطال تلك التصرفات، فحماية للدائنين نظم المشرع دعوى عدم نفاذ التصرف في القانون التجاري بإجراءات تمكن الدائن من حماية الضمان العام المخول له[2].

ب- حقوق الغير أثناء استمرارية الشركة في نشاطها بعد الحكم بالتسوية القضائية.

إن البدئ في إجراءات التسوية القضائية يعني توفر قدر من الثقة في المدين من اجل ذلك نجد القاضي غالبا ما يقرر استمرار الشركة في القيام بنشاطها اثناء التسوية القضائية، حيث يسمح هذا القرار للشركة أن تتولى إدارة أعمالها ونشاطاتها كما تقوم بالتصرفات العادية التي تتطلبها أعمالها التجارية، لكن تحت إشراف الوكيل المتصرف القضائي، وان استمرارية الشركة التجارية في نشاطها يعد تحفيزا لها وحماية لها من الإفلاس كما يؤدي لحماية مصالح الغير لما في ذلك من تقوية للضمان العام للدائنين[3].

لا يؤذن للشركة بمتابعة الاستغلال إلا إذا كان من شأن ذلك أن ينقذها، لأنه عمليا لا يتخذ الوكيل المتصرف القضائي والقاضي المنتدب هذا القرار عند التسوية القضائية للشركة، او بعد افلاسها إلا بعد تأكده أنه في مواصلة الشركة لنشاطها تحقيقا للمصلحة العامة او مصلحة للدائنين[4]،

---

[1] مغربي قويدر، وسائل حماية الضمان العام للدائنين، مجلة الحقوق والعلوم السياسية لكلية الحقوق والعلوم السياسية – بجامعة بلعباس- العدد 9، منشورات مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، 2012 ،ص 40.

[2] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 189.

[3] وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 146.

[4] المادة 277 من ق.ت " يجوز للمدين في حالة التسوية القضائية وبمعونة وكيل التفليسة وإذن القاضي المنتدب متابعة استغلال مؤسسته التجارية والصناعية، وفي حالة الإفلاس اذا ارتأى وكيل التفليسة استغلال المحل التجاري، لا يكون له هذا الا بعد اذن المحكمة بناء على تقرير القاضي المنتدب بإثباته ان المصلحة العامة او مصلحة الدائنين تقتضي ضرورة ذلك".

وأنه يحقق نتائج إيجابية طالما تسمح الوضعية المالية للشركة بذلك، ويقع على الوكيل المتصرف القضائي اثبات ذلك، و من اجل تطبيق هذه النظرة القانونية لإنقاذ الشركة لا بد من الاخذ بعين الاعتبار إمكانية تطبيقها عمليا[1].

تقرر المحكمة مواصلة الشركة لنشاطها بناء على تقرير القاضي المنتدب عندما تكون هناك جدية لمواصلة النشاط والحفاظ على التعهدات التي قامت بها من أجل تسديد حقوق الغير، وفي هذا إقرار بمبدأ حماية الغير لأن استمرار نشاط الشركة وإنقاذها من الإفلاس لا يمكن تحقيقه دون ارتباط بحقوق الغير فلابد من الموازنة بين مسألة إنقاذ الشركة وبين حقوق دائنيها[2].

يعمل القاضي المنتدب على جمع كافة المعلومات الخاصة بالشركة ويتمتع بأوسع السلطات للحصول على كل العناصر اللازمة لإعداد التقرير الذي يقدمه للمحكمة، فيمكنه أن يقوم بسماع المسيرين والمستخدمين والدائنين أي شخص يمكن أن يزوده بالمعلومات حول الشركة المعينة، ويقوم القاضي المنتدب بتعيين الوكيل المتصرف القضائي في الحكم الصادر بالتسوية القضائية أو الإفلاس، حيث أسند لهذا الأخير دور مهم للعمل على الوفاء للدائنين وإعداد خطة لإنقاذ الشركة بعد الاطلاع على وضعيتها المالية والمحاسبية، تتضمن هذه الخطة آجال ومراحل دفع الديون وجدولتها، ويمكن للدائنين أن يقومون بتخفيض ديونهم دون أن يفرض دلك عليهم[3].

يحتوي الاستمرار في النشاط بعد الحكم بالتسوية القضائية على مزايا متعددة للشركة ولدائنيها مما يمكن الشركة من استئناف نشاطها العادي بعد انتهاء إجراءات التسوية، كما تحافظ الشركة من خلال ذلك على ائتمانها والثقة التي يوليها لها كافة المتعاملين إلى جانب استمرار العمال والمستخدمين في عملهم وتوّول الأموال المكتسبة للدائنين[4].

يرتب الحكم بالتسوية القضائية رهن يقع بقوة القانون لصالح جماعة الدائنين على كل أموال الشركة الحاضرة أو التي تكتسبها في المستقبل، لمنع الشركة من التقاعس في تنفيذ شروط الصلح

[1] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 335.
[2] محمد حميدي، المرجع السابق، ص 97.
[3] الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 347.
[4] مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2003 ص 362.

وذلك من أجل تحقيق التوازن بين منح المدين الحق في استغلال نشاطه وحماية للدائنين، فيمكن للشركة أن تعقد صفقات تحرر أوراق تجارية مواصلة تنفيذ العقود التجارية، لكن بمساعدة وتحت إشراف الوكيل المتصرف القضائي[1].

اما بالنسبة للديون والالتزامات الناشئة أثناء الاستمرارية في النشاط بعد الحكم بالتسوية القضائية فإذا لم يوافق أصحابها على تقسيطها فإنها تبقى خارج خطة الإنقاذ تسددها الشركة حالا، ويبقى للغير حق طلب توقيف التسوية عند عدم تحقيق الشركة للبرنامج الذي تم إعداده من أجل تسديد الديون فيكون الإفلاس هو الحل الوحيد بدلا من مضاعفة التزامات الشركة ومصاريف تعجز عن الوفاء بها[2].

يستفيد الشركاء في شركات الاشخاص من التسوية الممنوحة للشركة، إذ لا يمكن لدائني الشركة التنفيذ على أموال الشركاء المسؤولون بصفة شخصية عن ديون الشركة إلا بعد التنفيذ على أموال الشركة، كما انه عند حصول هذه الأخيرة على صلح واق من الإفلاس لا يمكن التنفيذ على أموال الشركاء، أما الدائنين الشخصيين للشركاء فلا يسري الصلح الممنوح للشركة عليهم ولا علاقة لهم به إذ يطالبون بكامل ديونهم وفي ميعاد استحقاقها، كما يمكن لدائني الشركاء المطالبة بشهر إفلاس هؤلاء الشركاء، وعندها ينتهي الصلح وتنتهي التسوية بانقضاء الشركة الحاصلة على الصلح الواقي نظرا لإفلاس أحد الشركاء فيها إلا إذا تقرر استمرارها من قبل باقي الشركاء، لا تطبق هذه الاحكام في شركات الأموال نظرا لعدم امتداد إجراءات افلاس الشركة لا شركاء فيها[3].

يسمح القضاء للمسير بالقيام بكل التصرفات التي من شأنها أن تساعد الشركة في تسديد ما عليها من التزامات تجاه الغير كما، يقوم بتنفيذ كافة التعهدات والصفقات والنشاطات التي قامت بها الشركة قبل صدور الحكم بالتسوية القضائية لكن تحت إشراف الوكيل المتصرف القضائي.

1 وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 148.
2 محمد حميدي، المرجع السابق، ص 98.
3 نشأت الأخرس، المرجع السابق، ص 129.

لم يمتنع القضاء الفرنسي عن الاعتراف بصفة التسيير الفعلي عند وجود الشركة التجارية في حالة تسوية قضائية، بالنسبة لكل شخص قام بالتدخل في تسيير الشركة في مرحلة تسويتها القضائية، هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لمسير شركة تجارية قام بإبرام عقود وتعامل مع مصلحة الضرائب أثناء التسوية القضائية للشركة، وذلك بعد أن استقالته من الشركة و انتهاء مهامه[1].

يتضح من خلال المادة 217 من القانون التجاري أن المشرع يساوي في تطبيق نظام الإفلاس والتسوية القضائية بين الشركات التابعة للقطاع الخاص والمؤسسات العمومية، غير أن الحكم بإفلاس هذه الأخيرة يكون غالبا نظريا، حيث يتم تجنبه عن طريق تسديد كل الديون وقفل التفليسة حفاظا على هيبة هذه المؤسسات، أو القيام بعرضها للخوصصة للإبقاء على نشاطها و الاحتفاظ بمناصب الشغل، أو اللجوء إلى حلها الإداري في حالة استحالة استمراريتها، حيث قامت السلطات العمومية في الجزائر بحل وتصفية 511 مؤسسة وتسريح أكثر من 171 ألف عامل إلى غاية جانفي 1996، يمكننا أن نلاحظ أن هذه الإجراءات التي تقوم بها السلطات العمومية تجنبا لتصفية المؤسسات العمومية هي ليست بإجراءات ناجحة لإنقاذ المؤسسات من الانتهاء والحل.

كما يمكننا أن نلاحظ قصور تدابير انقاذ الشركات التجارية، نظرا لانعدام الحماية الإجرائية الوقائية لإنقاذ ولحماية الشركة عند تعرضها لصعوبات مالية واقتصادية التي قد تؤدي بها إلى التوقف عن الدفع ثم الإفلاس، حيث لم يوجد المشرع نظاما قانونيا للمحافظة على وجود الشركة المتعثرة على عكس الكثير من التشريعات مثل المشرع الفرنسي والتونسي[2].

---

[1] Cass.com.14 octobre 1997 n° 2001 .D, Chambon c, Lefebvre « Responsabilité des dirigeants » , op , cit , p 843.

[2] كرس المشرع الفرنسي الكثير من الضمانات التي تهدف لحماية الشركات من الإفلاس واستعادة نشاطها ومكانتها وذلك منذ صدور قانون 13 جويلية 1967 ثم صدور قانون 01 مارس 1984 المتعلق بالوقاية من الصعوبات المالية للشركات التجارية الذي استبعد الإفلاس التقليدي واتجه نحو نظام خاص بإنقاذ الشركات والذي عدل في جوان 1994 ثم في سبتمبر 2000.

- كما صدر قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في تونس وهو قانون عدد 34 لسنة 1995 المعدل بالقانون عدد 63 لسنة 1999 الذي يهدف لتقويم الأوضاع المالية للشركات التجارية.

نص المشرع الجزائري على بعض الميكانيزمات التي تساعد على استمرارية الشركة، مثل الحق في الاطلاع على الوضعية المالية للشركة من أجل القيام بالتدابير اللازمة في حالة وجود صعوبات مالية، إلى جانب إلزام المسيرين و مندوبي الحسابات بالقيام بإعداد تقارير دورية عن الوضع المالي للشركات التجارية، والتدقيق في الحسابات والمصادقة عليها، إلى جانب وضع نظام إشهاري لإعلام الغير بالوضع الاقتصادي والمالي للشركة ونظام آخر لإعلام الشركاء، ومنحهم الحق في اتخاذ القرارات اللازمة للمحافظة على الشركة[1]، لكن لم يضع المشرع قوانين أو إجراءات وقائية وآليات محددة تضمن الإبقاء على نشاط الشركة وإنقاذها حماية لها ولحقوق الغير المتعامل معها .

المطلب الثالث: حماية الغير عند إفلاس الشركة التجارية.

بعد عجز الشركة وتردي وضعها المالي وبعد فشل التسوية القضائية يصعب إنقاذها من شهر الإفلاس، وإذا تبين للقاضي عجز الشركة وتوقفها عن الدفع قام بتقرير إفلاسها من تلقاء نفسه دون انتظار طلب من الدائنين أو المدين، وعلى غرار الحماية التي جاء بها المشرع للدائنين قبل إفلاس الشركة بغرض حمايتها من الإفلاس من أجل المحافظة على أموالها وضمانا لحقوق الغير، فإن المشرع ينص على ضمانات مهمة يتمتع بها الدائنين في نظام الإفلاس الذي وجد من اجل التنفيذ الجماعي على أموال المدين.

يعتبر مبدأ المساواة من أهم مبادئ نظام الإفلاس والتسوية القضائية لأنه يضمن سير عملية التنفيذ على أموال المدين دون مزاحمة الدائنين، حيث تتوقف المتابعات والإجراءات الفردية وتسقط آجال الديون كما يترتب رهن على أموال الشركة خاصة العقارية، إلى جانب غل يد مسيري الشركة عن إدارة التصرف في أموال الشركة.

[1]طرايش عبد الغني، آليات انقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع في القانون الجزائري مجلة الاكادمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، قسم العلوم القانونية والاقتصادية العدد 15،يناير 2016، ص 167.

الى جانب كل الآثار التي سبقت الإشارة إليها في التسوية القضائية والمتعلقة بالدائنين من عدم نفاذ بعض تصرفات المسيرين أثناء فترة الريبة، وحق الدائنين في الاسترداد وحقهم في الفسخ، على أن يقوم بذلك الوكيل المتصرف القضائي الذي منحه المشرع صلاحيات واسعة في القيام بكل التصرفات لمصلحة الدائنين من بيع وشراء ومواصلة تنفيذ العقود، أو حتى إبرام عقود وتعيين العمال [1]تحت إشراف ومراقبة القاضي المنتدب خاصة بعد السماح للشركة بمتابعة استغلال نشاطها، إلا أن الأعمال التي يقوم بها الوكيل المتصرف القضائي في الافلاس تكون بهدف تصفية أموال الشركة وتوزيع ثمنها على الدائنين،

يتميز إفلاس الشركة التجارية عن إفلاس الشخص الطبيعي نظرا لتمتع الشركة بصفات ومميزات كثيرة أهمها تمتعها بشخصية معنوية تجعلها مستقلة عن الشركاء فيها، فإن إفلاسها يرتب مسؤولية العديد من الأطراف فيها خاصة عند عدم كفاية أموالها لتسديد دائنيها فتظهر ضرورة إسهام الشركاء في تسديد تلك الديون كل بحسب ما تقتضي أحكام مسؤوليته عن ديون الشركة[2].

إن إفلاس الشركة ممكن أن يرجع لصعوبات اقتصادية ومالية تواجهها كما يمكن أن يكون سببه سوء التسيير وأخطاء مترتبة من مسير أو مسيري الشركات التجارية، من أجل ذلك قرر المشرع حماية للغير المتعامل مع الشركات التجارية مسؤولية كل من الشركاء والمسيرين، ووسع مجال ونطاق إفلاس الشركة لهؤلاء الأشخاص الذين اعتبرهم المشرع مسؤولون تجاه الغير عن إفلاس الشركة ضمن شروط وحدود معينة سوف نحاول إبرازها من خلال محاولة تحديد أثر إفلاس كل من الشركة والشركاء تجاه الغير (فرع اول)، ثم الإشارة لامتداد إفلاس الشركة التجارية لمسيريها (فرع ثاني).

[1] إضافة للمواد 256 و257 و268 إلى 277 المتعلقة بمهام الوكيل المتصرف القضائي.

[2] لابد من التمييز بين مساهمة الشريك في خسائر الشركة وبين مسؤوليته عن دفع ديونها، إذ ترتبط مسؤوليته عن خسائر الشركة بعلاقته بالشركة والشركاء في حين تكون مسؤوليته عن ديون الشركة نتيجة لعلاقته بالشركة وعلاقته بالغير المتعامل معها.

الفرع الأول: أثر إفلاس كل من الشركة والشركاء – تجاه الغير.

أ- الشركات الخاضعة للإفلاس.

لا يطبق نظام الإفلاس الا على الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية، والتي توقفت عن دفع ديونها مهما كان شكل الشركة التجارية سواء كانت شركات أشخاص أو أموال، فيجوز شهر إفلاسها في أي مرحلة من مراحل حياتها بعد توقفها عن سداد ديونها[1]، من هنا لا تفلس إلا الشركة التي لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء فيها .

أما بالنسبة لشرط الصفة التجارية فلم يشر إليه المشرع نظرا لأنه اخضع كل شخص معنوي خاص لنظام الإفلاس حسب المادة 215 من القانون التجاري، كما أخضع الشركات ذات الأموال العمومية لنظام الإفلاس، فيقرر القاضي افلاسها الكلي او الجزئي بحسب الحالة، على ان تقوم السلطة العمومية المؤهلة بإجراء التنفيذ على أموالها وتصفيتها لمصلحة دائنيها [2]، وأشار المشرع في المادة 217 من القانون التجاري ان يحدد التنظيم السلطة المؤهلة للقيام بتسديد الدائنين.

لا تختلف الشروط الموضوعية الأخرى لتطبيق نظام الإفلاس على الشخص الركة التجارية فهي نفسها بالنسبة للتاجر الفرد أو الشخص الطبيعي عند عجزه عن الوفاء بديونه، اذ لابد من صدور حكم الإفلاس فلا يكفي توقف الشركة عن الدفع لاعتبارها في حالة إفلاس.

من أجل تطبيق أحكام الإفلاس على الشركات التجارية يجب تحديد مدى تمتعها بشخصية معنوية، وبذمة مالية مستقلة والتمييز بين إفلاس الشركة وإفلاس الشركاء المكونين لها .

ليس للشركة الفعلية شخصية معنوية لذلك فإنها لا تستطيع أن تخضع للإفلاس، حيث يشهر القاضي إفلاس الشركاء، وذلك باعتبارها باطلة يعني لا أثر لها تجاه الغير، لكن بعد الاعتراف

[1] تنص المادة 215 من ق.ت:" يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجر إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدة خمسة عشرة يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس ".

[2] أخضع القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في12 يناير 1988 ج.ر عدد 2، 13 يناير 1988، في المادة03 منه المؤسسات لقواعد القانون التجاري عند وجود نص خاص، وبعد تعديل القانون التجاري بالمرسوم التشريعي رقم 93-08، عدلت المادة 217 وأصبحت هذه المؤسسات تخضع كليا أو جزئيا لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية باستثناء المادة 352 من ق.ت والمتعلقة ببيع أموال المؤسسة التي كلف المشرع فيها السلطة العمومية المؤهلة.

للشركة الفعلية بشخصية معنوية اكتسبتها قانونا فأصبح من الممكن شهر إفلاسها متى توقفت عن دفع ديونها، سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم ببطلانها أو أثناء التصفية، وللغير طلب شهر إفلاسها إذا توقفت عن دفع ديونها، وبعد صدور حكم الإفلاس فإنه يمنع تطبيق الأثر الرجعي لبطلان الشركة التجارية، و يتم تطبيق آثار الشركة الفعلية إلا ما تعلق منها بفترة الريبة حيث يكون قد تأكد وجودها بصدور حكم إفلاسها[1].

من هنا يظهر الفرق بين الشركة الفعلية والشركة الباطلة، للشركة الفعلية شروط وحالات للاعتراف بها قانونا وقضاء، ففي حالات بطلان الشركة التجارية عند تخلف شروط معينة لا يمكن اعتبارها شركة فعلية، لانها تكون منعدمة لا شخصية قانونية لها، ولا يمكن حينها تطبيق نظام الإفلاس عليها[2].

اما عند الاعتراف بوجود الشركة بحكم الواقع يتم إفلاسها ويمتد إفلاسها إلى جميع الشركاء فيها حيث تأخذ حكم شركة التضامن، و يمتد فيها الإفلاس للشركاء باعتبارهم متضامنين[3]، أما إذا تقرر بطلانها خاصة عند مطالبة الدائنين بإبطال الشركة ورفض الحكم بإفلاسها فيكون البطلان هو الأصل، وعندها يصبح لا وجود للشركة ولا لشخصيتها المعنوية ولا يمكنها بالتالي الخضوع للإفلاس[4].

نشير هنا لشركة المحاصة فلا شخصية معنوية لها ومن تم لا يجوز شهر إفلاسها، إنما يشهر إفلاس الشريك المحاص الذي يزاول التجارة باسمه، أما الشريك الذي لم يتعاقد مع الغير فلا يمكن شهر إفلاسه، وهنا يرجع الغير على الشريك المحاص أي الذي يتعامل مع الغير[5].

يثير إفلاس الشريك المحاص بعض الصعوبات القانونية خاصة المتعلقة بمسألة استرداد باقي الشركاء لحصصهم المسلمة لأحدهم من أجل استثمارها، نظرا لعدم تمتع الشركة بشخصية معنوية

[1] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 50.
[2] أحمد محرز الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 110.
[3] Henri Temple, Les sociétés de fait , op, cit, p 305
[4] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 232.
[5] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 232.

فلا تنتقل بالنتيجة ملكية الحصص للشركة، وتبقى مملوكة من طرف الشركاء، خاصة بالنسبة للحصص العينية لأن الحصة النقدية يمكن للشريك الذي قدمها الاشتراك في التفليسة بقيمتها بوصفة دائنا عاديا .

وعليه فإن حق الشركاء في استرداد حصصهم العينية من تفليسة شركة المحاصة ينطوي على تعارض كبير مع مصالح الغير حسن النية الذي اعتمد في تعامله مع الشركة على حيازتها لتلك الأموال، كما يتنافى هذا الحق مع نظرية الظاهر وحماية الغير حسن النية الذي اعتبر تلك الأموال ضمن ضمانه العام.

وعليه فحماية لحقوق الدائنين لا يمكن السماح للشريك المحاص باسترداد حصته العينية، إعمالا للسند القانوني المتمثل في منع المشرع القيام باسترداد الأموال التي تدخل في حيازة المدين المفلس إلا بتحقق شروط معينة[1]، وباعتبار الشريك المحاص مسؤول عن ديون الشركة فإن إثباته لملكية حصته لكي يستردها يجعله يكشف عن شركة المحاصة تجاه الغير[2].

أما الشركة الوهمية فإنها لا تتمتع بأي ذمة مالية لأن أموالها ملك لصاحب العقد الحقيقي الخفي فتكون الشركة في هذه الحالة شركة صورية، ومتى تبينت صورية الشركة حكم القاضي ببطلانها وتعتبر أموال الشخص المستتر جميعها ضامنها للوفاء بالتزامات الشركة الصورية الذي يمكن اعتباره شريكا وحيدا، كما قد تكون هناك شركة لكن مستغلة من طرف مديرها فيشهر إفلاس هذا الأخير نظرا لوجود شركة ظاهريا فقط وغير متمتعة بشخصية معنوية، عندما يقع الخلط بين أموال المسير وأموال الشركة فلا يكون هناك إلا نشاط ظاهري للشركة مستغل من طرف المسير لمصالحه الشخصية.

كما قد تتخذ صورية الشركة التجارية مظهرا آخرا عندما يقوم بإنشائها شخص بمشاركة أشخاص وهميين، أو أشخاص مشاركين بحصص تافهة فلا توجد هنا إلا ذمة الشريك الوحيد .

[1] المواد من306 الى 313 من ق.ت.

[2] عزيز عبد الأمير العكيلي:" الصعوبات القانونية الناشئة عن إفلاس الشركات " مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، سنة 1987، ص 22.

تعتبر الشركة صورية في هذه الحالة منعدمة لا يمكن اعتبارها شركة فعلية نظرا لعدم وجود الغرض في اكسابها شخصية معنوية[1]، فيكون الأثر القانوني المترتب في هذه الحالة هو انقضاء الشركة لانعدام ركن تعدد الشركاء، وعند القضاء بصورية الشركة يلتزم الشريك الوحيد بجميع ديونها في مواجهة الغير، إضافة للشركاء الصوريين عند تعدد الشركاء، كما يتحمل الدائنين الشخصيين للشريك الصوري تبعة هذا التصرف نظرا لمزاحمتهم لدائني الشركة الصورية[2].

أما الشركة التي تحول شكلها القانوني فإن تحويلها لا يؤثر على استمرارية شخصيتها المعنوية بعد إفلاسها في صورتها وشكلها الجديد، وبما أن التوقف على الدفع قد حدث لا حق على التحول فإنه لا يمتد إلى الشركاء السابقين، خاصة بالنسبة لشركة التضامن المحولة لشكل آخر بعد فقدان الشركاء لصفة التضامن لا يمتد لهم إفلاس الشركة بشكلها القديم.

أما في مجموعة الشركات فالأصل ان إفلاس الشركة الأم لا يستتبعه إفلاس الشركة الوليدة نظرا لتمتع كل منهما بالشخصية المعنوية المستقلة، إلا في حالة اعتبارها فرع للشركة الأم فيمتد الإفلاس للشركة الوليدة باعتبارها فرع من فروع الشركة فتفلس حينها[3].

يكون لدائني أعضاء المجمع حق على أموال الشركة المنتمية للمجمع دون الأموال الشخصية فيلتزم كل عضو بحسب ما قدمه من أموال في المجمع، حيث تكون الشركات داخل المجمع غالبا شركات مساهمة. اما إذا اتخذت شكل قانوني آخر يطبق على الأعضاء النظام القانوني الخاص بتلك الشركة، ولم يتطرق المشرع لمسالة اخضاع أعضاء المجمع للإفلاس تبعا لإفلاس أحدهم خاصة بالنسبة للشركة القابضة عندما يتم الخلط بين ذمتها المالية والذمة المالية للشركة التابعة.

[1] تشتمل الصورية استعمال إسم وهمي يستعمله شخص يستتر وراء شركة صورية فيلتزم نتيجة لذلك المدين الحقيقي المستتر لإساءة استعماله للشخصية المعنوية للشركة، ونفس الجزاء يطبق في حالة استعمال الاسم المستعار.

[2] M.A. Magnien , La faillite des sociétés fictives , Front cover éd ,France , 1987 , p 65 .

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 357.

اشار القانون الفرنسي لحالة الخلط بين الذمم المالية وقرر تمديد الإفلاس لكل الأطراف في حالة ثبوت خلط بين الذمم المالية[1]، وبالتالي فعند ثبوت مسؤولية الشركة القابضة بعد قيامها بالهيمنة على شركاتها التابعة، وفرض سيطرتها المالية والإدارية على الشركة التابعة خاصة عند وقوع حالة الخلط بين الذمم المالية، يمكن شهر افلاس الشركة القابضة تبعا لإفلاس الشركة التابعة حتى ولو لم تتوقف الشركة القابضة عن الدفع.

ان امتلاك الشركة القابضة لأكثرية راس المال الى جانب الرقابة التي تمارسها على الشركات التابعة لا يعد سببا كافيا لإخضاعها لنظام الافلاس تبعا لإفلاس احدى الشركات التابعة، الا في حالة وجود وضع ظاهر وذلك بعد اعتقاد الغير بانه يتعامل مع الشركة و ليس مجمع للشركات التجارية، خاصة عند عدم بروز مظاهر وجود مجمع يضم عدد من الأعضاء[2]، فلا بد من اثبات مسالة هيمنة الشركة القابضة من اجل إلزام الشركة القابضة بتحمل تبعة افلاس أحد الاعضاء، واثبات وجود وضع ظاهر.

اما التجمع ذو المنفعة الاقتصادية فانه يتمتع بشخصية معنوية الى جانب كل أعضائه المكونين له، وبالتالي يخضع الكل لنظام الإفلاس، ومع ذلك لم يبين المشرع مدى إمكانية اخضاع الأعضاء للإفلاس تبعا لإفلاس التجمع.

سمح المشرع بإنشاء التجمع دون تقديم راس المال، من اجل ذلك تم اخضاع الاعضاء لمسؤولية الشخصية والتضامنية عند تسديد الديون، وسكت المشرع عن بيان تمديد اجراءات الإفلاس على الأعضاء في حالة افلاس التجمع ذو المنفعة الاقتصادية.

ونشير في هذا السياق لقيام المشرع الفرنسي باستبعاد امتداد الإفلاس لأعضاء التجمع في قانون انقاذ المؤسسات الفرنسي الصادر في 26 جويلية 2005[3] ولعل السبب يكمن في استقلالية الشخصية المعنوية لأعضاء التجمع، ومع ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية اخضاع كل من أعضاء

[1] Art 621-2 c.c.f « la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ».
[2] Ph. Merles, op. cit p 907.
[3] La loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art 15.

مجمع الشركات التجارية، وأعضاء التجمع ذو المنفعة الاقتصادية للإفلاس في حالة ثبت الخلط بين الذمم المالية لهؤلاء الاعضاء[1].

يجوز شهر إفلاس الشركة التجارية أثناء تصفيتها حيث تظل محتفظة بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لتصفيتها، ففي حالة عجزها عن الوفاء بديونها أثناء التصفية يمكن شهر إفلاسها .

نشير للشركة قيد التأسيس والتي يمكن أن تكون حالة مشابهة للشركة تحت التصفية فقط فيما يتعلق بالاعتراف لها بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم لإجراء أعمال التأسيس، والتي لا يمكنها أن تمارس نشاطها في تلك الفترة قبل إتمام أعمال التأسيس واكتسابها للشخصية المعنوية، لذلك فلا يجوز شهر إفلاسها على عكس الشركة تحت التصفية، ويسأل المؤسسين عن الالتزامات الناشئة أثناء فترة التأسيس والتي تعهدوا بها باسم ولحساب الشركة وعلى وجه التضامن ومن غير تحديد في أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد قيدها أن تأخذ على عاتقها تلك التعهدات، ومع ذلك فإنه لا يمكن شهر إفلاس المؤسسين لأنهم لا يكتسبون صفة التاجر[2].

إن توقف الشركة عن دفع ديونها خلال التصفية يحول دون مطالبتها بإجراء الصلح لأن الصلح يهدف إلى مساعدة الشركة للإبقاء على نشاطها لاجتياز الأزمة الطارئة التي تمر بها، وهذا يتعارض مع أهداف التصفية التي تخضع لها الشركة بعد توفر أحد أسباب الانقضاء[3] فيجوز بالتالي للشركة طلب الصلح إذا لم تكن في مرحلة التصفية، أما بالنسبة الديون التي قد تظهر بعد انتهاء أعمال التصفية فإنه يطبق عليها القواعد العامة التي تمنح للدائنين الحق في مطالبة الشركاء شخصيا بالوفاء بالديون.

[1] Cass. Com 31 janvier 1995 n 92 Rev sociétés 1995 le Lamy des sociétés commerciales n 486 p 219.

[2] هاني دويدار، القانون التجاري، العقود، الأوراق، الإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان ،2008 ص 735.

[3] عزيز عبد الأمير العكليلي، الصعوبات الناشئة عن إفلاس الشركات، المرجع السابق، ص 24.

ب- مسؤولية كل من الشركة والشركاء بعد الإفلاس:

الأصل أن حكم الإفلاس يقتصر أثره على الشركة كشخص معنوي مستقل عن الشركاء، حيث لا تمس آثار الإفلاس سواء المالية أو غير المالية الشركاء، كما أن إفلاس أحد الشركاء لا يمس بالشركة ولا ذمتها المالية، غير أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات كثيرة ترجع لعدم الانفصال التام بين ذمة الشركة وذمة الشركاء .

إن إفلاس شركة التوصية بنوعيها البسيطة وبالأسهم يؤدي لإفلاس الشركاء المتضامنين فيها دون الموصين،[1] فإن الشريك الموصي على عكس الشريك المتضامن لا يكتسب صفة التاجر ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود حصته، كما أن إفلاس شركة المساهمة والشركة المسؤولية المحدودة يقتصر على الشركة كشخص معنوي، ولا يمتد إلى الشركاء لأنهم لا يكتسبون صفة التاجر، ولا يلتزمون إلا في حدود ما قدموه من حصص ويرجع ذلك للانفصال التام بين ذمة الشركة التجارية وذمم الشركاء .

لا يسأل هؤلاء الشركاء أو المساهمين إلا في حدود ما يملكون من حصص وأسهم[2]، لان إفلاس الشركة لا يستتبعه إفلاسهم و لأن ديونها ليست ديون خاصة بهم، لكن يجب أن يدفع الشريك قيمة حصته في رأس مال الشركة كاملة، كما يمكن أن يطالب الشريك بدفع القدر اللازم لوفاء ديون الشركة، وفي حالة امتناعه عن التنفيذ يتم اتخاذ الإجراءات وفقا للقواعد العامة والحجز على أموال المدين[3].

إن عدم تأثر الشريك بإفلاس الشركة يتطلب مراعاته للأحكام القانونية الخاصة بمركزه القانوني في الشركة و الاحكام المتعلقة بمسؤوليته تجاه الغير، وخاصة اعلام الغير عن طبيعة مسؤولية الشريك مثل حالة الشريك الموصي الذي يتدخل في أعمال إدارة الشركة، فإذا خالف الشريك الموصي هذه

[1] لا يسأل الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم إلا في حدود حصتهم المقدمة نظرا لاستقلالية ذممهم المالية عن ذمة الشركة وعدم تقرير قاعدة تضامنهم مع الشركة في تسديد الديون.

[2] سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ط 1 ، لبنان، 2007 ، ص 92.

[3] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 77.

الأحكام وأشهر إفلاس الشركة فإن أثر هذا الإفلاس يمتد لذمته المالية ويمكن ان يؤدي لإفلاسه، حيث اعتبره المشرع في حكم الشريك المتضامن في هذه الحالة [1] هذا ما ورد في المادة 563 مكرر 5، مع أن تدخل الموصي في أعمال شركة التوصية البسيطة وإدارتها يجعله مسؤولا تضامنيا تجاه الغير، إلا أنه لا يكفي لاكتسابه صفة التاجر خاصة أنه لا يوجد نص قانوني يضفي عليه هذه الصفة مما يؤدي لاستحالة إفلاسه.

لكن تدخل الشريك الموصي في إدارة الشركة وقيامه بأعمال جسيمة وعلى درجة كبيرة من الأهمية يجعله يكتسب هذه الصفة بعد تحقق شرط ممارسة العمل التجاري، واحترافه له وهذ تطبيقا لنظرية الظاهر لأنه يظهر للغير بهذه الصفة فيمنحه الغير ائتمانه، ويتعامل معه على أساس صفة التاجر التي يظهر بها[2].

يختلف إفلاس شركة التضامن والتوصية البسيطة عن إفلاس باقي الشركات، حيث يستتبع إفلاس هذه الشركات إفلاس كل الشركات المتضامنين فيها باعتبارهم تجارا ملتزمون بكل ديون والتزامات الشركة، وعلى العكس فإن إفلاس الشريك لا يستتبعه إفلاس الشركة لأن الشركة لا تسأل عن الديون الشخصية التي تشتغل ذمة الشريك، إنما يؤدي إفلاس الشريك لانقضاء شركة التضامن لزوال الاعتبار الشخصي[3].

إن إعلان إفلاس الشركة يعني في الوقت نفسه أن الشركاء قد عجزوا عن الوفاء بديونها وخضعوا لأحكام الإفلاس، والطريقة الوحيدة التي يستطيع من خلالها الشريك التخلص من الإفلاس هي إثبات أن إفلاس الشركة والذي ترتب عنه إفلاسه لم يكن قانونيا، وذلك بعد استئناف الحكم الصادر عليه بالإفلاس تبعا لإفلاس الشركة.

---

1 أجازت بعض التشريعات شهر إفلاس الشريك المساهم تبعا لإفلاس شركة المساهمة عند قيامه بأعمال لحسابه الخاص وتصرفه في أموال الشركة كأنها أمواله الخاصة ويقوم بالسيطرة على الشركة وأموالها وهذا ما جاء في المادة 683 من قانون التجارة الكويتي.

2 عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 83.

3 كما أن إفلاس الشركة ذات الشخص الواحد يؤدي لانقضاء الشركة لا افلاسها وإن إفلاسها لا يؤدي لإفلاس الشريك الوحيد لكن تطبيق ذلك يتعلق بمراعاة الأحكام القانونية خاصة تلك المتعلقة بضرورة الفصل بين ذمة الشركة وذمة الشريك الوحيد وإلا امتد إليه إفلاس الشركة فيفلس حينها تبعا لإفلاسها.

وعليه يكون للدائنين الحق في إثبات ديونهم في تفليسة الشركة وتفليسة الشركاء واستيفاء حقوقهم من التوزيعات التي تعطى من كل التفليستين، وتكون كل تفليسة متميزة عن الأخرى حتى ولو عين وكيل متصرف قضائي واحد لها جميعا، فلكل منها جماعة دائنين مستقلة وحلول متميزة مختلفة عن الأخرى عند انتهائها، ويتزاحم في تفليسات الشركاء دائنو الشركة ودائنو الشركاء الشخصيين بدون أفضلية لأحدهم على الآخر[1].

ان تاريخ التوقف عن الدفع هو نفسه بالنسبة للشركاء والشركة نتيجة لتضامنهم، فيعتبر الشريك في حالة توقف عن الدفع في نفس اللحظة التي تتوقف فيها الشركة عن الدفع.

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تاريخ توقف شركة التضامن عن الدفع والذي تحدده المحكمة هو نفسه تاريخ توقف كل شريك فيها عن دفع ديون الشركة [2] فيمنح هذا الحكم للدائنين الحق في إثبات ديونهم في تفليسة الشركة وتفليسة الشركاء، كما ينتج عن تضامن الشركة والشركاء تجاه الغير أن المسؤولية التضامنية للشريك تبقى قائمة ولو أشهر إفلاسه أو إفلاس الشركة، لأنه تضامن قائم بين الشركاء وبين الشركة والشركاء، أما إذا أفلس الشريك المتضامن فلا يؤثر ذلك في مركز الملتزمين الآخرين سواء كانوا شركاء متضامنين أو كفلاؤه في الدين[3].

إن لتعدد المدينين في هذه الحالة لعدة أوجه فقد يكون المدينون مسؤولين تضامنيا، أو يكون أحدهم مسؤول بصفة أصلية والباقون بصفة كفلاء، ففي حالة إفلاس الملتزمين قبل الوفاء بالديون فإن ذمة المدينين تبرء بقدر ما دفعه على باقي المدينين كل بقدر حصته في الدين[4].

[1] إلياس ناصيف:" موسوعة الشركات التجارية " شركة التضامن، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، 1994، لبنان، ص 39.

[2] Cass.com.27 juin 2006,Rev – Droit des sociétés, janvier 2007 juris classeur, lexcis Nexic, p 20.

[3] عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، المرجع السابق، ص 131.

[4] عبد الحميد الشواربي، الإفلاس، منشأة المعارف، 1995، مصر، ص 267.

إن إفلاس جميع الملتزمين سواء بصفة مدينين متضامنين أو بصفة كفلاء يمنح للدائن حق الاشتراك بكامل دينه في تفليسات كل المدينين الشركاء، وذلك قبل مباشرة عملية التسديد، هذا ما قضت به المادة 288 من القانون التجاري[1].

يشترك الدائن بكامل مبلغ دينه في كل تفليسة في حالة إفلاس الشركة وكل الشركاء فيها ولا يجوز لكل تفليسة الرجوع على التفليسة الأخرى، وعند وجود زيادة تعود إلى التفليسة التي دفعت أكثر من حصتها في الدين، وللدائن الحق في مطالبة كل مدين متضامن بالدين بأكمله تطبيقا للقاعدة العامة للتضامن، ولا يوجد أي تفرقة بين الإفلاس الذي يقع دفعة واحدة وحالة تعاقب إفلاس الملتزمين الذي يحصل تبعا وتعاقبا[2].

بعد قيام أحد المدينين بالوفاء لا يجوز للدائن حينها الاشتراك في باقي التفليسات إلا بالجزء الباقي له من دينه، وعند حصوله على زيادة لا تكون من حقه يتم إرجاعها للتفليسة[3]، فإذا كان إفلاس الشركة يؤدي لإفلاس الشركاء المتضامنين في كل من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، فإن إفلاس أحد الشركاء لا يؤثر على مركز باقي الشركاء الملتزمين، وإذا سقط أجل الدين بالنسبة لأحد الملتزمين الذي أشهر إفلاسه لا يسقط الأجل بالنسبة للملتزمين الآخرين.

كما أن الصلح الذي يستفيد منه أحد الملتزمين لا يستفد منه باقي الشركاء[4]، أما حالة إفلاس بعض الملتزمين المتضامنين بعد الوفاء الجزئي للديون فنصت عليها المادة 290 قانون تجاري :"إذا كان الدائن صاحب التعهدات التضامنية بين المدين المفلس أو المقبول في تسوية قضائية وبين شركاء له في الالتزام قد قبض قسطا من حقه قبل التوقف عن الدفع فإنه لا يدخل ضمن جماعة الدائنين إلا بعد استنزال هذا القسط مع حفظ جميع الحقوق عن القدر الباقي له ضد الشريك في الالتزام أو الكفيل الصادر منه الدفع الجزئي في نفس جماعة الدائنين لكل ما دفعه إبراء لذمة المدين"، يتضح من هذه

1 تنص المادة 288 من ق.ت:" للدائن صاحب التعهدات الموقعة أو المظهرة أو المكفولة تضامنيا من قبل المدين وشركائه في الالتزام والمتوقفين عن الدفع أن يطالب كل جماعات الدائنين بالقيمة الإسمية لسنده وأن يشترك في التوزيعات حتى الوفاء الكامل .".

2 أحمد محمود خليل، شرح الإفلاس التجاري، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 103.

3 أحمد نصر الجندي ،الأوراق التجارية والإفلاس، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 381.

4 مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 230.

المادة أن في حالة حصول الدائن على جزء من حقه من أحد الشركاء قبل توقفه عن الدفع لا يمكنه عندئذ أن ينضم لتفليسة هذا الشريك، أو حتى تفليسة باقي الشركاء إلا بالجزء المتبقي من مبلغ الدين والذي لم يدفع له بعد .

أما إذا أفلس الشركاء في آن واحد فينضم الدائن إلى كل التفليسات لكن بالمبلغ الذي لم يحصل عليه بعد، فلا يمكن للدائن أن يدخل ضمن جماعة الدائنين إلا بعد طرح القسط الذي دفع له، ويحفظ حقه في القسط الذي لم يدفع له كما تبرء ذمة المدين بحسب ما دفعه، أما إذا أفلس المدين تبعا فيتقدم الدائن في كل تفليسة بكامل دينه[1].

يجب التمييز هنا بين التضامن القائم في مجموعة الشركات بين مجمع الشركات التجارية وأحد فروعه وبين مسؤولية الشركة القابضة والشركات التابعة في الإفلاس، لأن مسألة امتداد الإفلاس للشركات التابعة ممكن حدوثه في القانون التجاري تطبيقا لقاعدة التضامن المفترض، لكن افلاس الفرع يطرح مسألة عدم توفر شروط الإفلاس، فالفرع لا يتمتع بشخصية مستقلة حتى في حالة ممارسة نشاط تجاري فإنه لا يكتسب صفة التاجر، فلا يمكن الحديث عن افلاس فروع الشركة تبعا لإفلاس الشركة، لذلك يجب عدم الخلط بين مفهوم فروع الشركة والشركات التابعة لها[2].

إن استقلال كل تفليسة عن الأخرى سواء في إفلاس شركة التضامن والشركاء فيها، وكذا إفلاس الشركاء في كل من شركة التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وحتى إفلاس الشركات التابعة في مجموعة الشركات ينتج عنه آثار قانونية في حالة الصلح، حيث تنتهي التفليسة بالشكل الذي يتم الاتفاق عليه مع الدائنين، فقد تنتهي تفليسة الشركة والشركاء بالصلح وتنتهي تفليسة شركاء آخرون بالاتحاد[3]، كما قد تنتهي تفليسة الشركة بالاتحاد و تفليسات الشركاء بالصلح، لكن عند انتهاء تفليسة الشركة بالصلح و تفليسات الشركاء بالاتحاد لا يجوز لمن أشهر إفلاسه البقاء في الشركة

[1] راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4 ، الجزائر، 2002، ص 280.

[2] J. Guyenot , Rev. des sociétés , n° 1 , Dalloz février 1970 , p 117.

[3] يؤدي الاتحاد إلى إنهاء إجراءات الإفلاس فهو يهدف لتصفية أموال المدين وتوزيعها على الدائنين بعد حصر الموجودات وبيع أموال المدين بالمزاد العلني وخصم نفقات التفليسة.

كشريك فيها إلا إذا رد اعتباره، كما ان الإفلاس يؤدي لانقضاء شركة التضامن ما لم يوجد اتفاق يقضي باستمرارها رغم إفلاس أحد الشركاء فيها[1].

الفرع الثاني: امتداد إفلاس الشركة التجارية لمسيريها .

أ- الأساس القانوني لمسؤولية المسيرين عند إفلاس الشركة التجارية.

يقتصر أثر الحكم بالإفلاس على الشركة باعتبارها شخص معنوي مستقل فلا تمس آثار الإفلاس كل من الشركاء والمسيرين وترد على هذا الأصل استثناءات تخص الشركاء، وأخرى تمس المسيرين الذين يمتد لهم أثر الإفلاس، بحيث يعتبر هذا الامتداد أحد أهم الضمانات التي قررها المشرع لحماية حقوق الغير، نظرا لما قد يسببه هؤلاء المسيرين من أضرار للشركة نتيجة قيامهم ببعض التصرفات التي تؤدي لعجز الشركة وتوقفها عن الدفع ثم إفلاسها .

بما أن المسير هو أدرى شخص بأمور الشركة فإنه يسأل عن سوء إدارته خاصة في مادة الإفلاس، وتختلف مسؤولية مسيري شركات الأموال عن شركات الأشخاص حيث يكون مسيري هذه الأخيرة عادة شركاء متضامنين فهم مسؤولون بالتضامن منذ تأسيس الشركة، فمن أجل ذلك تعتبر مسؤولية مسيري شركات الأموال أكثر صرامة بعد عجز الشركة عن تسديد ديونها، حيث يتحمل حينها المسير عبئ سد النقص في موجودات الشركة من أمواله الخاصة[2].

تقوم المسؤولية المدنية للمسير والتي تكون ناتجة عن سوء تسييره للشركة، سواء كان المسير شريك في الشركة أو أجنبي عنها فإنه لا يتمتع بصفة التاجر فهو وكيل عن الشركة، كما أن اسمه يظهر للغير باعتباره ممثلا للشركة لا شريك فيها، لكن هذا لا يمنع أن يكون مسؤولا تجاه الغير بصفة شخصية عن ديون الشركة في حالة إفلاسها وعند اقترافه لأخطاء أدت لتوقف الشركة عن الدفع[3].

[1] عزيز العكيلي، الصعوبات الناشئة عن إفلاس الشركات، المرجع السابق، ص 71.
[2] J. Delga , Le droit des sociétés , Dalloz éd,1998, p 299.
[3] G.Ripert , et R.Rolbot , op, cit, p 136.

يظهر نتيجة لتقرير هذه المسؤولية نوعين من الدائنين فبعد امتداد إفلاس الشركة لذمة المسيرين يسأل هؤلاء تجاه دائني الشركة و اتجاه دائنيهم الشخصيين، فيتضاعف ضمان دائني الشركة خاصة بعد عجز هذه الأخيرة عن الدفع، حيث ينفذ حينها دائني الشركة على ذمة المسير بالإضافة لذمة الشركة[1]، فحسب المادة 224 من القانون التجاري تشمل الديون التي يسأل عنها المسير علاوة على الديون الشخصية ديون الشخص المعنوي.

لا يقتصر امتداد الإفلاس على مسيري شركات الأموال بل إنه يشمل كل الشركات مهما كان شكلها، حيث لم يحدد المشرع عندما جاء بهذا الحكم القانوني شركة بعينها، فإن امتداد الإفلاس للمسيرين هو نتيجة توليهم إدارة أمور الشركة، وقيامهم بتصرفات ضارة بهدف تحقيق مصالح أخرى غير مصلحة الشركة[2].

كما يفهم من المادة 224 من القانون التجاري ان مسؤولية المسير عن إفلاس الشركة لا تتغير بحسب تغير المنصب المسند إليه، حيث يخضع لها المسير والمدير العام ورئيس مجلس الإدارة في شركة المساهمة، فلا يغير ذلك كونه يتولى أعمال الإدارة تحت رئاسة رئيس مجلس الإدارة على مسؤوليته لأنه لا يعتبر تجاه الغير وكيلا عن رئيس مجلس الإدارة بل ممثلا للشركة[3].

كما لا يقتصر هذا الحكم القانوني على المسير القانوني، بل إن مسؤولية المسير الفعلي أو الواقعي عن إفلاس الشركة التجارية هي نفسها في حالة قيامه بأعمال تؤدي لتوقف الشركة عن الدفع هذا ما جاء في المادة 224 من القانون التجاري[4] التي اطلق فيها المشرع على المسير الفعلي تسمية "المدير الواقعي الظاهري"، وسواء كان مأجورا أو غير مأجور فإن الإفلاس يمتد له، ولا يخضع المسير الفعلي لهذا الالتزام إلا بعد تكييف القاضي لحالة التسيير الفعلي، فلا يمكن أن يسأل أي شخص

1 الأثر القانوني الذي يترتب مباشرة بعد تقرير مسؤولية المسير عن إفلاس الشركة يتمثل في نشوء كتلتين من الدائنين، دائني المسير وهم دائنيه الشخصيين ودائني الشركة.

2 أكرم ياملكي، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2006، ص 294.

3 إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج 10، الشركة المغفلة، مجلس الإدارة " ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2008، ص 234.

4 تنص المادة 224 من ق.ت في فقرتها الأولى:" حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه: يجوز إشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا".

غير مسير عن إفلاس الشركة إلا بعد قيامه بأعمال التسيير الظاهري وإثبات وجود تسيير واقعي صادر من طرف شخص لا يملك صفة المسير القانوني.

نفس المسؤولية الشخصية للمسير عن ديون الشركة في حالة الإفلاس يقررها المشرع الفرنسي[1] كما رفض القضاء الفرنسي إخضاع الشخص للمسؤولية الشخصية عن إفلاس الشركة في حالة عدم ثبوت صفة التسيير الفعلي[2].

وعليه فإن مسؤولية كل شخص يساهم في إدارة الشركة التجارية محصورة في حالة إفلاسها أو تسويتها القضائية بعد ظهور عجز في موجوداتها، لذلك فأول شرط يجب توفره لإخضاع المسير للإفلاس الشخصي هو إعلان إفلاس الشركة بصدور حكم شهر الإفلاس عن المحكمة المختصة، إذ لا يكفي لتوفر هذا الشرط وجود الشركة في حالة إفلاس فعلي أو توقفها عن الدفع، كما لا يسأل المسيرين عن إفلاس الشركة في حالة حصولها على الصلح ولم يشهر إفلاسها حتى ولو كانت متوقفة عن الدفع[3].

بعد ذلك يتولى القاضي مسألة التحقق من الشروط القانونية الأخرى الخاصة بمسؤولية المسيرين الفعليين، والتحقق من اقترافهم للتصرفات التي تجعلهم يتحملون عجز الشركة كله أو بعضه حسب الحالة.

يعتبر فشل التسوية القضائية والصلح الواقي من الإفلاس من بين شروط إخضاع المسير للإفلاس الشخصي، فعندما يفشل برنامج التسوية المقترح من طرف الشركة يخضع المسير للمتابعة

[1] Art n 651-1 du c . c. f. « Les dispositions du présent chapitre sont applicable aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise a une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales. »

[2] رفضت محكمة الاستئناف باريس إخضاع المسير السابق لشركة ذات مسؤولية محدودة للإفلاس الشخصي نظرا لعدم ثبوت صفة التسيير الفعلي حيث لم يقم هذا الشخص بالتدخل في أعمال الإدارة بصفة مستمرة بعد انتهاء مهامه.
CA.Paris .17 novembre 1992 3éme ch, Dirigeants de sociétés . Commerciales, F. Lefebvre, op , cit , p 931.

[3] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 320.

شخصيا في ذمته المالية الخاصة، لأن ذلك الفشل يعني عدم استمرارية الشركة في نشاطها واستحالة تسوية وضعيتها المالية والاقتصادية[1].

إن اعتبار المسير مسؤولا في حالة إفلاس الشركة التي يمثلها بحاجة لأساس قانوني رغم أنه قاعدة قانونية لا مجال لاستبعادها عند تحقق شروطها فهي تثير التساؤل حول الأساس الذي تسند عليه، خاصة في ظل عدم اشتراط المشرع قيام المسير بخطأ في التسيير ذلك أن التصرفات الواردة في المادة 224 من القانون التجاري لا تعتبر اعمال تدل على سوء التسيير، بل على سوء التصرف المنصب على استغلال المسير لمركزه في الشركة واستغلال اسمها.

قد يكون تصرف المسير تصرف قانوني غير مخالف للأحكام القانونية والتنظيمية لكنه يؤدي للإضرار بالشركة وتوقفها عن الدفع، من أجل ذلك حدد المشرع تصرفات معينة على سبيل الحصر عند توفرها يمتد الإفلاس للمسير، فمن خلال هذه التصرفات تم تحديد معايير قانونية لإخضاع المسير للمسؤولية عند إفلاس الشركة.

المعيار الأول هو معيار الصورية أو الاسم المستعار يتحقق عندما يستتر المسير وراء الشخص المعنوي الوهمي فيظهر للغير ويتعامل معه ويمنحه الائتمان، فيسأل حينها المسير على أساس صورية الشركة التي لا تكون موجودة بل مجرد ستار لإخفاء نشاط الشخص الذي يتعامل مع الغير، وفي حالة إثبات صورية ووهمية الشركة يخضع هذا الشخص الذي تعامل مع الغير للإفلاس شخصيا[2].

أما الأساس الثاني يتمثل في اعتبار امتداد الإفلاس جزاء الانحراف بالشخصية المعنوية للشركة عندما يقوم المسير بما يتمتع به من سلطات وصلاحيات واسعة في إدارة الشركة باستغلال اسمها وأموالها، وما يترتب عنه من اختلاط بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة التي يتم استخدامها لتحقيق مصالح خاصة مما يؤدي للانحراف عن الغرض الذي نشأ من أجله الشخص المعنوي.

[1] F.Dominguez , Dirigeants de droit ou de fait , responsabilités et exonérations éd du guerrier , France , 2013 , p 50.

[2] أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، مصر، 1983، ص 217.

وعليه فإنه من خلال هذه الأسس المستمدة من المادة 224 قانون تجاري يتضح لنا عدم اشتراط المشرع اثبات وجود خطأ في التسيير، فهو مفترض وجوده حيث تعتبر المسؤولية الشخصية عن إفلاس الشركة الجزاء المترتب نتيجة لإهمال أو التقصير العمدي للمسير، وهو اثر قانوني ناتج عن الخطأ الذي يستلزم إصلاحه عن طريق تسديد ما نقص من موجودات الشركة وتعتبر هذه المسؤولية قائمة على أساس الخطأ المفترض تجاه الغير[1].

من هنا يظهر لنا شرط آخر لتطبيق هذا الحكم القانوني المتعلق بإفلاس المسير تبعا لإفلاس الشركة التجارية، والمتمثل في ضرورة قيام المسير بأحد التصرفات الواردة في المادة 224 من القانون التجاري.

ب- حالات قيام مسؤولية المسير عن إفلاس الشركة التجارية.

ليس كل عمل يقوم به المسير لحسابه الخاص تحت سار الشركة يؤدي لامتداد الإفلاس له، بل يجب أن يقوم بعمل تجاري بمفهوم المادة الأولى من القانون التجاري خاصة بعد أن قرر المشرع منح مسيري الشركات التجارية صفة التاجر [2]، كما أن القيام بعمل تجاري مرة واحدة لا يكفي لتمديد الإفلاس للمسير فإن المشرع عندما ذكر الأعمال التجارية جاءت على سبيل الجمع.

بالإضافة لشرط قيام المسير بعمل تجاري لا بد ان يقوم به تحت ستار الشركة، عندما يتستر المسير خلف الشركة ويقوم بأعمال تجارية دون الرجوع للشركاء فيمسك زمام الأمور ويدير الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة ولحاجات شخصية، وكل هذا يستلزم وجود شركة تتمتع بذمة مالية مستقلة يتم استغلال أموالها قصد إلقاء الخسارة عليها والاستئثار بكل ربح[3].

الى جانب قيام المسير بأعمال لمصلحته ولحسابه الخاص، عندما يقوم المسير عمدا بالقيام بأعمال مستبعدا المصلحة العامة واستهداف مصلحة خاصة يكون قد عمل لحسابه الخاص، ويعتبر

[1] H. Lucas, Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des liens, R.T.D. France 1969 , p 50.

[2] نصت المادة 03 من الأمر رقم 96-07 المتعلق بالسجل التجاري:" تكون لكل أعضاء مجالس الإدارة والرقابة في الشركات التجارية صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها."

[3] مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 494.

بذلك قد خرج عن مصلحة الشركة، وبالتالي تطال المسؤولية الأموال الخاصة للمسير [1]،حيث تقوم هذه المسؤولية على أساس افتراض الخطأ في التسيير، ويفترض أن عجز موجودات الشركة انما يرجع لهذا الخطأ ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بإقامة الدليل على عدم ارتكاب المسير اي خطأ[2].

يضاف الى ذلك حالة قيام المدير بالتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، يؤدي تصرف المسير في أموال الشركة كأنها أمواله الخاصة إلى التداخل بين ذمة المسير المالية وذمة الشركة، فيؤدي هذا التداخل إلى إلزام المسير بديون الشركة المفلسة نظرا لاعتبار ذلك التصرف دليل على قيام المسير بالعمل لحسابه الخاص[3].

كما يجب ان تكون تلك الاعمال التي يقوم بها المسير اعمال تعسفية تؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع، ويكون ذلك عندما يستعمل المسير ماله من سلطة منحرفا بذلك الاستعمال السيء للسلطة عن مصلحة الشركة فيتسبب في خسارتها وتوقفها عن الدفع، ويظهر هذا التعسف في تجاوز المديرين عن طريق تصرفاتهم لكل من القواعد القانونية والتنظيمية والاتفاقية التي يتعين عليهم الالتزام بها، خاصة عندما يؤدي ذلك التعسف لخدمة مصالح شخصية خاصة بالمسير[4].

تجدر الإشارة هنا لعدم ورود أي نص يلزم المسيرين تضامنيا عن ديون الشركة في حالة الإفلاس، غير أنه يمكن مساءلة المسيرين بصفة تضامنية في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة أدت بالشركة للتوقف عن الدفع خاصة بعد أن قرر المشرع للمسيرين تمتعهم بصفة التاجر، ويكون تحملهم لخسائر الشركة أو جزء منها أمر بديهي حيث يقرر القاضي بسلطته التقديرية المسؤولية التضامنية أو الفردية للمسير[5]، و لا يتخلص مسيري الشركة من هذه المسؤولية الجماعية إلا إذا تم اثبات قيام المسير ببذل العناية واليقظة اللازمة التي يشترطها المشرع بالنسبة للوكيل المأجور[6].

---

[1] G.Ripert .r.Roblot , op ,cit , p 497.

[2] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 572.

[3] كقيام المسير بالاقتراض باسم الشركة من أجل مصالح شخصية، أو لمصلحة شركة منافسة ويؤدي ذلك لتوقف الشركة عن الدفع.

[4] F. Dominguez , op , cit , p 65-66.

[5] G. Ripert , RRoblot , op , cit , p 497.

[6] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 61.

شدد المشرع مسؤولية مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة وجعلها أكثر صرامة في حالة إفلاس الشركة، حيث جعل المشرع المسيرين مسؤولون تضامنيا عن إفلاس الشركة في حالة اقترافهم لأعمال تؤدي لتوقفها عن الدفع، وهي نفسها الاعمال التي حددها المشرع في المادة 224 من القانون التجاري والتي من شأنها أن تؤدي للانتقاص من موجودات الشركة.

فيتضح من خلال المادة 578 من القانون التجاري[1] أن المشرع قد منح للقاضي سلطة تحميل مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة ديون الشركة وخسائرها و بالتضامن ، بعد تأكده من أن السبب الرئيسي لهذه الديون هو اشتراك المسيرين في القيام بأعمال أدت لإفلاس الشركة، فتقوم مسؤوليتهم التضامنية سواء كانوا من الشركاء أومن غير الشركاء، وسواء تقاضوا أجرا مقابل إدارتهم أم لم يتقاضوه، يرجع سبب تشدد المشرع عند تقريره لتضامن المسيرين في الشركة ذات المسؤولية للمحدودة للمسؤولية المحدودة للشركاء في هذه الشركة[2].

نلاحظ من خلال ما ذكر تشديد مسؤولية مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة مقارنة مع مسيري شركة المساهمة، لكن رغم عدم ورود هذا الحكم فإن تضامن مسيري شركة المساهمة وحتى شركة التضامن هو مفترض في حالة تحقق شروطه المتمثلة في الاشتراك في اتخاذ القرارات وشرط تتمتع المسيرين بصفة التاجر.

بعد افتتاح إجراءات الإفلاس يتحمل المسيرين نتيجة توقف الشركة عن الدفع فيقومون بتغطية عجز الشركة وتفتتح الإجراءات ضد كل المسيرين المعنيين، وإضافة للدعوى المقامة ضد الشركة بإمكان الدائنين أن يرفعوا الدعوى على المسيرين وهي دعوى خاصة[3]، تهدف لتكملة الديون وتحميل المسيرين عبئ تسديد ديون الشركة كليا أو جزئيا .

---

1 تنص المادة 578 من ق.ت:" يكون المديرون مسؤولين على مقتضى قواعد القانون العام منفردين او بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة او الغير، سواء عن مخالفات احكام هذا القانون او عن مخالفة القانون الأساسي او الأخطاء لبتي يرتكبونها في قيامهم بأعمال ادارتهم".

2 أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 292.

3 المادة 715 مكر 27 من ق.ت " في حالة التسوية القضائية للشركة أو إفلاسها يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالتسوية أو الإفلاس مسؤولين عن ديون الشركة وفقا للشروط المنصوص عليها في الأحكام المذكورة ".

تعتبر دعوى تكملة الديون من أهم الضمانات التي خولها المشرع للغير المتعامل مع الشركة نظرا لأنها تضاعف ضمانه، فهي تمنح له الحق في التنفيذ على أموال المسير الشخصية إضافة للذمة المالية للشركة، خاصة أنها وسيلة قانونية تسعى لسد نقص موجودات الشركة[1]، ويقع على عاتق الدائنين في هذه الحالة عبئ إثبات الضرر المتمثل في عجز الشركة، حيث يقع العجز عند عدم كفاية موجودات الشركة لسداد ديونها، ولم يحدد المشرع نسبة العجز الذي يتحمله المسير، فيبقى للقاضي سلطة تقدير هذا الامر حسب حجم الخطى المرتكب كما .

لم يفرض المشرع على الدائنين اثبات العلاقة السببية بين الخطى والضرر المتمثل في عجز الشركة بل اكتفى بإثبات الضرر وافتراض خطى المسير، وذلك دعما لائتمان الدائنين ومن اجل تيسير مسالة اثبات الغير لحقوقه، وبالتالي لا يقع على عاتق الدائنين عبى إثبات العلاقة السببية بين أخطاء المسيرين وبين ظهور العجز المالي للشركة وتوقفها عن الدفع، ولا يكون للمسيرين حينها الا اثبات انهم بذلوا ما يبذله الوكيل المأجور من حرص ونشاط[2] .

المبحث الثاني: حماية حقوق الغير أثناء تصفية الشركة التجارية.

بعد انقضاء الشركة التجارية ومهما كان سبب انتهائها لابد من إنهاء نشاطها على وجه السرعة نظرا لما قد يكلفه ذلك الاستغلال المصطنع من أموال مما يضر بالضمان العام المخول للدائنين، لذلك فإن الحكم الصادر والذي يقضي بتصفية الشركة التجارية يضع حدا لنشاطها ويحدد الإجراءات الواجب اتخاذها لإنهاء هذا النشاط، وتحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية وبشكلها وذلك في علاقة الشركة بالغير وفي علاقة الشركاء ببعضهم[3].

وردت التصفية عن طريق احكام مشتركة بين كل اشكال الشركات التجارية، فلا يوجد أي حكم خاص بشركة معينة بما فيها تجمع الشركات الذي اخضعه المشرع ضمنيا لنفس قواعد التصفية

[1] B. Saintourens, « Droit des affaires » Dalloz, éd, 2002, p 160.

[2] هذا ما يتضح من خلال المادة 578 من ق.ت.

[3] F. pérochon , Entreprises en difficulté , 6éme éd, L.G.D j. .Delta, France .2003, p 411.

القانونية والاتفاقية، حيث اشارت المادة 797 من القانون التجاري لضرورة مراعاة عقد التجمع لأحكام القانون التجاري، و اخضع المشرع التجمع للتصفية الاتفاقية حسب ما جاء في المادة 798 من القانون التجاري التي منح فيها المشرع لأعضاء التجمع حرية تحديد أسباب الحل وطريقة التصفية، لكن دون الاخلال بالقواعد الإلزامية لها، اما مجمع الشركات فيخضع أعضاؤه كذلك لنفس إجراءات التصفية بحكم تمتعهم بشخصية معنوية، فلا يوجد حكم خاص بتصفية المجمع في القانون التجاري.

إن احتفاظ الشركة التجارية بخصائصها الجوهرية بعد دخولها في التصفية يستمر حتى تتم قسمة أموالها حفاظا على حقوق دائنيها، ولكي يتمكن الغير سواء كانوا دائنين للشركة أو دائنين للشركاء من طلب إفلاس الشركة في حالة توافقها عن دفع ديونها أثناء تصفيتها، كما يمكن هؤلاء الدائنين من الحصول على مالهم من حقوق من أموال الشركة دون مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء[1].

تعتبر التصفية تلك العملية اللاحقة لحل الشركة و التي تتضمن مجموعة من الإجراءات والأعمال التي تهدف لتسديد ما للشركة من حقوق عند الغير، وللوفاء بكل ما على الشركة من ديون للغير ويخصص بعد ذلك ما تبقى من اموالها للشركاء[2].

تكون الشركة في حالة تصفية منذ حلها مهما كان سببه وهذا ما جاء في المادة 766 من القانون التجاري، وتتم التصفية عن طريق المصفي الذي يعتبر مسؤولا تجاه الشركة وتجاه الغير عن أعماله ويعتبر هو الممثل القانوني للشركة، حيث منحه المشرع سلطات واسعة لتمثيل الشركة والمحافظة على أموالها لتسديد حقوق الغير، وتوزيع ما بقي على الشركاء كما يمكن للمصفي مواصلة تنفيذ العقود المبرمة سابقا،[3]ومواصلة استغلال الشركة بعد تقرير ذلك من طرف المحكمة، كما يعتبر المصفي مسؤولا تجاه الشركة وتجاه الغير عن الأخطاء المرتكبة أثناء ممارسته لمهامه، هذا ما قضت به المادة 776 من القانون التجاري.

[1] محمد حميدي ، المرجع السابق ، ص 104 .
[2] صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 127.
[3] المادة 792 من ق.ت.

وعليه فإن كل من مسيري الشركة والشركاء فيها في حالة عدم تعيينهم كمصفين تزول عنهم كل سلطة وكل صفة في تمثيل الشركة تجاه الغير، حيث يصبح المصفي الممثل الوحيد للشركة في إدارتها وتصفيتها وتسوية ديونها باعتبار التصفية تهدف أساسا لتسوية ديون الشركة، من أجل ذلك وضع المشرع نظاما خاصا بتصفية الشركة عن طريق مجموعة من الإجراءات التي تحافظ على أموال الشركة منذ بداية عملية التصفية إلى غاية انتهائها، من أجل ضمان أكبر الحظوظ التي يمكن أن توفر للغير من اجل استخلاص حقوقه [1]،وهذا يتطلب قيام المصفي بالمحافظة على أموال الشركة قبل التصرف فيها بقسمتها وتصفيتها، والبدئ بتسديد ما على الشركة من ديون ثم توزيع ما تبقى على الشركاء .

وإن هذه السلطة الممنوحة للمصفي لا تحول دون إمكانية تحرك الدائنين عن طريق رفع دعاوى على المصفي في حالة إهماله الذي يؤدي إلى ضياع حقوق الشركة أو حقوق الغير، من هنا رتب المشرع المسؤولية المدنية والجزائية للمصفي في حالة قيامه بأعمال وتصرفات من شأنها إضعاف الضمان العام.

وعليه سنتناول ضمانات حماية حقوق الدائنين أثناء تصفية الشركة التجارية (المطلب الأول)، ثم نحاول القاء الضوء على أثر التصفية على حقوق دائني الشركة التجارية (المطلب الثاني)، ثم نتطرق لحالة عدم كفاية أموال الشركة تحت التصفية لتسديد ديونها ودعاوى الغير (المطلب الثالث) .

[1] F.Pérochon , op, cit ,p 412.

المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق الدائنين أثناء تصفية الشركة التجارية.

وضع المشرع نظاما خاصا بحماية حقوق الغير أثناء تصفية الشركة التجارية سواء تعلق الأمر بالتصفية الاتفاقية أو القانونية [1] حيث لا يحتج على الغير ببنود القانون الأساسي المتعلقة بتصفية الشركة إلا بعد نشرها وعلم الغير بها، لذلك فإن للشركاء كامل الحرية في تقييد سلطات المصفي في مواجهة الغير، لكن في حالة خضوع التصفية للنصوص القانونية فلا تطبق بنود القانون الأساسي المخالفة للأحكام القانونية الواردة في النصوص الخاصة بتصفية الشركات، وهذا حسب المادة 778 من القانون التجاري :" يمثل المصفي الشركة وتخول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي غير ان القيود الواردة على هذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير"، وفي كل من التصفية الاتفاقية والقانونية لابد من اعلام الغير بدخول الشركة في مرحلة التصفية، ولا بد من حصر أموال الشركة لتسديد دائنيها .

من اجل ذلك من المهم الإشارة لإجراءات المحافظة على الضمان العام المخول للدائنين (فرع اول)، ثم لضرورة شهر إجراءات التصفية وقيام مسؤولية المصفي تجاه الغير (فرع ثاني) .

الفرع الأول: المحافظة على الضمان العام للدائنين.

تتطلب حماية الدائنين الحفاظ على أموال الشركة حتى يتمكنوا من الحصول على حقوقهم، ومن أجل ذلك ألزم المشرع المصفي بالقيام بمجموعة من الأعمال للحفاظ على حقوق الشركة وحقوق الغير، هذه الحقوق التي تتعرض لخطر شديد بعد زوال الشركة وانتهاء شخصيتها المعنوية خاصة الدائنين الذين يقع على عاتقهم إثبات حقوقهم تجاه الشركة، وذلك قبل أن تختلط أموال الشركة بأموال الشركاء وقبل مزاحمتهم للدائني الشخصيين لهؤلاء الشركاء .

[1] يمكن أن تخضع تصفية الشركة التجارية لبنود القانون الأساسي لكن مع مراعاة بعض القواعد التي تخص كل شكل من اشكال الشركة التجارية هذا على عكس الشركات المدنية التي تخضع لتصفية اتفاقية في معظم إجراءاتها باستثناء أحكام المادة 446و447.

من أهم الإجراءات التي جاء بها المشرع في هذا الإطار منحه الحق لدائني الشركة باتخاذ بعض الإجراءات التي يتدخل من خلالها الغير في أعمال التصفية، فيكون له دور في هذه الأعمال وذلك بغرض إبقاء الدائنين على إطلاع بعمليات التصفية وأعمال المصفي[1]، حيث يتدخل الغير في هذه الاعمال منذ تعيين هذا المصفي، وهذا ما قضت به المادة 783 من القانون التجاري بنصها على انه: "إذا لم يتمكن الشركاء من تعيين مصفي فإن تعيينه يقع بأمر من رئيس المحكمة بعد فصله في العريضة ويجوز له لكل من يهمه الأمر أن يرفع معارضة ضد الأمر في أجل خمسة عشر يوما اعتبارا من تاريخ نشره طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 775 وترفع هذه المعارضة أمام المحكمة التي يجوز لها تعيين مصفيا آخر".

أجاز المشرع من خلال هذا الحكم لكل شخص أن يقوم بالتدخل برفع معارضة ضد أمر تعيين المصفي، واستعمل المشرع في المادة 783 عبارة "كل من يهمه الأمر" حيث تدل هذه العبارة على أن هذا الحق يمتد ليشمل كل من تربطه علاقة داخلية أو خارجية بالشركة، فيمكن أن يكون أي زبون أو حتى أي دائن من حقه التدخل في تسمية المصفي تجنبا لتعيين شخص غير مؤهل لا يملك الكفاءة اللازمة للقيام بمهام التصفية، لكن لتدخله شروط فلا يمكن أن يتدخل الغير في تعيين المصفي إلا في حالة عدم تمكن الشركاء من ذلك،[2]كما أنه تدخل غير مباشر فنظرا لأن الغير ليس طرفا داخليا في أجهزة الشركة فإنه لابد أن يكون تدخله عن طريق القضاء الذي يعود له أمر تسمية المصفي أو المصفين.

ما يمكن أن نلاحظه هو أن تدخل الغير في أمر تعيين المصفي لا يتحقق إلا في حالة التصفية الاتفاقية أو حالة عدم اتفاق الشركاء حول تعيين المصفي، هذا ما يؤكد الدور المهم لدائني الشركة في عملية التصفية بمنحهم حق التدخل في إجراءاتها الأمر الذي يدفع المصفي للمحافظة على

[1] D.Vidal ,op ,cit, p 164.

[2] يعين المصفي في العقد الأساسي للشركة، أو بقرار من المحكمة في حالة عدم اتفاق الشركاء على تعيينه ولا يعزل إلا من الجهة التي عينته.

مصالحهم[1]، كما منح المشرع للغير الحق في ان يتدخل في مهام المصفي خاصة عند قيامه بتصرفات تنقص ضمانهم العام والإضرار بمصالحهم رغم أنه ليس ممثلا للدائنين.

قضت المادة 787 من القانون التجاري بمنح الحق لكل من يهمه الأمر عن طريق وكيل معين بقرار قضائي باستدعاء الجمعية العامة للشركاء التي تقدر متابعة عمليات التصفية، بعد أن يقدم لها تقرير عن أصول وخصوم الشركة عن طريق المصفي الذي يقع على عاتقه استدعاء الجمعية العامة للانعقاد، من أجل اتخاذ قرار مواصلة التصفية، وفي حالة عدم قيامه بهذا الإجراء في مدة أقصاها ستة أشهر يكون من حق الدائنين استدعاء الجمعية العامة عن طريق هيئة المراقبة، أو وكيل معين بقرار قضائي بناء على طلب أي شخص يهمه الأمر.

وهذا في حالة إهمال المصفي لهذا الإجراء المهم الذي يقدم من خلاله للجمعية تقرير عن الوضعية المالية للشركة، وبرنامج التصفية الذي يلتزم المصفي بتنفيذه في هذه الحالة، فيكون الغير طرفا في عملية التصفية حيث يسمح له المشرع بالتدخل لمراقبة أعمال المصفي، خاصة في حالة عدم قيام الشركاء بذلك مما يوفر ويضمن فعالية عملية المحافظة على أموال الشركة من أي إهمال قد يصدر عن المصفي.

رغم أن تدخل الغير هو تدخل غير مباشر يكون عن طريق وكيل تعينه المحكمة لكنه اجراء وقائي مهم ذلك لما قد يتعرض له الدائنين من أخطار ناتجة عن التجاوزات التي يرتكبها المصفين[2]، ولا يعتبر المصفي ممثلا لدائني الشركة فهو ممثل للشركة، حيث يمكن لهؤلاء الدائنين مقاضاة الشركة والشركاء والتنفيذ على أموالهم، على عكس حالة الإفلاس حيث تتكون جماعة الدائنين التي تتمتع

[1] Houpin et bosvieux , Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et associations ,5éme éd, 1985, France, p 278.

[2] نفس الحكم ينص عليه المشرع الفرنسي في المادة 237-23 من القانون التجاري الفرنسي.

Art n 237-23 du c . d . c . f « Dans les six mois de sa nomination, le liquidateur convoque l'assemblé des associes a laquelle il fait rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de liquidation et le délai dans lequel le liquidateur fait son rapport peut être porté a douze mois sur sa demande par décision de justice ».

بالصفة القانونية ممثلة بالوكيل المتصرف القضائي، وليس لهم حق المقاضاة الفردية ضد المفلس على خلاف دائني الشركة في حالة التصفية الذين لا تسدد ديونهم إلا في حالة قيامهم بالمطالبة بحقوقهم[1].

للمصفى سلطات كثيرة أهمها الاطلاع على دفاتر الشركة وحساباتها، والاشتراك مع مندوب الحسابات من أجل القيام بجرد عام لأصول الشركة وخصومها[2]، وفي حالة امتداد عملية التصفية لمدة زمنية أكثر من سنة يضع المصفي الميزانية السنوية[3]، كما يقوم المصفي بجميع الأعمال الضرورية للمحافظة على أموال الشركة، في حالة عدم تحديد سلطاته.

وأهم هذه الأعمال عملية الجرد للعناصر السلبية والإيجابية للذمة المالية للشركة فتكون الحماية للدائنين أكبر عندما يقوم المصفي بوصف دقيق لممتلكات الشركة، حيث يقوم بفصلها عن ممتلكات الشركاء وممتلكات الغير، كما يسهل هذا الوصف كشف كل غش وتحايل وتلاعب بأموال الشركة وممتلكاتها مما يساعد على تحديد وضعيتها المالية، فعملية الجرد تساهم في حماية حقوق الدائنين.

من أجل ضمان هذه الحماية وضع المشرع شروطا يخضع لها عمل المصفي أولها إعداده لتقرير في ظرف ستة أشهر من تعيينه مبينا من خلاله الوضع المالي للشركة، وعند تعذر انعقاد الجمعية العامة التي تتخذ قرار مواصلة عملية التصفية يطلب المصفي الإذن من القضاء لإتمام عملية التصفية [4]، وفي حالة تعدد المصفين يقومون بتقديم تقرير مشترك، وهذا ما قضت به المادة 784 من القانون التجاري.

يقوم المصفي بكل الأعمال القانونية والمادية اللازمة للمحافظة على حقوق الدائنين، فيمكن له أن يوقف سقوط دعاوى الشركة تجاه مدينيها بقطع التقادم، كما يقوم بإتمام الإجراءات الرسمية لعقود الشركة خاصة المتعلقة بالتأمينات العينية، كما يمكنه أن يطالب بإفلاس مديني الشركة، إذ لا يختلف

[1] عدنان خير، الشركات التجارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 97، ص 253.
[2] المادة 781 من ق.ت.
[3] المادة 789 من ق.ت.
[4] هذا ما جاء في المادة 787 من ق.ت

عمل المصفي عن وكيل التفليسة في أنه يقوم بجميع الأعمال اللازمة لصيانة حقوق المدين لفائدة دائنيه والمحافظة على ممتلكاته لبيعها بأعلى ثمن.

حرص المشرع على توفير الشفافية في كل عملية تنازل عن موجودات الشركة يقوم بها المصفي أثناء أدائه لمهام التصفية، فأوجد المشرع إجراءات خاصة حيث منع المصفي من التنازل عن أموال الشركة إلا برخصة من المحكمة وبعد الاستماع للمصفى ومندوب الحسابات في حالة التنازل لكل من الشريك المتضامن، او المسير او القائم بالإدارة او المدير العام او منذوب الحسابات او المراقب، وذلك عند غياب الاتفاق بين الشركاء وهذا ما قضت به المادة 770 من القانون التجاري[1].

يعتبر النازل عن أموال الشركة في هذه الحالة عملية دقيقة تمس أموال الشركة وحقوق كل من المساهمين والشركاء والغير، لذلك فإن حظر التنازل الذي جاء به المشرع لكل من له صفة في الشركة سواء شريك أو مسير أو مدير عام أو مندوب حسابات أو مراقب هو إجراء غير كاف، حيث لا أثر قانوني له في حالة وجود اتفاق بالإجماع بين الشركاء على شروط الإحالة والتنازل عن أموال الشركة، ولم يبين المشرع إجراءات التنازل عن أموال الشركة التي توجد في حالة التصفية كما لم يبين أحكام هذا التنازل.

منع المشرع التنازل عن كل او جزء من مال الشركة تحت التصفية للمصفي او مستخدميه أو زوجه أو أصوله أو فروعه عملا بنص المادة 771 من القانون التجاري، ولم يبين المشرع مدة الحظر وجزاء مخالفته كما لم يوسع من نطاق هذا الحظر، على عكس المشرع الفرنسي الذي منع مثل هذا التصرف في أموال الشركة التجارية تحت التصفية ووسع الحظر ليشمل كل من المسير القانوني و الفعلي وكل المراقبين، سواء كان التنازل بطريقة مباشرة او غير مباشرة او قام به الشخص بنفسه

[1] تنص المادة 770 من ق.ت" باستثناء اتفاق كافة الشركاء فان إحالة كل او جزء من مال الشركة في حالة التصفية الى شخص كانت له في الشركة صفة الشريك المتضامن أو المسير او القائم بالإدارة أو المدير العام او مندوب الحسابات او مراقب، لا يجوز ان تتم الا برخصة من المحكمة وكذلك المصفي ومذنوب الحسابات ان وجد او المراقب بعد الاستماع إليهم قانونا".

او عن طريق وسيط يسخره للقيام بهذا التصرف، وذلك لمدة خمس سنوات، كما يشمل المنع كل القيم المنقولة التي تصدرها الشركة[1].

يقوم المصفي بأعمال كثيرة من بينها تظهير الأوراق التجارية ورهن أموال الشركة، لكن لا يجوز له أن يبدأ أعمالا جديدة باسم الشركة إلا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال السابقة لقرار التصفية[2]، كما لا يمكنه إجراء التصرفات الخطيرة أو التبرعية، أو التخلي عن التأمينات بدون مقابل أو يقوم ببيع جزاف إلا بترخيص من القضاء.

لعل أهم إجراء يقوم المصفي لفائدة الدائنين هو مواصلة المصفي لنشاط الشركة فنظرا للطبيعة الاقتصادية للتصفية كان من الضروري مواصلة المصفي لنشاطه، لأن انتهاء الشركة ودخولها مرحلة التصفية لا يجب أن يؤدي لجمودها وركودها، خاصة أن عملية التصفية قد تستغرق مدة معتبرة وذلك حسب شكل الشركة وحجمها، فإن مواصلة استغلال الشركة لنشاطها يضمن حظوظا أوفر لدائنيها من اجل استيفاء حقوقهم[3].

[1]Art n 642-3 du c . c .f « Ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés j jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou de débiteur personne physique, ni les personnes ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis directement ou par une personne interposé, a présenter une offre. De même il est fait interdiction a ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivants la cession, tout ou une partie des biens compris dans cette cession, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine directement ou indirectement, tout ou une partie de ces biens ainsi que des valeurs mobilières donnant accès au capital de cette société ».

[2] عدنان خير، المرجع السابق، ص 255.

[3] C. Gavalda , Instruments de paiements de crédit ,Lexis- Nexis, France,2009, p 259.

لهذا السبب أكد المشرع على إمكانية مواصلة استغلال الشركة بعد استدعاء الجمعية العامة للشركاء[1]، ومن أجل ذلك نص المشرع على إجراء آخر يسهل عملية مواصلة الاستغلال والمتمثل في عدم إنهاء مهام مندوب الحسابات بعد انتهاء الشركة ودخولها طور التصفية[2].

لكن لم يحدد المشرع مدة مواصلة الاستغلال الذي يجب أن يكون مؤقتا نظرا لوجود الشركة في حالة تصفية، كما لم يضع المشرع أي قيود لمواصلة نشاط الشركة، خاصة أن انحراف المصفي أثناء مواصلة نشاط الشركة عن هدف تصفية الموجودات وإنهاء الشركة به خطورة كبيرة على حقوق الدائنين.

من اجل ذلك نجد المشرع الفرنسي يضع شرطا لمواصلة استغلال نشاط الشركة بعد حلها والمتمثل في تحقيق المصلحة والتي عبر عنها المشرع الفرنسي بالمصلحة العامة او مصلحة الدائنين، التي تشمل مصلحة الشركة و مصالح عمالية ومصالح ضريبية ومصالح الدائنين، ومن هنا يمكن أن يظهر بسهولة أي انحراف عن المصلحة العامة قد يصدر من المصفي[3].

إن المهمة الأساسية للمصفى هي تصفية أموال الشركة لإدارتها، ويمكنه أن يقوم بإتمام أعمال الإدارة التي بدأت قبل حل الشركة، نظرا لأنه يقوم بأعمال محدودة وليس له أن يبدأ عمل جديد إلا إذا كان لإتمام عمل سابق يعود على الشركة بالنفع، لذلك سمح له المشرع أن يكمل نشاط الشركة.

---

[1] المادة 792 من ق.ت:" في حالة استمرار استغلال الشركة يتعين على المصفي استدعاء جمعية الشركاء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 798.."

[2] تنص المادة 780 من ق.ت:" لا تنتهي مهام مندوب الحسابات بانحلال الشركة"

[3] اعتبر المشرع الفرنسي مسألة مواصلة الشركة لاستغلال نشاطها مجرد إجراء استثنائي لا يمكن تقريره إلا إذا ثبت أنه يحقق مصلحة عامة وخاصة لمصلحة دائني الشركة، كما جعل مدة مواصلة الاستغلال محدودة على أن يكون مبررا بتسهيل عملية التصرف في أموال الشركة ومحدد المدة بموجب مرسوم.

Art c .c .f 6 41-10 « Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en conseil d'états ».

كما ألزم المشرع المصفي استدعاء جمعية الشركاء لتقديم تقرير مكتوب يتضمن حسابات الشركة من أصول وخصوم، وفي حالة عدم قيامه بهذا الإجراء يجوز لكل من يهمه الأمر أن يطلب استدعاء الجمعية العامة عن طريق وكيل معين بقرار قضائي[1].

كذلك من الأعمال التمهيدية التي يقوم بها المصفي عملية استيفاء ما للشركة من حقوق لدى الغير فعند قيام المصفي بعملية الجرد يتضح له ما للشركة من حقوق لدى الغير وما عليها من ديون، فيتخذ جميع الإجراءات اللازمة لاستيفاء هذه الحقوق، ويسعى إلى استيفاء أموال الشركة سواء كان الدين تعاقديا أو تقصيريا ناشئا عن ضرر تسبب فيه الغير للشركة، كما يمكن له أن يقوم بمقاضاة مديني الشركة[2] واتخاذ جميع الوسائل التحفظية والتنفيذية على أموال المدينين، و لا يمكنه إبراء ذمتهم إلا مقابل تأمينات معادلة.

كما لا يمكن للشركاء أن يباشروا استيفاء حقوق الشركة، وان قيام أحد الشركاء بإبراء ذمة أحد مديني الشركة لا يحتج به تجاهها، حتى ولو كان الإبراء في حدود حصة الشريك في الشركة.

لم يقيد المشرع المصفي بطرق معينة لاستيفاء حقوق الشركة، وللقيام بمهامه حيث يكون للمصف الحرية في اختيار انسب وسيلة تحقق مصلحة التصفية، وذلك بما يمتلكه من كفاءة وخبرة في المجال، كما يسعى المصفي لاستيفاء حقوق الشركة من الشركاء في حالة تعهدهم عند تقديمهم للحصص بالوفاء بها كاملة تدريجيا[3]، أو في الأجل المتفق عليه خاصة في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة أين يسمح المشرع بالتعهد بالوفاء بالحصة كاملة في أجل محدد لا يمكن تجاوزه[4].

[1] F.Pérochon , op, cit , p 415.

[2] لا يحق للمصفي ان يرفع دعوى على مديني الشركة إلا بإذن من الشركاء، أو بقرار قضائي وهذا حسب المادة 788 من ق.ت.

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 136.

[4] المادتين 596و567 من ق.ت.

كما يمكن أن يكون الشريك مدين اللشركة بدين عقدي أو تقصيري، فيمكن أن يكون شريك وفي نفس الوقت زبون، فيمكن للشريك أن يحصل على أجل لدفع المبالغ للشركة، أو يكون قد تسبب بضرر للشركة مما يمنحها عن طريق المصفي الحق في المطالبة بالتعويض من الشريك.

إلى جانب الأعمال التحفظية التي يقوم بها المصفي سمح له المشرع بأن يتصرف في أموال الشركة المنقولة والعقارية، ولم يقيده المشرع بطريقة معينة، اوبأحكام خاصة ومنحه سلطات واسعة لبيع أموال الشركة ولو بالتراضي ، كما قرر الشرع عدم الاحتجاج على الغير بحدود السلطات الواردة في القانون الأساسي أو أمر تعيين المصفي[1]، ويطبق هذا الحكم سواء بالنسبة للتصفية الاتفاقية أو القانونية، فعلى المصفي أن يلجأ للوسائل الأكثر نجاحا والتي تحقق مصلحة أكبر للدائنين حيث يلجأ للبيع أو الرهن أو التأجير من أجل الحصول على المال اللازم لتسديد الديون.

ما نلاحظه أن للمصفى سلطات واسعة في التصرف في أموال الشركة حتى الأموال العقارية، حيث لم يلزم المشرع المصفي بالحصول على إذن بالتصرف مثلما فعل بالنسبة للوكيل المتصرف القضائي عندما ألزمه المشرع بالرجوع للقاضي المنتدب في الكثير من الحالات عند افلاس الشركة التجارية، وهذا ما يؤكد دور المصفي المهم في حماية الضمان العام للدائنين.

حتى في الشركة الباطلة فلم يمنع المشرع تعيين المصفي في الشركة الفعلية التي تعاملت مع الغير، على ألا يعين المصفي بالاتفاق نظرا لبطلان عقد الشركة، إنما يقوم القاضي بتعيين مصفي للشركة الفعلية بناء على طلب يتقدم به أحد الشركاء أو أي شخص له مصلحة كدائن الشركة، كما يحدد القاضي في هذه الحالة الطريقة التي تتم بها التصفية[2].

لا يمكن أن يعتد بمحضر حل الشركة أو تصفيتها من أجل إثبات صحتها وفقا لموقف المحكمة العليا[3]،حيث قضت الغرفة التجارية والبحرية انه لا يمكن تثبت الشركة التجارية إلا بموجب عقد

[1] هذا ما قضت به المادة 788 من ق.ت
[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 134.
[3] المجلة القضائية، العدد 02، الديوان الوطني للاشغال التربوية، 2003، ص 203.

رسمي وفقا لمقتضيات المواد 324 مكرر1 من القانون المدني و 145 قانون تجاري، ولا يمكن إثباتها بمحضر حلها، ولا يتم الاعتماد على محضر حل شركة غير موجودة.

وعليه فإن القضاء يؤكد خضوع الشركة الباطلة أو الفعلية للتصفية، على أن محضر حلها لا يمكن أن يصحح العيب الذي يشوبها .

الفرع الثاني: شهر إجراءات التصفية ومسؤولية المصفي تجاه الغير.

تتطلب حماية حقوق دائني الشركة طور التصفية إعلامهم بكل إجراءات التصفية منذ صدور الأمر بتعيين المصفين، وحتى قبل ذلك من يوم حل الشركة، حيث اعتبر المشرع هذه الأخيرة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان سبب حلها على أن يتبع عنوان الشركة بعبارة " شركة في حالة تصفية " هذا ما قضت به المادة 766 من القانون التجاري.

حرص المشرع على إعلام الدائنين بدخول الشركة في مرحلة التصفية لما في ذلك من أهمية بالنسبة لهم نظرا للمخاطر التي قد يواجهها الدائنين جراء تجاهل إشهار التصفية، حيث أنهم يواصلون التعامل معها كأنها لا تزال موجودة خاصة عند عدم بروز مظاهر انتهائها بعد احتفاظ الشركة بصلاحياتها، رغم انها تفقد حريتها في استغلال نشاطها بسبب دخولها في مرحلة التصفية، وانتهاء سلطات الشركاء والمسيرين فيها وحلول المصفي ممثلا للشركة، الا انه من المهم إعلام الغير بذلك حماية لأموال الشركة[1] .

لعل أهم أثر رتبه المشرع على إهمال نشر قرار حل الشركة وتصفيتها يتمثل في قاعدة عدم الاحتجاج تجاه الغير، فلا يمكن للشركة الاحتجاج في هذه الحالة على الغير الا بعد نشر التصفية من هنا تظهر إمكانية معارضة الغير القائمة على عنصر الجهل، لذلك فإن الدائنين بحاجة لمعرفة الوضعية القانونية للشركة التي يتم التعامل معها، لذلك نظم المشرع إعلامهم بإجراء النشر القانوني.

[1] Y. Guyon, Droit des affaires droit commercial général et sociétés , 5éme éd, T.D.I, 1988, p 198.

نشير هنا ألا أثر لمعارضة الغير إلا بالنسبة للأعمال التي أوجب المشرع إشهارها والتي جعلها المشرع موضوع نشر، وهنا يزول أثر هذه المعارضة بمجرد المبادرة بالشهر القانوني، حيث لا يمكن للشركة الاحتجاج على الغير بالحل والتصفية إلا من يوم شهرها بالطرق القانونية، وعلى من يدعي علم الغير عن طريق وسائل أخرى أن يثبت ذلك أمام المحكمة[1].

تنص المادة 766 في فقرتها الأخيرة أن حل الشركة لا يمكن أن يكون له أثر تجاه الغير إلا من يوم نشره ويترتب على شهر التصفية التزام الشركاء بتقديم ما تبقى من حصصهم، و امتناعهم عن التصرف فيها ببيعها أو رهنها أو غيرها من التصرفات قبل انتهاء التصفية، وتعتبر كل موجودات الشركة حتى دفاترها التجارية ملكا لها وليست ملكا شائعا بين الشركاء على عكس مرحلة القسمة، فلا يمكن توقيع حجز على ممتلكات الشركة [2]، كما يترتب على شهر التصفية انتهاء سلطات المسيرين تجاه الغير، ويصبح منذ ذلك التاريخ المصفي عضوا في كيان الشركة لا مجرد وكيل عن الشركاء فيها، فيصبح مركزه القانوني مطابقا لمركز مدير الشركة[3].

يعتبر إشهار التصفية وسيلة مهمة للحفاظ على حقوق دائني الشركة، وذلك لإعلامهم بكل التغييرات التي تطرأ على وضعية الشركة ليتمكنوا من اتخاذ التدابير اللازمة والوسائل القانونية للمحافظة على حقوقهم، كما يخضع قفل التصفية لنفس اجراء الشهر القانوني الذي اشارت اليه المادة 775 من القانون التجاري.

وهو نفس موقف القانون والقضاء الفرنسي، حيث قررت محكمة استئناف باريس انه عند قفل التصفية الودية للشركة التجارية، يجب ان يتم تسجيل ذلك في السجل التجاري، هذا بالإضافة لنشر انتهاء التصفية [4].

---

[1] محمد عباس، القانون التجاري، مكتبة النهضة المصرية، مصر 1996، ص 282.

[2] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 251.

[3] لا تعتبر التصفية عقدا حقيقيا لأنه نظام إجباري يعين من خلاله شخص للقيام بأعمال التصفية بقوة القانون دون أن يتوقف ذلك على موافقة الشركاء، فحتى وإن اقتربت من المفهوم العقدي في شركات الأشخاص فإنها تختلف عنه في شركات الأموال.

[4] Ca Paris 27 avril 1988,14 ème ch. N 84-13.101, F. Lefebvre p 295.

رغم أهمية شهر التصفية بالنسبة للدائنين إلا أنه لم يترتب عليه المشرع نفس آثار شهر الحكم بإفلاس الشركة، حيث تحتفظ التصفية بطابعها الفردي عكس الإفلاس فهو إجراء جماعي، يمثل فيه المصفى الشركة في حين يمثل الوكيل المتصرف القضائي كل الدائنين الذين يتكتلون ضمن جماعة الدائنين، بينما يتقدم كل دائن بدينه في التصفية بعد شهرها .

وعليه فإنه لا مجال للحديث عن سقوط أجل الديون الذي لم يقم المشرع بالإشارة إليه مثلما فعل بالنسبة للإفلاس، ولم يرتب على شهر التصفية سقوط أجل الديون، رغم أنه أهم أثر ينتج عن شهر التصفية في الكثير من التشريعات على غرار المشرع التونسي [1]، و ذلك باعتباره جزاء يسلط على الشركة نظرا لانحلالها قبل ميعاد انتهائها[2].

رغم أهمية القاعدة سقوط أجل الديون بعد شهر التصفية إلا أن عدم تقريرها من طرف المشرع كان ربما بسبب إثقاله لكاهل المدين، نظرا لأنه يؤدي لتنفيذ الشركة لكل التزاماتها في آن واحد، ويقع عليها بعد سقوط أجل الديون الالتزام بالوفاء بالديون التي حل أجلها والتي لم يحل أجلها بعد .

ان التمييز بين هذه الديون يمكن أن يزيد في تأخير سدادها، رغم انه أنه يخدم مصالح الدائنين الذين حل أجل دينهم لأنه يجنبهم تزاحم الدائنين الذين لم يحل أجل دينهم بعد، من أجل ذلك لم يول المشرع أهمية كبيرة لقاعدة سقوط أجل الديون بعد شهر تصفية الشركة، رغم أنها قاعدة مهمة لأنها تحقق المساواة بين جميع الدائنين، وتحمي حقوق الدائنين الذين لم يحل ميعاد أجل ديونهم من مخاطر عدم كفاية أموال الشركة بعد تسديد الديون التي حل أجلها[3].

كما لا يحق للمصفي إجبار الدائنين على قبول الوفاء قبل حلول الآجال إلا في الحالات التي يكون فيها الأجل مقررا لمصلحة الشركة، فيحق للمصفي حينها أن يقوم بالوفاء الفوري بالدين، كما يلتزم المصفي بالاحتفاظ بمبلغ من الأموال لمواجهة الديون الآجلة والديون المتنازع فيها .

[1] ينص الفصل 461 من مجلة الشركات التونسية " يترتب على الحكم بالتفليس سقوط الأجل بالنسبة للمدين دون شركائه في الدين" .

[2] كما لا تسقط آجال ديون مدني الشركة.

[3] Y. Chartier, Droit des affaires, op, cit, p 233.

أما في حالة عدم كفاية أموال الشركة لتسديد ديون الغير، فيمكن حينها للمصفي أن يطالب الشركاء بتقديم المبالغ اللازمة لتسديد الديون خاصة الشركاء المتضامنين، نظرا لمسؤوليتهم التضامنية الشخصية والمطلقة، إذ لا يمكن للمصفي مطالبة الشركاء ذوي المسؤولية المحدودة بتقديم مبالغ أكبر من حصصهم المقدمة أو التي تم التعهد بتقديمها [1]، فتبقى قاعدة فصل الذمة المالية للشركة عن ذمة الشركاء فيها قائمة حتى في فترة تصفية الشركة التجارية.

لا يمكن أن يسدد الشريك الديون التي عجزت موجودات الشركة عن تسديدها من ذمته المالية إلا في حالة وجود التزام تضامني[2]، أي لا يمكن للشريك تسديد ديون الشركة بأمواله الخاصة أثناء تصفية الشركة التجارية إلا إذا تعلق الأمر بشركة تضامن، أو كان الأمر متعلقا بتصفية شركة توصية بسيطة أو توصية بالأسهم فيكون الشركاء المتضامنين فيها مسؤولون شخصيا عن ديون الشركة.

لعل ما يؤكد بقاء ذمة الشركة منفصلة عن ذمة الشريك هو عدم إمكانية إجراء المقاصة بين الشريك والغير حتى في فترة التصفية عندما تعجز موجودات الشركة عن الوفاء بالديون، فلم يقم المشرع بالإشارة لإمكانية اجراء هذه المقاصة لأن وجود الشركة في حالة تصفية لا يؤدي لمزج ذمة الشركة بذمة الشريك.

جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية المنع المطلق لإجراء أي مقاصة بين الشريك والغير أثناء تصفية الشركة، وأكدت المحكمة في قرارها أنه لا يمكن إجراء المقاصة بين دين على الشركة ودين في ذمة الغير للشركة، إلا إذا كان الغير دائنا ومدينا في آن واحد للشركة ذاتها[3].

إلى جانب ذلك لم يقم المشرع بالإشارة صراحة لوقف الدعاوى الفردية بعد شهر التصفية مثلما فعل بالنسبة لإفلاس الشركة وهذا يرجع لاختلاف التصفية عن نظام الإفلاس، الذي يظهر من

[1] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 427.

[2] كما يمكن مطالبة الشريك بدفع المبالغ اللازمة أثناء التصفية إذا كان الشريك لا يزال مدينا بجزء من حصته في رأس مال الشركة في حالة التعهد.

[3] Cass.com .19 février 1973.n 71-100.74, D 1974. « Thémis des grands arrêts » op, cit, p 39.

خلال المركز القانوني للمصفي الذي يمثل الشركة، بينما يكون الوكيل المتصرف القضائي ممثلا لمصالح الدائنين، كما قد يرجع ذلك لافتراض قدرة الشركة تحت التصفية على سداد ديونها، وعند ثبوت العكس يمكن إخضاعها مباشرة لإجراءات الإفلاس مما يؤكد الطابع الفردي للتصفية مقارنة مع التنفيذ الجماعي في نظام الإفلاس، رغم أن وقف الدعاوي إجراء مهم لحماية حقوق الدائنين لأنه يحقق المساواة بينهم[1]، كما أنه يسهل عملية التصفية و يمنع توقفها ويحافظ على موجودات الشركة إلا أنه لم يرد ضمن الأحكام المنظمة للتصفية، فلم يرد أي منع للدائنين من رفع دعاوى والقيام بمتابعات فردية للمدين، رغم أن القيام برفع دعاوى لا يؤدي دائما لتنفيذها وتسديد حقوق رافع الدعوى إلا أنه من شأن أن يضعف حقوق باقي الدائنين لأنه يضر بسير التصفية[2].

كما لا يوجد أي إشارة لوقف تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الشركة أثناء فترة التصفية، ولا يجوز للمصفى ان يقوم بمتابعة الدعاوى الجارية، أو القيام بدعاوى جديدة إلا بعد الحصول على إذن من الشركاء أو بقرار قضائي.

لم يمنع المشرع الدائنين من مقاضاة الشركة ورفع الدعاوى أثناء التصفية، لكنها ترفع على ممثل الشركة أي المصفي، فلا يمكن أن ترفع على الشركة أو الشركاء بعد دخول الشركة مرحلة التصفية وتولي المصفي تمثيلها وإدارة شؤونها .

حيث أكدت المحكمة العليا حق الغير في رفع دعوى على الشركة في طور التصفية على أن توجه الدعوى للمصفي الذي يصبح له الصفة القانونية في تمثيل الشركة[3].

يتضح من المادة 767 من القانون التجاري أن شهر بيانات التصفية يجب أن يقع في أجل شهر من يوم تعيين المصفي، ونظرا لأهمية هذا الإجراء في إعلام الغير جعل المشرع هذه المهلة قصيرة نوعا ما، وذلك من أجل الإسراع في إعلام الدائنين بحل الشركة وسبب حلها وأسماء المصفين، وحدود

[1] Y. Chartier, op, cit, p 240

[2] حسن المصري، القانون التجاري والعقود التجارية والإفلاس، ط 1، مطبعة حسان مصر،1988، ص 254.

[3] حيث اكدت الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 04-03-2002 على ان ترفع الدعوى في حالة شركة منحلة على المصفي وليس على الشركة ، مجلة المحكمة العليا، العدد 2-2010، ص 176.

صلاحياتهم إضافة لإعلام الغير بالمكان الذي توجه إليه المراسلات والمكان الخاص بكل الوثائق المتعلقة بالتصفية، إلى جانب المحكمة التي يتم إيداع العقود والوثائق الخاصة بتصفية الشركة بها .

كما أكد المشرع على التزام المصفي بأن يقوم تحت مسؤوليته بإجراءات النشر الواقعة على الممثلين القانونيين للشركة وهذا ما جاء في المادة 768 من القانون التجاري، إلى جانب تأكيد المشرع على ضرورة الإعلان عن التصفية في الجريدة المختصة بالإعلانات القانونية للولاية التي يوجد بها مقر الشركة، إضافة لنشر التصفية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

يعتبر الالتزام بالإعلان عن التصفية من أهم التزامات المصفي إلى جانب التزامه بالقيام بأعمال تحفظية، وأعمال استيفاء حقوق الشركة للمحافظة على أموالها حيث يتحمل المصفي التزام الوكيل، فعليه أن يبذل العناية اللازمة للمحافظة على مصالح الشركة دون تجاوز صلاحياته المقررة له قانونا أو اتفاقا، كما يلتزم بأداء مهامه بحرص شديد و اعتبره المشرع مسؤولا تجاه الشركة وتجاه الغير عن أخطائه المرتكبة أثناء مباشرة مهامه[1].

اما في حالة غياب الإعلان عن تصفية الشركة فلا يمكن الاحتجاج بها على الغير الذي يتعامل مع الشركة باعتبارها تمارس نشاطها العادي قبل حلها، كما يكون موضوع إشهار قانوني كل الأحكام والقرارات القضائية التي تتضمن التصفية[2]، ولا تنتهي مهام و التزامات المصفي إلا بعد انتهاء عملية التصفية، أو بعد استحالة مواصلة العملية نظرا لعجز الشركة عن تسديد ديونها، فيحل محل إجراءات التصفية إجراءات الإفلاس وتنتهي مهام المصفي بمجرد الحكم بالإفلاس لأن هذا الحكم يمنح للوكيل المتصرف القضائي سلطة مباشرة كل الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشركة.

تتوقف عملية التصفية عند إجراء عمليتي الاندماج أو الانفصال، حيث سمح المشرع حسب المادة 744 للشركة التجارية أن تقوم بالدمج أو الانفصال حتى في حالة التصفية، ويرجع ذلك لاحتفاظ الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية لغاية قفل عملية التصفية، على أن تبدأ الشركة إجراءات الاندماج والانفصال قبل الشروع في عملية قسمة ما تبقى من أموال الشركة على الشركاء .

[1] المادة 776 من ق.ت.

[2] المادة 12 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

في هذه الحالة لا تنتهي عملية التصفية إلا بعد ظهور الآثار القانونية للاندماج والانفصال وحصولهما بالطريقة التي يحددها القانون مهما كانت طبيعة الشروط الاتفاقية، ونشير هنا إلى أن الشركة المندمجة هي التي تكون غالبا تحت التصفية[1].

يسأل المصفي تجاه الشركة عند إساءته تدبير شؤونها أثناء التصفية، كما يسأل عن كل ضرر يلحقه بالشركاء والغير بسبب أخطائه فمركزه القانوني يقترب من مركز الوكيل، فيجب عليه المحافظة على أموال الشركة والحرص على عدم التقليص من ذمتها المالية أو إتلافها، لان تلك الأخطاء التي يرتكبها تعرضه لمسؤولية مدنية ومسؤولية جزائية، حيث جرم المشرع الكثير من الأفعال التي يقوم بها المصفي إضرارا بالشركة والغير و باعتبار المصفي وكيلا عن الشركة،تعتبر مسؤوليته أمام الشركة مسؤولية عقدية أما تجاه الغير فهي مسؤولية تقصيرية، فان وجود الشركة التجارية في مرحلة التصفية لا يعني عدم مسؤولية المصفي عن خطئه الشخصي تجاه الشركة وتجاه الغير[2].

تقوم المسؤولية العقدية للمصفى تجاه الشركة عند تجاوزه لحدود سلطاته، وعند صدور خطأ من قبله يرتب ضررا للشركة، وقيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الشركة[3]، وإن تحديد سلطات المصفي عند تعيينه يسهل إثبات الارتباط بين تجاوزه لحدود سلطاته والضرر الذي نتج عن ذلك التجاوز، كما كفل المشرع حماية الغير حسن النية، ومنح له حق المطالبة بالتعويض عن كل عمل غير مشروع سواء كان مقصودا أو غير مقصود، و لا تكون هذه المسؤولية ناتجة عن التزام عقدي[4].

يكون المصفي مسؤولا عن كل ضرر الذي لحق بالغير، كما يسأل المصفي تجاه عمال الشركة عند عدم وفائه بدين لأحدهم خاصة عندما يكون الدين حالا وملزما للشركة، مما يرتب عليه عدم

[1] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 817.

[2] يكون المصفي وكيلا بالمعنى القانوني الصحيح خاصة في شركات الأشخاص فتكون مسؤوليته عقدية، بينما لا تكون مسؤوليته عقدية في شركات الأموال حتى لو تم تعيينه بالأغلبية من قبل الجمعية العامة.

[3] يسأل المصفي تجاه الشركة عن كل الأعمال المرتكبة من أخطاء وإهمال أثناء حصر حقوق الشركة والمحافظة على أموالها.

[4] تنص المادة 776 من ق.ت " يكون المصفي مسؤولا تجاه الشركة والغير عن النتائج الضارة الحاصلة عن الأخطاء التي ارتكبها أثناء ممارسته لمهامه ".

حصول العامل على حقوقه في ميعاد استحقاقها، كما يسأل المصفي تجاه الدائنين أصحاب السندات في شركة المساهمة، عند قيام المصفي بتوزيع مبلغ من المال الناتج عن أعمال التصفية على المساهمين دون قيامه بتسديد ديون أصحاب السندات، إذ يعتبر ذلك خطأ مرتبا للمسؤولية التقصيرية تجاه أصحاب السندات[1].

يتولى المصفي كل السلطات في الشركة تحت التصفية، لكن هناك حالات يستغرق فيها تعيين المصفي وقتا فتدخل الشركة في مرحلة التصفية دون مصف ،ودون مدير لان انحلال الشركة يرتب انتهاء سلطات المدير، لذلك يبقى المدير في الفترة ما بين حل الشركة وتعيين المصفي محتفظا ببعض سلطاته لمواجهة الحالات المستعجلة وللقيام بالأعمال الضرورية، فيكون للغير أن يرفع دعوى على الشركة في مواجهة المديرين، ويكون هؤلاء ممثلين للشركة تمثيلا صحيحا نظرا لأنهم يتولون القيام بكل الأعمال، و يقومون باتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ومباشرة الأعمال التي لا تحتمل التأجيل، وإذا قاموا بالبدء في عمل من أعمال الإدارة ولم يتم قبل حل الشركة فعليهم إتمامه أو على الأقل القيام بالحد الأدنى الذي يؤمن مصالح الشركة[2].

غير انه لا يمكن للمسير ان يقرر مسألة وجود الدين من عدمه حتى ولو تعلق الامر بحماية الغير عند تدخل المسير الفعلي في إدارة الشركة، حيث لم تعترف محكمة النقض الفرنسية للمسير الفعلي بسلطة تقرير صحة إجراءات حصر ديون الشركة في طور التصفية[3].

كما لا تعارض بين وجود الشركة التجارية في حالة التصفية ومسألة قيام المسؤولية المدنية لكل من مسير الشركة والشريك في حالة ارتكابهم لخطئ شخصي[4].

1 مروان بدري الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2010، ص 285.
2 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 134.
3 Cass. Com., 6 oct, . rev. Mensuelle, droit de sociétés, Lexisnexis, jurisclasseur-janvier 2010,p 36.
4 Cass.com., 20 novembre, 2007, n 06-16.933,F-D , Delareux c/ cne de saint-champ-chatonod : Juris-Data n 2007-041596, rev mensuelle droit des societes, Lexisnexis, jurisclasseur- janvier 2008, p 29.

سمح المشرع أن يتم تعيين مصفي أو عدة مصفين لتولي مهمة تصفية الشركة وألزمهم المشرع بتقديم تقرير مشترك عند تعددهم، رغم أنه سمح لهم بالعمل المنفرد حيث يجوز لهم ممارسة مهام التصفية على انفراد، ومع ذلك يقع عليهم التزام إعداد تقرير مشترك[1]، وعليه فإن مسؤوليتهم تكون مسؤولية مشتركة وتضامنية، إلا إذا تمكن أحدهم من إثبات عدم مسؤوليته وعدم ارتكابه للخطأ وعندها يمكن نسبة الخطأ لأحدهم أو تجزئته فيما بينه، و لم يسمح المشرع للمصفي بأن يعين شخص ينوبه أو يساعده في أعمال التصفية عموما .

إن الضرر الذي يمكن أن يلحقه المصفي بالدائنين هو التقليص من موجودات الشركة، مما يعرض حقوق الدائنين للخطر فقد يقوم المصفي ببيع ممتلكات الشركة بثمن أقل من قيمتها الحقيقية، أو القيام بدفع دين غير حال أو غير ثابت، كما قد يقوم بإهمال حقوق الشركة لدى الغير أو إهمال المطالبة بإفلاس مدين الشركة[2] .

أما فيما يتعلق بمسؤولية الشركة عن أعمال المصفي فلم يعتبر المشرع الشركة مسؤولة عن أعمال المصفي تجاه الغير باعتباره ممثلا للشركة خلال تلك الفترة، فمركزه يتطابق تقريبا مع مركز المدير في الشركة، رغم هذا لم يتطرق المشرع لتقرير هذه المسؤولية خاصة في ظل احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية وذمتها المالية المستقلة خلال فترة التصفية.

نشير هنا لموقف المشرع المصري الذي يلزم الشركة بتصرفات المصفي حتى ولو قام بتجاوز حدود سلطاته الممنوحة له بموجب القانون، واشترط المشرع حسن نية الغير وعدم علمه بهذا التجاوز، فاعتبر المشرع المصري الشركة مسؤولة عن أخطاء المصفي باعتباره وكيلا عنها تجاه الغير حسن النية، أما في العلاقة بين الشركة والمصفي فيبقى المصفي مسؤولا تجاه الشركة عن كل التجاوزات[3].

---

[1] المادة 784 من ق.ت.

[2] F. Pérochon, op, cit, p 430.

[3] تنص المادة 147 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015، ج.ر عدد11 بتاريخ 12 مارس 2015:" تلزم الشركة بكل تصرف يجريه المصفي باسمها إذا كان مما تقتضي أعمال التصفية، ولو تجاوز القيود الواردة على سلطة المصفي أو استعمل المصفي توقيع الشركة لحسابه الخاص إلا إذا كان من تعاقد مع المصفي سيئ النية.."

الى جانب المسؤولية المدنية للمصفي تدخل المشرع ليفرض عقوبات جزائية حيث جرم إخلال المصفي بواجباته خاصة التصرفات التي تشكل تهديدا لمصالح الدائنين، حيث تدخل المشرع في أول مرحلة بعد تعيين المصفي وجرم إهماله لنشر قرار تعيينه في أجل شهر من التعيين وذلك في نشرة الإعلانات القانونية وفي الولاية التي يوجد بها[1].

كما جرم المشرع عدم قيام المصفي عمدا في الستة أشهر التي تلي تعيينه بإعداد تقرير عن الوضعية المالية للشركة وطلب الرخص اللازمة لإنهاء عمليات التصفية [2]، خاصة ان هذا الإجراء يمثل أهم الواجبات التي يقوم بها المصفي والذي يخضع بموجبه لرقابة الجمعية العامة للشركاء، من أجل اطلاعهم على الوضعية المالية العامة للشركة وكل ما يطرأ عليها من تغييرات، فتعتبر هذه الرقابة ضمانا لحقوق الدائنين نظرا لأنها تحول دون الممارسات التي من شأنها إضعاف هذا الضمان، نظرا لان الشركة في حالة التصفية تكون على وشك الانتهاء، فيسعى المصفي بقدر الإمكان إلى الوفاء بكل التزاماتها وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا بالمحافظة على أموالها التي تمثل الضمان العام للدائنين[3].

كما جرم المشرع إهمال المصفي لإيداع الأموال المخصصة للدائنين والشركاء في البنك باسم الشركة في أجل 15 يوما من يوم قرار توزيع الأموال المخصصة للتوزيع، وجرم المشرع في المرحلة المرتبطة باختتام السنة المالية إهمال المصفي إعداد تقرير مكتوب يتضمن عمليات التصفية الجرد وحساب الاستغلال والأرباح والخسائر في أجل 03 أشهر التي تلي اختتام السنة المالية[4].

إن ضمان التزام المصفي بواجباته ومهامه لا يكفي لضمان حماية الدائنين، هذا ما دفع المشرع لإلزامه بالشفافية عند أدائه لأعماله وعند تصرفه في أموال الشركة، حيث حمى المشرع الدائنين من سوء استعمال المصفي لأموال الشركة نظرا لطبيعة عمل المصفي وخطورته على مصالح الدائنين فيقع

[1] المادة 438 من القانون التجاري.

[2] رتب المشرع عقوبة الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000دج إلى 200.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين بمقتضى المادة 838 من ق.ت في حالة عدم نشر الامر المتضمن تصفية الشركة إضافة لحالة عدم قيام المصفي باعداد تقريق عن الوضعية المالية للشركة في الستة أشهر التي تلي تعيينه.

[3] B. Lamet, c, Bannel , Droit des sociétés civiles et commerciales, 3éme éd, èconomica, France 1994, p 147.

[4] المادة 839 فقرة 2و6 من ق.ت.

عليه واجب النزاهة عند استعمال أموال الشركة، فكثير ما يقوم المصفون باستعمال أموال الشركة وكأنها أموالهم الخاصة فيسيئون استعمالها مما يشكل خطورة كبيرة على أصحاب الحقوق.

نص المشرع على جريمة سوء استعمال أموال الشركة أثناء تصفيتها في المادة 840 من القانون التجاري وجرم كل تصرف مخالف لمصالح الشركة، وذلك عن طريق سوء استعمال أموالها المنقولة والعقارية، كأن يقوم بتحميل الشركة ديون صورية، أو ارتكاب جريمة نصب أو خيانة أمانة أو تزوير في حسابات الشركة، أو يقوم بإثبات وقائع غير صحيحة في دفاتر الشركة ، أو قيامه بعرض تقارير وبيانات كاذبة للجمعية العامة مما يدفعها لا تخاذ قرارات بالاعتماد على بيانات كاذبة [1]، ذلك أن عبارة " استعمال أموال او ائتمان الشركة" التي جاءت في المادة 840 من القانون التجاري[2] هي عبارة مطلقة تشمل كل نصب أو اختلاس أو خيانة أمانة، كما يشمل سوء الاستعمال تصرفات كثيرة تلحق ضرر بمصالح الشركة والغير.

كما لابد أن يترتب عن هذه الأعمال ضرر للشركة باستعمال أموالها لأغراض شخصية، أو بقصد تفضيل شركة لتحقيق مصلحة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق شخص آخر[3].

أشار المشرع للقصد الجنائي في المادة 840 من القانون التجاري[4] حيث استعمل عبارة " وهو يعلم بذلك" وهذا يدل على القصد الجنائي العام ووجود العنصر العمدي، يعني أن يكون المصفي على علم بأن العمل الذي يقوم به مخالف لمصلحة الشركة، ويحدث لها ضررا إذ لا يكفي الخطأ في التصرف لقيام هذه الجريمة فيجب توفر سوء النية في ارتكاب الفعل.

إن إثبات العلم يستدل عليه من طبيعة العمل أو مدى خطورة الخسارة التي تتعرض لها الشركة، وبالإضافة للقصد الجنائي العام لابد من توفر القصد الجنائي الخاص الذي يتحقق في سوء استعمال أموال الشركة لأهداف شخصية أو بغرض تفضيل دائن على دائن آخر ، فيجب أن يكون

[1] مروان بدري، المرجع السابق، ص 286.

[2] تنص المادة 840 من ق.ت في فقرتها الثانية:" استعمال أموال أو ائتمان الشركة التي تجري تصفيتها وهو يعلم أنه مخالف لمصالح الشركة تلبية لأغراض شخصية أو لتفصيل شركة أخرى أو مؤسسة له فيها مصالح".

[3] D. vidal, op, cit, p 171.

[4] تنص المادة 840 من ق.ت :" .. استعمال أموال ائتمان الشركة التي تجري تصفيتها وهو يعلم أنه مخالف لمصالح الشركة ..".

هذا الإضرار بأموال الشركة ومصالح الغير بغرض الانتفاع الشخصي، حيث وسع المشرع مفهوم المصلحة الشخصية للمصفي وجعلها إما مباشرة من قبل الشركة أو غير مباشرة من قبل أحد دائنيها عند تفضيل شركة على شركة أخرى، وهو شرط مهم نظرا أنه يؤكد هدف المشرع في منع كل التصرفات التي تسيء لأموال الشركة.

لا يمكن معاقبة المصفي إلا إذا تبين أن قصده من وراء هذه الأعمال هو إحداث خلل بأموال الشركة إضرارا بها وإضرارا بالضمان العام المخول لدائنيها، ويعاقب المشرع بالسجن من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 200 ألف دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين المصفي الذي يقوم بهذه التصرفات.

كما يهدف المشرع لحماية أموال الدائنين اثناء تصفية الشركة لكسب ثقتهم ودفعهم للتعامل مع الشركة التجارية لما تحمله مرحلة تصفية الشركة بعد حلها من مخاطر[1]، لذلك قرر المشرع هذه العقوبات والتي كانت الغاية منها المحافظة على أموال الشركة، وعلى المصفي القيام بقدر المستطاع ودون الإضرار بأموال الشركة بالوفاء بالتزاماتها وديونها دعما لحماية الدائنين من بداية عملية التصفية لغاية اختتام أعمالها ونهايتها[2].

المطلب الثاني: أثر التصفية على حقوق دائني الشركة التجارية.

لم يفرض المشرع تسوية جماعية لحقوق الدائنين مثلما هو الشأن في الإفلاس، وعليه فيكفي أن يتقدم الدائن بإثبات دينه وحلول أجله، فيقوم المصفي حينها تسديد الدائنين كل بحسب أجل دينه، وما نلاحظه هو سكوت المشرع عن تنظيم كيفية تسديد هذه الحقوق، كما لم يضع المشرع أي حكم يخص ترتيب أولوية الحقوق فقد تكون الشركة مدينة قبل مرحلة التصفية أو أثنائها، وتكون الخطورة على الدائنين أكبر إذا تعلق الأمر بشركة أموال أين يكون للدائنين رأسمال الشركة الضمان الوحيد،

[1] B. lamet, c. Bannel, op, cit, p 149.

[2] تنص المادة 838 من ق.ت:" لم يستدع عمدا الشركاء في نهاية التصفية لأجل البث في الحساب النهائي وعلى إجراء إدارته وإخلاء ذمته من توكيله وإثبات اختتام التصفية ولم يضع حساباته بكتابة المحكمة ولم يطلب من القضاء المصادقة عليها ".

على عكس شركات الأشخاص التي يمكن للدائنين فيها الرجوع على الشركاء المتضامنين شخصيا من أجل الحصول على حقوقهم.

بعد قيام المصفي بالجرد وبعد بدايته مباشرة مهامه يكون قد أصبح مطلعا على الوضعية المالية للشركة فحماية للدائنين لا يمكن دفع الديون إلا من خلال المصفي، من أجل ذلك ألزم المشرع المصفي بأن يقوم بالإعلان عن الأمر المتضمن تعيينه تحت طائلة عقوبات جزائية[1]، وذلك من أجل أن يتقدم دائني الشركة بإثبات ديونهم وتقديم الوثائق الضرورية لحماية مصالحهم وبهدف إعلامهم بالوضعية المالية الحقيقية للشركة.

تجدر الإشارة أن تصفية الشركة التجارية لا تعني بالضرورة معاناة الشركة وعجزها عن مواصلة استغلال نشاطها لان إجراءات التصفية لا تميز بين الشركة العاجزة والشركة المليئة، لكن المشكلة تثور عندما تكون أموال الشركة غير كافية لتسديد ديونها، فتظهر هنا مسألة تنظيم الديون أمام الوضعية المالية المتدهورة للشركة، وتثور مسألة طريقة التوزيع التي يجب أن يتبعها المصفي والتي تضمن المساواة بين الدائنين.

يزداد الأمر صعوبة أمام صمت المشرع عن تحديد الكيفية الواجب إتباعها في قضاء الديون، فلم يبين المشرع طريقة التوزيع مثلما هو الشأن في حالة الإفلاس، خاصة عند عدم كفاية مال الشركة في ظل غياب تدخل المشرع بفرض إجراءات التنفيذ الجماعي ووقف الدعاوى الفردية مثلما فعل بالنسبة لإفلاس الشركة، حيث لم يعتبر المشرع المصفي ممثلا للدائنين، فكان لا بد من توضيح كيفية تسديد ديون الشركة التجارية تحت التصفية (فرع اول)، والاشارة لأثر تصفية الشركة التجارية على المتعاقدين مع الشركة التجارية (فرع ثاني).

[1] المادة 838 من ق.ت.

الفرع الأول: تسديد ديون الشركة التجارية تحت التصفية.

لا يترتب عن دخول الشركة في حالة التصفية سقوط لأجل الديون لذلك يتوجب على المصفي أ لا يدفع إلا الديون المستحقة الحالة الأداء، ويستوي في ذلك الديون التي نشأت قبل انقضاء الشركة او أثنائها، فلا يجوز لدائني الشركة الذين لم تحل بعد آجال ديونهم المطالبة بالوفاء الفوري، فيجب عليهم انتظار حلول أجل الدين، من أجل ذلك يقع على عاتق المصفي الالتزام بالأخذ بعين الاعتبار الديون التي لم يحل أجلها بعد و اتخاذ التدابير اللازمة لإيجاد المبالغ اللازمة لسدادها .

كما لا يمكن أن يفرض المصفي على الدائنين الوفاء لهم بديون لم يحل ميعاد استحقاقها بعد، إلا إذا كان الوفاء يحقق مصلحة للشركة فيستطيع المصفي حينها أن يقوم بالوفاء الفوري، و إذا كان في الوفاء مصلحة للدائن فلا يفرضه المصفي على الدائن قبل حلول أجله إلا إذا قبل هذا الأخير، على أن يقوم المصفي بالوفاء لجميع الدائنين دون تفضيل لأحدهم، نظرا لما قد يعرضه الوفاء الفوري لبعض الدائنين من أخطار على البقية[1].

إن قيام المصفي بالوفاء للدائنين قبل حلول الأجل يمكن وقوعه دون الحصول على موافقة الدائنين، عندما يكون في انتظار حلول أجل الاستحقاق إطالة لمدة التصفية مما يضر بمصلحة كل من الشركة والشركاء والدائنين، ولدائني الشركة في كل الأحوال وطبقا للقواعد العامة الحق في المحافظة على أموال الشركة، وإن تعرض أموال الشركة لأي خطر يؤدي للإنقاص من الضمان العام المقرر لسداد الديون، أو أي عمل يؤدي لزيادة ديونها وإنقاص حقوق الدائنين يمنح للدائنين الحق في رفع دعاوى على المصفي، وعلى الشركة وحتى الشركاء أثناء التصفية، خاصة الشركاء المسؤولون بصفة شخصية عن ديون خاصة الشركاء المسؤولون بصفة شخصية عن ديون الشركة [2]، فتكون الدعاوى التي يرفعها الغير على المصفي دعاوى عقدية او تقصيرية أو دعاوى غير مباشرة أو دعوى عدم نفاذ التصرف[3].

[1] G. Hanoun et bosvieux, op, cit, p 25.

[2] مروان بدري إبراهيم، المرجع السابق، ص 370.

[3] الدعوى غير المباشرة المادة 189 من ق.م، اما دعوى عدم نفاذ التصرف فتنص عليها المادة 191 من ق.م.

الأصل أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بالديون وأن جميع الدائنين متساوين في الضمان فيقوم المصفي بالوفاء بالديون الحالة، ثم الديون غير الحالة فيكون التسديد تلقائيا طالما كانت الشركة قادرة على سداد ديونها .

اما بالنسبة للديون غير حالة فإنها مهما كان سبب تأجيلها سواء كان أجل الدين لم يحل بعد أو كان الدين محل نزاع قضائي فإن أصحاب هذه الديون يتعرضون لخطر عدم سداد ديونهم المؤجلة، وأمام سكوت المشرع عن وضع حد أقصى للمدة التي تتم فيها التصفية، فإنه يتعذر على المصفي اتخاذ قرار تسديد الديون غير حالة فهو من جهة إجراء مفيد للشركة لأن يسرع إنهاء إجراءات التصفية، ومن جهة أخرى يعد ضمانا للدائنين أصحاب الديون غير الحالة، لكن يصطدم هذا الإجراء بعدم وجود أي نص يجيز قيام المصفي بهذا الإجراء، مما يفيد أن المصفي ملزم بالاستمرار في إجراءات التصفية إلى حين حلول أجل الديون[1] .

يرى الفقيه "تالير" أن دخول الشركة في مرحلة التصفية يعد سببا كافيا لمنح المصفي حق عدم احترام آجال الديون، مما يسمح له بالتسديد المسبق لدائني الشركة الذين يقبلون هذا التسديد ضمانا لحقوقهم[2]، خاصة أن دخول الشركة في مرحلة التصفية يعني قيام المصفي بالتصرف في أموالها، فيؤدي ذلك لتوقفها الكلي عن النشاط مما يؤثر سلبا على دائنيها خاصة الذين لم يحل اجل استحقاق ديونهم .

فكان على المشرع أن يسقط أجل ديونهم وان يقرر تسديد الديون الحالة وغير الحالة نظرا للخطر الذي يتعرض له دائني التصفية، حيث يبرر هذا الخطر سقوط أجل الديون مثلما فعل المشرع بالنسبة للإفلاس .

لكن مماثلة نظام التصفية بنظام الإفلاس ليس في محله في مسألة سقوط أجل الديون، نظرا لاكتساب سقوط أجل الديون صبغة عقابية لعجز الشركة عن الوفاء بديونها الأمر الذي يبرر عدم

[1] حماية لأصحاب الديون غير الحالة ألزم المشرع المصفي بأن يقوم بطرح المبالغ اللازمة لقضاء الديون التي لم يحل أجلها أو الديون المتنازع فيها وهذا ما قضت به المادة 447 من ق.م.

[2] Thaller, op, cit, p 454.

استفادة الشركة من الأجل، وعلى العكس فإن الشركة في طور التصفية يفترض فيها قدرتها وملائمتها مما لا يبرر إسقاط أجل الديون بالنسبة لدائنيها، حيث يتأسس منح الأجل على مدى الثقة التي يظهرها المدين للدائن فتتقلص تلك الثقة عند إفلاس الشركة، فيكون حينها سقوط أجل الديون مبررا على عكس حالة التصفية[1].

هذا بالإضافة لسكوت المشرع عن بيان الدائنين أصحاب الأولوية، فإذا كان الأصل العام هو مساواة جميع الدائنين أمام الضمان العام المخول لهم، فدائني الشركة قد يكونوا دائنين عاديين ودائنين أصحاب تأمينات عينية، وبالتالي فإن الطريقة المتبعة في سداد ديون الشركة تكون بحسب ما تقضي به القواعد العامة[2].

أما الديون الممتازة والتي يمنح المشرع لأصحابها حق امتياز عام فإنها تدفع بالأولوية على الديون الأخرى والمتمثلة في المصاريف القضائية، والمبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم والمبالغ المستحقة للعمال من رواتب وأجور عن 12 شهرا الأخيرة إضافة للمبالغ المستحقة لعائلة المدين ومن يعوله في الستة أشهر الأخيرة[3].

كما سكت المشرع عن بيان وضعية دائني التصفية مقارنة بالدائنين السابقين للتصفية، فعند قيام المصفي بالأعمال اللازمة لإتمام عملية المصفي يمكن أن يواصل استغلال الأعمال التجارية، كما أنه قد يتعاقد مع أشخاص معينين بغرض المحافظة على أموال الشركة.

ذهب الفقيه "Hamel" إلى الإقرار بأولوية دائني التصفية في عملية تسديد الديون على غرار ما يتمتع به دائني التفليسة عند مواصلة نشاط الشركة بعد افلاسها، نظرا لما تمثله هذه الأولوية من أهمية في مساعدة المصفي على القيام بالأعمال اللازمة للتصفية وتوفير الثقة للمتعاملين مع المصفي أثناء سير عملية التصفية[4].

[1] خالد السوفاني، هدم الوجود القانوني للشركة ، ج2، المرجع السابق، ص 607.
[2] المواد 907 من ق.م.
[3] المواد 990 و991و 993 من ق.م.
[4] Hamél et lagarde, op, cit, p 488.

وعليه فإن نظام التصفية الذي كرسه المشرع لا يحتوي على أية أولوية للدائني،حتى حقوق المصفي عند قيامه بدفع أموالا لتصفية من ماله الخاص ما عليه إلا الرجوع مثل باقي الدائنين على الشركة ثم الشركاء كل بحسب حصته، وتبقى أحكام التصفية خالية من أية أولوية على عكس نظام الإفلاس[1]، فيكون للدائنين المرتهنين أصحاب الديون المضمونة بتامين واقع على عقار أو منقول حق أولوية في استيفاء ديونهم، بحيث يتقدمون الدائنين العاديين الذين يخضعون للمساواة والذين يقوم المصفي بتسديد ديونهم بعد أصحاب الديون الممتازة بامتياز عام أو خاص، فيكونون متساوون تجاه الضمان العام وفي حالة عدم كفاية أموال الشركة يلجأ المصفي للتوزيع النسبي و الوفاء الجزئي فيحصل كل دائن على نسبة معينة من دينة، فيطبق مبدأ مساواة الدائنين أمام الضمان العام باعتباره مبدأ من النظام العام يخضع له دائني التصفية في الشركات التجارية[2].

إلا أنه في حالة عدم كفاية أموال الشركة لسداد ديونها وقيام المصفي بالوفاء الجزئي للديون، فان هذا لا يمنع الدائنين من التقدم للقضاء من أجل المطالبة بالتسديد الكامل للديون، مما قد يؤدي إلى إعلان إفلاس الشركة أثناء تصفيتها[3] .

ان خضوع عملية التصفية لترتيب الديون بحسب القواعد العامة أمر تفرضه النصوص المتعلقة بتصفية الشركة التجارية التي لم ترد بها أي إشارة حول ترتيب الدائنين، حيث جاء المشرع بالمادة 794 من القانون التجاري[4] الذي أشار فيه لضرورة عدم الإخلال بحقوق الدائنين، مما يدل على ضرورة رجوع المصفي للقواعد العامة الخاصة بتسديد حقوق الدائنين.

يترتب على ذلك أنه إذا تم تقسيم الأموال على الشركاء قبل حصول الدائنين على حقوقهم فإنه من حق الدائن أن يرجع على المصفي للمطالبة بالتعويض، إضافة لحقه في مطالبة الشركاء برد ما قبضوه ويرفع دعواه على كل الشركاء باعتبارهم مدينين له، أما ديون الشركاء عن المصاريف التي

[1] خالد السوفاني، المرجع السابق، ص 613.

[2] F.pérochon , op, cit, 438-439.

[3] مروان بدري، المرجع السابق، ص 381.

[4] تنص المادة 794 من ق.ت:" يقرر المصفي إذا كان ينبغي توزيع الأموال التي أصبحت قابلة للتصرف فيها أثناء التصفية وذلك دون الإخلال بحقوق الدائنين"

قاموا بصرفها أثناء تصفية الشركة لإتمام عملية التصفية، فيتم الوفاء بها بعد تسديد جميع حقوق دائني الشركة[1].

الفرع الثاني: أثر تصفية الشركة التجارية على المتعاقدين معها .

يمكن أن يمنح القاضي الاذن للشركة التجارية لتواصل نشاطها خدمة للمصلحة العامة لكل الأطراف وخاصة مصلحة الدائنين، وإن التحقق من وجود مصلحة للدائنين في استمرارية نشاط الشركة أمر مبرر، نظرا أن انتهاء التصفية مرتبط أساسا بضرورة الوفاء لدائنين، لذلك فإن من الضروري في بعض الحالات استمرارية بعض العقود والمعاملات[2] نظرا لما تتطلبه مصلحة الدائنين ومصلحة الشخص المعنوي.

أمام سكون المشرع عن بيان مسألة تنظيم حقوق المتعاقدين مع الشركة فإنه لابد من تطبيق أحكام العقود الفورية والعقود المستمرة، فبالنسبة للعقد الفوري لعقد البيع فإنه إذا تم إبرامه قبل دخول الشركة في مرحلة التصفية، فيقع على المصفي إنهاء عقد البيع وتنفيذه طالما أن الشركة قادرة على تنفيذه، وطالما أنها متمتعة بشخصية معنوية، أما إذا كان العقد مستمرا لكن تنتهي مدته خلال مرحلة التصفية قبل انتهائها فيستمر تنفيذه إذا سمحت طبيعة العمل بهذه الاستمرارية.

أما إذا كان العقد غير محدد المدة فإنه يستمر خلال التصفية ولغاية انتهاء أعمالها إذا اقتربت أعمال التصفية من الانتهاء ولم تنته مدة العقد، فطبقا للقواعد العامة تنقضي التزامات الشركة بانتهاء التصفية لأنه من غير الممكن استمرارية الشركة بتنفيذ التزامات ناشئة عن هذه العقود[3].

أشار المشرع لأحد أهم العقود المستمرة في المادة 769 من القانون التجاري ولم يرتب انتهاؤه، فبمقتضى هذه المادة لا تنتهي إيجارات العقارات المستعملة لنشاط الشركة بما فيها محلات السكن التابعة لهذه العقارات بعد دخول الشركة في مرحلة التصفية، وسبب ذلك هو بقاء الشركة محتفظة

[1] مروان بدري، المرجع السابق، ص 561.

[2] F. pérochon, op, cit, p 415.

[3] مروان بدري إبراهيم، المرجع السابق، ص 399.

بشخصيتها المعنوية واستمرار ذمتها المالية، وذلك نتيجة بقاء الشركة قادرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

كما قرر المشرع توفير الضمانات الكافية في حالة التنازل عن عقد الإيجار من قبل المصفي لضرورة إتمام عملية التصفية، حيث يكون الضمان مناسبا لحدود الإيجار، وفي حالة الانتقاص من الضمان بسبب التنازل عنه وجب تقديم ضمانا آخر من المتنازل إليه أو الغير وذلك بموجب امر قضائي مستعجل[1].

تجدر الإشارة لغموض نص المادة 769 من القانون التجاري نظرا لعدم وضوح حالات التنازل عن عقد الإيجار، كما لم يبين المشرع مدة عقد الإيجار، كما لم يشر لمدة الضمان والتي حددها المشرع بحدود مدة عقد الإيجار، الى جانب عدم بيان أسباب إنهاء عقد الإيجار، والطرف الذي يطالب بإنهائه، فالأسباب كثيرة فقد لا تكون دائما متعلقة بتصفية الشركة قد تكون أسباب سابقة لفترة حل الشركة وتصفيتها، كما لم يبين المشرع حدود هذا الضمان من حيث أطرافه حيث أشار لعقود الإيجار التي تكون الشركة فيها مستأجرة ،فلا يشمل هذا الحكم الحالة التي تكون فيها الشركة مؤجرة.

بالتالي يحتفظ المصفي بعقود الإيجار طيلة مدة التصفية، ويقع على عاتقه واجب المحافظة على استمرارية العقود والعمل على تنفيذها حسب ماتم الاتفاق عليه، والقيام بما هو لازم لحماية الحق في الإيجار نظرا لأهميته وقدرته على جذب الزبائن، من أجل تحقيق أغراض التصفية والمتمثلة في الحصول على القدر الكافي من الأموال لتسديد الديون[2].

في حين قرر المشرع الفرنسي منح امتياز للمؤجر و ينشأ هذا الامتياز بعد التنازل عن عقد الإيجار وإنهائه، على أن يشمل هذا التنازل مدة السنتين الممتدتين قبل صدور الحكم بتصفية الشركة

[1] تنص المادة 769 من ق.ت في فقرتها الثانية:" وإن لم يعد التزام الضمان في حالة التنازل عن الإيجار مضمونا في حدود الإيجار المشار إليه فإنه يمكن ابداله بامر مستعجل بكل ضمان كاف يقدم من المتنازل له أو الغير ".
[2] مروان البدري، المرجع السابق، ص 402.

التجارية إضافة للسنة التجارية من أجل إنهاء كل ما يتعلق بتنفيذ عقد الإيجار، وهذا ما قضت به المادة 622-16 من القانون الفرنسي[1].

تجدر الإشارة لعقد آخر من العقود المستمرة والتي سكت المشرع عن بيان أثر تصفية الشركة على المتعاقدين فيها والمتمثل في عقد العمل، فالأصل ان تستمر علاقة العمل لغاية انتهاء مدتها إلا إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا، او انتهى النشاط القانوني للهيئة المستخدمة [2]، فانتهاء الشركة يؤدي لإنهاء عقود العمل، وذلك لاستحالة مواصلة نشاط الشركة الذي يتوقف لكي ينتهي تماما فتكون هناك استحالة في تنفيذ عقود العمل.

حيث يقوم المصفي بإنهاء عقود العمل على أن يحصل العاملين الذين استمروا في عملهم مدة مواصلة الشركة لاستغلال نشاطها على حقوقهم، ويكون العمال دائنين للشركة عليهم مطالبتها بكل حقوقهم وأجورهم[3].

واعتبر المشرع أجور العمال ديون ممتازة حيث لا يعتبر العمال دائنين عاديين بل دائنين ممتازين[4] هذا دون الإخلال بحقوقهم التي يكفلها قانون العمل خاصة مكافأة نهاية الخدمة[5].

أما أصحاب السندات فإنهم كأصل عام دائنين عاديين لشركة المساهمة، وبالتالي فإنه في حالة التصفية تكون الأولوية لأصحاب الديون الممتازة، وذلك قبل أصحاب السندات العادية، أما أصحاب السندات المضمونة برهن فإن الأولوية بتسديدها تكون لهؤلاء نظرا لما يمتلكون من حق على ثمن المال المرهون، وإذا تبقى فائض بعد تسديد ديونهم فإنه يخصص للوفاء بباقي الديون، وفي

[1] Art.L c.c.f 622-16 « Le bailleur n'est privilégié que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure, si le bail est résilié le bailleur a en outre privilège pour l'année courante».

[2] تنص المادة 66 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل على: "تنتهي علاقات العمل في الحالات التالية: البطلان او الإلغاء القانوني، انقضاء اجل عقد العمل ذي المدة المحدودة، الاستقالة، العزل، العجز الكامل عن العمل كما ورد تحديده في التشريع، التسريح للتقليص من عدد العمال، انهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة، التقاعد الوفاة".

[3] F. pérochon, op, cit, p 416.

[4] المادة 993 من ق.م.

[5] المادة 72 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

حالة عدم كفاية ثمن المال المرهون لسداد ديون أصحاب السندات المضمونة فإن المبلغ المسدد يعتبر دينا عاديا يكون بموجبه أصحاب السندات في نفس مركز الدائنين العاديين عند استيفاء حقوقهم[1].

فضل الفقيه "كوزيان" منح أولوية للديون التي تنشأ أثناء فترة التصفية وذلك لنشوئها بغرض تسهيل عملية تسديد الديون وإنهاء التصفية، خاصة أنه لا يوجد نص في القانون الفرنسي يمنع تقرير هذه الأفضلية، و أن الهدف من استمرارية نشاط الشركة اثناء التصفية هو نفس هدف استمرارية عقود الإيجار لحسن سير عملية التصفية، لذلك فليس هنا ما يمنع القاضي من تطبيق نفس الحكم القانوني على الدائنين الذين نشأت ديونهم اثناء فترة تصفية الشركة التجارية [2].

المطلب الثالث: عدم كفاية أموال الشركة تحت التصفية لتسديد ديونها ودعاوى الغير.

تهدف التصفية للوفاء بالديون وتسديد ما في ذمة الشركة تجاه الغير، وبعد انتهاء أعمال التصفية يتحدد الصافي من أموال الشركة فيمكن حينها أن تبدأ عملية القسمة، وهي توزيع فائض التصفية على الشركاء والتي تجري طبقا للأحكام التي يتضمنها العقد التأسيسي مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالقسمة الواردة في القانون[3]، فبداية عملية القسمة تفترض كفاية أموال الشركة تجاه دائنيها، وبعد بقاء فائض من الأموال يتم قسمته بين الشركاء، لكن قد يقع تعارض بين المصالح وخاصة في العلاقة بين الشركاء والغير، فإن احتفاظ الدائن بهذه الصفة أثناء قسمة أموال الشركة يعني أن القسمة قد جرت قبل الوفاء بالديون ويقع هذا خاصة بالنسبة للديون الآجلة، من أجل ذلك يقع على المصفي الالتزام بإيداع مبالغ كافية لمواجهة الديون غير الحالة[4].

[1] إبراهيم البدري، المرجع السابق، ص 373.

[2] Cozian , et viandier, op, cit, p 551.

[3] تنص المادة 443 من ق.م: "يتم تصفية الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد فإن خلا حكم خاص تتبع الأحكام التالية ".

[4] المادة 747 من ق.م.

مع ذلك قد تكون تلك المبالغ غير كافية من اجل الوفاء الدائنين [1]، لذلك حرص المشرع على أن تتم تسوية كل حقوق الدائنين قبل الشروع في عملية القسمة، وهذا ما قضت به المادة 794 من القانون التجاري، لكنه اجراء غير كاف لحماية حقوق الغير لأن تقرير حقهم في الأولوية بحاجة لحماية أكبر، فيجب أن تكون هناك إجراءات وقائية لحماية هذا الحق، ولم يمنح المشرع أي حق للغير في الاعتراض على عملية القسمة في حالة قيام المصفي بعملية القسمة دون احترام حق الأولوية للدائنين، كما لم يمنحهم المشرع حق إبطال القسمة ولا الاعتراض عليها .

إن الشريك وان كان دائنا للشركة بحصته المقدمة أثناء تأسيس الشركة فهو دائن في الدرجة الأخيرة يسبقه الدائنين العاديين المتعاملين مع الشركة.

يمكن للمصفى بحسب الفقيه "Goré" ان يقوم بتوزيع حقوق الشركاء أثناء التصفية فقط بالنسبة للشركات التي تحتوي على شركاء متضامنين المسؤولين من غير تحديد عن ديون الشركة، لأنه في هذه الحالة يضمن الدائنين الوفاء بديونهم حتى في حالة عجز الشركة عن الوفاء بها[2].

هنا تثور مشكلة عدم كفاية موجودات الشركة من أجل تسديد حقوق الدائنين وهذا قبل الشروع في عملية القسمة على الشركاء، ما يستوجب الرجوع على الشركاء فيلتزم هؤلاء بدفع المبالغ اللازمة و يختلف الرجوع باختلاف المركز القانوني للشريك في كل شركة.

كما نجد إضافة لهذه الحماية الموضوعية لدائني الشركة أثناء التصفية حماية إجرائية قررها المشرع للدائنين، والمتمثلة في تقرير حقهم في رفع دعاوى مختلفة على كل من المصفي والشركاء المصفين أو غير المصفين من أجل حماية حقوقهم.

لذلك كان من الضروري التطرق لحالة عدم كفاية موجودات الشركة أثناء التصفية (فرع اول)، ثم الإشارة لدعاوى الغير الناشئة عن تصفية الشركة التجارية (فرع ثاني) .

[1] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 432.

[2] F. Goré, , La notion du capital social, op, cit, p 87.

الفرع الأول: عدم كفاية موجودات الشركة أثناء التصفية.

في حالة عدم كفاية أموال الشركة لتسديد ديونها سواء في مرحلة التصفية أو في مرحلة قسمة فائض التصفية على الشركاء يتم إعلان إفلاس الشركة في طور التصفية نظرا لتوقفها عن دفع ديونها، وهذا دون الإخلال بمسؤولية كل من المسيرين القانونيين أو الفعليين في حالة قيامهم بالأعمال التي تؤدي لتوقف الشركة عن الدفع[1]، وهذا يعني تطبيق قواعد وإجراءات الإفلاس حتى إن كان بإمكان الشركاء قفل التصفية وفقا لمصلحتهم قبل الوفاء بديون الشركة تجاه الغير، إلا أن إقفال التصفية في هذه الحالة لا يحتج به في مواجهة الغير الذي يستطيع المطالبة بإعادة فتحها من جديد[2].

من حق دائني الشركة خلال مدة التصفية ضمان حقوقهم نتيجة لبقاء الشخصية المعنوية للشركة، ويكون لهم حق أولوية على دائني الشركاء الشخصيين، لكنهم يفقدون هذه الأولوية بمجرد انتهاء عملية القسمة [3]، وحماية لهذا الحق يمكنهم مقاضاة المصفي عملا بالمادة 776 التي جعلت المصفي مسؤولا تجاه الغير عن كل عمل مخالف للأحكام المنظمة للتصفية، وعن كل خطأ يرتكب أثناء ممارسته مهامه.

كما أشرنا سابقا فإن تسديد حقوق الدائنين لا يخضع لإجراءات التصفية الجماعية، بل يخضع للمطالبات الفردية لكل دائن، لذلك يعمل المصفي على وضع تقييم عام لجميع خصوم وأصول الشركة والقيام بجرد دقيق لممتلكاتها، وذلك قبل الشروع في تسديد ديون الشركة تجاه الغير، فيقوم المصفي بذلك بغرض الدخول مباشرة في الإجراءات الخاصة بالإفلاس إذا ثبت له عجز الشركة عن الوفاء بما عليها من حقوق تجاه الغير[4].

عند قيام المصفي بالتوزيع يقوم بالوفاء بديون الغير من الدائنين كل بحسب رتبته، وعند تساوي الدائنين في الرتبة وتبين حينها عدم كفاية أموال التصفية لسداد جميع الديون يمكن للمصفى أن يسدد

[1] F. Lemennier, op,cit , p 330

[2] بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون التجاري والفرنسي، المرجع السابق، ص 69.

[3] ريبير – روبل، المطول في القانون التجاري ميشال جرمان، ج 1، ط 1، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 2008، ص 145.

[4] D.Vidal, op, cit, p 169.

جميع الديون كل بحسب نسبة دينه، لكن هذا لا يمنع الدائن من المطالبة بكامل دينه وفي حالة عدم إمكان القيام بتوزيع نسبي يتم الإعلان عن إفلاس الشركة[1].

كما أنه في حالة عدم كفاية أموال الشركة للوفاء بالديون المستحقة يرجع الدائنين على أموال الشركاء فيما تبقى لهم من حقوق لم تسدد، وعليه يجب على المصفي أن يطالب كل شريك بأن يقدم حصته وكل ما هو ملزم به للوفاء بديون الشركة، ويختلف الرجوع على الشركاء باختلاف شكل الشركة التجارية والمركز القانوني للشركاء فيها .

لا يمكن للشركاء المتضامنين في شركة التضامن أو التوصية البسيطة مخالفة قاعدة التضامن التي تلزمهم بكل ديون الشركة، وذلك في جميع أموالهم نظرا لأن قاعدة تضامنهم تتعلق بالنظام العام، فلا يمكن مخالفتها بتحديد مسؤوليتهم بمجرد دخول الشركة في مرحلة التصفية، حيث يترتب على المسؤولية المطلقة للشركاء أن يكون لدائني الشركة ضمان إضافي يتمثل في ذمم الشركاء الشخصية، وذلك زيادة على ضمانهم العام على ذمة الشركة كشخص معنوي، فتصبح هذه المسؤولية شبيهة بالتأمينات الشخصية المخولة للدائن كضمان من أجل الوفاء بحقوقه[2].

وتزداد أهمية هذا الضمان عند عدم كفاية أموال الشركة للوفاء بديونها فيكون للدائنين الحق في طلب التنفيذ على أموال الشريك المتضامن، وان لهذه المسؤولية التضامنية صورتان، الأولى تضامن الشركة والشركاء والثانية تضامن الشركاء فيما بينهم، والتي يكون بموجبها للدائن الحق في المطالبة أي من الشركاء بالوفاء الكامل الدين أو مطالبة جميع الشركاء، وعند وفاء أحدهم يمكنه الرجوع على باقي الشركاء كل بحسب نصيب دينه[3].

أما التضامن القائم بين الشركة والشركاء فيكون بموجبه للدائن أن يتقدم بدينه للشركة أو يقوم بالرجوع على الشركاء، حيث يكون له الخيار نظرا لبقاء الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية، لكن في حالة عجزها عن الوفاء بديونها فإن هذا يدفع الدائن للحصول على حقه من

[1] محمد حميدي، المرجع السابق، ص 105.

[2] M.Jeantin, Droit des sociétés , op, cit, p 394.

[3] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 446.

الشريك، نظرا لقيام المشرع بإضافة أموال الشركاء للضمان العام للدائنين خاصة دوي المسؤولية غير المحدودة إضافة للضمان العام على الذمة المالية للشركة[1]، ودون الإخلال بمسؤولية كل من الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، والشريك الذي قدم حصته بعمل في حالة إدراج اسمه في عنوان الشركة وظهور اسمه للغير رغم منعه من إظهار اسمه، حيث يصبح حينها ملزما تجاه الغير حسن النية بنفس الشروط، و بنفس الشروط كما لو كان شريكا متضامنا إضافة للمسؤولية التضامنية للشريك الموصي الذي يظهر اسمه في عنوان الشركة[2].

أما الشريك الجديد في الشركة فإنه لا يسأل إلا عن الديون الناشئة بعد تاريخ انضمامه للشركة ولا يسأل عن الديون السابقة لانضمامه، ولا يكون مسؤولا إلا من يوم اكتسابه صفة الشريك، إما إذا انسحب شريك من الشركة فإن هذا الانسحاب لا يكون نافذا تجاه الغير إلا إذا تم إشهاره ،فيحق لدائني الشركة الذين نشأت حقوقهم بعد انسحاب الشريك الرجوع عليه في حالة تخلف إشهار الانسحاب ولو كانوا على علم به، ويكفي نشوء الدين قبل الانسحاب حتى ولو تأخر استحقاقه إلى ما بعد انسحاب الشريك من الشركة[3].

وعليه فمسؤولية الشركاء عن تصفية الشركة لا تقوم إلا بعد عجز هذه الأخيرة عن تسدد الديون، ويكون للدائنين ضمانا إضافيا خاصا إضافة لذمة الشركة والمتمثل في ذمم الشركاء ذوي المسؤولية الشخصية والمطلقة حتى و إن زاحمهم في هذا الضمان الدائنين الشخصيين للشركاء، ولا يمكن للشريك أن يتخلص من هذه المسؤولية التضامنية أثناء فترة التصفية نظرا لأنها قاعدة من النظام العام لا يحتج بأي اتفاق يستبعدها تجاه الغير ، وهذا على عكس الاتفاق في العقد الأساسي بين الشركاء على التخفيف من مسؤولية الشركاء، أو أحدهم تجاه بعضهم فتظل مسؤوليتهم محدودة فيما بينهم حسب الاتفاق[4].

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، شركة التضامن، المرجع السابق، ص 40.
[2] المادة 563 مكرر 2 من ق.ت.
[3] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 301.
[4] محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 98.

يبقى الشريك في شركات الأموال مسؤولا أثناء تصفية الشركة التجارية في حدود قيمة حصته المقدمة، إذ لا يسأل إلا جزئيا عن الديون على عكس الشركاء في شركات الأشخاص، فلا يمكن للمصفى أن يجبر الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو المساهم في شركة المساهمة على دفع أكثر من قيمة حصصهم، لكن يطالبهم المصفي بدفع باقي قيمة المساهمات التي لم تدفع للشركة أو يطالبهم برد الأموال التي تم الحصول عليها نتيجة للقسمة غير القانونية لأموال الشركة[1].

لا توفر المسؤولية المحدودة للشركاء الحماية اللازمة للدائنين بعد حل الشركة وخضوعها للتصفية كما هو الشأن بالنسبة لشركات الأشخاص، خاصة أن رجوع الدائنين في شركات الأموال يعرضهم لدفع مصاريف كثيرة نظرا لكثرة الدعاوى واختلافها، حيث يقوم الدائن بالرجوع أولا على الشركة، ثم يرفع دعوى أخرى على المساهمين، كما يلزم الدائن بإثبات رجوعه على الشركة وأنها عجزت عن الوفاء بحقوق الدائن، فيكون من حقه حينئذ الرجوع على الشركاء والمساهمين، ويقوم الدائن باختيار الشريك المليء لكي يحصل الدائن على حقه كاملا إذا تعلق الأمر بشريك متضامن أما المساهم في شركات الأموال فلا يلتزم إلا بحسب ما قدمه كحصة للشركة[2].

الجدير بالذكر أنه لا توجد أي إشارة في القانون التجاري للطريقة التي يتم من خلالها توزيع خصوم الشركة على الشركاء، وذلك بسبب قيام المشرع بمنح السلطات الواسعة للمصفى من اجل القيام بالأعمال اللازمة لتصفية أموال الشركة، وخوله أن يقوم بما هو ضروري للمحافظة على حقوق الدائنين، هذا ما تنص عليه المادة 794 من القانون التجاري.

يكون من حق دائني الشركة الذين لم تحل أجل ديونهم بعد المطالبة بالتسديد الفوري أمام القضاء، رغم أن تصفية الشركة لا تسقط اجل ديونهم، وذلك عند إثباتهم أن عمليات التصفية سوف تنقص من الضمانات المخولة لهم للوفاء بديونهم، سواء كانت تلك الضمانات تأمينات عينية أو عبارة عن الضمان العام ككل وموجودات الشركة[3].

[1] Le Lamy des sociétés commercial, op, cit, p 817.
[2] F. Kramer, op, cit, p 172.
[3] Le Lamy des sociétés commerciales, op, cit, p 818.

أما الدائنين الشخصيين للشركاء فإنهم يتعرضون لمزاحمة دائني الشركاء المتضامنين إضافة لعدم تمتعهم بأي امتياز، ورغم ذلك بإمكانهم التدخل في عملية التصفية عن طريق رفع دعوى لحماية أموال مدينهم الشريك، كما لهم أن يرفعوا دعوى باسم مدينهم، ولكن بتوفر شرط المصلحة وذلك حماية لموجودات الشركة وحماية لعملية التوزيع وقسمة أموال الشركة[1].

كما قد يكون أحد الشركاء دائنا للشركة فقد ينفق مصاريف لمصلحة الشركة فيحق له عندئذ ان يستردها، أو يكون قد أقرض مبالغا مالية للشركة فيحق له استردادها، فيقوم المصفي بالوفاء للشريك بهذه المبالغ شأنه في ذلك شأن أي دائن عادي للشركة [2] ،كذلك الشأن بالنسبة للشريك المصفي الذي يقوم بالإنفاق من ماله الخاص على عملية التصفية فيكون مثل أي دائن.

لكن يجب التمييز هنا بين المصفي الشريك الذي يعين بحسب اتفاق مسبق بين الشركاء لتولي مهام التصفية، وبين المصفي غير الشريك والذي لا يكون إلا ممثلا للشركة، لأن رجوع المصفي الشريك خاصة في حالة وجود مسؤولية تضامنية يختلف عن رجوع المصفي غير الشريك، وهذا في حالة عدم كفاية أموال الشركة لتسديد ديونها، حيث يرجع المصفي الشريك على باقي الشركاء بعد أن يتحمل عبئ التسديد وقسمة قيمة الدين على كل الشركاء، أما المصفي غير الشريك فإنه يرجع على الشركاء المتضامنين، كما يرجع على الشركاء غير المتضامنين كل بحسب حصته المقدمة[3].

يمكن للمصفى من اجل تسهيل إتمام عملية التصفية أن يقوم بإجراء مقاصة بعد ان يقدم الدائن طلب وتتحقق هذه العملية في حالة وجود دائن للشركة وهو في نفس الوقت مدين لها[4]، نظرا للسلطات القانونية الواسعة التي يمنحها له المشرع خاصة في حالة عدم تقييد سلطاته بموجب العقد الأساسي، فيكون حينها له الحق في القيام بجميع الأعمال التي من شأنها الوصول لتسوية مرضية لجميع الأشخاص الذين لهم علاقة بالشركة[5]، حيث سمح المشرع ان تتم أعمال تصفية الشركة التجارية

[1] F.Lemenier ,op, cit, p 330.

[2] عبد الحميد الشوارب، المرجع السابق، ص 137.

[3] خالد السوفاني، المرجع السابق، ص 596.

[4] Le Lamy des sociétés commerciales, op,cit, p 817.

[5] إبراهيم البدري، المرجع السابق، ص 211.

وقسمة أموالها بالطريقة المتفق عليها في العقد، وفي حالة غياب الاتفاق يتم إتباع الأحكام القانونية المنظمة لعمل المصفي ومهامه، وهذا ما تنص عليه المادة 443 من القانون المدني.

الفرع الثاني: دعاوى الغير الناشئة عن تصفية الشركة التجارية.

دعاوى الغير بعد تصفية الشركة لا تقام إلا في مواجهة الشركاء أو المصفين نظرا لانقضاء الشركة وانتهاء شخصيتها المعنوية، لذلك فلا يمكن للدائنين إلا الرجوع برفع دعوى مباشرة ضد الشركاء في حالة حدوث توزيع غير قانوني لموجودات الشركة، او في حالة عدم كفاية أموال الشركة من اجل تسديد الديون، أو ضد المصفي في حالة ارتكابه لأخطاء أثناء أداء مهامه.

إذا تعلقت الدعوى بمساهم في شركة المساهمة أو شريك في شركة ذات مسؤولية محدودة تكون هذه الدعوى محدودة بنطاق ما حصل عليه الشريك عند القسمة غير القانونية لأموال الشركة، ويمكن أن تمتد الدعوى إلى كل أموال الشريك المتضامن في شركة التضامن والتوصية البسيطة[1].

إضافة لدعوى المسؤولية التقصيرية والتي يسأل من خلالها المصفي تجاه المساهمين وتجاه الغير في حالة عدم نشر قرار التصفية من اجل ان يقوم الدائن بالتقدم لإثبات دينه، أو في حالة قيام المصفي بإهمال أموال وموجودات الشركة إضرارا بالضمان العام، أو قيامه بتوزيع غير قانوني دون مراعاة للأحكام الاتفاقية أو القانونية التي تخضع لها التصفية، ويسأل المصفي عن كل خطأ يرتكبه سواء كان يسيرا أو جسيما سبب ضررا للغير[2].

بالإضافة لذلك يمكن للغير أن يرفع دعوى في سبيل المحافظة على الضمان العام، ومن بين أهم هذه الدعاوى الدعوى البولصية[3]، عند اثبات الدائن أن العقد الذي أبرمته الشركة من شأنه الإضرار بمصلحته، وأنه ضرر ناتج عن غش وتدليس وسوء نية الشركة المدينة، فحماية لحقوقه بإمكانه رفع دعوى عدم نفاذ تصرفات الشركة المنحلة التي تقوم بتصرفات بغرض الإنقاص من الضمان العام للدائنين

[1] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 273.
[2] إبراهيم بدري، المرجع السابق، ص 285.
[3] المادة 191 من ق.م " لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه أذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته".

عند اقتراب نهايتها وخضوعها للحل والتصفية، لكن يجب أن اثبات سوء نية الشركة والشركاء، لان المصفي عند تنفيذه لتلك العقود لا يكون إلا ممثلا لشركة.

كما يمكن للدائن أن يرفع دعوى صورية ضد المصفي الذي يقوم بإساءة استعمال أموال الشركة باللجوء للصورية بإبرام عقود وهمية، أو استعمال أسماء وهمية من أجل الحصول على أموال الشركة فيكون للدائن إثبات الصورية بكل طرق ووسائل الإثبات[1]، كما يخضع المصفي في هذه الحالة للجزاء الجنائي هذا ما تقضي به المادة 840 من القانون التجاري.

نص المشرع على حكم خاص بالنسبة للدعاوى المرفوعة في حالة خضوع الشركة للتصفية يتمثل هذا الحكم في التقادم الخمسي، فخروجا عن القواعد العامة قرر المشرع عدم خضوع بعض الدعاوى للتقادم الطويل المقرر في القواعد العامة، حيث يسري هذا الحكم على الشركات التجارية دون المدنية، قضت المادة 777 من القانون التجاري بتقادم الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم بعد مرور خمس سنوات من نشر انحلال الشركة.

يتضح لنا من هذا النص أنه يسقط حق الدائنين في رفع دعوى تخص أعمال التصفية بعد مرور خمس سنوات على ألا يستفيد من هذا التقادم الخمسي إلا الشركاء، وورثتهم أو ذوي حقوقهم، كما أن الشركاء المعنيين بهذا التقادم هم الشركاء غير المصفين الذين لم يعينوا بموجب الاتفاق من أجل القيام بأعمال التصفية، كما لم يستثن المشرع أي شريك في الشركة التجارية فيستفيد من هذا الحكم الشركاء المتضامنين أو الموصين أو المساهمين، حيث ورد النص بصيغة عامة لم يميز بين شريك وآخر ويستثنى الشركاء المصفين من تطبيق هذا الحكم[2].

لا يمكن أن يمتد هذا التقادم بسبب طابعه الاستثنائي إلى خارج هذه الحالات فلا يطبق إلا بالنسبة لحالة تصفية شركة تجارية، كما لا يخص إلا شريك المصفي ويمكن أن يبرر هذا الخروج عن القواعد العامة للتقادم أن الشريك المصفي يكون أكثر اطلاعا بديون الشركة ووضعها المالي، من هنا

[1] خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 147.

[2] عباس مصطفى المصري "تنظيم الشركات التجارية " المرجع السابق ص 81.

لا يمكن أن يتشابه وضعه بوضع الشريك غير المصفي غير أن هذا لا يبرر قسوة معاملة الشريك المصفي.

لذلك اشار الفقيه "Ripert" لأهمية التفرقة بين صفة الشريك وصفة المصفي من خلال آثار التفرقة أثناء الملاحقة ورفع الدعوى، ففي حالة ملاحقة الشريك كمصف فإن التقادم يجب أن يخضع للقواعد العامة، اما في حالة ملاحقته بصفته شريك في هذه الحالة يتمسك هذا الأخير بالاحتجاج بالتقادم الخمسي[1]، ومن أجل تطبيق هذه القاعدة يجب أن يتم شهر الشركة المنتهية بالطرق القانونية، حيث لا يمكن للتقادم أن يسري دون إشهار لأنه حينها تعتبر الشركة لازالت قائمة، فلا يستطيع الشركاء حينها التمسك تجاه الدائنين بهذا التقادم، كما يبدأ سريان هذا التقادم بالنسبة للشريك المنسحب من يوم شهر انسحابه.

أما إذا نشأ الدين أو حل ميعاد استحقاقه بعد حل الشركة فيبدأ التقادم من تاريخ حل الشركة وتصفيتها فلا يمكن أن يتقادم قبل وجوده[2].

قرر هذا التقادم الخمسي حماية للشركاء من المطالبات المتأخرة للدائنين، لكن لا يمتد نطاق هذا التقادم لحالة خضوع الشركة لإفلاس أو تسوية قضائية، ويمكن للدائن ان يقوم بقطع التقادم خلال مدة الخمس سنوات[3].

قرر المشرع هذا التقادم الخمسي حماية للشركاء من رجوع الدائنين بعد قفل التصفية خاصة الشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص، وإذا كان الانقضاء بسبب وفاة أحد الشركاء، أو إفلاسه أو الحجر عليه، أو صدر حكم بحل الشركة فإن التقادم لا يسري إلا من تاريخ اتخاذ إجراءات الشهر بالطرق القانونية، وتجدر الإشارة هنا أن شركة المحاصة لا ينطبق عليها هذا الحكم نظرا لأنها غير متمتعة بشخصية معنوية فإنها مستمرة لا يعرف تاريخ حلها، ويعتبر كل من تعامل مع أحد الشركاء

[1] ريبير روبلو، المرجع السابق، ص 147.
[2] أحمد محمد محرز، المرجع السابق ص 278.
[3] F.lemenier, op, cit, p 330.

فيها كأنه تعامل مع تاجر فرد فيخضع التقادم بالنسبة لدعاوى الغير ضد الشركاء في شركة المحاصة للقواعد العامة[1]، كما لا تخضع له الشركة الفعلية.

أما فيما يخص الدعاوى الخاضعة لهذا التقادم هي تلك الدعاوى التي يرفعها دائنو الشركة على الشركاء أو ورثتهم أو خلفهم الخاص في الحقوق، من هذه الدعاوى تلك التي يقيمها الدائنين لمطالبة الشركاء بديون الشركة المنقضية، والديون التي نشأت أثناء حياة الشركة، أما الدعاوى الناشئة عن التصفية أو القسمة فلا يسري التقادم الخمسي بشأنها إلا من تاريخ انتهاء التصفية، ولا يسري على الدعاوى المقامة للمطالبة بتقديم الشركاء لحصصهم أو لمطالبتهم برد ما حصلوا عليه من أرباح صورية إذا لا علاقة لها بأعمال التصفية[2].

كما يستثنى من التقادم الخمسي دعاوى المصفي ضد الشركاء بسبب نفقات التصفية ودعاوى الشركاء ضد بعضهم.

لكن لا يسري التقادم الخمسي على دعاوى دائن الشركة على الشركة نفسها كشخص معنوي، ولا يسري على الدعاوى التي يرفعها الغير على الشريك المصفي بوصفه مصفيا[3]، اما في الشركة الباطلة يبدأ سريان هذا التقادم من يوم نشر حكم الإبطال.

كما لا تخضع لهذا التقادم الخمسي الدعاوى ضد المسيرين سواء كانوا شركاء أو غير شركاء حيث يتم الرجوع عليهم بوصفهم مسيرين لا بوصفهم مصفين[4].

يمكن للدائن أن يقطع التقادم برفع الدعوى القضائية وينقطع بالتنبيه وبالحجز، وينقطع تجاه جميع الشركاء المتضامنين في حالة انقطاعه تجاه أحدهم ويسري التقادم الجديد من وقت انتهاء سبب الانقطاع[5]، وعموما يخضع انقطاع التقادم للقواعد العامة.

[1] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 280.
[2] عدنان خير، المرجع السابق، ص 259.
[3] ريبير روبلو، المرجع السابق، ص 147.
[4] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 281.
[5] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 280.

خاتمة

أصبحت نظرية حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية تحتل مكانة مهمة في القانون التجاري، حيث كرس لها المشرع العديد من الاحكام و المبادئ القانونية التي تساهم في استقرار المعاملات التجارية للشركة التجارية من جهة، والتي تدعم الثقة في معاملات الشركة مع محيطها الخارجي من جهة أخرى، وذلك نظرا للدور الذي يؤديه الغير في تطوير و ازدهار الشركة وتشجيع المتعاملين للاستثمار في هذا القطاع الاقتصادي المهم، لذلك جاءت هذه الدراسة كمحاولة متواضعة تسلط الضوء على وسائل الحماية الشكلية والموضوعية التي اولاها المشرع للغير المتعامل مع الشركات التجارية.

لقد قام المشرع بخطوات مهمة جعل من خلالها الغير يتدخل في حياة الشركة ونشاطها وذلك تخفيفا لآثار اعتباره عضوا خارجيا لا علم له بما يجري داخل الشركة.

تطرقنا من خلال هذه الدراسة للنظام الاشهار القانوني الذي اهتم به المشرع عن طريق إحداث النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، واستطعنا ان نلاحظ احتواء هذا الالتزام الذي تخضع له الشركة التجارية على قواعد و إجراءات من النظام العام والتزامات يقوم بها أشخاص معينون، حيث يقع عبئ الإعلام والإشهار القانوني على أطراف مختلفة تقوم به في زمن ومكان معين وبيانات معينة، فللشهر القانوني أصول عامة جاء بها المشرع، ومراحل يمر بها فنجد الإشهار أثناء تأسيس الشركة يختلف عن الإشهار بعد قيامها بنشاطها ، الذي قد يطرأ عليه الكثير من التغييرات.

ومع ذلك بقي نظام الاشهار القانوني يعاني من نقص الوسائل والميكانزمات التي تسهل تطبيق عملية النشر بطريقة قانونية تسمح بإيصال المعلومات القانونية والمالية المتعلقة بالشركة التجارية للغير الذي يفترض علمه بها، لان مجرد قيام الشركة بالالتزام بالإعلام لا يضمن وصول المعلومة، كما انه لا يضمن صحة هذه المعلومات الموجهة للغير الامر الذي يحد من فعالية النظام الاشهاري.

ارتبط الوجود الفعلي للشركة التجارية بمشاكل تطبيق البطلان عليها، لذلك اعتبرت نظرية الشركة الفعلية كل شركة تجارية تقرر بطلانها لعيب في نشأتها، أو حتى في إجراءات إشهارها قائمة في الماضي ولها كيانها ووجودها الفعلي، وأن بطلانها لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل احتراما للغير الذي تعامل معها على أساس وجودها القانوني الذي ظهر له رغم اننا لا نجد تعريفا للشركة الفعلية من طرف المشرع الوطني على غرار الكثير من التشريعات، لكن اتضح لنا من خلال النصوص القانونية أنها تلك الشركة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية نظرا لوجود عيب في نشأتها، او تلك الشركة التجارية التي تحتوي على خلل في شروط صحتها، ومع ذلك تضم مجموعة من الأشخاص يتصرفون بصفتهم شركاء فيما بينهم وتجاه الغير.

لكن تبني المشرع لأنظمة قانونية من اجل حماية الغير لا يعني بلوغ النصوص هدفها التي قررت من أجله، فان مجرد الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية لا يكفي لنجاح هذه الحماية بالنسبة للغير، خاصة في ظل تنوع أسباب بطلان الشركة الذي أدى ل تنوع مفهومها وكذا صورها، فظهرت الكثير من الأنظمة المشابهة لها، مما جعل حصر مجال تطبيقها امر في غاية الصعوبة، لذلك أصبح من الضروري وضع نظام قانوني خاص بالشركة الفعلية خاصة امام كثرة عدد الشركات الفعلية وانتشارها في واقع الحياة العملية.

وفي نفس السياق لاحظنا أن تبني المشرع لنظرية التسيير الفعلي لا يمثل ضمانا كافيا لحقوق الغير، حيث حصر مجال التسيير الفعلي في تصرفات المسيرين بعد صدور الحكم الذي يقضي بإفلاس الشركة أو تسويتها القضائية، كأن التسيير الفعلي الذي اعترف به المشرع لا يتعلق إلا بحالة الإفلاس والتسوية القضائية، ولا يتسع مجال هذه المسؤولية لتصرفات أخرى متنوعة وكثيرة ممكن أن تصدر من الشخص المتدخل في إدارة الشركة التجارية.

الى جانب التضييق من صوره حيث لم يعترف المشرع الا بصورة منفردة للتسيير الفعلي والمتمثلة في التسيير الظاهر، ولم يتطرق المشرع لتصرفات كثيرة ومتنوعة قد تجعل الشخص المتدخل في إدارة الشركة مسيرا فعليا، مما جعل النصوص التشريعية الحالية لا تتماشى مع ما توصلت اليه التشريعات الأخرى في مجال التسيير الفعلي، وخاصة أنه ذلك النقص في النصوص التشريعية قد يؤدي

لاستبعاد القاضي لتطبيق نظرية التسيير الفعلي الامر الذي يحد من فعالية النصوص التي قررت بهدف حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية.

ما استطعنا أن نلمسه من خلال هذه الدراسة الاهتمام الكبير الذي اولاه المشرع لتمثيل الشركة التجارية تجاه الغير، وذلك عن طريق توفير نصوص تحدد سلطات المسير وتوسع من مجال مسؤوليته، وتناولت هذه النصوص أحكام في غاية الأهمية، كقاعدة عدم الاحتجاج على الغير حيث اوجد المشرع هذه القاعدة من اجل التقييد من آثار صلاحيات المسيرين، فمنع الاحتجاج على الغير بالتحديد الاتفاقي لسلطات المسيرين في القانون الأساسي، كما منع الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع الشركة والذي يحتج به المسيرين للتخلص من التزاماتهم تجاه الغير.

بعد التطور الذي شهدته علاقة المسير بالشركة التجارية، وبعد السلطات الواسعة التي أصبح المسير يتمتع بها، ظهرت ضرورة تقرير مسؤولية المسير حتى في حالة تحديد سلطاته، ورغم ان هذا الحكم يعتبر مناقضا لأحكام الوكالة في القواعد العامة التي تقضي بعدم خروج الوكيل عن حدود وكالته، وعدم مسؤوليته عن التصرفات الخارجة عن عقد الوكالة، الا ان الأهمية التي أصبح الغير يحتلها بالنسبة علاقات الشركة الخارجية أدت الى تخلى المشرع عن المفهوم العقدي لعلاقة المسير بالشركة وجعلته يتجه نحو اعتباره جهاز من أجهزتها .

رغم حرص المشرع على إيجاد هذه الأنظمة الا ان نظام تسيير الشركات التجارية لم يتجاوز بعد الإطار الكلاسيكي لعقد الوكالة الامر الذي أثر سلبا على حقوق الغير، لذلك فلا بد من تخفيف الآثار القانونية للعقد بالمفهوم التقليدي خاصة أمام التطور الذي أصاب العلاقة الشركة بمسيرها والتي أصبحت تتجاوز عقد الوكالة.

بعد تطرقنا لنظام حماية رأسمال الشركة التجارية وجدنا ان تغير مفهوم الضمان العام للدائنين في الشركة التجارية ادى لتغير دور راس المال في الشركة التجارية، رغم المزايا التي يحققها مبدأ ثبات راس مال الشركة بالنسبة لحقوق الغير الا ان موجودات الشركة تعتبر اهم ضمان لحقوق الغير بعد ان أصبح راس المال مجرد ركن لقيام الشركة وعنصر لإثبات نية الاشتراك، ولم يعد يمثل ضمانا للغير خاصة بعد تخلي المشرع عن تحديد الحد الأدنى له في معظم الشركات التجارية.

حرص المشرع على تحقيق التوازن بين مصلحة الغير ومصالح الشركات المعنية بالاندماج و الانفصال عن طريق تقرير بعض الإجراءات، وتنظيم الحقوق دعما لمصالح الغير ومنعا للإضرار به من خلال منحه حق معارضة عمليتي الاندماج و الانفصال، ومنحه حق رفع دعوى للمحافظة على حقوقه، كما جعل المشرع الشركات المعنية مسؤولة تجاه الغير، وتم تشديد التزاماتها فإلى جانب توفير الضمانات تم تقرير مسؤوليتها التضامنية في حالات معينة.

عندما توقفنا عند مجال إعادة هيكلة الشركات التجارية ي التي تتم عن طريق عمليتي الاندماج والانفصال وجدناها تعاني من نقائص، حيث لم يوضح المشرع الطريقة القانونية لنقل رأس المال في كلتا العمليتين، رغم ما تمثله عملية نقل رأس المال من خطورة بالنسبة للضمان العام المخول للغير، خاصة عند انفصال الشركة التجارية، كما لم يبين المشرع مصير المتعاقدين مع الشركات في كلتا العمليتين، الى جانب اغفال حملة السندات حيث لم يمنحهم المشرع حق المعارضة مثلما فعل بالنسبة لباقي الدائنين.

ان الهدف الرئيسي من هذا التركيز الاقتصادي هو تحقيق مكاسب تنموية أي هدف هيكلي، وهو نفس الغرض الذي تسعى له باقي التكتلات الاقتصادية أهمها التجمع ذو المنفعة الاقتصادية ومجمع الشركات التجارية، فوجدنا ان المشرع قد حدد أهداف التجمع وطريقة تأسيسه وسيره والتي تتميز من حيث التأسيس باجتماع شخصين معنويين على الأقل، على أن تتبع نفس إجراءات التسجيل في السجل التجاري والشهر القانوني.

فلا يختلف التجمع في تأسيسه وسيره عن باقي الشركات التجارية، فمن حيث تسييره يمكن أن يعين شخص طبيعي أو أكثر أو شخص معنوي ويسأل المسير عن كل تصرفاته التي تتجاوز موضوع التجمع على أن يلتزم هذا الأخير بكل تصرفات المسير التي تدخل في موضوع الشركة، كما لا يحتج بتحديد السلطات تجاه الغير.

غير أنه يمكن أن يؤسس التجمع بدون رأس مال، فرتب المشرع المسؤولية التضامنية لأعضاء التجمع والتي تعتبر اهم ضمان قانوني بالنسبة للغير.

كما استطعنا ان نلمس عند معالجة مجمع الشركات التجارية وجود غموض في تعريفه والذي يرجع لصعوبة التوفيق بين الحقيقة الاقتصادية للمجمع القائمة على الوحدة الاقتصادية، والمبدأ القانوني القائم على أساس الاستقلالية القانونية للشركات المكونة للمجمع، وهذا ما أشار اليه المشرع دون إعطاء تعريف للمجمع، الى جانب اشارته لإخضاع الشركات المكونة للمجمع لرقابة الشركة القابضة.

ان عدم انتشار ظاهرة التكتلات الاقتصادية انعكست على النصوص القانونية فلم يتبنى المشرع هذه الظاهرة الا من خلال نصوص قانونية محدودة جدا رغم الدور الاقتصادي المهم الذي تؤديه هذه التكتلات في الوقت الحالي، فنظم المشرع مجمع الشركات التجارية ضمن نصوص قانونية قليلة في القانون التجاري و القانون الجبائي مما جعل فكرة حماية الغير شبه منعدمة، رغم ان الغير يعتبر من اهم الأطراف التي تتضرر من السيطرة التي تمارسها الشركة القابضة على الشركات التابعة والتي تؤدي لتداخل الذمة المالية للشركة الام مع الذمم المالية للشركات الوليدة، خاصة في ظل عدم تمتع مجمع الشركات بشخصية معنوية.

تعتبر المسؤولية التضامنية والشخصية ضمانات قانونية من النظام العام، وهي اهم الضمانات المقررة في كل الشركات التجارية وتعاظمت أهميتها بعد اخضاع الشركاء في شركات الأموال لهذه المسؤولية، حيث جعل المشرع المساهم يتحمل مسؤولية تضامنية في حالات معينة حماية للغير، ونفس الحكم قرره المشرع بالنسبة للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

لكن بالرغم من المزايا القانونية والاقتصادية التي تحققها الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فان توجه المشرع نحو تبسيط إجراءاتها من اجل ضمان استمرارية الاقبال عليها جعله يهمل حماية الغير، خاصة عندما قام بإلغاء التزام الشركة بحد أدنى لرأس المال من اجل تأسيسها .

ان الهدف من انشاء هذه المؤسسة هو إبعاد الذمة المالية الشخصية للشريك، الأمر الذي يصعب تحقيقه عمليا لأن مسألة الفصل بين أموال الشركة وأموال الشريك الوحيد يحتاج لتطبيق اجراءات خاصة أولها الفصل التام بين شخصية الشريك وشخصية الشركة، وأهمها الفصل التام والقطعي بين الأموال الشخصية للشريك وأموال الشركة لأن الخلط بين هذه الأموال يؤدي لقيام المسؤولية

الشخصية للشريك الوحيد تجاه الدائنين في أمواله الخاصة كما يمكن ان يؤدي لقيام حالة صورية الشركة.

الا ان تبني المشرع للمؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد لا يعني انه نجح في توفير ضمانات تجعل الغير المتعامل معها في مأمن من مخاطر عدم التنفيذ على الأموال الشخصية للشريك الوحيد، ومخاطر عدم الفصل التام بين الذمة المالية للشركة والذمة المالية للشريك، فلم يحدد المشرع التجاوزات التي يرتكبها الشريك والتي تؤدي للاستغلال الشخصي لأموال الشركة خاصة في ظل سماح المشرع للشريك الوحيد بالتعاقد مع الشركة.

ان هامش الحرية التعاقدية الذي تركه المشرع في شركات الأموال يؤدي أحيانا للإضرار بمصالح الغير حيث تم السماح لشركة المساهمة بإبرام اتفاقيات مع مسيرها، تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية فمنح الشرع للمسير الحق في ابرام مختلف الاتفاقيات من بينها اتفاقيات ضمان الشركة لتصرفات المسير تجاه الغير، ورغم ما تحمله هذه الضمانات من مزايا للغير الا انه من شأنها ان توسع بصورة خطيرة من صلاحيات مسير الشركة، كما انها تساعد على تعسف الأغلبية المساهمة خاصة عند تدخلها في تسيير شركة المساهمة.

يمثل الإفصاح المالي أهم الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المساهمة واهم الضمانات التي حصل عليها الغير المتعامل مع الشركات التجارية خاصة شركة المساهمة، ورغم ذلك لم نعثر على نظام قانوني يهتم بالمعلومة المالية مع انها أكثر البيانات تأثيرا في تقييم وضع الشركة وقدرتها على الوفاء لدائنيها، لأنها تمثل الدليل العملي على قدرة الشركة ونجاحها .

وما يضاعف من صعوبة التطبيق العملي لهذا الالتزام في الشركة التجارية، هو تضاربه مع واجب المحافظة على السر المهني خاصة في ظل غياب نص قانوني يحدد مفهوم السر المهني التجاري في إطار الشركات التجارية، فلم يتناول المشرع المعلومات السرية في مجال قانون الاعمال الا بالنسبة للمعلومات الامتيازية عندما قرر المشرع الحماية الجنائية لعملية تداول الاسهم ضمانا لشفافية سوق الأوراق المالية.

دعم المشرع دائني الشركة التجارية عند افلاسها، وذلك بتوفيره لإجراءات التنفيذ الجماعي، الى جانب تمديده إجراءات الإفلاس لمسيري الشركات التجارية، لكننا لاحظنا في المقابل قصور تدابير انقاذ الشركات التجارية من الإفلاس وانعدام الحماية الوقائية للمحافظة على وجود الشركة اثر تعرضها لصعوبات مالية، اذ لا يوجد نصوص قانونية تهتم بالتسوية القضائية للشركات التجارية حيث بقي نظام التسوية القضائية بحاجة لآليات و لوسائل قانونية تساعد على استمرارية الشركة وضمان بقائها حماية لها وللشركاء وللغير المتعامل معها .

عمل المشرع على إيجاد الكثير من الميكنزمات التي تجنب الشركة الحل المجحف بحقوق الشركاء وحقوق الغير، إضافة لمبدأ الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها من اجل حصر ما لها من أموال وما عليها من ديون، الى جانب جهود المشرع من اجل ضمان شفافية عمل المصفي.

لكن ومع ذلك بقيت أحكام تصفية الشركات التجارية تعاني من ثغرات مهمة خاصة تلك المتعلقة بمواصلة الشركة لنشاطها اثناء عملية التصفية والتي سمح بها المشرع بغرض انهاء نشاطات الشركة، فلم يبين المشرع شروط مواصلة النشاط ومدته التي يجب ان تكون مؤقتة وبهدف انهاء النشاط، فبقيت احكام تصفية الشركة التجارية تفتقر لقواعد محكمة بالمقارنة مع نظام الإفلاس الذي يتمتع فيه الدائنين بأحكام مهمة تتعلق بوقف تنفيذ الدعاوى الفردية وسقوط أجل الديون.

عمل المشرع على إرساء نظام حماية للغير المتعامل مع الشركات التجارية، من خلال نصوص قانونية نجحت في الكثير من الحالات في بلوغ هدفها، وبقيت بعض المسائل بحاجة لتدخل المشرع من اجل تنظيمها والتصدي لها تجنبا لإشكالات تطبيق النصوص، خاصة في ظل افتقار موضوع الحماية القانونية للغير في الشركات التجارية للاجتهاد القضائي.

رغم ان تخلف التشريع في تنظيم بعض المسائل في قانون الشركات التجارية قد يفسح المجال امام الفقه القانوني والقضاء للبحث في حيثيات هذه المسائل القانونية، حيث يقيد التدخل التشريعي في بعض الأحيان التطور المستمر الذي يميز العلاقات القانونية في الشركات التجارية، مما يجعل اخضاعها لنظام قانوني شامل صعب تحقيقه عمليا وحتى نظريا .

قائمة المراجع

المراجع العامة

المراجع العامة باللغة العربية

- إبراهيم عبد المنعم، الاعتبار الشخصي في شركات الأموال، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، مصر، 1983.
- أحمد الورفلي، توزيع أرباح الشركة التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر،2006.
- أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، ط 3، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012.
- أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012.
- أحمد محدد اللوزي، الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية، دارسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- أحمد محمد محرز، اندماج الشركات من الوجهة القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- أحمد محمد محرز، العقود التجارية ونظام الإفلاس، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2000.
- أحمد محمود خليل، شرح الإفلاس التجاري، منشأة المعارف، مصر، 2002.
- أحمد نصر الجندي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الكتب القانونية مصر، 2012.
- أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن 2008.

– إلياس حداد، القانون التجاري، بري بحري جوي، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2006.

– إلياس ناصف، موسوعة الشركات التجارية، شركة التضامن، ج 2، منشورات الحلبي، لبنان 1994.

– إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج 1، ط 3، لبنان، 2008.

– إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج 10، الشركة المغفلة، مجلس الإدارة " ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،2008.

– إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، تحويل الشركات وانقضاؤها واندماجها، ج 13، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2010.

– إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، شركة التضامن، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1994.

– بن داود إبراهيم نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009.

– بيار أميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2009.

– تونسي حسين، تطور رأسمال الشركة ومفهوم الربح في الشركات التجارية، دار الخلدونية للنشر، ط 1، الجزائر 2008.

– حسن المصري، القانون التجاري والعقود التجارية والإفلاس، ط 1، مطبعة حسان مصر،1988.

– حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2007.

– حسين عمر، التكامل الاقتصادي، ط 1، دار الفكر العربي، مصر 1998.

– خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

– راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4 ، الجزائر،2002.

– رزق الله العربي، الوجيز في القانون التجاري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

– رسول شاكر محمود، النظام القانوني للشركة القابضة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2012.

– ريبير – روبلو، المطول في القانون التجاري ميشال جرمان، ج 1، ط 1، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 2008.

– زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، ط 2، مصر، 1997 .

– سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، الأردن.

– سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ط 1 ، لبنان، 2007.

– سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، الوافي في أساسيات التجارة و التجار، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2011.

– سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعارضات المالية، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005.

– سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1995 .

– سلمان علي حمادي الحلبوسي، المسؤولية المدنية الناشئة عن افشاء السر المهني، دراسة قانونية، ط 1 منشورات الحلبي، لبنان،2012.

– سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، المنشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2011.

سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط 6، دار النهضة العربية، مصر، 2014.

– سيف ابراهيم المصاورة، تداول الاوراق المالية الحماية الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

– شيرزاد عزيز سليمان، حسب النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط 1، دار مجلة للطبع الأردن، 2008.

– صالح أحمد البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

– صبري مصطفى حسن السبك، النظام القانوني لتحول الشركات، دراسة مقارنة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2012.

– صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، مصر 2007.

– طارق عبد العال حماد، التقارير المالية، ط 1، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005.

– طيب بلولة، قانون الشركات، طبعة بيرتي، الجزائر، 2008.

– عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، المكتبة القانونية، مصر،2002.

– عبد الحكم فوذة، شركات الأشخاص، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر 1998.

– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري والفرنسي، دراسة مقارنة، مصر، 1997.

– عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص و الأموال و الاستثمار، منشاة المعارف، مصر، 1997.

– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2000.

– عدنان خير، الشركات التجارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 1997.

– عزت عبد القادر، الشركات التجارية، شركات الأشخاص لأموال الاستثمار، دار الكتب، مصر، 1998.

– عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج3، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دراسة مقارنة، دار للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

– عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2007.

– عصام حنفي محمود، القانون التجاري، ج 1، برنامج محاسبة البنوك والبورصات، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

– عصام حنفي محمود، القانون التجاري، ج1، برنامج محاسبة البنوك والبورصات، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

– علي البارودي، القانون التجاري، شركات الأشخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

– عماد محمد أمين، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

– عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحكومة الشركات، ط 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

– عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، ط 1، دار النهضة، مصر، 1999.

– عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة الجزائر 2000.

– غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في الشركات المساهمة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008.

– غوتي عبد الحق، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط 2 الجزائر، 2002.

– فائز إسماعيل بصبوص، اندماج الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن 2010.

– فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية وفقا للقانون الاتحادي الاماراتي لسنة 1984، مطبعة الفجيرة الوطنية، الامارات المتحدة، 2007.

– فوزي محمد سامي، الشركة التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010.

– فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد الرابع، دار مكتبة التربية، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 1997.

– فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، مبدأ وحدة الذمة المالية شركة الشخص الواحد التصرف الائتماني، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

– كمال العياري، المشركة خفية الاسم، ج الثاني، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011.

– لطيف جبر كوماني، القانون التجاري، منشورات الجامعة، مصر، 1993.

– لينا يعقوب الفيومي، الآثار الناشئة دمج الشركات المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2009.

– محمد ابراهيم موسى، حوكمة الشركات بسوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

– محمد السيد الفقي، فريد العريني، الشركات التجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2005.

– محمد السيد سرايا، محاسبة الشركات، أشخاص أموال وشركات قابضة، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2000.

– محمد سعيد عبد العاطي، جرائم البورصة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2013.

– محمد شكري، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط رابعة، دار الهدى، الجزائر ،2007 –2008.

– محمد عباس، القانون التجاري، مكتبة النهضة المصرية، مصر 1996.

– محمد فال الحسن ولد امين، المساهمات العينية في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان،2009.

– محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

– محمد مختار بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دراسة مقارنة، ط 2، مصر،2002.

– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الشركات التجارية، المجلد الخامس، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2008.

– محمود صالح قائد الأرياني، اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر 2013.

– مروان بدري الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2010.

– مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، دراسة مقارنة منشورات الحلبي، ط 1 ، لبنان 2006.

– مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.

– مظهر فرغلي، الحماية الجنائية للثقة في رأس المال، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

– مفلح عواد القضاة، لوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 الأردن 1996.

– مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات، دراسة مقارنة، ط 1 دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

– نادية فضيل، أحكام الشركة الجارية طبقا للقانون الجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة للطبع، 2005.

– نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، الشركات الأشخاص، دار هومة للطبع، الجزائر، 2005.

– نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس " دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،' 2005.

– هاني دويدار، القانون التجاري، العقود، الأوراق، الإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان ،2008.

– هاني دويدار، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.

– هيثم حامد، المصاروة المنتقي في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة بالقانون المدني ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007.

– وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

– وهاب حمزة، نظام التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، دراسة مقارنة مع قانون التجارة المصري، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2011.

Les ouvrages généraux en français

- A. Jacquemont, Manuel de droit des procédures collectives, redressement et liquidation judiciaire, 5 eme éd, Litec, France, 2007.

- Fernand F. Derrida, Redressement et liquidation des entreprises, 3ème éd, Dalloz, France, 1991.

- Alain. Piedelievre, Actes de commerces commerçants, 3eme éd, Dalloz, France, 2001.

- Alain. Sayag, Publicité légale et information dans les affaires, Litec, Paris, 1999.

- Alain. Viandier, La notion d'associé. L.G.D.J, France, 1978.

- André Guengant, Dominique Davodet, Juge et droit des sociétés en 70 thèmes, textes commentaires, jurisprudence,Lexis Nexis,Llitec, france 2008.

- B. Lamet, c, Bannel , Droit des sociétés civiles et commerciales , 3éme éd, économica, France 1994.

- B. Saintourens, Droit des affaires, Dalloz, éd, 2002.

- Bastien Brignon, L'actif social, collection de l'institut de droit des affaires, France, 2009.

- Brune petit « Droit des sociétés. »5éme éd, Lexis-Nexis, France, 2010.

- Bruno. Dondero, Droit des sociétés, 3ème éd, Dalloz, France, 2013. - Bruno.Petit, Droit des sociétés, 5 éme éd, Lexis Nexis, Litec, Paris 2010.

- C. Champaud, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Dalloz, France, 2012.

- C. Champaud, D. Danet, Stratégie judiciaire des entreprises, Dalloz, France, 2006.

- C. Gavalda , Instruments de paiements de crédit ,Lexis- Nexis, 2009, France, p 259.

- C. Larroumet, Les obligations, le contrat, Tome 03, Economica, France 1986.

- Catherine. Prieto, La société contractante, préface de Jaque. Mestre, presses universitaire, France,1994.

- D. Gibirila , Le dirigeant de sociétés statut juridique, social ,Llitec, France, 1995.

- D. Shcmid, L'intérêt commun des associes, Lexis -Nexis, France, 1994.

- Daniel Veaux, La responsabilité personnel des dirigeants dans les sociétés commerciales , librairie de la cour de cassation, France ,1947.

- Deen. Gibirilla, Droit des sociétés, 4 ème éd, Manuel droit, Ellipses, Paris, 2012.

- Dominique. Magnier, Droit des sociétés commerciales ,5 ème èd, cours Dalloz, Paris, 2012.

- Dominique Legeais, Suretés et garanties du crédit, 2ème éd, L.G.DJ, France 1999.

- Dominique vidal, Droit des sociétés, 4éme éd, L G D J, France,2003.

- Dominique. Vidal, Droit des sociétés, tome 1 ,2 ème éd, Paris, 1995.

- E. Thaller , Traité élémentaire ,Droit Commercial ,4éme éd , L.G.D.J , France ,1898.

- F. Guiramand, A. Héraut, Droit des sociétés, manuel applications Duno, 12éme éd, France,2005.

- « Groupe de sociétés », F. Lefebvre, juridique, fiscal, social, Memento pratique, France, 2012.

- F. Pérochon, Entreprises en difficulté 6éme éd, L.G.D J. .Delta France .2003.

- F. Trébulle , Responsabilité sociale des entreprises , Dalloz, France, 2003.

- F.Dominguez , Dirigeants de droit ou de fait , responsabilités et exonérations éd du guerrier , France , 2013.

- Françis Lemenier , Sociétés à responsabilité limitée , Delmas,2éme éd, France ,2001.

- Francis. Dominguez, Dirigeants de droit ou de fait (entrepreneurs), vos responsabilités et exonérations, éd du guerrier, France,2013.

- « Dirigeants de sociétés commerciales », Francis. Lefebvre, 2ème éd, France, 2004.

- François . Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises , Dalloz, France, 2003.

- François Goré, La notion du capital social, éd Dalloz, France, 1981.

- G. Ripert –R. Roblot, Traité de droit commercial, par Michel Germain, tome1.18éme éd, Paris, 2001.

- H. Lucas, le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des liens, R.T.D, France, 1969.

- Henrie.Temple, Les sociétés de fait, L.G.D.J, Paris 1975.

- Houpin et bosvreux, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et associations,5éme éd, France, 1985.

- J. Bernard- Blaise, Droit des affaires commerçants, commerce, distribution , 3ème éd, L.G.D.J, France, 2002.

- J. Delga, Le droit des sociétés, Dalloz, France, 1998.

- J. Hermad , F.Ferré , P.Mabilat, Sociétés commerciales,1ére éd Dalloz , France ;1972.

- J. M. Moulin, Droit des sociétés et des groupes, Extenso édition, France, 2013.

- J. Malherb, yves de goth, ph. Lambrcht, Droit des sociétés, précis, 3éme éd, Bruylant, Bruscelles, 2009.

- J. Mestre, M.E.Poncrazi, Droit commercial , 26eme éd, L.G.D.J, France,2007.

- J.F. Renucci, Le délit d'initié, 1^{ere} éd, presse universitaire, France, 1998.

- Jean, Hemard, Les conventions entre les sociétés commerciales et leur dirigeants, éd économica, France 1975.

- Jean Marc Moulin, Droit des sociétés, commentaires d'arrêt cas pratiques, L.G.D.J ,2éme éd, France,2007.

- Jean. Bernard- Blaise, Droit des affaires commerçants, commerce, distribution, 3eme éd, L.G.D.J, France, 2002.

- Jean. Calais, Auloy, Essai sur la notion D'apparence en droit commercial, L.G.D.J, 1959.

- Jean. Calais. Auloy, et Jean Louis River langues, Capital social, tome 2, 2éme éd, Dalloz, France, 1970.

- Jean. Louis Navarro, Droit des sociétés, mémento de la jurisprudence, Hachette, Paris ,2011.

- Jean. Louis Navarro, Droit des sociétés Hachette supérieur, France,2010.

- Joseph. Hemard, Théorie pratique des nullités de sociétés de fait, études de jurisprudence et de droit, Receuil sirey, 2éme éd, France, 1926.

- Le Lamy des sociétés commerciales,Dlloz,France,2013.

- M. Cozian, et Vivandier, Droit des sociétés , 25 ème éd , Lexis-Nexis,France,2012.

- M. Dagot, La simulation en droit privé, L.G.D.J, France,1965.

- M. Helene Monsérié, et. B. Laurent, Droit des sociétés et des groupements, Montchrestien, France,2009.

- M.A. Magnien, La faillite des sociétés fictives, Front cover èd, France, 1987.

- M.C.Bergeres ,P. Duprat, Les dirigeants de sociétés, statut fiscal, juridique et social, Delmas,1994.

- Manuel. Maurice. Cozian, Droit des sociétés commerciales, Lexis-Nexis, Paris, 2012.

- Maria, Papantoni, L'immixtions en droit des sociétés, Bruylant, France,1998.

- Maria. Beatriz. Salgado, Droit des sociétés ,4ème éd, lexifac droit, Paris, 2012.

- Marie Monséri, Droit des sociétés et des groupements de sociétés, Montchrestien, l'extenso édition, France ,2009.

- Marie. Helene, Droit des sociétés et groupement collections dirigées par Bernard Monsérie, Montchrestien, Paris,2009.

- Michel Juglar et Benjamin Apolito, Cours de droit commercial, Monchrestien, Tome 2 , Paris 1999.

- Michel Juglar, Traité de droit commercial, vol 2, 3eme éd, Montchrestien, France, 1981.

- Muriel. Rebourg, Droit des sociétés et des autre groupements, Gualino, France, 1999.

- Nathalie. Hector, Droit des sociétés, Nathan, France,2011.

- P. Le Tourneau, La bonne foi, 2ème éd, vol III, Dalloz,1995.

- P. Mousseron L.C-Autayou, Droit des sociétés, 2eme èd, Joly Edition, France, 2013.

- Paul le Cannu, Droit des sociétés, Domat Droit privé , Montchrestien ,2 éme éd ,France ,2003.

- Paul le Cannu , Droit des sociétés , Montchrestien , 2éme éd , France , 2003.

- Paul le Cannu, Les rides du capital social, quel avenir pour le capital social, thèmes et commentaires, Dalloz, France, 2004.

- Paul. Didier, Droit commercial l'entreprise, la société, les groupes de sociétés, tome 2, 3 ème mise à jour, Thémis de droit privé, Paris,1999.

- Philipe. Merles, Droit commerciales, sociétés commerciales, 17eme éd, Dalloz, France, 2014.

- R. Demogue, les notions fondamentales du droit privé , libraire nouvelle de droit et de jurisprudence, France,2002. R.Rodiere , Les procédures collectives de liquidation des entreprises en droit comparé , Economica, France,1967.

- R. Monier, Manuel du droit romain les obligations ,5 ème éd, Montchrestien, France, 1954.

- Régis. Gras, Claude placé, Guide de formalités des sociétés, éd, Delmas, Paris, 2007.

- Renaud Mortier, Opérations sur capital social, Lexis Nexis, France, 2010.

- René. Rondière, Droit commerciales groupements commerciaux, 9eme éd, Dalloz, 1997.

- Robert Joseph. Pothier , Traité des obligations ,préface de Jean louis Halpèrin, Dalloz, France, 2011.

- S. Vacrate, La société créé de fait, bib de droit privé, L.G.D.J, 2003.

- Sabine Dana, Le capital social, Litec, France,1989.

- Salam H.A. Samad, La responsabilité des sociétés dans le droit libanais et le droit français et droit libanais, L.G.D.J, édition alpha 2010.

- Serge – Hadji Hartinian, La faute de gestion en droit des sociétés, Litec, France,2001.

- Valerie Gomez bassac, Droit des sociétés, Foucher, France,2008.

- Valérie. Gomez, et François Rouaix, Droit des sociétés, Fiches et Q. C .M, Foucher, France 2008.

- Vincent cuisinier, L'affectio societatis, Bibliothèque de f

W. J. Didier, Droit pénal des affaires, 4eme éd, Dalloz, France, 2000.

- Wilfrid. Jean. Didier, Responsabilité pénale, infractions aux réglés de publicité – juris classeur, sociétés commerciales, Paris, 2001.

- Y. Guyon, Droit des affaires droit commercial général et sociétés, 5éme éd, T.D.I, 1988.

- Yve Guyon, Traité des contrats de sociétés, aménagement statuaire et conventions entre associés, L.G.D.J, France, 1999.

- Yves. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et des sociétés, tome 1,6 ème éd, Economica, Paris, 1991.

المراجع الخاصة

المراجع الخاصة باللغة العربية

- سعودي حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، مصر،1999 .

الرسائل والمذكرات

باللغة العربية

- بسام حسين محمد حسين، مفهوم الغير في إطار الروابط القانونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010 .

- بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة وهران، سنة 2010-2011 .

- حسن محمد هند ، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1997 .

- عبد الله خالد السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، ج 1، هدم الوجود القانوني للشركة التجارية، ج 2، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تونس 2001/2000 .

- على من صالح الوائلي، حوكمة الشركات السعودية المساهمة ودورها في الحد من الجرائم المالية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف كلية الدراسات العليا ، السعودية.

- فهد بن محمد النفيعي، الحماية الجنائية للسوق المالية السعودي، رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية السعودية، 2006 .

- فيروز سامي عمرو، شركة الشخص الواحد ، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، لبنان،1996 .

– محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

– هارون أوروان، النظام القانوني لمجمع الشركات، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، سنة 2015-2016.

– لطفي جاب الله، المسؤولية العقدية للشركة تجاه الغير، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، المنار ،2004-2005.

Thèses de doctorat

- Derecq. Fernand, Des rapports de la société avec les tiers, en droit romain, Des sociétés civiles à formes, commerciales, en droit français, Thèse de doctorat, Faculté de Droit, Université de Paris, 1884.

- Farag. Hmoda , La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés , thèse de doctorat en droit privé, université de franche comté, France, 2013.

- P. Lombard, Engagements des sociétés civiles et commerciales envers les tiers, thèse de doctorat, faculté de droit de Nancy, France, 1873.

- M. Manoubi, La notion d'abus dans le groupe de sociétés, mémoire master en droit des affaires, université Tunis EL MANAR, Faculté de droit et de science politique, Tunisie, 2004-2005.

المقالات

باللغة العربية

– بقدار كمال، المحاصة شخص غير قانوني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الأول، جامعة معسكر، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2008، ص 142.

– خليفة سليمان فرج عبد الله، آثار الاندماج في قانون الشركات التجارية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية، العدد 05، قطر، 2002، ص 138.

– رابح بن زارع، شروط تطبيق النظام الجبائي الخاص بمجمع الشركات في التشريع الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عنابة، مديرية النشر، جوان 2014، ص 249.

– سبع عائشة، المسؤولية المدنية والجزائية لأعضاء مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات النظام الجديد، مجلة المؤسسة والتجارة، مخبر المؤسسة، عدد07، جامعة وهران، ابن خلدون للنشر والتوزيع، 2011، ص 57.

– صابونجي نادية، المسؤولية المدنية للقائم بالإدارة في شركة المساهمة التقليدية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06، جامعة بلعباس، مكتبة الرشاد ،2009، ص 77.

– صمود سيد أحمد، معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06، جامعة جيلالي اليابس بلعباس، مكتبة الرشاد للطبع والنشر، 2009، ص 156.

– طرايش عبد الغني، آليات انقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع في القانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، يناير 2016.

– عزيز عبد الأمير العكيلي، الصعوبات القانونية الناشئة عن إفلاس الشركات، مجلة الحقوق، العدد 1، جامعة الكويت، سنة 1987، ص 50.

– فتات فوزي، نظرات قانونية مختلفة حول نطاق الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06، جامعة جيلالي اليابس بلعباس، دار الرشاد للطبع والنشر، ،2009، ص 52.

– فرحة زراوي صالح، تقديم العمل في الشركات التجارية، مجلة المؤسسة التجارية، مخبر المؤسسة والتجارة، عدد 4، جامعة وهران، إبن خلدون للنشر والتوزيع، 2008، ص 44.

– فنينخ عبد القادر، واجب التكتم والسرية في إطار الشركات التجارية، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون و المجتمع، العدد الثالث، جامعة أدرار، جوان 2014، ص 49.

– كريمة كريم، خلط الشريك الوحيد بين ذمته المالية وذمة المؤسسات ذات الشريك الوحيد وذات المسؤولية المحدودة يقضي على تحديد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 6، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، 2009، ص 121.

– ليلى بعتاش، تبني الآليات المستحدثة في التمويل ضرورة لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، مجلة الملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة بجاية، كلية الحقوق سنة 2012، ص 456.

– مبروك بن موسى، حماية الغير في مجلة الشركات التجارية، مركز الدراسات القانونية والقضائية بالاشتراك مع كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، 2001، ص 30.

– محمد الحميدي، حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل وحقوق الانسان، تونس، عدد سنة 2008، ص 79.

– محمد الهادي بن عبد الله، مصنف فقه القضاء التجاري التونسي، دار اسهامات في ادبيات المؤسسة، تونس، 1997، 164.

– محمد زلايجي، الحماية الجنائية للمتعاملين في البورصة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد 7، كلية الحقوق جامعة تلمسان، سنة 2009، ص 16.

– مغربي قويدر، وسائل حماية الضمان العام للدائنين، مجلة الحقوق والعلوم السياسية لكلية الحقوق والعلوم السياسية العدد 9، جامعة بلعباس، منشورات مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، 2012، ص 38.

– مغربي قويدر، المسؤولية المدنية المترتبة عن مخالفة مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في أعمال التسيير، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 6، كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، 2009، ص60

Articles

- A. Viandier, La notion d'associé, Rev internationale de droit comparé, avril, juin, L.G.D.J, 1979, p 200.

- Amel Mamlouk, La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers , Annales des sciences juridique, périodique F.S.J.E.G , tunisie,2010,p 75.

- Dumortier Bernard, Information relative au contrôle des sociétés anonymes, J.C.P, Rev Lexis Nexis, Paris, 1995 p 3.

- F. Goré, Le contrôle de la constitution des sociétés, R.T.D, France, 1965, 269.

- François. Xavier. Lucas, Le fondateur qui agit au nom d'une société en formation, Rev Actualité du droit des sociétés, Bullt Joly des sociétés éd n 04 Avril 2013 p 250.

- J. Ghestin, la distinction entre les parties et les tiers, Lexis-Nexis, -Juris Classeur, n 48 novembre 1992, p517.

- J. Leautè, Le mandat apparent, R.T D. civ, 1949, 293.

- J. Mestre, D'une exigence de bonne foi a un esprit de collaboration, R.T. D, civ, Dalloz,1986, p100.

- J.Guyenot , Rev des sociétés , n° 1 , Dalloz février 1970 , p 117.

- L. Aynes, La réforme du cautionnement par la loi Dutreil, Rev mensuelle lexis Nexis Juris classeur, Droit des sociétés octobre 2009, p25.

- Y. Knani, Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants, Rev de la jurisprudence et la législation, n 7, centre d'études juridique et judiciaires, Juillet 2009, Tunisie, 2009, p63.

A. Levy, Evaluation étymologique et sémantique du mot secret nouvelle Rev psychanalyses, Paris,1976, p 30.

- Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, R.D.I, Dalloz, Paris, 1954, p159.

- Krieb – Verbaere. Catherine, Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires, R. T. D, Paris 1999, 596.

- M. Didier, les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes rêver des sociétés ,R.T.D, France, 1993,p199.

- Michel Germain, Jean pierre. Casimir, Dirigeants des sociétés, juridique, fiscal, collection pratique d'experts, groupe Rev fiduciaire, France,2006,p377.

القرارات والأحكام القضائية

- Cass. Com, 9 oct 1972 n 70-13509, Bull civ n 240, le Lamy des sociétés commerciales, Dalloz, France, 2013, p 734.

- Cass. Com, 10 mars 1975, n° 73-13.396, Bull civ. IV, n 104.

- Cass. Civ n° 2009- 049063- 9 Juillet 2009, Rev mensuelle octobre, Lexis-Nexis Juris Classeur 2009, P 8.

- Cass. Com n° 06-14-768 10 Juillet 2007, Bull civ, N n° 188, le Lamy des sociétés commerciales, P 127.

- Cour de cassation, Assemblée plénière 13/12/1962 n° 57-115 69, Cité par J.C. Auloy p 277.

- Cass. com, mai 1968, citè par, J.C. Auloy , P 43.

- Arrêt n 316 du 16 Mars 2010.09- 12.539, c. cass, chambre commerciale, financière et économique, Rev mensuelle, avril 2010, Juris data, Lexis Nexi, 24.

- Cass.com n 1162, 23 juin,2004 Jurisdata, Rev mensuelle, Juris classeur N° 2004-024315.

- Cass.com,n 08-1389,26 Mai 2009 Rev mensuelle, Droit des sociétés, LexisNexis, jurisclasseur, france-novembre2009.

- Cass. com, 14 janvier 2003 n 00-12.557, bull Joly soc, 2003 p 431, note B.saintourens, le Lamy des sociétés commerciale2013 p 398.

- Cass.com n 09-13.405, 02 février 2010, Rev. mensuelle, Droit des sociétés, Lexis Nexis , France , Juillet 2010 , p 19. Cass.civ.02-21.259, n 2005-031271 ,13 dèc.2005 bouis c/séton, juris-data.

- C.A, Versailles, 1ere chambre, 24 janvier, 2012. Jurisclasseur, Rev mensuelle, Droit des sociétés, Lexis-Nexis, France, juin 2012, p 04.

- Cass. crim, 03 mai 1977n 76- 92127, « Les Grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés », Thémis, Rev universitaire de France,1988, p 41.

- Cass. Com n 851 du 20 mai 2003,99-17.092, Note Maurice Cozian, Alain Viandier , « sociétés commerciales », p 177.

- C.A, Bordeaux, 2éme ch,23 Avril, Rev Soc 2007 juris data n°2007.338404.

- Cass.com. 31 mars 2004, Gaume c/ COB ; Juris-Data n 2004- 023105 ; d. 2004, act. Jurisprudence. 1087, Rev mensuelle, Jurisclasseur, juillet 2004 p 29.

- Cass.com, 30 mai 200, n 05-14.958,f-d,morillec/ Wallyn, Juris-Data n 2006-033831, Rev mensuelle, Lexis Nexis, Jurisclasseur, janvier2007, p 17.

- Cass.crim,13 juin,1983n°82-92.527. Larrue, F. Lefevbre, « groupes de sociétés », p 827.

- Cass.com, 16 novembre,1987, Wabele, Bull. civ, F. Lefebvre, « dirigeants de sociétés commerciales » p 826.

- Cass .com.10 juillet.2012 n°11.21.395 juris data, n 2012-015731.

- Cass, crim,9 février ,2011, n°09-88-454 F-D juris data n°2011-003128 Rev. Soc, p 24.

- Cass. Crim, 31 mai 2012, n 11-86. 234 : juris data n 2012-105056, Rev. Soc jurisclasseur, novembre 2012.

- Cass .com.29 septembre 2009, n°08-19.504, Juris-Data,n 2009, Rev. Mensuelle, octobre 2009, p28.

-Cass.com, 20 mars 2012, n° 10-27-340 jurisdata n° 2012-005051, Rev mensuelle, droit des sociétés n 6, juin 2012, p 22.

- Cass.com, avr 2007 n 5-20.271, Rev mensuelle, Lexis-Nexis, Droit des sociétés, juin 2007, p 24.

- Cass. Civ, 20 Janvier 1975, Bull, civ.26 fev, 1981, Rev.soc, p 839.

- Cass.com, 23 décembre 1912, D Sirey, 1913, Les grands arrêts de la jurisprudence, p 60.

- Cass. Com, 15 oct 1991, Bull civ, droit des sociétés n° 29 1992, note, B. Dondero, p 401.

- C.A Paris,2 mars 2004, Bourgoin c/ AMF ; Juris-Data n 2004-235752 ; Rev mensuelle du Jurisclasseur, juillet 2004, p 29.

- Cass. Com, 14 mai 1996 n°94-17, 297, Note F.Homda, p 319.

- Cass. Com, 07 décembre 2004, n°03/12/04.030, Note F.Hamoda, p 320.

- Cass. Com, 11/5/1993, D, 1993p 195, Note M. Manoubi, « La notion d'abus dans les groupes de sociétés », p 34.

- Cass. Com, 7 Juin 1994, n°92-14.825, 1994, le Lamy des sociétés commerciales, n°483.

- C.A Paris 3eme ch,13,26/02/1981, le Lamy des sociétés commerciales, n°484.

- Cass. Com 24/04/1987, Ball civ n° 102, Lefebvre, » groupes de sociétés commerciales » P176.

- Cass. Civ, 13/12/1967 : D 1968, Lefebvre, « groupes de sociétés commerciales » P175.

- Cass.com.12 mars 1996, Themis les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés, p 27.

- Cass. Com Janvier 1954, Themis des Grandes décisions de la jurisprudence, p 45.

- Cass. Civ, section 6, fevrier, 1957, Bull. civ, n 48.

- Cass .com .28-01-1954. Bull.ciV.1954 Rev.soc. p 217.

- C.A.civ. Seine .1er Juillet 1899 Journal des sociétés, Bull .CIV .1900 , les grandes des sociétés de la Jurisprudence , p 40.

- Cass .Civ.Sect com .16 Juin 1952 . Rev .Soc,1953, p 44.

- Cass. Com .13 Juillet n° 09-68.142 , F-D sarl , juris data n) 2010 -012455, Rev mensuelle , juris classeur ,novembre 2010, p 16.

- Cass .com .2 juillet 1979, Rev .Soc – 1980 p 60.

- Cass. Com .02 Octobre 1979 ,Rev soc 1980 ,73 , note ch .moulins, « Les grandes décisions de la jurisprudence », les sociétés p 30.

- Cass. Com 31 janvier 1995 n 92 Rev sociétés 1995 le Lamy des sociétés commerciales n 486 p 219.

- Cass.com.27 juin 2006, n°05-16.200 juris classeur, janvier 2007 lexcis- Nexic, p 20.

- Cass.com .19 février 1973.n 71-100.74, D 1974. « Thémis des grands arrêts », p 39.

- Cass. Com., 6 oct, 2009, n 08- 15.378nf-d, M.H. C/ D.B : JurisData n 2009-049844, rev. Mensuelle, droit de sociétés, Lexisnexis, jurisclasseur- janvier 2010, p 36.

- Cass.com., 20 novembre, 2007, n 06-16.933, F-D , Delareux c/ cne de saint-champ-chatonod : Juris-Data n 2007-041596, rev mensuelle droit des societes, Lexisnexis, jurisclasseur- janvier 2008, p 29.

النصوص القانونية والتنظيمية

أ- القوانين

- قانون رقم 88-01 المؤرخ في12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 2، 13 يناير 1988.

- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 ابريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر عدد،17 المعدل والمتمم بالأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير يحدد المدة القانونية للعمل، ج. ر عدد 03.

- قانون المالية رقم 97-01 المؤرخ في 31 اوت 1997 ج.ر عدد 58.

- قانون المالية رقم 01-21، المؤرخ في 22 ديسمبر 2001، ج.ر عدد 79، 23 ديسمبر 2001.

- قانون رقم 03-06 المؤرخ ب 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات، ج. ر عدد 44 .

- قانون رقم 04- 08، المؤرخ في 18 اوت2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52 اوت 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-06 مؤرخ في 23 جويلية 2013، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 39، 2013.

- قانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 يعدل ويتمم المرسوم التشريعي 93-10 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر العدد رقم 11 فبراير2003.

- القانون رقم 09-03 المؤرخ ب 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.رعدد 15، 2009.

- قانون رقم 10-01 المؤرخ في 29 يوليو 2010، المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات، ج. ر عدد 42، يوليو 2010.

- قانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يعدل ويتمم الامر رقم 75-59 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن ق.ت ، الجريدة الرسمية 30 ديسمبرعدد71.

- قانون رقم 17-02 المؤرخ في 11 يناير 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر عدد 02 يناير 2017.

ب- الأوامر

- الامر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 37، 22 يونيو 2016.

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78.

- الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101 .

- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير يتعلق بالتأمينات، ج. ر عدد 13، المعدل والمتمم بالأمر 06-04 مؤرخ في 12 مارس المتعلق بالتأمينات 2006، ج.ر عدد رقم 15.

- أمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج.ر عدد 48 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم وخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل والمتمم

- الأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10-01-1996، المتعلق بالسجل التجاري، ج.ر عدد 03 مؤرخة 14 يناير 1996.

- الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 09 يوليو 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، ج.ر عدد 43، 10 يوليو 1996.

- الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في 20 أوت 2001، ج.ر عدد 47، 22 اوت 2001 ، المعدل و المتمم باقانون رقم 08- 10 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر عدد 27، 28 ماي 2008.

بالقانون رقم 08-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر عدد 11، مارس 2008.

- الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 اوت 2010، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-10 المتعلق بالقرض و النقد، ج.ر عدد 66، نوفمبر 2010.

ج- المراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي رقم 92-70 مؤرخ في 18 فبراير 1992، يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج.ر عدد 14، 1992.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر عدد 80، ديسمبر 1995.

- المرسوم التنفيذي رقم 16-136 مؤرخ في 25 ابريل 2016، يحدد كيفيات ومصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج. رعدد27، 2016.

النصوص القانونية الأجنبية

- قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015، ج.ر عدد11 بتاريخ 12 مارس 2015.

- قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 ج.ر صادرة بتاريخ 1-11-2006.

- قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 03 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية التونسي، الرائد الرسمي التونسي، عدد89 المؤرخ في 07 نوفمبر 2000، معدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

- Loi n 66- 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, n 171, abrogé par l'ordonnance 2000-912, 18.09.2000, J.O.R.F 21 septembre 2000.

- La Loi n 2003-721 du 1 aout 2003 jorf 5 Aout 2003, P 13449 sur l'initiative économique, JO, 05aout 2003.

- La loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art 15.

- L’ordre n 2009-912 du 18 sep, 2000 relative a la législative du code de commerce français a été ratifiée par l’art 50-1 de la loi n 2003-7 du 3 janvier 2003, jorf, 4 janvier, ratifiée par la loi n 2016- 563 du 10 mai 2016, jorf n 0109 du 11 mai 2016.

فهرس

مقدمة: 001

الباب الأول: النظام القانوني لحماية الغير في الشركات التجارية 017

الفصل الأول: مفهوم الغير المتعامل مع الشركات التجارية والضمانات الشكلية لحماية حقوقه..... 019

المبحث الأول: تحديد مفهوم الغير وأهمية الاشهار القانوني في حماية حقوقه. 020

المطلب الأول: مفهوم الغير المتعامل مع الشركة التجارية وأسس تطور فكرة الغير في القانون التجاري ... 020

الفرع الأول: تحديد نطاق الغير الذي تعامل مع الشركة التجارية 021

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية كأساس قانوني لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية..... 029

الفرع الثالث: دور نظرية الظاهر في حماية الغير المعامل مع الشركات التجارية 034

المطلب الثاني: أهمية الاشهار القانوني في حماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية 039

الفرع الأول: الخصائص القانونية للالتزام بالإعلام في الشركات التجارية 040

أ- مضمون التزام الشركة التجارية بإعلام الغير 041

ب- كيفية الاشهار القانوني 049

الفرع الثاني: أهمية الالتزام بالإعلام في حماية الغير وآثار الاخلال به 064

أ- دور الإشهار القانوني لمعلومات صحيحة في حماية الغير 065

ب - آثار إخلال الشركة التجارية بالالتزام بالإعلام 071

المبحث الثاني: حماية الغير في الشركة الفعلية 079

المطلب الاول: ماهية الشركة الفعلية 081

الفرع الأول: نشأة الشركة الفعلية 082

الفرع الثاني: الأساس القانوني للشركة الفعلية 087

أ- نظرية العقد المستمر 088

ب- نظرية الشخصية المعنوية 089
ج- حماية الوضع الظاهر 090
الفرع الثالث: تمييز الشركة الفعلية عن النظم المشابهة لها 095
أ- الشركة الفعلية والشركة المنشأة بصورة فعلية 096
ب- الشركة الفعلية والشركة المحاصة 099
ج - الشركة الفعلية ونظرية تحول العقد 100
د- الشركة الفعلية والشيوع 101
ه- الشركة الفعلية والشركة قيد التأسيس 101
و- الشركة الفعلية والشركة المنحلة 104
المطلب الثاني: أسباب قيام الشركة الفعلية ونطاقها 106
الفرع الأول: شروط الشركة الفعلية 107
أ- توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة 107
ب- مباشرة الشركة لنشاطها 109
ج- عدم قيام البطلان على سبب يتعلق بالنظام العام 109
الفرع الثاني: حالات قيام الشركة الفعلية 110
أ- البطلان لعدم مراعاة الشروط الشكلية 111
ب- البطلان للإخلال بالأركان الموضوعية 113
المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية 117
الفرع الأول: علاقة الشركاء فيما بينهم 118
الفرع الثاني: عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية 120
أ- بالنسبة للشركة التجارية 122
ب- بالنسبة للشركاء 123
ج- بالنسبة للغير 123

الفرع الثالث: المسؤولية التضامنية للشركاء والمؤسسين 125
المطلب الرابع: انتهاء الشركة الفعلية 129
الفرع الأول: استبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني 130
أ- قبول الشركة التجارية تحمل الالتزامات الناشئة قبل إكسابها الشخصية المعنوية 131
ب- التسوية القانونية للشركة الفعلية 134
الفرع الثاني: انحلال الشركة الفعلية وتصفيتها 137
أ- انحلال الشركة الفعلية 137
ب- إفلاس الشركة الفعلية 140
الفصل الثاني: الضمانات الموضوعية لحماية الغير اثناء مباشرة الشركة التجارية لنشاطه..... 141
المبحث الأول: حماية الغير عن طريق رأسمال الشركة التجارية 142
المطلب الأول: دور رأسمال الشركة في حماية الغير 144
الفرع الأول: حماية الغير أثناء تكوين رأس المال 144
الفرع الثاني: الإجراءات القانونية التي تضمن وجود رأسمال..... 150
المطلب الثاني: مبدأ ثبات رأس المال 158
الفرع الأول: حماية الغير أثناء تخفيض رأس مال الشركة 159
أ- شروط تخفيض رأس المال..... 159
ب- حق الغير في معارضة تخفيض رأس مال الشركة 162
الفرع الثاني: حظر اقتطاع الأرباح من رأس مال الشركة 164
أ- التزام الشركاء والمساهمين برد الأرباح المقتطعة بطريقة غير قانونية..... 168
ب- المسؤولية المدنية عند مخالفة احكام توزيع الأرباح 169
ج- المسؤولية الجزائية عند مخالفة احكام توزيع الأرباح 170
المطلب الثالث: حماية الغير أثناء اندماج وانفصال الشركة التجارية 172
الفرع الأول: تأثير عملتي اندماج وانفصال الشركة التجارية على حقوق الغير 173

الفرع الثاني: الدائنون المعنيون بالحماية أثناء انفصال أو اندماج الشركة التجارية 184
أ- مدينو و دائنو الشركة في حالة الاندماج أو الانفصال 184
ب- حملة السندات 187
ج- حماية بعض المتعاقدين في حالة انفصال واندماج الشركة التجارية 188
الفرع الثالث: الحماية الإجرائية للغير عند انفصال واندماج الشركات التجارية 192
أ- معارضة الغير 193
ب- دعوى المسؤولية العقدية 194
ج- دعوى إبطال الاندماج أو الانفصال 196
د- المسؤولية التضامنية في حالة انفصال الشركات التجارية 198
المبحث الثاني: حماية حقوق الغير أثناء تمثيل الشركة التجارية 200
المطلب الأول: صلاحيات مسيري الشركات التجارية وحقوق الغير 203
الفرع الأول: عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع الشركة التجارية..... 205
الفرع الثاني: عدم الاحتجاج على الغير بتحديد سلطات المسيرين 210
الفرع الثالث: الإدارة الجماعية وحماية حقوق الغير 215
أ- عدم الاحتجاج على الغير بمعارضة المسيرين 216
ب- المسؤولية التضامنية أثناء الإدارة الجماعية للشركة التجارية 218
المطلب الثاني: مسؤولية الشركة التجارية عن أعمال ممثليها تجاه الغير..... 223
الفرع الأول: النظام القانوني لمسؤولية الشركة عن أعمال ممثلها تجاه الغير 223
أ- المركز القانوني للمسير في الشركة التجارية 224
ب- الأساس القانوني لمسؤولية الشركة التجارية عن اعمال ممثلها تجاه الغير 227
الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية الشركة التجارية عن أعمال ممثلها 229
أ- تعاقد المسير باسم الشركة التجارية 229
ب- عدم انفصال خطأ المسير عن عمليات التسيير 232

المطلب الثالث: دور نظرية المسير الفعلي في حماية الغير 236
الفرع الأول: تحديد مفهوم المسير الفعلي 237
أ- قيام المتدخل في الإدارة بأعمال التسيير 240
ب- شرط استقلالية المتدخل في تسيير الشركة التجارية 243
ج- عدم انتظام الصفة القانونية للمسير أو غيابها 244
الفرع الثاني: مجال نظرية التسيير الفعلي 248
الفرع الثالث: قيام مسؤولية المسير الفعلي تجاه الغير 253
المطلب الرابع: شروط قيام مسؤولية مسير الشركة التجارية تجاه الغير 256
الفرع الأول: حالات قيام المسؤولية المدنية لمسير الشركة التجارية تجاه الغير 257
أ- أخطاء المسير المرتبة للمسؤولية المدنية 257
ب- مباشرة دعوى المسؤولية المدنية من طرف الغير 260
الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية الجزائية للمسير تجاه الغير 261
الباب الثاني: مظاهر الحماية القانونية للغير المتعامل مع الشركات التجارية 268
الفصل الأول: تأثير الخصائص القانونية المميزة للشركات التجارية على حماية الغير المتعامل معها 270
المبحث الأول: الخصائص القانونية لمسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة تجاه الغير 272
المطلب الأول: النظام القانوني للمسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء 272
الفرع الأول: اهمية المسؤولية الشخصية والتضامنية في حماية الغير المتعامل مع الشركة التجارية 273
أ المسؤولية الشخصية للشريك 273
ب المسؤولية التضامنية للشركاء 279
الفرع الثاني: نطاق المسؤولية الشخصية والتضامنية 285
المطلب الثاني: حماية الغير المتعامل مع شركة المحاصة 294
الفرع الأول: خاصية خفاء شركة المحاصة تجاه الغير 295

الفرع الثاني: مسؤولية الشركاء والمسيرين تجاه الغير في شركة المحاصة 299
المطلب الثالث: خصائص حماية دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة 304
الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على المسؤولية المحدودة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة... 305
الفرع الثاني: أثر استقلالية الذمة المالية للشريك الوحيد عن ذمة المؤسسة ذات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة على حقوق الغير..... 313
المبحث الثاني: الخصائص القانونية لحماية الغير في شركات الأموال ومجمع الشركات التجارية..... 320
المطلب الأول: الخصائص القانونية لحماية الغير في شركات الأموال 322
الفرع الأول: تشديد مسؤولية المساهم 323
أ- مسؤولية المساهم في مرحلة تأسيس الشركة 323
ب - مسؤولية المساهم عند تداول الأسهم 328
الفرع الثاني: اتفاقيات ضمان ديون الغير 331
المطلب الثاني: حق الغير في الاطلاع على الوضع المالي لشركات الأموال 337
الفرع الأول: واجب الإفصاح عن المعلومة المالية 338
الفرع الثاني: حدود الالتزام بالإفصاح 342
المطلب الثالث: حماية الغير المتعامل مع مجمع الشركات التجارية 354
الفرع الأول: آثار عدم الاستقلالية التامة للشخصية المعنوية للشركات الوليدة 357
أ- مدى استقلالية الشخصية القانونية للشركات التابعة 360
ب- نتائج استقلالية الشخصية المعنوية لشركات المجمع 361
الفرع الثاني: مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة 363
أ- الخلط بين ذمة الشركة القابضة والذمة المالية للشركة التابعة 363
ب- صورية الشركة التابعة 366
ج- السيطرة الإدارية للشركة القابضة..... 368
د- قيام مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة 370

الفصل الثاني: آثار انقضاء الشركة التجارية وتصفيتها على حقوق الغير المتعامل معها 373
المبحث الأول: حماية حقوق الغير عند ظهور سبب لحل الشركة التجارية وأثناء الإفلاس والتسوية القضائية 374
المطلب الأول: الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية حماية للغير 375
الفرع الأول: الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة انقضائها 376
أ- دور القاضي في المحافظة على الشركة التجارية من الانقضاء 376
ب- مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها 379
الفرع الثاني: استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحويل شكلها القانوني تجنبا لحلها 386
أ- مفهوم وشروط التحويل 386
ب- حماية حقوق الغير أثناء تحويل الشركة التجارية 392
المطلب الثاني: التسوية القضائية للشركة التجارية وحقوق الغير 397
الفرع الأول: دور دائني الشركة التجارية في تسويتها القضائية 398
أ- دور الدائنين عند انعقاد الصلح 398
ب- دور الدائنين في الاعتراض على الصلح 403
الفرع الثاني: آثار التسوية القضائية بالنسبة لدائني الشركة 406
أ- آثار تطبيق التسوية القضائية على حقوق الدائنين 406
ب- حقوق الغير أثناء استمرارية الشركة في نشاطها بعد الحكم بالتسوية القضائية 409
المطلب الثالث: حماية الغير عند إفلاس الشركة التجارية 413
الفرع الأول: أثر إفلاس كل من الشركة والشركاء تجاه الغير 415
أ- الشركات الخاضعة للإفلاس 415
ب- مسؤولية كل من الشركة والشركاء بعد الإفلاس 421
الفرع الثاني: امتداد إفلاس الشركة التجارية لمسيريها 426
أ- الأساس القانوني لمسؤولية المسيرين عند إفلاس الشركة التجارية 426

ب- حالات قيام مسؤولية المسير عن إفلاس الشركة التجارية 430
المبحث الثاني: حماية حقوق الغير أثناء تصفية الشركة التجارية 433
المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق الدائنين أثناء تصفية الشركة التجارية 436
الفرع الأول: المحافظة على الضمان العام للدائنين 436
الفرع الثاني: شهر إجراءات التصفية ومسؤولية المصفي تجاه الغير 445
المطلب الثاني: أثر التصفية على حقوق دائني الشركة التجارية 456
الفرع الأول: تسديد ديون الشركة التجارية تحت التصفية 458
الفرع الثاني: أثر تصفية الشركة التجارية على المتعاقدين معها 462
المطلب الثالث: عدم كفاية أموال الشركة لتسديد ديونها ودعاوى الغير الناشئة عن تصفية الشركة التجارية..... 465
الفرع الأول: عدم كفاية موجودات الشركة أثناء التصفية..... 467
الفرع الثاني: دعاوى الغير الناشئة عن تصفية الشركة التجارية..... 472
خاتمة: 476