

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية .



رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د.

تخصص : قانون الأعمال

الحرية التعاقدية و القواعد الأمرة

في قانون الشركات

تحت إشراف الأستاذ :

أ.د/ بوعزة ديدن

من إعداد الطالب :

أ.د/ محراوي نورالدين



أعضاء اللجنة :

أ. دلال يزيد	أستاذ محاضر أ	جامعة تلمسان	رئيسا
أ. بوعزة ديدن	أستاذ	جامعة تلمسان	مخرفا ومقررا
أ. بموساه عبد الوهاب	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
أ. مغربي قويدر	أستاذ محاضر أ	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 2018 - 2019 م / 1939 - 1940 هـ



قال الله تعالى:

« وقل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردّون إلى عالم الغيب

والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون »

صدق الله العظيم

سورة التوبة (الآية 105)

شكر و تقدير

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، و أسدى عليه من العلوم و فهم، و زاده من نعامه بإسلامه خير مغنم، و حفه بعنايته و حفظه و سلم، و جعله سراجا منيرا في الليل و قد أظلم، و و في بأحكامه و قواعده ما استجد و ادلهم، و الصلاة و السلام على صاحب الوجه الأنوار، و الرأي الأزهر، و الخلق الأكبر محمد بن عبد الله و على اله و صحبه ما أقبل نهار و أدبر.

أما بعد ...

كان من فضل الله علي أن تولى أستاذي التقدير "الأستاذ الدكتور بوعزة ديدن" الإشراف على هذا العمل المتواضع و إني لأرجو الله أن يتولى عنا جزاء أستاذي بقدر ما بذل من جهده وما ضحى من وقته على عظم تبعاته و تنوع مسؤولياته.

و أتقدم له بجزيل الشكر و عظيم التقدير على توجيهاته و نصائحه العلمية، فجعله الله ذخرا للعلم وسندا لطلابه

كما و أتقدم بعظيم الإمتنان إلى كل من :

الأستاذ الدكتور "بموسات عبد الوهاب "

الأستاذ الدكتور " دلال يزيد" و "مغربي قويدر "

و ذلك لقبولهم متكرمين مناقشة أطروحتي ، ما زادني فخرا و تكريما .

سائلا المولى عز وجل قبول هذا العمل المتواضع، معترفا بفضل كل من كان له دور في انجاز هذه الأطروحة، داعيا المولى عز و جل أن يكون جهدهم في ميزان حسناتهم يوم القيامة.

إهداء

إلى من جعلتني محصنا بدعواتها من كل شر "أمي" أطال الله بعمرها

إلى من كان سببا في وجودي، "أبي" أطال الله بعمره

إلى كافة الأهل والأقارب

إلى جميع أصدقائي خصوصا المقربين منهم

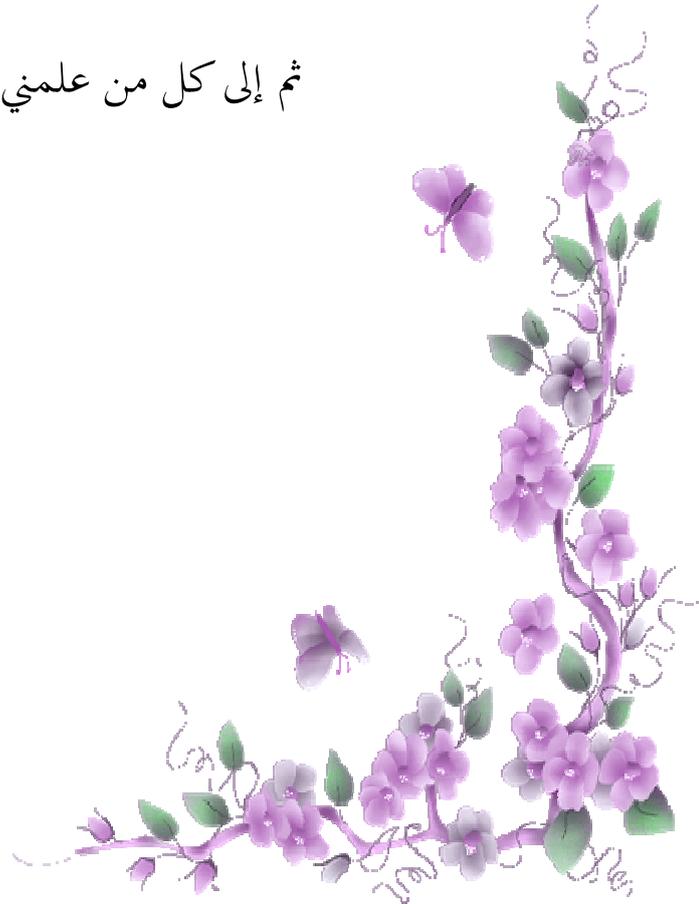
إلى أصدقائي الأستاذ بوزوينة محمد ياسين و الأستاذ درار عبد الهادي

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث

ثم إلى كل من علمني حرفاً يضيء الطريق أمامي...

الباحث

صحراوي نورالدين



قائمة المختصرات

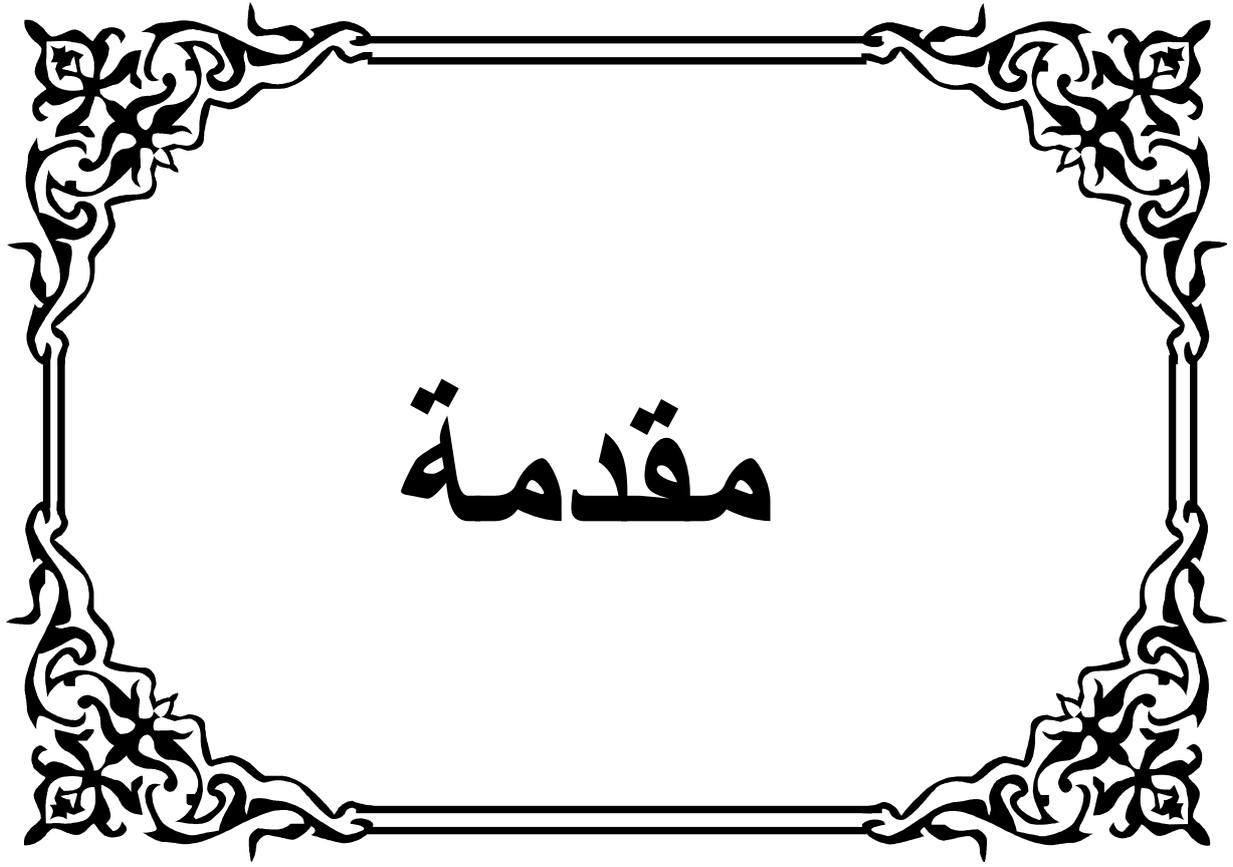
المختصرات باللغة العربية

ج.ر.	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
ر.	الرقم.
د.ج.	دينار جزائري.
ع.	العدد.
ق.ت.ج.	القانون التجاري الجزائري.
ق.م.ج.	القانون المدني الجزائري.
ص.	الصفحة.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS EN LANGUE FRANÇAISE

al.;	als alinéa (s).
Art. ;	arts article(s).
Bull. Com.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale.
Bull. Joly. soc.	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés.
C. civ. fr.	Code civil français.
C. com. fr.	Code de commerce français.
Civ.	Chambre civile de la Cour française de cassation.
Com.	Chambre commerciale de la Cour française de cassation de Paris.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour française de cassation.
Décr.	Décret.
éd.	Edition.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Ibid.	Ibidem, Idem.
J.C.P.	Jurisclasseur périodique.

Journ. soc..... Journal des sociétés.
L.G.D.J..... Librairie générale de droit et de jurisprudence.
n° ;..... numéro (s).
op. cit..... option citée.
ord..... Ordonnance.
p.;..... page (s).
préc.....précité.
Rev. soc..... Revue des sociétés.
R.J.D.A..... Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R.T.D..... com. Revue trimestrielle de droit commercial.
S.A..... Société anonyme.
T..... tome.
th..... thèse.



مقدمة

نظرا لتطور الحياة الإقتصادية وتشعبها وتنوع الأعمال التجارية وكثرتها، سعى التجار منذ القدم إلى التجمع في كيانات ذات شكل قانوني هي الشركات التجارية¹. إذ ظهرت الحاجة إلى تكتل القوى في الميدان الإقتصادي من أجل القيام بالمشاريع الكبيرة التي تتجاوز في متطلبات تحقيقها قدرات الأفراد مهما بلغت إمكانياتهم المالية والعلمية والفنية. ولقد قامت الثورة الصناعية وخلقت حدثا هاما في المجتمع الإقتصادي، إنبثق عنها ضخامة في الأعمال والمشاريع التي تطلبت طاقات هائلة، ولهذا إزدادت الحاجة إلى إشتراك الجهود من أجل تحقيق هذه المشاريع. فقامت بجانب الأفراد العاملين في قطاعات الإنتاج من تجار وسواهم، أشخاص معنوية متميزة قادرة على القيام بدور فعال في الميدان الإقتصادي، كتفويض المشاريع الإنتاجية في ميادين مختلفة، فأحتلت المقام الأول في النشاط الصناعي والتجاري وحتى الزراعي وغيرها من النشاطات، في كثير من البلدان². ولا تقتصر أهمية الشركات على قدرتها في توحيد الجهود وتجميع الأموال اللازمة لإستغلال المشروعات الإقتصادية الكبرى، بل تحقق الشركة لهذه المشروعات إستقرارا ودواما تعجز عنه طاقة الأفراد مهما وحدوا جهودهم وضموها. فالشركة شخص قانوني مستقل عن أشخاص الشركاء يتمتع بوجود ذاتي و بأهلية و ذمة مالية مستقلة³.

ويقسم الفقه الشركات التجارية تبعا لدرجة الرابطة التي تقوم بين الشركاء إلى نوعين شركات الأشخاص وشركات الأموال. يؤسس النوع الأول عن طريق شركاء تربطهم ببعض رابطة قوية مؤسسة على الثقة المتبادلة بينهم، وذلك ما يؤدي إلى تحملهم مسؤولية غير

¹ - أنظر، عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الرابع في الشركات التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 1.

² - أنظر، إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، الأحكام العامة للشركة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 11.

³ - أنظر، عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 7.

محدودة وتضامنية تجاه الشركة¹، إذ يغلب على شركات الأشخاص الطابع التعاقدى القائم على الإعتبار الشخصي والذي يضمن لها إستمراريتها ويحفظ سيرها بشكل دائم إذ أنه يعتبر حجر الزاوية في إنشاء هذه الشركات وديمومتها وإنقضائها. ويعني مفهوم الإعتبار الشخصي، أن كل شريك فيها أقدم على الإشتراك مراعيًا شخصية شركائه الآخرين وما يحظون من ثقة وحسن تفاهم ومعرفة الشركاء بالأمر التجاري ومقدراتهم المالية. وبالتالي تكون العلاقة في ما بينهم قوية جدًا كأعضاء الأسرة الواحدة أو الأصدقاء بوجود الثقة المتبادلة بينهم. وهذا المبدأ الذي يقوم بين الشركاء لدى تكوين شركة الأشخاص، يحتم إستمرار أثره في ما بينهم طيلة حياة الشركة.

أما النوع الثاني، أي شركات الأموال فهي تركز على الإعتبار المالي لأن تأسيسها يتطلب أموالاً ضخمة، فهي الشركات التي لا تقوم على الإعتبار الشخصي بل على الإعتبار المالي ولا يعتد فيها بشخصية الشريك بل العبرة فيها بما يقدمه من حصة مالية. من أبرز أنواع شركات الأموال وأكثرها أهمية ونشاطاً في الحياة الإقتصادية هي شركات المساهمة. فهي المثال الحي لشركات الأموال، القائمة على تجميع أموال من مجموعة كبيرة من المساهمين المتفرقين، بحيث ينظر بدرجة أولى إلى وضع الشركة المالي أي قيمة رأسمالها وإحتياطها والمردود المتوقع من مشروعها، وغيرها من الإعتبارات المادية البعيدة عن شخصية مساهمي الشركة². وإن تراجع الإعتبار الشخصي أمام الإعتبار المالي في شركات المساهمة وعدم إكتراث هذه الأخيرة بشخصية الشركاء الذين تتألف منهم يضيف عليها أهمية خاصة³ حيث تظهر الشركة ككيان معنوي مستقل منحه القانون الشخصية المعنوية القانونية

¹ - المواد 563 الفقرة الأولى و 563 مكرر 10 الفقرة الأولى من من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر. 27 أبريل 1993، العدد 27، ص 2.

² - Ph . Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, D, 10^{ème} édition.2004, p. 23.

³ - أنظر، محمد مصطفى عبد الصادق، الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، دار الفكر و القانون، الطبعة الأولى، 2013، ص 6.

المستقلة عن هؤلاء الأفراد المساهمين، وتتعامل مع الغير من خلال هذه الشخصية المعنوية وتكفل لهؤلاء المساهمين البقاء في مأمن بعيدا عن المشكلات الإقتصادية والمالية التي يتعرض لها نشاط الشركة. إذن لشركات المساهمة خاصية هامة تميزها عن غيرها من الشركات وهي إسقاط الإعتبار الشخصي، أو على الأقل تأخيره بإستثناء بعض الحالات. ومع ذلك فمن الخطأ الظن بأن شركة المساهمة هي شركة أموال ينتفي فيها الإعتبار الشخصي وتقوم على الإعتبار المالي وحده، أي الأهمية فيها تقدر بحسب ما يقدمه كل شريك من مال دون مراعاة لشخصيته، إذ أن توارى الإعتبار الشخصي فيها لا يعني بحال من الأحوال غيابه كليا¹. والواقع أن تصنيف الشركات إلى شركات أشخاص وشركات أموال لا يعبر إلا عن غلبة العنصر الشخصي على العنصر المادي بنسب متفاوتة، في شركات الأشخاص وغلبة العنصر المادي على العنصر الشخصي بنسب متفاوتة أيضا، في شركات الأموال ولكنه لا يعني أن شركات الأشخاص قائمة فقط على الإعتبار الشخصي أو أن شركات الأموال لا أهمية فيها لغير المال. إذ أن هذا المفهوم للإعتبار الشخصي قد تطور مع إتساع رقعة العمل التجاري كما و كيفا، بإنتقاله من شركات الأشخاص المحدودة العدد والإمكانات إلى شركات الأموال سيما شركة المساهمة. والذي من شأنه أن يشكل قيادا على تجلي الشخصية المعنوية في شركة المساهمة.

و لقد تبنى المشرع الجزائري، المعيار الشكلي وإعتبر كل شركة تتخذ شكلا من الأشكال المحددة قانونا كشركة التضامن، شركات التوصية، الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، شركات تجارية بحسب شكلها مهما كان موضوعها²، ولهذا يمكن أن تكون تجارية بحسب الشكل ولها موضوعا مدنيا. وتجدر الإشارة إلى وجود أربع أنواع فقط من الشركات التجارية وهي: شركة التضامن، شركات التوصية بنوعها البسيطة وبالأسهم

1- أنظر، محمد فريد العريبي ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري، الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، بند رقم 242، ص 427.

2- المادة 544 من ق.ت.ج.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، أما الشركة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة فهي تتدرج ضمن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بحيث تشكل كلتاها شركة واحدة. بينما لم يكن يوجد لحين تاريخ قريب سوى ثلاث من هذه الأشكال. فقد كان الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري¹ ينضم سوى شركة التضامن²، الشركة ذات المسؤولية المحدودة³ وشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة⁴. بقي الحال كذلك حتى صدور المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993⁵ الذي أحدث بجانب شركة التضامن شركة التوصية البسيطة⁶، وبجانب شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة شركة التوصية بالأسهم⁷، كما أحدث نظام جديد لإدارة شركة المساهمة، التي تعرف بشركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة⁸. وفي سنة 1996 إبتدع الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد⁹.

و بالنظر إلى هذه النصوص، تعد الشركة عقدا يجب أن يستوفي جميع الشروط الموضوعية و الشكلية العامة المتعارف عليها قانونا، يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر بنية الإشتراك على المساهمة في نشاط معين عن طريق تقديم عمل، مال أو نقد في شكل حصص مقابل المشاركة في الأرباح أو الخسائر¹⁰.

¹ - الجريدة الرسمية 19 ديسمبر 1975، العدد 101، ص 1073.

² - المواد من 551 إلى 565 من ق. ت. ج.

³ - المواد من 564 إلى 591 من ق. ت. ج.

⁴ - المادة 592 و ما يليها من ق. ت. ج قبل تعديل سنة 1993.

⁵ - الجريدة الرسمية 27 أبريل 1993، العدد 27، ص 3.

⁶ - المواد من 563 مكرر إلى 563 مكرر 10 من ق. ت. ج.

⁷ - المواد من 715 ثالثا إلى 715 ثالثا 10 من ق. ت. ج.

⁸ - المواد من 642 و ما يليها من ق. ت. ج.

⁹ - الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 الذي يعدل و يتم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر

1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية 11 ديسمبر 1996، العدد 77، ص 4.

¹⁰ - المادة 416 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل و متمع.

يتميز عقد الشركة عن باقي أنواع العقود الأخرى كونه عقد معاوضة يعمد الشريك من خلاله إلى تحقيق كسب مالي يؤدي إلى الزيادة في ثروته أو تحقيق إقتصاد إذا حصل على أكثر مما كان يتوقعه، و بالمقابل يجب عليه أن يتحمل الخسائر عند الاقتضاء ؛ كما ينتج عن عقد الشركة كسائر العقود، حقوق و إلتزامات كما يؤدي إلى إنشاء شخصية جديدة متميزة عن شخصية الشركاء، فالشركة بمجرد تكوينها تعتبر شخصا معنويا إلا أنها لا تكون حجة على الغير إلا بعد إتمام إجراءات القيد في السجل التجاري طبقا للقانون¹. وتأسيسا على هذا فهي تخضع و كغيرها من العقود للقواعد العامة العقدية وهذا حتى إذا كانت عقدا ذو طبيعة خاصة، يتجسد في وثيقة متميزة ألا وهي القانون الأساسي.

إن القانون الأساسي هو مجموعة القواعد المكونة للشركة، و يمتد هذا التعريف ليشمل في إطار هذه الوثيقة القاعدة التي تحكم تلك الشخصية القانونية. و إن كان القانون الأساسي بمفهومه الضيق يشمل عقد الشركة، فهو لا يعد الوثيقة العقدية الوحيدة التي تربط الشركة بالشركاء، فهناك أيضا مجموعة من العقود أو الإتفاقيات التي تبرم بين الشركاء خارج إطار القانون الأساسي لأسباب عملية على رأسها السرية. و إن جميع الإتفاقيات سواء أكانت تدخل ضمن إطار القانون الأساسي أو خارج عنه، فإنه يمكن تكييفها بالإتفاقيات تحت القانون الأساسي، و ذلك بسبب أن إبرامها و وجودها مرتبط بوجود القانون الأساسي، وإن هذه الوضعية تفرض تحت طائلة البطلان عدم مخالفة بنودها أو شروط إبرامها للقانون الأساسي، و هذا ما يبرز أهمية القانون الأساسي من الناحية القانونية².

و تجدر الإشارة أن القانون الأساسي هو الذي يجسد إرادة أو إتفاق الشركاء، وهو الذي يحدد وجود و كيفية سير الشركة كشخص إعتباري مستقل عن الشركاء، أي أنه يبرز طابعها النظامي، فهو في آن واحد يقرر مبدأ الحرية التعاقدية و تعبيراً عن فكرة الشركة كنظام قائم وفق هيكل و تنظيم محدد يقع على الشركاء إحترامه. إذ يعد التعبير الإبتدائي والأساسي عن

¹ - المواد 417 من ق.م.ج. و المادة 549 من ق.ت.ج.

2- Y. GUYON, Les Sociétés commerciales, aménagements statutaires et conventions entre associés, L.G.D.J, 5éd. 2002, P. 33.

الحرية التعاقدية للشركاء أو المساهمين. فالقانون الأساسي يسمو على أي إتفاق يمكن أن ينشأ بين الشركاء، بل و حتى عن كل قرار يصدر من الهيئات القانونية للشركة، وهذا ما يمنح للبند المحددة في القانون الأساسي مرتبة خاصة تسمو بها على البنود العقدية الأخرى.

غير أن تجسيد الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، لا يتوقف عند هذا الحد، إنما يستطيع الشركاء إبرام إتفاقيات جانبية موازاة مع القانون الأساسي لكنها خارجة عنه، فهي تلك الإتفاقيات التي أوجدها الواقع العملي إستجابتا لمقتضيات التعامل التجاري، ومبادئ حوكمة الشركة أو المؤسسة، فقد يلجأ الشركاء الى إبرام إتفاقيات مستقلة عن القانون الأساسي، تحتوي على بنود منظمة للعلاقات الداخلية التي تربطهم داخل الشركة. وتؤدي إلى تعديل التوازنات بين مختلف فئات الشركاء، كما تساعد على إزالة الصعوبات التي تواجه الشركاء خاصة تلك الصعوبات المالية التي تعتبر من أهم الأسباب المؤدية إلى إبرام هذه الإتفاقيات، إضافة إلى أنها وسيلة عقدية يلجأ إليها الشركاء تجسيد لمبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية.

باعتبار الإتفاقيات بين الشركاء وليدة الواقع العملي، فهي بالتالي غير منظمة في قواعد ومواد قانونية، إلا أنها أصبحت جزء لا يتجزأ من واقع الشركات التجارية وضرورة لا يمكن التخلي عنها في العلاقات بين المساهمين، و لقد ساهمت هذه الإتفاقيات في تخفيف حدة الروتين الذي يعاني منه القانون التجاري. و إن المواضيع التي يمكن أن تتناولها هذه الأخيرة واسعة جدا و متنوعة، لأنها مرتبطة بإرادة الشركاء الذين يبرمونها وما يمكن أن يطرأ عليها من تطور دائم¹. فهي لا تقتصر على تنظيم العلاقات المالية والإقتصادية بين الشركاء وحسب، بل تمتد لتطال علاقاتهم التنظيمية والإدارية، كما لو هدفت هذه الإتفاقيات إلى

¹ - أنظر، عادة أحمد عيسى، الإتفاقيات بين المساهمين في الشركات المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص 13.

إيصال أشخاص معينين إلى الإدارة أو ضمان إستقرار بعض القائمين بالإدارة في مناصبهم أو تعديل صلاحياتهم أو حتى التدخل في حقهم بالتصويت في الجمعيات العامة¹.

إن الإتفاقيات المبرمة بين الشركاء هي عقود بالمعنى القانوني المنصوص عليه في القواعد العامة، لذلك يجب أن تراعي هذه الإتفاقيات شروط الصحة و التكوين المفروضة على العقود المنصوص عليها في القانون المدني. و من جهة أخرى، إن هذه الإتفاقيات تعقد بين الشركاء، إما في مرحلة تأسيس الشركة أو أثناء حياتها، لذا يجب أن تحاط هذه الإتفاقيات بالقانون التجاري و الذي تشكل معظم مواد قواعد قانونية آمرة يصعب تجاوزها كما يجب أن تحاط بالقانون الأساسي للشركة الذي يشكل قانونا خاصا بالنسبة لكل شركة².

بالإضافة إلى هذه القواعد القانونية الإلزامية التي يجب مراعاتها من قبل المساهمين حين يتوجهون إلى إبرام إتفاقيات خاصة فيما بينهم، أضاف القضاء الفرنسي³ من أجل التخفيف من حدة هذه القواعد القانونية، و لكي لا تصبح المعيار الأساسي المعتمد لصحة الإتفاقيات معيار عدم تعارض الإتفاقية بين المساهمين مع مصلحة الشركة. فيجب أن تراعي هذه الأخيرة مصلحة الشركة طيلة مدتها، وبالتالي يمكن إلغاء الإتفاقية إذا ما حدث تطور في حياة الشركة و أصبحت هذه الإتفاقية غير مراعية لمصلحة الشركة في وضعها الجديد.

و تختلف الإتفاقيات بين المساهمين عن القانون الأساسي، في كونها إتفاقيات سرية لا يتم نشرها، و هذا خلافا للقانون الأساسي الذي يجب نشره في السجل التجاري⁴، لذا يعد نافذا في مواجهة الغير⁵، و بناء على ذلك فإن هذه الإتفاقيات لا تعد ملزمة إلا للشركاء الموقعين عليها، بل لا تلزم حتى الشركة إلا إذا وقعت عليها، إضافة إلى كونها لا تتمتع بأية حجية

1- M. C. MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, L.G.D.J.,1998, p. 19.

²- أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع نفسه، ص 120.

3- Cass. Com. 24 janvier 1995, Bull. Civ. n ° 27. Et Cass. Com. 04 mai 1993, Bull. Civ, n° 175.

⁴- المادة 549 الفقرة 01 من ق.ت.ج

-Art. L. 210-6al. 1C. com.f

⁵- المادة 549 الفقرة 01 من ق.ت.ج

تجاه الغير المتعامل مع الشركة. و ينعكس عدم نشر هذه الأخيرة على فعاليتها لأنها تظل مجرد عقود يخضع تعديلها لإجماع الشركاء الموقعين عليها، بعكس القانون الأساسي الذي يمكن تعديله بالأغلبية¹.

و إذا أوجد الشركاء طرقا لتجسيد مبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، عن طريق إدراج بنود في القانون الأساسي، أو بواسطة إتفاقيات مستقلة خارجة عن القانون الأساسي بحيث يتمتع الشركاء فيها بمجال واسع للتعبير عن إرادتهم. إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة إذ تجد لها قيودا أو حدودا لا يجوز للشركاء تجاوزها. و في هذا السياق يمكن القول أنه لا ينبغي للحرية التعاقدية أن تؤدي إلى تشويه العلاقات الجماعية بين الشركاء بحسب ما فرضه المشرع و رسمه في نصوص القانون، و يجب أن تراعي أيضا في ظل هذا المبدأ نية الإشتراك في عقد الشركة المبرم لتحقيق المصلحة المشتركة لجميع الشركاء.

خروجا عن مبدأ حرية التعاقد، فرض المشرع الجزائري متبعا نظيره الفرنسي مجموعة من التنظيمات عند تعاقد شركة المساهمة مع أشخاص يتواجدون في وضعية إدارة أو رقابة أو مساهمة، قد ينجم عنها تغليب مصالحهم الشخصية على حساب مصلحة الشركة بسبب السلطة والنفوذ الذين يتمتعون به. أو على أساس توافر تنازع بين هذه المصالح على الأقل وتهدف هذه التنظيمات إلى حماية الشركة من الخطر الذي يهددها في ذمتها المالية ومنه حماية مصالح دائئها.

كما تهدف هذه التنظيمات إلى تحقيق الشفافية في إدارة و تسيير الشركة والتصرف في أموالها، و الحفاظ على مبدأ المساواة بين المساهمين و حقهم في الرقابة على أعمال وتصرفات الإدارة. و لا يتأتى هذا إلا بوضع نظام وقائي فعال و جدي يفرض رقابة سابقة على إبرام الإتفاقية و أخرى لاحقة عليه²، تتجسد أساسا في واجب الحصول على ترخيص مسبق للتعاقد من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، ثم عرض الإتفاقية على

¹ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 122.

² - أنظر، ديدن بوعزة، أجهزة الرقابة في شركات المساهمة، مجلة دراسات قانونية، العدد 03، 2006، ص 27.

المساهمين في إطار الجمعية العامة من أجل المصادقة عليها، بناء على تقرير خاص من مندوب الحسابات¹.

بالإضافة إلى هذه التنظيمات، قد شيد القضاء بواجب إحترام مصلحة الشركة كمبدأ جوهري بغية حماية الشركات من القرارات و الأعمال التي تهدد وجودها، أو تعرض إنتظام سير عملها للخطر. من هنا أضحي تحديد مفهوم مصلحة الشركة أمرا ضروريا وحتميا لأنه على أساسه تتحدد سلطة المسيرين و أصحاب القرار في الشركة. و إزاء هذا الوضع بالإضافة إلى غياب التعريف التشريعي لمصلحة الشركة، تصدى الفقه الفرنسي لتعريف مصلحة الشركة، لكن لم يكن ثمة إجماع حول التعريف، فإنقسم إلى تيارين متناقضين، الأول يرى مصلحة الشركة بأنها مصلحة المساهمين المحضة، و منهم من رأى أنها مصلحة الكيان القانوني، و هذا ما أدى إلى بروز رأي ثالث حاول التوفيق بين النظريتين².

فقد تطرح مصلحة الشركة كشرط لصحة الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين حول تنظيم عمل الشركة، فإن محاولة تعريف مصلحة الشركة باللجوء إلى فكرة موضوع وسبب الإتفاقيات بين المساهمين، فيه إفتراض أن كل الإتفاقيات المتعلقة بالتنظيم التعاقدى لسير عمل الشركة هدفها إشباع مصلحة الشركة. فلتكون هذه الإتفاقيات صحيحة يكفي أن لا تشكل إنتهاكا لمصلحة الشركة. فقد دلت التجربة على أن الأحكام القانونية والبنود الواردة في القانون الأساسي لا تكفي وحدها لتنظيم العلاقات الخاصة التي يرغب الشركاء في إقامتها بينهم، فغالبا ما يلجأ الشركاء بعد تأسيس الشركة إلى إبرام إتفاقيات جانبية تنظم بعض نواحي سير عمل الشركة، هذه الإتفاقيات هي ما تعرف بالإتفاقيات الخارجة عن بنود القانون الأساسي لشركة، و التي لا تلزم إلا الشركاء الموقعين عليها. ومن هنا فإن الإتفاقيات

¹ - المواد 628 و 671 من ق.ت.ج.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2007، ص 15.

المبرمة بين المساهمين تنقسم إلى قسمين، إتفاقيات نظامية أي مدرجة في القانون الأساسي لشركة، و إتفاقيات غير نظامية أو جانبية لا يشملها القانون الأساسي لشركة¹.

كما قد تشكل مصلحة الشركة أداة تقنية أساسية بالنسبة للمحاكم تراقب من خلالها عمل الشركات و بالتالي، أصبحت أداة بمقتضاها يتدخل القاضي في أعمال الشركة عبر مطابقته أعمال الشركة لمصلحة الشركة، فيما أن الشركة تحكمها قاعدة الأغلبية التي تسود في إدارة الشركة حيث أن القرارات المتخذة من قبل الأغلبية تفرض على الأقلية، لذا فإن الشركة تكون عرضة دائما لنزاعات داخلية، لهذا فمن الطبيعي أن يطلب الأطراف تدخل القاضي لحل هذه النزاعات الداخلية، بشرط ألا تحل إدارة القاضي محل إدارة الشركاء، إذ أن هناك مبدأ مقدس في قانون الشركات هو مبدأ عدم تدخل القاضي في إدارة الشركات².

زيادتا عن هذه الحدود، هناك بعض المبادئ التي تعد من النظام العام، بحيث لا يجوز مخالفتها بأي شكل من الأشكال، و من أهم هذه المبادئ مبدأ التسلسل والفصل بين السلطات، فإن تحديد صلاحيات مختلف أجهزة شركة المساهمة و بالأخص مجلس الإدارة يرتدي طابعا نظاميا و لا يترك إلا مجالا ضيقا للمساهمين لكي يدخلوا عليه تعديلات إتفاقية، فيشترط لصحة هذه الإتفاقيات أن لا تتعارض مع مبدأ التسلسل بين هيئات الإدارة وأن لا تتعدى على الصلاحيات القانونية لأجهزة الشركة³.

و إذا كان هذا المبدأ الذي يسعى إلى تحقيق التوازن بين مختلف أجهزة الشركة هناك مبدأ المساواة في المعاملة بين المساهمين، الذي يسعى إلى حماية المساهم من القرارات التعسفية الصادرة عن الأغلبية، فبرغم من أن هذا المبدأ لا يحقق إلا حماية جزئية ضد تعسف الأغلبية، التي يمكن لها بوسائل عديدة أن تضر بالأقليات دون أن ترتكب مخالفة لهذا المبدأ. و إن مبدأ المساواة تبرره مصلحة الشركة، فإن كل إجراء أو قرار ينافي هذا مبدأ

¹- M.C. MONSALLIER, op. cit, p 324.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 25.

³ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 96.

يكون قابلا للطعن فيه أمام القضاء، فلا يمكن للشركة أن تلزم الشركاء بتنفيذ التزامات تتجاوز تلك المنصوص عليها قانونا أو في القانون الأساسي لشركة، كما لا يجوز لشركة أن تحرم أحد الشركاء من حقوقه الأساسية بإعتبار أنها من النظام العام¹.

إن الدراسة التي بين أيدينا تعالج موضوعا على جانب كبير من الأهمية لإرتباطه الوثيق بمصلحة الشركة، مصلحة الشركاء، التي يسعى التشريع التجاري الحديث تأمين أكبر حماية لهما ومن خلالهما حماية الشركات، ولقد تمت هذه الدراسة بالمقارنة مع التشريع الفرنسي نظرا لإقتباس مجمل النصوص القانونية الجزائرية في هذا المجال من هذا التشريع. وتجب الإشارة في هذا الصدد، إلى أن المشرع الجزائري أغفل في العديد من الأحيان تنظيم أبعاد هذه الحرية، وأكثر من ذلك توقف عن تطويرها فلم تعد تواكب التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم، على خلاف التشريع الفرنسي الذي عرف تقدما في مجال تدعيم الحرية التعاقدية للشركاء داخل الشركة. لذلك ستكون هذه الدراسة مقارنة مع أحكام القانون التجاري الفرنسي بإعتبار أن أحكام التشريع التجاري الجزائري مستمدة من التشريع الفرنسي، ومن خلال هذه المقارنة نتمكن من الوقوف على أهم النقائص التشريعية التي تسود الأحكام التجارية الجزائرية في هذا المجال.

وعليه سيتم دراسة هذا موضوع بالإعتماد على المنهج التحليلي بالدرجة الأولى مع إجراء مقارنة بالمشرع الفرنسي في النقاط الأساسية للبحث، و بالنسبة لدائرة البحث فقد تم حصرها في نطاق الحرية التعاقدية في مجال الشركات التجارية، و طرق تجسيدها وهذا عن طريق إدراج بنود في القانون الأساسي، أو بواسطة إتفاقيات مستقلة خارجة عن القانون الأساسي من جهة، و من جهة أخرى الحدود و القيود التي لا يجوز للشركاء تجاوزها خاصة منها القواعد الأمرة التي فرضها المشرع، و واجب إحترام مصلحة الشركة كمبدأ جوهري بغية

¹ - أنظر، محمد عمار تيار، الحقوق الأساسية للمساهم في شركة مساهمة، الجزء الأول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ص 107.

حماية الشركات من القرارات و الأعمال التي تهدد وجودها زيادتا عن هذه الحدود، هناك بعض المبادئ التي تعد من النظام العام، بحيث لا يجوز مخالفتها بأي شكل من الأشكال. ورغم أهمية هذا الموضوع، غير أن هذه الدراسة لم تكن خالية من الصعاب التي تعترض كل بحث علمي عموما و القانون التجاري خصوصا. تقدمها نقص المراجع المتخصصة في هذا الموضوع و خاصة المراجع الجزائرية. حتى أن الدراسات والبحوث المرتبطة بالموضوع كانت دقيقة و لم تكن بالتفصيل الذي يسهل من المهمة هذا من جهة. ومن جهة أخرى غياب الإجتهد القضائي في الجزائر، فإن نصيبه من البحث العلمي والمؤلفات القانونية جد محدود، إذ توجهت الدراسات نحو موضوع الشركات التجارية بصفة عامة ودون التعمق في الحرية التعاقدية و حدودها فيها للكشف عن مدى أهميتها ودورها في حماية الشركاء.

وهذا ما سأحاول معالجته، خصوصا من زاوية التشريع الجزائري و الفرنسي، وإن ندرت الأبحاث والمؤلفات في الموضوع. هو ما دفعني إلى إختيار هذا الموضوع لإلقاء الضوء على نقطة كانت مسار جدل ولا تزال، لذلك إرتأيت أن أبحثه من جميع جوانبه القانونية والفقهية وعلى أن تشكل هذه الدراسة إضاءة أصلية عليه.

يطرح هذا الموضوع عدة تساؤلات أهمها والذي يشكل إشكالية هذا البحث ما يثار حول مقدار الحرية التعاقدية أو الإتفاقية التي يتمتع بها الشركاء في تنظيم الشركات التجارية وعلاقتها بالقواعد الآمرة التي تحكم هذه الأخيرة ؟

سأحاول الإجابة عن هذه الاشكالية من خلال تقسيم البحث إلى بابين أساسيين:

الباب الأول: مبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية

أما الباب الثاني: خصصناه للحديث عن حدود الحرية التعاقدية في الشركات التجارية.

الباب الأول: مبدأ الحرية التعاقدية

في الشركات التجارية

يعتبر عقد الشركة عقد تبادلي يرتب حقوقا و إلتزامات متبادلة بين طرفيه، أي بين الشركة كشخص المعنوي والإرادات الفردية التي إشتراك في إبرام التصرف المنشئ له. وتتخذ هذه الإيرادات صفة الشريك بمجرد أن يتقرر لها العضوية في الشركة، غير أن العادة جرت على إطلاق صفة المساهم على العضو في شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم لأن حصتهم في رأس المال تكون ممثلة في أسهم متساوية القيمة.

تتقسم حقوق الشريك في شركة، إلى حقوق مالية وأخرى غير مالية أي معنوية حيث تشمل الحقوق المالية الحق في الربح الذي يشكل الهدف المشترك الواحد الذي يسعى إليه جميع الشركاء. ومن الحقوق المالية المعترف بها للشريك أيضا، والتي لا تقل أهمية ولا شأنًا من الحق في حصول على الأرباح نجد الحق في التصرف في الحصة، فالغاية التي يهدف إليها الشريك من مشاركته في رأسمال الشركة لا تقتصر فقط على جعل الشركة تحقق أكبر ربح ممكن بل المضاربة على قيمة هذه الحصص قصد الحصول على ربح سريع عن طريق بيعها كلما سمحت له الفرصة بذلك.

أما الحقوق المعنوية، فهي تلك الحقوق غير المادية التي لا تؤدي إلى تحصيل مالي وتشمل الحق في العضوية وهو حق الشريك في أن يظل عضوا في الشركة طيلة مدة حياتها المحددة في قانونها الأساسي، وحق التدخل في إدارتها. إضافة إلى حق الإطلاع على جميع الوثائق الإدارية والحسابية التي تلزم الهيئة الإدارية بإعدادها. و الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها بإعتبارها الجهاز الذي يضم جميع المساهمين.

كما يرتب عقد الشركة على الشركاء، كغيره من العقود الأخرى مجموعة من الإلتزامات التي يفرض القانون إحترامها، في حين أن القانون الأساسي يساهم في تأكيدها وتكييفها بما يلاءم طبيعة الشركة التجارية، بل يمكنه أن يضيف إلى الشركاء إلتزامات أخرى غير محددة قانونا، لكن مع إحترام القواعد الآمرة التي تحكم الشركات التجارية.

و تتجسد هذه الإلتزامات لشريك سواء عند مرحلة تأسيس الشركة و ذلك بدفع المقدمات أو الحصص، بإعتبار أن الشركة مشروع مشترك، يلزم لقيامه المساهمة الجماعية للشركاء في توفير ذمة مالية للشركة، بالإضافة إلى المشاركة في الخسائر إذ يعد هذا الإلتزام الميزة أساسية لعقد الشركة و شرط من شروط هذا العقد. أما بالنسبة للإلتزامات المترتبة أثناء مرحلة حياة الشركة فتتمثل في الإلتزام بعدم منافسة الشركة أي أن يلتزم الشريك بالولاء لشركة التي ينتمي إليها، و الإلتزام أيضا بالوفاء بديون الشركة.

إن هذه الحقوق و الإلتزامات مقررة لشريك في الشركة، تستند إلى نية المشاركة وما تستتبعه من وجود المساواة بين الشركاء. بحيث يقع باطلا كل قرار من شأنه المساس بها. فوفق هذا المنظور، سنوضح مدى تدخل إرادة الشركاء عن طريق القانون الأساسي في تنظيم أهم حقوقهم داخل الشركة، و من جهة أخرى بيان مدى تدخل هذه الإرادة في صياغة الإلتزامات الناشئة من هذا العقد.

بالإضافة إلى هذا يمكن للشركاء أو المساهمين التدخل في تنظيم السلطة داخل الشركة، فيمكن للقانون الأساسي تكييف هياكل الشركة مع حاجيات الشركاء، مع إمكانية إضافة هيئات جديدة فضلا عن الهيئات القانونية للشركة، بما يناسب أكثر تحكم الشركاء في تسيير و مراقبة الشركة.

فبما أن الشركة شخص معنوي، فهي تحتاج إلى أجهزة من أجل التعبير عن إرادتها وإدارة مصالحها و تحقيق أغراضها. و لقد كان دور المشرع متفاوت في تنظيم هذه الأجهزة إذ منح نصيبا كبيرا من الحرية للشركاء في شركات الأشخاص بينما قيد سلطان إرادتهم في شركات الأموال بوضع قواعد متكاثرة و آمرة يهدف بموجبها حماية صغار المدخرين والمصالح المختلفة لشركة.

و على هذا الأساس قد تتدخل إرادة الشركاء لوضع تنظيم تأسيسي يعنى بتنظيم أجهزة الشركة و طريقة ممارسة السلطة فيها، و يختلف مقدار التدخل لهذه الإرادة حسب نوع الشركة سواء كانت شركات أشخاص أو أموال.

وإستنادا إلى ما سبق، سيتم الوقوف على مدى تدخل حرية الشركاء في تنظيم هذه الحقوق والالتزامات في القانون الأساسي، (الفصل الأول)، ومدى تدخل إرادة الشركاء لوضع تنظيم تأسيسي يعنى بتنظيم أجهزة الشركة و طريقة ممارسة السلطة فيها(الفصل الثاني).

الفصل الأول: تعديل القانون الأساسي و تنظيم العلاقات بين

الشركاء

بما أن الشركة هي عبارة عن عقد، فإن الاهتمام يكون على المستوى الأول بالعلاقات التي يؤسسها هذا العقد بين أطرافه أي بين الشركاء، و هذا ما يعني من الناحية القانونية تحديد الحقوق و الإلتزامات التي يمكن لهذا العقد أو القانون الأساسي، أن يرتبها بين الشركاء في مواجهة الشركة، و مدى القوة الإلزامية لتلك الحقوق و الواجبات المحددة تأسيسيا أو إتفاقيا .

فقد يتدخل الشركاء عن طريق القانون الأساسي لشركة، لتنظيم أو تكييف أهم حقوقهم داخل الشركة، سواء كانت ذات أصل قانوني أو حتى إتفاقي، و من جهة أخرى قد تتدخل هذه الإرادة في صياغة الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد.

المبحث الأول: الإتفاقيات المتصلة بتنظيم حقوق

بمجرد إنضمام الشريك إلى الشركة تتقرر له مجموعة من الحقوق يكتسبها، وإن هذه الحقوق قد أقرها و نظمها المشرع بصفة عامة من دون تحديدها أو تفصيلها. ومن هذا المنطلق قد يسعى الشركاء عن طريق القانون الأساسي للشركة إلى تنظيمها و تكييفها حسب طبيعة و شكل الشركة التجارية المعنية، كما يمكن لشركاء أن يسعوا أيضا عن طريق القانون الأساسي لتقرير حقوق جديدة غير مقررة قانونا، و ذلك بتعديل بنود القانون الأساسي للشركة سواء أثناء مرحلة التأسيس أو أثناء حياة الشركة.

إن الهدف الأساسي من إنشاء الشركة هو إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة¹، وتظهر هذه الغاية جليا في شركات الأموال عن ما هو عليه الأمر في شركات الأشخاص ، إذ أن الشريك يهتم أساسا بتحقيق الأرباح، إضافة إلى ذلك يحق للشريك وفي أي مرحلة من مراحل حياة الشركة أن يتنازل عن حصته بكل حرية لشخص آخر بالطرق التجارية، بإعتبارها قيمة منقولة ذات طبيعة مالية². و إذا كان الهدف الرئيسي للشريك هو الحصول على الحقوق المالية، فإنه يتمتع بحقوق أخرى لا تقل أهمية عنها يطلق عليها بالحقوق المعنوية أو الحقوق غير المالية كونها لا تؤدي إلى تحصيل مادي، إلا أنها تساعد على تقريره، وتتمثل هذه الأخيرة في الحق في البقاء في الشركة والحق في الإطلاع على كل مستنداتها سواء الإدارية أو الحسابية إضافة إلى الحق في حضور الجمعيات العامة مهما كانت طبيعتها والإشتراك في مداولاتها والتصويت على قراراتها.

وهذه الحقوق مقررة للمساهم بصفته شريكا في الشركة، هي تستند إلى نية المشاركة وما تستتبعه من ضرورة وجود المساواة بين الشركاء، لذلك تعتبر من الحقوق الأساسية للشريك، بحيث يقع باطلا كل قرار من الجمعية العامة أو النص في القانون الأساسي ينص على الحد منها أو المساس بها.

و هذا ما سيتم تفصيله في هذا المبحث من خلال مطلبين، المطلب الأول الحقوق المالية و الحقوق غير المالية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تنظيم الحقوق المالية للشركاء

تشمل الحقوق المالية الحق في الربح الذي يشكل الهدف المشترك الواحد الذي يسعى إليه جميع الشركاء، و يثبت هذا الحق للشريك بصفته متعاقدا، لأنه حق مرتبط بمفهوم الشركة أكثر من إرتباطه بمفهوم الشريك، و الذي لا يجوز إستبعاده في أي حال من الأحوال

¹ - المادة 416 من ق.م.ج.

² - M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, Litec, 12^{ème} éd., 2000, p. 319 .

بمقتضى بنود القانون الأساسي. ومن الحقوق المالية المعترف بها للشريك أيضا، نجد ذلك الحق في التصرف في حصة الشريك ، فالغاية التي يهدف إليها الشريك من مساهمته في رأسمال الشركة هي المضاربة على قيمة هذه الحصة قصد الحصول على ربح سريع عن طريق بيعها كلما سمحت له الفرصة بذلك. وقابلية تداول حصة الشريك في شركة الأشخاص، تختلف عن قابلية تداولها بالنسبة للشركاء في شركات الأموال، إذ أن الأصل بالنسبة للسهم، هو قابليته المطلقة للتداول، إلا إذا قيد هذا الإطلاق بقيود خاصة. و عليه، سيتم الوقوف على مدى تدخل حرية الشركاء في تنظيم هذه الحقوق المالية في القانون الأساسي، سواء تعلق الأمر بالحق في الحصول على الأرباح (الفرع الأول) وحق التصرف في الحصة (المطلب الثاني).

الفرع الأول: حق الشريك في الحصول على الربح

إن من أهم حقوق الشريك و أبرزها حقه في الحصول على نصيب من أرباح الشركة فالحق في إقتسام الأرباح التي تنشأ عن نشاط الشركة هو أحد الحقوق الأساسية الثابتة للشريك أيا كان نوع الشركة، سواء كانت شركة أشخاص أو شركة أموال أو كانت شركة تجارية أو شركة مدنية.

إن الهدف الذي تسعى إليه الشركة مهما كان نوعها هو تحقيق الأرباح الناتجة عن إستثمار أموالها و توزيعها على الشركاء، فالحصول على الربح هو الغاية الأساسية التي يهدف إليها كل شريك بإنتمائه إلى الشركة، خاصة في شركات الأموال التي تقتصر فيها نية الإشتراك على تقديم حصة و إنتظار توزيع الأرباح في آخر السنة المالية¹.

و يعد حق الشريك في الأرباح التي تحققها الشركة، ركنا أساسيا في وجود الشركة بل هو في حد ذاته سبب إبرام عقد الشركة، إنطلاقا من هذا يعد حق كل شريك أو مساهم في الحصول على نصيبه من الأرباح الشركة من بين الحقوق المالية التي لا يجوز بأي حال

¹ - أنظر، حلوش فاطمة امال، المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2001-2002،ص 13 .

من الأحوال نفيها أو إستبعادها بمقتضى بنود القانون الأساسي¹. و إذا كان جائزا الإشتراط في القانون الأساسي على إعتقاد توزيع معين، فإن المشرع الجزائري² على غرار المشرع الفرنسي³ حظر التوزيع وفقا لشروط معينة.

و إذا كان المبدأ في اقتسام الأرباح و توزيعها بين الشركاء ينص على المساواة المطلقة بين الشركاء، فإنه بات يندثر بتقرير أغلب التشريعات الحديثة التقليل من شدته وذلك بتقرير حق الشريك في الأرباح بحسب حصته في رأسمال، و الأكثر من ذلك ترك الحرية للشركاء على الإتفاق على تحديد نصيب كل شريك من الربح في القانون الأساسي.

أما عن طريقة توزيع الأرباح فمبدئيا القانون الأساسي للشركة هو الذي يحدد كيفية توزيع الأرباح على الشركاء، فلا يشترط أن توزع الأرباح بالتساوي على الشركاء أو أن يكون نصيب الشريك في الربح بنسبة حصته في رأس المال، فإذا تم إعتقاد طريقة محددة في القانون الأساسي وجب على الجمعية العامة العادية السنوية التقيد بها. أما إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح يكون نصيب كل شريك بنسبة حصته في رأس المال وهو ما يعرف بالتوزيع النسبي⁴، أن كيفية دفع الأرباح المصادق عليها من طرف الجمعية تحددها هذه الأخيرة وعند عدمها، مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة، حسب الأحوال⁵، ولكن عملية الدفع لا بد أن تتم في أجل أقصاه تسعة أشهر بعد إقفال السنة المالية، و يتم الدفع للمساهم إما نقدا أو في شكل دفعات مسبقة، تطبيقا لأحكام التشريع التجاري الجزائري. غير أن المشرع الفرنسي أضاف إمكانية دفع الأرباح بموجب أسهم تمنح للمساهم زيادة على الأسهم التي يشترك فيها في شركة المساهمة، حيث أجاز للمساهم أن

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية 2010 - 2011، ص 105 .

² - المادة 426 الفقرة 1 ق.م.ج. و المادة 725 الفقرة 1 ق.ت.ج .

³-Art. 1844- 1 al. 2 C. civ. fr. et art. L. 232- 15 al. 1 C. com. fr.

⁴ - المادة 425 الفقرتين 1 و 2 من ق.م.ج .

⁵ - المادة 724 الفقرة 1 من ق.ت.ج.

يختار بين طريقة الدفع النقدي أو الدفع بموجب أسهم، ولكنه أخضع هذه الحرية لبعض الشروط، منها ضرورة النص المسبق في القانون الأساسي على حرية إختيار طريقة الدفع وأن يتم هذا العرض لجميع المساهمين في وقت واحد، إضافة إلى أنه يتخذ قرار الإختيار من طرف الجمعية العامة العادية السنوية¹. إن من شأن هذه الطريقة زيادة عدد الأسهم ومن ثم زيادة رأس مال الشركة وتعزيز التدخل المالي للشريك فيها بتوفير بعض المدخرات النقدية في صندوق الشركة²، لذا يستحسن على المشرع الجزائري التدخل من أجل النص عليها كوسيلة لدفع الأرباح الناتجة عن نهاية السنة المالية.

أما عن موعد توزيع الأرباح بين الشركاء، فإنه من المفروض إنتظار موعد تصفية الشركة، بإعتبار أنه من غير الممكن معرفة ما إذا كانت الشركة قد حققت أرباحا أو تكبدت خسائر إلا خلال تلك المرحلة، غير أنه جرت العادة على تقسيم حياة الشركة إلى سنوات مالية، لتمكين الشركاء من الحصول على الأرباح المحققة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الإتفاق بموجب القانون الأساسي على أجل أخرى مخالفة، لكن دون أن يصل الأمر إلى إستبعاد مسألة توزيع الأرباح، بإعتبارها من النظام العام³.

و إذا كانت طريقة إقتسام الأرباح و الخسائر مرهونة بإتفاق الشركاء، أي أنها متروكة لإرادتهم ينظمونها كما يشاءون، فإن هذه الحرية مقيدة بعدم جواز إدراج بند في القانون الأساسي يقضي بإستبعاد الشريك من الحصول على نصيبه من الأرباح أوالمساهمة في خسائرها، أو إعفاء الشريك من الخسائر بمنحه فائدة معينة، أو إعطاءه فائدة إضافية عن الربح المحصل عليه، فيؤدي إلى بطلان عقد الشركة طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني⁴، و هو ما يعرف بشرط الأسد أو شرط الفائدة الثابتة.

¹ - Art. L. 232- 18 C. com. fr .

² - Ph. MERLE, op. cit, p. 324 .

³ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 113 .

⁴ - المادة 426 الفقرة 1 من ق.م.ج .

أولاً: شرط الأسد

وهو ذلك الشرط الذي يتم توظيفه في القانون الأساسي بهدف منح جميع الأرباح لأحد الشركاء دون غيره أو أن يحملونه كل الخسائر¹. وبعد هذا الشرط باطلا كونه يتنافى مع طبيعة عقد الشركة التي تقوم أساسا على المشاركة، علاوة على أن المساهمة في الأرباح والخسائر تعد ركنا موضوعيا خاصا يميز الشركة عن باقي العقود². وعليه يقع باطلا الشرط الذي يمنح أحد الشركاء جميع الأرباح القابلة للتوزيع دون الآخرين أو تقرير نصيب من الأرباح لأحد الشركاء يكون تافها أي غير جديا، غير أنه لا يعد من قبيل شروط الأسد الإتفاق على تخصيص جزء من الأرباح للأسهم الممتازة على أن يتم توزيع الباقي بين جميع المساهمين³، و لا يعتبر أيضا من قبيل شرط الأسد الإتفاق الذي يقضي بتوزيع الأرباح بنسب لا تتعادل مع نسب حصص الشركاء في رأسمال الشركة⁴. أو الإتفاق الذي يقضي بتوزيع الأرباح على أساس يختلف عن الأساس الذي إعتد في إقتسام الخسائر⁵، وكذلك الإتفاق الذي يعلق توزيع الربح على شرط واقف مثل تعليقه على تحقيق الشركة لحد أدنى من الأرباح⁶، أو الشرط الجزائي الذي يحرم الشريك من الأرباح في حالات معينة كارتكابه عملا ضارا بالشركة⁷.

حسم المشرع الجزائري الموقف ونص في المادة 426 من القانون المدني على بطلان شركة إذا ما تم إدراج هذا الشرط المحظور في قانونها الأساسي، لكن لا يطبق هذا الحكم على شركة المساهمة و المسؤولية المحدودة⁸، بمعنى أن وجود شرط الأسد في القانون

¹ - المواد 426 من ق.م.ج ، المادة 596 من ق.ت.ج

² - أنظر، حميدة نادية، حقوق المساهمين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق -هران-، السنة الجامعية

2006-2007، ص 30 .

³ - Ph. MERLE, op. cit, p. 56 .

⁴ - Trib. Aix19 Avril 1928, D, 1930, 2, 17 Note P.Pie.

⁵ - Trib. Montpellier 13 Nov 1930, Jour.Soc, 1932.

⁶ - Cass. Com 09 Juill 1885,D, 1886,2, 201.

⁷ - Trib. Pris18 Des 1956,Gaz.Pal, 1957,1, 63.

⁸ - المادة 733 الفقرة 1 من ق.ت.ج .

الأساسي للشركات التجارية الأخرى يؤدي إلى بطلانها¹، أما فيما يخص شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة يبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا، وهذا ما جعل المشرع يتخذ موقفا متناقضا لما إستثنى شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية محدودة من الخضوع لأحكام المادة 426 من القانون المدني و الذي قررت بطلان عقد الشركة إذا ما تم الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة أو خسائرها ومن ثم حسب نص المادة 733 من القانون التجاري إذا ورد شرط الأسد في القانون الأساسي لشركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا، وعليه كان لابد على المشرع أن يوحد نظام البطلان بين جميع الشركات إذا ما تم إدراج بنود من هذا القبيل في قوانينها الأساسية، و من هنا قضى المشرع الفرنسي على أن وضع مثل هذا الشرط في القانون الأساسي يعتبر كأن لم يكن²، ومن ثم، يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا³.

وفي هذا الصدد إعتبر القضاء الفرنسي⁴ أن شرط الأسد يتعلق بالإتفاقيات التي تهدف إلى إقتسام الأرباح والخسائر أما غيرها من الإتفاقيات حتى ولو كان فيها مساسا بالحقوق الأخرى للمساهمين لا تشكل شرط أسد كالوعد بشراء الأسهم وفق قيمة محددة لأن ذلك ليس من شأنه التأثير على عملية توزيع الأرباح والخسائر.

و يجب الإشارة في الأخير إلى أن شرط الأسد في منظور إستبعاد الشريك من المشاركة في أرباح الشركة، لا يقاس ببعض الأوضاع التي حددها المشرع الجزائري كالأسمم التي لم يسدد مبلغ الأقساط منها في الأجل المحددة، من المشاركة في الأرباح⁵ كعقوبة له عن عدم تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه عن الإكتتاب في رأس مال شركة المساهمة، مع ذلك يمكن إدراج مثل هذه العقوبة كبند إتفاقي بالنسبة لشركات التجارية الأخرى⁶.

¹ - المادة 426 الفقرة 1 من ق.ت.ج .

² - Art. 1844- 1 al. 2.C. civ. fr. et art. L. 235- 1 C. com. fr .

³ - Ph. MERLE, op. cit, p. 56.

⁴ - Com., 10 janvier 1989, Bull. Joly. soc. 1989, p. 257.

⁵ - المادة 715 مكرر 49 الفقرة 2 من ق.ت.ج .

⁶ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص109 .

ثانيا: شرط الفائدة الثابتة

أما بند الفائدة الثابتة ، يقضي النص القانوني بأنه يحظر إشتراط فائدة ثابتة أو إضافية لصالح الشركاء ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن، إذ يلاحظ أن النص العربي أدرج عبارة " فائدة ثابته" لكن التعبير الأصح هو الثابت باللغة الفرنسية *intérêt fixe ou intercalaire au intercalaire*. ويقصد بهذا الشرط الإتفاق الذي يدرج في القانون الأساسي على إعفاء الشريك من الخسائر بمنحه فائدة معينة، أو يسمح بإعطاء الشريك فائدة إضافية عن الربح المحصل عليه¹. ويعد هذا الشرط باطلا كونه يؤدي إلى المساس بالضمان العام لدائني الشركة و بمبدأ ثبات رأس المال، بإعتبار أنه لا يمكن منح فائدة إلا إذا حققت الشركة أرباحا، زيادة على ضرورة القيام بالإقتطاعات الضرورية. بيد أن الفائدة لا تعد ربحا، فهي مجرد مبلغ من النقود².

غير أن المشرع الجزائري وضع إستثناء في الشركات التي تقسم رأس مالها إلى أسهم فإدراج هذا الشرط في قانونها الأساسي يعد صحيحا إذا منحت الدولة للأسهم ضمان ربح أدنى³، وذلك قصد تشجيع الجمهور على الإكتتاب في رأس المال للإلنضمام إلى هذا النوع من الشركات، إن تدخل الدولة في مثل هذه الوضعية، يكون بموجب إتفاق مبرم مع الشركة المعنية من أجل تحفيز جمهور المدخرين على اكتتاب أسهمها عند التأسيس، وهو يخص الشركات التي تستدعي طبيعة نشاطها إنتظار فترة معينة منذ تأسيسها من أجل البدء في توزيع الأرباح⁴.

¹ - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 30.

² - Ph . MERLE, op. cit, p. 321

³ - المادة 725 الفقرة 2 من ق.ت.ج .

⁴ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 113.

الفرع الثاني: حق الشريك في التصرف في حصصه

تعد حصص الشركة بما فيها حصص الشركاء في شركات الأشخاص، والأسهم في شركات الأموال أموالاً منقولة، و بهذا المفهوم، المال المنقول ترد عليه العديد من العمليات القانونية كالإحالة أو التنازل عنه وذلك بالطرق التجارية. إن هذه العمليات تشكل بدورها حقوقاً للشركاء لا يجوز حرمانهم منها بموجب نص في القانون الأساسي، فإن كان للشريك حقاً بأن يبقى في الشركة ففي المقابل له الحق في الخروج منها بكل حرية¹. فملكية الحصص تجيز لصاحبها حق الإنتفاع بها و التصرف فيها حسب ما يسمح به القانون، إلا أنه بغرض تكريس الإعتبار الشخصي و حفاظ عليه فإنه يوجد إختلاف في قابلية الحصص لتداول بين شركات الأشخاص و شركات الأموال، فحصول الشركاء بالنسبة للأولى تتميز بعدم قابليتها لتداول بكل حرية لأن هذه الحصص لا تأخذ شكل سندات قابلة لتداول، وهذه القاعدة تمتد أيضاً إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة وإن كانت تحسب ضمن طائفة شركات الأموال، و هذا عكس الأسهم التي تصدرها شركات الأموال والتي تكون بطبيعتها قابلة لتداول مبدئياً بكل حرية بموجب القانون². وهذا ما سيتم تفصيله في مايلي:

أولاً: التنازل عن الحصص في شركات الأشخاص

إن شركات الأشخاص تقوم على الإعتبار الشخصي و الثقة المتبادلة بين الشركاء ف شخصية الشريك لها دور رئيسي في قيامها وإستمرارها وإنقضائها. فهي لا تنشأ إلا بعدد قليل من الأشخاص يعرف بعضهم بعضاً و يثق كل منهم في الآخر. ودعماً لهذه الثقة لا يجوز كأصل عام التنازل عن الحصص للغير إلا وفق شروط معينة. منها ما هو شكلي والآخر موضوعي، فالبنسبة لشروط الشكلية ففي شركة التضامن تثبت عملية إحالة

¹ - أنظر، أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 499.

² - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 188 .

الحصص بموجب عقد رسمي¹، و نفس الحكم يطبق على شركة التوصية البسيطة²، وفيما يخص الشروط الموضوعية فتنتمثل في موافقة الشركاء على عملية التنازل.

بما أن شخصية الشريك لها أهمية كبيرة في هذا النوع من الشركات، ومسؤوليته تكون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة، فإن هذا هو جوهر حماية الغير في تعاملاته مع الشركة³، ومن ثم أوجد المشرع الجزائري و نظيره الفرنسي قاعدة إجماع الشركاء بخصوص التصرف في حصص هؤلاء الشركاء⁴.

1- شرط إجماع الشركاء

إن شركة التضامن تقوم على الإعتبار الشخصي لشركاء، وإن هذه الصفة تمس طبيعة الشركة و مصلحة الشركاء على حد سواء، كونهم إرتضوا من البداية الإلتزام مع الشركة على هذا الإعتبار، و بالتالي لا يمكن لأي شريك أن يتنازل عن حصته لشخص من خارج الشركة دون موافقة جميع الشركاء⁵.

إجماع الشركاء لإحالة الحصص في شركة التضامن، يقتضي إجتماع الشركاء في إطار جمعية الشركاء، خاصة إذا طلب أحد الشركاء عقد إجتماع، بحيث تدرج عملية الإحالة أو التنازل عن حصص الشركة ضمن جدول الأعمال، و يجوز الإستعانة بوسائل الإتصال الحديثة من أجل الاجتماع عن بعد، لكن لا بد من الإتفاق على إمكانية الاجتماع وفق هذه الطريقة بموجب بنود القانون الأساسي، و يمكن أيضا تقرير إحالة حصص الشركاء عن

1 - المادة 561 من ق.ت.ج .

2 - المادة 563 مكرر من ق.ت.ج .

3 - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع نفسه، ص 189.

4 - المادة 560 الفقرة 1 من ق.ت.ج.

- Art.L.221-13al .IC.com.fr

5 - أنظر، اكرم محمد حسين، اثر انعدام الاهلية على الشركة التضامنية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد،

العدد الثاني، 1997، ص 101 .

طريق الإستشارة الكتابية للحصول على موافقة الشركاء، وهذا طبع إذا كانت منصوص عليها في القانون الأساسي¹.

و إن قاعدة الإجماع في حد ذاتها، تعني موافقة جميع الشركاء بإستثناء الشريك المتضامن المعني بعملية الإحالة، و هذا مراعاة لقاعدة إلتزام الشريك بتفادي وضعية تنازع المصالح، و إن كان في هذه الحالة تكون هذه الأخيرة مستبعدة، لأن قبول الشريك المحيل بالعملية لا يغني عن قبول بقية الشركاء، و بالتالي فإن مشاركته في قرار الموافقة لن يشكل أي مساس بمصلحة الشركة. و لا يجوز الإتفاق على حد من الإجماع، حتى بوضع أغلبية مشددة بغرض إحالة حصص الشركاء، ذلك لأن قاعدة الإجماع هي التي تكرر الإعتبار الشخصي للشركاء في هذا نوع من الشركات، و هي مرتبطة بشكل مباشر بضمان إستقرار أو بقاء الشركاء في الشركة، و من ثم الغرض منها هو حماية الإئتمان التجاري، والمجسد في المسؤولية التضامنية و الغير محدودة لشركاء².

أما فيما يتعلق بإنتقال الحصص إلى ورثة الشريك فإنه يجوز الإتفاق على مخالفة قاعد الإجماع لأنها ليست من النظام العام، فحصة الشريك إذا كانت غير قابلة للتنازل عنها للغير أي للأجنبي عن الشركة إلا بموافقة جميع الشركاء، أن المشرع أجاز التنازل عن الحصة في شركة التضامن وأفسح المجال للشركاء كي يتضمن العقد التأسيسي للشركة إنتقال حصة الشريك إلى الورثة في حالة وفاته إذا رغب الشركاء بالإستمرار في الشركة وهذا ما يسمى بشرط الإستمرار، و يجوز أيضا لشركاء أن يضمنو شرط آخر ألا وهو شرط الإختيار، و الذي يسمح لشركاء أن يختارو أحد الحلول المتمثلة في إما حل الشركة أو تصفيتها، أو بقاء الشركة دون ورثة الشريك المتوفي، أو إستمرارها مع الورثة وإذا لم يقم الشركاء بالإختيار في مدة معينة تحدد في القانون الأساسي، فإن الشركة تستمر بين بقية

¹ - Y. GUYON, Les Sociétés commerciales, aménagements statutaires et conventions entre associés, statutaires et conventions entre associé, op cit, p.159.

² - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 191.

الشركاء، أو تحل نهائياً حسب ما هو مقرر قانوناً¹، وهذا يعد تكريساً للإعتبار الشخصي بمقتضى بنود القانون الأساسي. ولعل المشرع أراد أن يحافظ على هذه البنية الاقتصادية حتى لا تزول بمجرد وفاة أحد الشركاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ أن المشرع راعى حماية الورثة القصر وجعل مسؤوليتهم في الشركة مسؤولية محدودة تقدر بحصة مورثهم²، وهذا يعني أنه سوف يصبح شريكاً متضامناً مسؤولاً بغير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة عند بلوغه سن الرشد، على عكس ما أخذ به المشرع الفرنسي الذي فرض تحول الشركة في مثل هذه الحالة إلى شركة توصية بسيطة أو حلها في أجل سنة من تاريخ وفاة الشريك المتضامن³، كما أجاز القانون أن ينص الشركاء في القانون الأساسي للشركة على إستمرارها في حالة إفلاس أحد الشركاء أو فقدانه للأهلية وفي هذه الحالة يتم تعيين حقوق الشريك وتقرير قيمتها في يوم إتخاذ قرار عزله من الشركة ويقدر القيمة خبير معتمد يعينه الأطراف أو محكمة التي تقع في دائرة إختصاصها مقر الشركة في حالة إختلاف الأطراف في تعيين الخبير وكل شرط أو إجراء يخالف ذلك لا يحتج به في مواجهة دائني الشركة⁴، و يجب الإشارة أيضاً أن التنازل عن الحصة لا يسري في مواجهة الغير إلا بعد إتخاذ إجراء الشهر التي تفيد هذا التنازل.

2- الإستثناءات الإتفاقية الواردة على قاعدة إجماع الشركاء

إن قاعدة عدم جواز إنتقال حصة الشريك المتضامن ليست من النظام العام، وعليه فيمكن للشركاء أن يضمنوا القانون الأساسي لشركة، آلية لإنتقال حصة الشريك ضمن ظوابط وشروط محددة، و لكن ليس لهم أن يضمنوا القانون الأساسي ما يفيد إنتقال حصة الشريك دون قيود، كأن يشترطوا موافقة الأغلبية بدل الاجماع⁵، و هذا مأخذ به المشرع الجزائري¹.

¹ - المادة 562 ق.ت.ج .

² - المادة 562 الفقرة 2 ق.ت.ج .

³ - Art. L. 221- 15 6..al. C .com. fr .

⁴ - المادة 559 من ق.ت.ج .

⁵ - أنظر، أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص 107 .

في حين هناك من يرى إمكانية النص في عقد الشركة على حق الشريك في التنازل عن حصته إلى الغير، بتوفر أغلبية معينة بدلا من الإجماع، مادام الشركاء قد إرتضوا هذا العقد، إذ لا بد من التخفيف من التشدد في إنتقال حصة الشريك و إذا أمكن القول أن هذه الشركة تقوم على الإعتبار الشخصي و الثقة المتبادلة، فإن ما تقدم يمكن أن يتوافر في شخص آخر غير الشريك الذي يريد التنازل عن حصته².

إن الفقه حاول إيجاد حل معين لتخفيف من التشدد في إنتقال حصة الشريك المتضامن، عن طريق ما يسمى بعقد الرديف و الذي بموجبه يتنازل الشريك عن حصته إلى الغير، و هذا الإتفاق لا يؤدي إلى خروج الشريك من الشركة و إنما يبقى مسؤولا من غير التحديد و بالتضامن عن ديون الشركة مع بقية الشركاء، و كذلك إن هذا الغير لا يتحمل أي مسؤولية عن ديون الشركة، بل يعد دائن شخصي لشريك المتنازل عن حصته في الشركة³. و القضاء الفرنسي أقر بصحة هذا الإتفاق، بشرط أن يحافظ الشريك الذي يود التنازل عن حصته على جميع حقوقه في الشركة، إذ لا يمكن أن يتنازل الشريك المتضامن عن حقه في تسيير أو مراقبة الشركة لفائدة الشخص المتنازل إليه و الذي يعد أجنبيا عن الشركة⁴.

فإن الشريك في هذه الحالة ، و بما أن هذا الإتفاق خارج عن القانون الأساسي فهو لا يتنازل عن حقه كشريك، و إنما يتنازل عن الإمتيازات المالية التي يجلبها هذا الحق وليس لشركة أي علاقة بشخص المتنازل إليه، فإن هذا الإتفاق المبرم لا يلزمها بأي حال من الأحوال، و يبقى الشريك المتضامن مسؤولا تجاه الشركة من غير تحديد وبالتضامن⁵.

إضافة إلى ما سبق يمكن لشركاء أن يتفقوا في إطار القانون الأساسي، بوضع بند التنازل عن حصص، فإنه يجوز حسب رأي الفقه الفرنسي إدراج بند في القانون الأساسي

1 - المادة 560 من ق.ت.ج.

2 - أنظر، أكرم محمد حسين، المرجع نفسه، ص 108 .

3 - Y. GUYON, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, Economica, T. 1, 6^{ème} éd, 1990., p.254 .

4 - Com., 15 décembre 1998, Bull. Joly. soc.avril 1999, p. 497.

5 - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 195 .

يجوز للشريك التنازل عن حصصه في الشركة لفائدة شخص محدد مسبقاً، وهذا ما اعتبره الفقه إشتراط لمصلحة الغير، لأنه لا يعد خروجاً على قاعدة الإجماع فهو تنازل مسبق يحتاج إلى موافقة كل الشركاء على إبرام عقد الشركة أو تعديل قانونها الأساسي بخصوص عملية التنازل عن حصص الشركاء¹، و تجب الإشارة أن مثل هذا البند يجب إجازته بتحفظ لكي لا تصبح حصص الشركاء قابلة لتنازل عنها بكل حرية، لأن هذا الشرط يكون ملزماً لشركة و قابلاً للإحتجاج به في مواجهة الشركة².

ثانياً: التنازل عن الحصص في شركة الأموال

إن قابلية السهم للتداول، ميزة تميز شركة المساهمة عن شركات الأشخاص ففي هذه الأخيرة لا يمكن أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا بموافقة بقية الشركاء³. كما أن هذه الخاصية تميزها عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي يقسم رأسمالها إلى حصص إسمية قابلة للإنتقال أو الإحالة وفقاً لقواعد خاصة⁴. وطالما أن شركة المساهمة لا تقوم على الإعتبار الشخصي، فإنه يحق للمساهم أن يتخلى أو يتصرف في أسهمه لآخر دون أن تتأثر بذلك الشركة، حيث يظل رأس المال ثابتاً، ومن ثم، يبقى الضمان العام للدائنين دون تغيير⁵.

وتعتبر قابلية السهم للتداول من النظام العام، فلا يجوز إلغائها بموجب نص في القانون الأساسي، وإلا فقدت شركة المساهمة طبيعتها⁶، إلا أن القانون أجاز وضع بعض القيود الإتفاقية على هذا المبدأ تستمد من القانون الأساسي للشركة أو من إتفاقيات جانبية

¹ - G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J, T. 1, 1997, p 133

² - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع نفسه، ص 196 .

³ - المواد 560 و 561 ق.ت.ج، المادة 563 مكرر 7 ق.ت.ج .

⁴ - المواد من 569 إلى 571 ق.ت.ج.

⁵ - أنظر، جميل وفاء محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية، لبنان، 1988، ص 174 .

⁶ - أنظر، إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء 2، الشركات التجارية، منشورات البحر المتوسط وعودات، الطبعة الأولى، بيروت، 1982، ص 235 .

بين المساهمين في سبيل المصلحة العامة للشركة، و يكون الهدف منها الإحتفاظ بالطابع العائلي بين الشركاء ولمنع دخول أشخاص غير مرغوب فيهم أو لا يحظون بثقتهم¹، كما تهدف إلى عدم دخول أشخاص أجنب قد تكون لهم مصالح مشابهة لمصالح هذه الشركة وأوتحريم التنازل إلى أشخاص لا تتوافر فيهم صفات محددة أو منع دخول أشخاص ذوي إتجاه معين. إلا أن هذه القيود الإتفاقية لا تطبق إلا على الأسهم الإسمية و هذا لإستحالة إخضاع الأسهم لحاملها لمراقبة أو قيد، و لا ينبغي أيضا لهذه البنود أن تصل إلى حد حرمان المساهم من التصرف بأسهمه بحيث يبقى أسيرا لسهمه مدى الحياة، وبذلك تتشابه حصة الشريك في هذه الشركة مع حصة الشريك في شركات الأشخاص فلا يجوز من ثم إيراد نص في القانون الأساسي الشركة أو بموجب إتفاقية خاصة بين المساهمين يمنع تداول السهم أصلا، أو إعطاء مجلس الإدارة سلطة رفض التنازل عن السهم بدون إبداء الأسباب ودون شراء السهم أو تقديم مشتري آخر، إذ يؤدي هذا الشرط إلى منع تداول السهم بطريقة غير مباشرة. ومن أهمها شرط الموافقة و شرط الشفعة.

ويتمثل شرط الموافقة في، موافقة الهيئات المؤهلة قانونا لدخول أشخاص آخرين الشركة، و أما شرط الشفعة أو ما يعرف "بحق الأفضلية" فهو يهدف إلى تمكين المساهمين بالتمتع بحق الأفضلية لشراء الأسهم المتنازل عنها لغير المساهمين، إن مثل هذه الشروط من شأنها إدخال نوع من الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة كما أنها تؤدي إلى تدعيم الحرية التعاقدية من أجل إقتصاد حر داخل هذه الشركة².

1- شرط الموافقة

يدخل الشريك إلى الشركة بكل حرية و هو حر في البقاء فيها فالمشرع لا يسمح بإقصائه إلا في حالات دقيقة جدا، غير أنه ليس حرا دائما في الخروج منها رغم أن حقوقه المالية قابلة للإنتقال و هذا إن لم يجد مشتريا لأسهمه، فالشركة ليست ملزمة بتعويض قيمة

¹ - Ph. MERLE, op. cit, p. 342

² - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 91 .

أسهمه إليه إلا في شركات معينة كشركات الأموال ذات رأسمال المتغير وحتى وإن وجد مشتريا لأسهمه فإن الشركة ليست مجبرة على قبوله، فالإحالة قد تخضع للموافقة على المحال إليه و ذلك بموجب شرط الموافقة، و يقصد به ذلك البند التأسيسي الذي يخضع إحالة الأسهم أو إنتقالها أو إنتقال الحقوق المرتبطة بالسهم للموافقة المسبقة لشركة¹.

فإن شرط الموافقة يهدف إلى إخضاع عملية تداول الأسهم إلى موافقة الشركة أو أحد أو بعض المساهمين فيها، لكي يعتبر التداول صحيحا، و قد عرف الفقه شرط الموافقة بأنه عقد يعطى بموجبه مجلس الإدارة أو الجمعية العامة حق الموافقة على الشخص المتنازل له².

وعليه يكون الهدف الرئيسي من شرط الموافقة هو مراقبة دخول المساهمين الجدد وحماية الشركة و تأمين مصلحتها، فبموجب هذا الشرط يمكن مثلا تحصين الشركة من أن يدخلها من يريد العبث بمصلحتها كما لو كان منافسا لها، بصفة عامة إبعاد الأشخاص الغير مرغوب فيهم عن الشركة، إضافة إلى ذلك فمن مبررات هذا الشرط إقامة التوازن في شركة المساهمة، فمن جهة يحق للمساهم الخروج من الشركة في أي وقت يشاء، ومن جهة أخرى يمكن للشركة أن تقرر الإحتفاظ بطابعها المغلق لذا إعتبره الفقه الفرنسي وسيلة للدفاع ضد العرض العلني للشراء³. ويرى بعض الفقه أن هذا الشرط غالبا ما يدرج في الشركات ذات الطابع العائلي أو ذات الطابع الوطني بحيث تحفظ هذه البنود الصفة العائلية أو الوطنية عبر تحريم التنازل عن أي سهم إلى أجنبي.

هذا وينبغي ألا يقع تعسف لدى إستعمال هذا الشرط من قبل الشركة أو بعض المساهمين، وكل بند فيالقانون الأساسي يقر للشركة بالحق المطلق في الرفض يكون باطلا لأنه يحرم المساهم من حقه الأساسي في تداول الأسهم ويزيل بالتالي عن هذا السهم خاصية

¹ - أنظر، بلعربي خديجة، المميزات القانونية لسهم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق -وهران-، السنة الجامعية 2013-2014، ص 52 .

² - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 48 .

³ - Ph. MERLE, op. cit, p. 343 .

جوهرية - أي قابليته للتداول- ويفضي بالنتيجة إلى تغيير طبيعة الشركة من شركة أموال إلى أشخاص ، لذلك يتوجب على الجهة المنوط بها الموافقة إبداء الأسباب المبررة للرفض أي أن يكون الرفض نابعا من ظروف تحمي مصلحة الشركة و إلا كان غير مشروع وهذا ما إستقر عليه غالبية.

و قد نصت المادة نص المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري على الشروط الواجب توافرها لصحة شرط الموافقة، و أن هذه الأحكام القانونية هي نفسها نص عليها في المشرع الفرنسي، إذ لا يمكن تطبيق شرط الموافقة إلا إذا توافرت شروط معينة وهي:

1- ضرورة النص على هذا الشرط في القانون الأساسي، فلا يمكن العمل به إلا إذا تم النص عليه صراحة في القانون الأساسي للشركة أثناء تأسيسها، حتى يكون جميع المساهمين على علم به، لأن هدف المشرع من إلزام المساهمين بضرورة إدراج شرط الموافقة في القانون الأساسي لشركة هو جعلها حجة على الجميع و إلا إعتبرت باطلة. كما يجب أن يكون محل شهر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية¹، وإن كان المشرع الفرنسي أضاف ضرورة إيداع هذا الشرط لدى كتابة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها مقر الشركة²، لكن الإشكال الذي يثور بخصوص هذه النقطة هو هل يجوز للجمعية العامة غير العادية إتخاذ القرار المتعلق بشرط الموافقة أثناء حياة الشركة ؟

إن القانون التجاري الجزائري على غرار الفرنسي خالي من مثل هذه الأحكام على خلاف التشريع المصري الذي نص صراحة على أنه: " لا يجوز إدراج هذه القواعد في نظام

¹ - المادة 10 الشطر 6 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر. 24 ديسمبر 1995، ع. 80، ص 3. " يحتوي الإعلان المنصوص عليه في المادة 9 الفقرة 3 أعلاه على البيانات التالية : 6- الشروط الموجودة في القانون الأساسي التي تقيد التنازل الحر عن الأسهم، عند الإقتضاء " .

² - Arts. 285 et 287 du décr. n° 67-236 du 23 mars 1967, décret d'application de loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, in Code de commerce français, Dalloz, éd. 2002, p. 2143.

الشركة بعد تأسيسها ما لم يتضمن النظام الذي وافق عليه المؤسسون النص على حق الجمعية غير العادية في إدخال القيود التي تراها على تداول الأسهم¹.

غير أن هذا لا يمنع من الرجوع إلى الأراء الفقهية التي طرحت في هذا المجال حيث إعتبر الفقه أن الجمعية العامة غير العادية بإمكانها إتخاذ مثل هذا القرار أثناء حياة الشركة بإعتبارها الهيئة الوحيدة المؤهلة لتعديل القانون الأساسي، ولها أن تضع ما تراه مناسباً من قيود على تداول الأسهم في أي وقت². في حين ذهب البعض الآخر إلى رفض منح الجمعية العامة غير العادية هذه الصلاحية كونها تشكل مساساً بالحقوق الفردية المحددة في القانون الأساسي³.

أما بالنسبة للفقه المصري، فقد رأى تيار فقهي منه عدم قانونية النص المذكور أعلاه في جزئه الأخير ذلك أنه من المقرر قانوناً أن حق الجمعية العامة غير العادية في تعديل القانون الأساسي الأساسي، ومن ثم، لها أن تضع قيوداً على تداول الأسهم دون الحاجة إلى إقرار هذا الحق لها مسبقاً⁴. في حين أقر التيار الآخر، عدم جوازية إضافة شرط الموافقة بقرار من الجمعية العامة غير العادية، لأن ذلك من شأنه أن يزيد من إلتزامات المساهمين وهذا ما يفوق صلاحيات الجمعية العامة غير العادية.

غير أن الفقه الراجح ذهب إلى إمكانية إضافة هذه البنود أثناء حياة الشركة كونها لا تشكل زيادة أعباء المساهمين أو حرمانهم مطلقاً من تداول الأسهم. لا بل إن الإلتفاقيات المتعلقة بالموافقة أصبحت تتم بين بعض المساهمين خارج إطار القانون الأساسي للشركة التي تعتبر ترجمة للإعتبار الشخصي بحيث تهدف إلى غرلة دخول مساهمين جدد إلى الشركة أو مراقبة تداول الأسهم بين المساهمين، بإخضاع التنازل عن الأسهم إلى موافقة الموقعين المسبقة. تجد هذه الإلتفاقيات أساسها سواء، في مبدأ الحرية التعاقدية

¹ - المادة 139 ق. شركات مصري .

² - Ph. MERLE, op. cit, p321.

³ - G. RIPERT, op. cit, p. 227

⁴ - أنظر، سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، الجزء 2، شركات الأموال، دار النهضة العربية، 1994، ص 302.

كما أن القضاء الفرنسي بدوره لم يتخذ موقفا حاسما، فقد إعتبر في بعض أحكامه أنه لا يحق للجمعية العامة غير العادية إتخاذ مثل هذه القيود لأنها تزيد من إلتزامات المساهمين¹، وأقر لها ذلك في أحكام أخرى كونه يحقق فائدة للشركة بمنع أشخاص غير مرغوب فيهم من الإنضمام إليها².

- تطبيق شرط الموافقة على الأسهم الإسمية، اذ لا يمكن تطبيق شرط الموافقة إلا إذا إكتسبت الأسهم الشكل الإسمي سواء بموجب القانون أو القانون الأساسي وقد أضاف المشرع الجزائري هذا الشرط بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 السالف الذكر³ ولا شك في أن الهدف المرجو منه هو تمكين المساهم من مراقبة عملية التداول⁴، و تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري فرض الشكل الإسمي إضافة إلى الأسهم الخاضعة لشرط الموافقة على الأسهم النقدية إلى أن تسدد كاملة⁵. وبالرغم من عدم وجود أحكام قانونية صريحة توجب الشكل الإسمي على أسهم الضمان وأسهم مديري الشركة المسعرة في بورصة القيم المنقولة، إلا أنها تعتبر نتيجة منطقية لتمكين المساهم من ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة والأعمال التي يقوم بها مجلس المراقبة، ولتمكين لجنة البورصة من مراقبة إنتظام عمليات البورصة المحققة من قبل الهيئة الإدارية⁶، ومع ذلك، فإن القانون سمح فرض الشكل الإسمي على القيم المنقولة بصفة عامة والأسهم بصفة خاصة ضمن أحكام القانون الأساسي للشركة⁷.

¹ - Civ., 9 février 1937, D. 1937, p. 37.

² - Com., 22 octobre 1956, J.C.P. éd. G. 1956, II, p. 9678.

³ - المادة 715 مكرر 55 من ق.ت.ج.

⁴ - المادة 715 مكرر 52 من ق.ت.ج .

⁵ - المادة 715 مكرر 50 من ق.ت.ج .

⁶ - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 93 .

⁷ - المواد 715 مكرر 34 الفقرة 2 و 715 مكرر 51 الفقرة 2 من ق.ت.ج .

وهذا بخلاف المشرع الفرنسي، الذي فرض الشكل الإسمي على كل الأسهم التي تصدرها شركة المساهمة غير المسعرة في بورصة القيم المنقولة¹. وهذا ما جعل الفقه الفرنسي يعتبر أن شرط الموافقة في طريقه إلى الزوال بالنسبة للشركات المسعرة في البورصة بإعتبارها هي الوحيدة التي يمكنها أن تصدر أسهما لحاملها² في حين لا يمكن تطبيق شرط الموافقة إلا على الأسهم الإسمية .

و التساؤل الذي يطرح بخصوص هذه المسألة هو هل الأسهم التي تكتسي الشكل الإسمي الإجباري سواء بنص قانوني أو تأسيسي هي وحدها التي يمكن أن تخضع إحالتها إلى شرط الموافقة، أما الأسهم الإسمية التي إختار أصحابها الشكل الإسمي بمحض إرادتهم لا يمكن إخضاعها لمثل هذا الشرط؟، طالما أن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري على أنه لا يمكن النص على هذا الشرط إلا إذا إكتست هذه الأسهم بصفة إستثنائية الشكل الإسمي بموجب القانون أو القانون الأساسي ويجب التساؤل أيضا حول ما إذا كان شرط الموافقة يطبق بالضرورة على الأسهم التي تحمل الشكل الإسمي الإجباري أو يمكن للقوانين الأساسية أن تخضع إحالة بعض فئات الأسهم للموافقة دون غيرها؟.

لقد أجاب الفقه على هذه المسألة حيث إعتبر أن مبدأ المساواة بين المساهمين ليس من النظام العام و من ثم يمكن تخصيص شرط الموافقة لفئة معينة فقط من الأسهم وتسمى بأسهم الأفضلية³، كأسهم المستثمرين و التي لا يطبق بشأنها شرط الموافقة وذلك لمنحهم الحرية لبيع أسهمهم بثمن السوق، و ليس بالثمن الذي يحدده الخبير في حالة تطبيق شرط الموافقة و الذي يكون في الغالب زهيدا⁴.

¹ - Ph. MERLE, op. cit, p. 306.

² - Ph. JANIN, Droit des affaires, éd. Francis Lefebvre. 2002, p. 922.

³ - Y. GUYON, Droit des affaires, op.cit, p.799 .

⁴ - أنظر، بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص 57 .

2- إستبعاد حالة الإرث أو الإحالة بين الأصول أو الفروع أو لأحد الزوجين يستبعد من نطاق تطبيق شرط الموافقة كل من حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج وأصل أو فرع¹. وهي حالات مذكورة على سبيل الحصر، وكنتيجة لذلك يخضع تداول الأسهم بين أفراد العائلة لمبدأ الحرية مهما كانت طريقة النقل². كذلك التنازل الحاصل في حال تصفية الأموال المشتركة سواء بالنسبة إلى الزوج أم الزوجة أم الموصى لهم الذين لهم حق الوارث. وقد ثار جدل فقهي حول إمكانية تطبيق شرط الموافقة على التداول بين المساهمين وفي هذا الصدد تعتبر عبارة "الغير" الواردة في الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 55 تدل على كل شخص لا تربطه علاقة بالشركة³، وهذا ما أكدته ن القضاء الفرنسي وأكد أن عبارة "الغير" تعني "الأشخاص الأجانب عن الشركة"⁴. ويجد هذا الرأي مبرره الرئيسي لدى إتجاه الرأي الغالب أن الشركة قد تتعرض لأشد الخطر من دخول شركاء جدد يهدفون إلى تعكير الجو داخل الشركة، وتعويق عملها لمصلحة شركات أو مجموعات أخرى منافسة. فبإنتفاء هذه الأخطار المحدقة بمصلحة الشركة في التفرغ الحاصل بين الشركاء، يرفع كل قيد على حرية التنازل عن الأسهم، وتفقد الموافقة المسبقة هدفها.

وعليه، فإن التصرف في الأسهم بين المساهمين يبقى حراً ولا يمثل إضراراً بالشركة كونها وافقت مسبقاً على الشخص المساهم المتنازل إليه كشريك، وأما الهدف من إدراج الشروط المقيدة للتداول هو منع أشخاص غير مرغوب فيهم من الإنضمام إليها⁵. وتأسيساً على ما تقدم إعتبر الفقه الفرنسي أن منع إدراج شرط الموافقة بين المساهمين في شركة المساهمة يعتبر من النظام العام⁶ وقد أيده في ذلك القضاء الفرنسي لاحقاً⁷. تجدر الإشارة

¹ - المادة 715 مكرر 55 الفقرة 1 من ق.ت.ج .

² - M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, op. cit, p. 316.

³ - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - Com, 10 mars 1976, Rev. Soc. 1976, p. 332.

⁵ - Ph. MERLE, op. Cit, p. 345.

⁶ - Y. GUYON, Droit des affaires, op.cit, p.795

⁷ - Cass. Com, 10 mars 1976, Rev. Soc, 1976, p. 455, note. Bousqu.

إلى أن إجازة التنازل الحاصل بين المساهمين ليس من أجل مراقبة دخول مساهمين جدد إلى الشركة، بل بقصد مراقبة إعادة تقسيم رأس المال بين المساهمين الموجودين.

و لقد طرحت أمام القضاء أيضا إشكالية أخرى تتمثل في مدى إمكانية تطبيق شرط الموافقة في حالة الاندماج، بحيث أقر هذا الأخير إمكانية ذلك بشرط أن ينص على ذلك صراحة في القانون الأساسي لشركة المصدر، و ذلك للسماح لها باستبعاد الشركة المدمجة إذا بدت لها أنها غير مرغوب فيها، غير أن هذا الحل أثار جدلا كبيرا، إذ يرى بعض الفقهاء أن الاندماج لا يكون إحالة بل نقلا لذمة المالية و من ثم لا يدخل ضمن نطاق تطبيق شرط الموافقة¹، في حين يرى البعض الآخر إمكانية ذلك طالما أن المشرع لم يستثن عمليات الاندماج و الانفصال من تطبيق شرط الموافقة، فلا شيء يمنع من تطبيق شرط الموافقة عليها².

و تجب الإشارة أيضا إلى أن شرط الموافقة لا يمكن أن يدرج في القانون الأساسي لشركة التي تلجأ للإدخار العلني، لأن الأمر فيه تناقض، فلا يمكن للشركة التي ترغب في جلب مكتتبين جدد أن تقوم في نفس الوقت بمراقبة تحركات الأسهم، كما يجب فسخ شرط الموافقة في الشركات التي تطلب قبول أسهمها في بورصة القيم المنقولة، و لا يوجد ضمن أحكام القانون التجاري أي نص يبين ذلك غير أن النصوص التنظيمية التي تحكم سير الأسواق المالية تمنع من أن تكون الأسهم المسعرة خاضعة لمثل هذا الشرط³.

هذا وقد إشتراط الفقه والإجتهد القضائي الفرنسي لصحتها توافر شرطين هما:

1 - يجب أن تمنح هذه الإتفاقية للمساهمين إمكانية التنازل عن أسهمهم في حال تم رفض المتنازل إليه، في هذه الحالة، فإن الموقعين على الاتفاقية ملزمون بشراء الأسهم وإلا يصبح المساهم حرا في التنازل عن أسهمه، ومن المعلوم أن قرار القبول أو الرفض يجب أن يصدر في مهلة معقولة.

¹ - Y. GUYON, Droit des affaires, op.cit, p.797 .

² - B. MERCADAL et Ph. JANIN, op.cit., p. 883.

³ - أنظر، بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص 54 .

2- هو مطابقة البند لمصلحة أكيدة ومشروعة، والتي يمكن أن تكون مصلحة الشركة أو بعض المساهمين¹.

وقد ألزم التشريع الفرنسي²، المساهم الذي يرغب في التصرف في أسهمه أن يقدم طلباً بذلك إلى الشركة للحصول على موافقتها، مع بيان أسماء الأشخاص المراد التنازل إليهم وعناوينهم، وعدد الأسهم المراد بيعها والتمن المعروض. ويجب ثبوت الموافقة بإبلاغ صريح أو بعدم جواب الشركة مدة ثلاثة أشهر منذ تقديم الطلب. وفي حال عدم الموافقة يترتب على مجلس الإدارة في مهلة ثلاثة أشهر تقديم مشتر آخر من المساهمين أو غيرهم أو شراء الأسهم لحساب الشركة على أساس تخفيض رأس مالها بموافقة المتنازل³، وفي حال عدم حصول الشراء في المهلة المتقدمة تعتبر الموافقة ممنوحة⁴. وفي حال بيع المساهم أسهمه في البورصة دون طلب موافقة الشركة، فعلى هذه أن تستعمل حقها في الموافقة أو الرفض في المدة المحددة في القانون الأساسي الشركة على ألا تتجاوز ثلاثين يوماً من أيام البورصة، وإذا رفضت قبول المشتري فعلى مجلس الإدارة في مهلة ثلاثين يوماً من إبلاغ الرفض، أن يبيع الأسهم إلى أحد المساهمين أو إلى الغير أو أن يشتريها لحساب الشركة مع تخفيض رأس مالها، ويتم الشراء بالتمن الذي تم به البيع في البورصة، على أن التمن الذي يؤدي إلى المشتري الذي رفض قبوله لا يمكن أن يقل عن ثمن السهم في البورصة يوم رفض القبول وإذا لم يكن ثمة ثمن محدد في ذلك اليوم فيعتمد سعر آخر يسبق تاريخ الرفض⁵.

2- شرط الشفعة

لقد تطرق القانون التجاري إلى مفهوم شرط الشفعة دون ذكر مصطلح الشفعة، إذ جعلها وسيلة إجبارية تلجأ إليها الشركة أو واجبا يقع على عاتقها في حالة ما إذا رفضت

¹ - CA. Paris, 23 février, 1962, D, p. 570, note. J. Bicout. .

² - Art. L. 228-24 nouv C. com .et Art. L. 228-25 nouv C. com.

³ - Cass. Com, 19 mai 1987, JCP, 1987, 4, p. 253.

⁴ - Cass. Com, 26 avril, 1994, Rev. Soc, 1994, p.20405, note. A. Viandier.

⁵ - CA. Paris, 2 décembre 1987, Bull. Joly, 1988, p. 200.

منح موافقتها على المحال إليه في حالة نصها في القانون الأساسي على شرط الموافقة لإحالة الأسهم¹، و لعل أن غرض المشرع من هذه الوسيلة هو حماية مصالح المساهم الذي يرغب في إحالة أسهمه حتى لا يبقى أسيرا لدى الشركة في حالة رفض الموافقة على الشخص المحيل إليه.

و بما أن المشرع الجزائري على مثال نظيره الفرنسي لم ينظم أحكام شرط الشفعة في القانون التجاري تنظيما دقيقا، فيمكن النص على مثل هذا الشرط في القانون الأساسي أو بموجب إتفاق لاحق أثناء حياة الشركة. و الذي يكون مفاده منح المساهمين حق الأولوية في إمتلاك الأسهم المعروضة للبيع من طرف أحدهم، ومن ثم لهم الأفضلية في الشراء².

إن الهدف الأساسي من إدراج هذا الشرط هو زيادة مساهمة الشركاء في شركة وإقامة التوازن بين تلك المساهمات، إضافة إلى تمكين الشركاء من مراقبة الشركة³. وإن هذا الهدف يختلف عن الهدف الذي يرمي إليه شرط الموافقة، و أن شرط الشفعة له حجية كبيرة مادام أنه يتدخل في الإحالة بين المساهمين، كما يمكن أن يكون شرط الشفعة الوسيلة التي يمنع بها إختلاف النسب الموجودة في تقسيم رأسمال بين بعض المساهمين أو فريق منهم في حالة إنسحاب أحدهم، فشرط الشفعة يحفظ المساواة المرجوة منذ البداية بين المساهمين⁴.

و قد يدرج شرط الشفعة في القانون الأساسي لشركة أثناء تأسيسها وقد يدرج أثناء حياتها و ذلك بقرار من الجمعية العامة الغير عادية، و صحته في كلتا الحالتين مرتبط بإحترام مبدأ المساواة بين المساهمين، فكل مساهم يجب أن يستفيد من حق الشفعة بما يناسب حقه في رأسمال الشركة. فيرى بعض الفقهاء⁵، أن إدراج هذا الشرط يجب أن يكون عند تأسيس الشركة وذلك من باب الإستثناء، وأن إدراج هذا الشرط لا يكون بعد ذلك عن

¹ - المادة 715 مكرر 57 الفقرة 1 من ق.ت.ج .

² - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 98 .

³ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 56 .

⁴ - أنظر، بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص 73 .

⁵ - أنظر، الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الشركة المغفلة، الأسهم، المرجع السابق، ص 480.

طريق تعديل يصدر من قبل الجمعية العمومية غير العادية لأن ذلك يفاجئ المساهم ويشكل زيادة في التزاماته، غير أن البعض الآخر من الفقه، يقر بجوازية إدراج مثل هذا البند أثناء حياة الشركة، ولكن بشرط أن لا يساء إستعماله من قبل السلطة المختصة بذلك ولا سيما في تعيين الثمن.

يستمد شرط الشفعة صحته من الإجتهد القضائي الفرنسي، حيث أقر هذا الأخير مشروعيته في العديد من القرارات القضائية¹ إعتبر من خلالها أن شرط الشفعة يعتبر جائزا كونه لا يعد شرطا مستترا للموافقة ولا يشكل مساسا لمبدأ حرية تداول الأسهم². وطالما أن المساهم يستطيع التفرغ عن أسهمه للغير، في حال عدم ممارسة المساهمين الآخرين لحقهم بشراء الأسهم بالأفضلية أو بالشفعة³.

و يعتبر شرط الشفعة حقا شخصيا ممنوحا للمساهم من خلال النص عليه في القانون الأساسي أو بموجب إتفاق لاحق له، وأنه إقرار خاص بالمساهم فقط ولا يلزم هذا الأخير إلا بإبلاغ الهيئة الإدارية التي تلعب دور وسيط بين المساهم المتنازل وغيره من المساهمين. وبالإضافة إلى هذا فإن شرط الشفعة يضع على عاتق المتنازل إلتزام بالتصرف في أسهمه للمساهم أو المساهمين الذين يمارسون حقهم في الأولوية، ومن ثم فهو لا يتعلق بقبول الشخص المحال له كما هو الحال في شرط الموافقة، وإنما ينصب على إلتزام يقع على عاتق المساهم الذي يريد التصرف في ملكية أسهمه.

و نظرا لعدم وجود أحكام قانونية تبين ميدان تطبيق هذا الشرط، فإنه قد يؤدي إلى نفس النتائج المترتبة عن رفض شرط الموافقة والمتمثلة في شراء الأسهم من طرف أحد المساهمين، فيما عدا تلك التي تمنع إدراج هذا الشرط بين المساهمين، لأن الهدف المرجو من شرط الشفعة هو أصلا منح الأولوية للمساهمين في إمتلاك أسهم المتنازل .

¹ - Com., 12 mai 1975, Rev. Soc. 1976, p. 337.

² - Com., 14 mars 1990, Bull. Joly. Soc. 1990, p. 353 .

³ - Trib. Com, paris, 4 décembre, 1989, Bull. Joly, 1990, p. 71

و قد حاول جانب من الفقه تحديد المستفيد من هذا الشرط، وإرتأى أنه يمكن أن يستفيد منه واحد أو أكثر من المساهمين المعينين إسمياً في القانون الأساسي أو بموجب إتفاق لاحق¹، أو توكيل مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة لتعيين المستفيدين، على أن يمارس على جميع الأسهم موضوع التنازل وإلا إعتبر مساساً بمبدأ حرية تداول الأسهم².

ويطبق شرط الشفعة عند تنازل المساهم عن السهم إلى الغير بطرق التداول القانونية كالبيع الرضائي مثلاً أو القضائي أو الهبة وحتى المصادرة، ما لم يرد في القانون الأساسي خلاف ذلك³، ويسري هذا شرط أيضاً، في حال إنتقال السهم بالإرث وذلك للحيلولة دون دخول الورثة غير المرغوب فيهم كمساهمين في الشركة، وقد إستقر الرأي في الفقه والاجتهاد⁴، على إجازة صحة هذا الشرط في ما يتعلق بالتنازل الحاصل بين المساهمين وذلك أسوة ببنود الموافقة النظامية، بإعتبار أن حق الدفاع المكرس للشركة بموجب هذا البند لا يكمن فقط تجاه الدخلاء المنافسين وغير المرغوب فيهم بل أيضاً في وجه ذوي النوايا السيئة والمخربين المتواجدين داخل الشركة.

كما أن الفقه والاجتهاد متفقان على أنه لا يمكن لهذه القيود أن تكون فعالة إلا إذا كانت الأسهم إسمية، إذ أن الرقابة على التفرغ عن الأسهم لحامله تكاد تكون شبه مستحيلة وفي غاية الصعوبة، كون هذه الأسهم قابلة للتفرغ بالتسليم اليدوي دون معرفة مجلس الإدارة بسبب إقتران الملكية بالحيازة، خاصة إذا لم يكن للمتفرغ له على علم بهذا الشرط فيصبح معه شرط الإسترداد مدرج في القانون الأساسي وغير مطبق من الناحية العملية.

هذا وأن الإتفاقيات المتعلقة بالإسترداد أصبحت منتشرة بكثرة في الحياة العملية بالرغم مما أثارته في فرنسا من جدل نظري حول صحتها، والتي بموجبها يلتزم المساهم الذي يرغب بالتنازل عن أسهمه بإعلام بقية المساهمين عن رغبته هذه، مشيراً إلى عدد الأسهم

¹ - B. LAURET, C. BANDEL et V. BOURGNINAUD, Droit des sociétés civiles et commerciales, Economica, 3^{ème} éd., 1994, p. 267.

² - B. MERCADAL et Ph. JANIN, op.cit, p. 928.

³ - Y. Guyon, Droit commercial général et sociétés, op. cit, p 750

⁴ - Cass. Com, 18 octobre 1967, D, 1968, p. 447, note A. Dalsace.

المعروضة وثمنها وطريقة دفع هذا الثمن وعند الاقتضاء هوية المتنازل ويجب على المساهمين المتمتعين بحق أفضلية والذين يرغبون بالشراء أن يمارسوا حقهم خلال مهلة محددة، وفي حال عدم ممارسة حق الأفضلية يستطيع المتنازل أن يبيع أسهمه لأي شخص آخر بحرية مطلقة.

و بالإضافة إلى هذه الشروط التأسيسية يمكن للشركاء عقد إتفاقيات غير تأسيسية من شأنها منح الطابع المغلق لشركة المساهمة، إذ يمكن لشركاء داخل المجموعة الواحدة أن يرتبطوا بإتفاقيات خاصة حيث يلتزم كل عضو في المجموعة بأن يعرض أسهمه على المتعاقدين معه قبل بيعها للغير، و تستمد هذه الإتفاقيات صحتها من المبدأ العام المنصوص عليه في القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين، فهذه الشروط وبما أنها تعد غير تأسيسية فتكون محررة من مبدأ المساواة، و الذي لا يهم سوى عقد الشركة طالما أنها لا تلزم سوى أطرافها¹.

كأن يتفق الشركاء على معايير أو صفات يفترض توافرها في المتنازل له، كأن يكون حائزاً على صفات خاصة، كصفة الموظف مثلاً، أو الموظف السابق أو أن يكون من جنسية أو طائفة أو مذهب معين، أو صفة الزبون أو المساهم القديم، أو كصفة الشريك الشخصية في شركات الأشخاص التي يجري تحويلها إلى شركة مساهمة ، أو أن يكون صاحب خبرة وتجربة في أعمال المضاربة أو تاجراً².

كما يمكننا أن نرى إتفاقيات مقيدة بين الشركاء أنفسهم، كالإتفاقيات التي ترمي إلى منع إكتساب الأسهم من قبل فئة من المساهمين، حيث تقضي هذه الإتفاقيات بأن تلتزم فئة من المساهمين غالباً ما تكون الأغلبية بالإمتناع عن زيادة مساهمتها في رأس مال الشركة بصورة مباشرة عبر شراء أسهم جديدة، أو بصورة غير مباشرة عبر ممارسة حق الأفضلية. وعليه يمكن أن نجد إتفاقية تمنع بعض الشركاء من شراء الأسهم، والتي تهدف إلى

¹ - أنظر، بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص 74 .

² - G. Ripert et R. Roblot, op. cit, p. 317.

وضع حاجز أمام سيطرة فئة معينة من المساهمين على قرارات الشركة وسير عملها. كما يمكن أن نجد إتفاقيات الإمتناع عن ممارسة حق الأفضلية، والتي يمكن أن تعقد بين مساهمي الأقلية ومساهمي الأغلبية بحيث تنتازل الأغلبية في الشركة عن حق الأفضلية في حين تبقى الأقلية مالكة لهذا الحق، وقد يكون الهدف من مثل هذه الإتفاقيات هو الوصول إلى التوازن بين الشركاء و منع سيطرة فئة على أخرى¹.

إن الفقه والإجتهد يعترفان بصحة هذه الإتفاقيات بشرط أن يكون الهدف منها تحقيق مصلحة أكيدة ومشروعة. فقد إستقر الإجتهد القضائي²، على أن المصلحة المقصودة يمكن أن تكون مصلحة أطراف الإتفاقية، كما يمكن أن تكون مصلحة الغير في مقابل الشركة، أو مصلحة الشركة ذاتها سيما عندما توفر لها هذه الاتفاقية نوعا من النمو والتطور. وبالتالي، فإن المنفعة التي تبرر صحة هذه الأخيرة ليست بالضرورة تلك العائدة للشركة، ولا شيء يمنع من ذلك، ولكن في جميع الحالات، فإن عدم تضارب هذه الإتفاقية مع مصلحة الشركة هو شرط أساسي لصحتها³.

و عملا بمبدأ نسبية العقود، فإن هذه الإتفاقيات، تنتج أثرها بين أطرافها بحيث يتوجب على موقع عليها إحترام تطبيقها، والإمتناع عن التنازل عن أسهمه خلال مدة معينة، بحيث إن هذه الإتفاقيات تخلق إلتزاما بعدم القيام بفعل، وأن خرقها يمكن أن يعطي مكانا لكل متضرر للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق جراء الإخلال بالتنفيذ. أما بالنسبة إلى الشركة والغير فلا يكون لها أي فاعلية، ولا تخضع لموجب الإعلان والنشر وبالتالي فهي لا تسري على الغير. يعتبر التنازل عن الأسهم صحيحا في ما لو تم بين أحد أطراف الإتفاقية أوأي شخص آخر، مساهما كان أم من الغير، ويكون ساريا على الشركة أيضا.

¹ - أنظر، غادة أحمدعيسى، المرجع السابق، ص 53 و 54.

² - CA. Paris, 4 mai 1982, Gaz. Pal, 1983, I, p. 152.

³ - G. Parléani, Les pactes d'actionnaires, Rev. Soc, 1991, I, p. 07.

المطلب الثاني : تنظيم الحقوق غير المالية للشركاء

هي تلك الحقوق غير المادية التي لا تؤدي إلى تحصيل مالي، وتشمل الحق في العضوية لشريك و ذلك بأن يظل عضوا في الشركة طيلة مدة حياتها المحددة في قانونها الأساسي، وحق الإطلاع على جميع الوثائق الإدارية والحسابية التي تلتزم الهيئة الإدارية بإعدادها. إضافة إلى الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها باعتبارها الجهاز الذي يضم جميع الشركاء، فهي تعتبر من الناحية القانونية صاحبة السيادة في الشركة، من خلالها يتمكن الشريك من ممارسة الرقابة على أعمال الهيئات الإدارية التي تتألف منها شركة. كما يتسنى له التحكم في جميع القرارات المتعلقة بالنشاط المالي والإداري للشركة فيزداد نفوذ الشريك وسلطته بإبداء رأيه في كل مسألة تعرض للمناقشة.

الفرع الأول: حق البقاء في الشركة و التدخل في إدارتها

ان المفهوم التعاقدى للشركة يفسر ببساطة بأن للشريك الحق في الإنتفاع من العقد المبرم، و عليه يكون له الحق في البقاء في الشركة، إذ يعتبر هذا الحق من الحقوق الفردية و الخاصة التي يتمتع بها الشريك. و هذا ما يساعد أيضا و يعزز حق الشريك في تدخل في إدارة الشركة و الذي يعتبر من أهم الحقوق المترتبة عند تأسيس الشركة أو الانضمام إليها خلال فترة حياتها و ذلك من أجل تحديد أهدافها أو إستراتيجيتها، سواء كان هذا التدخل بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة.

أولا: حق البقاء في الشركة

بما أن الشريك يستمد هذه الصفة بمجرد التعاقد مع الشركة و ذلك بإكتسابه عددا من الحصص، فينشأ له الحق في البقاء كعضو في الشركة و يستمر هذا الحق ما بقي، إلا إذا قرر بمحض إرادته الخروج منها أو تقرر إنهاء الشركة ذاتها. و من ثم لا يجوز حرمانه من هذه العضوية إذ أن هذا يعد بمثابة نزع الملكية فلا يزول حقه إلا برضاه.

إن الفقه إعترف بحق الشريك في البقاء في الشركة وعدم إقصائه منها دون إرادته وقد صنفه الفقه الفرنسي منذ زمن بعيد بأنه من الحقوق الأساسية¹، وكانت النظرة في ذلك الحين إلى الشركة أنها مجرد عقد تتساوى فيه إرادة الشركاء بما لا يسمح بتعديله إلا بإرادة جميع الشركاء ومن هنا إستقر الرأي، على أنه لا يجوز فصل الشريك عن الشركة إلا إذا وجد نص قانوني يسمح بذلك بإعتبار أن هذا الإجراء يعتبر إستثناء. ومن المسلم به أنه لا يمكن بصورة مبدئية أن يجبر الشريك على إستعادة مقدماته أو التنازل عن حصته أو أسهمه وإخراجه من الشركة. وقد شددت القوانين على حماية حق البقاء بأن منعت كل ما من شأنه دفع الشريك إلى التخلي عن أسهمه والخروج من الشركة كزيادة أعباء الشريك والإضرار بحقوقه الأساسية².

غير أن هناك بعض القيود التي قد ترد على هذا الحق سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، كنص المشرع على إستبعاد الشريك بسبب عدم تسديد أقساط الأسهم، أو قد تدعو الضرورة إلى إلغاء عدد من الأسهم بسبب تخفيض رأسمال مما يترتب معه خروج بعض الشركاء من الشركة. كما أنه يمكن أن يتقرر مبدأ إبعاد الشريك بمقتضى بند في القانون الأساسي للشركة، يقبله الشريك بمجرد إنضمامه للشركة³.

وتتعد مسألة إخراج الشريك في حالة غياب النص القانوني مما يترك التساؤل مفتوحاً أمام جواز تضمين القانون الأساسي أو بموجب إتفاقيات خاصة بين جميع المساهمين أو بعضهم بندا يقضي بخروج الشريك، وهل يمكن للقضاء تحت شعار مصلحة الشركة إخراج أحد الشركاء بدون نص قانوني أو حتى بند تأسيسي يسمح بذلك؟

فنظراً للإعتبار الشخصي الذي يسود شركات الأشخاص، فقد أجاز الفقه والقضاء تضمين القانون الأساسي بنوداً تسمح بإقصاء الشريك في حال نقصان الشروط والصفات التي على أساسها تم تكوين العقد، وذلك إما بواسطة قرار يتخذ من قبل الشركاء أو باللجوء

¹ - Hémar, Terré, Mabilat, sociétés commerciales. D, T.II, 1972, p. 362.

² - Cass. Civ. 30 mai 1982, D, 1983. I. p. 15.

³ - أنظر، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 913.

إلى القضاء الذي يتولى بنفسه تقدير الطرد من عدمه.

هذه القواعد يطغى عليها الإعتبار الشخصي، والذي من المفترض غيابه في شركات الأموال وعلى الأخص شركة المساهمة، حيث إن الإلتزام الوحيد الذي يقع على عاتق المساهم هو تحرير قيمة أسهمه. ولكن حتى في هذا النوع من الشركات يجوز الإتفاق على فصل الشريك من الشركة. بحيث يمكن للجمعية العامة أن تقرر بالأغلبية المقررة لتعديل القانون الأساسي الشركة إلزام واحد أو أكثر من الشركاء على الإنسحاب من الشركة، كما أجاز القانون الفرنسي في بعض الحالات إدراج مثل هذه البنود في القانون الأساسي لشركات المساهمة المبسطة¹.

إلا أن السؤال الذي يطرح حول ما إذا كان بالإمكان إدراج مثل هذه البنود في القوانين الأساسية لشركات المساهمة أو بمقتضى إتفاقيات جانبية بين المساهمين ؟

عارض بعض الفقه، إمكانية إدراج بنود إستبعاد الشريك في القانون الأساسي للشركة أو بموجب إتفاقيات خاصة بين المساهمين وذلك باعتبارها تشكل مساسا لحق البقاء العائد للمساهم في الشركة وعدم إقصائه منها دون إرادته بالتالي فإن إقصاءه من الشركة رغما عنه دون نص أو إتفاق يسمح بذلك يعتبر إعتداء على حق الشريك في البقاء في الشركة وكذلك مخالفا لحق الملكية المكرس في الدستور والقوانين الوضعية سيما قانون الملكية، باعتبار أن البند الذي ينص على خروج المساهم من الشركة سيؤدي حتما إلى إجباره على التنازل عن أسهمه ونزاعها منه رغما عن إرادته. بالتالي لا يجوز حرمانه من هذه الحقوق سواء بنص صريح يرد في القانون الأساسي للشركة أو بقرار يصدر عن الجمعية العامة، وبمشيئة الأغلبية، وذلك تحت طائلة البطلان وحل الشركة نفسها.

وقد إعتبر البعض أن بند الإستبعاد غير جائز أصلا في شركات المساهمة، بخلاف ما هو الحال عليه في شركات الأشخاص، بإعتبار أن عامل شخصية الشركاء يلعب دورا هاما فيها، مما يتطلب إبعاد أحد الشركاء حفاظا على مصلحة الشركة. إلا أنه لم يعمل بهذا

¹ -Art.262 du loi 24 juillet 1966 relatif aux sociétés par actions simplifiées qui dispose.

التحليل، لأن الواقع العملي والمنطق القانوني يؤكدان بوضوح أن حق المساهم في البقاء في الشركة هو حق خاص ينبثق عن الإرادة المنفردة لكل شخص وهذه الإرادة التي تملك سلطة الفعل، وهذا ما تبناه الرأي الثاني.

فيكون شرط الإستبعاد صحيحا إذا تم نص عليه في القانون الأساسي أو بموجب إتفاقية بين المساهمين وهذا هو الرأي الغالب في الفقه، أي بتعبير آخر في ما لو إرتضى المساهم بصورة مسبقة على هذا البند بإرادة منفردة وبالتالي لا بد من أن تسري عليه آثاره عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وخصوصا أنه لا يوجد أي تنظيم قانوني سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي يمنع هذا الاجراء.

بالتالي لا يشكل الإقصاء إلا تطبيقا لقانون الأطراف، لكن ليس معنى ذلك أن لا دور لمصلحة الشركة في مثل هذه الحالة، على العكس من ذلك فعندما يقوم الشريك بتصرفات وأنشطة تصب في مصلحته وتتعارض مع الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة، فإن إقصاء هذا الشريك المؤذي يشكل فعلا الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشركة وإبعاد حلها.

إن الأخذ بالإعتبار مصلحة الشركة هو الذي يبرر دائما إبعاد الأشخاص غير المرغوب فيهم عن الشركة نتيجة عدم الثقة بهم وكذلك يبرر إقصاء المساهمين الأصليين أوالمقبولين نتيجة قلة الثقة تجاههم. وبالتالي إن الأخذ بالإعتبار الشخصي في الشركة المساهمة هو دليل على وجود تضارب بين المصالح الشخصية و مصلحة الشركة¹.

وقد 'عتبر البعض² أن شرط إبعاد المساهم في ما لو إستخدم حقوقه في الشركة للإضرار بمصلحتها ومصلحة باقي الشركاء صحيحا، شرط النص عليه في القانون الأساسي للشركة، كي لا يبقى المساهم مهددا في أي لحظة بالفصل ، كما أن البعض الآخر من الفقه³ إعتبر أن إدخال بنود الإستبعاد في القانون الأساسي الشركة لا يمكن أن يقرر إلا بإجماع الشركاء.

¹ - Cass. Com. Paris 7 juin 1988, Rev. Soc.1989, p. 246.

² - أنظر، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 918.

³ - G. Ripert et R. Roblot, op. Cit, p. 377.

بالتالي قد إعتبر البعض بأن المساهمين يحتفظون بحقهم في إدخال الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة و ذلك بتبرير أسباب الإستبعاد في علاقاتهم. وتصديقا على هذا، أقر القضاء الفرنسي بقبول وجود الإعتبار الشخصي عبر بنود الإستبعاد في شركة المساهمة والتي تدخل ضمن فئة شركات الأموال. و أعلن هذا الأخير صحة بنود الإستبعاد التأسيسية¹، وقد أصدر عدة قرارات أكدت على صحة هذه البنود في ما لو إستجمعت بعض الشروط².

إن المعايير المحددة للقرارات المتعلقة ببنود الإستبعاد التأسيسية تمتد مع ذلك لتطبق على الإتفاقية الخاصة بين المساهمين المتضمنة شرط إستبعاد المساهم وذلك عن طريق القياس. عادة ما تأخذ هذه الإتفاقية صورة الوعد بالبيع. ومفادها أن يتعهد المساهم بالتفرغ عن أسهمه وبالتالي الخروج من الشركة في ما لو تحققت ظروف معينة. كما لو نصت الإتفاقية بأنه يشترط على من يريد أن يصبح مساهما في الشركة أن يكون عاملا فيها وأن كل مساهم وقع على هذه الإتفاقية يلزم بالتفرغ عن أسهمه في ما لو خسر صفة العامل وذلك بمجرد طلب أطراف الإتفاقية.

قد يشكل خروج الفريق من الشركة وسيلة فعالة لأجل تنفيذ الإتفاقية لحملهم على التقيد بأحكامها. غير أن هذا البند الذي تتضمنه بعض الإتفاقيات لا يخلو من بعض الصعوبات عند تطبيقه، سواء من حيث شروط ممارسة الحق بإخراج المساهم من الشركة أو من حيث سريان البند على الشركة التي ليست طرفا في الإتفاقية. من ناحية أخرى إن أي تناقض بين مضمون هذه الإتفاقية وأحكام القانون الأساسي يضعف فاعلية هذه الإتفاقية، إذ تعطى الأفضلية في هذه الحالة للقانون الأساسي، بإعتباره الوثيقة الأساسية التي يقوم عليها عقد الشركة. لذلك يجب تفادي مثل هذا التناقض، وذلك بوجوب نص القانون الأساسي على المبادئ العامة فقط، في حين تتضمن الإتفاقية تفاصيل ما يتفق عليه المساهمون لتنظيم

¹ - CA. Caen, 11 avril 1927, D, 1928, II, note Lepargneur.

² - Cass. Com, 13 décembre 1994, Bull. Joly, 1995, p.152, note P. Le Cannu. p. 144.

العلاقة في ما بينهم. ولعل الهدف من هذه الإتفاقيات، هو التخلص من المساهم غير المرغوب فيه. وبالتالي يمكن أن يكون الإقصاء تطبيقاً لبند تأسيسي أو لإتفاقية جانبية بين المساهمين¹.

و أيد الإجتهد، صحة هذه البنود تطبيقاً لمبدأ أساسي وهو مبدأ الحرية التعاقدية. فقد أقر القضاء الفرنسي بمشروعية البند التأسيسي الذي يسمح لمجلس الإدارة بشراء أسهم المساهم في حالات معينة وإقصائه بالتالي من الشركة وهو يتعلق بشراء أسهم تملكها شركة في شركة أخرى نتيجة التغيير الحاصل في إدارة الشركة العضو.

وقد أكد أيضاً القضاء الفرنسي² على صحة البند التأسيسي الذي ينص على أن المساهم الذي يخسر صفته كعامل في الشركة يخسر تبعاً لذلك صفته كمساهم. وقد ذهب الإجتهد إلى أبعد من ذلك وكرس بند الإبعاد للشريك مع غياب النص على ذلك في القانون الأساسي، وقد إستند في ذلك إلى مصلحة الشركة، وعلى الأخص إذا كان سبب الإبعاد هو مناخ عدم التفاهم السائد بين الشركاء.

بالتالي، فإن الإجتهد والفقهاء قد إستند إلى مبدأ الحرية التعاقدية وعلى موافقة المساهمين لأجل صحة بنود الإستبعاد التأسيسية، ويشترط في جميع الحالات أن تكون البنود مبررة بمصلحة أكيدة ومشروعة³.

و لقد إشتراط الفقهاء والقضاء الفرنسي⁴ لأجل صحة بنود الاستبعاد التأسيسية أو الإتفاقية، أن تكون شروط أو أسباب الإستبعاد واضحة وموضوعية ولا تخضع المساهم إلى تعسف المساهمين الآخرين أو الموقعين على الإتفاقية، وأن يكون الدافع منها المحافظة على مصلحة الشركة.

فيجب أن تحدد الشروط التي من شأن تحققها وضع إجراءات الإستبعاد موضع التنفيذ

¹ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 155.

² - CA. Paris, Rev. Soc. 1996, p. 596, note Y. Guyon.

³ - l'arrêt du 8 février, 1974, préc.

⁴ - CA. Paris, Rev. Soc. 1996. préc.

بحيث لا يقبل الإقصاء المجرد من سبب ، وإلا إعتبر تعسفيا وبالتالي تعديا على حق غير قابل للمساس به وهو حق الملكية، إذ لا يجوز إستبعاد المساهم دون إرتكاب خطأ من جانبه يبرر اتخاذ مثل هذا إجراء.

بالإضافة إلى ما سبق، ينبغي تحديد الجهة المخولة لتقرير إستبعاد المساهمين غير المرغوب فيهم من الشركة والذي غالبا ما تكون الجمعية العامة العادية، إلا أن جانبا من الفقه إعتبر أن الجمعية العامة غير العادية هي فقط التي تملك سلطة تقرير إستبعاد المساهم، وذلك نظرا لخطورة هذا قرار فضلا عن ذلك، يجب أن يمنح البند للمساهم إمكانية اللجوء إلى القضاء من أجل تقدير صحة شروط بنود الإستبعاد والتي تختلف تبعا للحالات المعروضة أمامه، وذلك تفاديا للقرارات التعسفية.

و لا يشترط أن يتم النص على هذا الشرط أثناء مرحلة تأسيس الشركة، بل يجوز إدخال هذا الشرط أثناء حياة الشركة و ذلك بتعديل قانونها الأساسي، و بما أن هذا الشرط يمس بإحدى الحقوق الأساسية للشريك، فإن تضمينه في القانون الأساسي لشركة يشترط إجماع الشركاء¹، و بالتالي فإن إنضمام الشريك لشركة في غياب شرط الإبعاد لا يزول إلا برضاه و مع ذلك قد إختلف القضاء الفرنسي حول هذه المسألة في حالة عدم وجود شرط في القانون الأساسي لشركة يجيز ذلك²، فتارة يرفض الإبعاد إستنادا على أن الحق في البقاء يعد من الحقوق الأساسية التي لا يجوز حرمانه منها إلا برضاه و ذلك نظرا لطابع المطلق لحق الملكية لخصه في الشركة، و تارة أخرى يجيز الإبعاد رغم عدم النص عليه في القانون الأساسي، إستنادا على أن مصلحة الشركة تقضي ذلك و على الأخص إذا كان سبب الإبعاد هو عدم التفاهم بين الشركاء و الذي قد يضر بمصلحتها و حد من إزدهارها³.

أخيرا يقتضي لصحة الإستبعاد إحترام بعض الحقوق اللصيقة بشخص المساهم المستبعد، من ذلك مراعاة حقه في الدفاع وأيضا حقه في الحصول على تعويض كنتيجة

¹ - M. COZIAN et A. VIANDIER, op. Cit,p146

² - Versailles, 17 octobre 1991, Bull. Joly soc 1992, p. 283.

³ - Reims., 24 avril 1989, J.C.P 1990, N 2.

للاستبعاد من خلال شراء الأسهمه بثمانٍ عادل ، وفي حال الخلاف على تحديد الثمن إن الحل الأفضل في هذه الحالة يكون بتحديدته بواسطة خبير .

ثانياً: حق التدخل في إدارة الشركة

مبدئياً يحق لكافة الشركاء المشاركة في إدارة الشركة¹، لكنه عادة ما يلجأ الشركاء إلى الإتفاق فيما بينهم في العقد التأسيسي أو بموجب عقد لاحق على تعيين أحد الشركاء أو أكثر من أجل تولي أعمال الإدارة نيابة عن باقي الشركاء كما هو الحال بالنسبة لشركات الأشخاص التي تهيمن عليها النظرية التعاقدية ومعنى ذلك أن الشركاء أحرار في تحديد الهيئات التي تسهر على تحقيق مصالحهم و تسير أموال الشركة، فيجوز لهم مثلا الإتفاق على تعيين أحدهم كمدير فتكون له السلطة داخل الشركة و خارجها أي في معاملاتها مع الغير، كما يستطيعون تعيين أكثر من مسير تخول لكل واحد منهم صلاحيات معينة أو يمارسون نشاطهم جميعاً في إطار المجلس²، إلا أن هذا الحق المخول للشريك ليس من النظام العام³ إذ يجوز أن يعين المسير أو المدير من الغير خاصة عندما لا يكون للشركاء الكفاءة والخبرة لتسيير أعمال الشركة بأحسن وجه فيلجئون إلى إتفاق لتعيين مسيرين أو مديريين من غير الشركاء⁴.

و فضلا على إتفاق الشركاء على تعيين المسير أو المدير في بنود العقد التأسيسي فإنهم يقومون بتحديد و توزيع السلطات بموجب بنود تأسيسية ، و مع أن هذه البنود لا يحتج بها تجاه الغير و ذلك في كافة الشركات مهما كان شكلها، إلا أنها تحتفظ بحجيتها الكاملة فيما بين الشركاء داخل الشركة، إذ يترتب على عدم إحترامها من قبل المديرين متابعتهم على

¹ - كما هو الشأن بالنسبة لشركة التضامن حسب نص المادة 557 من ق.ت.ج.

² - أنظر، بموسى عبد الوهاب، سلطات المسيرين في الشركات التجارية، محاضرات القيت على طلبة الماجستير في القانون الخاص، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002-2003، ص 4، غير منشور.

³ - باستثناء شركة المساهمة ذات النظام التقليدي التي الزم فيها المشرع أن يكون أعضاء مجلس الإدارة من بين الشركاء المساهمين وذلك حسب نص المادة 553 من ق.ت.ج.

⁴ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 75.

أساس المسؤولية المدنية¹، إضافة إلى أن مخالفة الشروط الإتفاقية أو البنود التأسيسية يشكل سببا مشروعاً لعزل المديرين من طرف الشركاء².

أما عن المشاركة في القرارات الجماعية فإذا كان بإمكان الشركاء الإستغناء عن المشاركة في الإدارة المباشرة لأعمال الشركة، فإنه يبقى لديهم وجه آخر لتدخل الفعلي في سهر على أمور الشركة، وذلك من خلال ممارسة الرقابة على أعمال المسيرين³، وبما أن المساهم هو الوحدة الأساسية المكونة للجمعية العامة ومن تم فإن مشاركته في المصادقة على المقترحات و القرارات المرفوعة إليها من هيئات التسيير أمر ضروري لا يمكن الإستغناء عنه، و كأصل عام يتم إتخاذ القرارات بالأغلبية التي يتم تحديدها من طرف الشركاء في العقد التأسيسي لشركة. و حتى يتمكن المساهم من ممارسة دوره الرقابي بصفة فعالة من خلال حقه في المشاركة في القرارات الجماعية لابد أن تخص هذه الرقابة كل القرارات التي تتعلق بتسيير شؤون الشركة و أمورها⁴، و ذلك تفاديا لخلق الشركاء الحياديين أو محايدين.

و يتحقق حق المشاركة في القرارات الجماعية، عن طريق حق حضور جلسات الجمعية العامة، وحق التصويت مبدئياً عن كل القرارات التي تطرح للمداولة ، أو في إطار الإستشارات الكتابية التي يجيز المشرع الإستعانة بها من خلال تنظيمها ضمن بنود القانون الأساسي لشركة⁵.

¹- أنظر، صلاح أمين أوطالب، تجاوز السلطة في مجلس إدارة شركة المساهمة، دار النهضة العربية، سنة 1999 ، ص 18.

²- أنظر، فوزية ميراوي، طرق عزل مديري الشركات التجارية، مجلة المؤسسة و التجارة، السنة 2006 العدد 02 ، ص 114.

³ - Y. GUYON, la société anonyme, une démocratie parfaite, DALLOZ. 2001 ., p 134 .

⁴- أنظر، صابونجي نادية، نادية صابونجي، الرقابة على التسيير في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس-، السنة الجامعية 2008-2009 ، ص 21.

⁵- أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الثاني: الحق في الإعلام و حق حضور الجمعيات العامة و التصويت

فيها

باعتبار أن الشركاء هم أصحاب الشأن الأول في الشركة، إلا أنه لعدم توافر الخبرة لأغليبتهم جعلهم لا يهتمون كثيرا بحضور الجمعيات العامة بحيث أصبح غيابهم شيء مألوف، الأمر الذي دفع بالمشرع الى الإهتمام بالمساهمين و العمل على حمايتهم من خلال النص على حقهم في الإطلاع على أحوال الشركة و إدارتها بما يمكنهم من الوقوف على تصرفات المسيرين و الرقابة على أعمالهم، حيث يعتبر حق الشريك في الإعلام من الحقوق الأساسية.

كما يعتبر الحق في حضور الجمعيات العامة حقا أساسيا يمارس في إطار جماعي حيث أن الجمعيات العامة تمثل أعلى سلطة في الشركة وهي أيضا مصدر السلطات فيها بإتخاذها جميع الإجراءات والقرارات الحيوية. فهي التي تقرر إنشاء الشركة والتصديق على قانونها الأساسي¹، ويمثل إجتماع الشركاء في جمعيات حدثا في حياة الشركة، وتظهر هذه الأهمية في شركة المساهمة أكثر منها في شركات الأشخاص، لأن هذه الأخيرة قائمة أساسا على الإعتبار الشخصي ومن السهل تطبيق قاعدة الإجماع فيها، في حين أن الأولى قائمة على الإعتبار المالي، لذا فإن المبدأ السائد هو مبدأ الأغلبية الذي يتحقق بممارسة المساهم حقه في التصويت.

أولا: الحق في الإعلام

يشكل الحق في العلم بأعمال الشركة تجسيدا لحق تدخل الشريك في شؤون الشركة والمشاركة في قرارات الجماعة، و يعد حقا بديلا عن حق الشريك الذي لا يشارك في تسيير أو إدارة في الوقوف على سير الشركة، وإن كان المشرع قد حدد مجالات هذا الحق بموجب قواعد آمرة وذلك ضمانا لمصلحة الشركاء و أهميته الجوهرية، إلا أن للحرية الإتفاقية هامشا

¹ - المادة 600 الفقرة 2 من ق.ت.ج.

من التدخل في هذا الخصوص، و تجب الملاحظة أن هذا الحق ليس هدفا في حد ذاته وإنما هو وسيلة لتوضيح أحوال الشركة، فأعلام الشركاء يهدف إلى مساعدة الشركاء و تشجيعهم على المشاركة الفعالة في إدارة الشركة و الرقابة على تصرفات المسيرين¹. يتجسد حق الإعلام عموما في حق الإطلاع على وثائق الشركة بما يسمح بمتابعة أعمالها وشؤونها وهو ما تقضي به القواعد العامة القانون المدني².

يشمل حق الإعلام أيضا الحق في أخذ نسخ من الوثائق المطلاع عليها مع إمكانية الإستعانة بخبير، و طرح أسئلة كتابية حول مضمون تلك الوثائق، وهذا ما يمكن تنظيمه بموجب بنود القانون الأساسي فإذا كان بإمكان توسيع حق الإعلام، فإن الإطلاع على وثائق الشركة من طرف الشركاء الغير مسيرين من النظام العام إذ لا يجوز الإتفاق على تضييقه أو إستبعاده، و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري³ يميز بين حق الإعلام المسبق الذي يمارس عادة قبل إنعقاد الجمعيات العامة للشركاء، وحق الإعلام الدائم الذي يمارس من طرف كل شريك في أي وقت⁴ بحيث يتجلى هذا التمييز بينهما على مستوى الأجل والشروط، و الآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بها و هو ما يستلزم لإختلاف بينهما في جانب التنظيم التأسيسي⁵.

1- الإعلام المسبق:

يعتبر الإعلام السابق لإنعقاد الجمعيات العامة ذو أهمية كبيرة بالنسبة لشركاء، حيث يستطيع الشريك من خلاله أن يطلع على المستندات التي تقدم إلى الجمعية العامة و يتمكن من دراستها قبل أن يتخذ أي قرار في إطار الجمعية العامة المنعقدة.

¹ - أنظر، حلوش فاطمة أمال، المرجع السابق، ص 125.

² - المادة 430 من ق.م.ج.

³ - وهذا على غرار نظيره الفرنسي الذي يميز هو أيضا بين الاعلام الدوري و الاعلام الدائم.

⁴ - أنظر، نادية صابونجي، المرجع السابق، ص 23.

⁵ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 77.

و إن الإعلام عموماً في الشركة هو مفتاح عقد الشركة لأنه يمثل ضماناً للحياة الديمقراطية بين الشركاء ويحقق الشفافية بينهم، فهو يزيل خطر السرية الذي يمكن أن يتواجد في الشركات التي يكون أعضاؤها من نفس العائلة¹. ولحق الإعلام طابعان، طابع أساسي يمنح للمساهم حتى وإن كان يملك سهماً واحداً، وطابعاً آمرياً لأن أحكامه آمرة، فلا يجوز الإشتراط في القانون الأساسي على الحد منها بل بالعكس يمكن توسيعه لاسيما حق الإطلاع المسبق. فهو ذلك الحق المرتبط بمناسبة إنعقاد الجمعيات العامة، أي يكون سابقاً لقرار أو عملية خاصة².

فيلزم عرض المستندات المتمثلة في التقارير المتعلقة بعمليات السنة المالية، الجرد حساب الإستغلال العام، حساب النتائج، و الميزانية الموضوعة من طرف المديرين على جمعية الشركاء في شركة التضامن³، و شركة التوصية البسيطة⁴، من أجل المصادقة عليها في أجل 06 أشهر إبتداء من تاريخ قفل السنة المالية، ومن أجل ممارسة هذه الصلاحية فإنه يتوجب توجيه هذه الوثائق بالإضافة إلى نص المقترحات إلى الشركاء قبل 15 يوماً من تاريخ إنعقاد الجمعية العامة و تكون كل مداولة مخالفة لهذا قابلة للإبطال⁵، ويعتبر كل شرط مخالف لهذه القواعد كأن لم يكن، وهو ما يعني إستبعاد أي حرية تأسيسية مخالفة لهذا التنظيم القانوني، بالمقارنة مع النصوص القانونية المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تضيف إلى الوثائق السالفة الذكر تقرير مندوب الحسابات⁶.

أما فيما يتعلق بشركة المساهمة بشأن الإعلام المسبق فقد جاء أكثر شمولاً و تفصيلاً من حيث القواعد الآمرة، فألزم المشرع أن يبلغ مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب

¹ - Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit , p. 12.

² - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 158.

³ - المادة 557 من ق. ت.ج.

⁴ - المادة 563 مكرر من ق. ت.ج.

⁵ - المادة 557 الفقرة 2 من ق.ت.ج.

⁶ - المادة 584 من ق.ت.ج.

الحالة أو يضع تحت تصرف المساهمين قبل 30 يوما من إنعقاد الجمعية العامة، الوثائق الضرورية لتمكينهم من إبداء رأيهم عن دراية و إصدار قرار دقيق فيما يخص إدارة أعمال الشركة و سيرها¹.

إن حق المساهم في الإطلاع على الوثائق في موطنه يعتبر من أهم الطرق القانونية الحديثة التي تمكنه من المشاركة الفعالة في تسيير الشركة، الذي لا يحمل على عاتق المساهم عناء المسافات لمجرد الحضور إلى مقر الشركة للإطلاع على الوثائق التي تسمح له بإتخاذ قرار يهيم نشاط الشركة، غير أن هذه الطريقة لا يمكن لها النجاح إلا إذا وفرت لها أرقى وأسرع أساليب المراسلة.

لقد نص المشرع الجزائري²، على هذا الحق مستعملا المصطلح القانوني "التبليغ" دون أن يذكر كيفية التبليغ سواء كان ذلك عن طريق البريد أو بواسطة محضر قضائي، كما لم يوضح إمكانية قيام الشركة بتبليغ الوثائق المنصوص عليها قانونا عن طريق شبكة الأنترنت أم لا.

لم يربط المشرع هذا الحق بإطار زمني و إكتفى بتحديد صفة من له الحق في الإطلاع على هذه الوثائق ألا و هو المساهم، و يتصف بهذه الصفة كل مالك للأسهم أو أكثر ومن تم يكفي أن يثبت للشركة ملكيته للسهم سواء تعلق الأمر بالأسهم الإسمية أو لحاملها حتى ينشأ له الحق في الإطلاع على هذه الوثائق، سواء بسعي من الإدارة في حال وجود بند في القانون الأساسي يقضي بذلك أو تمكين المساهم من هذه الوثائق في حال تمسكه بحقه في الإستماع³.

و بالإضافة إلى حق الإطلاع على الوثائق السالف ذكرها، فإن المشرع الفرنسي أضاف بيانات جديدة يمكن للشركاء الإطلاع عليها وهي حق الإطلاع على الحسابات

¹ - المواد 677 ، 678 من ق.ت.ج.

² - المواد 677 و 678 من ق.ت.ج .

³ - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 23.

المدعمة، في حالة الشركة القابضة أو الشركة الأم، و تقرير التسيير المتعلق بالتجمع، سواء تعلق الأمر بشركات الاشخاص كما هو الحال بالنسبة لشركة التضامن¹، أو شركات الأموال مثل الشركة ذات المسؤولية المحدودة² أو شركة المساهمة³، و قد أصبح المشرع الفرنسي بهذه التعديلات الحديثة أكثر حرصا على أن يضمن للشركاء أكبر قدر من الإطلاع على أوضاع الشركة، وإن مخالفة القواعد و الإجراءات المتعلقة بحق الإعلام المسبق يترتب عنه بطلان مداوات جمعيات المساهمين⁴.

ومن خلال ما سبق يظهر أنه في ظل الإطار التشريعي و التنظيمي، يعد كل شرط مخالف كأن لم يكن، مما يعني بالضرورة عدم إمكانية تدخل القانون الأساسي لتغيير النظام القانوني المحدد لحق الشركاء في العلم المسبق ، قبل البث في القضايا التي تعرض أثناء جلسات الجمعيات العامة⁵.

2- الإطلاع الدائم:

يعتبر حق الإطلاع الدائم من الحقوق التي يمكن للشريك في الشركة أن يمارسها في أي وقت من السنة سواء أكان ذلك أثناء حياة الشركة أو في حالة قسمتها⁶، ولقد سبقت الإشارة إلى أن هناك وثائق تشكل حق الإطلاع المؤقت وفي نفس الوقت حق الإطلاع الدائم، الذي يمارس على مدار السنة والمتمثلة في أسماء القائمين بالإدارة والمديرين العاميين وألقابهم ومواطنهم، تقرير مجلس الإدارة ومجلس المراقبة و مندوبي الحسابات، إضافة إلى حساب النتائج والميزانيات. ولكن حق الإطلاع الدائم على عكس حق الإطلاع المؤقت يمتد ليشمل حتى الوثائق القديمة المتعلقة بالسنوات المالية الثلاثة الأخيرة المقدمة للجمعية⁷

¹- Art. R. 221- 7 al. 1 et 2. et Art R. 221- 7 C. com. fr.

²- Art. R. 223-26 al. 1 et 2. et Art. R. 223-18 C. com. fr.

³- Art. L. 225-100 al.3 et Art. L . 225-100- 1C. com. fr..

⁴-Com., 15 avrile 1982, Rev .soc . 1983, p. 343.

⁵- أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 82.

⁶ - المادة 790 من ق.ت.ج .

⁷ - المادة 819 الفقرة 4 من ق.ت.ج.

وعلاوة على الوثائق المذكورة أعلاه هناك وثائق أخرى يجب كذلك وضعها تحت تصرف المساهم ولا يمكن منعه من الإطلاع عليها في أي وقت والمتمثلة في أوراق الحضور محاضر الجمعيات والحسابات المدعمة التي تقوم بإعدادها الشركات القابضة كونها تخضع لنفس قواعد التقديم التي تخضع لها الحسابات السنوية الفردية¹.

أما فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيحق للشريك أن يحصل في أي وقت بمقر الشركة على نسخة من القانون الأساسي لشركة، ملحقة بقائمة لهوية المديرين ومندوبي الحسابات و يمكن الإتفاق أن تكون هذه الخدمة مقابل مبلغ مالي دون أن تتجاوز قيمته ما هو محدد بموجب التنظيمات القانونية السارية المفعول². كما يحق للشريك أيضا الإطلاع بنفسه على الوثائق الحسابية لشركة و أخذ نسخة منه بإستثناء قائمة الجرد، بالإضافة إلى إمكانية الإستعانة بخبير معتمد³.

و من خلال ما سبق يستشف أن المشرع لم يترك للشركاء مجالا واسعا من الحرية التعاقدية لتنظيم هذا الحق في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المساهمة وذلك بالنظر إلى كثرة القواعد التي تنظمه و بالأخص في تحديد الوثائق الواجب عرضها، وهذا هو موقف كل من المشرع الجزائري و الفرنسي و الذي بدون شك يؤكد أهمية ضمان حق الإعلام بالنسبة للشركاء، و هذا لا يمثل حرجا في تعميم هذه القاعدة بالنسبة لكافة الشركات التجارية لتنظيم حق الاطلاع في القانون الأساسي، و تعزيزه من خلال التمييز بين الإعلام المسبق و الإعلام الدائم و بيان الوثائق و المعلومات الواجب و وضعها تحت تصرف الشركاء، كما يجوز للقانون الأساسي أن يحدد التدابير المفروضة على المديرين في سبيل ممارسة حق الإطلاع، و يمكن أن يصل الأمر إلى وضع صلاحية التحقيق في المعلومات المقدمة، أو بحث عن المعلومات التي لا يفرض القانون على الشركة تقديمها، وهو ما يعني

¹ - المادة 732 مكرر 4 الفقرة 2 من ق.ت.ج.

² - المادة 585 من ق.ت.ج.

³ - المادة 558 من ق.ت.ج.

الإعتراف للشريك بمقتضى بنود القانون الأساسي بحقوق جديدة غير محددة قانوناً كما يجوز للقانون الأساسي أن يحدد التدابير المفروضة على المديرين في سبيل ممارسة حق الإطلاع و يمكن أن يصل الأمر إلى وضع صلاحية التحقيق في المعلومات المقدمة أوبحث عن المعلومات التي لا يفرض القانون على الشركة تقديمها، و هذا يعني الإعتراف للشريك بمقتضى بنود القانون الأساسي بحقوق جديدة غير محددة قانوناً¹.

أما بالنسبة لشركات الأشخاص يحق للشركاء غير المديرين في شركة التضامن أن يطلعوا بأنفسهم مرتين في السنة بمقر الشركة على الوثائق الموجودة هناك، ولهم الحق في أخذ نسخ و الإستعانة بخبير معتمد أمام القضاء²، وهذا بعكس التشريع الفرنسي الذي يضيف الحق في طرح أسئلة كتابية تتم الإجابة عليها من قبل المديرين³، وإن هذا الحق هو مكفول أيضاً للشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة وهذا مقابل منعه من ممارسة أعمال التسيير الخارجية و لو بمقتضى وكالة⁴.

إنطلاقاً من هذا فإنه ليس هناك ما يمنع الشركاء من الإتفاق في إطار القانون الأساسي على أن يمارس الحق في الإعلام أكثر من مرتين في السنة أو جعله دائماً، خاصة إذا تم تعيين المدير من غير الشركاء بحيث يضمن لهم متابعة فعلية لأمر الشركة وخاصة وضعيتها المالية بإعتبار أنهم مسؤولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة، وهو ما يراعي مبدأ التوافق أو التوازن بين السلطات و المسؤوليات المقابلة لها، و الذي يتوجب إحترامه عند معالجة أبعاد الحرية التأسيسية أو التعاقدية في الشركات التجارية⁵.

أما فيما يتعلق بشركة التوصية بالأسهم و بناءاً على أحكام الإحالة، كما هو في حال في حالة الإعلام المسبق فإنه تطبق بشأن الشركاء المتضامنين أحكام شركة التضامن

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 85.

² - المادة 558 من ق.ت.ج.

³ - Art. L. 221- 8 et R. 221- 8 C. com. fr.

⁴ - المادة 563 من ق.ت.ج.

⁵ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 83.

وتطبق في المقابل القواعد المتعلقة بالمساهمين في شركة المساهمة على الشركاء الموصين¹.

ثانياً: الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها

تجدر الإشارة إلى أن الحق في التصويت والحق في حضور الجمعيات حقين متلازمين، إذ لا يمكن الحصول على تصويت إلا في إطار إجتماع الشركاء في جمعية عامة، ومع ذلك لا بد من عدم الخلط بينهما لأن حق التصويت حق مخول للشريك وحده على خلاف حق حضور الجمعيات المخول للعديد من الأشخاص الذين لا يعتبرون أعضاء في الشركة وفي نفس الوقت لا يعتبرون أجنب عنها².

و فق هذا المنطلق لا يجوز بمقتضى بنود القانون الأساسي إستبعاد الجمعية العامة للشركاء أو إستبدالها في ممارسة صلاحياتها القانونية، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك³.

1- الحق في الحضور الجمعيات

إن حق الشريك في حضور الجمعيات العامة من الحقوق الأساسية المستمدة من صفته كشريك، و لا يجوز حرمانه منها إلا برضاه فهو ينبثق من حق مساهمته في رأس مال الشركة، و يعتبر من النظام العام و الحرمان منه يعد بمثابة نزع للملكية.

إلا أنه يجوز للقانون الأساسي للشركة تنظيم إستعمال هذا الحق، و لكن لا يجوز أن يخل به أو ينص على خلافه⁴ فإن الشركاء يتمتعون بحرية واسعة في تحديد مكان إنعقاد الجمعية العامة بموجب بنود القانون الأساسي لشركة خاصة بالنسبة للشركات المكونة من عدد صغير من الشركاء كما هو الحال عليه بالنسبة لشركة التضامن، ولكن بناء على حق

¹ - المادة 715 ثالثا الفقرة 3 من ق.ت.ج.

² - Y. GUYON, Assemblées d'actionnaires, Encyl. D. soc. 1984, T. 1, p. 20.

³ - المادة 712 الفقرة 1 من ق.ت.ج.

⁴ - أنظر، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 310.

كل شريك في المشاركة لا يجوز سواء بموجب القانون الأساسي أو غيره، إختيار مكان يترتب عليه حرمان الشركاء من الحضور¹.

يبرر بعض الفقه جواز إمكانية إدراج مثل هذه البنود، وذلك بأن مقتضيات العمل في الشركات الكبيرة التي تضم عددا كبيرا من المساهمين توجب قصر الحضور على الذين يمتلكون عددا أدنى من الأسهم لكي لا يزدحم الإجتماع بصغار المساهمين الذين تكون مصالحهم ضئيلة في الشركة بسبب قلة عدد الأسهم التي يمتلكونها. ويجوز للمساهمين الذين ليس لديهم العدد المطلق من الأسهم أن يتكثروا ويشكلوا العدد المطلوب وإختيار أحدهم للنيابة عنهم في حضور الجمعية والتصويت فيها.

ويبرره آخرون بالإعتبارات العملية ومنها الرغبة في حسن إدارة الإجتماعات، ومنع أي شغب يمكن أن يحصل نتيجة لإجتماع عدد كبير من المساهمين وتيسير إيجاد المكان الملائم للإجتماع. حتى و إن كان من شأن هذه البنود التقليل من مفهوم الديمقراطية في شركة المساهمة، إلا أنه من وجهة النظر الإقتصادية والعملية تسمح هذه البنود بتخفيض نفقات تنظيم الإجتماع ، وعند الإقتضاء تحاشي حضور بعض المساهمين الذين يحوزون أسهم عدة شركات بهدف وحيد هو إعاقة السير الطبيعي لإنعقاد الجمعيات العامة.

وعلى الرغم من وجهة هذه الإعتبارات، فإن هذه البنود تهدف إلى تخفيض عدد المساهمين من حضور هذه الإجتماعات لما لهذا الأمر من إيجابية غير قابلة للإعتراض. إذ عندما تتعدّد الجمعية العامة بأعداد مرتفعة، فإن المداولات سوف تطول، كما يمكن لبعض المساهمين تسليم أسهمهم إلى مضاربين يثيرون العراقيل. لذلك فإن إستبعاد صغار المساهمين سوف يسمح بتفادي المناقشات الهشة في الجمعيات غير المنظمة. وبالتالي يوجد هنا مظهر من مظاهر الإعتبار الشخصي وذلك بإعتبار أن المؤسسون يرغبون فقط في حماية الشركة و مصلحتها بوجه الأقلية الطائشة عبر تسهيل إنعقاد الجلسات، وليس تفضيل كبار المساهمين بمنحهم إمتيازاً

¹ - Y. Guyon, Les sociétés (aménagements statutaires et conventions entre associés), op. cit, p 134.

يترك مبدئياً لبند القانون الأساسي تحديد جميع المسائل المتعلقة بإستدعاء الشركاء وهذا في ظل إلتزام الصمت من طرف المشرع الجزائري حيال هذه النقطة، مما يعني إمكانية تنظيمها بكل حرية في القانون الأساسي¹، و ذلك خلافاً للمشرع الفرنسي الذي نص صراحة على الإجراءات المتعلقة بالإستدعاء لجمعيات المساهمين².

ويجوز النص في القانون الأساسي الشركة إشتراط تسديد المساهم الأقساط المتبقية من قيمة أسهمه من أجل السماح له في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها، وبالتالي يشكل إستبعاده وسيلة غير مباشرة من أجل حثه على الوفاء بإلتزاماته حتى ولو كان يملك العدد المطلوب حيازته من الأسهم من أجل حضور الإجتتماعات.

يتم الحق في حضور الجمعيات العامة بطريقتين، إما بالأصالة أي بحضور الشريك نفسه جلسات الجمعية العامة إذا سمحت ظروفه بذلك، أو بالإنابة و ذلك بتكليف شخص آخر يمثله فيها. و تتضح أهمية التمثيل خاصة في شركة المساهمة التي يضعف فيها الإعتبار الشخصي و ذلك خلافاً لشركات الأشخاص التي تعتبر فيها شخصية الشريك محل إعتبار³.

و قد إستجاب المشرع الجزائري ضمناً لفكرة التمثيل في مداولات الجمعية العامة بالنسبة لشركة المساهمة⁴، و من ثم لا يمكن أن يلزم بالحضور الشخصي لإجتتماع الجمعية العامة أو أن يرد بند في القانون الأساسي يجعل إحتساب النصاب القانوني للحضور والأغلبية مقصور على المساهمين الحاضرين للإجتتماع و أما المشرع الفرنسي فقد أعلن مبدأ التمثيل صراحة⁵، إذ يجوز لأي مساهم أن يكلف مساهماً آخر بتمثيله أو زوجه، وأشار إلى أن أي شرط مخالف لهذه الأحكام كأن لم يكن.

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 90.

² - Art . R. 225-62 C. com. Fr.

³ - أنظر، محمد عمار تيباز، المرجع السابق، ص 312.

⁴ - المواد 674 الفقرة 2 و 675 الفقرة 2 و 681 من ق.ت.ج.

⁵ - Art. L. 225-106 C. com. fr.

و فضلا على صحة توكيل زوج المساهم أو مساهم آخر للحضور في الجمعية العامة فإنه يجوز توكيل شخص آخر أجنبي للحضور إذا سمح القانون الأساسي بذلك. أما فيما يخص الشركات التجارية الأخرى و في ظل غياب أحكام صريحة فيظل التوكيل جائزا عملا بالقواعد العامة للعقود¹، فإن إرادة المتعاقدين تلعب دورا كبيرا، و تمارس دورها على قدم المساواة في ترتيب شروط و آثار هذه الوكالة، و لكن لشخصية المتعاقد مع الشريك إعتبار خاص، فالطابع الشخصي لعقد الوكالة يتطلب من الشريك يعين وكيله بالإسم وإذا تم تعيينه لا يجوز للوكيل أن يكلف شخصا آخر يحل مكانه². و تعتبر وكالة الشريك لدى الجمعية العامة وكالة خاصة بإستثناء الممثل القانوني فإنه يخول حق الحضور بوكالة عامة³ وهذا بخلاف الممثل الإتفاقي الذي تقتصر صلاحياته على مهمة خاصة و هي تنصب هنا على حضور جلسات جمعية واحدة، و هذا ما أقره المشرع الفرنسي⁴ فقد ألتزم بأن الوكالة لا تعطى إلا لجمعية واحدة، و يجوز أن تعطى من أجل حضور جمعيتين في آن واحد إحداهما عادية و أخرى غير عادية تتعقدان في نفس اليوم و يستفاد من هذا الموقف أنه لا يمكن أن تنصب الوكالة على جمعيتين عاديتين أو غير عاديتين ولو إنعقدتا في نفس اليوم ، وإن مدة الوكالة تحدد بالوقت الذي تستغرقه مناقشات المسائل المدرجة في جدول الأعمال⁵.

تتنوع جمعيات المساهمين العامة بتنوع الهدف الذي تتعقد من أجله. وهناك ثلاثة أنواع من الجمعيات: الجمعية التأسيسية وهي المكلفة للتأكد من صحة تأسيس الشركة وتقدير

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 90.

² - و هذا خلافا للوكيل القانوني أو الوكيل القضائي بالنسبة لحالتي الشخص المعنوي و ناقص الاهلية ، غير ان الممثل القانوني للشخص المعنوي له ان يختار وكيلاً عنه لحضور اجتماعات الجمعيات العامة، ولكن لا يجوز لهذا الوكيل ان يسند الوكالة الى شخص اخر و يبرر هذا الحظر ايضا الطابع الشخصي للوكالة .

³ - يستطيع الوصي مثلا ان كان يمثل شريكا ناقص الاهلية بنفس سند تعيينه في الجمعية العامة دون ان تكون هناك حاجة الى وكالة خاصة .

⁴ - Art. L. 225-96 nouv. C. com .

⁵ - G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit, p.862 .

الحصص العينية والموافقة على نظام الشركة...¹، أما الجمعية العامة العادية فهي التي تجتمع لأجل مناقشة أعمال مجلس الإدارة وللبث في حسابات الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر وتعيين مندوبي الحسابات وأعضاء مجلس الإدارة²، أما الجمعية العامة غير العادية فيكون من إختصاصها تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه³.

لا تتعد الجمعية العمومية من تلقاء نفسها، بل يتعين دعوتها للإنعقاد. ويعود الحق في توجيه الدعوة لمجلس الإدارة بقرار يصدر عنه وإذا تخلف توجب على مندوب الحسابات القيام به، كما إذا تخلف أعضاء مجلس الإدارة و مندوب الحسابات عن دعوتها فيحق للمساهمين أن يطلبوا من المجلس تقرير الدعوة. ولم يفرض القانون حضور جميع المساهمين في الجمعيات العامة، ففي الجمعية العامة غير العادية، فرض المشرع ضرورة حضور عدد من المساهمين الحاضرين أو الممثلين يملكون النصف على الأقل من الأسهم في الدعوة الأولى، و على ربع الأسهم ذات الحق في التصويت أثناء الدعوة الثانية⁴. أما بالنسبة للجمعية العامة العادية، فيتوجب أن يكون عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين على الأقل ربع الأسهم التي لها الحق في التصويت في الدعوة الأولى، وإذا لم يتوفر هذا النصاب فتوجه الدعوة الثانية وتكون قانونية أيا كان النصاب⁵. وتصدر قرارات الجمعيات العامة بالأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها بالنسبة للجمعية العامة غير العادية⁶، وبأغلبية الأصوات المعبر عنها في الجمعية العامة العادية⁷. أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فتتخذ القرارات بالأغلبية المطلقة لأصوات الحاضرين⁸.

1 - المادة 600 من ق.ت.ج.

2 - المادة 675 من ق.ت.ج.

3 - المادة 674 من ق.ت.ج.

4 - المادة 674 الفقرة 02 من ق.ت.ج.

5 - المادة 675 الفقرة 02 من ق.ت.ج.

6 - المادة 674 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

7 - المادة 675 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

⁸ - Art. L. 225-98 nouv . C. com .

لا يصح أن يشترط في القانون الأساسي للشركة نسبة أقل من النسبة المعينة له من قبل المشرع الذي يعتبر هذه الأحكام من الأحكام الآمرة المتعلقة بالنظام العام، ولكن يجوز أن يشترط القانون الأساسي نسبة أعلى، لأن النسبة المعينة للنصاب والأغلبية هي نسبة دنيا فيصح بالتالي رفعها في القانون الأساسي. إن هذا الإجراء أكثر حكمة ونحن نجد مظهرا من مظاهر الإعتبار الشخصي في الشركة المساهمة. فعندما يقوم المساهمون بتحويل أسهمهم إلى أسهم لحاملها، بالتأكيد سوف تنتقل هذه الأسهم من دون معرفة إدارة الشركة، إلا أن الخطر يكمن في إمكانية وقوعها بين أيدي مضاربيين ومنافسين والذين بإمكانهم فرض إرادتهم في الجمعية العامة وذلك بسبب قلة عدد المساهمين الحاضرين في الجلسة¹.

و مما لا شك فيه أن قاعدة الإجماع تحفظ وتصور الحقوق الفردية للشركاء وتبقيها كاملة غير منقوصة، كما أنها تتلاءم من ناحية أخرى مع فكرة العقد. وما زالت القوانين تعتبر أن مصلحة الشركة تقتضي في بعض الحالات، صدور قرار جماعي عن الشركاء. لذلك يحظر على الأغلبية المساس بحقوق الغير أو زيادة إلتزامات المساهمين، ما عدا العمليات الناتجة عن تجمع الأسهم التي تمت بصفة منتظمة².

إذ لا يجوز للأغلبية أن تتخذ قرارات من شأنها زيادة إلتزامات المساهم، وهذا المبدأ أقره أيضا المشرع الفرنسي³ بنص صريح. حتى و إن كان المشرع لم يتكفل بتحديد جميع الحالات التي تنترب على صدور القرار من الجمعية العامة زيادة إلتزامات المساهم إلا أنه مع ذلك أشار إلى تطبيقات المبدأ. ويعمد الفقه إلى بيان الكثير من الأمثلة على القرارات التي من شأنها زيادة إلتزامات المساهم ومنها أنه لا يجوز للجمعية العامة أن تقرر رفع القيمة الإسمية للأسهم و إلزام المساهمين بدفع الفرق، أو تقديم مواعيد الوفاء بالنسبة إلى الأسهم غير المدفوعة قيمتها بالكامل، أو زيادة معدل الفائدة على هذه الأقساط أو حظر

¹- CA. Douai, 24 mai 1962, D. 1962, p.688, note Dalsace.

² - المادة 674 من ق.ت.ج.

³ - Art. L. 225-96. al.1^{er} C. com

الوفاء بالمقاصة¹. ولا يجوز أيضا للجمعية العامة أن تقرر اندماج شركة المساهمة بشركة التضامن لأن هذا القرار من شأنه زيادة إلتزامات المساهم ويحظر إتخاذ قرار الإندماج في مثل هذه الحالة وعلى أية حال فإن المشرع الفرنسي إشتراط لصحة القرارات التي من شأنها زيادة إلتزامات المساهم أو المساهمين، وجوب صدور القرار بالإجماع². وما زال القضاء يتشدد في تطبيق قاعدة الإجماع فيمنع أية زيادة في إلتزامات الشريك حتى لو بطريقة غير مباشرة. ويعتبر القضاء الفرنسي³ أن زيادة أعباء الشريك تجاه الغير أو زيادة القيمة الإسمية للأسهم بزيادة المقدمات تتطلب الإجماع. فإن إشتراط الإجماع وموافقة جميع المساهمين يشكلان عودة لبروز شخصية الشركاء في شركة المساهمة وتقدمها بالتالي على الشخصية المعنوية وذلك نظرا لأهمية هذه القرارات المصيرية التي تؤثر على كيان الشخص ذاته.

2- الحق في التصويت

إن التصويت في الجمعية العامة من الحقوق الأساسية و الجوهرية التي يتمتع بها كل شريك نتيجة لمشاركته في رأس مال الشركة، إذ يعتبر من الحقوق الثابتة التي لا يمكن المساس بها في أي حال من الأحوال، فلا يجوز للقانون الأساسي أن يلغي هذا الحق ويجعل ممارسته معلق على شرط، فلا بد أن يكون الشريك دائما متمتعا بحقه في التصويت و محتفظا بحرية ممارسته، كما يعد كل إتفاق يتنازل من خلاله الشريك عن حقه في التصويت أو يقرر التصويت في إتجاه معين باطل، فالمبدأ كل إتفاقية يكون موضوعها الإعتداء على حرية ممارسة الحق في التصويت تعد باطلة⁴.

و يعتبر حق التصويت أحد الحقوق الفردية الأساسية الممنوحة للمساهم فهو يشكل من جهة حقا شخصيا يعكس تنفيذ الإلتزامات الناجمة عن عقد الشركة ومن جهة أخرى حقا وظيفيا يمكن المساهم من المشاركة في القرارات الجماعية والقيام بوظيفته لتطوير وتحسين

¹- Ph. Merle, op. cit, p. 571.

²- Art. L. 225-245al.1^{er} C. com

³- Cass. Civ, 3 juillet 1979, R.T.D Com 1980, p. 94.

⁴ - أنظر، حلوش فاطمة أمال، المرجع السابق، ص 173.

نشاط الشركة، و هو جوهر السهم ذاته في مداوات الجمعيات العامة¹ حيث يكون لكل مساهم عدد من الأصوات بقدر عدد الأسهم التي يملكها أو يمثلها² وهو ما يعرف بمبدأ التناسب على أنه يجوز تنظيم إستعماله في حدود معينة وذلك بالنص في القانون الأساسي على عدد الأصوات التي يجب أن يحوزها كل مساهم في الجمعيات العامة سواء كانت عادية أو غير عادية، بشرط أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم أيا كانت فنتها³ وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي فقد أجاز للقانون الأساسي تقييد عدد الأصوات التي يملكها كل مساهم في الجمعيات العامة بشرط أن يفرض هذا القيد على كل الأسهم دون تفرقة بينها، مع مراعاة ألا يسري إلا بالنسبة للجمعيات العامة⁴، وهذه القاعدة ما هي إلا تطبيق لمبدأ المساواة بين المساهمين بإعتباره أحد النتائج المترتبة عن نية الإشتراك التي تعد من الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة⁵.

فيجوز النص في القانون الأساسي للشركة على تحديد عدد الأصوات التي يملكها المساهم بأقل من عدد الأسهم التي يملكها⁶. والتحديد يرد إما بشكل مطلق، كأعطاء صوت واحد لكل خمسة أو عشرة أسهم مثلا أو يرد بشكل يتناسب فيه مع عدد الأسهم التي يملكها كأن يقرر صوتا واحدا لكل خمسة أسهم وحتى مئة سهم وصوتا واحدا عن كل عشرة أسهم تزيد على المائة وحتى ألف سهم، وصوتا واحداً عن كل مائة سهم إذا ما زاد عن الألف سهم وأكثر. وبالتالي نرى أن هذه البنود تهدف إلى الحد من هيمنة أصحاب المساهمات الكبيرة في الشركة وحماية المساهمين من ذوي المساهمات الصغيرة، إذ يكشف العمل عن هيمنة بعض المساهمين من ذوي المساهمات الكبيرة على بعض الجمعيات العامة للشركات وذلك

1 - أنظر، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 317.

2 - المادة 684 من ق.ت.ج .

3 - المادة 685 من ق.ت.ج .

4 - M. COZIAN et A. VIANDIER, op. cit, p302 .

5 - أنظر، محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات الأموال، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 168.

6 - Art. L. 225-125, al.1^{er} C. com.

من خلال إستحواذ هؤلاء على الأغلبية اللازمة لصنع القرارات المضرة بمصلحة الشركة والمساهمين.

يعتبر الحق في التصويت من حقوق الشريك الداخلة في النظام العام، التي لا يجوز لبند القانون الأساسي إستبعادها حسب موقف محكمة النقض الفرنسية¹، سواء بالنسبة لشركة التجارية وفق منظورها العقدي أو النظامي الغالب، بإستثناء حالات محددة قانوناً² علاوة أنه يجوز مخالفة القواعد التي تربط الشريك بنوع الجمعية العامة المنعقدة فالمشرع الجزائري يقرر على سبيل المثال حق التصويت للمنتفع بالأسهم في الجمعية العادية³ ولمالك الرقابة بمناسبة الجمعية العامة غير عادية⁴، وإن كانت هذه القاعدة مقررة ضمن أحكام شركة المساهمة فهي تسري أيضاً بالنسبة لكافة الشركات التجارية الأخرى، مراعاة للقواعد المتعلقة بتجزئة حق الملكية⁵، و هذا عكس ما أقره المشرع الفرنسي بخصوص هذه المسألة فهو يقضي بحق التصويت للمنتفع بالحصص عندما يتعلق الأمر بالبث في مسألة تخصيص الأرباح من قبل الجمعية العامة، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام بحيث يجوز مخالفتها بمقتضى بنود القانون الأساسي⁶، مع الإشارة أن القضاء الفرنسي يرى أن صفة الشريك في حالة تجزئة حق ملكية حصص الشركة تعود فقط لمالك الرقابة وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية⁷ في قرار "دوغاست" إذ نقضت قرار قضاة الموضوع المتضمن تقرير صحة البنود التي تقضي بوجود تمثيل مالك الرقابة بالمنتفع من حصص الشركة عند البث في القرارات الجماعية، حتى تلك المتعلقة بالجمعية العامة غير عادية وإعتبرت بأنه إذا

¹ - Com., 09 février 1999 J.C.P. 1999.

² - المواد 603 الفقرة 02، 628 الفقرة 05، 672 الفقرة 04 من ق.ت.ج.

³ - أنظر، فرحة زراوي صالح و نادية حميدة، الوضعية القانونية للمنتفع بالأسهم في شركة المساهمة، مجلة المؤسسة والتجارة، 2007 عدد 03، ص. 24، و المادة 679 من ق.ت.ج.

⁴ - المادة 679 من ق.ت.ج .

⁵ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 91.

⁶ - Arts. 1844 al 3-4 C.civ.fr.

⁷ -Com., 04 janvier 1994, Dr.soc. 1994, p. 45.

كان من الممكن للقانون الأساسي تنظيم ممارسة حق التصويت، لكنه لا يجوز بأي حال من الأحوال حرمان مالك الرقابة من حقه في المشاركة في جلسات الجمعيات العامة.

و بالتالي و دون التطرق لإشكالية صفة الشريك بالنسبة للمنتفع، فإنه يمكن القول بصحة البنود التأسيسية التي تتولى تنظيم أو توزيع الحق المشاركة و التصويت خلال جمعيات العامة بين مالك الرقابة و المنتفع بالأسهم أو الحصص¹.

قد يرد أيضا في القوانين الأساسية لبعض شركات المساهمة بنود تنص على عدم السماح للمساهمين الجدد بالمشاركة في الجمعيات العامة، وبالتالي حرمانهم من ممارسة الحق في التصويت قبل مرور فترة معينة يحددها القانون الأساسي وتسمى "بند التدريب" Clause de stage. إن الغاية من إدراج مثل هذه البنود ترمي إلى إبعاد المالكين لأسهم بنية المضاربة للحصول على الأغلبية. ونجد في أغلب الأحيان، أن إدراج هذا البند يتوقف على موافقة الشركة التي تحرم المساهم الحائز مؤقتا لسهمه، من ممارسة حقوقه للتأكد في ما إذا كان بالإمكان رفض الموافقة على إكتساب أسهمها وإبعاده من الشركة أم لا. وهناك قرار بهذا الخصوص أقر بإدراج هذه البنود².

كما أن هناك إعتبارات عديدة منها الخاص بالشركة أو يصب في مصلحة الشركة أو الغير أو يراعي إعتبارات وطنية، ومنها وجود أسهم غير مشاركة في التصويت Actions à dividende prioritaire sans droit de vote يمكن إعتباره وسيلة تحد من سيطرة الإستثمارات الأجنبية التي أصبحت تشكل خطرا على الصناعات المحلية من خلال شراء معظم الأسهم في الشركات، وبالتالي السيطرة على إدارتها وتحويلها في الإتجاه الذي تريده. فوجود هذه الأسهم يشكل وسيلة للحفاظ على سيطرة الشركات الوطنية على إدارتها رغم وفرة الرأسمال الأجنبي فيها.

إن الواقع العملي، لا يكفي بتقييد حق التصويت لكبار المساهمين والأجانب بل أيضا

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع نفسه، ص 92.

² - Cass. Civ. 9 février. 1937, S, 1937.1. p. 192, note. Rousseau.

تقوية تأثير بعض المساهمين في الجمعيات العامة وذلك بمنحهم عددا من الأصوات تختلف عن تلك العائدة للمساهمين الآخرين والتي يطلق عليها الأسهم ذات الصوت المزدوج Actions à vote plural. وقد تلجأ إليها الشركة لأسباب متعددة، فقد تمنح إلى بعض المساهمين بسبب الخدمات التي قدموها عند تأسيس الشركة، كما قد تمنح إلى المساهمين الجدد نظيرا للأموال التي قدموها للشركة تلبية لحاجات طارئة. بالإضافة إلى ذلك إن الإمتياز في التصويت يكون ضرورياً، عندما تكون الشركة بحاجة إلى حماية بوجه الغير كالمضاربيين والمنافسين والذين يهدفون إلى إتلاف الشركة وذلك من خلال السيطرة على مقاعد مجلس الإدارة باكتسابهم عددا من الأصوات تؤمن لهم الأغلبية في الجمعيات العامة. فضلاً عن ذلك قد تمنح هذه الأسهم بهدف حفظ حق المساهمين الوطنيين بعدد أكبر من الأصوات بحيث تكون لهم الأغلبية اللازمة تمكنهم من السيطرة على إدارة الشركة وتوجيهها ضمن إطار وطني سليم، ومن مزايا هذه الأسهم أنها تتيح لمؤسسي الشركة معارضة الإجراءات الخطيرة التي قد يلجأ إليها المساهمون لا سيما مساهمي الأقلية لإقضاء المديرين من غير مبرر عن إدارتها والإستيلاء على الإدارة.

كما أنه يجوز تحديد نطاق إستعمال حق التصويت في حدود معينة، فمثلا يجوز وضع حد أعلى لعدد الأصوات التي يمثلها المساهم في الجمعيات العامة بوصفه أصيلاً أو نائباً عن الغير، و ذلك لمقاومة سيطرة المساهم المنفردة بالأغلبية على مصالح الأقلية، فقد يتضمن القانون الأساسي لشركة تقييد الأصوات الزائدة عن عدد معين.

و لكن في جميع الأحوال لا يعني عدم توافر نصاب الأسهم للتصويت، أن يحرم المساهم من حق التصويت، فهذا الحق يثبت لكل من يملك و لو سهما واحدا في الشركة وذلك يكون بإنضمام صغار المساهمين بعضهم لبعض للوصول إلى نصاب التصويت، ثم

إختيار ممثل عنهم، أما إذا لم يتضمن القانون الأساسي بنودا خاصة بتنظيم حق التصويت فلا يجوز تقييد حق المساهم في هذا الشأن¹.

و يجب أن يكون للمساهم الحرية الكاملة في ممارسة حق التصويت، و من ثم يكون إشتراك المساهم في التصويت إختياريا، له أن يصوت أو لا يصوت بالرغم من أن الإدلاء بصوته يساهم في عمل الشركة، و أن يعبر عن رأيه بكل إستقلالية، و أن ينحاز إلى الإتجاه الذي يناسبه، و يستطيع المساهم أن يختار وكيلا يمثله في التصويت نيابة عنه، بشرط أن يتعلق التوكيل بالتصويت بكامل حصص الموكل، إذ يعتبر كل شرط مخالف في هذه الحالة كأن لم يكن، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري و الفرنسي بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة²، و شركة المساهمة إذ يستوجب كلا المشرعين تعيين وكيل عن أصحاب الأسهم المملوكة على الشيوع للتصويت في الجمعيات العامة³. لأن التسليم بهذا الوضع يجعل صاحب حق التصويت في وضع غريب، إذ يمكن أن يتبنى موقفا متناقضا إذا إشتراك في الإقتراع عن جزء من أسهمه و يترك بقية أصواته لوكيله.

و بالرغم من هذا فان الحياة العملية أفرزت بعض الحالات التي تكون فيها تجزئة حق التصويت ممكنة و مناسبة، فمثلا إذا كان المساهم عبارة عن شخص معنوي و لم يتوصل أعضائه إلى إتفاق على تحديد الإتجاه الذي يمثله التصويت، فإنه يترتب على هذا الخلاف تعيين عدد من الممثلين لممارسة الحق في التصويت، و إن كل ممثل يعبر عن إتجاه مستقل عن بقية الممثلين، و بهذا يكون المساهم الشخص المعنوي قد عبر عن أكثر من إتجاه للتصويت و البعض كان متناقضا. و كما هو الحال أيضا بالنسبة للمساهم المرتبط بإتفاق تصويت، ثم يكتسب في وقت لاحق أسهما جديدة لا تدخل في دائرة مجال هذا الإتفاق، ففي

¹ - أنظر، محمد عمار تيباز، المرجع السابق، ص409.

² - المادة 581 الفقرة 4-5 من ق.ت.ج

-Art.L.223-28als 4et 5C.com.fr.

³ - المادة 679 الفقرة 2 من ق.ت.ج

-Art.L.225-11ls .2C.com.fr.

هذه الحالة يستطيع المساهم التصويت بأصواته الجديدة في اتجاه مخالف لأصواته محل الإتياف¹.

أما عن طريقة التعبير عن التصويت داخل الجمعيات العامة، تركت الحرية التامة للشركاء لنص عليها في القانون الأساسي و فقا لظروف الشركة، وفي حالة سكوت القانون الأساسي عن هذه النقطة يجوز بقرار من الجمعية العامة تحديد الطريقة التي يعبر بها الشريك عن وجهة نظره، و بالتالي يترك الأمر إلى القانون الأساسي و الجمعية العامة و فقا لظروف كل شركة و عدد المساهمين بها².

فلقد أجاز القانون الفرنسي أسلوب التصويت بالمراسلة في جميع الجمعيات العامة العادية و الغير عادية و يعد كل شرط مخالف كأن لم يكن³، كأن يدرج بند في القانون الأساسي يقضي باستبعاد هذه الطريقة أو يخصها بنوع معين من الجمعيات العامة أو لقرارات خاصة تصدرها هذه الأخيرة، وإن التصويت بالمراسلة يتم عن طريق البريد العادي والبريد الإلكتروني⁴. وتستهدف هذه الطريقة لتشجيع الشركاء على المشاركة في تسيير الشركة ومراقبة إدارتها ونشاطها رغم عدم حضورهم إجتماعات الجمعيات العامة، وتجنب مخاطر اللجوء الى التفويضات المطلقة ووضع نهاية لتجاوزات المنجرة عنها، وإن أصوات المراسلة تحسب في النصاب القانوني للحضور و الأغلبية في التصويت إذا كان الموضوع يتعلق بقرار مطروح لتصويت في جدول الأعمال، أما إذا تعلق الأمر بمسألة وردت أثناء المناقشة في الجلسة فلا تحتسب أصوات المراسلة⁵.

وعموما لم يغير التصويت بالمراسلة كثيرا من عادات المساهمين. و أثبت العمل أن اللجوء إلى هذه الطريقة محدود جدا، و لا يتم إلا على سبيل الإستثناء وفي نطاق الشركات

¹ - أنظر، محمد عمار تيار، المرجع السابق ، ص 416.

²- G. RIPERT et R. ROBLLOT, op. cit.,p 918.

³ - Art.L.225-107l .C.com.fr

⁴ - Art .L.225-75s .C .com.fr

⁵ - G. RIPERT et R. ROBLLOT, op. cit.,p 864.

العائلية فقط و أن أغلب المساهمين يفضلون إعطاء توكيل لمساهم آخر، وخاصة في الشركات الكبرى.

وهذا ما أدى إلى ظهور طريقة جديدة لتصويت وهي التصويت الإلكتروني الذي أوجده المشرع الفرنسي تماشيا مع التطور التكنولوجي ، بموجب التعديلات التي أدخلها على القانون التجاري الفرنسي عام 2001، وتعتمد هذه الطريقة على إستعمال الوسائل التقنية للإتصال أو تلك التي تسمح برؤية جلسات الجمعية العامة عن بعد¹ بواسطة شاشات تستعمل لهذا الغرض، وتختلف هذه الطريقة عن سابقتها في كونها تجيز للمساهم المشاركة في الإجتماعات، ومن ثم، إحترام مبدأ الوجاهية بين كل المساهمين والهيئات الإدارية والرقابية الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إذا تم التصويت بالمراسلة². ونظرا لأهميتها فإنه يشترط لتطبيقها، إدراجها و تنظيمها في القانون الأساسي³، إلا أن المشرع الفرنسي قد حدد بعض الحالات بالنسبة لبعض الشركات بحيث لا يجوز إستعمال هذه الطريقة في التصويت كما هو الحال بالنسبة لشركة ذات المسؤولية المحدودة حيث إستبعد هذه الطريقة إذا تعلق الأمر بالإجتماعات المتعلقة بالمصادقة على الحسابات السنوية، كما أجاز للشركاء الإعتراض عنها بموجب بنود القانون الأساسي⁴.

أما عن صحة إتفاقيات التصويت، و التي يقصد بها تلك التعهدات المبرمة بين الشركاء قصد التصويت في إتجاه معين أو الإمتناع عن ذلك⁵، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري أو التشريع الفرنسي يلاحظ أن كلا من المشرعين لم يتطرقا إلى مثل هذه الإتفاقيات فيما عدا الجريمة المتعلقة بمنح مزايا معينة للتصويت في إتجاه معين.

يرى الفقه بالإستناد إلى الواقع العملي لإتفاقيات التصويت في فرنسا أن الإتفاقيات التي تتضمن تنازلا عن ممارسة حق التصويت تشكل مساسا بالغا بحرية المساهم في التصويت

¹- Art. L. 225-107, II C. com. fr.

² - Ph. MERLE, op. cit, p. 512.

³ - M. COZIAN et A. VIANDIER, op. cit, p.321

⁴ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 94.

⁵ - Ph. JANIN, op. cit, p. 609.

داخل الجمعيات العامة، وعادة ما تكون هذه الإتفاقيات غير ظاهرة للبيان إلا في حالة وقوع نزاع بين أطرافها، والفقهاء الفرنسيون متفق على ذلك¹. و لا تكون هذه الاتفاقيات شرعية إلا إذا تمت و فقا لشروط معينة، منها واجب إحترام مصلحة الشركة وعدم الحد من حرية المساهم في التصويت بإعتبار أن الوظيفة الأساسية لحق التصويت هي حماية الشريك والشركة معا فهو من جهة يمكن المساهم من المشاركة في تسيير الشركة، ومن جهة أخرى يساعده على تحديد مصلحة الشركة². زيادة على ذلك، لا بد ألا يكون الإتفاق مبنيا على أساس الغش³ في الأصوات كأن يتم الإتفاق على جعل منصب القائم بالإدارة منصبا دائما فيستحيل عزله من طرف الجمعية العامة العادية⁴. و إن هذه الشروط المتعلقة بصحة إتفاقيات التصويت، تسري على كافة الاتفاقيات، سواء كانت إنفرادية أو جماعية، و ردت أم لم ترد في شكل تنظيمات تأسيسية⁵.

تتنوع الأهداف من وراء إبرام مثل هذه الإتفاقيات. فقد يهدف الموقعون عليها إما إلى تأمين سياسة عامة ومستقرة لإدارة الشركة تجاه التصرفات المنتقدة التي قد تصدر عن بعض كبار المساهمين لتصبح هذه الإتفاقيات نافعة لسير أعمال الإدارة في الشركة وقد تهدف إلى تنظيم العلاقة بين المساهمين الذين ينتمون إلى المجموعة نفسها، أو إلى المحافظة على الصفة العائلية في بعض شركات المساهمة العائلية وبالتالي على الإعتبار الشخصي فيها بالرغم من أنها مفتوحة الأبواب لدخول مساهمين أجنب إليها ، وغيرها من الأهداف.

ويتجلى الأعتبار الشخصي على وجه الخصوص من خلال الاتفاقيات المبرمة بين المساهمين والمطبقة في شركات المساهمة المسجلة في البورصة. وهذه الإتفاقية تشكل نوعا من الإتفاق له قوة ملزمة بين الشركاء لأجل مصلحة الشركة. فقد نصت المشرع الفرنسي⁶

¹ - Ph. MERLE, op. cit, p. 336.

² - B. MERCADAL, op. cit, p 727.

³ - M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, op. cit, p. 307.

⁴ - أنظر، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 234.

⁵ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 98.

⁶ - Art. L.233-10 al.1^{er} C. com.

على هذه الإتفاقية والتي تعني الأشخاص الذين أبرموا إتفاقية لأجل إكتساب أوإحالة حقوق التصويت أو لأجل ممارسة حقوق التصويت من أجل وضع سياسة مشتركة في الشركة والتي تكشف عن وجود للإعتبار الشخصي.

كما تعتبر إتفاقيات التصويت بمثابة المكبح لحركة تداول الأسهم. ذلك أن الموقعين عليها يحصرون التنازل في ما بينهم أو إلى الغير الحائز على قبولهم الأمر الذي يؤدي إلى عنصرية تبنى على شخصية الحاملين. نجد هنا فلسفة بند الموافقة الذي يسمح، على أساس شخصية الفرد إختيار المساهمين. إلا أنه في إطار إتفاقية التصويت فإن الإختيار لا يفضي إلى منع الأشخاص غير المرغوب فيهم من دخولهم الشركة، ولكن تجنب أو تفادي إستفادتهم من بعض تداولات الأسهم التي يمكن إدخالها على النواة الصلبة للشركة.

وإن الفقه الفرنسي مستقر على أن إتفاقيات التصويت لا تلزم إلا أطرافها ولا تكون نافذة في مواجهة الشركة، لذا ففي حالة وقوع نزاع لا يؤدي إلى بطلان مداوات الجمعية العامة وإنما يكفي تعويض الأضرار الناجمة عن مخالفة ما إتفق عليه

لقد ميز القضاء الفرنسي بين الإتفاقيات الباطلة والإتفاقيات الصحيحة، حيث قضى ببطلان الإتفاقيات التي يلتزم فيها المساهم مسبقا على التصويت في إتجاه معين لاسيما في حالة التنازل عن الأسهم، كأن يتعهد المشتري للمتنازل على تأمين إستمرارية الشركة¹ أو أن يصوت لصالحه لشغل منصب قائم بالإدارة²، كما تعتبر باطلة كل الإتفاقيات التي تتضمن تنازلا كليا عن الحق في التصويت كأن يمنح للمساهم وكالة غير قابلة للإلغاء لصالح أحد الأشخاص للتصويت بدلا عنه في مداوات الجمعية العامة، أو أن يكون صوته خاضعا لموافقة الغير³، فكل إتفاق من هذا القبيل يضرب بالبطلان .

وفي المقابل إعتبرت صحيحة الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين والتي تخدم مصلحة الشركة كإتفاقيات التي تبرمها الشركة القابضة مع فروعها من أجل تنظيم عملية التصويت

¹ - Com., 10 janvier 1972, J.C.P. 1972, II, p. 17134 .

² - Com., 13 mars 1950, J.C.P. 1950, II, p. 5694.

³ - Com., 17 juin 1974, Rev. soc. 1977, p. 84.

في الشركة الأم وتوزيع السلطات بين الهيئة الإدارية والهيئة الرقابية¹ أو الإتفاق المبرم بين المساهمين من أجل التصويت لصالح عملية زيادة المال لإكتساب الشركة مساهمين جدد لهم قدرات مالية ترفع من المستوى المالي للشركة².

المبحث الثاني: تنظيم إلتزامات الشركاء

مثلا يتمتع الشريك بمجموعة من الحقوق في الشركة، فإنه يقع عليه مقابل تلك الحقوق مجموعة من الإلتزامات بإعتباره مدينا في مواجهة الدائن الذي هو الشركة. ومراعاة للقواعد الأمرة و المبادئ العامة التي تحكم العقود عموما و عقد الشركة على الخصوص، قد يسعى الشركاء عن طريق القانون الأساسي إلى تنظيم هذه الإلتزامات فيما بينهم تنظيما دقيقا و ذلك لضمان حسن تنفيذها .

و تتجسد هذه الإلتزامات لشريك سواء عند مرحلة تأسيس الشركة، وذلك بدفع المقدمات أو الحصص و بإعتبار أن الشركة مشروع مشترك، يلزم لقيامه المساهمة الجماعية للشركاء في توفير ذمة مالية للشركة تمكنها من تحقيق الموضوع الذي أنشأت من أجله، بالإضافة إلى المشاركة في الخسائر إذ يعد هذا الإلتزام الميزة أساسية لعقد الشركة و شرط من شروط هذ العقد. أما بالنسبة للإلتزامات المترتبة أثناء مرحلة حياة الشركة، فتتجسد في الإلتزام بعدم منافسة الشركة أي أن يلتزم الشريك بالولاء لشركة التي ينتمي إليها وأن يتمتع مبدئيا عن أي نشاط قد يلحق بها ضررا، و الإلتزام أيضا بالوفاء بديون الشركة ونظرا لإختلاف المركز القانوني للشريك في كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال، فإن الحديث عن الإلتزام بالوفاء بديون الشركة يتطلب منا التمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.

فبمجرد توقيع القانون الأساسي للشركة يقع على عاتق الموقع إلتزاما بوضع تحت تصرف الشركة مقدمات يتحصل مقابلها على سندات تتمثل في حصص أو أسهم حسب الحالة. ولا يشترط حسب الأحكام العامة أن يتم الوفاء بهذه المقدمات عند التأسيس بل يكفي

¹ - Com., 24 février 1987, Bull. Joly. soc. 1987, p. 213.

² - Com., 30 juin 1996, J.C.P. éd. E. 1996, p. 795.

التعهد بتقديمها في تاريخ لاحق وهو ما يتجسد في عملية الإكتتاب. والإلتزام بدفع بمقدمات يقع على عاتق كافة الشركاء من دون إستثناء، بحيث لا يمكن الإتفاق على إعفاء عدد من الشركاء أو أحدهم منه. ويجد هذا الإلتزام تفسيراً له في الدور الذي يلعبه هذا الأخير في الشركة لاسيما فيما يتعلق بإعتباره المعيار الذي يتم على أساسه منحت الحقوق للشركاء وحددت إلتزاماتهم سواء كان ذلك في تنظيم العلاقات بينهم أو في مواجهة الغير¹.

و بما أن علاقة الشريك بالشركة تعد ذات طبيعة خاصة، فقد ترقى بعض الإلتزامات إلى مرتبة الواجبات، فالإلتزام من ناحية كونه مفهوماً قانونياً فهو يستعصي على التحديد في قانون الشركات، فيترك ذلك مجالاً لدخول مفاهيم أخلاقية كحسن النية أو واجب مساعدة الشركة في حال دخولها في صعوبات مالية فمثل هذه الإلتزامات يجد الشريك نفسه ملزماً بها. إما عن طريق القانون الأساسي الذي من شأنه ترتيب جملة من الإلتزامات كنتيجة حتمية لتوقيعه على ماجاء في القانون الأساسي. و تعد هذه الإلتزامات تجسيدا للرابطة العقدية التي تقوم بين الشريك و الشركة. و تستقر الإلتزامات العقدية عادة من الناحية المادية في القانون الأساسي، لكن قد نجد أن بعض الشركاء يبرمون إتفاقيات موازية فيما بينهم تكون أقل درجة من القانون الأساسي يطلق عليها الفقه إتفاقيات المساهمين والتي يجب أن لا تتعارض مع القانون الأساسي².

و على العموم إن تعداد إلتزامات الشريك و إحصاؤها يستند على نص المادة 416 من القانون المدني، والتي إشتملت على إلتزامات عديدة كتقديم الحصص و المساهمة في خسائر الشركة، وتسمح هذه المادة بإضافة إلتزامات أخرى مكملة كالإلتزام بعدم منافسة الشركة والذي يدخل ضمن الإلتزام بحسن النية الذي أصبح إلتزاماً عاماً وفق نص المادة 107 من

¹ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق وهران، السنة الجامعية 2010-2011، ص 53.

² - أنظر، بالطيب محمد البشير، التنظيم الاتفاقي لإلتزامات الشريك، مجلة دفاتر السياسية و القانون، العدد 16، جانفي 2017، ص 244.

القانون المدني، ولا يجوز من ناحية أخرى تشديد الإلتزامات القانونية، لأن الشريك يعد محمياً في هذا الصدد إذ يحول ذلك مبدأ عدم جواز زيادة إلتزامات الشركاء وهو مبدأ من النظام العام¹.

وعليه فمن خلال سياق النصوص القانونية المنظمة للشركات التجارية يجوز للشركاء أن يتفقوا على مسائل معينة من خلال بنود تأسيسية تدرج في القانون الأساسي للشركة حيث يقومون بذلك عند التأسيس (المطلب الأول)، أو حتى أثناء حياة الشركة (المطلب الثاني). وفي الحالة الأخيرة أي أثناء حياة الشركة يجب ألا تؤدي البنود المدرجة في القانون الأساسي إلى زيادة إلتزامات الشركاء، وإلا وجب قبولها بالإجماع أما البنود الأخرى فيمكن تبنيها وفقاً لأحكام القانون الأساسي حتى وإن كانت مقيدة لحقوق الشركاء، أو بموجب إتفاقيات مبرمة بين المساهمين.

المطلب الأول: إلتزامات الشريك أثناء تأسيس الشركة

من بين أهم الإلتزامات التي تفرض على الشريك في مرحلة تأسيس الشركة الإلتزام بدفع ما قام بإكتابه أي ما وعد به من مقدمات، سواء كانت هذه الأخيرة مقدمات نقدية أو عينية أو صناعية. كما يقع على الشركاء بموجب عقد الشركة المساهمة في الخسائر التي تتلقاها هذه الأخير من جراء ممارسة نشاطها.

فلقيام شركة ما لا يكفي وجود تعدد في الشركاء وتوفر لديهم نية مشاركة فحسب بل لابد من مشاركتهم مالية من أجل تحقيق المشروع الإقتصادي المشترك والمتمثل في الشركة بغض النظر عن شكلها، ليكتمل بذلك تكوين عقد الشركة بالشكل الصحيح من جانبه الموضوعي.

فتشمل الإلتزامات في مرحلة التأسيس المشاركة المالية للشريك عند إنضمامه للشركة بوضع تحت تصرفها مقدمات، إلى جانب مشاركته في نتائج النشاط الإجتماعي ويعتبر كلا

¹ - أنظر، بالطيب محمد البشير، التنظيم الاتفاقي لإلتزامات الشريك، المرجع السابق، ص 242.

الإلتزامين مرتبطين، فبالمشاركة ب مقدمات يتحصل الشريك على عدد من الحصص والتي على أساسها يتم تحديد مساهمته في نتائج النشاط الإجتماعي هذه الأخيرة تشمل حقوق الشريك في الأرباح من جهة وتحمله لنسبة من الخسائر من جهة أخرى¹.
و هذا ما سيتم تفصيله في الآتي، الفرع الأول الإلتزام بدفع المقدمات، والفرع الثاني الإلتزام بالمساهمة في الخسائر.

الفرع الأول: الإلتزام بدفع المقدمات

إن الإلتزام إلى الشركة يفرض على الشركاء، أن يساهموا في رأس مال بخصص أو ما يسمى بمقدمات و التي أطلق المشرع عليها عبارة الحصص أو المقدمات، و هي ما إلتزم الشريك بوضعه تحت تصرف الشركة من أجل إستغلاله². و لقد عمد المشرع على عدم تقييد هذه العملية في إطار الأحكام العامة، بمهلة زمنية، تاركا المجال لإتفاق الشركاء فالمقدمات تعد شرط أساسي للإلتزام إلى الشركة ولقيامها بالشكل الصحيح، إذ يعد هذا الإلتزام الركن المقابل لحق التدخل لتحديد صفة الشريك³.

و إن إعتبار الشركة مشروع مشترك، يلزم لقيامه المساهمة الجماعية للشركاء في توفير ذمة مالية للشركة تمكنها من تحقيق الموضوع الذي أنشأت من أجله. فالمشاركة بمقدمات هي شرط لازم للإلتزام إلى شركة، وبالتالي إكتساب صفة الشريك فيها سواء كان ذلك عند التأسيس أو أثناء حياتها بمناسبة الزيادة في رأسمالها، كما أنها تعد شرطا لازما لقيام الشركة وإستمرارها بالشكل الصحيح.

إن التزم الشركاء بتقديم هذه الحصة، يمكن أن يكون نقدا و هو ما يسمى بالمقدمات النقدية، أو مال معين أي ما يسمى بالمقدمات العينية، و إن هذه الأخيرة تقدم على سبيل الملكية ما لم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك، كأن تقدم مثلا على سبيل الانتفاع أو حق

¹ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 51 .

² - G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., p. 42.

³ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 52 .

عيني آخر، أما النوع الآخر من مقدماتها يسمى المقدمات الصناعية، والتي تتمثل أساسا في تقديم حصة من عمل، كما يمكن أن تشمل أيضا النفوذ أو السمعة تجارية و الثقة المالية¹. و قد إكتفى المشرع وفي إطار المادة 416 المعدلة من القانون المدني بتعداد أنواع المقدمات بنصه على: مقدمات(حصص) مالية، نقدية وعلى شكل عمل، دون إعطاء تفاصيل أكثر عن محتواها. وحسن ما فعل المشرع بعدم حصره لأنواع المقدمات التي يمكن أن تقدم كحصة في رأسمال الشركة، حيث أنه كل ما يصلح أن يكون محلا للإلتزام يصلح أن يكون مقدمات في شركة².

يلتزم الشريك بوضع تحت تصرف الشركة مقدمات يتحصل مقابلها على سندات تتمثل في حصص أو أسهم حسب الحالة بمجرد توقيعه على القانون الأساسي للشركة. ولا يشترط حسب الأحكام العامة أن يتم الوفاء بهذه المقدمات عند التأسيس بل يكفي التعهد بتقديمها في تاريخ لاحق وهو ما يتجسد في عملية الإكتتاب، فإن هذه المسألة أيضا خاضعة لإتفاق الشركاء فلهم أن يتفقوا في القانون الأساسي على كيفيات و مواعيد الدفع بحيث يمكن الإتفاق مثلا على أن تدفع هذه المقدمات في شكل أقساط في أجل محددة، إلا أنه يجب الإشارة أن طريقة الدفع بالأقساط تحكمها طبيعة المقدمات، فإذا كانت هذه المقدمات عبارة عن مقدمات عينية فيجب أن تدفع قيمتها كاملا، أو بالنسبة للمقدمات الصناعية فتقديمها يمتد بالضرورة خلال كل حياة الشركة، و هذا نظرا لطبيعتها الدورية و المتتالية³.

يقع هذا الإلتزام على عاتق جميع الشركاء من دون إستثناء، بحيث لا يمكن الإتفاق على إعفاء عدد من الشركاء أو أحدهم منه. ويجد هذا الإلتزام تفسيرا له في الدور الذي يلعبه هذا الإلتزام في الشركة لاسيما فيما يتعلق بإعتباره المعيار الذي يتم على أساسه منح الحقوق للشركاء وتحديد إلتزاماتهم سواء كان ذلك في تنظيم العلاقات بينهم أو في مواجهة

¹- أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 125.

²- أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 53 .

³- أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع نفسه، ص 126.

الغير، والقاعدة العامة لا تفرض أن تكون مساهمة جميع الشركاء بنوع واحد من المقدمات بل وحتى الشريك نفسه بإمكانه المساهمة بأكثر من نوع، كما لا يشترط أن تكون المقدمات متساوية القيمة فالمهم هو أن تكون حقيقية¹. فيجب أن تكون المقدمات التي تم وفاؤها أوتلك التي تم التعهد بتقديمها إلى الشركة حقيقية، فبمفهوم المخالفة فإنه لا يعتد بالمقدمات الوهمية، و تعتبر مقدمات وهمية تلك المقدمات المجردة من كل قيمة فعلية لها وليست لها سوى قيمة تافهة، كما تعتبر مقدمات وهمية كذلك تلك الغير مملوكة من مقدمها² وتلك التي تكون محملة بديون معتبرة³.

فالمقدمات في هذه الحالة لا تشكل بأي شكل من الأشكال فائدة للشركة، كما أن وجود مقدمات وهمية في الشركة يخلق إختلالا في التوازن بين حقوق الشركاء، حيث أن الشركاء الذين ساهموا بمقدمات فعلية يكونون مظلومين في توزيع الحقوق بالمقارنة مع أصحاب المقدمات الوهمية. ولعله السبب في إعتبار وجود المقدمات الوهمية في شركة هو بمثابة تخلف لهذه المقدمات.

أما مسألة إختيار المقادير و أجال الدفع، فهي ترتبط بحجم الشركة و طبيعة النشاط المزمع القيام به، فالشركات التي تقوم بنشاطات تستدعي سيولة نقدية كبيرة لا يمكن لها الإنطلاق في نشاطها ما لم تكن هذه السيولة متوفرة منذ البداية، أي ما لم يكن الشركاء قد دفعوا ما تعهدوا به من مقدمات نقدية عند التأسيس، إذ لا يكون من مصلحة الشركاء والشركة في هذه الحالة الإتفاق على التمادي في تقسيط الدفع أو تأخيره⁴.

إن المشرع الجزائري ترك لحرية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحيث تراجع عن إلزامية تقديم الحصص النقدية كاملة عند التأسيس وإبقاء هذا الشرط فيما يخص

¹- أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 54 .

²- A. VIANDIER, La notion d'associé, L.G.D.J., Paris, 1978, p. 27

³- H. BLAISE, L'apport en société, th. Rennes, 1953, p. 04.

⁴- أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع نفسه، ص 127.

الحصص العينية فقط¹، ونص على وجوب أن تدفع الحصص النقدية بقيمة لا تقل عن خمس (1/5) مبلغ الرأسمال التأسيسي ويدفع المبلغ المتبقى على مرحلة واحدة أو عدة مراحل بأمر من مسير الشركة وذلك في مدة أقصاها 5 سنوات من تاريخ تسجيل الشركة لدى السجل التجاري كما أنه ينص على أنه لا يمكن اكتتاب حصص نقدية جديدة قبل دفع الحصص النقدية كاملة وذلك تحت طائلة بطلان العملية². كما نص المشرع بموجب هذا القانون على إمكانية أن تكون حصة الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حصة بتقديم عمل وذلك على غرار ما هو معمول به في عدة دول، فيمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بتقديم حصة من عمل، وتحديد كفاءات تقدير قيمة هذه الحصص، وقيمة الأرباح المخولة لها، بموجب بنود القانون الأساسي لشركة، كما أن هذا النوع من الحصص لا يدخل في تأسيس رأسمال الشركة³.

وقد وفر المشرع بموجب هذا القانون أيضا حماية خاصة للشركاء وذلك بتمكينهم من إسترجاع الأموال التي أودعوها لدى الموثق في حال عدم تأسيس الشركة بعد مرور 6 أشهر من تاريخ إيداعها مع تمكينهم من اللجوء إلى القضاء لإسترجاعها في حالة تعذر ذلك بالطرق العادية⁴.

و هذا ماذهب إليه أيضا بخصوص شركة المساهمة، حيث أجاز أن تكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الإكتتاب بنسبة الربع 1/4 على الأقل من قيمتها الإسمية⁵، على أنه يجوز

¹ - كان المشرع الجزائري يلزم بأن تدفع المقدمات النقدية و العينية بكامل قيمتها عند التأسيس و ذلك بموجب نص المادة 567 فقرة 01 قبل تعديل القانون التجاري بموجب القانون 20/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل و المتمم للأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج العدد 71، 2015.

² - المادة 567 من نفس القانون 20/5 السالف الذكر.

³ - المادة 567 مكررة من نفس القانون.

⁴ - المادة 567 مكرر 01 من نفس القانون.

⁵ - المادة 596 الفقرة 1 ق.ت.ج .

الإلتفاق بموجب بنود القانون الأساسي، أن يتم الوفاء بالقيمة المتبقية مرة واحدة أو عدة مرات، بناء على تقرير من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، في أجل 5 سنوات إبتداء من قيد الشركة في السجل التجاري¹.

كما يجب ان تكون هذه المقدمات التي تم الوفاء بها أو تلك التي تم التعهد بتقديمها إلى الشركة حقيقية، فبمفهوم المخالفة فإنه لا يعتد بالمقدمات الوهمية في عملية البحث عن مدى توافر الإلتزام بدفع المقدمات في شركة ما من عدمه. والمقدمات الوهمية هي تلك المجردة من كل قيمة فعلية لها وليست لها سوى قيمة تافهة، كما تعتبر مقدمات وهمية كذلك تلك الغير مملوكة من مقدمها وتلك التي تكون محملة بديون معتبرة². ففي هذه الحالة لا تشكل بأي شكل من الأشكال فائدة للشركة، كما أن وجود مقدمات وهمية في الشركة يخلق إختلالا في التوازن بين حقوق الشركاء، حيث أن الشركاء الذين ساهموا بمقدمات فعلية يكونون مظلومين في توزيع الحقوق بالمقارنة مع أصحاب المقدمات الوهمية. ولعلّ السبب في اعتبار وجود المقدمات الوهمية في شركة هو بمثابة تخلف لهذه المقدمات³.

نظرا للدور الذي يلعبه الإلتزام بدفع المقدمات في حياة الشركة، قد تدخل المشرع لحظر المشاركة ببعض المقدمات لتعارضها مع طبيعة بعض أشكال الشركات تارة ووضع قواعد تحكم كيفية المشاركة بأموال أو عمل لصالح الشركة تارة أخرى، لاسيما فيما يتعلق بشركات الأموال أين تكون مسؤولية الشريك محدودة، لتشكل بذلك المقدمات في شكل رأس المال الضمانة الوحيدة لدائني الشركة. فإنتلاقا من فكرة تحديد مسؤولية الشريك بما ساهم به من مقدمات عند إنضمامه إلى الشركة من جهة وإعتبار أن رأس مال الشركة هو القيمة التي تظهر للغير والتي تعكس وضعية الأصل الصافي للشركة، تجعل من إمكانية المشاركة ببعض أنواع المقدمات متعارضا معها، ويتعلق الأمر هنا بالمقدمات الصناعية.

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 127.

² - A. VIANDIER, op. cit, p. 27.

³ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 55 .

إن المشرع قد نص صراحة على عدم إمكانية المشاركة بمقدمات صناعية بالنسبة لكل من الشريك الموصي في شركات التوصية¹، والشريك في الشركات ذات المسؤولية المحدودة². إلا أنه سكت فيما يتعلق بالمساهم ولم يورد بشأنه نصا صريحا يجسد هذا المنع. غير أنه بإستقراء المواد المتعلقة بالإكتتاب في رأسمال شركة المساهمة³ يلاحظ اقتصار المشرع على ذكر المقدمات النقدية والعينية، دون سواها. وهو ما يعتبر حظرا ضمنيا للمشاركة بمقدمات صناعية في هذا الشكل من الشركات⁴.

وإن عدم الوفاء بالإلتزام بدفع المقدمات يعد سببا يمكن أن يؤدي إلى حل الشركة كما يرتب على عاتق الشريك المتخلف إلتزاما بتعويض الضرر الذي يكون قد لحق الشركة إذا ما كان عدم الوفاء هو نتيجة لخطأ صادر منه وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية، ولا يعتبر الشريك مخلا بإلتزاماته، بمجرد حلول الأجل سواء القانوني أو الإتفاقي بل لابد من وجود مطالبة بهذه المقدمات من طرف مجلس الإدارة أو مجلس المديرين في شركات المساهمة، أو بطلب من المسير أو المسيرين في كل من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم وفي حالة تقاعس الهيئة التي حولها القانون صلاحية المطالبة بتسديد الأموال المتعهد بها، يمكن لكل من يهمه الأمر اللجوء إلى القضاء من أجل إجبار المسيرين للقيام بهذه العملية⁵.

فإن كان عدم الوفاء بالمقدمات سببا لإنحلال الشركة، فإن مصالحة هذه الأخيرة تقتضي تفادي حالات إنحلال الشركة وذلك باللجوء إلى التنفيذ الجبري على الشريك بتطبيق القواعد العامة للتنفيذ الجبري أو إستبعاد الشريك المتخلف عن تنفيذ إلتزامه⁶.

¹ - المادة 563 مكرر 1 من ق.ت.ج.

² - المادة 567 من ق.ت.ج.

³ - المادة 596 من ق.ت.ج.

⁴ - Art. L. 225-3 al. 4 C. com. fr.

⁵ - Art. 1843-3 al. 5 C. civ. fr.

⁶ - المادة 442 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: الإلتزام بالمشاركة في خسائر الشركة

يهدف الأشخاص بإنضمامهم إلى شركة ما، بغض النظر عن شكلها أو نوعها، مدنية كانت أو تجارية إلى المشاركة في النتائج الإيجابية لنشاطها. غير أن النتائج الإيجابية تبقى هدفا يأمل لتحقيقه الشركاء، ذلك لأن وجود شركة يصاحبه دائما احتمال الخسارة. هي قواعد الحياة الاقتصادية التي تجعل المشاريع تتأرجح بين الربح والخسارة.

فإن كانت الأرباح تعتبر محركا لمبادرة الشركاء، فإن الخسارة هي بمثابة مكابح لها. فالرغبة في تحقيق أرباح و إقتسامها يقابلها منطقيا الإلتزام بالمشاركة في الخسائر التي قد تتعرض لها الشركة، إذ تشكل المساهمة في الخسائر ميزة أساسية لعقد الشركة¹.

فالمساهمة في الأرباح لا تكفي وحدها لتمييز عقد الشركة، حيث يمكن تصور مثل هذه المشاركة في عقود أخرى، كعقد القرض، الإيجار، عقود العمل والتي يكون مقابلها عبارة عن مشاركة في الأرباح المحققة. فحتى نكون أمام عقد شركة لابد أن يكون مقابل هذه الأرباح مساهمة في الخسائر. فتحمل هذه الأخيرة يجسد المخاطرة التي يخوضها الشريك بإنضمامه إلى شركة.

والخسارة بهذا المعنى تشكل مساسا بالذمة المالية للشريك المستثمرة في الشركة، فلا يمكن كقاعدة عامة الحديث عن مساهمة في خسائر الشركة إلا إذا كان هناك مساس بالرأس المال الشركة²، الأمر الذي لا يخول للشريك إسترجاع قيمة مقدماته سواء بعدم إستفائها كاملة أو بإسترجاعها منقوصة من قيمتها. فلا يندرج ضمن هذا المفهوم، الحديث عن خسارة بالنسبة لشركة تكون قد حققت نتائج سلبية في مرحلة ما من حياتها، حيث تكون مساهمة الشركاء في هذه الحالة مقتصرة على حرمانهم من الأرباح المتوقعة من المشروع. فهذه الخسارة تعتبر أنية يمكن تجاوزها وتعويضها في فترات لاحقة³.

¹ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 75 .

² -Tb. com. Vannes, 23 avril 1973, Gaz. Pal. 1973, II, p. 610.

³ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 92 .

الخسائر بهذا المعنى أيضا تستبعد من مجال التطبيق، صاحب المقدمات الصناعية وصاحب المقدمات على وجه الانتفاع. فطبيعة المقدمات الصناعية تجعل منها غير قابلة للإسترداد، لتتجسد المساهمة في خسائر الشركة لصاحب هذه المقدمات في حرمانه من الربح في السنوات المالية التي لم تحقق فيها الشركة أرباحا، أما بالنسبة للمقدمات على وجه الإنتفاع وعلى خلاف باقي أشكال المقدمات، يتوجب إسترجاعها عند إنحلال الشركة مثلها مثل الديون الخارجية¹. فصاحب هذه المقدمات لا يشارك في الخسائر بحرمانه من جزء أوكل من مقدماته، وإنما تتمثل حسب رأي جانب من الفقه في التعرض لخسارة الإنتفاع بالمال المقدم دون الحصول على أية فائدة أو كما عبر عنه جانب آخر من الفقه بأنه يحرم الشريك من المداخل التي كان بإمكانه الحصول عليها من خلال الإنتفاع الفردي بالمال المقدم.

وتتجسد الخسارة غالبا عند إنحلال الشركة أثناء إستقاء الشركاء لمقدماتهم، إلا أنه يمكن تصورها أثناء حياة الشركة وذلك في حالة لجوئها إلى التخفيض من رأسمالها. ففي الحالة الأولى، فإن المشاركة في الخسائر تتحدد عند تصفيت الشركة². فبعد تسديد ديون الشركة للغير من الأصل الصافي للشركة، يشرع في توزيع ما تبقى على الشركاء. ولا يمكن التحدث عن مساهمة في الخسائر، إلا إذا أصبح الأصل الصافي بعد سداد الديون للغير أقل من قيمة الرأس المال التأسيسي أو منعدما، وهي الحالة التي تكون فيها الشركة مالكة لأصول كافية تسمح لها بتسديد ديونها للغير، بينما تبقى عاجزة عن تسديد القيمة الكاملة للمقدمات، فيكون إلتزام الشركاء في هذه الحالة بالخسائر دون الديون فالإلتزام بديون الشركة قد يكون العامل في تحديد مدى التزام الشريك بالخسائر، وذلك باعتبار أن عدم كفاية رأس مال الشركة لتغطية قيمة المقدمات المستحقة عند الإنحلال، قد يكون نتيجة إقتطاعات موجهة لسداد ما على الشركة من ديون.

¹ - H. BLAISE, op. cit, p. 12.

² Ph. MERLE, op. cit., p. 63.

أما الحالة الثانية، فإن مشاركة فعلية للشريك في الخسائر تتمثل في عملية تخفيض رأس المال الشركة، هي عملية قد تكون إختيارية في حالات ومفروضة من طرف المشرع في حالات أخرى، كما قد تكون نتيجة خسائر لحقت بالشركة أو بدونها. فإذا بلغت خسائر الشركة نسبة معينة، فتلجأ الجمعية العامة الغير عادية في حالة عدم تمكن الشركة من تعويض هذه الخسائر في أجل أقصاه سنة، الخيار بين تخفيض الرأس مال الشركة بنسبة تساوي قيمة الخسائر، شرط أن لا يقل عن الحد الأدنى القانوني وبين اللجوء إلى حل الشركة¹. فيبقى اللجوء إلى التخفيض من الرأس المال أمراً إختيارياً، تبرر اللجوء إليه الحالة أو السياسة المالية للشركة².

فالمساهمة الفعلية للشريك في الخسائر تتجسد في الحالة الثانية، أين تقوم الشركة بتخفيض رأسمالها نتيجة للخسائر التي تكون قد تعرضت لها في فترة ما من حياتها. وأشكال هذه المساهمة تتجسد في صور مختلفة تتعلق بالطريقة التي إنتهجتها الشركة لتحقيق هذا التخفيض. فقد تلجأ الشركة إلى التخفيض من القيمة الإسمية للسهم أو الحصة أو التخفيض من عدد الأسهم أو الحصص المملوكة لكل شريك. فقد تقوم الشركة بإلغاء الأسهم القديمة وإصدار أخرى بقيمة إسمية جديدة، تمثل الفارق بين القيمة الإسمية الأصلية ونسبة الخسائر المحققة، هذه الأخيرة يتم تحديد نسبة المساهمة فيها بالتناسب مع مشاركة المساهم في رأس المال ما لم يوجد إتفاق مخالف. بذلك تكون المساهمة في الخسائر في هذه الحالة تتجسد في التضحية التي فرضت على الشريك، بعدد معين من الأسهم. لتشكل بذلك هذه الوسيلة مساس مشروع بحقوق المساهمين³.

وبما أن الهدف الرئيسي للشركاء من إنضمامهم إلى شركة هو إقتسام الأرباح التي

قد تحققها هذه الأخيرة، فإن هذه العملية غالباً ما تخضع لتنظيم وإتفاق بين الشركاء حول

¹ - المادة 715 مكرر 20 من ق.ت.ج.

² - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 92 .

³ - أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 94 .

كيفية توزيع الأرباح وبالمقابل تحديد المساهمة في الخسائر. ولعل هذا ما دفع المشرع لترك الحرية لهم عن طريق بنود القانون الأساسي في تحديد هذه المساهمة. وفي حالة غياب أي إتفاق بهذا الشأن نص المشرع على قاعدة التناسب بين مساهمة الشركاء في نتائج الشركة وحصتهم في رأسمالها، دون إغفال حصة مقدّم العمل المرتبطة بالفوائد المحققة للشركة من وراء هذا العمل¹.

ولم تترك حرية الشركاء في تحديد نسبة المشاركة في خسائر الشركة على إطلاقها فقد تدخل المشرع لوضع حدود عليها، مانعا بعض التجاوزات التي من شأنها أن تجعل الشروط الإتفاقية متعارضة مع مفهوم الشركة، فحظر بذلك إدراج كل من شرط الأسد وشرط الفائدة الثابتة.

فإن المنطق يقضي بمنح الشريك نصيب في الأرباح وتقدير له مشاركة في الخسائر حسب ما ساهم به في الشركة. ذلك بالنظر إلى أنّ الأرباح هي مقابل عن ما قدّمه الشريك من أموال أو عمل عند الإنضمام. وعلى هذا الأساس إعتبر القضاء الفرنسي الإتفاقيات التي تعفي أحد الشركاء أو بعضهم من تحمل الخسائر باطلة، كأن يتفق الشركاء مثلا على تحويل أحد الشركاء في جميع الظروف و مهما كانت الأسباب، إستعادة مقدماته كاملة على الرغم من وقوع الشركة في خسائر، و يكون باطلا أيضا كل إتفاق يجيز لأحد الشركاء الإنسحاب من الشركة، وقت ما شاء مع إسترداده لحصته و إعفائه من الخسائر التي حققتها الشركة وقت مساهمته فيها².

كذلك يعتبر باطلا كل إتفاق بين الشركاء يقضي بإعفاء الشريك الذي يستفيد من الأرباح من تحمل أي خسارة، كذلك يمكن أن تتضمن بعض الإتفاقيات بندا وقائيا يحمي أحد الشركاء من تحمل كل الخسائر في الشركة، كأن يلتزم فريق من الشركاء بشراء حصص فريق آخر بثمن يفوق قيمة مشاركتهم في رأسمال الشركة، ففي هذه الحالة يعفى الفريق

¹ - المادة 425 الفقرة 01 من ق.م.ج.

² - Com., 16 novembre 2004, Bull. Joly. soc. 2004, p. 531.

الأخير من تحمل الخسائر، و بالتالي نكون أمام شرط الأسد و ذلك لإعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر¹.

ويكون صحيحا الإتفاق الذي يمنح أحد الشركاء الحق في تحمل جزء معين من الخسائر و ليس كاملها لأنه لا يتضمن إعفاء كليا من تحمل الخسائر، كالإتفاق مثلا بأن لا تتجاوز خسارة الشريك مقدماته، أو تحديد خسارة الشريك بنسبة معينة من الخسائر².

كما يجوز أيضا الإتفاق على أن تكون مساهمة الشريك في الخسائر بنسبة تقل عن نسبة حصته في الأرباح، بشرط أن يساهم كل الشركاء في الأرباح و الخسائر، ولهم أن يتفقو كما يشاءون في القانون الأساسي على تحديد أنصبتهم، إذ لم يشترط المشرع الجزائري وكذا نظيره الفرنسي أن توزع الأرباح و الخسائر على الشركاء بالتساوي أو أن تتساوى نسبة الإشتراك في الأرباح مع نسبة الإشتراك في الخسائر، أو أن يكون نصيب كل شريك في الأرباح و الخسائر بنسبة حصته في رأسمال الشركة، المهم هو يأخذ كل شريك نصيبه سواء في الأرباح أو الخسائر، و يجب أن يكون هذا النصيب جديا³.

أما في حالة غياب أي إتفاق فيما يخص تحديد توزيع خسائر الشركة بين الشركاء فإنه يحدد بالنظر إلى نسبة حصته في رأسمال، أما إذا تم في القانون الأساسي تحديد نصيب الشريك في الأرباح دون الخسائر فإن المشرع الجزائري أقر بالزامية تطبيق هذا التحديد على الخسائر⁴، و هذا هو أيضا موقف المشرع الفرنسي بخصوص هذه المسألة⁵.

و إذا كان توزيع الأرباح يتم من الناحية العملية بصورة دورية تتمثل في مهلة زمنية محددة بسنة، يصطلح على تسميتها السنة المالية. فإن المساهمة في الخسائر لا تظهر فعليا إلا عند إنحلال الشركة أو أثناء حياتها إستثناء، حين لجوء الشركة إلى تخفيض رأسمالها.

¹ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 39.

² - Conseil d'Etat, 26 février 2001, Rev. soc. 2001, p. 375.

³ - Com., 25 juin 1931, Rev. soc. 1931, p. 641.

⁴ - المادة 425 من ق.م.ج.

⁵ - Arts 1844-1 al. 1C. civ. fr.

غير أن وجود أرباح قابلة للتوزيع لا يعني حتما توزيعها، فقد تلجأ الشركة لإستعمالها وفقا لشروط معينة في إطار ما يسمى بالتمويل الذاتي.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد خسائر الشركة يقتضي إشراك جميع الشركاء وإن اختلفت أنصبتهم، والتي ترك المشرع الحرية في تحديدها إلى جمعية الشركاء دون أن يتركها على إطلاقها، إذ يجوز الإتفاق في القانون الأساسي على إلزام الشركاء بتحمل الخسائر المحددة محاسبيا في الميزانية، بعد المصادقة عليها من قبل الشركاء¹.

كما أن إلزام الشريك بالمساهمة في خسائر الشركة، يساهم في زيادة الضمان بالنسبة لدائني الشركة، ذلك لأن هذا الإلتزام يرتب دينا للشركة في مواجهة الشركاء بمقدار عادة ما يكون محددًا في القانون الأساسي، ينتج عنه إضافة في أصول الشركة وإثراء لذمتها وهذا ما قد يؤدي إلى الخلط بين مفهومي ديون الشركة و خسائرها².

المطلب الثاني: إلتزامات الشريك أثناء حياة الشركة

إن الإلتزامات التي تقع على عاتق الشريك أثناء حياة الشركة، هي إلتزامات غير محددة قانونا مما يفيد بإمكانية تحديدها و تنظيمها من طرف الشركاء في إطار القانون الأساسي للشركة و من أهم هذه الإلتزامات الإلتزام بعدم منافسة الشركة و الإلتزام بتسديد ديونها.

الفرع الأول: الإلتزام بعدم منافسة الشركة

ان الإلتزام بعدم منافسة الشركة هو ذلك الإلتزام الذي يقع على عاتق الشريك والذي يكون الهدف منه منع هذا الأخير من ممارسة أي نشاط يشبه نشاط الشركة، وإن هذا الإلتزام لا يمنع حرية المنافسة بصفة مطلقة و إنما يقيدتها، بحيث يستطيع الشريك أن يمارس أعمالا و نشاطات تختلف عن تلك التي تقوم بها الشركة³.

¹- أنظر، بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 91 .

²- أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 136.

³- أنظر، فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 85.

بالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يرتب على الشريك الإلتزام بعدم منافسة الشركة، إلا أنه لا يجب انكار وجود مثل هذا الإلتزام في حالات معينة، فإن وجود هذا الإلتزام يستند إلى صفة الشريك، كما هو الحال بالنسبة للشريك الذي قدم حصة من عمل في شركات الأشخاص، إذ يلتزم بعدم منافسة الشركة و أن لا يقوم بنشاط مماثل لها، كذلك كما هو الحال بالنسبة للشريك الذي قدم محلا تجاريا كحصة في الشركة، فهو في هذه الحالة كالبائع أو المؤجر، إذ يلتزم بأن لا ينافس الشركة. و نشير أيضا إلى حالة الشريك الأجير والشريك المدير، فهما يلتزمان خلال مدة عقد العمل بالنسبة للأجير أو خلال العهدة الممنوحة بالنسبة للشريك المدير بأن لا يمارسا أو يباشرا نشاطا منافسا لنشاط الشركة¹.

و عليه فإن الإلتزام بعدم منافسة الشركة، لا يطرح أي إشكال في حال ما إذا إتفق عليه الشركاء في القانون الأساسي أو في عقد لاحق، بحيث يعتبر هذا الشرط صحيحا ومشروعا لأن الغرض منه هو منع الشريك من ممارسة نشاط مماثل لنشاط الشركة فيجب أن يكون هذا الإتفاق محددًا أي مقيدا من حيث المكان و الزمان²، فالقيد من حيث المكان يعني أن يكون هذا الإلتزام محدودا من حيث المنطقة الجغرافية، و تقييد الإلتزام في هذه الحالة يخضع لطبيعة النشاط حيث يمكن أن يكون المنع من المنافسة في نفس المنطقة فقط أو يمتد إلى مناطق أخرى³. أما التقييد من حيث الزمان فنعني به أن تكون المدة التي يمنع من خلالها المنافسة محددة غير مطلقة، كما يجب أن يكون الإتفاق محددًا لنوع النشاط أي أن يتعلق المنع بنشاط معين، و هو ذلك النشاط الذي تمارسه الشركة دون أن يمتد إلى جميع النشاطات التي قد يمارسها الشريك و التي قد تكون مختلفة تماما عن النشاط الذي تزاوله الشركة، فإذا تخلفت هذه الشروط يصبح هذا البند المتفق عليه في القانون الأساسي

¹- أنظر، بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية،

جامعة محمد خيضر - بسكرة-، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 80.

² - Y. GUYON, *Affectio societatis*, Fasc. 10-20, 25 Octobre 1999, p. 76.

³ - WILLIAM Dross, *Dictionnaire des clauses ordinaire et extraordinaire des contrats de droit privé interne*, 2^e édition, Lexis Nexis , Paris 1996, p 425.

باطلا. وإن إدخال مثل هذا الشرط أثناء حياة الشركة يتطلب إجماع الشركاء، وهذا ما خلص إليه القضاء الفرنسي¹.

وحتى في حالة عدم النص على هذا الشرط في القانون الأساسي لشركة، فيقع على الشريك القيام به لأن هذا الإلتزام يجد أساسه في القانون أو في طبيعة الحصة المقدمة أوفي طبيعة العلاقة التي تربط الشريك بالشركة، بل في نية الإشتراك أساسا، فمثلا الشريك الذي يجمع بين هذه الصفة و صفة العامل الأجير في الشركة يقع عليه الإلتزام بعدم منافسة الشركة بموجب عقد العمل الذي يربطه بالشركة.

هذا بخلاف الشريك الذي يقدم حصة من عمل، و الذي يفرض عليه الإلتزام بأن يقدم لشركة حسابا عما يكون قد حققه من أرباح من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدمه كحصة، و بالتالي فرض عليه ضمنيا الإلتزام بعدم منافسة الشركة، أما الشريك الذي حصته عينية كتقديم محل تجاري مثلا، فيلتزم بنفس الطريقة التي يلتزم بها بائع المحل التجاري حيث يلتزم هذا الأخير بالإمتناع عن القيام بالأعمال التي من شأنها تحويل زبائن المحل الذي قدمه كحصة في الشركة. وهذا هو الحال أيضا بالنسبة لشريك المدير، فهو أيضا يلتزم بعدم منافسة الشركة مادام أنه يمارس وظيفته في الشركة و يطلع على جميع أسرارها وخاصة وثائقها².

أما الشريك الذي لا يربطه بالشركة عقد عمل ولا يكون مديرا فيها والذي قدم حصة نقدية، فإن قيام الإلتزام بعدم منافسة الشركة في مواجهته أثار جدلا فقهيًا، فمنهم من أجاز لهذا الشريك القيام بعمل مماثل لنشاط الشركة، و البعض الآخر إعتبروا الإلتزام بعدم المنافسة لا يفرض إلا على الشريك في شركات الأشخاص دون الأموال، وأمام هذا الجدل الفقهي تبنى فقه آخر حلا ملائما و دقيقا بحيث أقر أن الإلتزام بعدم منافسة الشركة يقوم في كل من شركات الأشخاص، و في الشركات التي يكون فيها للشريك دورا فعالا كالمساهم في

¹ - Com., 26 mars 1996, Bull. Joly. soc. 1996, p. 21.

² - WILLIAM Dross, *op. cit.*, p 426.

شركة المساهمة الذي يملك أغلبية رأسمال، و حسب هذا الرأي الفقهي فإن هذا الإلتزام يجد أساسه في عقد الشركة و بالأصح في نية الإشتراك، فالعمل الذي يقوم به الشريك والذي يتضمن منافسة للشركة يتعارض مع نية الإشتراك، حيث يكون هذا التصرف غير مشروع حتى ولو كان مقصود منه عدم منافسة الشركة، أما بخصوص موقف القضاء الفرنسي من هذا الإلتزام جاء متناقضا، فتارة يؤيد ضرورة إلتزام الشريك بعدم منافسة الشركة¹، وتارة أخرى يرفض الإعتراف بهذا الإلتزام².

و في الأخير يمكن القول أن هذا الإلتزام لا يجب ربطه فقط بنية الإشتراك، وإنما يجب أن يتعدى هذا و ذلك بربطه بالإلتزام بالإخلاص لشركة الذي يجب إحترامه عند تنفيذ كل عقد أو عمل، فلا يمكن لشخص الواحد أن يكون شريكا و منافسا في نفس الوقت. ولا مانع من لجوء الشركاء عن طريق القانون الأساسي بإدراج بند عدم منافسة الشركة، وذلك بمنع الشريك من ممارسة عمل تجاري مشابه لنشاط الشركة، إلا أن هذا البند لا يكون صحيحا إلا إذا كان مقيدا من حيث الزمان و المكان و المضمون. وأن يكون الهدف من إدراجه ليس حرمان الشريك من حريته الإقتصادية، بل إن هدفه حماية المصالح المشروعة للشركاء والشركة³.

و للمحافظة على نية الإشتراك، يفرض أيضا على الشريك تفادي وضعية تنازع المصالح، بمعنى أن يتفادى الوضعيات التي تجعله يغلب مصلحته الشخصية المباشرة أوغير المباشرة على مصلحة الشركة، بحيث قد تتحقق هذه الوضعية في الحالة التي يكون فيها بيد الشريك المعني قدرا من السلطات يستطيع بموجبها التحكم في نشاط الشركة، كما في حالة الشريك المدير أو المسير أو الشريك صاحب الأغلبية⁴.

¹ - Com., 26 novembre 1996, Bull. Joly. soc. 1997, n° 02, p. 51.

² - Com., 10 mai 1991, Rev soc. soc. 1991, p. 760, note Y.Guyon.

³ - أنظر، بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 138.

الفرع الثاني: الإلتزام بالوفاء بديون الشركة

إن الحديث عن الإلتزام بالوفاء بديون الشركة يتطلب منا التمييز بين شركات الأشخاص و شركات الأموال، وذلك لإختلاف المركز القانوني للشريك في كلا النوعين. فالنسبة لشركات الأشخاص، يلتزم الشريك المتضامن، بالتضامن مع الشركة ومع باقي الشركاء المتضامنين عن ديون الشركة. ويعتبر تضامنه هذا تضامنا سلبيا¹، لأنه تضامن بين مدينين، على خلاف التضامن الذي يكون بين الدائنين المسمى بالتضامن الإيجابي². ومعنى تضامن الشريك المتضامن مع الشركة أن لدائن الشركة أن يرجع بدينه ليس فقط على الشركة كشخص معنوي، وإنما على كل من الشركاء حتى يستوفي منهم جميعا أو من أحدهم ما يحق له في مواجهة الشركة³ باعتبارهم متضامنين فيما بينهم وأيضا مع الشركة⁴. فتضامن الشركاء المتضامنين فيما بينهم، يعني أن لدائن الشركة أن يرجع على الشركاء المتضامنين مجتمعين أو منفردين، ويبقى من حق الشريك المتضامن الموفي أن يرجع بدوره على باقي الشركاء وأيضا على الشركة. بيد أن هناك حالة خاصة تتمثل في حالة وجود شريك متضامن واحد في شركة توصية بسيطة، فهنا يكون تضامن هذا الشريك مع الشركة فقط وليس هناك شركاء متضامنين آخرين يكون متضامنا معهم الشيء الذي يضعف ضمان دائن الشركة. لذا عليه أن يحترز لنفسه بأن يطلب تقديم كفيل متضامن مع الشركة طبقا لقواعد القانون المدني، إما أن يكون الشريك الموصي أو أحدا من الغير، فالمهم أن تكون ذمته المالية عامرة حتى تضمن الوفاء بالتزامات الشركة، لكن ينبغي التنبيه إلى أنه إذا تقدم الشريك الموصي أو أحد من الغير ككفيل متضامن مع الشركة فإنه سيكون في وضعية قانونية خطيرة أكثر من تلك التي يكون عليها الشريك المتضامن لأن هذا الأخير لا

¹ - أنظر، عمارة عمور، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، 2000، ص 221.

² - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 190.

³ - أنظر، محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 96.

⁴ - G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit, p. 642.

يمكن لغير الدائن مطالبته بدين الشركة إلا إذا طالب هذه الأخيرة أولاً ولم تستجب حينذاك عليه أن يوجه للشريك المتضامن إنذاراً وبمهلة مدة 15 يوماً. أما إذا كان من تقدم لكفالة دين الشركة مديناً متضامناً، يجوز لدائن الشركة أن يرجع عليه ابتداءً ولو كانت الشركة ميسرة وذمتها عامرة. لذا يمكن لمن يكفل إلتزامات الشركة أن يطلب أن يكون كفيلاً عادياً إذا قبل الغير الدائن للشركة وإن لم يقبل فعليه على الأقل أن يحترم نفس الإجراءات التي يلتزم بإتباعها لمطالبة الشريك المتضامن، وينبغي أن يفرغ هذا الإتفاق في عقد، فيكون مصدر تضامن الشريك الموصي أو غيره مع الشركة ومع الشريك المتضامن هو العقد. وهذا على خلاف تضامن الشريك المتضامن مع الشركة ومع باقي الشركاء المتضامين الذي يعد مصدره القانون¹ بنص قانوني وليس العقد، فهو إذن قانوني²، وبالتالي فإنه يقوم في حق الشركاء حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد التأسيسي للشركة، ولا يعفى منه الشريك بإدراج شرط في القانون الأساسي يحد من مسؤوليته، إذ يظل كل شرط من هذا القبيل غير نافذ في مواجهة الدائن إلا إذا قبل به صراحة، و يبقى صحيحاً في العلاقة بين الشركاء بحيث يمكن لأحد من الشركاء أن يحد من مسؤوليته في نطاق معين، إلا إذا كان هذا الشرط شرطاً أسد.

و يترتب أيضاً عن المسؤولية التضامنية أنه لا يحق للشريك المسؤول مسؤولية تضامنية أن يدفع في مواجهة الدائن الذي يطالبه بدين الشركة بالتجريد أو بالتقسيم. والدفع بالتجريد معناه تجريد الشركة ابتداءً باعتبارها المدين الأصلي من أموالها قبل الرجوع على الشريك، أما الدفع بالتقسيم فمعناه تقسيم الدين على الشركاء، ومثل هذه الدفوع لا يحق للشريك المسؤول مسؤولية تضامنية أن يدفع بها في مواجهة دائن الشركة. وعليه يستطيع دائن الشركة أن يوجه مطالبته إلى واحد من الشركاء³، ومن الأفضل أن يختار الذي تكون ذمته المالية عامرة حتى يضمن وفاء بدينه. كما يمكنه أن يرجع عليهم مجتمعين، ويستدعيهم

¹ - المواد 551 و 563 مكرر 1 من ق.ت. ج .

² - Ph. MERLE, *op. cit.*, p. 162.

³ - A. COURET et J.-J. BARBIÈRI, *Droit commercial*, Sirey, 13^{ème} éd. 1996, p. 139.

أمام محكمة موطن أحد الشركاء القريب من موطنه تطبيقاً لقواعد الإختصاص المحلي في حالة تعدد المدعى عليهم¹.

تكون مسؤولية الشركاء عن تسديد ديون الشركة كاملة في حالة عجز الشركة أو عجز الشريك الذي تمت مطالبته بتسديدها، فعلى الشركاء الباقين أن يتولوا الوفاء بتلك الديون ولا يجوز للشركاء إستبعاد مسؤوليتهم التضامنية أو تحديدها بشرط خاص في القانون الأساسي فمثل هذا الشرط يقع باطلاً و لا يحتج به على الغير، لأن هذا النوع من المسؤولية عن ديون الشركة يعتبر من النظام العام.

أما بالنسبة لشركات الأموال فإن المساهمين لا يكونون مسؤولين عن ديون الشركة إلا بقدر ما ساهموا به في رأسمال الشركة²، أي أن مسؤولية كل مساهم تكون محددة بقيمة أسهمه، فلا يمكن مطالبته بما يفوق هذه القيمة مهما بلغت ديون الشركة، حتى ولو لم تكف أموالها و موجوداتها للإيفاء بديونها تجاه الغير.

إلا أنه في بعض الأحيان يتنازل أحد أو بعض المساهمين لفائدة شخص آخر، لكن قد يتعرض المتنازل إليه لخطورة إرتفاع ديون الشركة أو لإنخفاض موجوداتها، و هذا ما أدى إلى البحث على ضمانات إتفاقية قادرة على حمايته من مخاطر ديون و خسارات الشركة الحاصلة بتاريخ سابق للتنازل و التي لم يعلن عنها في ذلك التاريخ و هذا ما يسمى بإتفاقية ضمان ديون الشركة، و التي يلتزم بموجبها المتنازل بنفسه و على مسؤوليته الشخصية بدفع لدائني الشركة الديون المترتبة عليها في المرحلة السابقة لتاريخ التنازل³. فتعتبر هذه الإتفاقية بمثابة تعاقد لمصلحة الغير، و إن المتنازل ملزم بدفع ديون الشركة حتى وإن زادت على الثمن الذي قبضه من المتنازل إليه لقاء عملية التنازل عن الأسهم⁴.

¹ - المواد 37 و 38 من قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² - المادة 592 من ق.ت.ج .

³ - أنظر، عادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 41.

⁴ - Com., 07 octobre 1997, Bull. Joly. soc. 1997, p. 1058.

و لقد أقر القضاء الفرنسي بصحة هذه الإتفاقية ، غير أنه عملاً بمبدأ الحرية في التعاقد و الذي بناء عليه إلتزم المتنازل بضمان ديون الشركة، فإنه و بناء على نفس المبدأ يستطيع أن يحدد دائرة إلتزاماته، فعليه ينبغي وضع حدود لهذا الضمان من خلال تضمين هذه الإتفاقية بعض الشروط، كأن يتفقوا مثلاً على أن لا يتعدى الضمان نسبة معينة من الديون، أو أن يتوقف مفعول الضمان بإنقضاء مدة معينة¹.

و لابد من الإشارة الى أن هذه الإتفاقية تتعارض مع مبدأ المساواة بين المساهمين والذي يفرض على جميع المساهمين ضمان ديون الشركة كل بمقدار حصته. في حين أن هذه الإتفاقية تلقي على عاتق المتنازل عبئاً تحمل نسبة من الديون تفوق حصته، ولكن بالرغم من ذلك أقر القضاء بصحتها لأن المساهم يلتزم بموجبها بصفته متنازلاً وليس بصفته مساهماً في الشركة².

يمكن القول بصفة عامة، أن وضع الإلتزامات التأسيسية و إن كانت قليلة نسبياً فهي تظل مشروعة في قانون الشركات، شريطة أن تصب في مصلحة الشركة، إذ لا يجوز حصر الشريك دون أية فائدة للشركة المعنية في المقابل، و أن يتم القبول بهذه الإلتزامات التأسيسية من قبل الشريك سواء عند تأسيس الشركة أو أثناء حياتها بتعديل قانونها الأساسي. على إعتبار أنه لا يجوز زيادة إلتزامات الشركاء إلا الإجماع، وتطبق هذه القاعدة في جميع الشركات.

و يترتب على مخالفة بنود القانون الأساسي، آثار قانونية من أهمها بطلان العقود أوالمداولات المخالفة، لكن إذا كانت القاعدة العامة أن البطلان في قانون الشركات لا يقع إلا في حالة وجود نص قانوني صريح، فإنه يجوز للشركاء الإتفاق على إدراج بنود تأسيسية خاصة بالجزاء المترتبة على مخالفة القانون الأساسي، التي تكون ذات طبيعة تعاقدية محضة، بمعنى تصرفات الشركاء المخالفة لإلتزاماتهم التأسيسية التي لا تجد لها أي أساس

¹ - Com., 22 février 1983, Bull. Joly. soc. 1983, p. 103.

²- أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع نفسه، ص 45.

قانوني ذو طبيعة أمرية على وجه الخصوص، من بين أهم هذه الجزاءات الإتفاقية، إلزام الشريك المخالف بالتعويض أو إقصائه من الشركة، ففي ظل غياب أي حكم خاص في قانون الشركات، فليس هناك ما يمنع صحة و مشروعية هذه الجزاءات الإتفاقية، بإعتبار أن مخالفة القانون الأساسي تشكل بالنسبة للشركاء خطأ متعمداً، يمكن أن يلحق ضرراً بالشركة أوبقية الشركاء، إلا أن الجزاءات تخضع لرقابة القضاء، خاصة من باب مراعاة مبدأ تناسب حجم الضرر و قيمة التعويض، بحيث يعتبر كل إتفاق مخالف باطلاً¹.

و في الأخير نخلص إلى أنه من الصعب حصر مجمل الإلتزامات التي يتفق عليها الشركاء، مع ذلك يمكن القول بوجود نظام إتفاقي في الإلتزامات الشريك تعد الإرادة مصدراً له، يتم إدراجها في القانون الأساسي للشركة. لتصبح الإلتزامات تأسيسية مثلها مثل الإلتزامات القانونية من حيث قوتها الملزمة و مدى تعهد الشركاء بتنفيذها. و يهدف الشركاء من خلال إنشاء هذه الإلتزامات الإتفاقية الى تكملة النظام القانوني الأمر، إذ يتولوا الشركاء صياغتها وفق مبدأ الحرية التعاقدية و بما يتلائم مع مصلحة الشركة².

الفصل الثاني: الحرية في تنظيم السلطة داخل الشركة

إن تعيين المسيرين يختلف بحسب نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص يأخذ طابعا إتفاقيا محضاً، إذ يقوم الشركاء بالإتفاق على إسناد إدارة الشركة إلى واحد أو أكثر من الشركاء، وقد يتفقوا على إسناد الإدارة إلى شخص من الغير. غير أنه بالنسبة لشركات الأموال و خاصة شركة المساهمة لا يمكن لأي فرد الدخول إلى عضوية مجلس الإدارة من أجل ممارسة الوظيفة التسيير، إذ يجب أن تجتمع فيه بعض الشروط المطابقة للوجه محدد بدقة والذي يوجد القسم الأكبر في القانون التجاري. و إن تحديد الشروط الواجب توافرها في المسيرين تبدو كأحد الوسائل التي تسمح لقانون الشركات من مراعاة العنصر البشري داخل الشركة.

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 143.

² - أنظر، بالطيب محمد البشير، التنظيم الاتفاقي للإلتزامات الشريك، المرجع السابق، ص 251.

فقد نص القانون على شروط معينة أوجب توافرها في أعضاء مجلس إدارة الشركة وذلك بصورة موضوعية. إذ وضع عدة معايير تسمح في إختيار الأعضاء. وهذه المعايير تتعلق بصفة الشخص الطبيعي أو المعنوي، بتمتعه، أم لا بلقب الشريك.

إلى جانب الشروط المفروضة من قبل المشرع، يمكن إدراج بنود في القانون الأساسي للشركة أو بمقتضى إتفاقية بين المساهمين تجيز للأشخاص الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة إمكانية الدخول إلى منصب الإدارة في الشركة.

بمقابل ذلك، يسهر المشرع على إحترام حقوق المسيرين وذلك أثناء عزلهم من منصب الإدارة في الشركة، بحيث يتوجب الرجوع إلى القانون الأساسي. أما في شركات الأموال يعتبر باطلا كل بند يدرج في القانون الأساسي للشركة أو بمقتضى إتفاقية بين المساهمين من شأنه دحض مبدأ حرية عزل المسيرين، أي إمكانية عزلهم في أي وقت بدون إنذار مسبق ولا تعويض.

فوفقا للمفهوم التعاقدى لوظيفة وعمل الإدارة يعتبر المسيرين وكلاء عن جميع الشركاء وبمقتضى هذه الوكالة يتولون القيام بجميع الأعمال التي يستوجبها سير المشروع على الوجه المألوف والتي تعد من الأعمال اليومية وليس لهذه الصلاحيات من حد أو تحفظات إلا ما هو منصوص عليه في القانون أو في القانون الأساسي للشركة.

إذ يجوز أن يتضمن القانون الأساسي للشركة أو بموجب إتفاقيات بين المساهمين توسيع الإختصاص العائد لهيئات التسيير. والعكس من ذلك، يمكن أن يتضمن القانون الأساسي تحفظات تجاه سلطات هذه الهيئات، و تجسد هذه البنود مظهرا للإعتبار الشخصي إذ تشكل دعما للقيود التي وضعها المشرع لحماية الشركاء من تصرفات المسيرين، وبالتالي الحد من سيطرتهم و هيمنتهم، و هذا من أجل أن تكون السلطة بيد مجموع الشركاء الذين يشكلون القاعدة الأساسية ومصدر السلطات.

و بالإضافة إلى سير و عمل هذه الهيئات الرسمية داخل الشركة، قد يعمد الشركاء عن طريق القانون الأساسي أو بموجب إتفاقية بينهم إلى تعيين هيئات شبه رسمية في

الشركة، من شأن هذه الهيئات تعديل القواعد القانونية المرتبطة بعمل هيئات الشركة الرسمية التي تمارس الإدارة و الرقابة فيها. لتصبح هيئات تأسيسية أو إتفاقية. وتقوم هذه الهيئات بدور مهم في مراقبة حسن تطبيق القانون الأساسي للشركة و تفحص موجداتها وحساباتها السنوية، كما يقدمون إقتراحاتهم للجمعية العامة و لهيئات الإدارة الرسمية، إلا أنهم لا يستطيعون التدخل في الأعمال التي تختص بها الهيئات الرسمية في الشركة، وذلك بسبب وجود قاعدة قانونية آمرة و هي قاعدة الفصل و التسلسل بين السلطات.

نظرا لما تقوم به الهيئات الإدارية داخل الشركة من دور هام في سبيل تحقيق مصلحتها. قد يلجأ الشركاء عن طريق القانون الأساسي لتنظيم كيفية سير هذه الهيئات وتداولها. و تبرز أهمية هذه الإتفاقيات خاصة في شركة المساهمة. فلم يتدخل المشرع لتنظيم الجلسات و كيفية إنعقاد مجالس التسيير تاركا إمكانية تنظيم ذلك بموجب بنود القانون الأساسي، كما خص المشرع تداول هذه الهيئات بأهمية بالغة نظرا لأهميته بإعتباره السبيل الوحيد لممارسة هذه الهيئات لمهامها المتعلقة بالإدارة العامة.

و عليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى الإتفاقيات المتعلقة بتنظيم أجهزة الشركة

(المبحث الأول) ثم نتطرق إلى تبيان الإتفاقيات المتصلة بصلاحيات هذه الأجهزة

(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإتفاقيات المتعلقة بتنظيم أجهزة الشركة

إلى جانب الشروط المفروضة من قبل المشرع لتولي منصب الإدارة في الشركة يمكن إدراج بنود في القانون الأساسي الشركة أو بمقتضى إتفاقية بين المساهمين تشترط توافر بعض الصفات الخاصة من أجل تولي منصب الإدارة في الشركة. كما أن إحترام الحقوق اللصيقة بالفرد، هي مؤمنة من قبل المشرع أثناء عزل المسيرين من مناصبهم. إذ يسهر على منع أي تجاوز يمكن أن يقع على بعض الإمتيازات والحقوق التي تعتبر أساسية البعض منها يدخل في فئة الحقوق الشخصية لا سيما حق السمعة أو الكرامة، أما البعض

الأخر فيطلق عليه إسم حقوق الدفاع والذي يترجم عن طريق إحترام حقوق المواجهة. لم يتدخل المشرع لتنظيم الجلسات و كيفية إنعقاد الهيئات الإدارية تاركا إمكانية تنظيم ذلك بموجب بنود القانون الأساسي، الأمر كذلك بالنسبة لمداولات هذه الأخيرة نظرا لأهميته بإعتباره السبيل الوحيد لممارست المهام المتعلقة بالإدارة داخل الشركة في سبيل تحقيق مصلحتها. فيلجأ الشركاء عن طريق القانون الأساسي لتنظيم كيفية سير هذه الهيئات وتداولها. و تبرز أهمية هذه الإتفاقيات خاصة في شركة المساهمة. يتجلى مقدار تدخل إرادة الشركاء في تنظيم سير أجهزة الشركة من خلال الإتفاقيات الرامية إلى تعيين و عزل أعضاء إدارة الشركة (المطلب الأول)، ومن ثم الإتفاقيات الرامية إلى تنظيم إجتماعات و تداول الهيئات الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإتفاقيات الرامية إلى تعيين و عزل أعضاء إدارة الشركة

إن تدخل الشركاء لوضع تنظيم تأسيسي يعنى بتنظيم أجهزة الشركة و طريقة ممارسة السلطة فيها، يختلف حسب نوع الشركة سواء كانت شركات أشخاص أو أموال. ففي شركات الأشخاص أوجب المشرع الرجوع دائما لأحكام القانون الأساسي لشركة سواء أثناء مرحلة تعيين المديرين أو عزلهم، و هذا عكس شركات الأموال التي فرض فيها المشرع توفر بعض الشروط من أجل تولي منصب الإدارة، وهذه الشروط تتميز بها الشركات الأموال و خاصة شركة المساهمة عن شركات الأشخاص التي لم يشترط فيها المشرع تعيين المدير أو المديرين من بين الشركاء.

أما بخصوص الهيئات غير الرسمية و التي قد يلجأ الشركاء إلى تعيينها بغية سد الفراغ القانوني، و التي يتمثل دورها أساسا في مراقبة حسن تطبيق القانون الأساسي للشركة وتفحص موجداتها و حساباتها السنوية، إلا أنها لا تستطيع التدخل في الأعمال التي تعود في الأصل إلى الهيئات الرسمية في الشركة، و ذلك بسبب وجود قاعدة قانونية أمرة و هي قاعدة الفصل و التسلسل بين السلطات.

هذا ما سيتم تناوله في هذا المطلب، الفرع الأول خصصناه لتنظيم التأسيسي للهيئات الرسمية لشركة، و الفرع الثاني لتنظيم التأسيسي للهيئات غير الرسمية.

الفرع الأول: التنظيم التأسيسي للهيئات الرسمية لشركة

يتميز التركيب القانوني للشركات التجارية عموماً، و شركات الأموال على وجه الخصوص بضرورة وجود ممثل للشركة بإعتبارها شخصاً معنوياً، يتولى إدارتها بحيث يكفل له ذلك المنصب نصيباً من الحرية للتعامل مع الغير و لحساب الشركة دون الحاجة إلى أخذ رأي أو إجازة بقية الشركاء ، خاصة مع إقرار فكرة الوكالة في أعمال التسيير والإدارة¹. وعلى هذا الأساس قد تتدخل إرادة الشركاء لوضع تنظيم تأسيسي يعنى بتنظيم أجهزة الشركة وطريقة ممارسة السلطة فيها، و يختلف مقدار التدخل لهذه الإرادة حسب نوع الشركة سواء كانت شركات أشخاص أو أموال.

فالنسبة لشركات الأشخاص وبما أن الشريك المتضامن يكتسب صفة التاجر، وإنه مسؤول من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة²، فمن باب أولى أن تعود إليه مهام التسيير، سواء بموجب القانون أو بناء على بنود القانون الأساسي. أما في شأن عزل المسير، فإن المشرع ضيق من مجال الحرية التأسيسية إذ قرر بأنه لا يجوز عزل الشريك المسير القانوني أو الإتفاقي، إلا بإجماع الشركاء و يترتب على هذا العزل حل الشركة ما لم ينص القانون الأساسي خلاف ذلك³.

أما بخصوص شركات الأموال و خاصة منها شركة المساهمة، فينتخب أعضاء مجلس الإدارة في الحالات العادية من طرف الجمعية التأسيسية أو الجمعية العامة العادية⁴، وتحدد مدة عضويتهم بموجب القانون الأساسي، و تتولى الجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 205.

² - المادة 551 من ق. ت. ج.

- Art. L. 221-1 al. 1 C. com. fr.

³ - المادة 559 من ق. ت. ج.

- Art. L. 221- al. 1 C. com. fr.

⁴ - المادة 611 من ق. ت. ج.

و تعد هذه القاعدة من النظام العام،¹ بحيث لا يجوز مخالفتها بموجب بنود القانون الأساسي، لكن مع صحة الإتفاق على تعويض القائم بالإدارة المعزول.

أولاً: تعيين المدير و عزله في شركات الأشخاص

إن شركات الأشخاص تشمل شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، إذ تعتبر الأولى النموذج القانوني الأمثل لشركات الأشخاص نظراً لقيامها على الإعتبار الشخصي الذي يمثل أهمية قصوى سواء من الناحية الواقعية أو من الناحية العملية²، لذا فإنها تكيف حياتها على أساسه ويتوقف إنقضاؤها على زواله³. فهي تتكون أساساً بين عدد قليل من الشركاء⁴ عادة لا يزيد عن الإثنين أو الثلاثة⁵. أما بالنسبة لشركة التوصية البسيطة، فإن المشرع الجزائري لم يورد لها تعريفاً، وإنما اكتفى بالنص على أن الأحكام المتعلقة بشركات التضامن تطبق على شركات التوصية البسيطة مع مراعاة القواعد الخاصة بها⁶. فهي تتكون من نوعين من الشركاء، شركاء متضامنين يسري عليهم القانون الأساسي للشركاء بالتضامن وشركاء موصين يلتزمون بديون الشركة فقط في حدود قيمة حصصهم⁷ إلا أنهم يصبحون في حالات معينة مسؤولين من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة شأنهم في ذلك شأن الشركاء المتضامنين⁸.

1 - المادة 613 من ق. ت. ج.

2 - أنظر، عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 85.

3 - أنظر، محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 83.

4 - أنظر، فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة و الخاصة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 75.

5 - Ph. MERLE, op. cit., p.147.

6 - المادة 563 مكرر من ق. ت. ج.

7 - المادة 563 مكرر 1 من ق. ت. ج.

8 - المواد 563 مكرر 2 الفقرة 02 و 563 مكرر 5 من ق. ت. ج.

1 - تعيين المديرين في شركات الأشخاص

إن تعيين المديرين في هذا النوع من الشركات يأخذ طابعا إتفاقيا محضا، إذ يقوم الشركاء بالإتفاق على إسناد إدارة الشركة إلى شريك أو أكثر من الشركاء، وقد يتفقوا على إسناد الإدارة إلى شخص من الغير. و قد يتم الإتفاق على تعيين المدير في القانون الأساسي لشركة، و قد يتم تعيينه في قرار لاحق للقانون الأساسي، ففي الحالة الأولى يسمى المدير الإتفاقي و في الحالة الثانية يسمى المدير غير الإتفاقي¹، و يجب التفرقة أيضا بين إذا ما وقع التعيين في مرحلة التأسيس أو أثناء حياة الشركة، فالنسبة للحالة الأولى فإن الأمر يقتضي إجماع الشركاء في الشركة التضامن²، و كذا في شركة التوصية البسيطة أي إجماع الشركاء المتضامنين و الموصين معا³، حتى ولو تم الإتفاق على أغلبية محددة في القانون الأساسي على إعتبار أن سريان البنود التأسيسية يبدأ بعد قيد الشركة في السجل التجاري⁴. أما إذا تم الإتفاق على تعيين المسير أثناء مرحلة حياة الشركة فإنه يجوز الإتفاق على أغلبية معينة في القانون الأساسي يتم بموجبها تعيين المسير في كلا نوعين من الشركات، إلا أن تعيين المسير وفق هذه الأغلبية يتحقق بموجب قرار لاحق يتضمن تعيينه خارج القانون الأساسي، لأنه إذا تم تعيينه في القانون الأساسي للشركة الذي يشتمل على أسماء المسيرين السابقين، فإن الأمر يتطلب بالضرورة تطبيق قواعد تعديل القانون الأساسي، و هذا ما يؤدي حتما إلى الرجوع لقاعدة إجماع الشركاء المتضامنين في شركة التضامن⁵، أما بالنسبة لشركة التوصية البسيطة إضافة إلى إجماع الشركاء المتضامنين

¹ - أنظر، محمد مصطفى عبد الصادق، الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، دار الفكر و القانون، 2013، ص 98.

² - المادة 556 من ق. ت. ج.

³ - المادة 563 من ق. ت. ج.

⁴ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 163.

⁵ - المادة 556 الفقرة 01 من ق. ت. ج.

يجب موافقة الشركاء الموصين الذين يمثلون أغلبية رأس المال¹. و على هذا الأساس لا يجوز لشركاء الإتفاق على مخالفة قاعدة الإجماع فيما يخص هذا النوع من التعيين على إعتبار أن إختيار المسير خارج إطار قاعدة الإجماع يجعله مفروضا على كل شريك متضامن مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن بين السلطة و المسؤولية المقابلة لها، إذ يكون الشريك مسؤولا بصفة شخصية عن ديون الشركة رغم عدم موافقته على التعيين

2- عزل المديرين في شركات الأشخاص

يتوجب في هذه الحالة الرجوع إلى القانون الأساسي و إرادة الشركاء، و يجب التمييز بين المدير الشريك و غير الشريك. فإذا تعلق الأمر بالمدير الشريك المعين في القانون الأساسي للشركة نجد التشريع يقرر صراحة بأنه لا يجوز عزل المدير من مهامه إلا بإجماع الشركاء على ذلك، لأنه قد يترتب على هذا العزل حل الشركة ما لم ينص القانون الأساسي على عكس ذلك، أو أن يقرر الشركاء الآخرون حل الشركة بالإجماع. ويمكن للشريك المعزول الإنسحاب من الشركة مع المطالبة بحقوقه في الشركة والمقدرة قيمتها يوم قرار العزل من طرف خبير معتمد معين إما من طرف الشركاء، أو عند عدم إتفاقهم يعين بأمر من رئيس المحكمة². و من ثم يتبين لنا أن المشرع الجزائري ضيق من مجال تدخل إرادة الشركاء و أقر بوضع قواعد آمرة فيما يخص عزل المدير الشريك المعين في القانون الأساسي في شركة التضامن، و هذا هو أيضا موقف المشرع الفرنسي³.

أما فيما يخص عزل الشريك المتضامن المسير في شركة التوصية البسيطة، فقد إشتراط المشرع الجزائري إجماع الشركاء المتضامنين بالإضافة إلى الشركاء الموصين الذين يمثلون أغلبية رأسمال⁴، و هذا عكس المشرع الفرنسي الذي يشترط بالنسبة للشركاء

¹ - المادة 563 مكرر 8 من ق. ت. ج.

² - المادة 559 الفقرة 01 من ق. ت. ج.

³ - Art. L. 221- 6 al. 1C. com. fr.

⁴ - المادة 563 مكرر 8 من ق. ت. ج.

الموصين الأغلبية العددية و أغلبية رأس المال¹. و السبب في ذلك هو أن عزل المدير في هذه الحالة يعد تعديلا للقانون الأساسي، لكن الإشكال الذي يثور هنا هو في حالة وجود شريك متضامن واحد و يعين كمدير للشركة في القانون الأساسي، ففي هذه الحالة وبسبب غياب قاعدة إجماع الشركاء المتضامنين فإن العزل سوف يكون قضائيا و ذلك بطلب من الشركاء الموصين بناء على سبب المشروع، بصفتهم شركاء ولهم الحق في الرقابة على أعمال الشركة².

أما بالنسبة لعزل الشريك المدير الغير معين في القانون الأساسي أي المعين بقرار لاحق للقانون الأساسي سواء في شركة التضامن أو في شركة التوصية البسيطة، فهنا يتوجب الرجوع إلى إرادة الشركاء بحيث يتم الرجوع في هذه الحالة إلى بنود القانون الأساسي فهي التي تحدد كيفية العزل و ما إذا كان هذا العزل يؤدي إلى حل الشركة أم لا³، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول أن المشرع الجزائري و على غرار نظيره المشرع الفرنسي⁴، ترك هامشا واسعا لإرادة الشركاء فيما يخص عزل المدير الغير معين في القانون الأساسي وهذا عكس المدير المعين في القانون الأساسي .

أما إذا كان المدير من الغير سواء كان معيناً في القانون الأساسي أم لا فإن عزله في شركة التضامن يعود لإرادة الشركاء ولا يحتاج إلى إجماع الشركاء، بل يمكن الإكتفاء بأغلبية بسيطة متفق عليها ضمن بنود القانون الأساسي أو بأغلبية الأصوات في حالة غياب الأغلبية المحددة تأسيسيا⁵، أما بالنسبة لشركة التوصية وفي غياب نص خاص بهذه المسألة، يتوجب تطبيق الأغلبية المتعلقة بتعديل القانون الأساسي شأنه في ذلك شأن المدير

¹ - Art. L. 222- 9 al. 2C. com. fr.

² - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 167.

³ - المادة 559 الفقرة 02 من ق. ت. ج.

⁴ - Art. L. 221- 12 al. 2C. com. fr.

⁵ - المادة 559 الفقرة 03 من ق. ت. ج.

الشريك¹، ومن ثم يجب الحرص من طرف الشركاء على وضع بنود تأسيسية خاصة بالأغلبية المحددة لعزل المدير غير شريك.

بالإضافة إلى هذا أقر المشرع بحق كل شريك بالمطالبة أمام القضاء بعزل المدير لسبب مشروع²، وذلك في حالة عدم تحقق الأغلبية القانونية أو التأسيسية. وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي إلتزم الصمت حيال هذه النقطة مما أدى بالفقه الفرنسي إلى قول بلزوم إدراج أو النص على حق الشريك لطلب العزل أمام القضاء ضمن بنود القانون الأساسي لشركة، و ذلك على إعتبار أن الشريك المتضامن يكون مسؤولاً من غير التحديد عن ديون الشركة.

إن العزل المقرر من دون سبب مشروع يكون موجبا لتعويض عن الضرر اللاحق بالمدير المعزول³، إلا أنه يمكن للشركاء الإتفاق على إدراج بند في القانون الأساسي يجيز إستبعاد التعويض على إعتبار إن العزل لسبب مشروع لا يعد من النظام العام، و إن الشروط التأسيسية التي تستبعد السبب المشروع لعزل المدير يمكن أن تتجسد في هذه الصيغة اللفظية الأخيرة، كما يمكن أن تتدرج في تعداد الأسباب التي تقضي بعزل المدير وفق عبارات واسعة تعطي للشركاء حرية واسعة في التعامل بها، لكن الأخذ بهذه الحرية التأسيسية الواسعة في هذا المجال يجب أن يظل تحت رقابة القضاء ذلك أن تقرير التعويض لصالح المدير هو من إختصاص هذا الأخير، لأن السبب وراء وضع هذا البند في القانون الأساسي و الذي يقضي بإستبعاد السبب المشروع للعزل هو توفير التعويضات التي يجوز أن يقرها القضاء في حالة ما إذا كان العزل غير مبررا⁴.

1 - المادة 563 مكرر 8 من ق. ت. ج.

2 - المادة 559 الفقرة 04 من ق. ت. ج.

3 - المادة 559 الفقرة 05 من ق. ت. ج.

4 - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 169.

ثانياً: تعيين المسير و عزله في شركات الأموال

تقوم الشركات الأموال على الإعتبار المالي و الذي له الأهمية كبيرة في تكوين الشركة وفي نشاطها¹، وتظهر بصمات هذا الاعتبار عند تكوين الشركة و أثناء حياتها وكذلك عند إنقضائها. فعند تكوينها غالباً ما يتم اللجوء إلى الجمهور الذي لا يعرف بعضه بعضاً للحصول على رأس مالها، أما أثناء حياتها لا يضل الشريك أسيراً فيها، بل يستطيع الإنسحاب منها عن طريق تداول أسهمها دون أن يؤثر ذلك على بقائها وإستمرارها. وإذا بلغت خسائرها حداً معيناً يتعين حلها وتصفيتها². وتشمل شركات الأموال، شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم.

وتتسم شركات الأموال على العموم بأن المساهم يكون مسؤولاً عن ديون الشركة في حدود ما قدمه من حصة في رأس مال الشركة، و إن القرارات لا تأخذ بالإجماع إلا إستثناءً وإن عدد الأصوات يحسب على أساس الحصص أو الأسهم التي يمتلكها المساهم، وفي ضل غياب المسؤولية غير المحدودة لكافة الشركاء عن ديون الشركة فإنه تزداد أهمية القواعد القانونية المتعلقة بتنظيمها خاصة فيما يتعلق بهيكل الشركة و سير هيئاتها. وعليه يجب الوقوف على مجال تدخل القانون الأساسي في تنظيم هذه الهيئات. إذ يمكن للمساهمين اللجوء إلى إتفاقيات وذلك للتخفيف من حدة القواعد القانونية الواجبة التطبيق وترتبط هذه الإتفاقيات إما بتعيين أجهزة الشركة و إما بعزلها.

1 - تعيين المسيرين في شركات الأموال

الأصل العام أن تعيين أعضاء مجلس الإدارة أثناء مرحلة التأسيس يكون حسب نوع تأسيس شركة المساهمة، فإذا لم تلجأ الشركة عند تأسيسها إلى الإدخار العام فيتم تعيين أعضاء مجلس الإدارة الأولين في القانون الأساسي³، وقد تبني المشرع هذا الإجراء لتسهيل

1 - أنظر، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 71.

2 - أنظر، محمد فريد العربي، المرجع السابق، ص 16.

3 - المادة 609 من ق. ت. ج.

عملية تأسيس الشركة باعتبارها تتكون من عدد محدود من المساهمين. كما أن هذا الإجراء لا يتنافى و مبدأ حرية المساهمين في إختيار أعضاء مجلس إدارتهم لكون موافقتهم تتجسد في التوقيع على القانون الأساسي¹.

أما في حالة ما لجأت شركة المساهمة أثناء التأسيس إلى الإدخار العلني فإن المشرع الجزائري خول للجمعية التأسيسية صلاحية تعيين أعضاء مجلس الإدارة الأولين². و تقوم الجمعية التأسيسية بصلاحية التعيين القائمين بالإدارة الأولين وفق العدد المحدد في القانون الأساسي للشركة الإبتدائي، الذي لا يجب أن يقل أو أن يزيد عن الحد القانوني، بحيث أجاز المشرع الجزائري تعيين على الأقل ثلاثة 03 أعضاء كحد أدنى و إثني عشرة 12 عضوا كحد أقصى³ وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي إكتفى بتحديد الحد الأقصى والمقدر بثمانية عشرة 18 عضوا تاركا المجال للقوانين الأساسية لتحديد عدد القائمين بالإدارة و لكن دون تجاوز الحد الأقصى المحدد قانونا⁴. هذا بالنسبة إلى تعيين أعضاء مجلس الإدارة أثناء مرحلة التأسيس، أما إذا تم التعيين أثناء حياة الشركة، فالجمعية العامة العادية هي التي تسعى إلى تعيين القائمين بالإدارة، و التي تقوم أيضا بإستخلاف الأعضاء أو التجريد من العضوية⁵.

ويجب أن تتوفر في الشخص المعين كقائم بالإدارة جملة من الشروط منها ما هو قانوني و منها ما هو إتفاقي، ولعل أن من أهم الشروط القانونية هو توافر صفة المساهم في القائم بالإدارة، بحيث إشتراط المشرع أن يكون مجلس الإدارة ككل مالكا لعدد من الأسهم تمثل على الأقل عشرين بالمائة 20% من رأسمال الشركة تسمى أسهم الضمان⁶، حيث

¹ - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 39.

² - المواد 600 الفقرة 02 و المادة 611 من ق. ت. ج.

³ - المادة 610 من ق. ت. ج.

⁴ . Art. L. 225- 17 C. com. fr.

⁵ - المادة 619 الفقرة 01 من ق. ت. ج.

⁶ - المادة 611 الفقرة 01 من ق. ت. ج.

تخصص هذه الأسهم لضمان جميع أعمال التسيير التي سيقوم بها الأعضاء المعينين أثناء حياة الشركة وهذا سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين¹، و عليه يتوجب يعين القائمين بالإدارة من بين الأشخاص الذين يتمتعون بصفة المساهم.

هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يعد يشترط صفة المساهم في القائمين بالإدارة وذلك بموجب قانون تحديث الإقتصاد المؤرخ في 04 أوت 2008²، إذ بمقتضى هذا القانون لم تعد وظيفة القائم بالإدارة مقتصرة على المساهمين فقط و إنما يستطع الأجنبي عن الشركة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يعين كقائم بالإدارة عند التأسيس وذلك لفتح المجال أمام الأشخاص الذين يتمتعون بكفاءة مهنية في ميدان التسيير والإدارة بأن يشغلوا منصب قائم بالإدارة دون أن يكونوا مالكين لعدد من الأسهم في الشركة، وهذا ما أيده الفقه الفرنسي إذ أن هذا التعديل ساهم في تبسيط و تيسير شروط التعيين أو تسمية القائمين بالإدارة، ذلك لأن إشتراط صفة المساهم في القائم بالإدارة لم تعد من النظام العام³، بحيث يمكن للقانون الأساسي أن يشترط صفة المساهم لتعيين الشخص كقائم بالإدارة أي أن يكون مالكا لعدد من الأسهم وعليه في حالة وجود مثل هذا البند في القانون الأساسي للشركة فإنه يجب أن يكون القائم بالإدارة مالكا لعدد من الأسهم⁴.

بالإضافة إلى مجموع الشروط القانونية التي إستلزامها المشرع لصحة تعيينات القائمين بالإدارة، يجوز للمساهمين إدراج بنود في القانون الأساسي للشركة أو بمقتضى إتفاقية بين المساهمين يشترطون بموجبها توافر بعض الشروط في القائم بالإدارة، كأن يتفق المساهمون على إختيار الأعضاء من حملة بعض أنواع الأسهم أو من بعض فئات المساهمين أو من حملة عد معين من الأسهم⁵، كما قد يشترط حصول العضو على شهادة معينة أو لديه أقدمية أو خبرة في التسيير أي ما يعبر عنها بالكفاءة المهنية، وقد يشترط أن يكون العضو

¹ - المادة 619 الفقرة 02 من ق. ت. ج.

³ - Ph. MERLE, op. cit, p.422.

⁴ . Art. L. 225-25 al 1 C. com. fr.

⁵ - أنظر، عادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 80.

متمتعا بجنسية ما، من أجل ضمان الأغلبية للعناصر الوطنية في مجالس إدارة الشركات التي تتشكل من أعضاء محليين وأجانب. وقد يتطلب للإحتفاظ بالعضوية ألا يتجاوز العضو حدا أقصى في السن ينص عليه القانون الأساسي. و يجوز تعيين الأعضاء لمدة يحددها القانون الأساسي على ألا تتجاوز مثلا مدة أقصاها ستة 06 سنوات و يجوز تجديد إنتخاب الأعضاء الذين إنتهت مدة عضويتهم، كما يمكن أن ينص القانون الأساسي لشركة ضمانا لإستمرار الإدارة على تجديد هيئة الإدارة تجديدا جزئيا¹.

رغم أن المساهمين أحرار في إشتراط ما يروونه مناسبا و لازما في كل عضو من أعضاء مجلس الإدارة، إلا أن حريتهم هذه غير مطلقة، فلا بد لهم أن يراعوا أن يكون كل بند وفقا للقانون، أي أن يكون كل بند في إطار الحدود القانونية التي نظمتها القواعد القانونية المتعلقة بالشروط القانونية، و من ثم يقع باطلا كل بند في القانون الأساسي يقضي بخلاف ذلك².

وبإعتبار أن المهام المسندة إلى مجلس الإدارة هي مهام ضخمة، فيقوم بتعيين رئيس للقيام بالأعمال الإدارية و تصريف أمور الشركة، لذا يلتزم مجلس الإدارة بتعيين من بين أعضائه رئيسا للمجلس، وقد تكون المهام الملقاة على عاتق الرئيس كبيرة، فيقترح على هذا الأخير بتعيين شخص آخر يساعده في أداء وظائفه وهو ما يسمى بالمدير العام³.

يقوم مجلس الإدارة بتعيين رئيس مجلس الإدارة من بين أعضائه، شريطة أن يكون شخصا طبيعيا تحت طائلة بطلان التعيين⁴، وعليه يستثنى من ذلك إنتخاب الشخص المعنوي عضو مجلس الإدارة لرئاسة المجلس مما يتقرر معه عدم إمكانية تشكيل المجلس إلا من الأشخاص المعنوية، لأنه قد يكون من شأن ذلك إستحالة تعيين رئيس لمجلس

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002 - 2003، ص 99.

² - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 76.

³ - المادة 639 من ق. ت. ج.

⁴ - المادة 635 من ق. ت. ج.

الإدارة. لذات الحكمة فلا يتصور وجود شخص طبيعي واحد بالمجلس الإدارة مع باقي الأعضاء الأشخاص المعنوية، لأن في ذلك إنشاء لحالة الأمر الواقع و التي تفرض إنتخاب هذا الشخص الطبيعي على رأس المجلس إضافة إلى أن في ذلك إنعدام حرية الأعضاء في إختيار الرئيس¹. و بما أن تعيين الرئيس هو من إختصاص مجلس الإدارة فلا يجوز أن ينوب عنه جهاز آخر ليقوم بتعيين الرئيس، لأن في ذلك مساس بمبدأ الفصل و التسلسل بين السلطات، كما أنه لا يسوغ أن يرد شرط في القانون الأساسي يخضع إنتخاب الرئيس من قبل المجلس إلى تصديق الجمعية العامة، لأن في ذلك مخالفة صريحة لقاعدة أمره معتبرة من النظام العام². أما فيما يخص مدة وظيفة رئيس مجلس الإدارة فيمكن تحديدها في القانون الأساسي بشرط ألا تتجاوز مدة نيابته كقائم بالإدارة، مع إمكانية إعادة إنتخابه³.

وبما أن رئيس مجلس الإدارة يقوم بمهمتين، مهمة رئاسة مجلس الإدارة ومهمة مدير عام، فقد أجاز المشرع لمجلس الإدارة بناء على اقتراح الرئيس أن يعين مديرا واحدا أو اثنين لمساعدة الرئيس في أداء مهامه و التي تعتبر سلطات واسعة للتصرف في كل الظروف بإسم الشركة، كما يجوز تعيين المدير وفق هذه الطريقة مباشرة في القانون الأساسي للشركة بحيث يتمتع المدير قانونا في مواجهة الغير بنفس السلطات التي يتمتع بها الرئيس، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي فصل بين مهام رئاسة المجلس والإدارة العامة أي بين مهام الإدارة الداخلية و وظائف الإدارة الخارجية لشركة⁴، فقد أصبح تولي رئيس مجلس الإدارة لسلطات الإدارة العامة على سبيل التخيير⁵، فإما أن يعين مجلس الإدارة رئيسه لتولي مهام الإدارة العامة، أو أن يعين شخصا طبيعيا آخر يطلق عليه إسم المدير العام لتولي مهمة الإدارة العامة، كل هذا يكون وفقا لبنود القانون الأساسي⁶. ويجوز للمدير العام أن يقترح

1 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 81.

2 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص 82.

3 - المادة 636 الفقرة 01 من ق. ت. ج.

4 - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 216.

⁵-Art. L. 225-51-1 al 1 C. com. fr.

⁶- Art. L. 225-51-1 al 2 C. com. fr.

على مجلس الإدارة تعيين شخص آخر لمساعدته، كمدير عام منتدب أو مفوض. ويجب النص على الحد الأقصى لعدد المديرين العامين المفوضين ضمن بنود القانون الأساسي دون أن يتجاوز خمسة 05 أشخاص¹.

لقد ترك المشرع الجزائري ما إذا كان يجب أن يتم إختيار المدير من بين الشركاء من عدمه، ولكن نص على إمكانية تعيينهم من بين القائمين بالإدارة²، و هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي أجاز أن يكون المدير من بين الشركاء أو من الغير³.

أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات النظام الحديث، فإن المشرع قد حدد عدد أعضاء مجلس المديرين بين ثلاثة 03 أعضاء على الأقل، و خمسة 05 أعضاء على الأكثر⁴. وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي أعطى للمساهمين حرية تأسيسية أكبر في هذا الشأن، إذ إكتفى بتحديد العدد الأقصى و المقدر بخمسة 05 أعضاء. وترك الحرية للمساهمين في القانون الأساسي لرفعه إلى سبعة 07 أعضاء بالنسبة لشركات المساهمة التي تكون أسهمها مسعرة في البورصة⁵. أما بالنسبة لشركات المساهمة التي يكون رأسمالها أقل من مائة وخمسين ألف أورو 150.000 فيتولى مهام مجلس المديرين فيها شخص واحد فقط يسمى بالمدير العام الوحيد، وهو الذي يتمتع بسلطة تمثيل الشركة⁶.

و يتم تعيين أعضاء مجلس المديرين من طرف مجلس المراقبة، و ذلك بشرط أن يكونوا كلهم أشخاصا طبيعيين، وذلك تحت طائلة البطلان⁷. و يتكفل القانون الأساسي بتحديد مدة العضوية في مجلس المديرين، وذلك في حدود المدة المقدرة بين عامين 02 وستة 06 سنوات، وفي حالة غياب تحديد مدة العضوية في القانون الأساسي فتقدر قانونا بأربع 04

¹- Art. L. 225-53 al 2 C. com. fr.

² - المادة 641 من ق. ت. ج.

³ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 85.

⁴ - المادة 643 من ق. ت. ج.

⁵- Art. L. 225-58 al 1 C. com. fr.

⁶- Art. L. 225-59 al 2 C. com. fr.

⁷ - المادة 644 من ق. ت. ج.

سنوات¹، كما يمكن للقانون الأساسي أيضا أن يتكفل بتحديد السن الأقصى لممارسة وظيفة عضو مجلس المدربين و هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذ قام بتحديد السن الأقصى لعضو مجلس المدربين و المحدد قانونا بخمسة و ستين 65 سنة في حالة عدم تحديده إتفاقيا، و ذلك تحت طائلة البطلان، كما أن العضو الذي بلغ السن القصوى الإتفاقية أوالقانونية يعد مستقبلا بقوة القانون².

أما بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم و بإعتبارها من شركات الأموال فتعود سلطة التعيين إلى الشركاء، و ذلك بعد إستبعاد الشركاء الموصين. فهي تخضع للقواعد التي تسري على شركة المساهمة بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بها³، فإن المسيرين الأولين يتم تعيينهم تعيينهم بموجب القانون الأساسي، إما عند التأسيس أو أثناء حياة الشركة فإن الجمعية العامة العادية هي التي تقوم بتعيين المسيرين الأولين، وذلك بموافقة كل الشركاء المتضامنين ما لم يوجد بند في القانون الأساسي ينص على خلاف ذلك⁴.

و تختلف طريقة التعيين في هذا النوع من الشركات، فيما إذا كان التعيين عند التأسيس أو أثناء حياتها، وسواء بموجب القانون الأساسي أو خارجه أو تم ذلك بشكل فوري أو بالاجوء العلني للإدخار. إذ أنه إذا كان التعيين في القانون الأساسي لشركة نكون أمام مدير إتفاقي وهذا خلافا للمدير الغير إتفاقي الذي يعين بعقد مستقل فمركزه قابل للتعديل دون الحاجة إلى تعديل القانون الأساسي لشركة و دون الأخذ بعين الإعتبار الوقت الذي تم فيه تعيينه⁵، لكن الإشكال الذي يطرح بخصوص هذه النقطة هو كون أن المدير المعين بعقد لاحق لعملية وضع القانون الأساسي قد يؤدي إلى تعديل القانون الأساسي نفسه مما يجعلنا أمام مدير

¹ - المادة 646 من ق. ت. ج.

²-Art. L. 225-60 C. com. fr.

³ - المادة 715 ثالثا من ق. ت. ج.

⁴ - المادة 715 ثالثا 1 من ق. ت. ج.

⁵ - أنظر، ميلود بن عجمية، التسيير في شركة التوصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية

2011 - 2012، ص 18.

إتفاقي أيضا، إلا إذا كان العقد اللاحق مستقلا عن القانون الأساسي و لا يهدف إلى تعديله هنا نكون أمام مدير غير إتفاقي، و هذا ما أدى بالقضاء الفرنسي للتدخل لتحديد مفهوم المدير الإتفاقي، فيكون مديرا إتفاقيا عندما يتم تعيينه في القانون الأساسي الساري المفعول أي يكون أثناء تأسيس الشركة في القانون الأساسي الأول، أو أثناء حياتها بموجب قرار جماعي من الشركاء يعدل القانون الأساسي، أي أن تصبح عملية تعيين المدير بندا من بنود القانون الأساسي، و حسب نفس القرار تنسب صفة المدير الإتفاقي للمدير المعين في القانون الأساسي حتى ولو لم يتم إدراج إسمه فيه إلا خلال سير الشركة¹.

أما فيما يتعلق بمدة وظائف المسير في هذه الشركة، فلا يوجد أي نص صريح بخصوص هذه المسألة، مما يتوجب معه القول بترك الحرية الكاملة للشركاء في تحديد مدة وظائف المسير و مسألة إعادة تعيينه، لكن مع مراعاة شرط السن الأقصى إن وجد في القانون الأساسي، إذ تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي و خلافا للمشرع الجزائري يشترط بيان السن الأقصى للمسير في القانون الأساسي، و الذي يقدر بخمسة و ستون 65 سنة في حالة غياب أي بند صريح في القانون الأساسي². و قد قرر المشرع الجزائري صراحة أن أجر المسير يحدد في القانون الأساسي للشركة، و بالتالي هو أجر تأسيسي إلا أنه يمكن للجمعية العامة العادية أن تقرر منح المسير أجرا غير تأسيسي، وذلك وفقا لأغلبية تتضمن موافقة جميع الشركاء المتضامنين، ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك³.

وفيما يخص المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، يجب التفرقة أولا بين الشركة متعددة الشركاء و الشركة ذات الشخص الوحيد، فالبنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء، فيمثلها و يديرها مدير واحدا أو أكثر و يجب أن يكون شخصا طبيعيا، يتم إختياره من بين الشركاء أو من الغير، و يعين في القانون الأساسي أو بموجب قرار لاحق⁴،

¹ - Com., 12 juillet 1955, J.C.P. éd. G.II, 1955, 8908, note D.Bastian.

² - Art. L. 226-3 al. 1 C. com. fr.

³ - المادة 715 ثالثا 6 من ق. ت. ج.

⁴ - المادة 576 من ق. ت. ج.

يتخذ في إطار جمعية الشركاء أو عن طريق الإستشارة الكتابية من واحد أو أكثر من الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة و لا يجوز مخالفة هذا الحكم¹، وهذا عكس ما أقره المشرع الفرنسي، فإذا لم تحصل هذه الأغلبية في المداولة الأولى وجب دعوة الشركاء أو إستشارتهم حسب الأحوال مرة ثانية ما لم يشترط القانون الأساسي خلاف ذلك، إذ يصدر قرار تعيين المدير في المرة الثانية بأغلبية الأصوات مهما كان عدد الشركاء المصوتين².

أما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد، فإن تعيين المدير فإما أن يكون هو نفسه الشريك إذا كان شخصا طبيعيا، ففي هذه الحالة يقوم بتعيين نفسه مباشرة في القانون الأساسي عند تأسيس الشركة، أو أن يقوم مقام جمعية الشركاء لتعيين نفسه كمدير أثناء حياة الشركة بناء على قرار لاحق، و يجوز للشريك الوحيد أيضا أن يعين مديرا واحدا أو أكثر من الغير إذا كان هذا الشريك الوحيد شخصا معنويا³.

إن صحة هذه البنود ليست موضع شك أو إشكال، إلا أنه يشترط بها أن لا تؤدي إلى أي تمييزات عرقية أو دينية أو جنسية التي ترفضها بعض القوانين⁴. فضلا عن البنود التأسيسية غالبا ما تبرم إتفاقيات بين المساهمين خارج إطار القانون الأساسي للشركة، ولا سيما بين مساهمي الأغلبية، حيث تتطلب شروطا خاصة في المساهم الذي يرغب في الدخول إلى عضوية الإدارة في الشركة⁵.

إن مثل هذه الشروط تكون لها نتائج على مستوى إرشاد الجمعية العامة في إختيار أعضاء مجلس الإدارة، مما يكون لها بعض التأثير على ثبات وإستقرار السلطة داخل الشركة. ولا يمكن حصر الشروط التي يمكن أن يفرضها القانون الأساسي أو الإتفاقيات

¹ - المادة 576 الفقرة 01 من ق.ت.ج .

² Art. L. 223-29 al. 2 C. com. fr.

³ - أنظر، كريم كريمة، المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة و ملاءمتها مع المشاريع الصغيرة والمتوسطة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2009 - 2010، ص 243.

⁴ Art. 225-1 du com. fr

⁵ . Y. Guyon, Droit commercial général et sociétés, op. cit, p. 322.

الخاصة بين المساهمين على إختيار أعضاء مجلس الإدارة بصورة دائمة طالما أن الأمر متروك في هذه المسألة إلى القانون الأساسي أو للمساهمين، فيحق لهم أن يضعوا ما يشاؤون من الشروط. شرط عدم مخالفتها للقواعد الأمرة أو للنظام العام.

وبهدف إبعاد المساهمين غير المرغوب فيهم من الإدارة، يمكن أن يمنح القانون الأساسي بعض المساهمين إمتيازات و حقوق حصرية في تعيينهم في عضوية المجلس. وقد ترغب الشركة أيضا في إستبعاد بعض المساهمين من الإدارة لأسباب شخصية من ذلك مثلا، المساهم الذي يكون على رأس شركة منافسة إذ يحول دون قيامه بمهامه بإخلاص وبعناية كاملة في الشركة الثانية.

كما يمكن للمساهمين اللجوء الى إبرام بعض الإتفاقيات تتعلق بتوزيع مقاعد مجلس الإدارة، و ذلك بغرض توزيع مقاعد مجلس الإدارة لتمثيل كل شركة داخل التجمع تمثيلا متناسبا مع حصة إشتراكها في رأس المال، بحيث يوضع حد لقاعدة الأغلبية التي تسود سير عمل شركات المساهمة، هذه البنود تعزز أيضا الإعتبار الشخصي في شركات المساهمة بحيث يكون الهدف منها ليس منح إمتياز إلى بعض المساهمين بل تجنب إختيار جميع الأعضاء من بين المساهمين الذين يحوزون الأغلبية في الجمعية.

قد تكون هذه البنود ضرورية لحسن سير العمل في الشركة التابعة و ذلك بإنشاء عقد تعاون بين شركتين، ولإنجاح هذا العقد لابد من التحرك مشترك لمختلف الشركاء الذين ساهموا في رأس مال هذه الشركة. والحال هذه ولأجل وجود تعاون فعال لتحقيق هدف مشترك فإنه من الضروري أن يكون للشركاء نفس الإعتبار في أخذ القرار سواء على مستوى الإدارة العامة أم على مستوى الإدارة العليا. لهذا نجد الكثير من هذه البنود في مثل هذه الشركات غايتها توزيع مقاعد أعضاء مجلس الإدارة.

وقد تؤدي الصعوبات المالية التي تهدد إحدى الشركات خلال حياتها إلى إدراج مثل هذه البنود في القانون الأساسي لتنظيم مقاعد أعضاء مجلس الإدارة. فإن ضعف مصادر التمويل الذاتي لإحدى الشركات وتعرضها لخطر التوقف عن الدفع، قد يؤدي بها إلى

التعاون مع مجموعة مالية تقدم لها العون، تحت شروط محددة أهمها إدراج بند في القانون الأساسي ينص على توزيع مقاعد أعضاء مجلس الإدارة يتيح للمجموعة المالية الجديدة ممارسة الرقابة على إدارة الشركة و لقد أقر القضاء الفرنسي في عدة مناسبات بصحة الإتفاق على توزيع متساوي للمقاعد في شركة التابعة¹، و إعتبره نافذا في مواجهة جميع المساهمين.

و يشترط لصحة البنود أو الإتفاقيات الخاصة بإختيار أعضاء مجلس الإدارة، توافر شرطين أساسيين: الأول يتعلق بمطابقة هذه البنود لمصلحة الشركة، إذ غالبا ما تكون مصالح الشركاء مشتركة و مؤمنة أيضا، إلا أنه في بعض الأحيان توضع بنود في القانون الأساسي للشركة متعلقة بشروط الأهلية والكفاءة المرتبطة بأعضاء مجلس الإدارة والتي تكون غايتها حماية بعض المصالح الخاصة لبعض المساهمين، في هذه الحالة لا يمكن الإقرار بصحة هذه البنود إلا إذا كانت المصلحة الخاصة التي تؤمنها هذه البنود تتأمن معها مصلحة الشركة. أما الشرط الثاني فهو إحترام هذه البنود حرية ممارسة حق التصويت وبالتالي حرية عزل المسيرين².

2- عزل المسيرين في شركات الأموال

تنص المادة 613 من القانون التجاري الجزائري " ... كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت." بناء على هذه المادة تعتبر سلطة الجمعية العامة في عزل أعضاء مجلس الإدارة سلطة غير مقيدة، تمارسها في أي وقت و دون الحاجة إلى إبداء الأسباب.

و يعتبر هذا المبدأ من النظام العام³، بحيث يكون باطلا كل شرط يدرج في القانون الأساسي للشركة أو بمقتضى إتفاقية بين المساهمين من شأنه دحض مبدأ حرية عزل

¹-Cass. Com., 19 décembre.1983 Rev. Soc., 1985, p. 105, note. D. Schmidit.

²-CA. Paris, 18 juin 1986, Bull. Joly,1986, p. 853, note. p. Le Cannu.

³- G. Ripert et R. Roblot, op. cit, p. 425.

المسيرين¹، أي إمكانية عزلهم في أي وقت بدون إنذار مسبق ولا تعويض أو أسباب مبررة. حيث إعتبر القضاء الفرنسي أنه يعد باطلا كل إتفاق يكون موضوعه تقليص أو إعاقة عزل رئيس مجلس الإدارة لشركة مساهمة نظرا للتبعات المالية المهمة التي تقع على الشركة والتي قد يؤدي إليها العزل². كما أنه أصبح من الثابت لدى الفقه و القضاء بأن عزل المسيرين هو من الجزاءات التي تطال شخص المسير في الشركات المساهمة.

و يعود سبب إقرار مبدأ حرية العزل إلى إعتقاد المفهوم التعاقدية لوظيفة وعمل القائم بالإدارة و الذي يقوم على فكرة الوكالة، أي أن القائم بالإدارة يقوم بعمله في الشركة بصفته وكيلًا عن جميع المساهمين الذين عينوه في القانون الأساسي لشركة إذا كان من المؤسسين أو من خلال التصويت في الجمعية العامة، والقاعدة العامة تجيز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدھا³.

فقد يكون سبب العزل النزاعات التي قد تحدث داخل الشركة بصدد الأعمال التي يقوم بها مجلس الإدارة و التي قد لا ترضي المساهمين. فيعتبر العزل أو الفصل وسيلة بيد المساهمين للتخلص من القائمين بالإدارة الذين لم يعودوا يثقون فيهم. و يمثل هذا الحق النظير لحق المساهم في تعيين أجهزة التسيير⁴. إذ يمكن أن ينتج العزل عن فعل بسيط كالتوقف مثلا عن الإعجاب بالمدير المعزول أو فقدان الثقة به أو في أحسن الأحوال إختلاف في وجهات النظر.

وبما أن المشرع جعل من العزل في أي وقت وسيلة بيد المساهمين فلا يمكن للمجلس المطالبة بأي تعويض، و إذا ورد بند في القانون الأساسي ينص على ذلك يعتبر باطلا. وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي أيضا بحيث إعتبر هذا المبدأ من النظام العام فأبطل الإتفاقيات التي من شأنها الحد من مبدأ حرية عزل القائمين بالإدارة، أي إمكانية عزلهم في

¹ - Cass. Com. 9 octobre. 1990, Bull. Joly 1990, p. 1036.

² - CA. Paris 21 sep. 2001, PA. 28 juillet 2004, p. 13.

³ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 89.

⁴ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 130.

أي وقت بدون إنذار مسبق ولا تعويض. فقد تم إبطال الإتفاقية التي إلتزمت بموجبها الأغلبية بتوجيه إنذار لرئيس مجلس الإدارة قبل سنة من قرار عزله عن ممارسة عمله¹. كما تم إبطال الإتفاقية التي تضمنت وعدا بتعيين أحد القائمين بالإدارة مديرا فنيا كتعويض عن عزله من منصبه كرئيس لمجلس الإدارة².

إعتبر القضاء الفرنسي كل إتفاق تمتع بموجبه الشركة أو المساهمين عن عزل القائمين بالإدارة أو الإلتزام بدفع تعويض مادي في حالة العزل يعتبر باطلا³. كما أن الإتفاق الذي يمنع العزل قبل مدة معينة، أو يعلق صحة العزل على بيان الأسباب أو على توافر أسباب مشروعة له، أو على صدور القرار بالأغلبية يعتبر باطلا⁴. وكذلك الشرط الذي يخضع العزل لقرار يصدر من الجمعية العامة غير العادية⁵، وأخيرا إن الإتفاقيات المبرمة بين القائمين بالإدارة و المساهمين والتي تشكل إتفاقيات تصويت تهدف إلى إمتناع المساهمين عن التصويت على قرار العزل تعتبر باطلة⁶.

والملاحظ، ليس هناك قيود ترد على حرية العزل، فهو من النظام العام، وكل بند في القانون الأساسي يعرقل هذا القيد يعتبر باطلا⁷، إلا أنه قد يلجأ المساهمين إلى إتفاقيات من شأنها تقليص الآثار المترتبة على مبدأ العزل، فإذا كان لابد من توقيف القائم بالإدارة عن أعماله، و إخراجهم من إدارة الشركة، غير أنه يسعى إلى الحصول على تعويض مالي كبديل عن عزله ضمن شروط معينة مما يجعل العزل بلا سبب شبيه إلى حد كبير بالعزل لأسباب مشروعة⁸.

¹ - Cass. Com.,23 juin 1975, Bull.Civ, IV, p. 147.

² - Cass. Soc.26 juin 1980, n 79-16320.

³ - CA Paris. 20 octobre 1976, Rev. Soc.1977,P 695.

⁴ - Cass. Com.,02 février 1971, Bull.Civ, IV, p. 34.

⁵ - CA Versailles. 10 mai 1990, Bull. Joly.1990,P 771.

⁶ - Cass. Com.,30 mars 1999, Rev. Soc.1999,P 15.

⁷ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص105.

⁸ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 93.

وبما أن تقييم أو تقدير أسباب العزل هو من إختصاص الجمعية العامة، إلا أنه قد يتدخل القضاء بخصوص الظروف التي تم فيها العزل، فإنه يجوز للقائم بالإدارة المعزول مطالبة الشركة بالتعويض إذا كان للعزل طابع التسرع أو أحيط بظروف كيدية من شأنها المساس بسمعته أو شرفه أو كرامته. كما يمكن تطبيقا للقواعد العامة الحكم على المساهمين بتعويض القائمين بالإدارة المعزولين إذا كان في العزل تعسف في إستعمال الحق لإصلاح الأضرار التي لحقت به، و عندئذ على القائمين بالإدارة إثبات ذلك و الذي يكون فيه للقضاء سلطة تقديرية¹.

أما النسبة لرئيس مجلس الإدارة فيمكن عزله في أي وقت من طرف مجلس الإدارة ويعد كل شرط مخالف كأن لم يكن²، أي أن مجلس الإدارة له القدرة و الحرية في عزل رئيسه دون أن يكون هناك مبرر شرعي، و دون الحاجة إلى تسبيب أو إعدرا أو تعويض. وكل بند في القانون الأساسي من شأنه العمل على منع أو عرقلة مجلس الإدارة يعتبر باطلا، كما يمكن أن يصدر قرار عزل رئيس مجلس الإدارة من طرف الجمعية العامة دون أن تلتزم هي الأخرى بذكر الأسباب و يكون ذلك في حالة عزل مجلس الإدارة ككل³، فبتالي فإن مجرد إنتهاء عضويته في المجلس يفقد منصبه كرئيس لمجلس الإدارة إلا أنه من غير الممكن أن تمنح سلطة عزل الرئيس لسلطتين و بالدرجة نفسها دون تحديد الظروف الممارس في إطارها هذا الحق. لذلك يمكن أن نعتبر نص المادة 636 من القانون التجاري نصا خاصا حيث أعطى لمجلس الإدارة سلطة عزل رئيسه مقارنة بالنص العام الذي يسمح للجمعية العامة بعزل كافة أعضاء مجلس الإدارة، إنطلاقا من القاعدة التي تقضي أن الخاص يقيد العام⁴.

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص 107.

² - المادة 636 من ق.ت.ج .

³ - المادة 613 من ق.ت.ج .

⁴ - أنظر، زروال معزوزة، المسؤولية المدنية و الجزائرية للمسيرين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، السنة الجامعية 2006 - 2007، ص 89.

هذا ويجب ألا يصل مجلس الإدارة في ممارسة هذه السلطة إلى حد الإساءة في استعمال الحق والذي قد يترتب عنه المطالبة بالتعويض، كأن يقرر عزل الرئيس بنية الإضرار به و المساس بشخصه و كرامته. و إذا أسس الرئيس الطعن على بطلان قرار العزل نتيجة بطلان المداولة لمخالفة الإجراءات القانونية لإنعقاد المجلس و تداوله، جاز الحكم بالتعويض و إرجاعه إلى منصبه¹. لأنه إذا كان المقصود من من هذه القدرة على العزل هو فرض رقابة على أعمال الرئيس نظرا لأهمية و حجم الصلاحيات المسندة إليه يكون من الأفضل أن يتم عزله بمبرر مشروع، لأنه ليس مجرد عضو داخل مجلس الإدارة وإنما يشكل هيئتا داخل الشركة، و إن عزله يؤدي إلى إختلال مبدأ تسلسل السلطات².

ويجوز أيضا لمجلس الإدارة عزل المدير العام من منصبه في أي وقت وذلك بناء على إقتراح من رئيس مجلس الإدارة³، و نفس الحكم بالنسبة لعزل المدير العام المفوض طبقا لأحكام التشريع الفرنسي لكن يكون عزله بناء على إقتراح من المدير العام⁴. ويقع باطلا كل بند في القانون الأساسي يخالف هذه القاعدة لأنها من النظام العام كأن يرد إتفاق بغرض تقييد أو الحد من سلطة العزل، إلا أنه يمكن اللجوء إلى بعض الإتفاقيات والتي تتخذ شكل عقد يسمح للمدير المعزول بالحصول على مورد رزق آخر بديل عن الأجر الذي كان يتقاضاه على إدارة الشركة⁵.

فإن الوعد بإبرام عقد عمل مع المدير المعزول في حالة ما إذا تم توقيفه عن عمله يعتبر مخالفا لمبدأ العزل⁶، أما عقد العمل الموقع بتاريخ سابق لتعيين العامل مديرا أو عضوا في مجلس الإدارة، فيعود لينتج مفاعيله بعد صدور قرار العزل بعد ما كان معلقا خلال فترة

1 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 84.

2 - أنظر، زروال معزوزة، المرجع نفسه، ص 88.

3 - المادة 640 من ق.ت.ج .

4 . Art. L. 225-55 al. 1 C. com. fr.

5 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 93.

6 - Cass. Com., 30 mars 1999, Dr. Soc. 1999, p. 15.

العضوية في المجلس، و بالتالي إن قرار العزل لا يمس بعقد العمل الذي يبقى قائما بين طرفيه و خاضعا لأسباب الفسخ و الإبطال الخاصة به.

إلا أنه يمكن الإتفاق على دفع منحة للمدير المعزول تسمى منحة التقاعد¹، أو شراء أسهمه بثمان يفوق قيمتها المتداولة في السوق²، أو الإلتزام مباشرة بدفع تعويض³، وأخيرا تعتبر صحيحة الإتفاقيات التي تمنح للمدير المعزول بدل أتعاب و خدمات خاصة قدمها للشركة⁴، و من هنا يتبين أن الإجتهد القضائي الفرنسي مؤيد لمثل هذه الإتفاقيات لأنها تتيح للقائمين بالإدارة مغادرة مراكزهم مقابل تعويض مغري.

أما بخصوص عزل أعضاء المجلس المديرين في شركة المساهمة ذات النظام الحديث، فلقد منح المشرع الجزائري هذه السلطة إلى الجمعية العامة بناء على إقتراح من مجلس المراقبة⁵، و بذلك ينوي المشرع تحقيق إستقلالية مجلس المديرين الذي لا يكون في قبضة مطلقة لمجلس المراقبة⁶، و هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي أصبح يجيز صراحة عزل أعضاء مجلس المديرين أو المدير العام الوحيد مباشرة من قبل مجلس المراقبة، تطبيقا لبنود القانون الأساسي⁷.

أما بالنسبة لرئيس مجلس المديرين، و بإستثناء مسألة تعيينه من قبل مجلس المراقبة ليس هناك في التشريع الجزائري أو في التشريع الفرنسي أحكاما خاصة تميزه عن بقية أعضاء مجلس المديرين، من حيث إمكانية إختياره من بين المساهمين أو من الغير، بشرط أن يكون شخصا طبيعيا، و كذا فيما يخص عزله من قبل الجمعية العامة العادية بإقتراح من

¹ - Cass. Com.,22 janvier 1991, Rv. Soc. 1992, p. 61.

² - Cass. Com.,22 juillet 1986, Rv. Soc. 1987, p. 46.

³ - Cass. Com.,05 février 1974, Bull.Civ, IV, p. 40.

⁴ - Cass. Com.,03 mars 1987, Rv. Soc. 1987, p. 50.

⁵ - المادة 645 من ق.ت.ج .

⁶ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 151.

⁷ - Art. L. 225-61 al. 1 C. com. fr.

مجلس المراقبة، أو عزله مباشرة من قبل مجلس المراقبة إذا ورد بند في القانون الأساسي يقضي بهذا كما هو الشأن في التشريع الفرنسي¹.

و إن الحق في عزل أعضاء مجلس المديرين هو حق مطلق، لا يجوز تقييده بشرط من الشروط، لأن جهاز المديرين يعد جهازا من أجهزة الشركة و أعضائه لا يعتبرون مجرد وكلاء يمكن عزلهم بنفس الحرية التي تسمح بتعيينهم. و بالتالي إذا إحترم مجلس المراقبة الشروط القانونية لصحة العزل، فإن قراره يكون نهائيا و نافذا في حق المدير المعزول وذلك حتى و لو كانت وراء هذا القرار سوء نية و تعسف في إستعمال الحق. إلا أنه إذا ثبت أن التسريح غير جدي أو غير مشروع، فينتقرر للمدير المعزول الحق في التعويض وليس الحق في إعادة الإدماج. هذا التعويض يكون مساويا للضرر الذي أصابه و الذي لا يشترط أن يكون معادلا لما ضاع له من أجرة من يوم العزل إلى غاية إنهاء مهامه في مجلس المديرين².

و بخصوص عزل المسيرين في شركة التوصية بالأسهم، فإنه يعزل المسير سواء كان شريكا أو من الغير وفق البنود المحددة في القانون الأساسي، كما يجوز لكل شريك المطالبة بعزل المسير قضائيا بناء على سبب شرعي³، بحيث يعد كل شرط مدرج في القانون الأساسي، يقضي بإستبعاد مثل هذا الحق كأن لم يكن و هذا ما قرره المشرع الفرنسي⁴.

ويجوز عزل المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة سواء كان نظاميا أو غير نظاميا، شريكا أم من الغير بقرار من الشركاء الذين يملكون أكثر من نصف رأسمال الشركة دون إمكانية تحديد أغلبية مخالفة في القانون الأساسي، بالمقارنة مع التشريع الفرنسي الذي يسمح بأغلبية تأسيسية أشد⁵، ويعتبر لاغيا كل شرط مخالف لهذا، وإذا عزل المدير من

1 - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 222.

2 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص 153.

3 - المادة 715 ثالثا 1 من ق.ت.ج .

4 - Art. L. 226-2 al. 4 C. com. fr.

5 - Art. L. 223-25 al. 1 C. com. fr.

بدون مبرر مشروع حق له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء هذا العزل ويجوز أيضا عزل المدير بناء على طلب أي شريك في الشركة من قبل القضاء إذا ما وجد سبب مشروع لعزله¹. ومن أسباب العزل المشروعة يمكن ذكر سوء إدارة المدير وعدم كفاءته و إصراره على مخالفة بنود العقد و التعسف في إستعمال السلطة².

وبناء على ما تقدم، فإن السلطة المعترف بها للقضاء بخصوص مسألة عزل المسيرين هي مراقبة الظروف التي حصل فيها العزل. ولكن السؤال الذي يطرح هنا متى يعتبر العزل تعسفيا؟

فيعد العزل تعسفيا عند توافر حالتين: الحالة الأولى، إذا كان العزل مرتبطا بظروف أو إتخذ في حالات تمس بسمعة العضو المعزول بصورة غير مباشرة. كما لو حصل العزل في وقت غير مناسب، ودون سبب مشروع.

أما الحالة الثانية، إذا ما إتخذ القرار فجأة دون إحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع³. فإذا أثار بعض المساهمين أثناء الإجتماع، نزاعات طارئة بقصد حمل الجمعية فجأة على إتخاذ قرار بعزل أعضاء مجلس الإدارة، يكون القرار الذي يصدر بالعزل في هذه الحال مخالفا للقانون، لأنه لم يتح لأعضاء مجلس الإدارة الوقت الكافي لإبداء دفاعهم وقد إتخذ نتيجة مناورات مشوبة بالتعسف.

و عليه، فإن ظروف العزل توصف على أنها تعسفية عندما تظهر على أنها كيدية وغير مشروعة، و هذا المفهوم يعد غامضا مما يترك لقاضي سلطة التقديرية واسعة⁴. ومن بين الظروف الكيدية وغير المشروعة، الصفة الفجائية للعزل وفي وقت غير مناسب وبدون سبب جدي، كذلك التهديد، الإعلان التعسفي الذي يطال من شهرة المدير المعزول. أيضا

1 - المادة 579 من ق.ت.ج .

2 - أنظر، عموره عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، بدون طبعة و السنة، ص 290.

3 - CA. Paris, 5 mars 1999, RTD.com, 1999, p. 449, obs. Petit et Ranhard.

4 - CA. Paris, 2 juillet, 2002, Bull. Joly 2002, p. 1204.

العزل المستوحى من سوء النية يعد تعسفياً¹. والعكس من ذلك، عندما يكون العزل قد إتخذ برصانة، كذلك تبليغ العزل بموجب رسالة لا تنطوي على سوء نية فإن المدير المعزول لا ينتفع من أي تعويض².

ولقد ذهب القضاء الفرنسي حديثاً إلى أبعد من هذا بخصوص العزل التعسفي ليطلب مسألة عدم تجديد ولاية أو عضوية المسير في الشركة المساهمة. فقد إعتبر أنه إذا كانت الجمعية العامة لها إلتزام إعادة إلتخاب العضو الذي إنتهت ولايته، إلا أن قرارها بعدم التجديد يعد تعسفياً، عندما يكون عاجلاً و دون إحترام حقوق الدفاع أو اتخاذه في ظل ظروف مشبوهة وغير مشروعة، يتضمن تجاوزاً على شهرة المسير المعزول³. بالتأكيد إن المسير ليس له أي حق في إعادة تجديده لمهامه، كما أن الجمعية العامة ليست ملزمة بإعادة إلتخابه. مع ذلك فإن القرارات المتعلقة بعدم التجديد يجب أن لا ترتدي الصفة التعسفية. ففي هذه الحالة فإن التعسف يتصف في نفس الظروف كما هو في فرضية العزل. إن المسيرين الذين يتم عزلهم تعسفياً، كذلك المسيرين الذين لم تجدد مهامهم بصفة تعسفية، لا يمكنهم الإستفادة إلا من التعويض عن الأضرار التي تنتج بسبب الخطأ الذي رافق العزل وليس بسبب العزل بحد ذاته. بالإضافة إلى ذلك فإن التعويض لا يعطى إلا بصورة إستثنائية. ويقوم الإجتهاد القضائي بتلطيفه فقط. لذلك فإن المسير الذي يدعي بأنه قد تم عزله تعسفياً، يجب عليه أن يثبت ذلك⁴. إذ يعتبر العزل تعسفياً في حالتين: الأولى عندما يكون العزل محاطاً بظروف تتضمن تجاوزاً على سمعة المدير وشرفه؛ وثانية عندما لا يحترم مبدأ الوجاهية. هذه الحالات تطبق أيضاً عند رفض التجديد لعضوية المسير.

¹- Cass. Soc, 22 novembre, 1972, Rev. Soc, 1974, p. 101, note, M. A. Coudert.

²- Cass. Com, 19 janv. 1988, Bull. Joly, 1988, p. 208.

³- CA. Paris 27 octobre, 1995, Rev. Soc. 1996, p. 84, note. D. Cohen.

⁴- Cass. Com. 25 novembre 1996, op. cit. préc.

الفرع الثاني: التنظيم التأسيسي للهيئات غير الرسمية لشركة

قد يلجأ الشركاء في بعض الأحيان إلى تعيين هيئات شبه رسمية في الشركة، من شأن هذه الهيئات تعديل القواعد القانونية المرتبطة بعمل هيئات الشركة الرسمية التي تمارس الإدارة و الرقابة فيها.

و يتم تعيين هذه الهيئات بموجب بند مدرج في القانون الأساسي للشركة أو بموجب إتفاقية خارج القانون الأساسي، لتصبح هيئات تأسيسية أو إتفاقية. وإن هذا النوع من الإتفاقيات يتيح الفرصة لسد الفراغ القانوني، وتقوم هذه الهيئات بدور مهم في مراقبة حسن تطبيق القانون الأساسي الشركة و تفحص موجداتها و حساباتها السنوية، كما يقدمون إقتراحاتهم للجمعية العامة و لهيئات الإدارة الرسمية، إلا أنهم لا يستطيعون التدخل في الأعمال التي تختص بها الهيئات الرسمية في الشركة، و ذلك بسبب وجود قاعدة قانونية آمرة و هي قاعدة الفصل و التسلسل بين السلطات¹.

وبسبب غياب التنظيم القانوني الهيكلي أو الوظيفي لهذه الهيئات، فإنه يتم عادة بموجب بنود القانون الأساسي ضبط هيكلها و سيرها، بما في ذلك علاقتها ببقية الهيئات الأخرى، و كذا تحديد مهامها و مجالات تدخلها، وفق القواعد العقدية².

أما عن شرعية وجود هذه الهيئات غير الرسمية إلى جانب الهيئات الرسمية في الشركة على الصعيد القانوني، لا توجد أي مادة في القانون الجزائري أو الفرنسي حول الهيئات غير الرسمية، إلا أن الاجتهاد القضائي لم يعترض على صحة هذه الإتفاقيات بل حاول تنظيمها في بعض الحالات. ما يدل على أن القواعد التي تحكم هذه الهيئات تستمد فقط من الإتفاقية التي أوجدتها³.

¹ - أنظر، عادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 80.

² - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 263.

³ - Cass. Com., 04 juin 1946, JCP. 1947, 3518, note Bastian.

ويمكن للإتفاقية المتضمنة تعيين الهيئة غير الرسمية أن تلزمها ببعض القواعد القانونية الخاصة بالهيئات الرسمية، و يتوجب أن تنص على هذا صراحة. وعلى العكس من ذلك فإن القواعد العامة المطبقة على الهيئات الرسمية كالقواعد المتعلقة بالمسؤولية المدنية والجزائية، يجب أن تطبق على الهيئات غير الرسمية حتى ولو لم ينص عليها في الإتفاقية التي أوجدتهم بإعتبارها هيئات فعلية¹.

و يمكن أن تكون هذه الهيئات إنفرادية أو جماعية، فالهيئات الانفرادية يتجلى دورها في مساعدة الإدارة كما هو الشأن بالنسبة لنائب رئيس مجلس الإدارة، و المدير الشرفي في شركة المساهمة، و المدير الإحتياطي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. أما الهيئات الجماعية فتقوم بدورها في شركة في شكل فريق أو لجنة تطلع سواء بمهمة الإدارة أوالمراقبة.

أولاً: الهيئات غير الرسمية الانفرادية

لقد فرض الواقع العملي بالنسبة للشركات التجارية الكبرى و التي لها بعد دولي ضرورة إستحداث هيئات غير رسمية إنفرادية غير مقررة قانوناً تعمل إلى جانب الهيئات الرسمية للشركة، تختص بمهام محددة في الشركة، و لعل أن من أهم هذه الهيئات الانفرادية في شركة المساهمة، نائب رئيس مجلس الإدارة و المدير الشرفي، أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فتتمثل في المدير الإحتياطي.

1- الهيئات الانفرادية في شركة المساهمة

يجوز للمساهمين أن يتفقوا على تعيين نائب لرئيس مجلس الإدارة في شركة المساهمة التقليدية، بشرط أن لا تتعارض إتفاقية تعيينه مع القواعد القانونية الآمرة، وأن لا يتعدى على صلاحيات الرئيس المحددة في القانون و ذلك تطبيقاً لمبدأ التسلسل والفصل بين السلطات. فالبرغم من أن المشرع الجزائري و على غرار نظيره الفرنسي أجاز لمجلس الإدارة أن ينتدب قائماً بالإدارة ليقوم بمهام الرئيس، في حالة المانع المؤقت و يكون هذا الإنتداب قابل

¹ - أنظر، عادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 87.

للتجديد، و في حالة الوفاة أو الإستقالة، يستمر هذا الإنتداب إلى غاية تعيين رئيس جديد¹. و هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي حدد الحالات التي يجوز فيها تعيين القائم بالإدارة المنتدب و المتمثلة في حالتها المانع المؤقت و الوفاة². فإن مهام نائب الرئيس تقتصر فقط على رئاسة مجلس الإدارة بدلا عن رئيس المجلس خاصة في حالة الفصل بين مهام الإدارة العامة للشركة و رئاسة المجلس، و هذا بالعكس من القائم بالإدارة المنتدب الذي تعهد إليه جميع السلطات التي يتمتع بها الرئيس بصفة مؤقتة، إذا ما إستحال على الرئيس القيام بمهمته فهناك تفويض لكل لسلطات، و بالتالي تتقرر مسؤوليته نتيجة ممارسة السلطة المفوضة له. لذا يتعين الأخذ بعين الإعتبار الظروف التي يتعذر فيها على الرئيس ممارسة سلطاته و التي تقتضي إنتداب قائم بالإدارة يكلف بممارسة جميع السلطات³.

و عليه يجوز الإتفاق بموجب بنود القانون الأساسي على تعيين نائب لرئيس مجلس الإدارة يتولى رئاسة المجلس في حالة غياب الرئيس لأسباب محددة في القانون الأساسي. بشرط أن يعين هذا النائب من بين القائمين بالإدارة و أن يكون شخصا طبيعيا⁴، مثله مثل الرئيس الذي يشترط فيه هو أيضا أن يكون من بين أعضاء مجلس الإدارة و أن يكون شخصا طبيعيا⁵.

أما فيما يتعلق بتعيين المدير الشرفي، فقد يتفق المساهمون على إدراج بند في القانون الأساسي يقرر عادة مرتبة شرفية تمنح لأعضاء مجلس الإدارة في حالة بلوغ السن الذي لا يسمح لهم بالمحافظة على مقاعدهم داخل المجلس، سواء بلوغ السن القانوني أو السن الإتفاقي. و هي عبارة عن تمييز أو رتبة شرفية يستفيد منها العضو مقابل خدماته السابقة التي قدمها للشركة، تكون الغاية منها الإبقاء على العلاقة الرمزية بين المسير وشركته. لكنه

1 - المادة 637 من ق.ت.ج .

2 - Art. L. 225-17 al. 2 C. com. fr.

3 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 308.

4 - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 268.

5 - المادة 635 من ق.ت.ج .

لا يتقاضى أي أجر أو حق مادي أو معنوي آخر، إلا في الحالات التي يسمح فيها بمقتضى بنود القانون الأساسي للمدير الشرفي من حضور الجلسات واستعمال صوته داخل هذه الجلسات كصوت إستشاري، بحيث تمكنه هذه الوضعية من المشاركة والتأثير في قرارات المجلس¹.

2- الهيئات الإنفرادية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يعتبر المسير كقاعدة عامة العمود الفقري و حجر الزاوية لنجاح الشركة أوركوضها فيعتبر جوهريا في هيكل الشركة، و عنصرا هاما في تكوينها و لهذا لا يمكن للشخص المعنوي العمل بدون المسير الذي يمثل الشركة بصفته كائنا مجردا. لم يستعمل المشرع الجزائري عبارة " المسير " في النصوص المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، بل استعمل عبارة " المدير " ².

و قد إشتراط المشرع أن يكون مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة شخص طبيعي وقد يكون هذا المدير شريك أو من الغير، و قد يعين أثناء مرحلة تأسيس الشركة، أو أثناء حياتها³. فالمدير الشريك التأسيسي هو الشريك الذي تم تعيينه كمدير في القانون الأساسي عند تأسيس الشركة، أما المدير الغير تأسيسي هو الشريك الذي تم تعيينه كمدير أثناء حياة الشركة بعقد لاحق، و فيما يتعلق بالمدير الغير شريك فهو شخص أجنبي عن الشركة والذي قد يتم تعيينه كمدير للشركة في القانون الأساسي للشركة أو بموجب عقد لاحق.

و يعين المدير أثناء حياة الشركة من طرف جمعية الشركاء، أو من خلال الإستشارات الكتابية من واحد أو أكثر من الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة، ما لم ينص القانون الأساسي على شرط يخالف ذلك⁴. وعليه ففي حالة عدم تحقيق الأغلبية المطلوبة قانونا أو إتفاقيا أو عند إنتهاء أو إنهاء أو غياب المدير عن مهامه، فستمر الشركة

¹ - Y. GUYON, Droit commercial général et sociétés, op. cit, p. 239.

² - المادة 576 و ما يليها من ق.ت.ج .

³ - المادة 576 من ق.ت.ج .

⁴ - المادة 582 الفقرة 01 من ق.ت.ج .

بفترة فراغ إذ لا يمكن من الناحية القانونية لأي جهة أن تتولى إدارة الشركة و تمثيلها تجاه الغير، مما يترتب معه نشوب نزاعات بين الشركاء و شل حركة الشركة، و لتفادي مثل هذه الوضعية الصعبة يتوجب على الشركاء الإتفاق على إدراج بند في القانون الأساسي يقضي بتعيين مدير إحتياطي لتفادي وضعية الفراغ في ممارسة السلطة، وذلك من أجل حماية تعاملات الشركة و ضمانا لإستمرارية المشروع الإقتصادي¹.

وعليه فإن المدير الإحتياطي يستلم مهامه بمجرد شغور منصب المدير، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول أن تعيين المدير الإحتياطي يكون معلقا على شرط واقف وهو حالة الشغور في منصب المدير القانوني²، بحيث يمكن للشركاء أن يشترطوا في القانون الأساسي أن يتولى المدير الإحتياطي مهامه خلال فترة غياب المدير القانوني أو خلال المدة السابقة على تعيين المدير الجديد. حتى و إن كان له الحق في البقاء طيلة حياة الشركة، لكن بدون أن تكون له أي سلطة في إدارة الشركة خارج الظروف الإستثنائية الإتفاقية، بسبب أن الهيئات المكلفة بإدارة الشركة في الحالات العادية محددة قانونا. ويفقد المدير الإحتياطي مهامه في الشركة بمجرد تعيين أو رجوع المدير القانوني³.

ثانيا: الهيئات غير الرسمية الجماعية

إضافة إلى إمكانية تعيين هيئات إنفرادية، قد يلجأ الشركاء سواء في شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى تعيين هيئات جماعية لتولي مهام خاصة داخل الشركة، سواء مهام الرقابة أو التسيير.

1- الهيئات الجماعية في شركة المساهمة

يمكن للمساهمين في التشريع الفرنسي تعيين أعضاء شبه رسميين في شركة المساهمة التقليدية، و من شأن هؤلاء الأعضاء ممارسة الإدارة و الرقابة فيها، ويتم تعيينهم بموجب بند

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 264.

² - Y. GUYON, Droit commercial général et sociétés, op. cit, p. 246.

³ - أنظر، مشرفي عبد القادر، سلطات المسير في شركة المسؤولية المحدودة و المؤسسة ذات الشخص الواحد و ذات المسؤولية المحدودة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران السنة الجامعية 2011 - 2012، ص37.

مدرج في القانون الأساسي للشركة أو بإتفاقية جانبية، و يطلق على هؤلاء الأعضاء إسم "المراقبون"، الذين يقابلهم مجلس المراقبة في شركة المساهمة ذات النظام الحديث¹.

و كان تعيين هؤلاء المراقبين ضروريا من أجل ضمان السير الحسن لشركة، خاصة قبل التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون الشركات التجارية، لوضع هيئات قانونية مختصة بالرقابة مثل هيئة محافظ الحسابات و مجلس المراقبة بالنسبة لشركة المساهمة ذات النظام الحديث، إلا أن تعيينهم بقي متواصلا حتى بعد هذه التعديلات خاصة في شركات المساهمة المسجلة أسهمها في البورصة، إذ يمكن تصنيف هؤلاء الأعضاء من بين الأشخاص الذين يتمتعون بحق الحصول على المعلومات الخاصة، أوفي الشركات المختصة في الميدان المصرفي و المالي².

وتتكفل بنود القانون الأساسي أو الإتفاقية المتضمنة تعيين هؤلاء المراقبون، تحديد عددهم و كيفية تعيينهم و عزلهم، وكذلك الأجر الذي يتقاضونه، إلا أنه لا مانع من عدم تنظيم هؤلاء الأعضاء بشكل كلي و نهائي في الإتفاقية. وإذا أراد المساهمون أن يلزموا المراقب ببعض القواعد القانونية الخاصة بأعضاء الإدارة كتطبيق الحد الأقصى لعدد القائمين بالإدارة، أو السن القانونية المفروضة، يتوجب عليهم النص على ذلك صراحة لأن هؤلاء الأعضاء يخضعون للنظام الإتفاقي المدرج في القانون الأساسي أو المدرج في إتفاقية تعيينهم. إلا أنه تطبق عليهم القواعد العامة المطبقة على الأعضاء الرسميين كالقواعد المتعلقة بالمسؤولية المدنية و الجزائية بصفتهم أعضاء فعليين³، لقد إعتبر الإجتهد القضائي الفرنسي العقد المبرم بين مراقب و الشركة لا يخضع لموافقة مجلس الإدارة كما هو الحال بالنسبة للعقود و الإتفاقيات التي تبرم بين أعضاء مجلس الإدارة والشركة⁴.

¹ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 85.

² - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 269.

³ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع نفسه، ص 87.

⁴ - CA. Aix – en Provence, 6 février 1975, Bull. Aix n 01, 1975, P 48.

و يستمد هؤلاء الأعضاء صلاحياتهم من بنود القانون الأساسي أو من الإتفاقية التي أوجدتهم، و بالتالي يجب أن تحدد بشكل واضح و دقيق و يتم ذلك بحرية تامة شرط عدم مخالفة القواعد الآمرة أو المساس بالتوزيع القانوني للسلطات و الصلاحيات، خاصة مع إلزامية تعيين محافظ الحسابات في شركة المساهمة و السلطات القانونية الواسعة في الرقابة على أعمال التسيير التي تطلع بها الجمعيات العامة للمساهمين. و غالبا ما تنحصر مهمتهم في المشاركة جلسات أو إجتماعات مجلس الإدارة و إبداء رأيهم داخل هذه الجلسات كراي إستشاري فيما يتعلق بسير أعمال الشركة، أو تقديم آرائهم للمساهمين خلال جلسات الجمعيات العامة¹.

2- الهيئات الجماعية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

لقد إعترف المشرع الجزائري² للشركاء بالحق في تعيين أكثر من مسير لتسيير شركة المسؤولية المحدودة، ففي ظل غياب أي نص يمنعهم من تنظيم حالة التسيير الجماعي فبإمكانهم القيام بذلك. و نظرا لما يتميز به التسيير الجماعي من مزايا تجعله مفضلا لدى الشركاء مقارنة بالتسيير الفردي، فيقوم الشركاء عن طريق القانون الأساسي بتنظيم سلطات التسيير بكل حرية، و ذلك بتوزيع المهام بين المسيرين بإعتماد معيار التخصص، وذلك بمنح كل مسير من هيئة التسيير الجماعية ميدان معين لتسيير حسب تخصصه يختلف عن باقي ميادين التسيير المخولة لباقي المسيرين و بالتالي يصبح كل مسير غير مؤهل للقيام بالمهام المخصصة لمسير آخر في هيئة التسيير الجماعية، إذ تسمح هذه الطريقة بتخفيف الضغط أو المهام على المسير الواحد، و جمع عدة تخصصات متكاملة متوفرة لدى عدة مسيرين، لأن تعدد و تعقيد ميادين التسيير يتطلب توزيعها بين عدة مسيرين يتمتع كل منهم بتخصص معين، مما يحقق التكامل بينهم إضافة إلى تمكين الشركاء من تكوين مجلس لتسيير تتخذ فيه القرارات من طرف مجموعة من المسيرين وهذا ما يوفر التسيير الجيد

¹ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 270.

² - المادة 577 من ق.ت.ج.

للشركة و إستبعاد حالة إحتكار المسير الوحيد لهذه الوظيفة كما تسمح هذه الطريقة تفادي شغور منصب أو وظيفة التسيير، خاصة في حالة وفاة المسير أو إستقالته أو عزله مما يحقق التواصل في هذه الوظيفة دون إنقطاع¹.

كما يمكن للشركاء عن طريق القانون الأساسي، وضع بنود تفرض على المسيرين الإلتزام بالعمل الجماعي أو الإستشاري فيما بينهم، إذ يجب مشاركة كل المسيرين في إتخاذ القرارات بحيث يجتمع المسيرون في شكل مجلس للتسيير تتخذ فيه القرارات بأغلبية معينة أو بالإجماع. و يترتب على مبادرة أحد المسيرين بمفرده في إتخاذ القرارات قيام مسؤوليته المدنية نظرا لخرقة بنود القانون الأساسي²، غير أن خرق المسير للبنود التأسيسية المنظمة للتسيير الجماعي لا يؤثر على صحة التصرف المبرم من طرف هذا المسير المبادر بصفة إنفرادية³.

أما عن سلطات كل مسير في حالة التسيير الجماعي، فإن كل مسير مختص ليمارس لوحده بصفة شخصية كل أو مجموع سلطات التسيير المحددة في القانون أو القانون الأساسي، إلا أنه بإمكان الشركاء الإتفاق على تقسيم هذه السلطات بين المسيرين بإعتماد معيار التخصص أو تشكيل مجلس للتسيير⁴، إذ يمكن للشركاء تحديد سلطات التسيير في القانون الأساسي، غير أن هذا التنظيم لا يمكن الإحتجاج به تجاه الغير، فمثل هذا التنظيم يظل داخليا⁵.

1 - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 46.

2 - المادة 578 من ق.ت.ج .

3 - Cass. Com., 06 juin 1972, Rev. soc, 1973, P.310, note Bouloc.

4 - GUYON, Droit commercial général et sociétés, op. cit, p. 250.

5 - المادة 577 من ق.ت.ج .

المطلب الثاني: الإتفاقيات الرامية إلى تنظيم إجتماعات و تداول الهيئات

الإدارية

نظرا لما تقوم به الهيئات الإدارية داخل الشركة من دور هام في سبيل تحقيق مصلحتها. قد يلجأ الشركاء عن طريق القانون الأساسي لتنظيم كيفية سير هذه الهيئات وتداولها. و تبرز أهمية هذه الإتفاقيات خاصة في شركة المساهمة.

فلم يتدخل المشرع لتنظيم الجلسات و كيفية إنعقاد مجلس الإدارة تاركا إمكانية تنظيم ذلك بموجب بنود القانون الأساسي، نفس الشيء بالنسبة لمجلس المديرين للمساهمين حرية إختيار القواعد المنظمة لسير مجلس المديرين. كما خص المشرع تداول مجلس بأهمية بالغة نظرا لأهميته بإعتباره السبيل الوحيد لممارسة المجلس لمهامه المتعلقة بالإدارة العامة وبإعتبار أن القائمين بالإدارة ملزمون بالقيام بمهامهم في سبيل تحقيق مصلحة الشخص المعنوي الذين ينبون عنه.

و هذا ما سيتم تناوله في هذا المطلب، و ذلك بتحديد التنظيم التأسيسي لاجتماع هذه الهيئات في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني تطرقنا إلى التنظيم التأسيسي لتداول المجلس.

الفرع الأول: التنظيم التأسيسي للاجتماعات الهيئات الإدارية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كيفية إنعقاد هيئات التسيير و شروط تداولها وإقتصر دوره على كيفية التصويت على المداولات الصادرة عن هذه الهيئات، في حين أن لإنعقاد هذه الهيئات أهمية بالغة و تطرح عدة إشكالات قانونية.

ففي غياب النص يجب على الشركاء أن يحددوا ذلك في القانون الأساسي، لذلك بات لزام على الشركاء الإتفاق على كيفية سير هذه الهيئات و تداولها.

أولاً: إستدعاء الأعضاء

لقد سكت المشرع الجزائري عن تحديد كيفية إستدعاء المسيريين، تاركا الأمر لإرادة المساهمين بتبيان ذلك في القانون الأساسي. و هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص

صراحة على أن القانون الأساسي هو الذي يحدد طرق إستدعاء و كيفية مداوات مجلس الإدارة¹.

1- الهيئات المختصة بالاستدعاء

لم يحدد المشرع عدد مرات التي يجتمع فيها مجلس الإدارة سنويا، الأمر الذي سيؤدي لا محالة إلى إستئثار رئيس مجلس الإدارة بكافة السلطات المخولة له قانونا مع إستبعاد أي مشاركة فعلية للمجلس في إدارة الشركة، و يتسن له ذلك بإستدعاء المجلس على فترات متباعدة².

فالأصل أن رئيس مجلس الإدارة هو الذي تسند إليه مهمة إستدعاء الأعضاء وذلك بموجب بند مدرج في القانون الأساسي، بإعتبار أن رئيس مجلس الإدارة هو الذي يمثل الشركة، و هذه الطريقة المألوفة في الكثير من الشركات التي تدار من قبل مجلس الإدارة لكن يمكن أن تسند هذه المهمة إلى أعضاء المجلس بناء على طلب نسبة معينة منهم الثلث مثلا على أن يدرج ذلك في القانون الأساسي³.

كما يمكن أن يتم الإستدعاء من طرف القائم بالإدارة المنتدب الذي يقوم مقام الرئيس بموجب القانون، أو من طرف نائب رئيس مجلس الإدارة، الذي يحل محله بمقتضى بنود القانون الأساسي. و يتولى الرئيس أو من يقوم مقامه، وضع جميع المعلومات والوثائق اللازمة تحت تصرف القائمين بالإدارة ليتمكنوا من أداء مهامهم. و يحدد القانون الأساسي أيضا وتيرة إجتماعات مجلس الإدارة⁴.

وفي غير هذه الأحوال و إذا سكت القانون الأساسي عن تحديد كيفية تنظيم إستدعاء وإنعقاد المجلس، فإن لرئيسه الحق في إستدعائه متى رأى ذلك مناسبا، لكن بالرغم من غياب النص على إنعقاد المجلس في القانون الأساسي فإن رئيس مجلس الإدارة مطالب بإستدعاء

¹ - Art. L. 225-36 al. 1 C. com. fr.

² - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 81.

³ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 123.

⁴ - أنظر، بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص 249.

هذا الأخير و لو مرة واحدة في السنة و ذلك من أجل تقديم الميزانية للتصويت عليها من قبل الجمعية العامة¹، هذا في الشركات الصغرى أما بالنسبة للشركات الكبرى يجب أن يجتمع المجلس عدة مرات في السنة بل حسب كثرة و إتساع المجلس كجهاز للإدارة . كما يمكن لمجلس الإدارة في حال سكوت القانون الأساسي أن ينظم هذه المسألة في إطار القانون الداخلي بإعتبار أن له سلطات شبه مطلقة في كل الظروف للتصرف بإسم ولحساب الشركة².

هذا بالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس المديرين و أمام سكوت المشرع حول هذه النقطة الهامة بالنسبة لحياة الشركة يوحي بأن ضروريات الحياة العملية هي التي تفرض الحلول، و للمساهمين حرية إختيار القواعد المنظمة لسير مجلس المديرين. فلهم أن يتفقوا بموجب القانون الأساسي على دورية إجتماعات مجلس المديرين، شروط الدعوة، النصاب، الأغلبية... كما يمكن ترك مهمة وضع هذه القواعد لأعضاء هذا المجلس الذين يجوز لهم تحضير نظام داخلي يكمل القواعد المنظمة لسيره. و بالنسبة لإستدعاء الأعضاء لإجتماعات المجلس، فإن للمساهمين الحرية التامة في ذلك، فيجوز أن يقرر القانون الأساسي بأن لرئيس مجلس المديرين سلطة إستدعاء الأعضاء، و لكن يجوز أن تسند هذه المهمة لكل واحد من أعضاء مجلس المديرين إذا سكت القانون الأساسي عن ذلك بإعتبار أن مجلس المديرين جهاز جماعي وتمنح لكل أعضائه نفس السلطات³.

2- شروط صحة الإستدعاء

بالإضافة إلى شرط وجوب أن يصدر الإستدعاء من الهيئة المكلفة بذلك يجب أن يرسل الإستدعاء إلى كل القائمين بالإدارة في موطنهم، و ذلك قبل أجل معقول من إنعقاد

1 - المادة 676 من ق.ت.ج .

2 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 81.

3 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 158.

المجلس. أما أشكال الإستدعاء فتحديدها يكون أيضا من إختصاص القانون الأساسي، الذي يجب أن يكون لينا و يسمح بإستعمال كل الوسائل مع ترجيح الكتابة لكي يسمح للعضو بممارسة حقوقه في حالة عدم إستدعائه. إذ لم يتطلب المشرع شكلا معيناً للإستدعاء وبذلك يكون للمساهمين عن طريق القانون الأساسي تبيان شروط صحة الإستدعاء. وبالتالي يمكن الإتفاق على أن إستدعاء المجلس يكون بأية وسيلة تتناسب و الظروف التي يتم فيها إجتماع المجلس فمثلا يمكن الإتفاق على أن يكون الإستدعاء عن طريق الفاكس أو عن طريق البريد الإلكتروني ...، و يجوز و في غياب أي شرط إتفاقي في القانون الأساسي أن يستدعي مجلس الإدارة بالوسيلة الأكثر فعالية¹.

كما يمكن أن تستعمل الرسالة أو الرسالة المستعجلة أو البرقية، بالإضافة إلى ذلك يمكن أن يكون الإستدعاء شفهي سواء بطريقة مباشرة كأن يتم إستدعاء الأعضاء و تحديد أجل و ميعاد الإجتماع في نهاية كل إجتماع منصرم. كما يمكن أن يتم الإستدعاء بواسطة الهاتف، و لكن و رغم صحة و نجاعة الطريقة الشفهية للإستدعاء إلا أنها تطرح إشكالية كبيرة من الناحية العملية و التطبيقية خاصة ما تعلق منها بإثبات الإستدعاء، لكونه صعب الإثبات إذا لم نقل مستحيلا في حالة إنكار القائم بالإدارة لإستدعائه. و ما قد يترتب عن ذلك من بطلان للمداورات و عرقلة لحسن سير الشركة².

أما فيما يتعلق بمحتوى الإستدعاء، نجد أنه أيضا لم يتطرق إليه المشرع، و اختلف الفقه أيضا حول هذه النقطة، فالبعض إعتبر أن مجرد الإستدعاء للبحث في القضايا التي تهم الشركة يعد كافيا لصحة الإستدعاء حتى و لو كانت العبارات المستعملة عامة و خالية من أي دقة، و إن شرط تحديد جدول الأعمال و إفراغه في الإستدعاء أمر مستحب لا أكثر. وهذا لحسن سير الإجتماعات و تمكين الأعضاء من التداول بكل حرية، وعليه فإن شرط إدراج جدول الأعمال هو مستحب فقط إلا في حالة ما إذا تضمن القانون الأساسي شرطا

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص 123.

² - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 83.

إتفاقيا يقضي بذلك، أو إذا تضمن القانون الأساسي إمكانية إستدعاء المجلس للإنعقاد بناء على طلب نسبة معينة من الأعضاء يتم تحديد عددهم فيه.

أما الرأي الآخر فقد أكد على إلزامية ذكر جدول الأعمال في الإستدعاءات، لأن من شأن ذلك تسهيل إجتماعات المجلس كون أن القائمين بالإدارة يكونوا ملمين بجميع المواضيع التي سيتم مناقشتها ومن ثم تجسيد فعال و حقيقي لحق كل قائم بالإدارة في الإعلام. كما أن من شأن ذكر جدول الأعمال في الإستدعاءات أن يضيفي تنظيما أكثر ودقة أكبر وسرعة في إتخاذ القرارات وكل ذلك يعود بالإيجاب على مصالح الشركة. ولا يستثني هذا الرأي أيضا إمكانية إدراج و التصويت على مداوات تشمل مواضيع جديدة لم يتم الإفصاح عنها في جدول الأعمال إذا تم الإتفاق على ذلك.

أما بالنسبة لمجلس المديرين، فاللمساهمين الحرية التامة في تحديد ذلك، ويتم تحديد أشكال الدعوة في القانون الأساسي و يراعي فيه الشركاء الليونة و يتيح بإستعمال كل الوسائل، لكي يمنح للعضو ممارسة حقوقه في حالة عدم إستدعائه¹.

ثانيا: نظام الجلسات

لم يتدخل المشرع لتنظيم الجلسات و كيفية لإنعقاد مجلس الإدارة تاركا إمكانية تنظيم ذلك بموجب بنود القانون الأساسي، نفس الشيء بالنسبة لمجلس المديرين للمساهمين حرية إختيار القواعد المنظمة لسير مجلس المديرين.

فالنسبة لمكان إنعقاد المجلس يجوز الإتفاق على أي مكان يراه الأعضاء مناسبا للإنعقاد، على أن يكون هذا الإتفاق مبرم بحسن نية دون أي غش أو تدليس. و يجب أيضا أن لا يكون ذلك بقاعدة أمرة. فقد يكون للشركة عدة مصانع يمكن إختيار مقر أحدهما كمكان لإجراء إجتماع المجلس، لذلك تترك للأعضاء حرية إختيار مكان الإجتماع.

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 158.

1- رئاسة و أمانة الجلسات

من بين المهام المسندة لرئيس المجلس هي ترأس الجلسات¹، ولا يجوز له التنازل عن رئاسة المجلس لغيره عند حضوره الإجتماع و يعد أي شرط مخالف كأن لم يكن². ولا يمكن أن يلجأ إلى طريقة الانتخاب أثناء المداولة لتعيين رئيس الجلسة. إلا أنه في حالة المانع المؤقت أو الغياب المؤقت، فيمكن بعد إعلام المجلس بذلك تفويض رئاسة المجلس لأحد القائمين بالإدارة، و إن مهام الرئيس المنتدب والخاصة برئاسة المجلس تبقى سارية المفعول في حالة المانع مؤقت و تبقى لمدة محددة قابلة للتجديد وفقا للأوضاع المقررة لتعيينه . إلا أن للمجلس الحرية في ذلك فيمكن اللجوء إلى تنظيم طريقة الرئاسة سواء عن طريق الانتخاب أو تعيين رئيس الجلسة، غالبا ما تحسم هذه المسألة في إطار القانون الأساسي فتكون الرئاسة إما عن طريق الإتفاق بتعيين أحد القائمين بالإدارة لرئاسة المجلس، أو يسمح للقائمين بالإدارة بأن يتزأسوا المجلس بصفة دورية³.

وإن رئيس الجلسة هو المخول له تنظيم و ضمان حسن سير الجلسات، فهو الذي يقوم بطرح جدول الأعمال على باقي الأعضاء، و يشرف على المناقشات و ضبط نظامها لا أكثر، وهو لا يملك أي سلطات إضافية عن باقي الأعضاء إلا بما يتعلق بصوته المرجح في حالة تعادل الأصوات، و حتى في هذه حالة ما لم يوجد نص إتفاقي مدرج في القانون الأساسي يقضي بخلاف ذلك⁴.

أما فيما يخص أمانة الجلسات و في غياب أي نص قانوني أو إتفاقي مخالف، فإنه يجوز للقائمين بالإدارة أن يختاروا من بينهم أمينا للمجلس أو أن يعينوا شخص آخر كأمين للمجلس⁵، وهذا ضمانا لحسن سير الجلسة، فهو الذي يقوم بمساعدة الرئيس في تنظيم

1 - المادة 636 من ق.ت.ج .

2 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 90.

3 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 127.

4 - المادة 636 من ق.ت.ج .

5 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 91.

الجلسات، و أخذ نقاط من المداولة، تحرير محاضر و قرارات المجلس طبقا للأشكال القانونية و النظامية، مسك دفتر الحضور.

أمين الجلسة هو الذي يحضر جميع الوثائق للعمل المجلس، وتسهيل التوصل بالوثائق لكل الأعضاء، ويلزم هذا الأمين مثله مثل القائمين بالإدارة بكتم المعلومات السرية وللمجلس الحرية عن طريق القانون الأساسي أن يضمن الطابع السري لعدد من القرارات التي لها صلة بإستراتيجية المؤسسة و تنظيم هذه الأخيرة أثناء الجلسة وفي حالة عدم الإتفاق على سرية المعلومات يمكن اللجوء إلى التصويت لتقرير سرية المعلومات من عدمه¹.

2- محاضر الجلسات

تقوم الأمانة بإمسك مجموعة من المحاضر، أولها محضر الحضور تثبت فيه جميع أسماء الأعضاء الحاضرين و توقيعاتهم، و من تغيب منهم لعذر أو بدون عذر كما يثبت فيه أسماء الأشخاص الآخرين من غير أعضاء مجلس الإدارة الذي يتطلب النظام حضورهم، و الغاية من هذا المحضر هو تحديد عدد الأعضاء الحاضرين المتخذين للقرار للتأكد من مدى توفر شرط النصاب و حضور نصف أعضاء المجلس على الأقل ليتمكنوا من التداول قانوناً².

إلى جانب المحضر السالف الذكر يوجد محضر المداولات و المناقشات، يحتوي هذا المحضر على خلاصة وافية لجميع مناقشات المجلس، و كل ما يحدث أثناء الإجتماع وكل ما يطلب الأعضاء تقييده في المحضر، كالإعتراض على القرار أو إبداء تحفظ بشأن مسألة معينة حتى يتحللون من المسؤولية في حالة رفع دعوى ضد القرار المعيب وإن كان الإعتراض لا يعفي من المسؤولية إذ يعد عملاً سلبياً محضاً لا يمكن أن يرقى إلى درجة

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص 128.

² - أنظر، زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 70.

الإعفاء من المسؤولية، بل لابد من أن يصاحب الاعتراض عمل إيجابي قد يحمل المجلس إلى تغيير موقفه، و قد يصل إلى حد الإستقالة¹.

ويجب أن يذكر في المحضر جميع البيانات اللازمة للتعرف على الشركة ومجلس إدارتها، لأن المشرع إشتراط أن يمك هذا المحضر وفقا للشكل القانوني المطلوب أو ما نص عليه القانون الأساسي. كما يلزم بيان موجز لنص القرار الذي إتخذه المجلس أو الذي رفضه مع بيان نتيجة التصويت. و يتلوى رئيس الجلسة ملخص المداولات و القرارات التي تم إتخاذها بتحفظ أو بدون هذا الأخير، ولا يمكن طلب تغيير محتوى المحضر نتيجة إختلاف الآراء كذلك لا يسوغ إضافة أي كتابة، وفي الأخير يجب بيان الساعة التي إنتهى فيها الإجتماع في آخر الصفحة، و يجب أن يؤشر على محضر من قبل الرئيس وجميع الأعضاء الحاضرين².

هذا بالنسبة لشركة المساهمة ذات النمط التقليدي أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات النمط الحديث، فلم يشترط القانون التجاري على مجلس المديرين مسك هذه المحاضر، إلا أن الواقع يفرض إحترام هذا الإجراء لأنه يسمح لمجلس المراقبة القيام بمهمة مراقبة القرارات ومتابعة تنفيذها و مراقبة تحقيق المدير لوظيفته، و معنى ذلك أنه يمكن للقانون الأساسي أن يشترط مسك هذه المحاضر و بالتالي على محرري عقد الشركة أن يتقنوا لهذا المشكل من أجل تسهيل الإثبات و مهمة المراقبة³.

وتعتبر هذه المحاضر أوراق عرفية موقعة من قبل جميع الأعضاء أو على الأقل الأعضاء الحاضرين للإجتماع، و تتمتع بقوة ثبوتية إذ يجوز للشركاء و للغير التمسك بها في مواجهة الشركاء، إلا أن حجيتها ليست مطلقة بل نسبية يجوز إثبات عكسها بجميع طرق

1 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 92.

2 - أنظر، زروال معزوزة، المرجع نفسه، ص 71.

3 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 159.

الإثبات كما يجوز الطعن فيها بالتزوير. وعليه فإن محاضر المداولات تعد صحيحة وذات حجية إلى أن يثبت عكس ذلك¹.

الفرع الثاني: التنظيم التأسيسي لتداول المجلس

لقد خص المشرع تداول مجلس بأهمية بالغة نظرا لأهميته بإعتباره السبيل الوحيد لممارسة المجلس لمهامه المتعلقة بالإدارة العامة، و بإعتبار أن القائمين بالإدارة ملزمون بالقيام بمهامهم في سبيل تحقيق مصلحة الشخص المعنوي الذين ينبون عنه.

فقد أولى المشرع أهمية بالغة الشروط ليسمح فيها للمجلس بتقييم الظروف التي تدار من خلالها الشركة و التي يتمكن عن طريقها من ممارسة دوره في إدارة الشركة، فنجدده يحدد نصابا معيناً يجب توافره و أغلبية لازمة لصحة القرارات التي يصوت عليها².

أولاً- النصاب

نصت المادة 626 من القانون التجاري على أنه لا تصح مداولات المجلس إلا إذا حضر نصف أعضائه على الأقل، و يعتبر أي شرط مخالف كأن لم يكن. وقد إشتراط المشرع حضور هذه النسبة لتجنب إتخاذ القرار من قبل أقلية تفرض رأيها على الأغلبية، و الحضور هنا يفيد عدم جوازية النيابة، معنى ذلك أنه لحساب النصاب لا يعتد بالأعضاء الممثلين الذين تعذر عليهم حضور إجتماع المجلس و إنما تمثل فقط الأعضاء الحاضرين فعلا في قاعة الجلسات، و من جهة أخرى يبطل كل شرط يكون من شأنه تغيير هذا النصاب بإعتبار أن هذا الأخير من النظام العام، فلا يجوز تخطيه أو تعديله حتى بإجماع المساهمين سواء للتشديد أو التخفيف منه³.

إن الحضور الشخصي لأعضاء مجلس الإدارة ليس ضروريا. إذ يجوز أن يمثل بعض أعضاء المجلس البعض الآخر على أن لا يمثل العضو أكثر من عضو واحد. ولا يصح

1 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 93.

2 - المادة 626 من ق.ت.ج .

3 - المادة 626 من ق.ت.ج .

التمثيل بواسطة الغير ولا حتى بواسطة المساهمين ما لم يرد في القانون الأساسي بند مخالف. إذ يمكن لهذا الأخير النص على أن التمثيل لا يكون إلا بواسطة الأعضاء وذلك نظرا لما تستلزمه أعمال المجلس من الثقة والدقة والخبرة في شؤون إدارة الشركة. مما يقتضي معه حصر هذا التمثيل بأعضاء المجلس وحدهم دون الغير من المساهمين وغير المساهمين الذين لا يتمتعون بالصفات والمؤهلات الشخصية وللأخطار التي يمكن أن تلحق بالشركة نتيجة تصرفاتهم¹. هذا و يمكن أن يتضمن القانون الأساسي للشركة بندا يفرض على الأعضاء الحضور شخصيا ومنعهم بالتالي من إعطاء توكيلات إلى أعضاء آخرين من أجل تمثيلهم.

كما أن المشرع لم يربط هذا النصاب بنوع الإجتماع المزمع عقده، ولا حتى بعدد الإستدعاءات الموجهة للأعضاء، و من ثم يبقى النصاب ساريا و يستوي في ذلك أن يكون الإجتماع لظروف عادية، طارئة أو إستثنائية، و حتى و لم يتم إستدعاء الأعضاء لعدة مرات فإن التداول لا يكون ممكنا إلا إذا تحقق شرط النصاب المحدد بنصف أعضاء المجلس.

وهذا بخلاف شركة المساهمة التي تدار بواسطة مجلس المديرين، بحيث ترك المشرع الحرية التامة للمساهمين لتحديد النصاب و الأغلبية لإتخاذ القرارات من طرف مجلس المديرين². فيجوز إذن أن يشترط القانون الأساسي ضرورة حضور كل المديرين أو أغلبيتهم ولا تقبل الغيابات إلا لحالة الضرورة.

ثانيا - الأغلبية

يتخذ مجلس الإدارة قراراته، بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين فقط، يعني أن المشرع لم يسمح بتمثيل الأعضاء لإتخاذ القرارات بل إشتراط أن يصوت العضو بنفسه في

¹ - Art.D.83-1 al.1du 2 mai 1983.

² - المادة 650 من ق.ت.ج .

المجلس¹، هذا بخلاف التشريع الفرنسي بحيث تضاف إلى أصوات الأعضاء الحاضرين أصوات الممثلين²، بحيث يسمح بتوكيل القائمين بالإدارة لبعضهم البعض خلال جلسات مجلس الإدارة ما لم يقضي القانون الأساسي بخلاف ذلك³، لكن يجوز تقرير أغلبية إتفاقية أشد في كلا من التشريعين و هذا بموجب بند يرد في القانون الأساسي. وإن لكل قائم بالإدارة صوت واحد، و هذا مهما كان عدد أسهمه في الشركة و هذا بخلاف ما هو معمول به في الجمعيات العمومية بحيث يمنح له مجموعة من الأصوات. وينبغي على مجلس الإدارة أن يمنع من التصويت في حالة ما إذا كان يرغب إستئذان المجلس لإبرام إتفاقية مع الشركة لتعارض مصلحته و مصلحة الشركة⁴، على غرار كيفية التصويت في شركة التضامن وخلافا لطريقة التصويت في جمعية المساهمين، تعد كيفية التصويت في مجلس الإدارة من النظام العام. كما يرجح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات، ما لم يقرر القانون الأساسي خلاف ذلك⁵.

نفس الشيء بالنسبة لمجلس المديرين يجوز الإتفاق على أن يكون التصويت بالإجماع أو بأغلبية مطلقة أو بسيطة، ولكن للمساهمين الحرية في منح صوت الرئيس الأفضلية في حالة تساوي الأصوات⁶.

والإشكال الذي يطرح في هذا الإطار يتمثل في مدى إمكانية إبرام إتفاقيات بين أعضاء مجلس الإدارة تتعلق بالتصويت و كفيته على مستوى مجلس الإدارة أو ما يعرف بإتفاقيات التصويت، كإلتزام أحد القائمين بالإدارة بالتصويت في إتجاه معين أو إتخاذ موقف معين من المداولة أو مجموعة من المداولات، و على هذا الأساس يثار التساؤل عن مدى صحة هذه الإتفاقيات و ما مدى تأثيرها على حق القائمين بالإدارة في التصويت بكل حرية.

¹ - المادة 626 من ق.ت.ج .

² - Art. L. 225- 37 al. 2C. com. fr.

³ - Art. L. 225- 19 al. 1C. com. fr.

⁴ - المادة 628 الفقرة 5 من ق.ت.ج .

⁵ - المادة 626 من ق.ت.ج .

⁶ - المادة 650 من ق.ت.ج .

لم يتخذ الفقه موقفا حاسما من هذه الإتفاقيات و إقتصرت دوره على إتخاذ مواقف متباينة دون أن يتعدى ذلك لتبيين صراحة صحة أم بطلان هذه الإتفاقيات، فجانبا من الفقه¹ إعتبر أن الأصل العام أن جميع الإتفاقيات التي موضوعها التصويت وكيفيته على مستوى المجلس خطيرة ولا بد من إنتقادها، بإعتبارها تشل حق القائم بالإدارة في إتخاذ القرار الملائم. وفي المقابل إذا كان الغرض منها هو توجيهي فقط و يمنح نوعا من الحرية للأعضاء لتفادي أي نوع من الإضطدام بين كتلتين في المجلس فهي تعد صحيحة ومنجزة لجميع أثارها. وهناك جانب آخر قد إعتبر جميع الإتفاقيات التي يكون موضوعها تحديد إتجاه تصويت القائمين بالإدارة لا بد من إعتبارها باطلة في جميع الأحوال.

لكن الفضل يعود للقضاء للوقوف على صحة مثل هذه الإتفاقيات الذي أجازها في ظروف معينة، كذلك التي يكون من شأنها تعيين القائمين بالإدارة من قبل المجلس بإعتبارها تعيينات مؤقتة و تخضع لتصديق الجمعية العامة²، و إتخذ موقفا مغايرا وأبطل إتفاقية بشأن أخوين، منحت بموجبها رئاسة مجلس الإدارة لكل منهما بالتناوب لأن من شأن هذه الإتفاقية المساس بمبدأ حرية عزل الرئيس³.

أما إذا كان يستخلص من ظروف هذه الإتفاقية أن الأمر يتعلق بخدمة المصالح المشتركة، مثل ما هو عليه الحال في حالات الإندماج، فلا يمكن تحقيق هذه الواقعة إلا عن طريق الإتفاقيات، فلا بد من القول بصحتها طالما أنه فيها مصلحة الشركة حتى وإن كان موقف الفقه لم يحسم على إطلاقه، بحيث يميل إلى التذليل بأن مثل هذه الإتفاقيات مشكوك فيها و خاصة عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي تابع لتجمع الشركات، إذا كانت لهذا الأخير مصلحة في تحقيق هذه العملية مبينا ذلك بمعيار الحصول على مصلحة خاصة⁴.

¹ - G. Riper & R. Roblet, op. cit, p. 945.

² - Trib. Com Seine., 09 janv. 1961. Bull. Joly, 1962, p. 82.

³ - Cass. Com., 08 Mai 1963, R.T.D.Com 1964.

⁴ - Cass. Com., 20 Avril 1950, JCP. 1950, 5694, note Bastian.

و نستخلص أنه إذا كانت هذه الإتفاقيات ضرورية لحياة الشركة فيجب إعتبارها صحيحة لأنها ترمي إلى التسيير الحسن للشركة، بخلاف تلك التي يقصد عضو مجلس الإدارة بها الإستفادة من مزايا.

المبحث الثاني: الإتفاقيات المتعلقة بصلاحيات أجهزة الشركة

تعتبر الشركة شخص معنوي، لذلك تحتاج إلى أجهزة من أجل التعبير عن إرادتها وإدارة مصالحها و تحقيق أغراضها. و لقد كان دور المشرع متفاوت في تنظيم هذه الأجهزة إذ منح نصيبا كبيرا من الحرية للشركاء في شركات الأشخاص بينما قيد سلطان إرادتهم في شركات الأموال بوضع قواعد متكاثرة و أمره يهدف بموجبها حماية صغار المدخرين والمصالح المختلفة لشركة.

إلا أنه يجوز أن يتضمن القانون الأساسي للشركة أو بموجب إتفاقيات بين المساهمين توسيع صلاحيات أجهزة التسيير. والعكس من ذلك، يمكن أن يتضمن القانون الأساسي أوالإتفاقيات المبرمة بين المساهمين تحفظات تجاه صلاحيات الأجهزة. وتعتبر هذه البنود مظهرا من مظاهر الإعتبار الشخصي في شركات الأموال، إذ تشكل دعما للقيود الآمرة التي وضعها المشرع حمايتا للمساهمين من تصرفات المسيرين، وبالتالي الحد من سيطرة وهيمنة أجهزة التسيير الذي أثبت الواقع العملي لشركات المساهمة تركيز السلطة فيها، بدلا من أن تكون السلطة بيد جميع المساهمين الذين يشكلون القاعدة الأساسية ومصدر السلطات¹.

المطلب الأول: التنظيم التأسيسي للسلطات المدير في شركات الأشخاص

نظم القانون التجاري سلطات المدير في شركات الأشخاص على أسس جديدة بعيدة عن فكرة الوكالة التي كانت و لوحدها المصدر الذي يرجع إليه القاضي عندما يريد النظر في شرعية صلاحيات المسيرين. و لقد قصد المشرع بذلك توحيد النظام القانوني الذي

¹-P. Jeandel, op. cit, p. 213.

يخضع إليه هذا الأخير في شركة التضامن و في شركة التوصية البسيطة وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

و لقد خول المشرع للشركاء في شركات الأشخاص، الحق في تحديد نطاق السلطات الداخلية للمسير في القانون الأساسي، فيمكن لهذا الأخير تقليص أو تحديد مجال سلطات المسير (الفرع الأول)، أو توسيعها و تمديدتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد سلطات المدير في القانون الأساسي

يقصد بسلطات المسير في شركات الأشخاص، مجموع الصلاحيات المتعلقة بممارسة وظيفة إدارة الشركة، أو كل الصلاحيات التي يحوزها المسير بمقتضى وظيفته لتسيير الشركة. غير أنه لا يمكن للمسير القيام بكل أعمال التسيير إلا في حالة سكوت القانون الأساسي عن تحديد سلطاته، فالمشرع الجزائري منح للشركاء الحق في تحديد سلطات هيئة التسيير في القانون الأساسي¹.

فالأصل أن الشركاء أحرار في تحديد صلاحيات المدير الداخلية في شركات الأشخاص، و القاعدة العامة في هذا الشأن أن هؤلاء يقيدون المسير بموجب شروط دقيقة مدونة في القانون الأساسي لشركة و يلزمونه الحصول على إذن مسبق من الجمعية العامة لمزاولة بعض التصرفات تدخل عادة ضمن صلاحيات التسيير العادي².

و لقد إهتم المشرع الجزائري بمسألة تحديد سلطات المسير في القانون الأساسي ففي علاقات المسير بالشركاء يخول لهؤلاء الحق في تحديد نطاق سلطات المسير في القانون الأساسي. و هكذا تنص القوانين الأساسية بصفة عامة على العقود التي يمكن للمسير إبرامها بكل حرية و تلك التي بمقتضاها يجب عليه أخذ موافقة الشركاء.

و تكتسي هذه البنود التأسيسية أهمية خاصة في حالة تعيين مسير أجنبي عن الشركة بحيث يجوز منعه من القيام ببعض العمليات التي تشكل خطورة على الشركة، فيمكن

¹ - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 19.

² - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 10.

لشركاء بمقتضاها ضمان رقابة دقيقة لكيفية تسيير الشركة، كما أن هذه البنود توفر حماية فعالة للمسير، لأنه في حالة قيامه بأي تصرف محترماً لهذه البنود لكنه سبب ضرراً لشركة فلا يؤدي ذلك لقيام مسؤوليته المدنية و بالتالي لا يتم عزله لسبب مشروع¹.

ولصحة هذه الشروط التأسيسية، يجب ألا تصل إلى درجة إفراغ سلطات المسير من محتواها و يجب أن لا يكون موضوع هذه الشروط التأسيسية السلطات القانونية للمسير. إن القانون الأساسي يحدد العقود التي يمكن للمسير إبرامها بكل حرية، وتلك التي بموجبها يجب عليه الرجوع للشركاء لأخذ موافقتهم. إلا أن هذا الحق المخول للشركاء لتحديد سلطات المسير في القانون الأساسي ليس مطلقاً، لأن الأمر يتعلق فقط بإمتياز معترف به من طرف المشرع للشركاء لتحديد و حصر هذه السلطات دون الوصول إلى حد إفراغها من محتواها، إذ يبقى لتدخل المشرع أهمية في هذا المجال مما يحد من الحرية التعاقدية للأطراف.

وإضافة إلى عدم إمكان الشركاء من وضع شروط تأسيسية تصل إلى درجة إفراغ سلطات المسير من محتواها، لا يمكن أن تكون السلطات التي خولها المشرع صراحة للمسير موضوع لهذه الشروط التأسيسية، لأنها تؤدي إلى تعطيل عمل هيئات الشركة بسبب تجريد المسير من سلطاته القانونية. و هكذا فإن كل بند في القانون الأساسي يقضي أو ينتج عنه تجريد هيئات التسيير في الشركة من سلطاتها يعتبر باطلاً. وتبعاً لذلك للشركاء عدة طرق لتحديد سلطات المسير في القانون الأساسي.

أولاً: تحديد قائمة العقود التي يمكن للمدير القيام بها

فبموجب هذه الطريقة يحق للشركاء إدراج في القانون الأساسي قائمة العقود التي يمكن للمسير إبرامها أو القيام بها، و تتضمن هذه القائمة تلك الأعمال التي لا تشكل خطورة على الشركة مثل التنازل عن بعض موجودات الشركة العقارية أو المنقولة أو تأسيس تأمينات

¹ - Y. GUYON, Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit, p 369.

عليها، تقديم كفالة إلا إذا كانت هذه العملية تدخل ضمن موضوع ومصصلحة الشركة، و كذلك إبرام و إتخاذ القرارات المتعلقة بالعقود اليومية، تسديد الضرائب و الإشتراكات، فتح مكتب أو فرع للشركة.

كما قد يسعى الشركاء عن طريق القانون الأساسي إلى توسيع صلاحيات المسير للتصرف بإسم الشركة، و إبرام العقود و الترخيص لكل العمليات التي تدخل ضمن موضوع الشركة¹. أو السماح له القيام ببعض الأعمال التي تدخل ضمن صلاحيات الجمعية العامة بدون إذن مسبق منها كتغيير مقر الشركة بإبرام إيجار جديد. وإن هذه الشروط تدل على الثقة القوية التي وضعوها فيه.

و إن هذه البنود التأسيسية سواء المقيدة أو الموسعة لسلطات المسير في شركة الأشخاص لم يناقش شرعيتها لا فقه و لا القضاء، لأنها مرتبطة بالطبيعة التعاقدية لشركات الأشخاص. فحق الشريك في تقييد صلاحيات المسير ما هو إلا نتيجة لممارسة حقه الشخصي في إدارة الشركة المسند إليه من طرف المادة 431 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على " إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة، إعتبر كل شريك مفوضا من طرف الآخرين لإدارة الشركة... " و بالتالي يجوز له أن يتنازل عنه كلياً أو جزئياً لفائدة وكيل يفوض من طرفه لممارسته².

هذه القواعد المقررة في حق المدير الوحيد تنطبق أيضا إذا تعدد المديرين، ففي هذه الحالة الشائعة عملا يتولى القانون الأساسي توزيع السلطات على المديرين، كل حسب قدراته و خبرته المهنية و طبيعة الأعمال التي تدخل في نطاق موضوع الشركة، فتعود مثلا لأحدهم مديرية الإدارة العامة و لثاني مديرية الإستغلال و الإنتاج و لثالث مديرية التسويق... و تتخذ القرارات حسب الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي إما في إطار مجلس تسيير بالإجماع أو بالأغلبية أو من طرف المسيرين بصفة فردية كل في حدود

¹ - P.DIDIER, Droit commercial, Les entreprises, Thémis, éd.1972, p 81.

² - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص10.

سلطاته. و إذا كان الأمر كذلك وجب على كل مسير إحترام الصلاحيات المخولة له صراحة و التصرف في حدودها، فإذا إمتنع عن التصرف داخل هذه الحدود أو تجاوزها بالقيام بأعمال مخصصة لمسير آخر، يسأل المسير عن الأضرار المترتبة عن ذلك، إذ يعتبر هذا التجاوز تعسفا في إستعمال السلطة و يسأل المدير شخصا عن كل آثاره السلبية في مواجهة الشركاء¹.

غير أن هذه الطريقة قد تؤدي إلى عرقلة و تعطيل عملية التسيير، بإعتبار أنها تفرض على المدير الرجوع للقانون الأساسي بالنسبة للأعمال المتعلقة بالسير اليومي لشركة، كما أنها تفرض على هذا الأخير الرجوع في كل مرة للقانون الأساسي لتأكد أن العملية أو العقد المراد إبرامه يدخل ضمن موضوع الشركة أم لا خوفا من قيام مسؤوليته. وقد كان إستعمال هذه الطريقة في القديم، لكن مع تعقد ميادين الأعمال و تنوع مواضيع الشركات التجارية أصبحت غير مرغوب فيها من طرف الشركاء².

ثانيا: تحديد قائمة العقود التي لا يمكن للمدير القيام بها إلا بموافقة

الشركاء

تعتبر هذه الطريقة الأكثر إستعمالا من طرف الشركاء لما توفره لهم من حماية ورقابة فعالة، إذ يعتمد الشركاء بموجبها على تحديد العقود التي لا يمكن للمسير إبرامها إلا بعد موافقة الشركاء، أي إشتراط موافقتهم المسبقة.

تعتمد هذه الطريقة على منع المسير من تمرير أو إنجاز بعض العمليات التي تشكل خطورة على الشركة دون الموافقة المسبقة للشركاء مثل القروض و نقل ملكية العقارات أو محلات الشركة أو رهنها. كما أنه يمكن للقوانين الأساسية أن تتضمن بنود تأسيسية تخول للمسير الحق في إكتتاب سندات تجارية فقط، و إكتتابها بمبلغ محدد، أو لغايات وإحتياجات أخرى مثل شراء الآلات. و بإمكان القوانين الأساسية أيضا تحديد سلطات المسير وذلك

¹ - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص11.

² - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص25.

بإلزامه على طلب موافقة كل الشركاء أو بعضهم أو إستشارتهم على الأقل قبل إبرام بعض العقود أو تحقيق بعض العمليات الهامة أو الغير معتادة أي التي لا تكون الشركة متعوده عليها، أو التي لا تدخل ضمن موضوعها كإستبدال عقارات الشركة أو محلاتها التجارية أو آلاتها، تقديم الشركة كحصة في شركة أخرى¹.

ولكن حرية الشريك في تحديد سلطات المسير ليست مطلقة، فلا يجوز للجمعية العامة أن تفرغ المدير من كل الصلاحيات المقررة لفائدته، فلا يمكن للشركاء وضع في القانون الأساسي قائمة طويلة للعقود التي لا يمكن للمسير إبرامها إلا بموافقتهم المسبقة في ظل إستفادته من سلطة واسعة لتسيير الشركة، فمثل هذه الشروط ممنوعة لأنها تقضي على درجة أو جهاز ممثل لإرادة الشخص المعنوي. و بالنظر لذلك لا يمكن للقانون الأساسي الحد من سلطات المسير إلى درجة إفراغها من محتواها، لذلك يجب أن يبقى القانون الأساسي على مجال كافي للمسير لممارسة مهام التسيير².

كما يمكن للشركاء تحديد سلطات المسير على أساس المعيار المادي، أي القيمة المالية للعقد أو العملية أو التصرف المراد القيام به، فكلما تجاوزت هذه العمليات القيمة المالية المحددة في القانون الأساسي يكون المسير ملزما بطلب الموافقة المسبقة للشركاء وذلك لضمان رقابة دقيقة على رأس مال الشركة، و يختلف المبلغ المالي حسب طبيعة ودرجة خطورة التصرف و أثره على الذمة المالية لشركة. وقد يحدد القانون الأساسي لكل نوع من العقود أو التصرفات مبلغا ماليا لا يجوز للمسير أن يتجاوزه خاصة بالنسبة للضمانات التي يمكن لشركة أن تتحملها و الضمانات الإحتياطية، و ذلك نظرا لإختلاف الآثار القانونية لكل نوع من هذه الضمانات على ذمة الشركة³. أما بالنسبة للعمليات الأخرى كعقد البيع و الشراء و التأجير فيحدد الشركاء المبلغ الأقل، و هكذا إعتبر المدير مرتكبا

¹ - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص26.

² - Y. GUYON, , les sociétés(aménagements statutaires et conventions entre associés), op. cit, p 369.

³ - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع نفسه، ص27.

خطأ في التسيير بسبب إبرامه صفقة دون طلب موافقة الشركاء لشراء قطعة أرضية بمبلغ 407000 أورو قصد بناء مصنع يتطلب الإستثمار بقيمة 900000 أورو فاعتبرت هذه عملية إستثنائية تتطلب الموافقة المسبقة للشركاء خاصة في ظل تحديد مبلغ العقود في القانون الأساسي الذي لا يمكن للمسير تجاوزه¹.

كما يمكن لشركاء الإعتماد على معيار موضوع الشركة من أجل تحديد سلطات المسير، أي لا يمكن للمسير القيام إلا بالأعمال التي تدخل ضمن موضوع الشركة، إلا أن هذه طريقة نادرة بالمقارنة مع الطرق السالف ذكرها من أجل تحديد سلطات المسير².

الفرع الثاني: تمديد سلطات المدير في القانون الأساسي

يجوز للشركاء توسيع أو تمديد نطاق سلطات المدير في شركات الأشخاص، وهو ما يسمى بالشروط الممدة للسلطات، فإن هذه الشروط تسمح للمدير بتجاوز صلاحياته العادية المخولة له في حالة عدم تحديد سلطاته من طرف الشركاء، أي الصلاحيات الواسعة المخولة له و المحددة بنشاط و موضوع الشركة المبين في القانون الأساسي³.

أما فيما يتعلق بالشروط التأسيسية التي من شأنها توسيع أو تمديد من صلاحيات المدير فلم يتوصل في الواقع العملي إلى نماذج حول هذا الموضوع و لعل السبب في ذلك هو أن أغلبية هذه الشروط لا تعتبر ممددة لسلطات المسير بالمعنى الواسع للكلمة لأنها تمثل مجرد تعداد للعقود التي يمكن للمسير إبرامها في حالة غياب تفويض خاص مثل الحق في إبرام قروض طويلة المدى أو بيع العقارات الغير نافعة للشركة. أما الشروط التي تعتبر في الواقع العملي ممددة لسلطات المسير هي تلك التي تؤدي إلى تعديل أو مخالفة القانون الأساسي، لكن هذه الفرضية نادرة عمليا لأنه لا يمكن للشركاء ترك مجال واسع من الحرية للمدير و هذا لما فيه من خطورة على الشركة⁴.

¹ -Paris,04 février 2000, RTD. 2000, P. 386..

² -P.DIDIER, op. cit, p 81.

³ - المواد 554، 577 من ق.ت.ج .

⁴ -Y. GUYON, les sociétés, (aménagement statutaires et conventions entre associés), op. cit, p 370.

إن الهدف من هذه الشروط التي من شأنها تمديد سلطات المدير هو مخالفة القانون الأساسي، لأنها تمنح للمسير سلطات للتصرف خارج إطار القانون الأساسي لشركة و ذلك في حالة عدم تحديد سلطاته من طرف الشركاء، و هذا ما قد يؤدي إلى التعدي على السلطات المخولة للهيئات الأخرى في الشركة، أو الصلاحيات المخولة للشركاء¹. و على هذا الأساس تعتبر هذه الشروط باطلة، لأنها تمكن المسير من القيام بأعمال تسيير مخالفة لموضوع الشركة، و إنها تؤدي إلى تعديل القانون الأساسي للشركة وموضوعها. و فيها مخالفة للقواعد الآمرة لتعديل القوانين الأساسية²، كما أن هذه الشروط لا يمكن الإحتجاج بها تجاه الغير إذ تعتبر غير مشروعة نظرا لمخالفتها للقانون الأساسي وموضوع الشركة³.

المطلب الثاني: التنظيم التأسيسي لسلطات المسير في شركات الأموال

لقد صاغ القانون التجاري القواعد المنظمة لتسيير شركة المساهمة على غرار النظام السياسي الديمقراطي، فمنح السلطة العليا للمساهم الذي يمارسها داخل الجمعية العامة، هذه الأخيرة هي التي تقوم بأهم التصرفات المتعلقة بحياة الشركة، و بما أن هذه الشركات تهتم بأموال المساهمين و ليس بشخصيتهم، و إن الإنشغال الرئيسي لهؤلاء هو توظيف الأموال في مشاريع إقتصادية من أجل تحقيق ربح كبير. فإن هذه الأغراض الشخصية الذاتية ينتج عنها غياب عدد كبير من المساهمين في الجمعيات العامة، الأمر الذي جعل قلة قليلة من المساهمين تفرض قانونها على الشركة من أجل تحقيق أهداف شخصية، لذلك تدخل المشرع بقوة من أجل توزيع السلطات داخل الشركة و لم يترك لإرادة المساهمين سوى مجالاً ضيقاً جداً⁴.

1 - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص41.

2 - المواد 555، 586 من ق.ت.ج.

3 - Y. GUYON, Droit commercial général et sociétés, op. cit, p 372.

4 - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص18.

وتختلف إدارة شركة المساهمة عن إدارة شركة الأشخاص، بحيث نجد أن الرأي مستقر في الثانية على أن يعود التسيير فيها لجميع الشركاء مجتمعين، بينما يباشر التسيير في الأولى بواسطة أجهزة متعددة. و بذلك لا يمكن أن يمتد صدى شركات الأشخاص إلى شركة المساهمة نظرا لكثرة عدد المساهمين. فهذه الأجهزة تختلف في إختصاصاتها وتتفاوت في قوتها.

وقد تبنى المشرع تسيير شركة المساهمة وفق أحد الأسلوبين، إما عن طريق رئيس ومجلس الإدارة و إما بواسطة مجلس مديرين و مجلس مراقبة. و تختلف فعالية ومضمون هذا التنظيم، باختلاف الهدف الذي يتوخاه المسيرون فقد يهدفون إلى إسناد الإدارة الفعلية والرقابة في الشركة لمساهمين في مجلس الإدارة، و ترك مجال التمثيل لجهاز آخر يتمثل في الشخص الرئيس، و إنشاء إلى جانب المديرية مساعد لحسن تدبير شؤون الشركة. وإما إسناد مهمة تسيير أمور الشركة إلى أشخاص تتوافر فيهم خبرات مالية واسعة كما هو الحال بالنسبة لمجلس المديرين، و قصر دور الرقابة على أصحاب رؤوس الأموال أو المساهمين¹. إن تحديد صلاحيات مختلف أجهزة شركة المساهمة و بالأخص مجلس الإدارة والجمعيات العامة يرتدي طابعا نظاميا و لا يترك إلا مجالا ضيقا للمساهمين لكي يدخلوا عليه تعديلات تعاقدية. و بالرغم من ذلك قد يلجأ المساهمون في بعض الأحيان إلى إبرام إتفاقيات تتناول صلاحيات أجهزة الشركة و تدخل تعديلات و إضافات على نظامها القانوني².

و بناء على ما سبق سوف نتعرض في الفرع الأول لشروط صحة الإتفاقيات المتصلة بصلاحيات أجهزة الشركة، و نتناول في الفرع الثاني نطاق تطبيق هذه الإتفاقيات.

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 80.

² - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 96.

الفرع الأول: شروط صحة الإتفاقيات المتصلة بصلاحيات أجهزة الشركة

لا يجوز لإرادة المساهمين الفردية المساس بالتوزيع القانوني للسلطات بين مختلف أجهزة شركة المساهمة. فالتوازن القائم بين التسلسل الأمر لأجهزة الشركة و مبدأ الفصل بين السلطات يمثل الضمان الوحيد لحسن سير الشركة. فلا يسمح للمبادرات الفردية مخافته لأنه بذلك قد تهدد مصلحة صغار المدخرين الذين ساهموا في تكوين رأس مال الشركة و مصلحة المتعاملين معها. و النتيجة المترتبة عن هذا المبدأ هي حظر التصرفات المخالفة له، إلا أن هذا الحظر لم يكن مطلقاً، فقد أجاز القضاء المساس به و لكن في حدود دقيقة¹.

ولقد عمد المشرع على تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات إلى تبني مفهوم السلطة توقف السلطة و هذا على غرار الدولة الديمقراطية، بمعنى أنه قد قام بتحديد إختصاصات كل جهاز بالرجوع إلى إختصاصات جهاز آخر، و لتفادي أي نوع من غصب للسلطة فإن كل جهاز يعد كفيلاً بحماية إختصاصاته. فقد أسند لمجلس الإدارة السلطات الواسعة للتصرف بإسم و لحساب الشركة ما عدا تلك التصرفات المسندة للجمعية العامة سواء العادية أو غير العادية. وعليه لا يجوز لمجلس الإدارة تعديل القانون الأساسي لأن ذلك من إختصاص الجمعية العامة غير العادية²، كذلك لا يجوز له المصادقة على الميزانية السنوية لأنها من إختصاص الجمعية العامة العادية³.

وبالإضافة إلى كون التوزيع القانوني من النظام العام، فهو نافذ في مواجهة الغير وبالتالي لا يجوز لأي جهاز أن يتدخل و يمارس صلاحيات من إختصاص جهاز آخر لأن القواعد المنظمة لكيفية ممارسة السلطة داخل شركة المساهمة نظمها المشرع بقواعد أمره ولم يترك كيفية تنظيمها للمساهمين لكونها قواعد متعلقة بالنظام العام⁴.

1 - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 23.

2 - المادة 674 من ق.ت.ج

3 - المادة 676 من ق.ت.ج

4 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 228.

وعلى هذا الأساس يشترط لصحة هذه الاتفاقيات أن لا تمس بمبدأ تسلسل السلطات الخاص بهيئات الإدارة (أولا) و أن لا تتعدى على الصلاحيات القانونية لأجهزة الشركة (ثانيا).

أولا: عدم المساس بمبدأ تسلسل السلطات بين هيئات الشركة

يشكل أعضاء الإدارة بالمعنى الواسع للكلمة هرا قاعدته مجموعة من المساهمين الذين يكونون الجمعية العامة التي هي مصدر السلطات و صاحبة السلطة العليا، فهي التي تختار مجلس الإدارة لتسيير الشركة لحسابها و تحت رقابتها، و أعضاء هذا المجلس وكلاء عن الجمعية العامة التي يستمدون سلطاتهم منها، و مجلس الإدارة بدوره يختار من بين أعضائه الرئيس الذي يتصرف بشؤون الشركة تحت إشراف المجلس الذي يستطيع في كل وقت عزله و إستبداله بآخر. و يطلق على هذا التنظيم بين السلطات إسم تسلسل السلطات. و يترتب على هذا مبدأ الفصل بين هيئات الإدارة في الشركة، أي أن كل هيئة من هذه الهيئات مخولة بتنفيذ الصلاحيات الموكلة لها قانونا، و هي وحدها صاحبة السلطة بالتنفيذ دون غيرها¹.

وبما أن مبدأ التسلسل و خاصة الفصل بين السلطات يمنع كل تحويل مباشر للسلطة سواء من الجهاز ذاته أو بتدخل جهاز آخر. فلا يجوز لأي جهاز أن يتنازل كليا عن جميع سلطاته لصالح جهاز آخر، كأن تقرر الجمعية العامة تحويل كافة صلاحيات المجلس للرئيس، هذا القرار باطل بطلانا مطلقا لأنه إذا كانت للجمعية سلطة مباشرة على مجلس الإدارة تسمح لها مراقبته و تعيين أعضائه أو عزلهم، فإنه لا يمكن لها أبدا أن تنتزع منه سلطاته لتعوضه بالرئيس، فزيادة على أن القرار يقضي على درجة في السلم القانوني، فإنه كذلك يعتبر مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات.

¹ - أنظر، عادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 98.

كما لا يجوز للجمعية العامة أن تحل محل مجلس الإدارة لممارسة مهام التسيير المخولة له قانوناً، و لا يمكن لها أن تجتمع من تلقاء نفسها أو أن تفوض لشخص أجنبي ليست له الصفة من أجل إستدعائها، مثل هذه التصرفات تدخل في إطار صلاحيات مجلس الإدارة، و كل غصب لجزء منها يترتب عنه البطلان المطلق. ولا يجوز للجمعية العامة أن تضيق من سلطاتها أو أهليتها في التصويت، وعلى هذا الأساس، يتقرر إبطال البند التأسيسي الذي يفرض للتصويت في الجمعيات العامة غير العادية نصاباً مرتفعاً عن النصاب القانوني¹.

ويستحيل أيضاً على أي عضو من أعضاء الإدارة القبول بتفويض عام للسلطات كما أنه يمنع من التعدي على صلاحيات الأعضاء الآخرين، كما أن القضاء أذان التركيب الإتفاقي الذي بواسطته يتخلى الرئيس عن سلطاته القانونية الخاصة بالمديرية إلى الغير ففي ذلك تنازل عن جميع السلطات². و على هذا الأساس أبطل القضاء الفرنسي الإتفاقية التي بموجبها تفرغ رئيس مجلس الإدارة عن صلاحياته في القيام بالأعمال اليومية لأحد دائني الشركة، فاعتبرت هذه الإتفاقية باطلة لأن من شأنها أن تنزع من رئيس مجلس الإدارة صلاحياته في إدارة الشركة و إستبداله بمسير فعلي يتدخل في جميع أعمالها الخارجية وهذا فيه تعارض أو مساس بمبدأ تسلسل و الفصل بين السلطات³.

أما بشأن التنازل عن طريق عقد التسيير، فيما أن هذا التصرف يجعل الجهاز يتخلى عن مهامه، و ينزع منه دوره كمدير، فتعتبر الإتفاقية المبرمة بهذا الشأن مخالفة للنظام العام، إذ أن هناك نصوص أمرة تحكم تنظيم و تسيير المديرية العامة لشركة المساهمة والتي لا يمكن مخالفتها.

و يتفق هذا الحل مع المبادئ المنوه إليها أعلاه، إذ أنه من جهة نص المشرع على الحالات التي يمكن للرئيس فيها إعطاء تفويضات، و من جهة أخرى فلائ السلطة العامة التي يتمتع بها مجلس الإدارة يمكن على أساسها تيرير الأحكام الواردة في القانون الأساسي

¹ - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 23.

² -Com., 10 mai 1947, J.C.P, 1949, note Bastian, R. T. D. Com. 1968, p. 1079.

³ -Cass. Com., 11 juin 1965, RTD. 1965, p. 861, note Houin.

و المحددة لسلطات الرئيس. بشرط ألا تصل إلى حد نزع منه مديرية المؤسسة بإعتبار أن رئيس مجلس الإدارة جهاز ضروري في الشركة له سلطات قانونية، مثل السلطات التي تعود إليه بطبيعتها كالإمضاء على جميع الأوراق التي لها صلة بالتسيير العادي لشؤون الشركة وتشغيل و عزل المستخدمين، فلا يمكن التفكير في التنازل عن مثل هذه السلطات بصفة دائمة، و على العكس يمكن إعطاء وكالة للقيام ببعض الأعمال الخصوصية ولمدة محددة¹. الخلاصة أن تنظيم السلطات داخل شركات المساهمة، يتعارض و إعطاء الغير وكالة عامة عن التسيير، فالجمعية العامة غير العادية لا يمكنها إعطاء تفويض دائم وغير محدد لسلطاتها لمجلس الإدارة، مثلا لا يجوز أن يرد في القانون الأساسي شرط يخول مجلس الإدارة أو مجلس المديرين تقرير زيادة رأس مال الشركة، على العكس يمكن أن يفوض مجلس الإدارة أو مجلس المديرين السلطات اللازمة لتحقيق هذه الزيادة، أي خلال الخمس السنوات إبتداء من تاريخ الترخيص².

ثانيا: عدم التعدي على الصلاحيات القانونية لأجهزة الشركة

يعتبر هذا الشرط مكملا لشرط الأول، فإن الاتفاقية التي تضيق و تحد من السلطات القانونية لأعضاء الإدارة، تؤدي إلى نفس التحفظات التي تطرحها القيود الإتفاقية على هذه السلطات، و بالتالي لا تسري على الغير³.

يتمتع رئيس مجلس الإدارة بسلطة قانونية لا يمكن تجريدته منها، كما لا يمكن منحه سلطات هي من إختصاص المجلس. فالسلطات المخصصة للأجهزة لا يسمح المساس بها لأنها محددة من قبل المشرع. وعلى هذا الأساس لا يحق للجمعية العامة التعدي على صلاحيات مجلس الإدارة إلى حد تجريدته منها، و ذلك بتقرير إنشاء لجنة المديرية تمارس نشاط دائما و منافسا له. لأن إنشاء هذه اللجنة هو إختصاص قاصر على مجلس الإدارة

1 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق ، ص 291.

2 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه ، ص 291.

3 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق ، ص 99.

والذي يبقى بموجب ذلك جهازا ثانويا، من جهة و موضوعا تحت رقابته المباشرة من جهة أخرى¹.

كما لا يجوز لمجلس الإدارة أن ينزع من رئيسه جميع السلطات المخولة له في التسيير، لأن رئيس المجلس يعد أيضا درجة في السلم القانوني لشركة. فإن كان للمجلس سلطة مباشرة على الرئيس، فيعمل على مراقبة ما قد يقدم عليه من تصرفات و له سلطة تعيينه و عزله. فهذا لا يمنحه الحق في تحويل الرئيس إلى مجرد أداة في يد المجلس، لأن مصدر سلطة الرئيس هو القانون لا يمكن في أي حال التعدي عليها و تحويلها إلى جهاز آخر مهما كانت الأسباب و الدوافع لذلك².

كما لا يجوز للجمعية العامة أن تحل محل المجلس لممارسة مهام التسيير المخول له قانونا. فلا يمكنها أن تتدخل في تعيين الرئيس أو المدير العام، أو تتعقد من تلقاء نفسها أو تفوض لشخص أجنبي سلطة إستدعائها، لأن هذه المهام هي من إختصاص مجلس الإدارة ولا يجوز التعدي عليها سواء كليا أو جزئيا و يترتب عنها البطلان المطلق³.

كما إعتبرت الإتفاقية التي حرمت أحد أعضاء الإدارة من سلطاته التي منحها إياه القانون، و منحها إلى عضو شبه رسمي باطلة إذ يصعب تقبل وجود أشخاص في الشركة يتولون إدارتها بصورة سرية، و يصبح هناك تسلسل في السلطات جديد خفي ومواري لتسلسل المعروف من قبل المساهمين في الشركة⁴.

وإعتبر الفقه أن مثل هذه الاتفاقيات باطلة، لأنها لم تأخذ بعين الإعتبار مصلحة الغير وأقلية المساهمين في الشركة عند إيرامها، بحيث تمنح السلطة الفعلية لغير المديرين الظاهرين، مما يجعل إثبات مسؤولية الأعضاء السريين صعبة جدا إن لم نقل مستحيلة⁵.

1 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 287.

2 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص 288.

³ - Cass. Com., 11 juin 1965, op. cit.

⁴ - Cass. Com., 11 juin 1965, op. cit.

⁵ - Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit, p 371.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق الإتفاقيات المتصلة بصلاحيات أجهزة الشركة

إن نظام إدارة شركة المساهمة يقتضي التعاون بين جميع أجهزتها لضمان فعالية ونجاح المشروع، لذلك لا يكون لسلطة التي خولها المشرع لهذه الأجهزة معنى إلا إذا مارسها هذه الأخيرة حسب مقتضيات مصلحة الشركة.

و لما كان من المتعذر أحيانا و من الناحية العملية تسيير الشركة على الوجه المألوف، ترك المشرع لإرادة المساهمين حرية تنظيم تسييرها عن طريق تعديل في سلطات الأجهزة بواسطة القانون الأساسي. إستثناء لمبدأ توزيع السلطات أو الفصل بينها طالما أن ذلك يعمل على تحقيق غرض الشركة و لا يضر بمصلحتها¹.

و على هذا الأساس سمح المشرع بالتحديد الإتفاقي للسلطات و بتفويض هذه الأخيرة (أولا)، أو توسيعها (ثانيا).

أولا: الإتفاقيات الرامية إلى تحديد سلطات أجهزة الشركة

يمكن للبنود الإتفاقية أن تحد من السلطات شبه المطلقة التي منحها القانون لمجلس الإدارة أو لرئيس المجلس، و هذا ما نصت عليه المادتان 623 الفقرة الثانية، 638 الفقرة الرابعة من القانون التجاري.

و يستخلص من هاتين المادتين أن المشرع، لا يريد إخضاع شركة المساهمة لنصوص مشددة، إذ أنه وضع القاعدة العامة المتعلقة بتنظيم السلطات في هذا النوع من الشركات وترك للمساهمين مهمة تكييف الأجهزة مع هذه القواعد، عن طريق شروط ترد في القانون الأساسي. فإذا سكت أو أغفل القانون الأساسي، كان للمجلس أن يضطلع بجميع الأعمال والتصرفات التي يقتضيها سير الشركة. وعلى هذا الأساس فإن الشروط الإتفاقية هي شروط جائزة و صحيحة من الناحية القانونية بشرط أن تمارس هذه الحرية وتقف عند حد معين وهو

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 286.

عدم قلب المبادئ العامة أي عدم المساس بالتوزيع القانوني للسلطات، لأن في ذلك إخلال بالنظام العام¹.

وعليه يمكن أن يتضمن القانون الأساسي لشركة بعض التحفظات تجاه مجلس الإدارة، كأن ينص مثلا على أن بيع عقار للشركة أو فتح اعتماد للغير أو غير ذلك من الأعمال التي تدخل أصلا في إختصاص مجلس الإدارة لا تكون نافذة إلا بعد مصادقة الجمعية العامة عليها². و في هذه الحالة لا يمكن القول أنه قد تم القضاء على جهاز بل هو مجرد تقييد جزئي للسلطة ليس الهدف منه القضاء على الجهاز بل أعمال رقابة فعالة وسابقة لإتخاذ القرارات البالغة الأهمية، و التي قد تحدث نتائج يصعب تداركها.

ولقد أقر القضاء بصحة هذه البنود الإتفاقية، لأنها لا تنتزع عن أعضاء الإدارة صلاحيتهم و إنما تقتصر على تنظيم هذه السلطات. و هي تهدف بشكل عام إلى الحد من سيطرة مجلس الإدارة الذي أثبت الواقع العملي لشركات المساهمة تركيز السلطة فيه، بدلا من أن تكون السلطة بيد مجموع المساهمين الذين يشكلون بحسب مبدأ التسلسل القاعدة الأساسية و مصدر السلطات³. لذلك يلجأ المساهمون إلى تقييد هيمنة مجلس الإدارة سواء ببنود يدرجونها في القانون الأساسي الشركة أو بإتفاقيات جانبية خارجة عن القانون الأساسي. و غالبا ما تأخذ شكل إتفاقية تصويت أو إتفاقية ضمان موافقة الغير، كأن تلتزم الأغلبية في الشركة بأن تضمن للأقلية عدم موافقة مجلس الإدارة على القيام ببعض الأعمال إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة.

و بالرغم من الأثر المطلق لهذا النوع من الشروط في علاقة المجلس بالشركة ورغم قيام مسؤولية أعضاء الإدارة عند مخالفتهم لهذه الشروط، إلا أن أثرها يقتصر على ذلك فلا يمكن في أي حال الإحتجاج بهذه الشروط تجاه الغير حسن النية. نفس الشيء بالنسبة

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 286.

² - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 101.

³ . Cass. Civ., 04 juin 1946, J.C.P. 1947, note Bastian.

للاتفاقيات المبرمة بين المساهمين خارج القانون الأساسي لا تسري على الغير الذي لم يوقع عليها، مما يعني أنه لا يجوز التمسك بخرق هذه الإتفاقية كسبب لإبطال العمل المنفذ، بل يقتصر الأمر على ترتيب المسؤولية التعاقدية على العضو المخل بالإتفاق¹.

ولقد كان موقف المشرع موقفاً دقيقاً، حين جعل تحديد السلطات لا فائدة منه حماية للغير الذي يعفيهم من مراجعة القانون الأساسي للشركة، للتأكد من أن العمل المراد القيام به يدخل ضمن صلاحيات الجهاز الذين يتعاملون معه. و عليه يمكن القول أن المشرع خلق نوع من التوازن بين مصلحة الشركة و مصلحة الغير المتعامل معها إذ منح كامل الحرية للمساهمين في تعديل أحكام القانون الأساسي لضرورة تقتضيها حياة الشركة، مع الحرص على أن لا تتحول هذه الحرية إلى ضرر بالنسبة للغير².

و بالموازاة لما تقدم فإن الحدود الإتفاقية لا تعد مطلقة من حيث مداها لأن الجوازية لا تعني الإطلاق. و من تم فلا يجوز للجمعية العامة غير العادية أن تدرج ما تشاء من حدود إتفاقية لسلطات المجلس بل إن لها أيضاً حدود. فلا يمكن في أي حال المساس بالإختصاصات الخاصة بالمجلس لكونها مخولة له بموجب القانون، وأي مساس لهذه السلطة يعد باطلاً لأن المشرع نظمها بقواعد آمرة و حدد شروطها و إجراءاتها، وبالتالي فإن مجال الحدود الإتفاقية تعد خارج هذا الإطار. كما لا يجوز لها بحجة الرقابة أن تفرغ المجلس من إختصاصاته بفرض عراقيل تعتبرها رقابية و تستلزم إستصدار إذن منها في كل كبيرة و صغيرة، لأن في ذلك إفراغا و مساساً ضمناً بمبدأ الفصل بين السلطات³.

لكن وبالرغم كون هذه الحالة مستبعدة في الواقع إلا أنها واردة خاصة عند تحول الأغلبية في إطار الجمعية العامة، بمعنى أن تسيطر كتلة معينة على الجمعية وأخرى على مجلس الإدارة، ومن تم تعد هذه الشروط تعسفية لأن الغرض المباشر لها ليس فرض الرقابة

1 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 102.

2 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 287.

3 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع نفسه، ص 103.

بل عرقلة أنشطة الإدارة، و في ذلك تطبيقا حقيقيا لتعسف الأغلبية إضرارا بمصالح الأقلية بعيدا عن مصلحة الشركة¹.

غير أنه يجوز للجمعية العامة أن تنقص من صلاحيات المجلس الذي يلتزم بموجب بند مدرج في القانون الأساسي، الحصول على إذنها قبل التصرف في بعض الميادين التي تعد خطيرة أو تعتبرها كذلك كونها الجهاز المراقب له مباشرة².

ولا بد من الإشارة أنه حتى في هذه الشروط المحددة لسلطات مجلس الإدارة يجب الإلتباه و أخذ الحيطة و الحذر لأنه من السهل جدا الإنزلاق نحو شروط تبدوا في الظاهر أنها تنظيمية لكنها في الحقيقة تنزع عن بعض الأعضاء صلاحياتهم القانونية مما يستوجب إبطالها، كما لو نص الشرط على إناطة أحد أعضاء الإدارة وحده بجميع سلطات المجلس ومديره³.

بالإضافة إلى هذه الشروط المحددة لسلطات مجلس الإدارة، أجاز المشرع إدراج حدود أخرى إتفاقية خاصة برئيس مجلس الإدارة، و ذلك لتمكين المساهمين من إدراج كل ما يرون فيه ضمانا إضافيا لحسن إدارة و سير الشركة.

فقد يلجأ المساهمون إلى وضع مثل هذه الشروط الإتفاقية، للحد من سلطات رئيس مجلس الإدارة ضمانا لحسن إدارته و تعزيزا لمسؤولياته في حالة مخالفته لهذه الشروط كما يجوز لهم عزله لسبب مشروع، إلى جانب ضمان علم باقي أجهزة الشركة بالتصرفات التي يرون أن فيها خطورة⁴.

فيجوز لمجلس الإدارة أو الجمعية العامة أن تنظم كيفية ممارسة السلطة من طرف الرئيس. فقد يكون مصدر الحد عن طريق إدراج مثل هذه البنود في القانون الأساسي

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق ، ص 287.

² - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق ، ص 234.

³ -Cass. Com., 06 mai 1996,Bull. Civ, P 111.

⁴ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 103.

بواسطة الجمعية العامة غير العادية، كما يمكن أن يكون مجلس الإدارة هو مصدر هذا الحد، و يتم إفراغ ذلك في قرار وفقا للأوضاع و الإجراءات المقررة قانونا¹.

غير أنه لا يمكن للجمعية العامة أو مجلس الإدارة تجريد رئيس المجلس من جميع سلطاته بحجة هذه الحدود، إذ يجب ترك للرئيس ما يمكن وصفه بالحد الأدنى من السلطات التي تمكنه من ممارسة مهامه المخولة له قانون، و يعد كل شرط مخالف كأن لم يكن بإعتبار أن فيه مساس بمبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات. و من أمثلة هذه الحدود الإتفاقية، إلزام الرئيس بالحصول على موافقة المجلس أو الجمعية العامة قبل إبرام بعض العقود الهامة كبيع أو رهن أو تأجير العقارات الخاصة بالشركة. كما يمكن أن يأخذ الحد صفة الحظر فيمنع الرئيس من ممارسة بعض مهام الإدارة العامة كالتعيين في بعض الوظائف السامية و تحديد أجرهم².

وفي المقابل لا يمكن لهذه الشروط الإتفاقية أن تمس بسلطة رئيس مجلس الإدارة التمثيلية، فلا يمكنها أن تمنعه من ممارسة تمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير، كما لا يمكنها أن تفوض شخصا آخر سلطة التمثيل، لأن لرئيس مجلس الإدارة وحده سلطة تمثيل الشركة في معاملاتها مع الغير فيتصرف بإسمها و لحسابها في كل المناسبات، وعلى هذا الأساس لا يوجد أي حد لسلطات الرئيس في علاقة الشركة مع الغير لأن سلطته في التمثيل الشركة مطلقة، كما لا يجوز لمجلس الإدارة أن يفوض أحد أعضائه جزءا من صلاحيات الرئيس الخاصة بتمثيل الشركة³.

وهذا على عكس رئيس مجلس المدربين إذ لا يمكن له أن ينفرد بسلطة التمثيل، بل يجوز للقانون الأساسي أن يؤهل لمجلس المراقبة إمكانية منح نفس سلطة التمثيل لعضو

1 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 234.

2 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 104.

3 - أنظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 31.

أوعده أعضاء من مجلس المدربين¹، و من تم فإن الأصل أن الجمعية العامة غير العادية هي المختصة بتوسيع إمكانية تمثيل الشركة لشخص أو أكثر.

ولكن يبقى الخيار لمجلس المراقبة لتطبيق التوسيع من عدمه و ذلك في الوقت الذي يراه مناسباً. و العكس صحيح أي أنه في حالة سكوت القانون الأساسي عن إمكانية التوسيع فإن ذلك يعد بمثابة رفض صريح لأي إمكانية لتوسيع سلطة التمثيل. ففي هذه الحالة تنحصر هذه السلطة في رئيس مجلس المدربين دون غيره، وإن كل إتفاق مخالف يعد كأن لم يكن لمخالفته مبدأ الفصل بين السلطات².

إلا أن هذه الحدود الإتفاقية لا تنتج أي أثر في علاقة الشركة مع الغير حسن النية لأنه من غير المنطقي أن يعامل الغير حسن النية و السيئ النية على حد سواء، وترتبط على ذلك يمكن القول أنه يجوز للشركة أن تتمسك بفاعلية هذه الحدود بإسقاط وصف حسن النية على الغير إذا إستطاعت إثبات علمه بها. و يبقى لهذه الحدود الإتفاقية أثراً مطلقاً في علاقة المسير بالشركة، فيبقى مسؤولاً أمام الشركة عن أي ضرر قد ينجم عن مخالفة هذه الحدود³.

وفي مقابل كل ما تقدم و بالإضافة إلى هذه الحدود الإتفاقية، يجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يفوض جزءاً من صلاحياته ضماناً لحسن سير الشركة، و هذا على أساس أنه يستحال على رئيس مجلس الإدارة في شركات المساهمة الكبرى أن يمارس جميع المهام المنوطة به في الإدارة و التسيير حتى و لو ساعده في ذلك مديرون عامون⁴.

وعليه فإن الضرورة تفرض حتمية تفويض جزء من صلاحيات الرئيس إلى شخص معين سواء كان شريكاً أم لا، و ذلك حفاظاً على مصلحة الشركة و ضمان فعالية ونجاعة

1 - المادة 652 من ق.ت.ج.

2 - المادة 652 من ق.ت.ج.

3 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 256.

4 - المادة 639 من ق.ت.ج.

تسيير أمورها، فيتنازل الرئيس عن بعض سلطاته لفائدة موظفين سامين في الشركة وأولاًشخاص من الغير لهم خبرات في مجال معين، و يعينهم كمدراء على رأس مصالح الشركة كالمحاسبة، الإنتاج، الشؤون القانونية¹.

ويتم التفويض في صورتين، إما أن يقتصر في التوقيع على بعض الوثائق التي تصدرها الشركة. و إما أن يتمثل في وكالة تامة كتعيين مدير على رأس أحد فروع الشركة. و لصحة التفويض يجب أن يكون جزئياً، أي لا يجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يفوض جميع إختصاصاته للغير. و يعتبر التفويض صحيحاً حتى ولو لم ينص القانون الأساسي صراحة على إمكانيته².

الأصل أن يمارس المفوض إليه إختصاصاته في حدود التفويض، و لا يجوز له أن يتعداها لأنه في جميع الأحوال يبقى خاضعاً لرقابة الرئيس و يجوز له في أي وقت سحب التفويض منه و منحه لشخص آخر. و يبقى الرئيس في كل الأوضاع المسؤول الأول عن تصرفات الشخص المفوض إليه بإعتباره صاحب الإختصاص الأصيل. ولا يجوز التمسك بهذه الحدود في مواجهة الغير لأنه يستفيد من حماية مبدأ الوكالة الظاهرة وبالتالي يجوز للغير التمسك في مواجهة الشركة حتى بالتصرفات الخارجة عن إطار الوكالة³.

بما أن رئيس المجلس عند ممارسة حقه في التفويض فإنه يقوم بذلك بإسم ولصالح الشركة لأنه الجهاز الممثل لها، و بناء على ذلك يعد التفويض قد تم بإسم ولحساب الشركة ومن ثم يجب التفريق بين تفويض التوقيع و تفويض السلطة فيما يخص مسألة إنتهائه فالأول ينتهي بمجرد إنتهاء مهام الرئيس أو وفاته أو إستقالته في حين أن تفويض السلطات يبقى سارياً لتسيير الأمور العادية لشركة إلى حين تعيين الرئيس الجديد للشركة فله أن يجدد ثقته بالشخص المفوض إليه أو ينهي مهامه و هذا حسب مقتضيات مصلحة الشركة.

1 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 289.

2 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 258.

3 - انظر، بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 33.

ثانياً: الإتفاقيات الرامية إلى توسيع سلطات أجهزة الشركة.

يجوز توسيع نطاق الإختصاص العام لسلطات مجلس الإدارة بموجب بند يدرج في القانون الأساسي عند التأسيس أو عن طريق تعديله بموجب قرار من الجمعية العامة غير العادية أثناء حياة الشركة، و لكن يشترط ألا يؤدي هذا التوسيع إلى التصدي للسلطات القانونية المقررة صراحة إلى الهيئات الأخرى في الشركة. ويمكن أيضاً أن يتحقق هذا التوسيع في السلطات عن طريق الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين، والتي من شأنها زيادة وتوسيع صلاحيات أعضاء الإدارة¹.

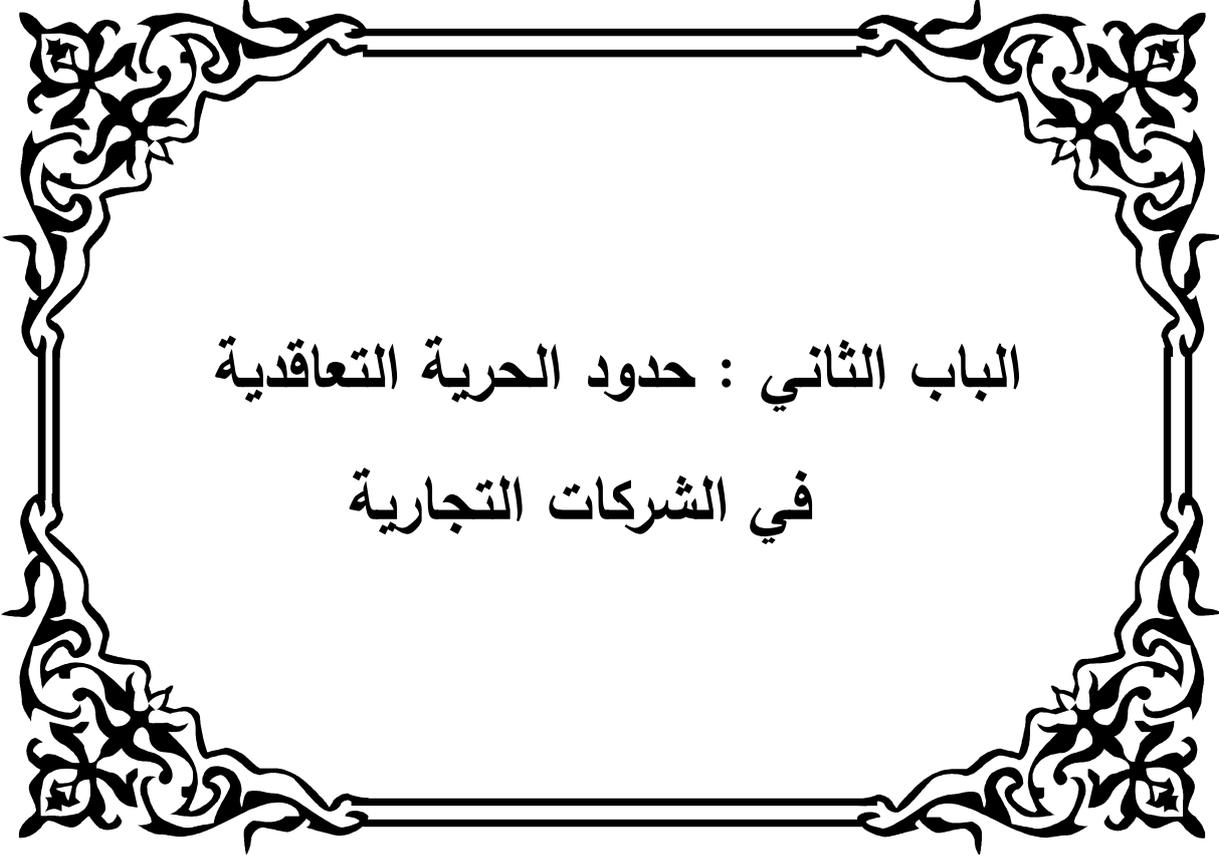
إلا أنه في الواقع العملي تعتبر هذه الشروط أو الإتفاقيات الممدة لصلاحيات أجهزة الشركة شبه منعدمة، و لعل السبب أن التشريع قد أوكل للمجلس سلطات واسعة لتحقيق غرض الشركة، فلا يجب توسيعها إلى أكثر مما هو عليه توزيع السلطات بين الأجهزة لأن الفكرة قد لا تصلح، ذلك قد يترتب عنها نتائج غير تلك التي تقتضيها حماية المساهمين والغير، والتي تعد أساس الحد من إمكانية التعديل، فهي في كلتا الحالتين، إما أن تؤدي إلى تجاوز موضوع الشركة، وإما المساس بالتوزيع القانوني للسلطات، كما أن هذه الشروط لن تكون في صالح المساهمين الذين يرجون الحصول قدر الإمكان على حماية التي لم يوفرها لهم القانون أو القانون الأساسي².

كما يمكن أن تؤدي هذه الإتفاقيات في بعض الأحيان إلى المساس بحقوق المساهمين وبالتالي لا يحق للجمعية العامة أو لمجلس الإدارة إدراج مثل هذه البنود في القانون الأساسي أو من خلال إتفاقية مبرمة بين المساهمين. لأن سلطة تعديل القانون الأساسي هي أصلاً في إختصاص الجمعية العامة غير العادية، فتعتبر هذه الإتفاقية باطلة وكذا التعديل الحاصل نتیجتها³.

1 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 103.

2 - أنظر، ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص 287.

3 - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع نفسه، ص 103.



الباب الثاني : حدود الحرية التعاقدية
في الشركات التجارية

خروجاً عن مبدأ حرية التعاقد، فرض المشرع الجزائري متبعاً نظيره الفرنسي مجموعة من التنظيمات عند تعاقد شركة المساهمة مع أشخاص يتواجدون في وضعية إدارة أو رقابة أو مساهمة، قد ينجم عنها تغليب مصالحهم الشخصية على حساب مصلحة الشركة بسبب السلطة و النفوذ الذين يتمتعون به. أو على أساس توافر تنازع بين هذه المصالح على الأقل، و تهدف هذه التنظيمات إلى حماية الشركة من الخطر الذي يهددها في ذمتها المالية ومنه حماية مصالح دائئها.

كما تهدف هذه التنظيمات إلى تحقيق الشفافية في إدارة و تسيير الشركة والتصرف في أموالها، و الحفاظ على مبدأ المساواة بين المساهمين و حقهم في الرقابة على أعمال وتصرفات الإدارة. و لا يتأتى هذا إلا بوضع نظام وقائي فعال و جدي يفرض رقابة سابقة على إبرام الإتفاقيات و أخرى لاحقة عليه¹، تتجسد أساساً في واجب الحصول على ترخيص مسبق للتعاقد من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، ثم عرض الإتفاقية على المساهمين في إطار الجمعية العامة من أجل المصادقة عليها، بناء على تقرير خاص من مندوب الحسابات².

بالإضافة إلى هذه التنظيمات، قد شيد القضاء بواجب إحترام مصلحة الشركة كمبدأ جوهري بغية حماية الشركات من القرارات و الأعمال التي تهدد وجودها، أو تعرض إنتظام سير عملها للخطر. من هنا أضحي تحديد مفهوم مصلحة الشركة أمراً ضرورياً وحتماً لأنه على أساسه تتحدد سلطة المسيرين و أصحاب القرار في الشركة. وإزاء هذا الوضع بالإضافة إلى غياب التعريف التشريعي لمصلحة الشركة، تصدى الفقه الفرنسي لتعريف مصلحة الشركة، لكن لم يكن ثمة إجماع حول التعريف، فإنقسم إلى تيارين متناقضين، الأول يرى

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، الإتفاقيات بين شركة المساهمة و مديرها أو الشركاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2011 - 2012، ص 11.

² - المادة 628 و 671 من ق.ت.ج.

مصلحة الشركة بأنها مصلحة المساهمين المحضة، ومنهم من رأى أنها مصلحة الكيان القانوني، و هذا ما أدى إلى بروز رأي ثالث حاول التوفيق بين النظريتين¹.

فقد تطرح مصلحة الشركة كشرط لصحة الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين حول تنظيم عمل الشركة، فإن محاولة تعريف مصلحة الشركة باللجوء إلى فكرة موضوع وسبب الإتفاقيات بين المساهمين، فيه إفتراض أن كل الإتفاقيات المتعلقة بالتنظيم التعاقدى لسير عمل الشركة هدفها إشباع مصلحة الشركة. فلتكون هذه الإتفاقيات صحيحة يكفي أن لا تشكل إنتهاكا لمصلحة الشركة. فقد دلت التجربة على أن الأحكام القانونية والبنود الواردة في القانون الأساسي لا تكفي وحدها لتنظيم العلاقات الخاصة التي يرغب الشركاء في إقامتها بينهم فغالبا ما يلجأ الشركاء بعد تأسيس الشركة إلى إبرام إتفاقيات جانبية تنظم بعض نواحي سير عمل الشركة، هذه الإتفاقيات هي ما تعرف بالإتفاقيات الخارجة عن بنود القانون الأساسي لشركة، و التي لا تلزم إلا الشركاء الموقعين عليها².

كما قد تشكل مصلحة الشركة أداة تقنية أساسية بالنسبة للمحاكم تراقب من خلالها عمل الشركات و بالتالي، أصبحت أداة بمقتضاها يتدخل القاضي في أعمال الشركة عبر مطابقته أعمال الشركة لمصلحة الشركة، و بإعتبار الشركة تحكمها قاعدة الأغلبية التي تسود في إدارة الشركة إذ أن القرارات المتخذة من قبل الأغلبية تفرض على الأقلية وعليه فإن الشركة تكون عرضة دائما لنزاعات داخلية³.

زيادتا عن هذه الحدود، هناك بعض المبادئ تعد من النظام العام، بحيث لا يجوز مخالفتها بأي شكل من الأشكال، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات، فإن تحديد صلاحيات مختلف أجهزة شركة المساهمة و بالأخص مجلس الإدارة

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2007، ص 15.

² -M.C. MONSALLIER, op. cit, p 324.

³ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع نفسه، ص 25.

يرتدي طابعا نظاميا و لا يترك إلا مجالا ضيقا للمساهمين لكي يدخلوا عليه تعديلات إتفاقية، فيشترط لصحة هذه الإتفاقيات أن لا تتعارض مع مبدأ التسلسل بين هيئات الإدارة وأن لا تتعدى على الصلاحيات القانونية لأجهزة الشركة¹.

وإذا كان هذا المبدأ الذي يسعى إلى تحقيق التوازن بين مختلف أجهزة الشركة هناك مبدأ المساواة في المعاملة بين المساهمين، الذي يسعى إلى حماية المساهم من القرارات التعسفية الصادرة عن الأغلبية، فبرغم من أن هذا المبدأ لا يحقق إلا حماية جزئية ضد تعسف الأغلبية، التي يمكن لها بوسائل عديدة أن تضر بالأقليات دون أن ترتكب مخالفة لهذا المبدأ. فإن مبدأ المساواة تبرره مصلحة الشركة، فإن كل إجراء أو قرار ينافي هذا مبدأ يكون قابلا للطعن فيه أمام القضاء، فلا يمكن للشركة أن تلزم الشركاء بتنفيذ التزامات تتجاوز تلك المنصوص عليها قانونا أو في القانون الأساسي لشركة، كما لا يجوز لشركة أن تحرم أحد الشركاء من حقوقه الأساسية بإعتبار أنها من النظام العام².

إستنادا إلى ما سبق سنتعرض في هذا الباب إلى القواعد الآمرة لتنظيم الإتفاقيات المبرمة بين الشركة و مسيرها في الفصل الأول، ثم نتعرض إلى مصلحة الشركة والنظام العام في الفصل الثاني.

الفصل الأول: قواعد آمرة لتنظيم الإتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيرها

مبدئيا، لم يحظر المشرع على المسيرين إبرام إتفاقيات مع الشركة التي يديرونها بل سمح بإمكانية التعاقد معها و الإتجار لحسابهم أو لحساب غيرهم. و لكن درءا للشبهات التي قد تحوم حولهم، و إحتمال تعارض مصلحة المسير مع مصلحة الشركة في بعض الإتفاقيات كأن يتعاقد هذا الأخير لحسابه الخاص مع الشركة، أو تكون له مصلحة في مشروع له علاقة أعمال مع الشركة، وخشية من تغليب المسير مصلحته الشخصية على

¹ - أنظر، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 96.

² - أنظر، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 107.

مصلحة الشركة، و منعاً له من إستغلال منصبه للحصول على مزايا مالية غير مشروعة
حظر المشرع بعض الإتفاقيات بين الشركة و مسيريتها و اخضع البعض الآخر لقواعد
إجرائية¹.

وعليه فإن الإتفاقيات المبرمة بين الشركة و مسيريتها أو المساهمين تختلف باختلاف
موضوعها، فإذا كان محل الإتفاقية عمليات مألوفة فهي إتفاقيات عادية، و تكون الإتفاقية
محظورة إذا كان محلها تصرفات منع المشرع المسيرين إبرامها مع الشركة وهناك نوع آخر
من الإتفاقيات تخضع إلى إجراءات خاصة لإنعقادها فهي إتفاقيات غير محظورة وخاضعة
لقواعد إجرائية.

فإذا كانت الإتفاقية محظورة يمنع إبرامها منعاً باتاً، إلا أن المسيرين قد يخالفون هذا
المنع سواء عن قصد فيبرمون مثل هذه الإتفاقيات، أو عن غير قصد و ذلك بالتكليف
الخطأى للتصرف، مما يستوجب تحديد هذا النوع من الإتفاقيات تحديداً دقيقاً لأنها محددة
على سبيل الحصر، فإذا لم تندرج الإتفاقية المبرمة ضمن نطاقها فهي جائزة. أما الإتفاقيات
غير محظورة و الخاضعة لقواعد إجرائية، ضمنها المشرع بعض الشروط، عن طريق
إخضاعها لترخيص سابق من مجلس الإدارة و لإقرار الجمعية العامة، بعد سماع التقرير
الخاص الذي يقدمه مندوب الحسابات، و يمكن تمديد شرط الإذن إلى كل الإتفاقيات².

ويخالف المشرع الجزائري، إن نظام الإتفاقيات المبرمة بين الشركة و المسيرين لا
يقتصر في التشريع الفرنسي على شركات المساهمة، بل يمتد إلى الشركة ذات المسؤولية
المحدودة³، كما يمتد كذلك إلى شركة التوصية بالأسهم⁴.

¹- أنظر، عبد الرحيم بنعبيدة، مفهوم مصلحة الشركة كضابط لتحديد اختصاصات و مسؤولية مجلس الإدارة و الجمعيات
العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس - مصر -، ص 229.

²- المادة 628 من ق.ت.ج.

³-Art. L. 223- 21 C. com. fr.

⁴-Art. L. 225- 43 C. com. fr.

لذلك سنتناول دراسة الإتفاقيات المحظورة في المبحث الأول ثم الإتفاقيات الخاضعة لقواعد إجرائية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الإتفاقيات المحظورة

منع المشرع الجزائري المسيرين من إبرام بعض الإتفاقيات مع الشركة منعا باتا فلا يجوز عقدها تحت طائلة البطلان. فقد نصت المادة 628 الفقرة الثالثة من القانون التجاري على أنه " ... و يحظر تحت طائلة البطلان المطلق على القائمين بإدارة الشركة أن يعقدوا على أي وجه من الوجوه قروضا لدى الشركة أو أن يحصلوا منها على فتح حساب جار لهم على المكشوف أو بطريقة أخرى، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لإلتزاماتهم تجاه الغير..." هذا النص خاص بشركة المساهمة ذات النمط القديم.

أما عن الإتفاقيات المحظورة في شركة المساهمة ذات النمط الحديث، فقد نصت المادة 671 من القانون التجاري على أنه " يحظر تحت طائلة البطلان المطلق للعقد، على أعضاء مجلس المديرين و أعضاء مجلس المراقبة، غير الأشخاص المعنويين أن يقترضوا على أي وجه من الوجوه قروضا لدى الشركة، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لإلتزاماتهم الشخصية نحو الغير. و يطبق هذا الحظر نفسه على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين الأعضاء في مجلس المراقبة".

المطلب الأول: مضمون الإتفاقيات المحظورة

قرر المشرع الجزائري في سبيل حماية أموال شركة المساهمة سواء ذات النمط القديم أو ذات النمط الحديث، أنه يقع تحت طائلة البطلان المطلق على كل أعضاء مجلس الإدارة، وعلى أعضاء مجلس المديرين و أعضاء مجلس المراقبة غير الأشخاص الإعتباريين، وكذا الممثلين الدائمين للأشخاص الإعتباريين أعضاء مجلس المراقبة، أن يجعلوا من الشركة كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لإلتزاماتهم تجاه الغير، أو يبرموا معها أي قرض، أو يحصلوا منها على فتح حساب جار لهم على المكشوف أو بأية طريقة أخرى.

إن هذا المنع يخص الشركة، فليس لها منح إتمادات للمديرين أو ضمان إلتزاماتهم ولا مانع من حصولها على إئتمانات من هؤلاء أو أن يكفلوا إلتزاماتها تجاه الغير، فالحظر يطبق من الشركة تجاه مسيريهما و ليس العكس، كون أن قصد المشرع من المنع حماية أموال الشركة، أما المديرين فيحرصون على حماية أموالهم الشخصية بأنفسهم¹.
وعليه سيتم الوقوف على تحديد أو تعداد الإتفاقيات المحظورة في الفرع الأول وتبيان الأشخاص المعنيين بهذا الحظر في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تحديد الإتفاقيات المحظورة

توجد أشكال متعددة من القروض يمكن لشركات المساهمة أن تمنحها لمسيريهما ومن أجل وضع حد أمام هذه التصرفات عمد المشرع الجزائري إلى إقامة الحظر كمبدأ عام على إبرامها.

وبالنظر إلى المخاطر الأكيدة التي يمكن لهذه الإتفاقيات أن تلحقها بالوضعية المالية للشركة، إذ أنها لا تدرج عادة في موضوع الشركة، عدت المادة 628 الفقرة الثالثة وكذا المادة 671 من القانون التجاري الإتفاقيات التي يحظر على الشركة إبرامها مع المديرين فأوردت هاتين المادتين القروض، فتح حسابات جارية على المكشوف أو بطريقة أخرى، منح ضمانات إحتياطية أو كفالات، لذلك يتعلق الأمر بطائفتين من الإتفاقيات لها أن تلحق عادة أكبر الأضرار بالشركة هما القروض و ضمانات الإحتياطية².

فإذا تعلق موضوع الإتفاقية بالعمليات التي تشكل خطرا على الذمة المالية للشركة وبالتحديد التصرفات التي من شأنها وضع الإئتمان و الإعتقاد المالي للشركة تحت تصرف المدير، مما يظهر جليا تغليب المصالح الشخصية للمديرين على حساب مصلحة الشركة. وهذا، ما يبرر تدخل المشرع بقواعد قانونية آمرة و منعه هذه الإتفاقيات منعا باتا مهما كانت

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 35.

² - أنظر، صمود سيد أحمد، نظام إتفاقيات شركة المساهمة مع مسيريهما، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس -، السنة الجامعية 2002 - 2003، ص 13.

طريقة إبرامها، إلا أن الأمر يقتضي إعطاء مفهوم واضح للعقود موضوع المنع لتعلقه بالنظام العام¹.

أولاً: القروض

لم يرد ضمن أحكام القانون التجاري الجزائري تعريفا للقرض، لذلك يجب الرجوع إلى أحكام القانون المنظم للعمليات البنكية²، بإعتبار أن عقد القرض هو من العمليات البنكية فالمادة 68 منه عرفت عقد القرض بأنه " كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر إلتزاما بالتوقيع كضامن إحتياطي أو كفالة أو ضمان. و تعد بمثابة عمليات القرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء، لا سيما عمليات القرض الإيجاري".

يظهر من خلال هذا النص أن هذا التعريف يتعلق بعمليات الإئتمان و ليس بعملية القرض، فقد أخطت المشرع بين عمليات الإئتمان التي تشمل الضمان الإحتياطي والكفالة والإعتماد الإيجاري و عملية قرض الأموال.

وبما أن المشرع لم يورد تعريفا للقرض في قانون النقد و القرض، بل إكتفى بتعريف عمليات الإئتمان و ذكر أنواعها، و جب الرجوع إلى أحكام القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، فقد نصت المادة 450 منه على تعريف قرض الإستهلاك بأنه "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع و القدر و الصفة".

لكن الإشكال الذي يطرح بهذا الصدد يتعلق بمعرفة المقصود من عقد القرض في نظام الإتفاقيات الممنوعة، هل يقصد به عمليات الإئتمان كلها أم عقد القرض بمفهومه الضيق.

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 36.

² - الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج. ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

فالرجوع إلى نص المادة 628 من القانون التجاري، نجد أن المقصود بعملية القرض هو عقد القرض بمعناه الضيق، و ليس القصد هو عمليات الإئتمان لأن المشرع ذكر في نفس النص عمليات الإئتمان الأخرى، و يتعلق الأمر بفتح الحساب الجار، الكفالة والضمان الإحتياطي. فلو قصد المشرع بالقرض عمليات الإئتمان لما ذكر هذه التصرفات و إلا وقع في تكرار. و بالمقارنة أيضا مع نص المادة 671 من القانون التجاري المنظم للإتفاقيات الممنوعة في شركة المساهمة ذات النمط الحديث، نلاحظ أن المشرع إستخدم عبارة "يقترضوا" بدلا من "يعقدوا"، فيكون بذلك إستعمل المصطلح الدال على إبرام عقد القرض دون سواه من عقود الإئتمان الأخرى.

ونخلص إلى أن المشرع الجزائري يقصد بمنع عقد القرض بمفهومه الضيق وليس كل عمليات الإئتمان، فلا يمكن توسيع مفهومه إلى تصرفات تخرج عن نطاقه¹.

وبالرجوع إلى المادتين 628 و 671 من القانون التجاري، و نظرا إلى عمومية العبارات المستعملة، فإن كل القروض تقع تحت طائلة الحظر، فلا يمكن التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بقروض عادية أو قروض مرفقة بتأمينات عينية أو شخصية، بقروض تتضمن فائدة أو لا، بقروض محدد أو غير محددة الأجل. نفس الشيء فيما يتعلق بالوجهة التي رصدت لها هذه القروض، فإنها لم تأخذ بعين الإعتبار حتى لو كان مبلغ القرض مخصصا لإستثمار عملية قد تعود بالفائدة على الشركة. فرغم هذا الإعتبار فإنه لا يتصور القول بصحة العملية².

حتى وإن كان يتبين من هذين النصين أن رغبة المشرع تتجلى في حظر القروض التي تنصب على مبلغ نقدي على الأخص، فالإتفاقية موضوع المنع تتجسد في كل عقد يكون محله الرئيسي قرض أموال نقدية.

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 39.

² - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 15.

كما يطرح بهذا الصدد إشكال يتعلق بمعرفة ما إذا كان الحظر شاملا حتى لعارية الإستعمال التي تقع على أموال خاصة بالشركة.

فإذا كان عقد قرض النقود يعد إتفاقية محظورة بلا شك، فقد ثار خلاف فقهي حول الأنواع الأخرى من القروض، فيرى فجانب من الفقه¹ أن المنع لا يشمل إلا قرض النقود دون الأنواع الأخرى من القروض، لأن قرض النقود هو الوحيد الذي يشكل خطرا على الذمة المالية لشركة، وإنه يجوز للمسيرين الإستفادة من الأنواع الأخرى للقروض كالعارية التي لا تشكل أي خطر على الذمة المالية للشركة، ما دام أن هذه الأخيرة تحتفظ بملكية الأشياء المعيرة التي لا تنتقل إلى ذمة المستعير الملزم بردها عند إنتهاء العقد.

أما الرأي الفقهي الثاني يرى بأن النص لم يفرق بين أنواع القروض، فلو كان الأمر يخص قرض النقود فقط لصرح المشرع بذلك. و إنما منع النص المسيرين الإستفادة من كل أنواع القروض، و أكد على هذا المعنى بعبارة " على أي وجه من الوجوه " وعليه فإنه يحظر إبرام عقد القرض مهما كانت طريقة منحه، و إن قصد المشرع ذهب نحو تحريم أي قرض من الشركة كيف ما كان نوعه و طبيعته.

وعليه يمكن القول إن الرأي الثاني أولى بالإتباع، لأن المشرع عند استعماله لعبارة قروض قصد حظر جميع أنواع القروض، مهما اختلفت وسيلة إبرامها أو تسميتها وذلك بغرض تفادي إلحاق أضرار بالذمة المالية لشركة. فيتوجب الأخذ بالمفهوم الضيق للقرض وإستبعاد من مجال المنع العقود التي لا تندرج ضمن طائفة القروض لأن المشرع يقصد بالمنع الاتفاقيات التي يكون موضوعها الرئيسي عمليات القرض، وليس تلك التي يعد القرض من العمليات التابعة لها أو الآثار الملحقة بها².

¹ - D. BUREAU, Administration, contrat entre les administrateurs et la société, Juriscl. Soc 2006, p22.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 46.

ثانيا: فتح حسابات جارية على المكشوف أو بأية طريقة أخرى

لم يعرف المشرع الجزائري الحساب الجار، لا في القانون التجاري ولا في القانون البنكي، و إن هذا الأخير إكتفى بالإشارة إلى الحساب على أنه من عمليات الإئتمان التي يعد بموجبها شخص ما بوضع أمواله تحت تصرف شخص آخر، وقد عرفه الفقه، بأنه عقد بمقتضاه يلتزم شخصان بتحويل الحقوق و الديون الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينهما بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده ديناً مستحق الأداء¹.

ومن أهم خصائص الحساب الجاري، أنه يقوم على وسيلتين: وسيلة التسوية المبسطة والفورية للحقوق المتقابلة، بإدماجها في رصيد مستحق فوراً، و وسيلة ضمان ناشئة عن إندماج الحقوق في رصيد موحد، و عن التخصيص العام للحقوق في حساب مفتوح بين الطرفين².

وبما أن العلاقة في الحساب الجار هي في الحقيقة قرض، المودع هو المقرض والبنك هو المقرض³، فقد نص عليه المشرع في المادة 628 من القانون التجاري الخاصة بالإتفاقيات الممنوعة في شركة المساهمة ذات النمط التقليدي، وعلى خلاف ذلك لم يذكر المشرع هذا النوع من العقود في المادة 671 من القانون التجاري و الخاصة بالإتفاقيات الممنوعة في شركة المساهمة ذات النمط الحديث، و هذا ما يؤكد تقطن المشرع الجزائري إلى طبيعة هذا العقد و إكتفى بالنص في المادة 671 السالفة الذكر بعبارة " على أي وجه

¹- أنظر، مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت لبنان، 1980، ص 143.

²- أنظر، الياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الاولى 1980، ص 16.

³- أنظر، كمال توفيق حطاب، التكييف الفقهي للحساب الجاري، مجلة الدراسات الاقتصادية الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي، العدد الثاني، 1433 هـ، ص 22.

من الوجوه قروضا لدى الشركة" لأنه لا جدوى من إضافة حالة فتح حساب جار ما دام أنها تشكل في ذاتها قروضا يمكن لشركة منحها¹.

ويقصد بفتح حساب جار على المكشوف، إتفاق يكون بموجبه من حق أحد الأطراف بمقتضى بند في العقد، تلقي من الطرف الآخر دفعات تفوق في مبلغها ما قيده في الحساب فهو تسبيق إعتقاد من طرف لأخر مع السماح لهذا الأخير بسحب مبالغ تفوق ماله في الحساب، و عليه يكون الحساب الجار مكشوفاً بصورة متبادلة².

وعليه، هناك فرق بين الحساب الجار كعملية الإئتمان و فتحه على المكشوف. فالأحكام التشريعية³ لا تمنع من فتح الحساب بين الشركة و مسيرها، و إنما تقضي ببطلان الإتفاقية التي تجعله مكشوفاً لصالح هذا الأخير، أي تلقيه تغطية مالية من الشركة في الحساب⁴.

وإذا كان المشرع قد حظر على المسيرين أن يفتحوا حساباً جارياً على المكشوف لدى الشركة فإن ذلك لا يمنعهم من أن يفتحوا حسابات لديها، بشرط إحترام إجراءات الترخيص المسبق و عرضه على الجمعية العامة من أجل المصادقة، لأن هذا العقد يدرج ضمن الإتفاقيات الخاضعة لترخيص المسبق، أما إذا كان من العمليات المألوفة أو العادية لشركة فيببرم بكل حرية، كما هو الشأن بالنسبة للبنوك و المؤسسات المالية التي تتخذ شكل شركة تجارية، فمحل المنع يتمثل في إلتزام الشركة بموجب بند من بنود عقد الحساب الجاري بجعله مكشوفاً لصالح المسير المتعاقد أو بأية طريقة أخرى⁵.

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 17.

² - أنظر، علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 305.

³ - المواد 628 الفقرة 03، المادة 671 من ق.ت.ج.

-Art. L. 225- 43 al. 1 et. Art. L. 225- 91 al. 1 C. com. fr.

⁴ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 48.

⁵ - Ph. MERLE, op. cit., p.460.

أراد المشرع بحظره لفتح الحسابات الجارية التي تتم بطريقة أخرى إلى جانب الحسابات الجارية على المكشوف أن يمنع تسهيلات الصندوق، إذ قد تجد الشركة نفسها مجبرة على منح هذه التسهيلات للمسير، كما رغب في منع بعض الترتيبات التي تشكل قروضا خفية مثل تعهد الشركة بإعفاء المسير من دين يقع على عاتقه، في الوقت الذي لا يكون فيه المسير المستفيد دائما للشركة بمبلغ، بمعنى وفاء الشركة بدين شخصي للمسير¹.

ثالثا: الكفالات و الضمانات الإحتياطية

أخيرا و بقصد حماية ذمة المالية للشركة، و إضافة إلى منع القروض والحساب الجاري على المكشوف، لا يمكن للمسيرين أن يتخذوا من الشركة كفيلا لتعهداتهم الشخصية تجاه الغير، ولا أن يتخذوا منها ضامنا إحتياطيا بشأن أوراق تجارية سحبت من طرفهم وذلك لإتحاد سبب المنع و هو خطورة هذه العمليات على الذمة المالية للشركة، ولما فيها من تغليب المصلحة الشخصية للمسير على مصلحة الشركة، وعلى هذا الأساس إعتبرت الأحكام التشريعية الإتفاقيات بين الشركة و المسير والتي يكون موضوعها ضمان إلتزاماتهم تجاه الغير من الإتفاقيات الممنوعة².

وإن الكفالة و الضمان مترادفان، فهما مصطلحان لمعنى واحد، وما الضمان الإحتياطي إلا نوع من أنواع الكفالة يرد على الأوراق التجارية. فهي تأمين شخصي ينشأ من تدخل شخص ثالث هو الكفيل، و قد عرفها المشرع الجزائري بأنها، عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام، بأن يتعهد للدائن بأنه يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه³.

¹- أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 17.

²- المواد 628 الفقرة 03، المادة 671 من ق.ت.ج.

-Art. L. 225- 43 al. 1 et. Art. L. 225- 91 al. 1 C. com. fr.

³- المادة 644 من ق.م.ج.

إن المنع لا يتحدد في الكفالة فقط بإعتبارها تأميناً شخصياً، بل يتعدى ذلك ليشمل حتى التأمينات العينية، ولأن الشركة عندما تضمن إلتزامات المسير تجاه الغير عن طريق تأمينات عينية، فهي تسخر أموالها المنقولة و العينية لضمان ذلك الإلتزام. وعليه يمنع على شركة المساهمة أن تأخذ على عاتقها إلتزامات المسيرين تجاه الغير بأي شكل من أشكال عقود الضمان، سواء تمثلت في تأمينات شخصية أو عينية وتبطل على أساس خطورتها على ذمة المالية للشركة، و إن سعي المسير إلى تحقيق مصالحه الشخصية، قد يدفع به إلى عدم تنفيذ إلتزاماته المضمونة من طرف الشركة¹.

أما إلتزام الشركة في عقد مشترك مع المسير، يبقى صحيحاً إذا لم يتفقا على التضامن، لأن إلتزام كل واحد منهما في هذه الحالة إلتزاماً أصلياً مستقلاً عن الآخر فهنا تعد الشركة طرفاً أساسياً في إنشاء حق الدائن، و لا يعد إلتزامها إلتزاماً تابعاً كما هو الشأن في الكفالة و عقود الضمان. و عليه فإن هذه الحالة لا تدخل ضمن خانة الإلتفاقيات الممنوعة مادام أن التضامن بين المدينين لا يفترض و إنما يستوجب إلتفاق خاص، فيبقى التصرف في هذه الحالة صحيحاً، بشرط إخضاعه لإجراءات الإذن المسبق ومصادقة الجمعية العامة².

رابعاً: عقود العمل المبرمة بين الشركة و المسير

إن الأحكام القانونية تمنع المسيرين من قبول عقد عمل من الشركة بعد تعيينه فيها³ فلا يجوز إبرام هذا العقد بين المسير و الشركة بعد تمتعه بصفة قائم بالإدارة، لأنه من الإلتفاقيات الممنوعة و إن لم يعدده المشرع في النص القانوني الخاص بها⁴.

إلا أنه يجوز الجمع بين صفة المساهم الأجير لدى الشركة مع عضوية مجلس الإدارة إذا توافرت بعض الشروط منها، أن يكون عقد العمل سابقاً بسنة واحدة على الأقل للعضوية

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 56.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع نفسه، ص 60.

³ - المادة 616 من ق.ت.ج.

⁴ - المادة 628 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

في مجلس الإدارة، كما يجب أن يكون العقد مطابقاً لمنصب العمل الفعلي و دون تضييع لمنفعته. و في حالة الدمج تطبق نفس الشروط إذا أبرم العقد مع إحدى الشركات المدمجة¹. إن هدف المشرع من السماح للمساهم الأجير بتولي منصب في إدارة الشركة، متى توافرت فيه الشروط السالفة الذكر، هو إشراك الأجراء المساهمين في إدارة الشركة وإعلاء المستوى الإجتماعي للإطارات المساهمة، كأن يكون القائم بالإدارة مديراً تقنياً أو تجارياً.... إلا أنه لا مجال لتطبيق أحكام الإتفاقيات كون أن عقد العمل و صفة الأجير سابقة لصفة القائم بالإدارة، ذلك أن هذه الأحكام تطبق بعد ثبوت صفة العضوية في المجلس².

وعلى هذا الأساس يبطل كل عقد عمل مبرم بين الشركة و القائم بالإدارة بعد توليه هذا المنصب، و يكون البطلان في هذه الحالة مطلقاً و يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، إذ يلتزم القائم بالإدارة برد الأجرور و المكافآت التي تحصل عليها بهذه الصفة³، في حين تبقى عضويته في المجلس صحيحة، و هذا بخلاف التعيين كقائم بالإدارة دون إحترام شروط الجمع، ففي هذه الحالة يبطل التعيين و ليس عقد العمل، دون بطلان المداورات التي شارك فيها⁴.

وإن سبب منع المشرع القائم بالإدارة من إبرام عقد عمل بعد تعيينه في المجلس خشية من إستغلاله لمنصبه وما له من صلاحيات من أجل إبرام عقد عمل غير متوازن المصالح وذلك بتغليب مصلحة الشخصية على مصلحة الشركة كأن يستفيد من أجرور ومكافآت تفوق ما يبذله من جهد، وكذلك إستبعاد عقود العمل الوهمية التي تمنح إمتيازات لأصحابها دون إلتزام مقابل.

¹ - المادة 615 من ق.م.ج.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 65.

³ - المواد 102 و 103 من ق.م.ج.

⁴ - المادة 615 من ق.ت.ج.

أما بالنسبة لتعديل عقد العمل المبرم قبل التعيين في مجلس الإدارة، فتطبق عليه نفس الأحكام لأن التعديل في هذه الحالة يعد من الإتفاقيات المنظمة، و يجب إتباع الإجراءات المتعلقة بالترخيص المسبق، مثل الزيادة في الأجر المرتبط بعقد العمل.

ولكن يجب ألا يكون التعديل بالغ الأهمية بشكل يؤدي إلى إنشاء عقد عمل جديد لأن مثل هذا التصرف يعد جمعا حظره القانون على الوجه السابق بيانه¹. و يخضع ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة لنفس الشروط، على أساس أنه يخضع لنفس التزامات ومسؤوليات القائم بالإدارة الشخص الطبيعي، كما لو كان قائما بالإدارة بإسمه الخاص².

أما بالنسبة لأعضاء مجلس المديرين و أعضاء مجلس المراقبة، وفي ظل غياب نص قانوني صريح يمنعهم من إبرام عقد عمل مع الشركة، أو اشتراط أسبقية زمنية لعقد العمل وإنعدام الإحالة على الأحكام الخاصة بالقائمين بالإدارة في شركة المساهمة ذات النمط التقليدي، فإنه يجوز لهؤلاء الجمع بين عقد العمل و العضوية في المجلس، بشرط خضوعه لإجراءات الإذن المسبق و المصادقة اللاحقة من طرف الجمعية العامة، لأن المشرع لم يقيم بتحديد أجور أعضاء مجلس المديرين و مجلس المراقبة³، كما هو الحال بالنسبة للقائمين بالإدارة بحيث حدد الأجور التي يتقاضونها من الشركة⁴.

وبعد تحديد الاتفاقيات المحظورة، يقتضي الأمر تحديد الأشخاص الخاضعون للحظر.

الفرع الثاني: الأشخاص الخاضعون للحظر

عددت المادتان 628 الفقرة 03 و 671 من القانون التجاري الأشخاص الذين لا يمكنهم إبرام العقود التي سبق تحديدها، إذ أخضع المشرع القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 44.

² - المادة 612 من ق.ت.ج.

³ - المادة 647 من ق.ت.ج.

⁴ - المواد 632 و 633 من ق.ت.ج.

المدرين و مجلس المراقبة لمنع الخاص بإبرام الإتفاقيات المحظورة كما يسري هذا الحكم على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين الأعضاء في مجلس المراقبة.

وبالمقابل إستثنى عضو مجلس المراقبة الشخص المعنوي من الحظر، دون القائم بالإدارة الشخص المعنوي، و تحديد الأشخاص المعنويين بالحظر جاء على سبيل الحصر فلا تطبق أحكام المنع على غير مذكورين في النص القانوني.

أما بالنسبة للممثل الدائم للشخص المعنوي القائم بالإدارة، لم يذكره المشرع ضمن تعداد الأشخاص المشمولين بالحظر، وهذا راجع إلى أن الشخص المعنوي القائم بالإدارة هو مشمول بالحظر، فمن الأولوية تطبيقه على ممثله، فلا يجوز للممثل الدائم إبرام تصرفات لا يحق لمن يمثله إبرامها، على إعتبار أن هذا الأخير يتصرف بإسم ممثله ولحسابه في إطار أحكام عقد الوكالة، فإذا منع الأصيل من القيام بتصرف ما فمن باب أولى أن يتمتع الوكيل من القيام بذلك التصرف¹. وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي ذكر ممثل القائم بالإدارة الشخص المعنوي ضمن قائمة الأشخاص المعنويين بالحظر².

والإشكال الذي يطرح أيضا في خصوص هذه النقطة، هو عدم إدراج المدير العام ضمن قائمة الأشخاص المشمولين بالحظر، فعدم ذكر المدير العام ضمن هذه قائمة فيه إشكال كبير، ذلك إن إدارة شركة المساهمة ذات النمط التقليدي ممنوح لمجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة بمساعدة مديرين عامين أو أكثر³. فالمدير العام يمكن تعيينه من بين القائمين بالإدارة أو من خارج المجلس، فإذا كان الإشكال لا يطرح بالنسبة للمدير العام القائم بالإدارة لأنه مشمول بالحظر، فيطرح بالنسبة للمدير العام الذي لا يتمتع بصفة القائم بالإدارة، لأنه يتمتع بنفس صلاحيات رئيس المجلس⁴، فله السلطات الواسعة للتصرف بإسم الشركة تجاه

¹ - المادة 571 و 575 من ق.م.ج.

² - Art. L. 225- 43 al. 3C. com. fr.

³ - المواد 610 و 638 و 639 من ق.ت.ج.

⁴ - المادة 641 من ق.ت.ج.

الغير، وهي ملزمة حتى بتصرفاته التي تخرج عن موضوعها، فمن غير المنطقي السماح للمدير العام إبرام إتفاقيات محظورة مع الشركة ويحرم من ذلك القائم بالإدارة الذي يعد مساهما فيها.

أما بالنسبة لرئيس مجلس الإدارة الذي يتوجب تعيينه من بين القائمين بالإدارة الأشخاص الطبيعيين¹، و من ثم يندرج ضمن قائمة الأشخاص المعنيين بالحظر بدون ذكره في نص محدد للأشخاص المشمولين بالحظر.

إستنادا إلى نصوص القانون التجاري يستشف أن صفة القائم بالإدارة تنطبق على أعضاء مجلس الإدارة و رئيس مجلس الإدارة، لكن وفقا لنص المادة 639 من القانون التجاري يجوز لمجلس الإدارة بناء على إقتراح الرئيس أن يكلف شخصا أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين ليساعد الرئيس كمدير عام²، فهل يكتسب هذا المدير المساعد صفة القائم بالإدارة حتى يمكن تطبيق هذا الحظر عليه؟

نظرا لإستخدام المشرع مصطلح القائم بالإدارة في النص القانوني³، لا يمكن تمديد الحكم إلى المدير العام غير القائم بالإدارة، وذلك لضرورة تفسير النص تفسيرا ضيقا لصياغته الحصرية و إرتباطه بالنظام العام. فلو أراد المشرع تمديد الحكم ليشمل المدير العام، لإستخدم مصطلح المدير أو المسير أو ممثل الشركة إلى جانب مصطلح القائم بالإدارة. كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي ذكر المدير العام أو المديرين العامين المفوضين إلى جانب القائمين بالإدارة⁴، حتى لا يترك أي لبس في تمديد هذا المنع على

¹ - المادة 635 من ق.ت.ج.

² - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 19.

³ - المادة 628 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

⁴ - Art. L. 225- 43 al. 3C. com. fr.

هؤلاء المديرين وإن كانوا من غير القائمين بالإدارة ما دام أنهم يتمتعون بسلطات واسعة في تمثيل الشركة تجاه الغير¹.

وعليه يجب التمييز بين المدير العام الذي يكتسب صفة القائم بالإدارة و المدير الذي لا يكتسب هذه الصفة²، لأن صفة في هذه الحالة قيد فإذا كان لا يتمتع بها له أن يعقد مع الشركة كل الإتفاقيات من دون الخضوع لأي حظر أو قيد إذ لا يجوز من الناحية القانونية تمديد الحكم ليطبق على المدير العام غير القائم بالإدارة، أما في حالة ما إكتسب المديرون العامون أو أحدهما صفة القائم بالإدارة يستوجب معه تطبيق الحظر عليهم. وحتى يتمكن من معرفة ما إذا كان المدير العام يتمتع بصفة القائم بالإدارة أم لا، يجب الرجوع إلى قرار تعيينه الذي يحدد فيه مجلس الإدارة بالإتفاق مع رئيسه مدى ومدة الصلاحيات المخولة له³.

بالإضافة إلى المدير العام أغفل المشرع الجزائري ذكر الممثل الدائم للشخص المعنوي العضو في مجلس الإدارة، طالما أنه سمح بإمكانية تعيين أشخاص معنويين كقائمين بالإدارة عن طريق ممثلين دائمين يخضعون لنفس الشروط و الواجبات و تحمل نفس المسؤوليات كما لو كان قائما بالإدارة بإسمه الخاص. و لعل أن السبب راجع إلى الشخص المعنوي القائم بالإدارة هو خاضع أيضا للحظر، فمن باب أولى تطبيقه على ممثله. و بذلك يكون ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة مخاطبا بالمنع دون حاجة للنص عليه صراحة، وما يفسر ذكر ممثل الشخص المعنوي عضو مجلس المراقبة صراحة في النص القانوني هو إستثناء الشخص المعنوي من الحظر فحتى لا يفهم بأن ممثله يأخذ نفس الحكم خصه المشرع بالذكر الصريح في النص⁴، أما المشرع الفرنسي فقد ذكر ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة ضمن قائمة الأشخاص الخاضعين للحظر أي إستثنى صراحة الشخص

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 65.

² - المادة 641 من ق.ت.ج

³ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 20.

⁴ - المادة 671 من ق.ت.ج.

المعنوي القائم بالإدارة من الحظر مما يبهر موقفه الصريح في ذكر الممثل ضمن الأشخاص الخاضعين للحظر¹.

خلافًا للمشرع الجزائري، حل المشرع الفرنسي إشكالية المدير العام غير القائم بالإدارة ولم يترك مجالًا للخلاف الفقهي بشأنه، كذلك بالنسبة لممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة كما أنه وسع من دائرة الأشخاص الخاضعون للحظر و ذلك بإدراج أزواج وأصول وفروع الخاضعين للمنع، و بصفة عامة إلى كل شخص وسيط، إذ يسري الحظر على كل إتفاقية ممنوعة تعقد من طرف شخص يتعاقد لمصلحة الأشخاص المحظور عليهم إبرام هذه الإتفاقيات، فقد يلجأ هؤلاء إلى البحث عن أشخاص آخرين للتعاقد لصالحهم تحايلًا عن القانون².

كما أن هناك حالة أخرى لم يتطرق إلى تعدادها المشرع ضمن حالات الحظر تتعلق بالمساهم الذي له الأغلبية أو على الأقل المراقبة، يعني الأغلبية في الحضور الدائم إذ يمكنه بهذا الشكل التأثير على الشركة بتغليب مصالحه على مصالح الشركة. فيكون من المنطق تطبيق أحكام الحظر على هذا المساهم و حرمانه من إستعمال نفوذه لتغليب مصلحته على مصالح الشركة³.

وأخيرًا يجب التأكيد على أن الحظر لا يمس إلا الشخص الذي يتمتع بصفة القائم بالإدارة وقت إبرام الإتفاقية، فالضمان الذي تحصل عليه من طرف الشركة قبل توليه لهذا المنصب غير مشمول بالحظر، أما إذا تعلق الأمر بتعديل هذه الإتفاقية فيجب تطبيق إجراءات الترخيص المسبق و المصادقة⁴.

¹ Art. L. 225- 43 al. 3 C. com. fr.

² Art. L. 225- 43 al. 3 et L.225-91 al. 2 C. com. fr.

³ - أنظر، صمود سيد احمد، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 83.

وكخلاصة لهذه النقطة، فإن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر أشخاص مهمين ضمن قائمة قائمة الأشخاص الخاضعين للحظر، إذ يمكن أن يكون لهم تأثير في إتخاذ القرار داخل الشركة، ومن ثم تغليب مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة كالمساهمين الذين يملكون نسبة كبيرة من الأصوات تسمح لهم بالتأثير على قرارات الجمعية العامة، و المديرون العامون لهم سلطة تمثيل الشركة تجاه الغير، و كل شخص وسيط يتعاقد لمصلحة أحد القائمين بالإدارة معني بالحظر، و عليه يقتضي الأمر تدخل المشرع من أجل تعديل هذه الأحكام و التوسيع من دائرة المنع لتشمل الأشخاص المؤثرين في إدارة الشركة و قراراتها.

المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ الحظر

يرد على إبرام بعض العقود بعض الإستثناءات، منها ما يخص الأشخاص المعنويين الأعضاء في إدارة الشركة، و منها ما يتعلق ببعض الشركات بالنظر إلى طبيعة نشاطها. و ينحصر الإستثناء الوارد على الأشخاص المعنويين، في الشخص المعنوي عضو مجلس المراقبة كشخصية معنوية مستقلة، بالمقابل لم يستثني المشرع الجزائري القائم بالإدارة الشخص المعنوي من الحظر، رغم أنه يخضع لنفس شروط و أحكام نظيره العضو في مجلس المراقبة.

كما أن جميع العقود التي يمكن أن تبرمها الشركة بإعتبارها مؤسسة بنكية أو مالية مع أحد مسيرها تخرج من دائرة الحظر، إذ تعد البنوك و المؤسسات المالية شركات مساهمة بحكم القانون التي تخضع إليه. وإن هذه العقود من منح قروض، فتح حسابات جارية إعطاء ضمانات و كفالات، تدخل ضمن العمليات الجارية التي تبرمها هذا النوع من الشركات¹.

الفرع الأول: إستثناء الشخص المعنوي

طبقا لنص المادة 671 من القانون التجاري يحظر على أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة، غير الأشخاص المعنويين أن يقترضوا على أي وجه من الوجوه

¹ - الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض، السالف الذكر.

قروضا لدى الشركة، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لإلتزاماتهم الشخصية نحو الغير. ويطبق هذا الحظر نفسه على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين الأعضاء في مجلس المراقبة.

وعليه فإن الشخص المعنوي عضو مجلس المراقبة مستثنى من تطبيق الحظر غير أن ممثله مشمول بالحظر و يخضع لنفس الشروط و إلتزامات العضو الشخص الطبيعي كما لو كان عضوا بإسمه الخاص. فلا يطبق حظر إبرام العقود الواردة في نص المادة 671 على الأشخاص المعنويين المخول لهم أعمال الإدارة، مع العلم أنه لم يرد مثل هذا الإستثناء في المادة 628 الفقرة 03 الخاصة بشركة المساهمة ذات النمط التقليدي، كما سبق تبيانه آنفا.

ولعل أن السبب من إعتداد هذا الإستثناء هو رغبة المشرع المفترضة في عدم عرقلة نشاط التجمعات التي تنشأ عن وضع حاجز أمام الإتفاقيات المبرمة بين الشركات التابعة لذات التجمع، كما أن المشرع قدر بأن المخاطر في هذه الحالة تكون أقل حدة ولا يخشى منها. نتيجة لذلك يمكن للشركة الأم أن تقرض لفروعها أو تكفل تعهداتهم¹.

فإن عمليات الإئتمان ضرورية بين الشركة و الأشخاص المعنوية الأعضاء في مجلس مراقبتها، مما يقتضي بالضرورة الإقتراض فيما بينها أو تبادل الضمان لإلتزاماتها تجاه الغير فمثل هذه الإتفاقيات تكون طبيعية بل ضرورية داخل التجمع لأجل إتمام بعض التصرفات المالية².

وهناك سبب آخر يبرر ضرورة إستثناء الشخص المعنوي من الحظر، هو أن مصالح هذا الأخير تختلف عن تلك التي يهدف إليها الشخص الطبيعي الذي يسعى إلى تحقيق مصلحته الشخصية على حساب مصلحة الشركة. كما أن الشخص المعنوي يخضع لرقابة

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 27.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 89.

قانونية من شأنها أن تؤدي إلى ممارسة نشاطاته بطريقة أقرب إلى الحياد والتجريد، ذلك أن قراراته تتخذ من هيئات فيها تمثيل لعدة فئات بطريقة قانونية تحافظ على توازن المصالح وإن هذا المنطق هو الذي أدى بالمشرع الجزائري¹ ونظيره الفرنسي² إلى إستبعاد الشخص المعنوي من الحظر.

إِعتمادا على الأسباب المذكورة أعلاه و نظرا للحتمية الإقتصادية المفروضة في تجمع الشركات، يستحسن تدخل المشرع الجزائري من أجل إستثناء القائم بالإدارة الشخص المعنوي من الحظر، وذلك لتوحيد كلا النمطين من شركات المساهمة، فقد يكون لزاما على الشركة التابعة منح قروض للشركة الأم عضو مجلس إدارتها أو فتح حساب جاري أو ضمان لإلتزاماتها تجاه الغير أو العكس، فمثل هذه الإتفاقيات ضرورية داخل التجمع، فتعميم الحظر على القائم بالإدارة الشخص المعنوي يؤدي لا محال إلى عرقلة مثل هذه الإتفاقيات بين أعضاء التجمع و عدم تحقيق هدفه الإقتصادي المشترك، تعد التصرفات موضوع الإتفاقيات الممنوعة من قرض و فتح حساب جاري على المكشوف و ضمان الإلتزامات تجاه الغير لاسيما الضمان الإحتياطي يعد عمليات متكررة وضرورية بين الشركات داخل التجمع كونها تغني من مصاريف اللجوء إلى القرض والضمان البنكي والتي غالبا ما تكون مرتفعة التكلفة وتثقل ميزانية التجمع³. وهذا كما ذهب إليه المشرع الفرنسي بإستثنائه للقائم بالإدارة الشخص المعنوي⁴.

وعليه إن كانت الاتفاقيات المبرمة بين شركة و الشخص المعنوي القائم بإدارتها تخرج من نطاق الحظر فالمفروض أن تكون محلا لإجراء المراقبة، و ذلك بإخضاعها للترخيص المسبق أو المصادقة، إلا إذا كانت هذه الإتفاقية تدخل ضمن طائفة العمليات العادية⁵.

¹ - المادة 671 من ق.ت.ج.

²-Art. L. 225- 43 al. 3 C. com. fr.

³ - M.GERMAIN, Pratique de la société anonym, Dalloz, 1991, p 82.

⁴-Art. L. 225- 43 al. 3 et L.225-91 al. 2 C. com. fr.

⁵ - Ph. MERLE, op. cit., p.460.

الفرع الثاني: الإتفاقيات المبرمة في البنوك و المؤسسات المالية.

تعد البنوك و المؤسسات المالية شركات مساهمة، تقوم بالعمليات المصرفية لصالح زبنائها، التي تتجسد أساسا في عمليات الإيداع كتلقي الأموال من الجمهور وعمليات الإئتمان كفتح حسابات جارية و كفالة الإلتزامات و الضمان الإحتياطي وعلى الخصوص منح القروض للزبائن، إضافة إلى عمليات الصرف ولا يجوز لغيرها القيام بهذه التصرفات لكونها الأعمال التجارية المقننة¹.

لكن التساؤل المطروح هنا ما موقف المشرع من هذا الاستثناء؟ هل تبقى العقود التي تبرمها البنوك و المؤسسات المالية مع مسيريتها محظورة، خاصة إن المشرع لم يأت بنص صريح يتضمن هذا الإستثناء مثلما فعل نظيره الفرنسي؟ فإذا كان عملاء البنك وهم من الغير يستفيدون من خدماته من قروض و ضمانات بشكل عادي، فهل يحرم من يقوم بإدارته وتسييره من هذه المزايا و الخدمات؟.

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل و تقدير إمكانية خضوع مثل هذه الإتفاقيات التي تبرمها البنوك أو المؤسسات المالية للحظر الذي تسلطة المادتين 628 الفقرة 03 والمادة 671 من القانون التجاري، الرجوع إلى النصوص المنظمة لهذا النوع من المؤسسات طالما أن القانون التجاري جاء خاليا من أي تنظيم لهذه المسألة.

باعتبار أن أحكام القانون التجاري لم تستثنى المؤسسات المالية من الحظر الواقع على الإتفاقيات الممنوعة، و ذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي إستثنى البنوك و المؤسسات المالية من حظر منح القروض و فتح الحسابات الجارية على المكشوف لمسيريتها، وكذا كفالة إلتزاماتهم تجاه الغير، متى كانت تدرج ضمن طائفة التصرفات المألوفة لنشاطها والمبرمة

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 92.

بشروط عادية، كون أن هذه العمليات تجسد موضوعها و تدخل في صلب أعمالها التي تقوم بها مع زبائنها¹.

فليس من المنطقي حرمان مدير البنك أو أحد أعضاء مجالسه من عقد تصرفات مماثلة لتلك المبرمة مع الزبناء، فمتى تصرفت المؤسسة المالية مع أحد أعضاء مجلسها بنفس شروط تعاملها مع زبائنها كانت الإتفاقية جائزة، حتى ولو إستفاد من التسهيلات التي تمنح لكافة الزبائن. فالإستثناء هنا يخضع لشرتين أساسيين، ولا يتحقق إلا بإجتماعهما فالشرط الأول يكمن في ضرورة إعتبار الشركة المتعاقدة مع المسير بنكا أو مؤسسة مالية أي معتمدة بهذه الصفة، أما الشرط الثاني فيتعلق بالإلزامية إعتبار هذه التصرفات من قروض و كفالات، من العمليات المألوفة التي تتدرج ضمن النشاط العادي للشركة وتعد بشروط عادية مثلها مثل تلك التي تبرم مع كافة زبائنها².

وعلى هذا الأساس إذا تخلف أحد الشرطين، كأن تخرج هذه الإتفاقيات عن النشاط العادي للبنك، أو تعقد بشروط غير عادية بالنظر إلى تلك مبرمة مع الزبائن، أو تمنح إمتيازات إستثنائية غير مألوفة، فتبقى خاضعة للحظر و يشملها البطلان المطلق إذ تعد من الإتفاقيات المحظورة³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري بعدم إستثنائه البنوك و المؤسسات المالية من الحظر المتعلق بالإتفاقيات الممنوعة بإعتبارها شركات مساهمة، و يجب الرجوع إلى الأمر 11/03 المعدل و المتمم، كونه النص الخاص الذي يحكم نشاط هذا نوع من الشركات.

لقد خصص المشرع الفصل الثالث من الباب الثاني من كتاب مراقبة البنوك والمؤسسات المالية، للإتفاقيات مع المسيرين، وبمقتضاه يمنع البنك من منح قروض لمسيريه⁴، ومن ثم فإن هذه الأحكام تنحصر في منح القروض دون الإتفاقيات الأخرى من

¹-Art. L. 225- 43 al. 3 et L.225-91 al. 2 C. com. fr.

²- Ph. MERLE, op. cit., p.464.

³ G. RIPERT et R. ROBLOT, .Op. cit .p. 935.

⁴ - المادة 104 من الأمر 11/03 المعدل و المتمم، السالف الذكر.

فتح حسابات جارية على المكشوف، و الكافلات و الضمانات الإحتياطية التي تبقى ممنوعة بموجب حكم القانون التجاري.

للإشارة فإن هذا الأمر وسع دائرة الأشخاص الخاضعين للحظر، فالى جانب المسيرين يحظر أيضا على المساهمين و المؤسسات التابعة لمجموعة المصرف. إلا أنه أغفل ذكر أعضاء مجلس المديرين و أعضاء مجلس المراقبة، لأن هذا البنك يمكن أن يؤسس على نموذج شركة المساهمة ذات النمط الحديث¹. و إن هذا النص الخاص بالمؤسسات المالية مدد الحظر إلى أزواج المسيرين و المساهمين و أقربائهم من الدرجة الأولى². وعليه يمكن القول أن قائمة الأشخاص الممنوع عليهم الإقتراض من البنك أكثر إتساعا من تلك المعنية بالإتفاقيات الممنوعة في القانون التجاري.

وعليه فإنه يحظر على القائمين بالإدارة و أعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة الحصول على قرض أو فتح حساب جاري على المكشوف أو جعل البنك كفيلا لإلتزاماتهم وما عاداهم من الأشخاص و كذا عضو مجلس المراقبة الشخص المعنوي، فيحظر عليهم الحصول على قروض دون التصرفات الأخرى التي تبقى جائزة بالنسبة إليهم، بسبب إنحصار النص المذكور أعلاه على القرض فقط³.

الفرع الثالث : الإتفاقيات العادية

إذا كان المشرع قد حظر إبرام بعض الإتفاقيات بين شركة المساهمة و مسيرها على الوجه السابق بيانه، حرصا منه على حماية مصالح الشركة و خروجا منه عن المبدأ المطبق على الإتفاقيات التي تعقد بين هذين طرفين و واجب إخضاعها لقواعد إجرائية من إذن مسبق و مصادقة الجمعية العامة، فإنه و في المقابل لذلك إتبع نظاما آخر و إستثناء كذلك عن هذا المبدأ العام. نظام عاد فيه المشرع إلى الأصل العام و هو حرية التعاقد من خلال

¹ - المادة 83 الفقرة 01 من نفس القانون.

² - المادة 104 الفقرة 03 من نفس القانون.

³ - المادة 104 من نفس القانون.

إطلاقه العنان لشركات المساهمة و مسيرتها لإبرام بعض الإتفاقيات بكل حرية ومن دون الخضوع لأي قيد، فهي إتفاقيات عادية تعقد مباشرة، لتعلقها بعمليات معتادة ومتكررة بصفة جارية، هذا متى تحققت بعض الشروط أدرجها المشرع في نصوص القانون التجاري¹.

باستثناء القروض لدى الشركة لحساب القائمين بالإدارة أو الحصول منها على فتح حساب جاري لهم على المكشوف أو بطريقة أخرى أو جعل من الشركة كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لإلتزاماتهم تجاه الغير، و التي قرر المشرع البطلان بشأنها، فإن كل الإتفاقيات الأخرى مسموح بها، و لكن لا تخضع كلها لإجراء الإذن المسبق.

لقد سمح المشرع بإبرام الإتفاقيات المألوفة التي تتناول عمليات الشركة مع زينائها. ويجب لذلك النظر إلى طبيعتها بالرجوع إلى نشاط الشركة. فإذا حامت الشكوك حولها ومنعا لخطورتها، تعين في هذه الحالة إخضاعها لإجراء الإذن المسبق. و ينطبق هذا الحكم على جميع العمليات مع الزبائن. ولا يقتصر هذا المصطلح الأخير على القائم بالإدارة الذي يعقد إتفاقيات من شراء سلع و خدمات مع الشركة، وإنما يجوز تمديده إلى القائمين بالإدارة الذين يقومون بتوريد سلع أو بضائع إلى الشركة. و يدفع هذا الإتجاه السليم إلى القول بأن إصطلاح الزبون لا يختلف في شيء عن إصطلاح المورد. فإذا كانت شروط التوريد عادية فلا مجال لإخضاعها لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 628 من القانون التجاري².

إلا أن مفهوم الإتفاقيات العادية يختلف حسب إختلاف نشاط الشركة، فما يعتبر عاديا في شركة المساهمة التي تتصرف بصفة مستقلة، قد لا يعد كذلك في التجمع. لأنه يكثر في هذا الكيان العمليات التي تتم بصفة متكررة و جارية بين الشركة الأم و الشركات التابعة لها أو بين الشركات التابعة لنفس الشركة فيما بينها³.

¹ - المادة 628 من ق.ت.ج.

² - أنظر، ديدن بوعزة، أجهزة الرقابة في شركات المساهمة، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 03 سنة 2006، ص 28.

³ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 106.

وإن هذه الإتفاقيات تتحدد بمعياريين أساسيين: أولهما يجب أن يكون موضوع الإتفاقية عمليات مألوفة، و ثانيا يجب أن تبرم الإتفاقيات بشروط عادية، فإذا خرجت عن الطابع المألوف أو أبرمت بشروط غير عادية، قد تسبب ضررا لشركة ويكون من الواجب إخضاعها لترخيص المسبق و مصادقة الجمعية العامة. ويجب جمع المعيارين معا لتقدير الطابع العادي للإتفاقية، إي أنها لا تبرم بشروط عادية، إلا إذا كان موضوعها عمليات مألوفة، فلا يكفي توافر معيار واحد لتكون الإتفاقية عادية. و يشترط توافر المعيارين وقت إبرام العقد وليس وقت تنفيذه¹.

غير أن طبيعة المعيارين في شركة المساهمة التي تمارس نشاطا مستقلا، تختلف عن تلك الموجودة داخل التجمع، ففي هذا الأخير تتسع دائرة العمليات المألوفة، و ما يعد شروطا عادية فيه لا يعتبر كذلك في شركة المساهمة المستقلة. و نظرا لأهمية الآثار الناجمة عن إعتبار الإتفاقية عادية، يجب تحديد المقصود من العمليات المألوفة (أولا) ومن الشروط العادية (ثانيا).

أولا : مفهوم العمليات المألوفة

تكون العملية مألوفة إذا كانت تدخل ضمن النشاط العادي للشركة، إذ يجب أن تحققها الشركة بصورة معتادة بالنظر إلى موضوعها الإجتماعي، على أن كل إتفاقية تبتعد عنه تعتبر غير عادية . إذن يجب الأخذ بعين الإعتبار موضوع نشاط الشركة الرئيسي المحدد في القانون الأساسي في كل فرضية بغرض تقدير الطابع العادي للإتفاقية².

ولكن لا تأخذ الإتفاقية الطابع العادي بمجرد خضوعها للموضوع الإجتماعي المحدد في القانون الأساسي، بل يتوجب أن تندرج ضمن التصرفات الجارية التي تستلزم التكرار بشكل يتناسب و طبيعة نشاط الشركة، و يتم تقييم عامل التكرار بالنظر إلى حجم العمليات المبرمة خلال فترة زمنية محددة، و بالمقارنة مع شركات من نفس القطاع الإستثماري وبذلك

¹ - Com.,09 avril 1996, Bull Joly soc. 1996, p 677, note P. Le Cannu.

² - Ph. MERLE, op. cit., p.460.

لا يعد إرتباط التصرف بالموضوع الإجتماعي للشركة معيارا لإعتبار الإتفاقية عادية، بل يستلزم الأمر خضوعها للنشاط المألوف للشركة حتى تبرم بصفة حرة¹.

ومن تم يمكن تحديد الإتفاقيات العادية التي لا تخضع لإلزامية الترخيص المسبق ومصادقة الجمعية العامة، في تلك العقود التي يكون موضوعها عمليات تتعلق بالنشاط العادي للشركة²، و بالتالي يتوجب إقصاء التصرفات غير العادية أو التي لا تكرر إلا نادرا من دائرة الإتفاقيات المألوفة، كما أن الإتفاقية التي يكون موضوعها عمليات إستثنائية غير معتادة لا تعتبر عادية، فهي تخرج عن النشاط المألوف للشركة وإن تكررت خلال فترة زمنية محدودة³.

ثانيا : إبرام الإتفاقية بشروط عادية

نصت المادة 628 الفقرة 03 من القانون التجاري "... الإتفاقيات العادية التي تتناول عمليات الشركة مع زبائنها..."، وعليه فإن الإتفاقيات العادية هي تلك الإتفاقيات المبرمة بنفس الشروط المستخدمة في عقود الشركة مع زبائنها، فإذا كانت الإتفاقية تتضمن معاملة تفضيلية تشكل إستثناء على الشروط التي عادة ما تبرم فيها الشركة معاملاتها مع زبائنها فإنها لا تعد بمثابة اتفاقية عادية و تصبح واجبة التنظيم بترخيصها قبل التعاقد. ويعتبر من قبيل الشروط العادية، الشروط المماثلة المطبقة في الغالب من طرف الشركة ذاتها مع جميع زبائنها، ومن شركات نفس القطاع الإستثماري متى تعلق الأمر بالعقود المشابهة، بشكل عدم تخصيص المتعاقد بأي إمتياز مقارنة بزبائن الشركة⁴.

فيجب النظر إلى الشروط التي على أساسها يتم إبرام الإتفاقية وليس إلى الشروط التي تتضمنها، فالمعيار العادي يكمن في كيفية عقد الإتفاقية وليس محتواها. ويعد المقابل المالي

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 119.

² G. RIPERT et R. ROBLOT, .Op. cit .p. 930.

³ - Com.,11 mars 2003, Bull Joly soc. 2003, p 684, note D. Vidal.

⁴ - Com.,21 avril 1977, Revu. soc. 1978, p 252, note M. Guilberteau .

للعقد، العامل الرئيسي في تحديد الشروط العادية، ولكن ليس وحده فهناك عوامل أخرى تؤخذ في الحسبان لتقدير الطابع العادي للإتفاقية كمدة التنفيذ والدفع أو الإلتزامات والضمانات غرامات التأخر، إلى غير ذلك من العناصر الأساسية التي يتوجب مراعاتها عند إبرام الإتفاقية و ليس وقت تنفيذها¹.

بالنتيجة، إذا لم تكن الإتفاقيات محظورة و تخرج عن الطابع المألوف، وجب إستصدار إذن مسبق لإبرامها، ثم عرضها على الجمعية العامة للمصادقة عليها بناء على التقرير الخاص بمندوب الحسابات، أي تطبيق أحكام الإتفاقيات الخاضعة لقواعد إجرائية وهذا موضوع المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الإتفاقيات الغير محظورة و خاضعة لقواعد إجرائية

تخضع الإتفاقيات التي لا تدخل ضمن نطاق الحظر و لا ضمن الإتفاقيات العادية للتنظيم، بشكل تكون فيه شرعيتها إلى حد ما مقيدة بإتباع إجراءات حددتها المواد 628 و 670 من القانون التجاري.

إن الشركة بإعتبارها شخصا معنويا تحتاج دائما إلى شخص طبيعي، لتمثيلها والحلول محلها في التعبير عن إرادتها و التصرف لصالحها. و لأجل ذلك يتمتع هذا الممثل بسلطات قانونية واسعة للتصرف بإسم الشركة في كل الظروف²، وقد يخوله الشركاء صلاحيات إضافية، سواء في القانون الأساسي أو في عقد التعيين³.

ونظرا لضرورات المعاملات التجارية قد تبرم الشركة مع ممثلها بعض العقود، مما يجعل من هذا الأخير في تضارب بين تحقيق مصالحه الشخصية و مصالح الشركة الملزم بمراعاتها، وما تلك السلطات و الصلاحيات الممنوحة له قانونا أو إتفاقيا إلا لخدمة مصلحة الشركة، فيؤدي هذا الوضع حتما إلى تنازع المصالح أي مصالح الشركة المتعاقدة بواسطة

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 125.

² - المواد 622 - 638 من ق.ت.ج.

³ - Cass. Civ., 04 juin 1946, J.C.P. 1947, n°3518, note Bastian.

ممثها و المصالح الشخصية لهذا الأخير في العقد. فكلما تعاقدت الشركة مع أحد أعضاء هيئات التسيير أو الرقابة بما له من سلطات وصلاحيات قد يستغلها في خدمة مصالحه الشخصية على حساب مصلحة الشركة.

ونفس الأمر يطبق إذا كان لهذا العضو مصالح تربطه بمؤسسة أو بشخص آخر يتعاقد مع الشركة التي يمثلها، فتكون له مصلحة غير مباشرة يفضلها على مصلحة الشركة وقد يكون هذا المتعاقد مساهما في الشركة أو له نفوذ أو الأغلبية في التصويت ما قد يستغله في تحقيق مصالحه على حساب مصلحة الشركة¹.

وبالمقابل لا يكون بالضرورة تعاقد الشركة مع المسيرين أو المساهمين فيه تنازع للمصالح، فقد يكون التصرف ضروريا للشركة و يخدم مصلحتها و يوفر لها الكثير من الوقت و الإجراءات، على إعتبار أن المتعاقد أقرب للشركة من غير، فقد يكون تحقيق مصالحه في خدمة مصلحة الشركة. وعلى هذا الأساس، قررت الأحكام التشريعية² مجموعة من الإجراءات عند إبرام كل إتفاقية مع أشخاص يتواجدون في وضعية قد ينجم عنها تغليب مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة. و تتجسد أساسا في ضرورة الحصول على ترخيص مسبق ثم عرض الإتفاقية على الجمعية العامة للمصادقة عليها بناء على تقرير مندوب الحسابات .

وعليه يجب تحديد الأشخاص الخاضعون لهذه الإجراءات (المطلب الأول) ومجال تطبيق هذه الإتفاقيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأشخاص المعنيون بنظام الترخيص المسبق

لا تخضع الإتفاقيات المبرمة من طرف الشركة لإجراء خاص إلا بسبب التأثير الذي يمكن أن يمارسه مسيروها على تكوين هذه الإتفاقيات بسبب السلطات الممنوحة له ولنفوضه

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص149.

² - المادة 628 الفقرة 01 ، المادة 672 من ق.ت.ج

وبالنظر إلى الظروف التي يمكن أم يمارس فيها هذا التأثير بعيدا عن مصلحة الشركة فيغلب مصلحته الشخصية على حساب مصلحتها. ومن أجل تحديد التصرفات المنظمة يجب تعيين المسيرين المعنيين (الفرع الأول)، و تحديد وضعيتهم بالنظر إلى الإتفاقية المبرمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الأشخاص الخاضعين لهذا الإجراء

حسب نص المادة 628 الفقرة 01 من القانون التجاري فإن الأشخاص الخاضعين للإلزامية الترخيص المسبق هم القائمين بالإدارة، و لتحديد المقصود بهذه العبارة يجب الرجوع إلى نصوص القانون التجاري التي يتضح منها أن المشرع قصد أعضاء مجلس الإدارة والرئيس، و يستوي أن يكون القائم بالإدارة عضوا من أعضاء مجلس الإدارة أو مديرا عاما حتى يطبق إجراء الرقابة المسبقة على الإتفاقيات التي يقدم على إبرامها مع الشركة المعهود إليه إدارتها، كما يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.

أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات النمط الحديث فقد حدد المشرع المسيرين المعنيين بالترخيص المسبق في المادة 670 الفقرة 01، إذ تخضع كل إتفاقية تعقد بين شركة مع أحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس مراقبة هذه الشركة إلى ترخيص مسبق من مجلس المراقبة¹.

وفي المقابل أغفل المشرع ذكر حالة المساهم الذي يحوز نسبة معينة من الحق في التصويت يمكنه من التأثير على مصالح الشركة، و يستوي أن يكون هذا المساهم شخصا طبيعيا أو معنويا، فمن المفروض أن تخضع الإتفاقيات المبرمة معه إلى إجراء الترخيص المسبق. فإن الأشخاص الخاضعون للإلزامية الترخيص المسبق هم المسيريون داخل الشركة غير أنه تم أشخاص آخرين يتمتعون بنفوذ قد يستغلونه في تغليب مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة.

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 65.

أولاً: المديرون في شركة المساهمة

لقد منع المشرع الجزائري عقد أي إتفاقية تجمع الشركة بأحد القائمين بالإدارة، إلا بإتباع الإجراءات المخصصة لإستصدار الإذن المسبق، سواء كان هذا الأخير شخصا طبيعيا أو معنويا لتمتعهما بنفس السلطات¹، و يندرج ضمن هذه الطائفة رئيس مجلس الإدارة بإعتباره قائما بالإدارة شخصا طبيعيا تحت طائلة بطلان التعيين².

بالإضافة إلى هؤلاء الأشخاص كان على المشرع الجزائري، إدراج المدير العام خاصة إذا تم اختياره من بين أعضاء مجلس الإدارة، و ذلك بالنظر إلى التأثير الذي قد يستعمله هذا الأخير داخل الشركة و الذي من شأنه أن يكون بنفس حدة تأثير الممارس من طرف القائمين بالإدارة. بصفته المكلف بالإدارة العامة للشركة، لاسيما أن المشرع منحه نفس السلطات التي يتمتع بها رئيس مجلس الإدارة نحو الغير³. وهذا كما فعل المشرع الفرنسي في القانون 537-66 الصادر في 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية، الذي أدرج المديرين العامين إلى جانب القائمين بالإدارة⁴.

وعليه يلزم المدير العام بالحصول على الترخيص المسبق، متى كان طرفا في الإتفاقية بغض النظر عن ما إذا كان قائما بالإدارة أم لا، و إن عدم ذكره إلى جانب القائم بالإدارة ما هو إلا سهوا من طرف المشرع الجزائري، فكان عليه ذكره صراحة لعدم فتح مجال الإنتقاد و إمكانية إستبعاده، خاصة أنه أعاد صياغة هذا النص. و تتجلى أهمية الذكر الصريح للمدير العام، عند إختياره من خارج مجلس الإدارة، فلا يعد قائما بالإدارة مما يؤدي إلى عدم خضوعه للإجراءات الخاصة بالإذن مسبق لإقتصار المشرع على ذكر القائم بالإدارة⁵.

¹ - المادة 628 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

² - المادة 635 من ق.ت.ج.

³ - المادة 641 الفقرة 02 من ق.ت.ج.

⁴ - Art. 101 al. 1, L.n° 66-537.

⁵ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص153.

أما بالنسبة للممثل الدائم للشخص المعنوي القائم بالإدارة، فإن الأصل أن يفسر نص المادة 628 من القانون التجاري تفسيراً ضيقاً باعتبارها جاءت للتضييق من الحرية التعاقدية من ثم قد يكون نوع من التردد يخص إتساع مجال التنظيم ليشمل الممثل الدائم للشخص المعنوي القائم بالإدارة. لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 612 الفقرة 03 من القانون التجاري التي تخضع الممثل الدائم للشخص المعنوي لنفس الشروط و الواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات كما لو كان قائماً بالإدارة بإسمه الخاص وجب تطبيق النظام الخاضع له القائمين بالإدارة على ممثل الشخص المعنوي، أخذاً بعين الاعتبار التأثير الذي قد يكون للممثل الدائم للشخص المعنوي على قرارات الشركة و الذي قد يكون مماثلاً أوحثى أكبر من ذلك الممارس من باقي المسيرين¹.

هذا بخصوص شركة المساهمة ذات النمط التقليدي، أما في شركة المساهمة ذات النمط الحديث، فقد أخضعت الأحكام التشريعية أعضاء مجلس المديرين و مجلس المراقبة لإلزامية الحصول على إذن مسبق من مجلس المراقبة قبل إبرام أي إتفاقية مع الشركة². و بالإضافة إلى هؤلاء الأشخاص، يلزم ممثل الشخص المعنوي عضو مجلس المراقبة الحصول على الإذن المسبق، لأنه يخضع لنفس الشروط و الواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات كما لو كان عضواً بإسمه الخاص³.

ويلاحظ أن نظام الإتفاقيات لم يتطرق إلى حالة المسير الفعلي، ولم ينص عليه ضمن قائمة الأشخاص الخاضعين لهذا النظام، و يقصد به كل شخص يتدخل في تسيير أمور الشركة من دون تأهيل قانوني. و بما أن الضرورة تملّي تفسير النص تفسيراً ضيقاً لتعلقه بالنظام العام و لا يجوز الإتفاق على مخالفته أو التوسع في تفسيره، بإعتباره إستثناء على

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 67.

² - المادة 670 من ق.ت.ج.

-Art. L. 225- 86 al. 1 C. com. fr.

³ - المادة 612 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

الحرية التعاقدية، فلا يجوز تشبيه المسير الفعلي بالمسير القانوني وإنزاله نفس المنزلة لأنه غير مكلف قانوناً بمهام إدارية، لا من طرف المشرع و لا من طرف الشركاء وعليه لا يمكن إدراجه ضمن قائمة الأشخاص الخاضعين لهذا التنظيم، مما ينجم عنه إمكانية إفلاته من النظام الرقابي المفروض على تعاقد المسير القانوني مع الشركة¹.

وقد إتجه القضاء الفرنسي في مسألة المسير الفعلي، إلى رفض تطبيق الأحكام المتعلقة بالإذن المسبق على الإتفاقيات التي يعقدها المسير الفعلي مع الشركة²، وذلك على أساس أنه عندما يكون المتعاقد مع الشركة ليس هو المسير ذاته و لكن مؤسسة يتخذ فيها هذا المسير إحدى الوضعيات التي أشار إليها القانون. في الواقع لا يكون الغير المتعاقد مع الشركة ملزماً بمعرفة الوضعية الفعلية التي هي عليها الشركة، و يكون من غير العادي إبطال إتفاقية يكون طرفاً فيها³.

إلا أنه و بالرجوع إلى الأحكام العامة، فتكون الإتفاقية في هذه الحالة قابلة للإبطال على أساس الغلط الذي يشوبها و المعتقد به كسبب من أسباب إبطال العقود. فيجوز للشركة الإدعاء بأن التعاقد لم يكن مع المسير القانوني، بل كان مع مسير فعلي و وضعيته غير قانونية، وعليه تبطل الإتفاقية بناء على أحكام عيوب الرضا، بإعتباره ركناً من أركان العقد ولا تبطل بناء على أحكام الإتفاقيات⁴.

و إن إلزامية الحصول على إذن مسبق لا تطبق على الإتفاقية المبرمة مع المسير قبل تعيينه في هذا المنصب، و إن تواصل تنفيذها بعد ذلك، لأن العبرة بوقت التعاقد لا بوقت دخولها حيز التنفيذ أو بداية سريان الآثار الناجمة عنها⁵. كما لا تطبق هذه الإجراءات على الإتفاقيات المبرمة بعد فقد المتعاقد الصفة لأي سبب من الأسباب، أما إذا احتفظ بنفوذه

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 157.

² - Cass. Com. 29 mai 1967. Bull. civ. P 203.

³ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 67.

⁴ - Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit, p 453.

⁵ - Com 6 mai 1996, Bull. Joly soc. 1996, p 821, note P. Le cannu.

لاسيما في حالة الإستقالة السابقة بوقت وجيز لإبرام الإتفاقية و ثبت أنها ما كانت إلا تحايلا منه لإبرام إتفاقيات يغلب فيها مصالحه الشخصية، فهنا تبطل على أساس التدليس¹. ويخرج أيضا من مجال تطبيق نظام هذه الإتفاقيات كل شخص لم يخصه المشرع بالذكر، مثل المدير التقني أو التجاري أو المالي و بصفة عامة إطارات المديرية المرتبطين مع الشركة بعقد عمل.

ثانيا: الأشخاص غير مسيرون المعنيون بالترخيص

إن إلزامية الحصول على الإذن المسبق لإبرام الإتفاقيات مع الشركة، لم تقتصر على المسيرين، و إنما تمتد إلى أشخاص آخرين، بحيث أخضعهم المشرع إلى هذا الإلتزام عند التعاقد مع الشركة.

فقد ألزمت الأحكام التشريعية²، المؤسسة المرتبطة بأحد أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مراقبة لشركة المساهمة المتعاقدة، سواء إرتباط إدارة أو إشتراك بالحصول على الإذن المسبق قبل إبرام الإتفاقية معها. وبالرغم من إختلاف موقف المشرع الجزائري بخصوص وضعية عضو إحدى المجالس المذكورة أعلاه في المؤسسة المتعاقدة مع الشركة، إلا أنه إعتبر الطرف المتعاقد مع الشركة هو مؤسسة³.

وقد عرف المشرع الجزائري المؤسسة في قانون المنافسة بأنها كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته، يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج و التوزيع أو الخدمات والإستيراد⁴. أما الفقه عرفها بأنها هيكل تنظيمي مستقل ماليا، في إطار قانوني معين هدفه

¹- J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Société commerciales, t, 1 éd., Dalloz. 1972, p 893.

²- المواد 628 الفقرة 02 و المادة 670 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

-Arts L. 225-38 al. 3 et L.225-86 al. 3 C. com. Fr.

³- إن المشرع الفرنسي استخدم مصطلح " شركة" بدلا من "مؤسسة" في تنظيم الاتفاقيات المبرمة بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة و مسيريهها أو شركائها. وذلك حسب المادة

-Art. L. 223-19 al. 5 C. com. fr.

⁴- المادة 03 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 13 بتاريخ 20 يوليو 2003، المعدل و المتمم بالقانون 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر عدد 36 بتاريخ 02 يونيو 2008.

دمج عوامل من أجل الإنتاج أو تبادل السلع مع الأعوان الإقتصاديين آخرين، أو القيام بكليهما معا بغرض تحقيق نتيجة ملائمة¹.

و إن المقصود بها في نظام الإتفاقيات المؤسسات الفردية على إختلاف طبيعة نشاطها وحجمها، سواء كانت صغيرة أو متوسطة، وصولا إلى الشركات المدنية والتجارية، كيف ما كانت عمومية أو خاصة، وطنية أو أجنبية، و يمكن أيضا أن تكون المؤسسة عبارة عن تجمع ذي منفعة إقتصادية².

وعلى هذا الأساس يلزم بإتباع إجراءات الإذن المسبق و المصادقة اللاحقة في شركة المساهمة ذات النمط التقليدي متى كان أحد القائمين بالإدارة مالكا، شريكا أو مديرا للمؤسسة المتعاقدة³. و نفس الحكم يطبق أيضا على الممثل الدائم للشخص المعنوي عضو مجلس الإدارة، بإعتبار أنه يتمتع بنفس السلطات و الصلاحيات التي يتمتع بها القائم بالإدارة الشخص الطبيعي و يخضع لنفس الشروط و الواجبات و يتحمل نفس المسؤوليات كما لو كان قائما بالإدارة بإسمه الخاص، فإذا كان هذا الأخير مسير أو قائما بالإدارة أو مديرا للمؤسسة المتعاقدة فيستلزم عليه الأمر الحصول على الإذن المسبق لإبرام أي إتفاقية بين الشركة و المؤسسة المذكورة، لأن وضعيته في هذه الأخيرة ينجم عنها مصالح مباشرة له بإعتباره ممثلا شرعيا لها، و يتمتع بكافة السلطات التي قد يستغلها لأجل تغليب مصالح يشترك فيها مع هذه المؤسسة على حساب مصلحة الشركة المتعاقدة.

أما مصطلح " مديرا للمؤسسة" المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 628 من القانون التجاري، فإنه يشمل كل أنواع المديرين، بما في ذلك المدير العام، إدارات المديرية المدير الفعلي. ومن جهة أخرى تنثير عبارة "مالكا شريكا أم لا" إشكالا كبيرا، فهي مبهمة وغير محددة الدلالة القانونية. فإذا كان المقصود أن يكون القائم بالإدارة أو من في حكمه من

¹- أنظر، ناصر دادي عدون، إقتصاد المؤسسة، دار المحمدية، الجزائر، 1998، ص 20.

²- أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 164.

³- المادة 628 الفقرة 02 من ق.ت.ج.

المدير العام أو ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة مالكا للمؤسسة، فهذا مقبول لأنه صاحب السلطة في المؤسسة و حرصه على مصلحتها يكون أكثر من حرصه على الشركة التي يعد مسيرا فيها فقط، فلا بد من إستصدار ترخيص من مجلس الإدارة قبل التعاقد مع هذه المؤسسة. و الإمتلاك إما أن يكون كلياً، أي أن القائم بالإدارة يملك جميع رأسمال المؤسسة أو جزئياً أي يكون شريكا و ليس مالكا، و في هذه الحالة يكون الإختلاف في تحمله المسؤولية عن ديون الشركة حسب نوع هذه الأخيرة. و عليه يستنتج أن عبارة " أم لا " زائدة في نص المادة 628 الفقرة 02 لأنه و بالرجوع إلى نص هذه المادة بالغة الفرنسية يتبين أن المشرع وقع في هذا الخطأ عند نقله لأحكام هذه المادة من المادة 40 المعدلة في القانون الفرنسي الصادر في 24 جويلية 1867، التي تعد أصل أحكام الإتفاقيات في التشريع الجزائري¹.

فإذا كان مالكا أو شريكا، فبسبب مصلحته في المؤسسة تخضع الإتفاقيات المبرمة معها للإذن المسبق من مجلس الإدارة و المصادقة من طرف الجمعية العامة، فمن غير المنطقي إخضاع المؤسسة التي لا يكون القائم بالإدارة مالكا لها و لا شريكا فيها لنفس الأحكام، إلا إذا كانت له مصلحة غير مباشرة فيتوجب الإذن المسبق لإبرام الإتفاقية مع المؤسسة بسبب هذه المصلحة غير المباشرة².

وعليه يلتزم بإحترام إجراءات الإذن المسبق و المصادقة اللاحقة لإمكانية تنازع المصالح، كلما كان القائم بالإدارة أو المدير العام أو الممثل الدائم لشخص المعنوي القائم بالإدارة، مالكا للمؤسسة أو شريك فيها كيف ما كانت طبيعة مسؤوليته، كما تتبع هذه الإجراءات متى كان هذا الشخص مسيرا للمؤسسة، أو قائما بإدارتها أو مديرا لها.

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 164.

² - المادة 628 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

هذا بالنسبة لشركة المساهمة ذات النمط التقليدي، أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات النمط الحديث، فقد ألزمت المادة 670 الفقرة الثالثة من القانون التجاري إخضاع كل إتفاقية تبرمها الشركة مع مؤسسة أخرى للترخيص المسبق متى كان أحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة مالكا لها أو شريكا فيها، قائما بإدارتها أو مديرا عاما لها.

فعلى خلاف الأحكام المنظمة لهذا النوع من الإتفاقيات في شركة المساهمة ذات النمط التقليدي، أدرج المشرع حالة شغل أحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة منصب مدير عام للمؤسسة و بهذا يكون المشرع أغفل مرة أخرى النص على الوضعية التي يكون فيها أحد الأعضاء، عضوا في مجلس المديرين أو مجلس المراقبة للمؤسسة محل التعاقد، لما لهم من مصالح في مؤسستهم و التي قد تكون محل تفضيل على حساب مصلحة الشركة.

وعليه يستلزم الأمر تدخل المشرع لتعديلها، وذلك بذكر المدير العام وممثل الشخص المعنوي سواء القائم بالإدارة أو العضو في مجلس المراقبة إلى جانب الأعضاء المذكورين. وعليه أيضا الفصل بين وضعية المالك و الشريك، و تحديد موقفه بالنسبة إلى هذا الأخير هل يقصد كل الشركاء، أم فئة معينة منهم، و هل تحدد وضعيتهم على أساس المسؤولية أو الرقابة أو النسبة التي يحوزها كل شريك من حقوق التصويت، وكذا الإعتماد على عضوية مجلس المديرين و مجلس المراقبة في المؤسسة المتعاقدة، كصفة تلزم الحصول على الإذن المسبق للتعاقد مع الشركة¹.

وهذا كما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي ، الذي نص على إلزامية الحصول على ترخيص مسبق، متى كان أحد القائمين بالإدارة أو المدير العام أو مجلس المراقبة حسب الحالة، مالكا للمؤسسة، شريكا مسؤولا من غير تحديد، مسيرا، قائما بالإدارة عضو في مجلس المراقبة و بصفة عامة مديرا لهذه المؤسسة².

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 69.

² - Art L. 225-38 al. 3 et L. 225-86 al. 3 C. com.fr.

و نفس الحكم يطبق على ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة أو العضو في مجلس المراقبة، فكل إتفاقية تبرم مع مؤسسة يشغل فيها هذا الممثل إحدى الوضعيات المحددة في النص يجب أن يحصل على الترخيص المسبق، وهذا بحكم خضوع ممثل الشخص المعنوي لنفس واجبات و مسؤوليات الشخص الطبيعي القائم بالإدارة أو عضو مجلس المراقبة¹.

وإن المشرع أوجب الحصول على الترخيص المسبق كلما تعاقد مع مؤسسة أخرى وكان مسير الأولى يشغل إحدى الوضعيات في الثانية، بغض النظر عما إذا كانت له مصلحة أم لا في ذلك التعاقد، فلم يشترط وجود مصلحة غير مباشرة للمعني حتى تخضع الإتفاقية لهذه الإجراءات، و إنما إفترض هذه المصلحة بمجرد وجود مديرين مشتركين بين المتعاقدين، فلا داعي لإثبات المصلحة غير المباشرة للمعني بل يكفي إثبات أنه يشغل إحدى الوضعيات المنوه إليها سابقا، حتى تطبق عليه إجراءات الترخيص المسبق والمصادقة اللاحقة².

بالإضافة إلى ما سبق، أضاف المشرع الفرنسي بموجب القانون 2001/420 المتعلق بالتنظيمات الإقتصادية الجديدة، في الفصل الثالث منه تحت عنوان " الحماية من تنازع المصالح"، فئة أخرى من أصحاب النفوذ و السيطرة في الشركة لنظام الإتفاقيات تجسيدا لمبدأ الشفافية و تنظيم المصالح داخل الشركة أو التجمع و حماية مصالح أصحاب الأقلية³. وهم المساهمين أصحاب النفوذ و ألزمهم بالخضوع إلى نفس أحكام الترخيص المسبق التي يخضع لها المسيرين، حماية من تنازع المصالح لأنهم يتمتعون بنفوذ إقتصادي وقانوني يعطيهم السبق في التأثير على قرارات الجمعية العامة وإحتمال التصويت لتغليب مصالحهم على مصالح الشركة. و عليه إن إلزامية الترخيص المسبق لم تعد محصورة على الإتفاقيات المبرمة مع المسيرين و إنما على كل مساهم سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يحوز على

¹ - Art L. 225-20 et L. 225-76 C. com.fr.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص189.

³ - A. BENNINI, L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales, éd. P.U.F. 2006, P 155.

أكثر من 5% من حقوق التصويت¹. وتدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى بموجب القانون 2003/706 المتعلق بالأمن المالي ورفع النسبة المشترطة إلى 10%²، إذ لا يؤدي إمتلاك النسبة الأولى إلى نفوذ قوي يخشى منه على مصالح الشركة و جاءت هذه النسبة الجديدة من أجل التخفيف من إصدار التراخيص المسبقة.

وبعد تبيان الأشخاص الخاضعين لإلزامية الترخيص المسبق، سوف نتعرض إلى وضعيتهم بالنظر إلى الإتفاقية.

الفرع الثاني: وضعية الشخص بالنظر إلى الإتفاقية

حددت المادتان 628 و 670 من القانون التجاري ثلاث حالات تخضع فيها الإتفاقية المبرمة من طرف شركة المساهمة مع مسيرها للإجراء الخاص. تتعلق الأولى بالحالة التي تتعاقد فيها الشركة مباشرة مع المسير، فهنا يغلب المسير مصلحته الشخصية على مصلحة الشركة. أما الثانية فهي الحالة التي تعقد فيها الشركة إتفاقية مع أحد المسيرين بطريقة غير مباشرة أو تعاقد الشركة مع أشخاص آخرين تجمعهم علاقات بالمعنى بالأمر، فهنا لا يكون هذا الأخير طرفا في الإتفاقية و لكن له إهتماما غير مباشر بها. أما في الحالة الثالثة تتعاقد الشركة مع مؤسسة تكون للمسير فيها إحدى الوضعيات التي ذكرناها سابقا، وهنا يظهر خطر تجاهل المسير المعني بالإتفاقية بمصلحة الشركة ليس لفائدته هو و إنما لمصلحة المؤسسة المتعاقدة³.

وعليه و بغض النظر عن طريقة التعاقد ما إذا كانت شخصية أم غير شخصية، فإن الإتفاقية تخضع للتنظيم كلما كان للمسير إهتمام بها، أي له مصلحة مباشرة في إبرامها (أولا). كما قد تكون هذه المصلحة غير مباشرة (ثانيا).

¹ - Art L. 111-1° et 2°, L. n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulation économique, J.O.R.F. 16 mai 2001, n° 113, p 7776.

² - Art L. 123-6° L. n° 2003-706, du 01 aout 2003, relative a la sécurité financière, J.O.R.F. 02 aout 2003, n° 177, p 13220.

³ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص68.

أولاً: المصلحة المباشرة للمسير المعني بالإتفاقية المتعاقد مع الشركة

تتحقق المصلحة المباشرة للمسير إذا تعاقد المعني بالأمر مع الشركة شخصياً، وقد تتحقق عند إبرام الإتفاقية بواسطة شخص آخر، وهنا نكون أمام تعاقد غير مباشر.

إن التعاقد المباشر هو أكثر بساطة و وضوحاً وغير متنازع فيه، أين تتعاقد الشركة مباشرة مع أحد المسيرين السابق تحديدهم، و بالتالي تكون خاضعة للترخيص المسبق وهي أول صورة مذكورة في النصوص التشريعية، فنجد أن المشرع الجزائري فيما يخص شركة المساهمة ذات النمط التقليدي، يذكر صراحة هذه الوضعية وهذا بإستخدامه لمصطلح بصورة مباشرة¹. و بالرجوع إلى النص الخاص بشركة المساهمة ذات النمط الحديث، فهو يصرح كذلك بهذه الوضعية و لكن ضمناً دون إستخدام مصطلح بصورة مباشرة ، ومع ذلك تخضع الإتفاقية المبرمة مع أعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة إلى الترخيص المسبق تحت طائلة البطلان².

وما يلاحظ أن هذه الفرضية تغطي إحدى الحالات الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 628 و الفقرة الثالثة من المادة 670، وهي تلك التي يكون فيها المسير المعني بالإتفاقية مالكا للمؤسسة المتعاقدة. في الواقع يتعلق الأمر هنا بإتفاقية مبرمة مباشرة بين المسير والشركة طالما أنه ليس للمؤسسة ذمة مالية مستقلة عن ذمة صاحبها فكل المزايا والمصالح التي تستفيد منها المؤسسة من هذه الإتفاقية تعود إلى الذمة المالية لمالكها. فيظهر من هذا أن المشرع وقع في تكرار، إلا إذا كان القصد من ورائه حالة تأجير تسيير المؤسسة التجارية، فحكم المادة هنا لا توجد فائدة منه إلا في هذه الحالة³.

فلا شك في إثارة التعاقد المباشر تنازع للمصالح، نظراً لإحتمال تعارض مصلحة المتعاقد مع مصلحة الشركة. فيتوجب إخضاع الإتفاقية للإذن المسبق بمجرد تولي الشخص

¹ - المادة 628 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

² - المادة 670 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

³ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص69.

المعني بالتنظيم إجراءات التعاقد، دون عناء البحث ما إذا كان يتصرف لمصلحته أم مصلحة شخص آخر، فإذا كان يفترض أنه يتصرف لمصلحته الشخصية، فقد تتصرف آثار العقد لغيره، مثل أن يكون وكيلًا أو نائبًا. كما يمكن أن يكون التصرف خالصًا له، فيستحوذ على جميع المصالح المرتبطة بالإتفاقية، أو له نسبة معينة من المزايا الناجمة عنها¹.

وخلافا لهذه الطريقة التي يتعاقد فيها المعني مباشرة مع الشركة، قد يتعاقد بطريقة غير مباشرة، أي لا يظهر إسمه في الإتفاقية لأنه لا يشرف على إبرام العقد شخصيا وهنا تكون للمعني دائما مصلحة مباشرة من الإتفاقية، ولكن لا يريد أن تعلم الشركة أنها تتعامل معه وحتى إن تعاقد بواسطة وكيل يتعاقد هذا الأخير بإسمه الشخصي ولا يظهر أنه يتصرف بصفته نائبا عن المعني بالأمر و لمصلحته، وبذلك نكون أمام وساطة خفية وهو ما يعرف بالتعاقد بإسم مستعار.

وعليه إذا كانت الشركة تعلم في التعاقد المباشر أنها تتعامل مع المسير شخصيا ففي التعاقد غير المباشر لا تعلم الشركة أن المتعاقد ينوب عن المعني بالأمر، الذي يتعاقد بإسم مستعار، فهو يسخر شخصا آخر ليتستر وراءه. فيظهر المتعاقد مع الشركة أنه يتصرف لصالحه، ثم يصرف آثار الإتفاقية إلى المسير بناء على إتفاق بينهما.

ولم يبطل المشرع الجزائري الإتفاقيات المبرمة بطريقة غير مباشرة أي بواسطة إسم مستعار وإنما أخضعها لإلزامية الترخيص المسبق تحت طائلة البطلان بالرغم من عدم التصريح بها².

إن التعاقد بإسم مستعار لا يفترض، و إنما يتوجب إثباته، و إن هذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فعليه مراعاة كل الظروف المحيطة بالإتفاقية³ ويقع عبئ الإثبات على عاتق الشركة التي يكفيها إثبات الوساطة حتى تخضع الإتفاقية للتنظيم عن

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص216.

² - المواد 628 و 670 من ق.ت.ج.

³ - Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit, p453.

المصلحة المحققة منها، فمتى ثبت أن المزايا تعود للمسير المعني بالأمر وأن المتعاقد لم يكن إلا وكيله المستتر، وجب إخضاعها إلى الترخيص المسبق.

هذا عن الإستفادة من مصلحة مباشرة، أما الإستفادة غير مباشرة من الإتفاقية فهي موضوع الفقرة الموالية.

ثانيا: المصلحة غير المباشرة للمسير المعني بالإتفاقية المتعاقد مع الشركة

لا يتعاقد المسير في هذا النوع من الإتفاقيات مع الشركة بنفسه و لكن تكون له مصلحة شخصية فيها، فيمكن أن يكون هناك تعارض بين مصلحة الشركة و مصلحة المسير غير المباشرة، و عليه لا ينحصر تطبيق إجراء الترخيص المسبق في الحالة التي يكون فيها المسير طرفا في الإتفاقية، بل وسعت المادة 628 من القانون التجاري من دائرة التنظيم لتشمل الإتفاقيات التي يكون فيها للمسير مصلحة غير مباشرة. بحيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه لا يجوز تحت طائلة البطلان عقد أي إتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة¹. و في المقابل نص المشرع في المادة 670 من القانون التجاري على الإتفاقيات المبرمة بصورة غير مباشرة مع أحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة أو التي يتعامل فيها هؤلاء مع الشركة من خلال أشخاص وسطاء².

إن الإتفاقية التي يكون فيها للمسير مصلحة غير مباشرة، فلا يتولى إبرامها لا بصفته الشخصية ولا يوكل شخصا آخر. فهو لا يتدخل في إتمام الإتفاقية وإنما يستفيد منها بطريقة غير مباشرة و تتحقق بصفة نظامية، فالتعاقد هنا يكون مع شخص أجنبي عن المسير يتصرف لمصلحته الشخصية أو لمصلحة آخرين، ولا يكون بحال من الأحوال وكيلاً عن المستفيد، لا بصفته نائبا و لا متعاقدا بإسم مستعار، وإلا تعلق الأمر بمصلحة مباشرة³.

¹ - المادة 628 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

² - المادة 670 الفقرة 02 من ق.ت.ج.

³ - D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêt dans la société anonyme, DELTA, éd. 2004, p123.

ونظرا لإتساع مفهوم المصلحة غير المباشرة و مرونته لعدم إعتاده على شخصية المتعاقد، فهو يشمل العديد من الوضعيات. وأمام عدم تحديد المقصود بها من طرف المشرع، تدخل الفقه لتبيان مفهومها، فنادى جانب من الفقه¹ بضرورة التفسير الواسع للنص فتكون المصلحة غير مباشرة كلما تعاقدت الشركة مع شخص تجمع مصلحة بالمسير جدية كانت أم ضئيلة. و يقتضي التوسع في تفسير المصلحة غير المباشرة ليشمل الإتفاقيات المبرمة مع زوج المعني بالأمر و أقربائه من أصول و فروع، وحتى مع أصدقائه بسبب وجود مصالح مشتركة بينهم نظرا للروابط التي تجمعهم².

أما الفريق الثاني لقد ذهب إلى ضرورة التفسير الضيق للنص، وذلك لأن تطبيق نظرية المصلحة غير المباشرة و إخضاع الإتفاقية للترخيص المسبق لا يتجسد إلا بتوافر عنصرين أساسيين، الأول أن يكون المسير المشمول بنظام الإتفاقيات المنظمة منفعة يحققها من الإتفاقية، ذلك أن مفهوم المصلحة غير المباشرة لا يتحقق إلا بالمنفعة التي يحققها المعني بالأمر من وراء إبرام الإتفاقية دون أن يكون طرفا فيها، و يجب أن تكون المصلحة معتبرة و جدية، و إذا كانت ضئيلة فلا مجال لتطبيق نظرية المصلحة غير المباشرة. ولا يشترط أن تكون هذه المنفعة نقدية، فقد تكون المنفعة مادية أو معنوية³.

أما العنصر الثاني، فيتعلق بضرورة تمتع المسير المستفيد من الإتفاقية بسلطات ونفوذ من شأنه التأثير في إبرام الإتفاقية، لتغليب مصالحه الشخصية على مصلحة الشركة وبذلك لا وجود للمصلحة غير المباشرة إذا كان المستفيد لا يتمتع بسلطات كافية في المؤسسة المتعاقدة أو ليست له مصالح فيها. غير أن لا يشترط أن تكون المنفعة ظاهرة فقد لا يكون المعني بالأمر المستفيد الرئيسي، و إنما يحصل على هذه المنفعة بطريقة فرعية و تبعية بعد التنفيذ الكلي للإتفاقية.

¹ - R. VATINET, Les conventions règlementées, Rev. Soc. 2001, p561.

² - M. BANDRAC et J- Ph. DOM, Loi NRE et autre réforme, Joly, éd. 2002.

³ - G. RIPERT et R. ROBLOT, .Op. cit. p. 930.

وهذا ما أيده القضاء¹، بحيث قرر أنه بإنعدام هاذين العنصرين مجتمعين لا وجود للمصلحة غير المباشرة، بحيث إعتبر أن ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة لا يعد مستفيدا بصفة غير مباشرة من الإتفاقية المبرمة بين هذا الأخير و شركة أخرى بسبب غياب المنفعة الشخصية المتوخاة الحصول عليها من هذه الإتفاقية، و لإنعدام تمتعه بسلطات كافية في الشركة التي يمثلها يمكنه من التأثير على سيرها. وقد أقر بوجود مصلحة غير مباشرة للمدير العام للشركة، في إتفاقية الكفالة المبرمة بين هذه الأخيرة وشركة أخرى يشغل فيها منصب رئيس مجلس الإدارة، إذ أن هذه الكفالة ممنوحة من الشركة الأولى للثانية من أجل الإحتفاظ بمنصبه كرئيس لمجلس الإدارة في الشركة المستفيدة².

أما بالنسبة للإتفاقيات المبرمة مع مؤسسة تجمعها بالمسير الروابط المذكورة سابقا فهنا المصلحة غير المباشرة مفترضة و ليس على القاضي البحث عن عناصرها، بل يخضع الإتفاقية للترخيص المسبق بمجرد إثبات الرابط القانوني الذي يجمعه بها، بغض النظر عما إذا كان قد حقق مصلحة أم لا من التعاقد، لأن هذه العلاقة الموجودة بين هذا المسير والمؤسسة المتعاقدة، تؤدي حتما إلى تنازع بين المصالح و أن هذه الحالة محددة قانونا وهي تشكل صورا خاصة للمصلحة غير المباشرة حددها المشرع بعد وضع القاعدة العامة والتي تتعلق بالتعاقد للمصلحة المباشرة أو غير المباشرة³.

هذا عن تحديد الأشخاص المعنيين بالزامية الترخيص المسبق قبل التعاقد مع الشركة فيمايلي سوف نتعرض إلى الإجراءات الواجب إتباعها لإبرام هذه الإتفاقية.

¹ - Com. 4 octobre 1988, Rev. Soc. 1989, p 216, note Y. Chaput.

² - Paris, 26 juin 1990, BRDA 1991, p 14 et Rev. Soc 1991, p 137, note Y. Guyon.

³ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 241.

المطلب الثاني: الإجراءات الواجب إتباعها لإبرام الإتفاقية

بعد تحديد نطاق تطبيق التنظيم المتعلق بالإتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيرها سنتناول النظام المطبق عليها و توضيح الشروط الشكلية أو الإجرائية التي تسبق منح الإذن المسبق و من تم إبرام الإتفاقية.

إن كل إتفاقية تستجمع شروط خضوعها للتنظيم، تمر عبر ثلاث مراحل. أولاً يجب أن تكون الإتفاقية موضوع الترخيص المسبق من مجلس الإدارة أو من مجلس المراقبة حسب الحالة، ثم في المرحلة الثانية يجب على مندوبي الحسابات، الذين تعود إليهم في الأصل مهمة مراقبة الحسابات و شرعية التصرفات المنجزة من طرف المسيرين وإعلام الشركاء تقديم تقرير خاص حول الإتفاقيات المرخص بها من طرف المجلس بغرض إنارة الجمعية العامة حتى يسهل عليها تقدير ملائمة العمليات المنجزة للشركة، في الأخير تملك الجمعية العامة سلطة مراقبة التسيير كما يكون لها أمر المصادقة على هذه الإتفاقيات من عدمه. و يمكن تجميع هذه المراحل في اثنين فقط، الأولى الإجراءات السابقة لمنح الترخيص (الفرع الأول)، و الثانية الإجراءات اللاحقة لمنح الإذن المسبق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات السابقة لمنح الترخيص المسبق

تخضع الإتفاقيات السابق تحديدها إلى إجراء خاص تكمن مرحلته الأولى، والتي تعتبر أساسية، في الإذن المسبق لمجلس الإدارة في شركة المساهمة ذات النمط التقليدي أو الترخيص المسبق لمجلس المراقبة في شركة المساهمة ذات النمط الحديث. وبما أن الترخيص المسبق لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، هو الشرط الأساسي وجوهري الذي يجب توافره لإبرام الإتفاقية، فإنه يستحيل إتمامه إلا بعد إعلام المجلس بمشروع الترخيص، و بذلك الإجراءات السابقة لمنح الإذن تتحقق في مرحلتين، تتمثل الأولى في إعلام المجلس بمشروع إستصدار الإذن السابق لإبرام الإتفاقية (أولاً)، أما المرحلة الثانية تتمثل في إصدار المجلس لقرار الترخيص المسبق (ثانياً).

أولاً: إعلام المجلس بمشروع استصدار الإذن المسبق

يتمثل المبدأ هنا في إلزام المسير المعني بأن يطلع المجلس بنفسه بمجرد علمه بالإتفاقية، فهو إلزام شخصي بالتصريح لا يمكن للمسير الإكتفاء بشأنه القول أن المجلس من المفروض أن يعلم بالإتفاقية. على أن الهدف الأساسي من إطلاع المجلس من طرف هذا الأخير نفسه يكمن في أنه يؤدي إلى نوع من الرقابة أو الفحص الذاتي من طرف هذا المسير الملزم به¹.

وإذا كان المشرع الجزائري صرح بهذا الإلتزام في شركة المساهمة ذات النمط الحديث². فإن هذا الواجب يعتريه بعض الغموض في شركة المساهمة التقليدية، وذلك بسبب نصه في الفقرة الثانية من المادة 628 من قانون التجاري على ما يلي " ... وعلى القائم بالإدارة الذي يكون في حالة من الحالات المذكورة، أن يصرح بذلك إلى مجلس الإدارة "، وهذا بعد تعداده للحالات التي يشغلها القائم بالإدارة في المؤسسة المتعاقدة مع الشركة والتي تكون سببا في إخضاع الإتفاقيات المبرمة معها للترخيص المسبق³.

فهل قصد المشرع بعبارة " الحالات المذكورة " الوضعيات التي يحتلها القائم بالإدارة في المؤسسة المتعاقدة، فينحصر واجب الإعلام فيها؟ أم يقصد كل الحالات التي يرى فيها القائم بالإدارة أنه مقبل على عقد إتفاقية تخضع للتنظيم سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة؟ كما يلاحظ أن المشرع حصر واجب الإعلام في القائم بالإدارة فقط، بالرغم من أن المدير العام يمكن أن لا يكون قائما بالإدارة، كما سبق ذكره. ولكن له مصلحة في الإتفاقية المراد إبرامها، ومن ثم لا يلتزم المدير العام غير القائم بالإدارة وفق هذه الصياغة، بإعلام مجلس الإدارة بمشروع الإتفاقية التي تعنيه.

¹- أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 88.

²- المادة 672 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

³- أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 299.

وعليه كان على المشرع أن يستخدم عبارة مثل تلك الموجودة في النص الخاص بشركة المساهمة ذات النمط الحديث، بحيث جاء هذا الأخير قطعياً و نافياً للجهالة للمعنى المقصود، حيث نص على أنه " يجب على عضو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة المعني، أن يطلع مجلس المراقبة بمجرد إطلاعه على إتفاقية تسري عليها أحكام المادة 670 أعلاه..."، فهنا ألزم المشرع المسير المعني بإعلام مجلس المراقبة بكل إتفاقية خاضعة للترخيص المسبق، بغض النظر عن طريقة إبرامها¹.

وعلى الرغم من ذلك فإن واجب الإعلام لم يعد محصوراً في الوضعيات التي يشغلها المسير في المؤسسة المتعاقدة مع الشركة، وإنما توسع مجاله ليشمل صراحة جميع الحالات الخاضعة للتنظيم، كيف ما كانت طريقة إبرام الإتفاقية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو بواسطة إسم مستعار أو مع مؤسسة يسيرها المعني بالأمر أو شريكا فيها².

بالمقابل، إن إشكالية تكييف الإتفاقية لا تطرح في شركة المساهمة ذات النمط الحديث فإن عضو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة ملزم بإعلام مجلس المراقبة بكل الإتفاقيات المراد إبرامها والتي له مصالح فيها و إن كانت تتعلق بعمليات مألوفة و تبرم بشروط عادية ما دام أن المشرع لم يستثني هذا النوع من الإتفاقيات من أحكام الإعلام والترخيص المسبق لأن المشرع أوجب على العضو المعني بإبلاغ مجلس المراقبة بمجرد إطلاعه على إتفاقية تسري عليها أحكام المادة 670 من القانون التجاري³. وهذا ما سار عليه أيضا المشرع الفرنسي، فبموجب القانون 2001/420 المتعلق بالتنظيمات الإقتصادية الجديدة المذكور أعلاه، أقر إلزام الإعلام بالإتفاقيات العادية، فألقى على عاتق المعني بها واجب إبلاغها لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة⁴.

¹ - المادة 672 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

² - Y. BALENSI, op. cit, p114.

³ - المادة 672 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

⁴ - Art. L. 225 – 39 et L. 225 – 87, C. com.fr.

إلا أن المشرع الفرنسي عدل من موقفه، فأعفى الإتفاقيات العادية التي ليس لها أهمية معتبرة لأي طرف منها، بسبب موضوعها أو مقتضياتها المالية من واجب الإعلام وذلك بموجب القانون 2003/706 المتعلق بالأمن المالي المذكور أعلاه¹، وبهذا يلتزم المعني بالأمر بإعلام مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بالإتفاقية إذا رأى بأنها تستلزم ترخيص مسبق، و إبلاغ المجلس إذا كيفها ضمن الإتفاقيات العادية.

وإن كان المشرع لم يأت بأي تفصيل يتعلق بمضمون الإخطار، فإنه يجب على المسير المعني تلبية لمتطلبات القانون ألا يقتصر على التصريح بوجود إتفاقية ولكن تحديد طبيعة المصالح التي يمكن أن يجنيها من وراء إبرامها، و نظرا لأهمية الرقابة على الإتفاقيات المبرمة بين الشركة و أحد مسيريهما، فإن المضمون مهم بهذا الصدد مثله مثل إجراء المراقبة، فلا يعتبر الترخيص حاصلا إلا إذا كانت المعلومات حول الإتفاقية وافية ودقيقة². فيجب أن يكون الإعلام سابقا لعقد الإتفاقية، كاملا وجامعا لكل المعلومات لاسيما ما يتعلق منها بالإلتزامات المالية، طرق التسديد و مدته، الضمانات، شروط الفسخ والتجديد إلى غير ذلك من البيانات التي من شأنها الكشف بشكل واضح ودقيق عن الإتفاقية موضوع الترخيص³.

ويخصوص شكل الإعلام، لا يوجد حكما في كلا التشريعين يفرض شكلا معينا ومن ثم قد يكون الإعلام بأية وسيلة مقبولة و حتى شفاهة. و إن كان الواقع العملي يفرض تقديمه بطلب مكتوب، و في حالة الإعلام الشفهي و لتقادي أي نزاع، يكون من الأفضل الإشارة إليه في محضر الجلسة. وإن عدم قيام المعني بالأمر بواجبه لا يعرضه لأي جزاء خاص إذ لم يفرض القانون أية عقوبة في هذا المجال⁴.

¹ - Art. 123 – 1et 2,L. n° 2003-706, præc.

² - Paris 06 février 1998, J.C.P. 07 mai 1998, n° 19, note J.J. DAIGRE.

³ - J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, op. cit, p 902.

⁴ - A. VIANDIER et A. CHARVERIAT, op. cit, p 94.

إلا أنه في حالة إغفال المعني بالاتفاقية الإعلام بها إلى المجلس، بسبب إعتبارها من العمليات المألوفة التي تبرم بشروط عادية أو لأي سبب من الأسباب، يمكن للمجلس حسب الحالة، أن يبلغ تلقائياً عند إكتشافه للاتفاقيات التي تخضع للترخيص المسبق. كما يقع على عاتق أعضاء المجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة الإلتزام بالإعلام فبمجرد علم أحدهم بمشروع يستلزم الإذن وجب عليه إبلاغ المجلس بذلك، حتى وإن كان أثناء الإجتماع وهذا ليدرأ عن نفسه المسؤولية التي قد تتجم عن بطلان الإتفاقية لعدم الترخيص بها و تعويض الأضرار التي قد تلحق بالشركة. كما يمكن لمندوبي الحسابات وحتى الغير إبلاغ المجلس بوجود مشروع إتفاقية خاضعة للترخيص المسبق، لأن المهم هو علم المجلس، بغض النظر عن طريقة الإعلام و القائم به.

ثانياً: إصدار المجلس قرار الترخيص

إن مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، حسب الحالة هو المختص قانوناً بمنح الترخيص المسبق كهيئة جماعية، ولا يمكن تفويض صلاحياته في هذا المجال لرئيسه أو لأحد أعضائه أو عدد منهم، كما لا يجوز لمجلس المراقبة تفويض هذه السلطات لمجلس المديرين، لأن الأحكام القانونية في هذا المجال جاءت على سبيل الحصر¹.

فيتولى رئيس المجلس حسب الحالة، بعد إعلامه بطلب إستصدار الإذن المسبق لإبرام الإتفاقية، مهمة إعداد ملف طلب الترخيص و طرحه على المجلس لمناقشته والتداول بشأنه ومن تم إصدار قراره. وإذا كان الرئيس هو المعني بالإذن، فيقدم طلبه ومشروع الإتفاقية مباشرة إلى المجلس المختص بمنح الرخصة و التي يجب أن تكون سابقة للتعاقد، خاصة وناجمة عن مداولة قانونية².

¹ - M. GERMAIN, op. cit, p179.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص314.

إن خضوع كل إتفاقية تقوم بين الشركة و أحد مسيريهما للترخيص المسبق صادر عن المجلس. ينتج عن ذلك ضرورة توافر بعض الشروط في الإذن، فيتعين أن يكون مسبقا، أن يكون خاصا، أن يكون ناتجا عن مداولة و أخيرا وجوب أن يمنح بدون غش¹.

فقد إشتراط المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، أن يكون الترخيص الممنوح من قبل المجلس سابقا للإتفاقية و ليس لاحقا لها². أي في المرحلة التي تكون فيها الإتفاقية على شكل مشروع. و بذلك يكون المشرع فرض رقابة سابقة على الإتفاقية، أما الرخصة المتحصل عليها بعد عقد الإتفاقية و إن كانت قبل الشروع في تنفيذها، تكون في حكم العدم لأن هذا يعد بمثابة مصادقة على الإتفاقية، و التي هي من صلاحيات الجمعية العامة المختصة بالرقابة اللاحقة على الإتفاقية فمبدأ الفصل بين السلطات، يقتضي عدم جواز تدخل المجلس في صلاحيات الجمعيات العامة، لإجازة الإتفاقيات بعد إبرامها³.

ولكن في غياب مثل هذا الشرط الذي يهدف من ورائه إلى تحقيق مصالح الشركة بعدم تقويت فرصة مريحة، لا يمكن تصور أن المجلس سوف يصادق لاحقا على إتفاقية سبق إبرامها، بإعتبار أن هذا الإجراء لم يوضع بغرض حماية المجلس وإنما لصيانة المصلحة الخاصة بالمساهمين، و ثم لا يكون للمجلس إغفال القيام بمثل هذا الإجراء⁴.

فضلا عن وجوب أن يكون الترخيص سابقا لإبرام الإتفاقية. فإنه يشترط أن يكون خاصا، بمعنى متعلق بإتفاقية محددة بموضوعها و أطرافها، فلا يمكن للمجلس مثلا عند بداية كل سنة مالية و أثناء عقد أول إجتماع له أن يمنح إذنا واحدا عاما صالحا لمجموع العمليات المتخذة طوال السنة المالية. وكذلك يجب الفصل بين حالات التعاقد الجديدة وتعديل العقد السابق و التجديد أو التمديد و الإنهاء. و يلتزم المجلس إجراء تصويت منفرد

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص92.

² - المواد 628 الفقرة 01 و 670 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

-Art L. 225 – 38 al. 1et L. 225 – 86 al. 1 C. com.fr.

³ - Versailles, 07 juin 2001, Bull. Joly soc. 2002, p 115, note A. Constantin.

⁴ - Cass. Com. 16 juin 1959, D. 1959, p 414, note A. Delsacé.

ومتميز خاص بكل إتفاقية على الخصوص، فمن الضروري أن يجعل لكل واحدة مداولة خاصة بها، لإحتساب النصاب و الأغلبية عند كل تصويت.

إن الإذن بجميع الإتفاقيات مبدئيا و مسبقا أو البعض منها وإن كانت من نفس النوع أو الترخيص لكل أعضاء المجلس أو عددا منهم بالتعاقد مع الشركة في كل وقت يعد بمثابة إنعدام الترخيص ويؤدي إلى بطلان الإتفاقية، حتى وإن كان محدد المدة أويخص تصرفات معينة¹.

و يصدر الترخيص بناء على مداولة المجلس المتبوعة بالتصويت، مع ضرورة الإشارة إلى هذه المداولة و الإقتراع في محضر الإجتماع. على أنه لا يمكن إستبدال هذه المداولة بموافقة فردية لكل عضو من أعضاء المجلس. و عليه فإن الموافقة الفردية لأعضاء المجلس على طلب الإذن، تكون باطلة و إن كانت بالإجماع لأنها حاصلة من دون إجتماع رسمي للمجلس و إتخاذ قراره بمداولة قانونية صريحة².

فلا تصح مداولة مجلس الإدارة إلا بحضور نصف أعضائه على الأقل ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن. و تؤخذ قراراته بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، ما لم ينص القانون الأساسي على أغلبية أكبر، و يرجح صوت الرئيس في حالة التعادل، ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك³. نفس الشيء بالنسبة لتداول مجلس المراقبة، إلا أن المشرع لم يذكر عبارة ما لم ينص على خلاف ذلك في القانون الأساسي عند ترجيح صوت

¹ - J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, op. cit, p 902.

² - Com. 10 juillet 1978, Rev. Soc 1979, p 848.

³ - المادة 626 من ق.ت.ج.

الرئيس في حالة التعادل¹. فإن قرار الإذن بإبرام الإتفاقية يخضع لشروط النصاب والأغلبية المحددة قانوناً، مع منع عضو مجلس المراقبة² المعني بالإتفاقية من المشاركة في التصويت³. وبالرغم من سكوت المشرع على مشاركة القائم بالإدارة في التصويت على قرار الترخيص المسبق بإتفاقية، سواء كان التعاقد مباشرة معه أو لفائدة مؤسسة له فيها مصالح فلا يجوز مطلقاً مشاركته في التصويت لأنه أمام تنازع المصالح فيسعى منطقياً إلى ترجيح تلك المصلحة المتعلقة به أو بالمؤسسة المرتبط بها، على حساب مصلحة الشركة⁴. و يحرم أيضاً عضو المجلس صاحب المصلحة في الترخيص، عند حساب النصاب ومن التصويت على حد سواء، و ذلك بالرغم من سكوت النص فالمنطق يقتضي عدم إحتساب في النصاب كل من أقصي من التصويت⁵.

أما بالنسبة لموقف المجلس من الإتفاقية، فنتوفر ثلاث إحتتمالات لقرار مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، للبت في طلب الترخيص لإبرام الإتفاقية، فقد يرفض الترخيص و ذلك لعدة أسباب، فقد يكون موضوع الإتفاقية من التصرفات المحظورة أو أنها لا تخدم مصلحة الشركة و تحتمل الإضرار بها. و قد يعيد المجلس تكييف الإتفاقية، فإذا أقر بإنتسابها إلى فئة الإتفاقيات العادية، يرفض منح الترخيص بشأنها و يعتبر إعادة تكييف التصرفات موضوع الإتفاقية بمثابة إجازة عقدها من دون الحاجة إلى الترخيص المسبق. أما الإحتتمال الثالث يتجسد في موافقة المجلس على مشروع الإتفاقية ويمنح الإذن بإبرامها وينجم عن هذا القرار جواز إبرام الإتفاقية من قبل ممثل الشركة وتنتج جميع أثارها القانونية ولا

¹ - المادة 667 من ق.ت.ج.

² - إن المشرع في الفقرة 01 من المادة 628 من القانون التجاري، لم يستبعد القائم بالإدارة من التصويت على قرار مجلس الإدارة، و في الفقرة الأخير من نفس المادة استبعده من المشاركة في التصويت و اخذ أسهمه في حساب النصاب عند اتخاذ القرار من الجمعية العامة .

³ - المادة 672 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

⁴ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص328.

⁵ - Paris, 11 mars 1976, J.C.P. 12 mars 1976, n° 12, note D. Velardochio.

تؤثر عليها عدم صحة الإجراءات اللاحقة للإذن والعيوب المرتبطة بها، إلا إذا كان هذا الترخيص مبنياً على تدليس فهذا يؤدي إلى بطلانه وإلغاء الإتفاقية حتى في مواجهة الغير¹.
ويمنح مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة الترخيص المسبق، يجب إبلاغ مندوبي الحسابات بكل إتفاقية مأذون بها و إخضاعها لمصادقة الجمعية العامة.

الفرع الثاني: الإجراءات اللاحقة لمنح الترخيص المسبق

بمجرد منح المجلس الإذن بإبرام الإتفاقية، يجب إبلاغ مندوبي الحسابات للشركة بالإتفاقيات المرخص بها، بغية إنجاز التقرير الخاص بشأنها، ثم عرضها على الجمعية العامة للمساهمين للمصادقة عليها.

فقد أُلزم المشرع مندوبي الحسابات بتقديم تقرير خاص إلى الجمعية العامة حول الإتفاقيات المبرمة بين الشركة و مسيرتها، على أن يتضمن هذا التقرير كافة المعلومات المفصلة عن هذه التصرفات، كبيان عددها و أسماء المسيرين المعنيين و طبيعتها ومحلها وشروطها، و كافة المعلومات التي تفيد المساهمين في تقدير مدى إستفادة الشركة من هذه الإتفاقيات.

كما تخضع هذه الإتفاقيات إلى مصادقة الجمعية العامة بإعتبارها آخر مرحلة من الإجراءات المطبقة، التي تعد هنا إجراءات لاحقة ما دام أنه يمكن تنفيذ الإتفاقيات بمجرد الترخيص بها من قبل المجلس، وعليه إن الجمعية العامة تصدر قرارها في آخر المطاف حول قيمة الإتفاقية.

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص338.

أولاً: مهمة مندوبي الحسابات

يتعين في الأصل أن يتم إعلام مندوبي الحسابات حول الإتفاقيات التي سينصب عليها فيما بعد تقريرهم الخاص. من ثم فإن هذا التقرير سيشمل الإتفاقيات التي أخطروا بها. إلا أن المشرع الجزائري لم يصرح في شركة المساهمة التقليدية بواجب إعلام مندوبي الحسابات بالإتفاقيات المرخص بها، غير أنه بالرجوع إلى الأحكام الخاصة بهذه الإتفاقيات في هذا النوع من الشركة، نجدها تستلزم لإبرام أية إتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة الحصول على إذن مسبق من مجلس الإدارة بعد تقديم تقرير من مندوب الحسابات تحت طائلة البطلان¹. وعليه يتعذر على مندوب الحسابات تقديم التقرير الخاص إلا إذا أحيط علماً بالإتفاقيات المراد الترخيص لها، فقد ألزم المشرع بصفة غير مباشرة مجلس الإدارة بإعلام مندوب الحسابات مسبقاً بطلب الرخصة ومشروع الإتفاقية قبل الجلسة المخصصة لدراسته حتى يتسنى له إعداد تقريره.

إن واجب إعلام مندوب الحسابات بمشروع الإتفاقية يقع على عاتق رئيس مجلس الإدارة، ويتم إخطاره بواسطة عقد غير قضائي أو رسالة موصى عليها مع وصل الإستلام. وأمام عدم تحديد المشرع من يجب عليه القيام بالإخطار، فيسقط هذا الواجب على رئيس مجلس الإدارة إذا قام به المدير العام أو القائم بالإدارة المعني بالإتفاقية والذي يحرص من دون شك على إتمام هذا الإعلام لتفاد سقوط الإتفاقية المراد إبرامها تحت طائلة البطلان². أما بالنسبة لأحكام شركة المساهمة ذات النمط الحديث، فقد ألزم المشرع الجزائري صراحة رئيس مجلس المراقبة بإشعار مندوب الحسابات بكل الإتفاقيات المرخص بها من أجل إعداد تقريره الخاص للجمعية العامة¹.

¹ - المادة 628 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

² - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 341.

¹ - المادة 672 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

ولا يشترط على مندوب الحسابات توجيه تقرير إلى مجلس المراقبة يسبق منح الترخيص. ففي هذا النوع من شركة المساهمة، لا يلتزم المندوب بإعداد التقرير واحد على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لشركة المساهمة التقليدية بحيث يلتزم المندوب بإعداد تقريرين، إحداهما سابق لمنح الإذن يوجه إلى مجلس الإدارة، و ثاني خاص لاحق للإذن يوجه إلى الجمعية العامة¹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، لم يترك أي غموض و ذلك بتحميله رئيس مجلس الإدارة ورئيس مجلس المراقبة حسب الحالة، مهمة إعلام مندوب الحسابات بالإتفاقيات المرخص بها من طرف المجلس².

أما بخصوص الإتفاقيات موضوع الإعلام، فلا تقصر على التي منح الإذن بشأنها من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، وإنما تتعدى إلى الإتفاقيات المرخصة في السنة أو السنوات المالية المنصرمة والتي تواصل تنفيذها في السنة المالية الجارية إلا إذا فقد المعنى بالإتفاقية الصفة التي تجعلها خاضعة للترخيص في تاريخ سابق على إفتتاح السنة المالية موضوع الرقابة. فالعبرة في حالة الإتفاقيات القديمة والمستمرة النفاذ، بصفة الشخص وقت إفتتاح السنة المالية الجاري عليها الرقابة وليس بوقت إعلام مندوب الحسابات بالإتفاقية.

إن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا لإعلام مندوب الحسابات بالإتفاقيات المرخصة من المجلس، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي ألزم رئيس مجلس الإدارة أو رئيس مجلس المراقبة، بإعلام مندوبي الحسابات بالإتفاقيات المرخصة خلال شهر إبتداء من تاريخ إبرام الإتفاقية، وإذا تعلق الأمر بإتفاقية مبرمة في السنوات المالية المنصرمة وإمتد تنفيذها خلال السنة المالية الجارية، فيجب إشعار مندوب الحسابات بها خلال شهر من قفل السنة المالية¹.

¹ - المادة 628 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

² - Arts. L. 225 – 40 al. 2 et L. 225 – 88 al. 2 C. com.fr

¹ - Art. R. 225 – 30 et R. 225 – 57 C. com.fr

أما عن شكل هذا الإعلام، فإن كلا من المشرعين الجزائري و الفرنسي، لم يبينوا شكليات هذا الإعلام، و أمام هذا السكوت إقترح الفقه، بأنه يجوز إتمامه شافهتا، إلا أنه ومن باب الإحتياط و لتوفير دليل إثبات، يفضل أن يتم كتابته و يبلغ بموجب رسالة موسى عليها، بغية تفادي أي إحتجاج و إمكانية إثارة مسؤولية رئيس المجلس، ويكون هذا الأخير أدى مهمته على أكمل وجه بإرفاقه الإعلام جميع الوثائق اللازمة لإعداد مندوب الحسابات تقريره.

ويجب على مندوبي الحسابات إعداد تقرير خاص عن الإتفاقيات المرخصة من المجلس سواء تم إعلامهم بها أم لا أي التي تم إكتشافها عقب تفحص محاضر الجلسات. أما باقي الإتفاقيات ، أي تلك التي أبرمت بدون إذن مسبق أو رفض المجلس منحها الترخيص لإبرامها، فلا يكون المندوبين ملزمين بشأنها سوى بالإشارة في تقريرهم العام إلى المخالفة الناجمة عن عدم مراعاة إجراء الترخيص المسبق¹.

و إنطلاقا من أن مهمة مندوب الحسابات تنحصر في المراقبة، فإن هذا التقرير يقف عند حد إعلام المساهمين بأن مندوب الحسابات أحيط علما بالإتفاقيات التي أنن بها مجلس الإدارة و بعد الدارسة إتضح بأن هذه الإتفاقيات لا تضر بمصلحة الشركة².

وتظهر أهمية هذا التقرير المنجز من طرفه، إذ يستند إليه المساهمين من أجل فهم الإتفاقيات لاسيما تلك المعقدة، و معرفة شروط إبرامها و تحديد المستفيدين منها. فيؤهلهم للفصل فيها بالمصادقة عليها أو رفض ذلك برؤية واضحة¹.

وبالرغم من أهمية هذا التقرير، إلا أن المشرع الجزائري أغفل تحديد محتواه وشكله ومن خلال إستقراء النصوص القانونية² الخاصة بهذه المسألة، يستخلص أن الإتفاقيات موضوع

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، المرجع السابق، ص 126.

² - أنظر، ديدن بوعزة، أجهزة الرقابة في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص 31.

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 354.

البيان في التقرير الخاص هي تلك الواجب إخضاعها لمصادقة الجمعية العامة. وهي الإتفاقيات المرخصة والتي أعلم بها مندوب الحسابات من طرف رئيس مجلس الإدارة أو رئيس مجلس المراقبة حسب الحالة، ثم الإتفاقيات التي رخصت من طرف المجلس لكن لم تبلغ إلى المندوب، وإنما إكتشفها أثناء تأديته لمهامه الرقابية وكذا الإتفاقيات المبرمة من دون رخصة والتي كيفها المندوب بأنها تتدرج ضمن الإتفاقيات الخاضعة لإلزامية الإذن المسبق. بالإضافة إلى هذا فقد ألزم المشرع الفرنسي بتبليغ حتى الإتفاقيات العادية وذلك بذكر قائمتها وموضوعها².

كما يجب أن يتضمن التقرير الخاص، أسماء المستفيدين من الإتفاقيات، طبيعة وموضوع الإتفاقيات و تقدير شروط إبرامها، عن طريق مراقبة مدى تطابق المعلومات المذكورة فيها مع الوثائق الأساسية المعتمدة في التفاوض والتعاقد. فعلى مندوب الحسابات تضمين تقريره كل المعلومات التي من شأنها إعطاء رؤية واضحة و صادقة عن هذه الإتفاقيات للجمعية العامة للمصادقة عليها، كالسعر المتفق عليه، أساليب و مدة الدفع علاقة المستفيد بمجلس الشركة، إلى غير ذلك من المعلومات المهمة و الضرورية³.

خلافا للمشرع الجزائري، حدد المشرع الفرنسي البيانات الواجب ذكرها في التقرير الخاص و المتمثلة فيما يلي :

- الإتفاقيات الخاضعة لمصادقة الجمعية العامة.

- أسماء و ألقاب القائمين بالإدارة و المدير العام و المديرين العاميين المفوضين أو أعضاء مجلس المديرين و أعضاء مجلس المراقبة المعنيين بالإتفاقية.

¹ - المادة 715 مكرر 4 الفقرة 2 من ق.ت.ج. و المواد 23 الفقرة 06 و 65 من القانون 01/10 المؤرخ في 29 يونيو 2001 المتعلق بمهن الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد، ج.ر. 11 يوليو 2010، عدد 50.

² - Art. R. 225 – 32 et R. 225 – 59 C. com.fr

³ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 360.

- المساهمون المعنيون بالإتفاقية الذين بحوزتهم نسبة 10% من حقوق التصويت على الأقل في الجمعيات العامة.
 - طبيعة و موضوع الإتفاقيات.
 - الأنماط الأساسية لهذه الإتفاقيات، و على وجه الخصوص بيان الأسعار والتعريفات و الخصومات و العمولات الموافق عليها و مهلة الدفع.
 - الفوائد المحددة و التأمينات الممنوحة¹.
- وبعد الإنتهاء من إعداد التقرير الخاص، يلتزم مندوب الحسابات بإيداعه بالمقر الإجتماعي للشركة. خلال خمسة عشرة 15 يوما قبل إنعقاد الجمعية العامة المدعوة للبحث في الإتفاقيات المبرمة². و هذا ما يتطابق مع النص الذي يمنح الحق للمساهمين للإطلاع على تقارير مندوب الحسابات خلال خمسة عشرة 15 يوما السابقة لإنعقاد الجمعية العامة العادية³، و لتمكين المساهمين من ممارسة حقهم في الإطلاع على تقرير مندوب الحسابات يجب أن يتم إيداع هذا التقرير خلال هذه الفترة بالمقر الاجتماعى للشركة⁴. نفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي، هو ملزم بإيداع التقرير الخاص خلال خمسة عشرة 15 يوما قبل إنعقاد الجمعية العامة⁵.

ثانيا: سلطة الجمعية العامة

إن الجمعية العامة هي الهيئة المؤهلة قانونا بإتخاذ قرار بشأن الإتفاقيات المرخصة إما بالمصادقة عليها أو عدم المصادقة، ولا ينحصر دورها في مجرد الإطلاع على الإتفاقيات المعروضة عليها. وإن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، لم يحدد الجمعية العامة

¹ - Art. L. 225 – 22. ° L. 225 – 42. L. 225 – 79 .C. com.fr

² - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 202/11، المؤرخ في 26 مايو 2011، الذي يحدد معايير تقارير محافظ الحسابات و أشكال و أجال إرسالها، ج.ر 01 يونيو 2011، عدد 30.

³ - المادة 680 من ق.ت.ج.

⁴ - المادة 05 من المرسوم التنفيذي 202/11، السالف الذكر.

⁵ - Art. R. 225- 161 C. com.fr

المؤهلة للنظر في الإتفاقيات التي أذن مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بإبرامها، من بين الجمعيات العامة التي تتعقد في شركة المساهمة.

وعليه يمكن القول، إن الجمعية العامة العادية هي المختصة بإتخاذ القرار بشأن الإتفاقيات المأذون بها، لأن المصادقة على تصرفات الإدارة تعد من القرارات التي تندرج ضمن إختصاصاتها، بإعتبارها الهيئة المكلفة برقابة عمل الهيئة الإدارية¹. ومن ذلك التصرفات المتعلقة بمنح الرخص لأعضاء المجلس المعنيين بنظام الاتفاقيات للتعاقد مع الشركة².

ويعتبر قرار الجمعية العامة المتخذ بشأن هذه الإتفاقيات على أنه قرار رقابي، لأن من خلاله تتحقق الجمعية العامة من عدم إضرار الإتفاقية المبرمة بمصلحة الشركة. وعلى هذا الأساس فإن الجمعية العامة العادية السنوية بالتحديد هي التي تتخذ مثل هذه القرارات لأنها تتعقد خلال الستة أشهر بعد قفل السنة المالية، لرقابة التسيير والحسابات السنوية للشركة والمصادقة عليها، ومن ثم رقابة الإتفاقيات المأذون بها خلال السنة المالية موضوع التحقيق. ولا مانع من إستدعاء الجمعية العامة العادية في أي وقت من السنة المالية وهي ما تسمى بالجمعية العامة العادية غير السنوية من أجل النظر في الإتفاقيات المرخصة لاسيما في حالة الإستعجال أو نظرا لأهمية و ثقل الإتفاقية في حد ذاتها من حيث جوانبها المالية بشرط إتاحة الوقت لمندوب الحسابات من أجل معاينة الإتفاقية وإعداد تقريره الخاص بشأنها وتمكين المساهمين من الإطلاع عليه¹.

ويتعين على رئيس مجلس الإدارة أو رئيس مجلس المراقبة حسب الحالة، عرض الإتفاقيات التي صدر بشأنها إذن مسبق لمصادقة الجمعية العامة العادية². وعند إغفالهم

¹ - المواد 675 - 676 - 677 من ق.ت.ج.

² - Y. GUYON, , Les sociétés,(Aménagement statutaires et convention de vote), op. cit, p 457.

¹ - أنظر، بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 370.

² - المواد 628 الفقرة 01 و 672 الفقرة 02 من ق.ت.ج.

ذلك، يقع هذا الواجب على عاتق مندوب الحسابات، لأنه ملزم قانونا بإستدعاء الجمعية العامة¹، في الآجال المحددة قانونا²، تحت طائلة المسائلة الجزائية لرئيس المجلس أوالقائمين بالإدارة³.

ويتوجب أيضا إدراج مشروع قرار المصادقة في جدول أعمال جلسة الجمعية العامة العادية. وعند إغفال إدراجه فلا تعفى الجمعية العامة من المصادقة على الإتفاقيات وإنما تراقبها، كلما توافر تقرير خاص لمندوب الحسابات وجه إلى الجمعية العامة، بناء على السلطات المخولة لها قانونا، إذ منحها المشرع صلاحية الفصل في الإتفاقيات موضوع التقرير الخاص، فتتظر فيها بقوة القانون⁴.

وتتخذ المصادقة على الإتفاقيات المأذون بها، بناء على قرار صادر من الجمعية العامة، بإعتبارها هيئة تداولية، أما الموافقة الفردية لكل مساهم على الإتفاقية لا أثر لها ولا تحول دون عقد جلسة للجمعية العامة، تتداول طبقا للشروط القانونية.

وبما إن الجمعية العامة تتخذ قرارها بشأن الإتفاقية موضوع المصادقة، بناء على التقرير الخاص لمندوب الحسابات، فتفصل في الإتفاقية في حد ذاتها بالمصادقة أو الرفض وليس في التقرير الخاص الذي لا يحتاج إلى المصادقة، لأنه وسيلة إعلام يستشف من خلاله المساهمين صورة عن الإتفاقيات التي تضمنها.

ويتخذ قرار الجمعية العامة التي تبت في الإتفاقيات المعروضة عليها، بناء على القواعد المقررة لتصويت الجمعيات العامة العادية، أي تتم المصادقة على الإتفاقيات المرخصة بموافقة أغلبية الأصوات المعبر عنها هذا بالنسبة للتشريع الجزائري¹. أما في

¹ - المادة 715 مكرر 4 الفقرة 06 من ق.ت.ج.

² - المادة 676 الفقرة 01 من ق.ت.ج.

³ - المادة 815 من ق.ت.ج.

⁴ - المادتان 628 الفقرة 04 و 672 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

-Art. L. 225 – 40 al.3 et L. 225 – 88 al. 3 C.com.fr

¹ - المادة 675 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

التشريع الفرنسي، فيتخذ قرار المصادقة بأغلبية الأصوات التي يحوزها المساهمين الحاضرين أو الممثلين¹.

وتفصل الجمعية العامة في كل إتفاقية معروضة عليها بصفة مستقلة، فتشكل كل واحدة موضوع قرار خاص. ولا يمكن المصادقة على جميع الإتفاقيات مرة واحدة بموجب قرار مشترك، الذي يبقى بدون أثر في حالة حدوثه، كما لا يعد بمثابة المصادقة على الإتفاقيات. ولأجل ذلك وإن كان الأمر سيعقد إجتماع الجمعية العامة، يتوجب إعادة حساب النصاب و الأغلبية عند النظر في كل إتفاقية على حدة، فتكون كل إتفاقية موضوع مداولة خاصة و تصويت مستقل. و يجب إقصاء كل مساهم معني بالإتفاقية موضوع المصادقة من المداولة الخاصة بها، ولا تؤخذ أسهمه في حساب النصاب و الأغلبية عند إتخاذ القرار بشأنها.

ولا تنتج الإتفاقية أثارها إلا بعد مصادقة الجمعية العامة عليها بناء على التقرير الخاص بمنسوب الحسابات، وعليه فإن قرار الجمعية العامة قد يكون بالمصادقة على الإتفاقية أو عدم المصادقة عليها، فالمصادقة تعد موافقة لاحقة للجمعية العامة للمساهمين على الإتفاقية المبرمة و التي تكون في غالب الأحيان دخلت حيز التنفيذ، بمثابة تأكيد على عدم تعارض الإتفاقية مع مصلحة الشركة، في نظر أغلبية المساهمين. و بقرار المصادقة تتأكد الآثار الناجمة عن الإتفاقية، التي تنتج أثارها تجاه الغير، إلا إذا ألغيت بسبب التدليس.

أما في حالة عدم المصادقة، و بما أن الإتفاقية في غالب الأحيان تكون دخلت حيز التنفيذ فور إجازتها من قبل مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، و أحيانا قد يكون إنقضى تنفيذها. وبالتالي تلتزم الشركة بها بمجرد حصولها على الإذن المسبق و قبول المعني بها مما يجعل إلغائها لعدم المصادقة عليها من طرف الجمعية العامة بدون جدوى. لذلك فإن

¹ - Art. L. 225- 98 al. 3 C. com.fr.

الإتفاقيات غير المصادق عليها تنتج جميع آثارها تجاه الغير و تلتزم بها الشركة، إلا في حالة التدليس¹.

ونظرا لعدم جدوى إبطال الإتفاقية غير المصادق عليها، فقد أقر المشرع جزاء أكثر ملائمة بهدف إعادة التوازن للمصالح المتنازعة، أي مصلحة لشركة من جهة ومصلحة المستفيد من الإتفاقية من جهة أخرى، و هذا بتحليل هذا الأخير العواقب الضارة الناجمة عنها، هو وكل عضو من أعضاء المجلس وافق على قرار الترخيص المسبق².

ومن تم فإن قرار عدم المصادقة لا يؤدي إلى إبطال الإتفاقية و لا يحول دون سريان آثارها، وإنما يفتح المجال لمسائلة العضو المستفيد منها و الأعضاء الآخرين المشاركين في إجازتها. وعليه يحق للشركة رفع دعوى قضائية بهدف تعويض الأضرار اللاحقة بها³.

وبعد أن تعرضنا إلى القواعد الآمرة لتنظيم الإتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيرها كحد من حدود الحرية التعاقدية في قانون الشركات، سوف نتطرق في الفصل الموالي إلى حدود أخرى ترد على هذه الحرية وهي مصلحة الشركة و النظام العام.

الفصل الثاني: مصلحة الشركة و النظام العام

تعد مصلحة الشركة مفهوما مرتببا بقانون الشركات أساسا، بحيث أصبح وجوب إحترام مصلحة الشركة مبدأ عاما على المساهمين و المسيرين في الشركة إحترامه. وعلى القاضي تطبيقه في حالات خلو التشريع أو القانون الأساسي لشركة من النص الذي يحكم النزاع.

إن مصلحة الشركة تشكل الحدود التي يمارس خلالها المسيرون صلاحياتهم، فيكون أمامهم إتخاذ بعض الخيارات تمليها حتما تصورات تحقيق مصلحة الشركة. فمن خلال

¹ - المواد 629 الفقرة 01 و 672 الفقرة 05 من ق.ت.ج.

-Art. L. 225 – 41 al.1 et L. 225 – 89 al.1 C. com.fr.

² - المواد 629 الفقرة 01 و 672 الفقرة 05 من ق.ت.ج.

-Art. L. 225 – 41 al.1 et L. 225 – 89 al.1 C. com.fr.

³ - Ph. MERLE, op. cit, p471.

الإحترام الظاهر لها سيتم تقييم تصرفاتهم. كما تشكل حدا عاما لصحة الاتفاقيات بين الشركاء وحدا لصحة الشروط المدرجة في القانون الأساسي للشركة. فكلما كانت الإتفاقيات مؤسسة على إعتبرات مصلحة الشركة، كانت صحيحة و منتجة لأثارها، وكلما خالفت مصلحة الشركة كانت باطلة.

بالإضافة الى مصلحة الشركة، يعتبر النظام العام هو الآخر قيد للحرية التعاقدية وبهذا الدور يحقق منفعة عملية للشركاء حين إتفاقهم على بنود تأسيسية يرغبون في إدراجها في القانون الأساسي، كما أنه يؤدي لا محالة إلى سلامة الإتفاقيات المبرمة بين الشركاء وذلك بالعمل على رسم حدود إرادة الشركاء في ظل قواعد النظام العام.

فمن خلال هذا الفصل سنتعرض بالدراسة إلى مصلحة الشركة كحد من حدود الحرية التعاقدية في الشركات التجارية (المبحث الأول)، و إلى النظام العام في قانون الشركات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مصلحة الشركة

لم يقم المشرع بتحديد مفهوم مصلحة الشركة بالرغم من استعماله في عدة مناسبات¹ ولعل السبب في ذلك هو خشية المشرع من الطبيعة المتغيرة لهذا المصطلح فهو صعب التعريف، لأنه يحمل عدة معاني حسب النظرية المعتمدة لتعريف الشركة².

تعتبر مصلحة الشركة مفهوما أساسيا ضمن الأحكام الخاصة بتنظيم وتسيير الشركات التجارية، كما أنها تشكل أحد العوامل الأساسية التي يعتمد عليها لتنظيم السلطات في الشركة، وهو ذو نشأة قضائية إستعمل من طرف القضاء حسب الإحتياجات وهو ما يفسر الغموض الذي يكتنفه. و قد إختلف الفقه في تحديد مفهومه مما أدى إلى ظهور العديد من النظريات.

¹ - المواد 554 الفقرة 01، المادة 577، المادة 800، المادة 811 من ق.ت.ج.

² - J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, th. Renne 1967, p 166.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة الشركة

تصنف النظريات المحددة لمفهوم مصلحة الشركة في إتجاهين أساسيين، الأول يرى أن مصلحة الشركة هي تلك الخاصة بالشركاء (الفرع الأول)، أما الثاني فيرى في مصلحة الشركة مصلحة المشروع (الفرع الثاني)، غير أنه لم تسلم النظريتان من النقد نظرا للنتائج التي قد تترتب عن الأخذ بأحدهما الأمر الذي دفع بإتجاه ثالث إلى تبني حل وسط، عن طريق الأخذ بموقف مختلط لمفهوم مصلحة الشركة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء

يختلف تطبيق مفهوم المصلحة في مجال الشركات التجارية باختلاف الفقه والتشريعات، إذ هناك من أضاف إليه مصطلح "الشركة" كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري¹ و نظيره الفرنسي²، كما هناك مصطلحات متعددة مشابهة لمصلحة الشركة إستعملها الفقه والقضاء لكنها تؤدي إلى نفس المعنى منها "المصلحة الجماعية" و"المصلحة العامة للشركة"، "المصلحة العليا للشركة"، وقد أطلق عليها جانب من الفقه مصطلح "المقياس أو البوصلة" التي تحدد الطريق الواجب إتباعه¹.

لم يحظى مصطلح مصلحة الشركة لفترة طويلة من الزمن محل إهتمام رجال القانون خوفا منهم من المغامرة لمنح مفهوم لهذا المصطلح، فأبي تفسير قد يكون له أثر على قرارات الشركاء في الجمعيات العامة، و على أعمال هيئة التسيير و طرق إدارة الشركة، وبصفة خاصة على قرار القاضي الناظر في النزاع الذي يكون موضوعه مصلحة الشركة، مما أنقص من الدور الذي يلعبه هذا المفهوم في حياة الشركة.

لكن الوضع لم يستمر على هذا النحو، فأخذ يتحسس رجال القانون الفرنسيين بأهمية مصلحة الشركة، بحيث بادر الفقه في العمل على تحديد مفهوم له، و ظهرت عدة دراسات

¹ - المادة 554 الفقرة 01 من ق.ت.ج

² - Art. L.221 – 4al.1 C.com.fr.

¹ - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSIER, op. cit, p 171.

متخصصة أوضحت مفهوم مصلحة الشركة و الدور الذي يمكن أن تلعبه في حماية الشركات التجارية¹.

وبالرغم من صعوبة تحديد مفهوم مصلحة الشركة، حاول الفقه التعرف عليها بالإعتماد على وجهات نظر مختلفة نظرا لخطورة التي يشكلها تطبيقه، لأنه عنصر أساسي وبخرقه يتأثر قانون الشركات و قانون العقوبات، وحتى قانون الضرائب².

أولا : مضمون النظرية

يحصر أنصار هذه النظرية مصلحة الشركة في مصلحة الشركاء، على إعتبار أن الشركاء هم من بادروا بتأسيس الشركة و على هدى مصلحتهم فقط يجب أن تسير، وقد كان عمد هذه النظرية فكرة عقد الشركة بالإضافة لبعض النصوص القانونية والأحكام القضائية التي إعتدوا عليها لتدعيم موقفهم، و إنطلق أصحابها من تساؤل مفاده، لمصلحة من تنشأ وتسير الشركة¹.

وإعتبر جانب آخر من الفقه² أنه يجب أن يبقى في الأذهان أن الشريك يستثمر جزء من أمواله في الشركة للحصول على الأرباح، و بالمقابل يكتسب حق التصويت الذي يمارسه في إطار الجمعيات العامة للدفاع عن مصلحته كشريك دون أي مصلحة أخرى.

وبالاستناد إلى المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي³ التي تعرف الشركة بأنها عقد ناتج عن مجموع الإيرادات الفردية التي إجتمعت لتحقيق مشروع إقتصادي مشترك بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد كما يتحملون الخسائر التي قد تنجم عن ذلك ومن ثم إن الشركة تؤسس من أجل المصلحة المشتركة للشركاء المتمثلة في تحقيق الأرباح وإقتسامها.

¹ - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 93.

² - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSIER, op. cit, p 172.

¹ - Ph. BISSARA, Le gouvernement d'entreprise en France, Rev. Soc. 2003, p 64.

² - D. SCHMIDT, op. cit , p15

³ - Art. 1832 C. civ. fr

كما يستند أصحاب هذا الموقف على الإجتهد القضائي، الذي منح الحق في الإدعاء في جريمة إساءة إستعمال أموال الشركة إلا للشركة و الشركاء دون غيرهم¹، كما إعتبر أن الضحية في هذه الجريمة هي الشركة و الشركاء²، بحيث أنه لو كانت مصلحة الشركة تمثل مصالح الشخص المعنوي وما ترضه من مصالح فئوية أخرى مرتبطة بها لما رفضت المحاكم هذا الإدعاء، و منحه إلا للشركة و الشركاء دون غيرهم.

وربط أنصار هذه النظرية بين هدف تقسيم الأرباح و مصلحة الشركة، وذلك لأن المشرع خصص لعقد الشركة هدف وهو إقتسام الأرباح التي قد تتجم عن الشركة والتي يجب أن تسيّر لتحقيقه. و لتحقيق هذه الهدف يخضع الشركاء في تسيير شؤون الشركة لمبدأ الأغلبية الذي يسود في الجمعيات العامة، بحيث تتمتع هذه الأغلبية بسلطات واسعة لحماية مصلحتها و مصالح باقي الشركاء. بناء على ذلك فان مصلحة الشركة هي مصلحة الأغلبية.

ثانيا : الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية

أول إنتقاد وجه إلى هذه النظرية، هو أن المفهوم المقترح لمصلحة الشركة يتطابق مع مصالح الشركاء، إلا أن هذه المصالح قد تختلف و تتعارض فكيف سيتم التوفيق بينها و بين مصلحة الشركة، خاصة أن الفقه¹ أصبح يميز بين هاتين المصلحتين إذ إعتبر أن مصلحة الشركة لا تختلط بالضرورة مع مصلحة الشركاء التي تفرض معاملتهم على قدم المساواة ولهذا على المسيرين العمل على تحقيق مصلحة الشركة دون انتهاك مبدأ المساواة بين الشركاء ودون تفضيل المصلحة المشتركة لهؤلاء على حساب مصلحة الشركة.

كما يرفض جانب آخر من الفقه²، تشبيه مصلحة الشركة بالمصلحة المشتركة للشركاء لأن الشركاء في الشركة لا يسعون إلى تحقيق نفس المصالح، فقد يفضل البعض الإثراء

¹ - Crim, 24 avril 1971, J.C.P. 1971, 2, p 1688.

² - Crim, 27 juin 1995, Rev. Soc. 1995, p 746, note B. Bouloc.

¹ - F. LEFEBVRE, Mémento pratique, Dirigeants de sociétés commerciales, éd. 2006 – 2007, p 742.

² - B. DUPUIS, La notion d'intérêt social. th. Paris 2001, p 331.

على المدى القصير، بينما يسعى البعض الآخر للحصول على فائدة على المدى الطويل لأنه لا يمكن أن تكون هناك مصالح مشتركة إلا عندما تكون هذه المصالح متماثلة ومتطابقة.

وإعتمد معارضي هذه النظرية لإنتقادها على الواجبات التي يفرضها المشرع على الشركاء، إذ يلتزمون بالمحافظة على مصلحة الشركة، وإن هذا الإلتزام المفروض على كل شريك يبين تمييز المشرع مصلحة الشركة عن مصلحة الشركاء، و تفضيله لمصلحة الشركة على مصلحة الشركاء، كما أن إرادة الشركاء غير كافية لوحدها لتحديد هذا المفهوم لأن المشرع فرض أحكاما آمرة لتأسيس الشركة و تسييرها كما يحدد أيضا أشكال الشركات التي يمكن تأسيسها و الأحكام التي تسري على كل شكل، ولهذا فإرادة الشركاء لوحدها غير كافية¹.

هذا ما سار عليه القضاء² بحيث ميز بين مصلحة الشركة و مصلحة الشركاء واكتفى بالنظر إلى مدى إنتهاك مصلحة الشركة دون مصلحة الشركاء لإلغائه قرار الجمعية العامة وبمناسبة التمييز بين هاتين المصلحتين قضت محكمة النقض الفرنسية³ برفض الطعن على أساس أن مصلحة الشركة لم تكن محل إنتهاك في قضية إحتجت فيها الأقلية على قرار الجمعية العامة بالأغلبية للتنازل عن الأماكن السكنية المستثمرة من قبلها إلى مؤسسة الإيجار التمويلي، بعد ذلك قامت الأغلبية بتأسيس شركة مدنية تعاقدت مع مؤسسة الإيجار التمويلي لشراء هذه الأماكن السكنية بمقتضى إيجار تمويلي مما دفع بالأقلية في الشركة الأصلية الطعن في قرار الجمعية العامة بسبب تعسف الأغلبية. وقد أكد الإجتهد القضائي أيضا أن مطابقة العملية أو القرار لمصلحة الشركة لا يعني بالضرورة مطابقتها للمصلحة المشتركة للشركاء⁴.

¹ - Ph. MERLE, op. cit, p 31.

² - Paris, 05 avril 2002, J.C.P.éd. E. 2002, p 1796.

³ - Com, 04 octobre 1994, Rev. Soc. 1994, note. D. Schmidt.

⁴ - Com, 18 juin 2002, J.C.P. éd. E, 2002, p 1728, note. A. Viandier.

الفرع الثاني: مصلحة الشركة هي مصلحة الكيان المستقل عن الشركاء

بعد الانتقادات الموجهة لنظرية العقدية، وردا على أنصارها الذين جعلوا من مصلحة الشركة تنعكس في مصلحة الشركاء المشتركة، ظهرت آراء فقهية أخرى وعلى خلاف ذلك جعلت من مصلحة الشركة تجسيدا لمصلحة كيان مستقل عن الشركاء، من جهة مصلحة المشروع، ومن جهة أخرى مصلحة الشركة بإعتبارها شخص معنوي قائم بذاته¹.

فدافع هذا التيار الفقهي عن فكرة الشخصية المعنوية للشركة، إذ تقوم هذه النظرية على فكرة أن للشركة كيان خاص بها مستقل عن شخصية الشركاء المكونين لها يتمثل في الشخصية المعنوية للشركة، وإن الإقرار بالشخصية المعنوية للشركة له نتائج عملية هامة على مستوى المصلحة الواجب تفضيلها عند حصول تنازع المصالح داخل الشركة¹.

أولا : مضمون النظرية

تأثر أنصار هذه النظرية بالطبيعة النظامية للشركة، لهذا تعرف الشركة بأنها تنظيم قانوني للمؤسسة، وهذا التنظيم متى أنشئ يتولد عنه مصالح مستقلة عن مصالح الشركاء فبمجرد تكوين الشركة تصبح متعاملا إقتصاديا يتعدى نشاطها الطابع التعاقدية، فهي شخص قائم بذاته مستقل عن جماعة الشركاء أو الإرادات الإنفرادية.

وحسب هذا الرأي، فبالنظر لتطور الحديث و ظهور شركات مساهمة كبرى جعل الكثير من الفقهاء يغيرون نظرتهم التقليدية التي ترى أن الشخصية المعنوية في الشركة ما هي إلا نتيجة إنقاء إرادات الشركاء، و إن كان الجميع يعترف بخصوصية عقد الشركة لكونه لا يقتصر أثره على إنشاء حقوق و واجبات بين المتعاقدين، إنما له أثر خاص متميز عن باقي العقود وهو خلق شخصية معنوية متميزة عن شخصية الشركاء. وإن هذه الشخصية

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، مصلحة الشركة معيار مشروعية أعمال التسيير في الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس -، السنة الجامعية 2009 - 2010، ص 28.

¹ - أنظر، مشرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 101.

المعنوية التي إنبثقت عن عقد الشركة، هي وليدة النظام الذي ألغى كل أثر عقدي في الشركة، لظهور عدة قواعد أخرجت الشركة عن إرادة مؤسسيها، وبرزت النظرية النظامية للشركة و أصبح تدخل المشرع أكثر وضوحا لاسيما في شركة المساهمة، فالشركاء لم يعودوا أحرارا في إيراد ما يشاعون من شروط، بل أدخل المشرع تنظيمًا آخر يبغي الإنصياح إليه¹.

وعليه فإن مصلحة الشركة هي مصلحة كل الأطراف المشاركين في حياتها الإجتماعية، و تتداخل هذه المصالح رغم إختلافها لتشكل المصلحة الجماعية أو ما يسمى بمصلحة الشركة، و لهذا فإن الشركة تتدرج ضمن أحكام تنظم بطريقة آمرة مجموعة من الأشخاص حول هدف محدد، فإن هذه النظرية تعتمد على مجموعة القواعد الآمرة لضمان إستمرارية الشركة لبلوغ هدف محدد، أما المصالح الأخرى فهي تابعة لهذا الهدف المراد تحقيقه¹، فإن مصلحة الشركة هي المصلحة الخاصة للكيان القانوني المستقل.

تمثل مصلحة الشركة المصلحة للشخص المعنوي ذاته، كمتعامل إقتصادي قائم بذاته ومستقل يسعى لتحقيق مصلحة متميزة عن المصالح الأتانية للشركاء والزبائن والدائنين لكنها تتوافق مع مصالحهم المشتركة التي تتمثل عند إجتماعها في ضمان إزدهار وإستمرارية الشركة، لهذا تسموا مصلحة الشركة الخاصة بها على مصلحة الشركاء وكل المصالح الأخرى، لكنها تتضمن مصالح كل الأطراف المرتبطة بها².

ويعزز أنصار هذه النظرية موقفهم بالقضاء بالنسبة لجنحة إساءة إستعمال أموال الشركة من قبل المسير، بحيث إستفاد القضاء من عدم تحديد الركن المادي لهذه الجريمة من طرف المشرع، مما ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العمل المخالف لمصلحة الشركة، و لهذا أخذ القضاء بالمفهوم الموسع لمصلحة الشركة فقضى بأن رضا الشركاء ولو بالإجماع على تصرفات المسير المشكلة لجنحة إساءة استعمال أموال الشركة

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 41.

¹ - Ph. MERLE, op. cit, p 32.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 43.

لا ينزع الصفة الإجرامية عن هذا الفعل، لأن تجريم هذا الفعل من طرف المشرع لم يأتي لحماية الشركاء بل لحماية الذمة المالية لشركة في سبيل مصلحتها و مصلحة الدائنين والأجراء و غيرهم¹. وقضى أيضا بصحة الكفالة التي عقدها المسير بتفويض من الجمعية العامة غير العادية، حيث لم يتبين أنها مخالفة لمصلحة الشركة، وأكد عن انفصال مصلحة الشركة عن مصلحة الشركاء في مادة الكفالة².

إن أنصار هذه النظرية يعتمدون على عنصرين أساسيين لا بد من توافرها لتحديد مصلحة الشركة، العنصر الأول يتمثل في تمييز مصلحة الشركة عن مصلحة الشركاء لأن المصلحة الخاصة بالشركة تتجاوز مصلحة الشركاء. أما العنصر الثاني يتمثل في إستقلالية الذمة المالية للشركة، لذلك يجب إحترام الذمة المالية للشخص المعنوي وإنفصالها عن ذمم الشركاء، و إن المزج بين الذمم يعد عملا مخالفا و مضرا بمصلحة الشركة.

ثانيا : الإنتقادات الموجهة للنظرية

لم تسلم هذه النظرية أيضا من الإنتقاد، فإن القول بأن الشركة تعد نظاما قانونيا غاياته المشروع فكرة واسعة وغير مقبولة، لأن الشركاء عندما يدافعون عن مصالحهم في الشركة إنما يدافعون عن كونهم هم أسياد الشركة ولهم لوحدهم يعود القرار وإدارة شركتهم أما المتعاملين و المنتفعين من الشركة لا يستطيعون التدخل في كيفية إدارة الشركة، ولا يوجد نص قانوني يسمح لهذه الفئات إنتقاد إرادة الأغلبية بحجة أنها غير موافقة لمصلحة المشروع، وحتى الأقلية من المساهمين لا تملك سوى الدفاع عن حقوقها لكونها داخل إطار شركة وليس في إطار المشروع الواسع¹.

¹ - Crim. 26 mai 1994, J.C.P. éd. E. 1994, n° 1014.

² - Com. 18 mars 2003, J.C.P. 2003, p 1896.

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 70.

كما أنه لا يمكن تجاهل أصل الشركة على أنها تصرف إرادي ، إذ تجاهل هذا التيار أن الشركة هي عقد ينشأ بتراضي الشركاء الذين يقدمون أموالهم بهدف إقتسام الأرباح إضافة إلى أن الشركة تفقد إرادتها و إستقلاليتها أمام إرادة الشركاء متى تعلق الأمر بحل الشركة. كما أن الفكرة الواسعة للمصالح التي تمثلها مصلحة الشركة، لها نتائج خطيرة فيما يتعلق برقابة القضاء على إدارة الشركة، بحيث أن الأمر يتعلق بالبحث و تقييم السياسة الإقتصادية والمالية للشركة والتي تختص بتحديد أجهزتها، فالقاضي حتى يمكنه تقدير وتقييم سياسة الأغلبية يقوم بمجهود وفق المخطط الآتي. البحث عن مصلحة الشركة ثم تحديد هذه المصلحة و تحديد سياسة الشركة في القرار المتنازع عليه وأخيرا البحث عن مدى تطابق سياسة الأغلبية في هذا القرار مع مصلحة الشركة، بمعنى أن القاضي يضع نفسه مكان الأغلبية عند تقديره مصلحة الشركة وتطابق قرارات الأغلبية مع هذه المصلحة. وهذه النتيجة مرفوضة لأن القاضي يجهل تماما شؤون الشركة وإستمرار حياتها¹.

كما إنتقدت هذه النظرية أيضا على أساس وجود مصالح متناقضة داخل الشخص المعنوي يجعل من مفهوم مصلحة الشركة غامضا، فتناقض هذه المصالح يصعب يحول دون تحديد هذا المفهوم، علاوة على أن الشركة غير ملزمة بالدفاع عن المصالح المختلفة التي تشكل مصلحة الشركة بل عليها فقط إحترام حقوق أصحاب هذه المصالح دون السعي إلى تأمينها، لأن كل من هذه المصالح محمي بفرع من فروع القانون. كما أن الفصل بين مصلحة الشخص المعنوي و مصلحة الأشخاص المكونين له هي فكرة غير سليمة لأن القانون الوضعي في حد ذاته لا يفصل بين مصلحة الشركة و مصلحة الشركاء فالمصلحة العليا للشخص المعنوي لا يمكن إلا أن تكون مصلحة مؤسسة.

و يؤخذ عن هذه النظرية أيضا أن بقاء دوام وإزدهار الشركة لا يعكس الصورة الحقيقية لمضمون مصلحة الشخص المعنوي، فإن الفكرة التي تجعل من مصلحة الشركة مرادفا لبقاء

¹ - D. SCHMIDT, Les droits de la minorité dans la société anonyme, op. cit., p 147.

وإستمرار وإزدهار الشركة تثير تحفظات كثيرة، و يعود ذلك إلى أنه أثناء حياة الشركة فإن هذه الأخيرة تتطور وتتقلص وتوسع من خدماتها، كما تكون محلا للتغيير في شركائها عن طريق تنازلهم عن حصصهم إلى درجة أن بقائها لا يشكل أحد أهدافها مع الأخذ بعين الإعتبار السرعة في التقدم التكنولوجي و حدة المنافسة في السوق¹.

الفرع الثالث : النظرية التوفيقية لتحديد مفهوم مصلحة الشركة

بعد الإنتقادات الموجهة إلى كل من النظريتين السابقتين، ظهرت نظرية توفيقية تخالف النظريتين سابقتين معا في بعض المواقف و تتوافق معهما في مواقف أخرى. هذه النظرية لم تنظر إلى الشركة أنها مجرد عقد، ومن ثم جعل مصلحة الشركة محصورة فقط بالشركاء دون إعتبار لأية مصلحة أخرى، و لم تنظر إلى الشركة على أنها نظام وبسط مصلحة الشركة إلى خارج حدود الشركة و جعلها مصلحة المشروع و ما يضم من مصالح فئوية¹. وعلى هذا حاول بعض الفقه أن يجعل من مصلحة الشركة مؤلفة من قسمين. القسم الأول هو المصلحة المباشرة للمساهمين بالحصول على الأرباح في أجل قصير والقسم الثاني هو المصلحة المستقبلية المتمثلة في دوام و إزدهار المشروع. وإن التضحية بالمصلحة المباشرة للشركاء تجد تبريرها في المقابل الذي يأمل الشركاء أن يجوده في دوام وإزدهار الشركة.

وإن هذه النظرية لم تضيف شيئا جديا على النقاش الدائر حول مصلحة الشركة، كل ما في الأمر أنها جعلت من مصلحة الشركاء أحد المركبات الأولى لمصلحة الشركة لها أولوية خاصة على بقية المصالح الفئوية الأخرى التي تضمها الشركة، هذه المصلحة تحبذ الأخذ بالإعتبار مصلحة الشركة بإعتبار أنها نظاما أو ما يطلق عليه مصلحة المشروع².

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 74.

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع نفسه، ص 109.

² - J. PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales, DS. 1996 , p 289.

أولاً : مضمون هذه النظرية

لا شك أن النظريات السابقة هي منطقية من الزاوية التي ينظر منها أصحابها، لكنها في نفس الوقت غير شاملة لأن النظرية حتى تنطبق على الواقع يجب النظر إليها من كل الجوانب، وهذا ما سعت إليه هذه النظرية بالسعي لوضع مفهوم لمصلحة الشركة. فإن القول أن مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء أو المصلحة المشتركة للشركاء صحيح ذلك لأن عندما قرر الشركاء إنشاء الشركة، فرتب القانون على إرادتهم هذه أثراً قانونياً مميزاً، هو ميلاد شخص معنوي ذي ذمة مالية مستقلة. وإن المصلحة تقتضي عدم إتيان عمل من شأنه الإضرار به و يهدد بقائه أو أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى وقف الشركة عن أداء وظائفها، لذا إن كلتا النظريتين من وجهة النظر هذه صحيحة، لكن ماذا لو تعارضت هاتان المصلحتان¹.

فهنا نكون أمام تفضيل مصلحة الشركاء على بقية المصالح المرتبطة بنشاط الشركة أوالعكس، فهل نفضل مصلحة الشركاء أم سياسة بقاء و إستمرار الشركة وإزدهارها؟ فلا بد من الإشارة أولاً إن مصلحة الشركة هي دائماً تشمل مصلحة الشركاء، بالمقابل إن مصلحة الشركاء لا تعكس دائماً مصلحة الشركة. بمعنى أن مصلحة الشركة التي تتمثل في بقاء وإزدهار الشركة سوف تصب في نهاية المطاف في ذمة الشركاء، لأنه كلما زادت قدرة الشركة إزدادت قدرة الشركاء المالية بنسبة هذه الزيادة، وهو ما يظهر فعلاً في زيادة قيمة الأسهم، لكن العكس غير صحيح دائماً فمن الممكن أن نتصور قراراً يخدم مصالح الشركاء بالمدى القصير لكنه يضر بالشركة الشخص المعنوي على المدى الطويل².

فمصلحة الشركة كمبدأ عام تفرض نفسها بلا منازع على كل فئات المصالح المتعلقة بنشاط الشركة، فالشريك يلتزم بإحترام مصلحة الشركة، وأيضاً إن إحترام مصلحة الشركة يعد

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 112.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع نفسه، ص 130.

شرطا في صحة الإتفاقيات التي يعقدها الشركاء فيما بينهم، سواء أكانت الإتفاقيات نظامية أي مدرجة في القانون الأساسي لشركة أم اتفاقيات جانبية أي خارجة عن القانون الأساسي¹ ومن باب أولى تعد مصلحة الشركة شرطا لصحة الأنظمة الداخلية التي يجب أن تحترم بدورها القانون الأساسي الذي لا يمكن تعديله إلا وفق إجراءات قانونية محددة².

إن مصلحة الشركة تفرض نفسها أيضا بقوة على المسيرين الذين يجب عليهم في كل الظروف إحترامها وهذا الشرط عام ومطلق، ولا يهيم عند تبرير خضوع هؤلاء لمقتضيات مصلحة الشركة، البحث وفق النظرة التعاقدية للشركة أم وفق النظرية النظامية، فإن المسيرين تم تعيينهم ليقوموا بإدارة الشركة بإسمها و لحسابها وليدافعوا عن مصالحها، وكونهم معينون لهذا الغرض فإنهم مجبرين ليس فقط على خضوعهم لها بتصرفاتهم إنما العمل على تفضيل مصلحتها على كل المصالح.

وكخلاصة للنقاشات الدائرة حول مفهوم مصلحة الشركة، فإن هذه الأخيرة تبدوا كأنها متعارضة، لكن في الواقع يظهر غير ذلك لأن هذا التعارض هو ظاهري بإعتبار أن مصلحة الشركة هي مصلحة وظيفية وجدت لضمان دوام و إزدهار الشركة والتي تشمل في طبيعتها مصلحة الشركاء، وإن مفهومها لا ينفصل عن الهدف الذي أوجدت من أجله فهي الحاجز الحامي لمشروعية القرارات، فتظهر بمظهر الكاشف للتصرفات المخالفة للتوازن المالي في الشركة و لتصرفات المعطلة لإنظام وحسن سير عمل أجهزة الشركة. وللقضاء دور هام في الأخذ بمعيار مصلحة الشركة منفردا أو بإتحاده مع معايير أخرى للفصل في النزاع¹.

¹ - M. C. MONSALLIER, op. cit, p 91.

² - Com. 24 février 1998, J.C.P 1998, p 637.

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 141.

ثانياً : سلطة المخولة بتحديد مصلحة الشركة

لم يقتصر النقاش على مضمون المصلحة إنما كان على أشده في مسألة الجهة المختصة بتحديد مصلحة الشركة، فقد نص المشرع على مصلحة الشركة في نصوص متفرقة لكن دون أن يحدد مضمونها و ما المقصود بها، أما الفقه أعطى تعاريف كثيرة ومتنوعة لمصلحة الشركة لكن يبقى دوره للإستئناس به و بالتالي رأيه غير ملزم.

فارتبطت مسألة الجهة المختصة بتحديد مصلحة الشركة بالنظر إلى مفهوم هذه الأخيرة، فإذا نظرنا إليها أنها تمثل مصلحة الشركاء، فإن الشركاء هم أولى بتحديد أوالمسيرين معبرين عن رأي الشركاء، و إذا رأينا إليها أنها تمثل مصلحة المشروع فإن القضاء هو الذي يتولى أمر تحديدها. فأنصار النظرية الشركاء يرون أن الشركاء مجتمعين في الجمعية العامة هم وحدهم مخولون تحديد مصلحة الشركة، فطالما أن رأس المال يعود إليهم فلهم الحق في توجيهه الوجهة التي يرون فيها أنها تحقق مصالحهم. لكن يمكن الرد على هذه الحجة أنه يستحيل على الشركاء مجتمعين في الجمعية العامة الإشتراك دائماً في تحديد مصلحة الشركة، إذ أن الجمعية العامة ليست جهازاً دائماً، قادراً على إعطاء رأيه في كل قرار إداري أو جماعي، لذا فإن مهمة تحديد مصلحة الشركة تتولاها أجهزة الإدارة في الشركة ذلك عند إتخاذ القرار وفقاً لما تراه هذه الأجهزة بأنه يمثل مصلحة الشركة.

وبالنتيجة إنه في ظل غياب تعريف قانوني لمصلحة الشركة يبقى للقاضي وحده سلطة تحديدها، وإذا كان ضابط مصلحة الشركة يشكل بوصلة لتحديد الإتجاه الذي يجب أن تسلكه أجهزة الشركة و بموجها يمكن للقاضي القيام بمراقبة الأعمال والنظر بمدى إنطباقها مع هذا الضابط، فإن القاضي هو أول من سيواجه تحديد هذه الإتجاهات أي معرفة مضمون مصلحة الشركة، وذلك عند نشوب نزاع داخل الشركة إما بين المساهمين فيما بينهم وإما بينهم و بين المسيرين، مما يقتضي منه حل النزاع على هدى النصوص القانونية، فإن لم يجد على هدى مصلحة الشركة.

المطلب الثاني : دور مصلحة الشركة

بموجب القانون الأساسي للشركة يتفق الشركاء على مجمل المواضيع، من هذه المواضيع ما هو إلزامي ذكره في القانون الأساسي ومنها ما هو متروك لتنظيمه لحرية الشركاء إما بوضعه ضمن بنود القانون الأساسي أو عن طريق إتفاقيات جانبية خارج القانون الأساسي. بالإضافة إلى هذا هناك بعض الإتفاقيات تنشأ أثناء حياة الشركة .

هذا من جهة، و من جهة أخرى عندما تسوء العلاقات داخل الشركة، لا بد لطرف خارجي أن يتدخل، هذا الطرف الخارجي هو القضاء وذلك بغية إقامة تسوية بين المصالح المتعارضة، الأمر الذي يفرض مصلحة الشركة كمعيار لتدخل القاضي في حياة الشركة لأنه من الممكن التضحية بحقوق بعض الشركاء لحساب مصلحة الشركة.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول منه نتطرق إلى دور مصلحة الشركة كمعيار لصحة الإتفاقيات المبرمة بين الشركاء، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى دور مصلحة الشركة كأداة لتدخل القاضي في حياة الشركة.

الفرع الأول : دور مصلحة الشركة كمعيار لصحة الإتفاقيات بين الشركاء

إن الشركة تنشأ عن عقد، يتفق الشركاء بمقتضاه على المساهم بحصة من المال أو من عمل في مشروع مشترك بقصد إقتسام ما ينتج عنه من ربح أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة¹، وقد يتضمن القانون الأساسي للشركة العديد من البنود تكون محل إتفاق بين الشركاء عند تأسيس الشركة، وقد يدخلون عليه إتفاقيات جديدة فيما بعد أثناء حياة الشركة.

فالمبدأ أن الشركاء أحرار في أن يتعاقدوا أم لا، و أن يختاروا من يتعاقدون معه وأن يحددوا مضمون عقودهم التي بمقتضاها يسعون لتنظيم علاقاتهم داخل الشركة. وهذا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، إلا أنه ومع ذلك يتدخل القانون و تحديدا النظام العام في الشركات

¹ - المادة 416 من ق.م.ج.

لتقييد مبدأ حرية التعاقد، أو حتى يلغيه وذلك بحسب الإتفاقيات المراد إبرامها أوبحسب صفة أطراف العقد. لكن يبقى النظام العام إستثناء إذ أن الأصل في الأشياء الإباحة أي كل ما هو ليس محظور فهو مباح. ومن هنا نستنتج أنه في ظل غياب نصوص مخالفة، ومع الإحتفاظ بمراعاة القيود الأخرى، فإن حرية تعاقد الشركاء فيما بينهم هي الأصل¹.

هناك أنواع متعددة من الإتفاقيات حيث أن شكل هذه الأخيرة و أنواعها بين الشركاء لا يهم بقدر الإهتمام بغاية و تنفيذها. هذه الإتفاقيات قد تكون مضمنة في بنود القانون الأساسي للشركة، وهي ما تعرف بالإتفاقيات النظامية، و هناك إتفاقيات لا يحويها القانون الأساسي وهي ما تعرف بالإتفاقيات الغير نظامية.

أولاً : مصلحة الشركة معيار صحة الإتفاقيات النظامية

من بين الإتفاقيات التي تعقد بين الشركاء، يمكن إثارة أولها من حيث المنشأ وأهمها مكانة، ألا وهي القوانين الأساسية للشركات، فضلاً عن كونها إجراء شكلياً ضرورياً لتكوين الشركة، فإنها تجسد رضاء الشركاء، وهي تعتبر بمثابة الميثاق الأساسي للشركة بالمقارنة مع مكانة الدستور في الدول الديمقراطية. و باعتبارها عقداً، فإن الأنظمة تنشئ على عائق ولمصلحة الشركاء إلتزامات و حقوقاً تضاف لتلك المقررة قانوناً¹.

فقد حدد القانون البيانات الواجب إدراجها في هذه الوثيقة و حدد المواضيع التي إذا ذكرت تعتبر كأنها لم تكن أي باطلة، وترك الحرية للشركاء لإدراج البنود التي يرونها مناسبة، وبصفة عامة إن هذه الوثيقة تضم كافة الأحكام المتفق عليها بين الشركاء الغير مخالفة للنظام العام و المتعلقة بتنظيم الشركة أثناء مزاولتها لنشاطها، غير أنه أثناء حياة

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 100.

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، مصلحة الشركة، المرجع السابق، ص 286.

الشركة قد تتجسد أوضاع لم تكن في الحسبان عند تأسيس الشركة مما يدفع بالشركاء إلى تعديل أو تصحيح أو إضافة بنود إلى القانون الأساسي¹.

إن مبدأ الحرية التعاقدية يؤدي إلى قبول صحة الإلتزامات المفروضة على الشركاء من قبل القوانين الأساسية، إلا أنه و مع ذلك تبقى صحتها معلقة على ضرورة مطابقتها مع مصلحة الشركة، لأن كل إلتزام مفروض من قبل القانون الأساسي للشركة الغير متطابق مع مصلحة الشركة يكون قد إفتقد للسبب².

وإذا كان عدم المساس بمصلحة الشركة يعد شرطاً لصحة الإتفاقيات النظامية داخل الشركة، فإنه وعلى الرغم من ذلك لا يمكن إشتراطه بنفس الحدة بالنسبة لكل أنواع الشركات التجارية، حيث أن المشرع ترك للشركاء في بعض الشركات هامشاً كبيراً من الحرية، مما يدفع بالتساؤل عن قيمة هذا الشرط في هذا النوع من الشركات التي يتمتع فيها الشركاء بحرية واسعة لتنظيم العلاقات فيما بينهم.

ومن أمثلة هذه البنود النظامية، القيود الواردة على حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة، إذ يستطع المؤسسون تضمين القانون الأساسي للشركة قيوداً على حرية التداول كما يمكن أن تكون هذه الإتفاقيات المتصلة بتداول الأسهم خارج إطار القانون الأساسي فيلتزم الشركاء أو بعضهم تجاه البعض الأخر بالقيود التي وضعوها في مثل هذه الإتفاقيات بشرط عدم مخالفتها لمصلحة الشركة. و قد كثر إستعمال مثل هذه البنود في شركات الأموال لاسيما تلك البنود التي تهدف إلى إستقرار و توزيع الصلاحيات والسلطات في الشركة، و قد شدد الفقه في بادئ الأمر قبول مثل هذه الشروط، حيث أن تقييد تداول الأسهم يتجاهل الدور الإقتصادي و الطبيعة القانونية للسهم، فالسهم أنشئ أصلاً لكي

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 160.

² - Y. GUYON, Les sociétés, (Aménagement statutaires et convention de vote), op. cit, p 145.

يتداول، وهو في شركة المساهمة يمثل الآلية القانونية الأساسية لتجميع رؤوس الأموال ولتركيز المشاريع¹.

وإن إدراج مثل هذه البنود في القانون الأساسي للشركة أو في الإتفاقيات الجانبية تكون نابعة من حماية مصلحة الشركة و منع السيطرة على الشركة من قبل شركات منافسة وهي تساهم في إبعاد وصول أشخاص غير مرغوب فيهم إلى الشركة.

إلا أنه و مهما تعددت هذه البنود تبقى قاصرة على متابعة الأحداث و ركب التطور والتقدم الإقتصادي والتكنولوجي والمالي، و بشكل عام تطور الظروف المحيطة بالشركة فقد دلت التجربة على أن الأحكام القانونية و البنود الواردة في القانون الأساسي لا تكفي وحدها لتنظيم العلاقات الخاصة التي يرغب الشركاء في إقامتها فيما بينهم، لذلك غالبا ما يلجأ الشركاء بعد تأسيس الشركة إلى إبرام إتفاقيات جانبية لتنظيم سير عمل الشركة أو لتنظيم علاقة الشركاء فيما بينهم، فأخذ الشركاء يبرمون إتفاقيات خارجة عن القانون الأساسي للشركة بمعنى أنها غير مدرجة فيه، و بالتالي لا تلزم إلا الشركاء الموقعين عليها، ومن بين أهم هذه الإتفاقيات، هي إتفاقيات التصويت¹.

ثانيا : مصلحة الشركة معيار صحة الإتفاقيات غير النظامية

إن المواضيع التي يمكن أن تتناولها هذه الأنواع من الإتفاقيات بين الشركاء واسعة ومتنوعة، لأنها مرتبطة بإرادة الشركاء الذين يبرمونها و وليدة مقتضيات الحياة العملية وما يمكن أن يطرأ عليها من تطور دائم، لذلك لا يمكن حصر هذه الإتفاقيات إنما يمكن التعرض لبعض منها و أكثرها شيوعا. لذلك سوف نركز على دور مصلحة الشركة كأحد أبرز شروط صحتها، ومن أمثلة هذه الإتفاقيات تلك التي تهتم بتنظيم سير عمل أجهزة الشركة و توزيع السلطات داخل الشركة كما سبق تبيانه سابقا، و يسري على هذه الإتفاقيات

¹ - G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, 2 éme éd.1951, L.G.D.J., p209.

¹ - A. CONSTANTIN, Réflexion sur la validité des conventions de vote, L.G.D.J. 2001, p 254.

ما يسري على البنود التأسيسية. فحتى هذه الإتفاقيات يجب أن يراعا فيها النظام العام للشركات وأن تراعي مجمل الشروط العامة لصحة الإتفاقيات وأن تحترم مصلحة الشركة¹. فكل الإتفاقيات المبرمة بين الشركاء يجب أن تصب في مصلحة الشركة مهما كان موضوعها، فهذه الأخيرة تشكل الشرط الراجح لصحة هذه الإتفاقيات، لأن الشروط الأخرى تكتسب صفة عامة، ويعتمد عليها القضاء لتقدير صحة هذه الإتفاقيات. ومن بين هذه الإتفاقيات، تلك المتعلقة بحق التصويت التي تشكل النطاق المميز لتقدير مصلحة الشركة كشرط لصحتها، فمتى إستوفي الشرط المتعلق بمصلحة الشركة في إتفاق التصويت، إعتبرت صحيحة².

إن الحق في التصويت مرتبط بشكل لا يتجزأ بملكية الأسهم، فلا يجوز مبدئياً حرمان المساهم منه، هذا المبدأ منصوص عليه في القانون التجاري الجزائري³، وكذلك التشريع الفرنسي¹. ويعتبر الحق في التصويت ذو طابع وظيفي يمكن للمساهم من خلاله المشاركة في القرارات الجماعية والقيام بوظيفته لتطوير وتحسين نشاط الشركة²، حيث يكون لكل مساهم عدد من الأصوات بقدر عدد الأسهم التي يملكها أو يمثلها³ وهو ما يعرف بمبدأ التناسب⁴، وإنه مرتبط بالنظام العام بحيث لا يجوز إنشاء أسهم لا تتمتع بحق التصويت أو أن يكون حق التصويت العائد لها ناقصاً أو معلقاً على شرط⁵.

إلا أن ظاهرة تغيب المساهمين عن حضور جلسات الجمعيات العامة و تطور وسائل تمويل الشركات والإستثمار فيها وتنوع العلاقات فيما بين المساهمين، جعل من الضروري تجاوز هذه المفاهيم و حمل المساهمين في شركات المساهمة الكبرى في الكثير من الحالات

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 160.

² - Tb. Com. Seine, 11 janvier 1938, J.C.P 1938, p 124.

³ - المادة 684 من ق.ت.ج .

¹ - Art. L. 225-122 C. com. fr.

² - V. M. GERMAIN, Le droit de vote, P.A. 2001, p.8.

³ - المادة 684 من ق.ت.ج .

⁴ - V. P. LEDOUX, Le droit de vote des actionnaires, th. Paris.II, 2000, p. 22.

⁵ - M. GERMAIN, Le droit de vote, P.A. 2001, p.8.

على الإتفاق مسبقاً على بعض القرارات المتعلقة بسير عمل الشركة، وهذا ما ينطوي تحت إتفاق بين المساهمين للتصويت في إتجاه معين أو الإمتناع عن ذلك.

لقد ميز القضاء الفرنسي بين الإتفاقيات الباطلة والإتفاقيات الصحيحة، حيث قضى بصحة الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين والتي تخدم مصلحة الشركة، كالإتفاقيات التي تبرمها الشركة القابضة مع فروعها من أجل تنظيم عملية التصويت في الشركة الأم وتوزيع السلطات بين الهيئة الإدارية والهيئة الرقابية¹ أو الإتفاق المبرم بين المساهمين من أجل التصويت لصالح عملية زيادة المال لإكتساب الشركة مساهمين جدد لهم قدرات مالية ترفع من المستوى المالي للشركة².

بالإستناد إلى الواقع العملي لإتفاقيات التصويت في فرنسا ونظراً لطبيعة شركة المساهمة يلجأ المساهمون عادة إلى إبرام إتفاق لتحديد إتجاه تصويتهم، بيد أن هذا الإتفاق لا يكون شرعياً إلا إذا تم تحت شروط معينة، منها واجب إحترام مصلحة الشركة وعدم الحد من حرية المساهم في التصويت بإعتبار أن الوظيفة الأساسية لحق التصويت هي حماية المساهم والشركة معاً، فهو من جهة يمكن المساهم من المشاركة في تسيير الشركة ومن جهة أخرى يساعده على تحديد مصلحة الشركة .

الفرع الثاني : مصلحة الشركة أداة لتدخل القاضي في حياة الشركة

بما أن الشركة تشكل شخصاً معنوياً تحكمه قاعدة الأغلبية التي تسود في إدارة الشركة، حيث أن القرارات المتخذة من طرف الأغلبية تفرض على الأقلية بحكم وجود هذه القاعدة، لذلك فإن الشركة تكون عرضة دائماً لمسرح من النزاعات الداخلية، لهذا فمن الطبيعي أن يطلب الشركاء تدخل القاضي لحل النزاعات الداخلية في الشركة، بشرط ألا

¹ - Com., 24 février 1987, Bull. Joly. soc. 1987, p. 213.

² -Com., 30 juin 1996, J.C.P. éd. E. 1996, p. 795.

تحل إرادة القاضي محل إرادة الشركاء أو حلول القاضي محل الأجهزة المختصة لإتخاذ القرارات¹.

إن المبدأ في هذا الشأن هو عدم تدخل القاضي في إدارة الشركة، لكن هذا المبدأ بدأ يفقد قدسيته شيئاً فشيئاً و ذلك بفعل بروز مفهوم مصلحة الشركة. وعليه أصبحت مصلحة الشركة أداة بيد القضاء للتدخل في حياة الشركة، عندما تتعرض الشركة لنزاعات يصل معها الأمر إلى تعريض مصلحتها العليا إلى الخطر، فيتدخل القاضي من أجل حماية هذه المصلحة، وبذلك يكون قد تخطى مبدأ عدم التدخل، كما هو الحال مثلاً في تعيين مدير مؤقت للشركة أو تعيين خبير إداري².

تعرض المشرع الجزائري³ وعلى غرار نظيره الفرنسي⁴ بنصوص متفرقة إلى حدود صلاحيات القاضي في التدخل في عمل الشركة و حل النزاعات التي تطرأ لكن المشرع لم يتعرض أو لم يتنبأ لكل النزاعات التي يمكن أن تطرأ خلال سير الشركة وبالتالي لقواعد حلها، مما دفع بالقضاء إلى سد هذا الفراغ التشريعي و إستنباط حلولاً نابعة من روح التشريع و المبادئ العامة المعروفة في قانون الشركات. كما هو الحال في النزاعات المعروضة الخاصة بتعسف الأغلبية أو تعسف الأقلية أو طلب تعيين مسير مؤقت. إذن تشكل مصلحة الشركة العنصر الأساسي لتدخل القاضي في حياة الشركة، مما يتعين عليه ذكر مصلحة الشركة في صلب حيثيات القرار لتبرير الحكم الذي أنهى النزاع.

إن الحالات التي يمكن أن يدرج تحتها تدخل القاضي في حياة الشركة كثيرة، لكن يمكن حصرها بالنظر إلى تدخل المشرع من عدمه، ففي بعض الحالات نص المشرع على

¹ - Tb. Com. Paris, 18 février 1992, J.C.P 1993, p 270, note Viandier et Caussain.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 284.

³ - المواد 715 مكرر 20، 787، 683 من ق.ت.ج.

⁴ - Art. L. 225-103 C. com. fr

إمكانية تدخل القاضي في أعمال الشركة (أولاً)، و في حالات أخرى لم ينص المشرع على ذلك و إنما تدخل القاضي كان بدون نص قانوني (ثانياً).

أولاً : تدخل القاضي بموجب نص قانوني

نظم المشرع إمكانية تدخل القاضي في حياة الشركة وإن كان ذلك بطريقة محتشمة لمواجهة ظروف معينة، بالرغم أن هذه النصوص لا تشير صراحة لمصلحة الشركة فليس معنى ذلك إغفالاً لها. ومن بين الأحكام التي أوردت هذا التدخل تعيين القاضي وكيلًا يتولى إستدعاء الجمعية العامة للشركاء في حالة عدم قيام الأجهزة المختصة بذلك¹. ووضع حصص الشركاء تحت الحراسة القضائية. إضافة إلى تعيين خبير في التسيير².

تتعدّد الجمعية العامة العادية سنوياً، مرة واحدة في السنة على الأقل خلال ستة 06 أشهر التي تلي قفل السنة المالية للشركة³. إلا أنها قد تتعدّد بصفة مستعجلة بحيث أجاز المشرع لمندوب الحسابات إستدعاء الجمعية العامة للإنعقاد⁴، وهذا ما يفترض أن الأجهزة المخولة أصلاً قد تماطلت في إنجاز هذه المهمة. ففي حالة عدم العمل على إنعقادها من طرف رئيس الشركة أو القائمين بإدارتها. وقد تتعدّد أجهزة الإدارة عدم إستدعاء الجمعية خشية عدم التصويت على مشروع قرار وإمكانية عزل القائمين بالإدارة، بإعتبار أن إجتماعها هو حلبة المواجهة بين المساهمين و أجهزة الإدارة في الشركة¹.

لم يعمد المشرع الجزائري إلى التنصيص صراحة على هذه الحالة، وإنما تناول بالحديث العقوبة الواجب تطبيقها على الأشخاص الذين لم يعملوا على إنعقاد الجمعية العامة العادية في السنة أشهر التي تلي إختتام السنة المالية، أو عند التمديد في الأجل المعين بقرار

1 - المادة 676 الفقرة 02 من ق.ت.ج

2 - أنظر، صمود سيد أحمد، مصلحة الشركة، المرجع السابق، ص 198.

3 - المادة 676 من ق.ت.ج.

4 - المادة 715 مكرر 04 الفقرة 06 من ق.ت.ج.

1 - أنظر، صمود سيد احمد، مصلحة الشركة، المرجع نفسه، ص 200.

قضائي¹. هذا الحل أورده المشرع في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حين أجاز لكل شريك أن يطلب من القضاء تعيين وكيل مكلف بإستدعاء الشركاء للجمعية وتحديد جدول الأعمال².

و تتعدّد الجمعية العامة بإستدعاء من وكيل يعين من طرف رئيس المحكمة، في حالة الإستعجال، بناء على طلب من المساهمين. ويكون للقاضي سلطة تقدير ظروف الإستعجال والأسباب التي تقتضي تعيين الوكيل، من أجل دعوة الجمعية العادية للإنعقاد كما يمكن ذلك من قبل المصفي في حالة تصفية الشركة³.

و يجب الإشارة أن شروط قيام مندوب الحسابات بدعوة الجمعية العامة للإنعقاد تتوفر في الحالات التي ذكرها القانون يلزم أن تكون الدعوة مبررة. وعندها تصبح مهمة الدعوة واجب عليه و ليست مجرد حق، و السبب في ذلك أن مندوب الحسابات يحظر عليه التدخل في أعمال التسيير، وإن يسمح له بذلك يكون في أضيق الحالات عندما تتطلب مصلحة الشركة ذلك¹، أما في الحالات التي ألزمه القانون دعوة الجمعية للإنعقاد فإنه لا يعود له تقدير القيام بالدعوة وإنما من واجبه القيام بذلك وإلا كان مسؤولاً عن الضرر الذي قد يصيب الشركة².

أما فيما يتعلق بشرط دعوة الجمعية العامة من قبل الوكيل القضائي بناء لطلب الشركاء، فإن هذه الشروط تساهم في الإحاطة بدور مصلحة الشركة. فالقاضي له الحرية والسلطات الواسعة في تقدير مشروعية اللجوء إلى تعيين وكيل قضائي لدعوة الجمعية

¹ - المادة 815 من ق.ت.ج.

² - المادة 580 الفقرة 04 من ق.ت.ج.

³ - المادة 787 من ق.ت.ج.

¹ - C. A. Paris, 22 février 1980, Gaz. Pal. 1980, p 359.

² - C. A. Colmar, 24 septembre 1975, D. 76, J. 348, note Y. Guyon.

العامّة، وبما أن تعيين هذا الأخير يشكل خرقاً لسير العمل الطبيعي لأجهزة الإدارة، فإن القضاء أوجب شروطاً صارمة لقبول مثل هذا الطلب لاسيما شرط مصلحة الشركة¹.

يتوجب على القاضي مراقبة غاية الدعوة التي تهدف إلى طلب تعيين وكيل قضائي لدعوة الجمعية العامة للإنعقاد، فدوره يشمل التحقق عما إذا كان هدف الدعوة إشباع مصالح مشروعة تتوافق و مصلحة الشركة أم لا. وعلى ضوء ذلك إما يقبل الدعوى أو يرفضها. وعليه، فإن طلب تعيين وكيل قضائي لأجل دعوة الجمعية العامة لا يكون مقبولاً بحسب الإجتهد القضائي الفرنسي إلا إذا كان مؤسساً على إعتبارات مصلحة الشركة، بحيث أن مطابقة الغاية من الطلب مع مصلحة الشركة أصبح يشكل شرطاً لمشروعية الدعوة، الأمر الذي يفسر إبقاء السلطة التقديرية للقاضي بقبول أو عدم قبول ذلك. ويستند القاضي في ذلك على مدى توافق الدعوة مع مقتضيات مصلحة الشركة².

يتدخل القاضي أيضاً بمناسبة وضع حصص الشركاء تحت الحراسة، وتكون المطالبة بالوضع تحت الحراسة عادة بمناسبة نشوب نزاع بين الشركاء أو بين الشريك والشركة. فيهدف هذا الإجراء إلى وضع الأسهم أو الحصص المتنازع عليها تحت يد حارس، ويجد هذا الإجراء أساسه القانوني في المادتين 603 و 604 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلهما المادة 1961 من القانون المدني الفرنسي، الخاصتان بالنزاع حول ملكية مال معين والتي كانتا موضوع تفسير موسع من قبل القضاء، لهذا تم التصريح بالحراسة في كل الحالات التي يقتضي فيها الأمر ضمان الحفاظ على حقوق الأطراف موضوع النزاع. وقد تم تبني هذا الإجراء في القانون التجاري، وذلك بإتخاذها في حالة نشوب نزاع بين شريكين أو بين شريك و الشركة¹.

¹ - Cass. Com. 19 juin 1990, R.T.D. com. 1991, p70, note C. Champaud.

² - C. A. Paris, 15 mars 1990, Dr. Soc. 90 N° 131, C. A. Paris, 15 septembre 1992, R. J. D. A. 2. 1993, p 117.

¹ - أنظر، صمود سيد أحمد، مصلحة الشركة، المرجع السابق، ص 216.

لقد أقر القضاء بأن هذا الإجراء لا يخلو من المخاطر في كونه يمس بالأمن القانوني للتصرفات القانونية، بالإضافة إلى إمكانه المساس بأحد الحقوق الجوهرية للشريك المتمثلة في حرية حيازته لسنداته. وعليه، و لأجل تأكيد مثل هذا الإجراء لابد أن تكون الأفعال أو الوقائع المثارة، قد بلغت حدا من الجسامة والمساس بمصلحة الشركة الذي قد يعرض حياة الشركة للخطر¹. لذلك، يجب على القضاة أخذ الحيطة في تقديرهم لمصلحة الشركة التي تستدعي وتبرر وضع الحصص تحت الحراسة بالرغم من عدم وجود المنازعة لا في ملكيتها ولا في حيازتها و لكن سيكون من شأن إستعمالها تعريض الشركة للخطر².

بالإضافة إلى حالة تعيين وكيل قضائي لدعوة الجمعية العامة للانعقاد ووضع الحصص تحت الحراسة، فقد أوجد المشرع الفرنسي حالة أخرى يتدخل القاضي بموجبها في سير أعمال الشركة، تتمثل في تعيين خبير التسيير توكل له مهمة إعداد تقرير حول عملية التسيير أو أكثر بطلب من أقلية المساهمين³. ويشكل خبير الأقلية عادة الوسيلة التي يستطيع بمقتضاها هؤلاء الشركاء إعداد دليل حتى يسهل عليهم بعدها رفع دعوى مسؤولية ضد المسيرين.

فقد خول المشرع الفرنسي للمساهمين الحائزين على 5% من رأسمال الشركة، تقديم طلب للقضاء من أجل تعيين خبير واحد أو أكثر من خبراء التسيير. كما يمكن لجمعيات المساهمين تقديم هذا الطلب، و لكن دون إشتراط تحقق هذا النصاب في حقهم، ويجب أن يسبق إجراء طلب خبير التسيير من قبل الشركاء ضرورة تقديم سؤال كتابي إلى رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، على أن ينصب السؤال حول إحدى عمليات التسيير أو أكثر، فإذا تخلف المعنيون عن الرد في أجل شهر واحد أو في حالة عدم تقديم عناصر

¹ - C. A. Pau, 23 février 1994, J.C.P. éd. E. 1995, p 447, note A. viandier.

² - Cass. Com. 18 octobre 1994, Dr. Soc. 1995, n° 18, note. D. Vidal.

³ - Art. L. 225-231 C. com. fr.

إجابة كافية، فهنا فقط يمكن للشركاء رفع طلب تعيين خبير واحد أو أكثر على وجه الإستعجال من أجل إعداد تقرير حول عملية أو أكثر من عمليات التسيير¹.

وعليه إن مصلحة الشركة هي الدافع إلى تعيين خبير التسيير، وإن المهمات التي ينيطها القاضي للخبير، قد تكون لمجرد السهر على عمليات التسيير وقد تتجاوز ذلك لتصل إلى الإمساك بزمام الإدارة الكاملة للشركة، فالقاضي يمكنه أن يتدرج في تدخله في إدارة الشركة عبر زيادة أو تقليص مهمات خبير التسيير المعين من قبله².

من هنا يتضح أن معيار مصلحة الشركة يشكل إحدى الأسس التي يبني عليها طلب خبرة التسيير ولكنه ليس بالمعيار الوحيد، فلا بد أن يكون القرار موضوع طلب الخبرة متعلقا بالتسيير، فتستبعد من هذا المجال القرارات الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين، إلا ما تعلق منها بالمصادقة على قرار متخذ من إحدى أجهزة التسيير. ولا يرفع طلب تعيين الخبير إلا من قبل الشركاء في الشركة صاحبة عمل التسيير موضوع الخبرة، فلا يجوز مثلا لأقلية المساهمين في الشركة الأم توجيه طلب خبرة التسيير لأجل التحقيق في عمليات منجزة من طرف شركة فرع³.

و زيادة على ذلك يجب أن يصدر الطلب عن الشركاء الحائزين على الأقل 5% من حصص الشركة سواء كانوا منفردين أو مجتمعين، فبمفهوم المخالفة متى لم يتحقق النصاب القانوني، فإن الشركاء على الرغم من عدم رضاهم بأعمال التسيير يفترض عدم تحقق المصلحة لديهم للتصرف¹.

وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص بتفسير ضيق إذ إعتبر بقرار صادر عن مجلس قضاء باريس، أنه لا يمكن إتخاذ التدابير المتعلقة بطلب تعيين خبير التسيير في الحالة التي

¹- Art. L. 225-120 C. com. fr.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 331.

³ - Cass. Com. 14 décembre 1993, J.C.P. éd. E. 1994, p 567, note Y. Guyon.

¹ - Art. L. 225-231 C. com. fr.

تكون مصلحة الشركة في خطر أو في حالة نزاع بين المساهمين، إنما فقط في حالة كون صاحب المصلحة لم يستطع الحصول على عرض أو تسلم المستندات المذكورة في النص¹.

ثانيا : تدخل القاضي في أعمال الشركة بدون نص قانوني

قد يحصل الكثير من الأحداث خلال حياة الشركة تؤدي إلى خلل في لانتظام عملها بل قد تفضي إلى زوالها، هذه الأحداث كثيرة و متنوعة منها ما يعود سببه إلى خارج الشركة كارتفاع سعر المواد الأولية المفاجئ، ومنها ما يعود إلى أسباب داخلية كالتسيير السيئ والإضطرابات المتكررة مما يؤدي إلى صعوبات مالية في الشركة.

و تجد هذه العوامل التي تعرقل سير عمل الشركة مصدرها في النزاعات الحادة بين المساهمين، ولم يطرح المشرع قواعد قاسية لحل هذه النزاعات، بل ترك الأمر إلى القضاء ليضع حدا لهذه الصعوبات التي تعيق السير العادي للشركة، فأسس هذا الأخير ما يسمى بالمسير المؤقت أو بالإدارة القضائية أو الإدارة المؤقتة.

يعد المسير المؤقت بمثابة وكيل معين من طرف القاضي، في حالة وجو أزمة حادة تعيق السير العادي للشركة، و المعهود إليه مؤقتا ضمان تسيير أعمال الشركة²، وإن هذا المسير المؤقت هو من صنع القضاء الفرنسي، وقد إعتبر بعض الفقه أن السكوت التشريعي بعدم وجود نص قانوني يعطي القاضي إمكانية تعيين مسير مؤقت، وكف يد المسيرين المعنيين من قبل المساهمين يبدوا أنه مقصود، ذلك بهدف المحافظة على مرونة هذه المؤسسة التي تعايش الأوضاع المتأزمة.

يتمتع المسير المؤقت بصلاحيات واسعة في إدارة الشركة، حتى أنه في بعض الحالات يتمتع بصلاحيات أوسع من تلك الممنوحة للمسير الأصلي لأنه يقوم بإدارة الشركة التي تمر

¹ - C. A. Paris, 26 mars 2003, Bull. Joly 2003, p 816, notre Zeidenberg.

² - أنظر، صمود سيد أحمد، مصلحة الشركة، المرجع السابق، ص 222.

بأزمة تعرض مصلحتها للخطر بشكل إيجابي و فعال محل أجهزة التسيير المختصة في الوضع العادي للأمر¹.

إن تعيين المسير المؤقت تفرضه ضرورات الحياة الإقتصادية، حيث أنه ليس من المستبعد مرور الشركة بأزمات تهدد كيانها. ما يبرر تدخل القضاء لتعيين مسير مؤقت لإدارة الشركة كوسيلة علاج لأزمات تهدد الشركة والتي قد تؤدي إلى تعطيلها أو إفلاسها لذلك يكتسب نظام المسير المؤقت أهمية بالغة في قانون الشركات. ويشكل تدخل القضاء عبره المجال الأكثر بروزاً من حيث أنه قد يؤدي إلى تخلي المسيرين الأصليين عن وظائفهم بصورة مؤقتة، الأمر الذي يشكل مساساً بسيادة المساهمين في تعيين الأجهزة الإدارية في الشركة، لذا يوصف هذا التدخل من القاضي بأنه تدخل إستثنائي تبرره الظروف الإستثنائية التي تجعل وجود الشركة و مصالحها على المحك، لكن عندما تكون الأزمة التي تمر بها الشركة أقل حدة ولا تهدد إستمرار الشركة، فإن القضاء يكتفي بتعيين مراقب قضائي ليحل محل المسيرين الأصليين، و تكون سلطته أقل إتساعاً من المسير المؤقت، وعلى هذا الأساس رفض مجلس قضاء باريس طلب تعيين مسير مؤقت في الحالة التي تم فيها تعيين رئيس مجلس إدارة الشركة من طرف أغلبية جديدة مؤلفة من مساهمين بعيدين عن النزاعات والخلافات التي كانت سابقاً مبرراً لتعيين مسير مؤقت¹.

إن تدخل القاضي لعلاج شلل سير أعمال الشركة من خلال تعيين مسير مؤقت يحل محل المسيرين الأصليين، هو عمل بغاية الخطورة لذا لا يمكن أن يحصل إلا بطريقة إستثنائية². فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن النزاع الذي يقع بين مساهمين حول ملكية أغلبية الأسهم في الشركة لا يبرر تعيين مسير مؤقت طالما أن الشركة تعمل بصورة طبيعية، وطالما أن الأقلية لم يثبتوا وجود قرارات تهدد مصالح الشركة³، كما أنه لا يجوز

¹ - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 387.

¹ - C. A. Paris, 07 juin 1990, Rev. Soc 1990, p 470, notre Y. Guyon.

² - C. A. Paris, 27 octobre 1999, J.C.P.E. 1999, p 1995. C. A Douai 18 janvier 1980, D. 1980, p 440.

³ - Cass. Com. 07 mars 1989, Bull. Joly 1990, p 760, note Le Cannu.

تعيين مسير مؤقت في حال إستقالة رئيس مجلس الإدارة طالما أنه لا توجد نزاعات وخلافات جوهرية بين أعضاء مجلس الإدارة تؤدي إلى تعطيل أعمال الشركة¹.

إن عدم وجود نص قانوني يتيح إمكانية تعيين مسير مؤقت، أدى ببعض الفقه إلى التفتيش عن أساس آخر يركز عليه تبرير تعيين المسير المؤقت، هذا الأساس هو مصلحة الشركة، فإن هذا التعيين هو صرخة النجدة الأخيرة لتجنب صدور قرار لا يمكن إصلاحه بالنسبة للشركة وهو قرار حلها، والذي قد يكون الأكثر قساوة و مؤذيا للشركة والشركاء والمتعاملين مع الشركة من عمال و زبائن، وعلى الإقتصاد العام، خاصة عندما تكون الشركة من الشركات الناجحة و المزدهرة، ويجب التتويه بخصوص هذه النقطة أنه يتعين إستقلالية طلب تعيين المسير المؤقت عن طلب حل الشركة لوجود خلافات بين المساهمين إذ أن طلب حل الشركة لوجود خلافات بين الشركاء لا يمكن أن يشتمل على طلب تعيين مسير مؤقت². وعليه، فإن القاضي لا يستجيب لطلب تعيين المسير المؤقت إلا إذا لم يعد هناك حل يحد من كافة العقبات التي تعيق سير عمل الشركة الطبيعي الذي يعرض مصلحتها للخطر¹.

إن مصلحة الشركة هي معيار تعيين المسير المؤقت في الشركات فهي تشكل المرشد له خلال قيامه بمهامه، فيقتصر عمله فقط على الإقتراح على المساهمين الحلول الأكثر تطابقا مع مصلحة الشركة. فيكون من غير المنطقي أن لا يحترم مصلحة الشركة التي عين تحت شعارها، والتي تفرض نفسها على المسيرين الذين حل محلهم. وإن وجود المسير المؤقت داخل الشركة لا يبرر إلا بقدر ما تقتضي مصلحة الشركة ذلك².

¹- C. A. Paris, 05 novembre 1993, Rev. Soc 1993, p 64.

²- C. A. Paris, 30 juin 1995, cité par Y. Guyon et C. Ruellan, op. cit, p. 04.

¹- Cass. Com. 03 juillet 1984, Rev. Soc 1985, p 628, note P.Dider.

² - أنظر، وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 395.

المبحث الثاني: النظام العام في الشركات التجارية

تتقلص في شركات الأموال صفات الإعتبار الشخصي إلى حد التلاشي بإعتبارها تعتمد على الطابع المالي فقط، ولا تتأثر شخصية المساهم نظرا لمسئوليته المحدودة في حدود حصته في رأس المال، ويظهر فيها الإستقلال المطلق للشركة عن مساهمها من حيث الذمة المالية ونتائجها. ولما كانت هذه الشركة تقوم على الإعتبار المالي فقد تدخل المشرع بنصوص أمرة لحماية الإقتصاد الوطني وجمهور المدخرين، ولم يترك أمر إنشائها لإرادة المتعاقدين الحرة، بل فرض إجراءات صارمة يجب إحترامها حتى تولد على مسرح الحياة القانونية. وقد ترتب على هذا الوضع أن تضاءلت الصفة التعاقدية في هذا النوع من الشركات، فأصبحت نظاما قانونيا تسوده إرادة المشرع لا لإرادة المتعاقدين إذ لا يعرف المساهمون بعضهم بعضا، نظرا لكثرة عددهم وشيوع تداول الأسهم دون تقييد وهو وضع لا ينسجم مع فكرة العقد التي تقتضى التعارف بين المتعاقدين.

لذلك تدخل المشرع بقوة من أجل توزيع السلطات داخل الشركة ولم يترك لإرادة المساهمين سوى ميدان ضيق جدا. فوسع نطاق سلطات المسيرين وفي نفس الوقت أسباب مسؤوليتهم بسبب ممارستها، وإن حرص المشرع على تدخل في تركيب هيئات شركات الأموال، سواء المتعلقة بالتسيير و الإدارة أو تلك المختصة بالرقابة على أعمال المديرين هدفه خلق نوع من التوازن بين السلطات من خلال تدرج الهيئات و الفصل بين السلطات الخاصة، و توزيعها وفق ترتيب تقع مخالفته تحت طائلة البطلان، وهذه القواعد واجبة الإحترام حتى في ظل إدراج هيئات تأسيسية جديدة، إذ تعتبر هذه القواعد من النظام العام.

ومن أهم خصائص عقد الشركة أنه عقد تبادلي يرتب حقوقا و إلتزامات متبادلة بين طرفيه، أي بين الشركة الشخص المعنوي والإرادات الفردية التي إشتكرت في إبرام التصرف المنشئ لها. وتتخذ هذه الإيرادات صفة الشريك بمجرد أن يتقرر لها العضوية في الشركة، وهذه الحقوق مقرررة للمساهم بصفته شريكا في الشركة، فهي تستند إلى نية المشاركة وما

تستتبعه من وجود المساواة بين الشركاء. لذلك تعتبر من الحقوق الأساسية له، بحيث يقع باطلا كل قرار من شأنه المساس بها.

المطلب الأول: مبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات

لا يجوز لإرادة المساهمين المساس بالتوزيع القانوني للسلطات بين مختلف أجهزة شركة المساهمة. فالتوازن القائم بين التسلسل الأمر لأجهزة الشركة و مبدأ الفصل بين السلطات، يمثل الضمان الوحيد لحسن سيرها. فلا يسمح للمبادرات الشخصية مخالفته لأنه بذلك قد تهدد مصلحة صغار المدخرين الذين ساهموا في تكوين رأسمال الشركة ومصلحة المتعاملين معها. و النتيجة المترتبة عن هذا المبدأ هي حظر التصرفات المخالفة له. إلا أن هذا الحظر لم يكن مطلقا فقد أجاز القضاء المساس به و لكن في حدود سطرها بصفة دقيقة كما سبق تبيانه آنفا¹.

في هذا المضمار، غالبا ما تتقابل ميادين نشاط أجهزة التسيير، فكل جهاز مختص في القيام بوظيفته الخاصة فهو يمارس الصلاحيات إستنادا إلى التحديد القانوني، ولا يخضع في ذلك لإرادة الأفراد بحيث قد نص القانون على السلطات الخاصة لكل جهاز داخل لشركة فيحاول القائمون بالإدارة العمل و التأكيد على نوع من الإستقلالية تجاه المساهمين.

فلا يزال مبدأ الفصل بين السلطات يصلح لتفسير بعض خصوصيات التنظيم القانوني لشركة المساهمة، يبقى عن طريق التشريع يعمل كل جهاز في الحدود المرسومة له. ولا يمكن لأي جهاز أن يعارض الجهاز الآخر في حالة ممارسته لسلطته.

تطبيقا لمبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات، لا يمكن تجريد الجهاز من جميع سلطاته، فهذا قد يدفع إلى القول بأنه لا يمكن زعزعة هذه السلطات عن طريق بنود القانون الأساسي، الجمعية العامة، مجلس الإدارة أو مديرية الشركة، وحتى في حالة تفويض

¹ - أنظر، بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 24.

السلطات لجهاز آخر، فلا يمكن أن يصل هذا التفويض إلى حد التنازل الكلي عن سلطات الأصيل¹.

الفرع الأول : قاعدة عدم التدخل في صلاحيات جهاز آخر

بالرغم من أنه يحق لمجلس الإدارة أن يعزل الرئيس في وقت ما شاء²، فإن لهذا الأخير سلطة القيام بأعمال التسيير العادية، مثل تلك المسندة لمجلس الإدارة. فيتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة، و يمثل الشركة في علاقاتها مع الغير. ويتمتع الرئيس بسلطات واسعة للتصرف بإسم الشركة في كل الظروف مع مراعاة السلطات التي خولها القانون صراحة لجمعيات المساهمين وكذا السلطات المخصصة لمجلس الإدارة³. وقد خص المشرع مجلس الإدارة بمجموعة من السلطات الخاصة ونظمها بنصوص صريحة، وإن الخاصية المميزة لهذه الصلاحيات أنه قد حددها وعددها حصريا وحدد الإجراءات القانونية الواجب إتخاذها و إتباعها لكل صلاحية. هذه السلطات ينفرد بها مجلس الإدارة دون غيره من أجهزة الشركة.

أما بالنسبة لمجلس المديرين، فقد أوكل له المشرع صلاحيات خاصة ينفرد بها مثل سلطة إستدعاء الجمعية العامة العادية و تحديد جدول أعمالها¹، كما لتزم مجلس المديرين بتقديم مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل و عند نهاية سنة مالية تقريراً لمجلس المراقبة حول تسييرهم، كما يلتزم بتقديم مجلس المراقبة بعد قفل كل سنة مالية الوثائق الخاصة بالشركة². و إن الحديث عن السلطات الواسعة في إتخاذ القرار في جميع المسائل المتعلقة بإدارة شركة المساهمة ذات النمط الحديث لا يعني أن هذه السلطات مطلقة، لأن من شأن ذلك

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 223.

² - المادة 636 الفقرة 02-03 من ق.ت.ج.

³ - المادة 638 من ق.ت.ج.

¹ - المادة 676 و 677 من ق.ت.ج.

² - المادة 716 من ق.ت.ج.

الإضرار بمصلحة الشركة أكثر من نفعها و على هذا الأساس وضع المشرع لها حدا ثنائيا على غرار مجلس الإدارة و رئيسته¹.

أولا : قاعدة عدم التدخل في شركة المساهمة التقليدية

إن رئيس مجلس الإدارة هو روح الشركة، مما يدعو إلى رفض فكرة التبعية و التي مفادها أن الرئيس يعمل تحت توجيهات المجلس، وهو تابع لإرادة هذا الأخير لأن سلطة عزل الرئيس ما هي في الحقيقة إلا نتيجة مبنية على فكرة التخصص، وإن علاقة الشركة بممثلها ليست علاقة تابع بالمتبوع، لأنها ليست بالعلاقة الضيقة و المستمرة. فللرئيس سلطات خاصة لا يملكها المجلس، طالما أن الأول قادر على القيام بها².

ميز المشرع بين رئيس المجلس و مجلس الإدارة، فقد بين سلطات المجلس بصفة واسعة بدون أن يمس بتلك المسندة للرئيس، إلا أنه أثناء تعريف الصلاحيات العامة للرئيس أخذ نفس المصطلحات المستعملة أثناء وضع الإطار القانوني للصلاحيات العامة للمجلس¹ مما أدى إلى نوع من الإلتباس في السلطات و بالتالي في المهام. إلا أن هذا الإعتقاد لا يستقيم بشكل واضح مع فحوى نص المادة 638 الفقرة الثانية من القانون التجاري، ذلك أنه إذا كان الرئيس يتمتع بالسلطات الواسعة للتصرف بإسم الشركة في كل الظروف مع مراعاة السلطات المخصصة بكيفية خاصة لمجلس الإدارة، فإنه يمارس نفس السلطات المخولة لهذا الأخير، لكن العكس غير صحيح. و ينطبق القول نفسه عند الوقوف على تعداد السلطات الخاصة التي يخولها القانون صراحة للرئيس، فنلاحظ أنه من ضمن هذه السلطات تتدرج سلطة الإدارة العامة و التسيير إضافة إلى سلطة تمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير².

¹ - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 263.

² - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 227.

¹ - المادة 622 من ق.ت.ج.

² - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 263.

ويتقريب هذا النص من نص المادة 622 من القانون التجاري، نلاحظ أن المشرع ميز بين نوعين من السلطات، سلطات عامة يمارسها رئيس المجلس بالإشتراك مع مجلس الإدارة، و سلطات خاصة مخصصة لمجلس الإدارة لوحده.

وعليه يمكن القول أن هناك تعايش بين جهازين، واحد له طبيعة دائمة، وآخر ذو طبيعة وقتية، فيقوم الرئيس بإتخاذ جميع القرارات المهمة دون أن يستشير المجلس بينما يكتفي هذا الأخير بالمصادقة عليها، فإذا لم يفعل يمكن أن يضر بالمبادرة التي قام بها الرئيس، وهذا قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الشركة، وإن كان بإمكان المجلس مراقبة نشاط الرئيس و توجيهه بقدر المستطاع، فإن هذا ليس من شأنه أن يدفعنا إلى القول بوجود إختلال في توزيع السلطات بين أجهزة الشركة و سيرها، إلا أن ذلك لا يمنع من الشك في طريقة تنظيم الشركات و خاصة الأفكار التي تسود أو تتعش مجالس الإدارة¹.

وبذلك إن المشرع وقع في خلط بين المهام فقد أسند لمجلس الإدارة مهمتين متعارضتين، إدارة شؤون الشركة و مراقبة الرئيس الذي يعد جهازا منفصلا وضروريا في الشركة و خوله نفس الصلاحيات في التسيير، إلا أنه و نظرا للتناقضات الموجودة في النصوص، إتضح بأن المجلس يتنازل في الواقع على معظم سلطاته في الإدارة لفائدة رئيسه محتفظا فقط بالسلطات الخاصة و سلطة المراقبة¹.

ثانيا : قاعدة عدم التدخل في شركة المساهمة ذات النمط الحديث

لإجتباب هذه التناقضات و الآثار السلبية المترتبة على مصلحة الشركة، أدخل المرسوم التشريعي 08/93 الصادر في 25 ابريل 1993 المعدل و المتمم للقانون التجاري نوعا آخر من شركات المساهمة يتمثل في شركة المساهمة بمجلس المديرين ومجلس المراقبة. وإن الغاية الأساسية التي يسعى إليها المشرع من خلال هذا النوع الجديد من

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 231.

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع نفسه، ص 229.

شركات المساهمة هي تحقيق الفصل بين سلطة الإدارة و سلطة المراقبة. فيتولى مجلس المديرين مهمة التسيير بينما تسند لمجلس المراقبة مهمة مراقبة نشاط هذا الأخير.

و بالرغم من أن سلطة تعيين أعضاء مجلس المديرين أسندت إلى مجلس المراقبة¹ إلا أن سلطة عزلهم نزعت منه و منحت للجمعية العامة²، لكي لا يستعمل هذا السلاح ضد المسيرين، وبذلك فإن المشرع خالف مبدأ توازي الأشكال، وفي نفس الوقت سمح للجمعية العامة بأن تلعب دور الحكم في النزاعات التي قد تنشأ بين الجهازين مما يضمن الإستقلالية و المصادقية و الشفافية في العمل و يصبح مجلس المديرين معززا ومدعما في الإستقرار. وتجسيدا لهذا الهدف قرر المشرع حظر أي عضو في مجلس مراقبة الإنتماء إلى مجلس المديرين³، و ذلك لحياد الهيئتين.

إن الإستقلالية المدعمة لمجلس المديرين حملت المشرع على إتخاذ مبدأ التسيير الجماعي. فإدارة المشاريع الإقتصادية الكبرى تقتضي تعيين أشخاص أكفاء من غير المساهمين على رأسها وبالتالي فإن إنفراد شخص بكافة السلطات المخولة للمجلس ولرئيسه في شركة المساهمة التقليدية يعتبر أمرا خطيرا بالنسبة لمصلحة الشركة بالإضافة إلى عجزه على تحمل كل مهام الإدارة.

وعليه فإن مجلس المديرين يمارس مهامه مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة سواء لمجلس المراقبة أو للجمعية العامة للمساهمين. أي أن المشرع قد عمد إلى تحديد إختصاص أي جهاز بالرجوع إلى الإختصاصات المسندة لباقي الأجهزة، سواء تعلق الأمر بمجلس المديرين أو الجمعية العامة للمساهمين¹.

1 - المادة 644 من ق.ت.ج.

2 - المادة 645 من ق.ت.ج.

3 - المادة 661 من ق.ت.ج.

1 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 264.

ومن ثم لا يجوز لمجلس المديرين أن يتعدى الحد الثنائي للسلطة، فيحضر عليه أن يتعدى على الإختصاصات المخولة لمجلس المراقبة، إذ لا يمكنه أن يمارس سلطات الرقابة أو أن يخلص نفسه من الرقابة. كما لا يجوز لمجلس المديرين أن يتعدى على الإختصاصات المخولة للجمعية العامة للمساهمين سواء العادية أو غير العادية. فيحضر عليه التدخل في تعديل القانون الأساسي سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة¹.

لهذه الأسباب جعل المشرع من مجلس المديرين جهازا جماعيا في تكوينه ونشاطه وبهذا فإن المشرع قام بتوزيع عادل لسلطات التسيير².

الفرع الثاني : التوزيع القانوني للسلطات

لا يجوز للإرادة الفردية ولا حتى الإرادة الجماعية زعزعة التوزيع القانوني للسلطات بين مختلف أجهزة شركة المساهمة، فالتوازن القائم بين تسلسل أجهزة الشركة ومبدأ الفصل بين السلطات يمثل حسب الفقه الضمان الوحيد لحسن سيرها فلا يسمح للمبادرات الشخصية بمخالفته لأن ذلك قد يهدد مصلحة صغار المدخرين الذين ساهموا في تكوين رأسمالها¹. وعلى غرار الدولة الديمقراطية، قد عمد المشرع إلى تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات وذلك بتبنيه مفهوم السلطة توقف السلطة، بمعنى أنه قام بتحديد إختصاصات كل جهاز بالرجوع إلى إختصاصات جهاز آخر، و لتفادي أي نوع من غصب للسلطة فإن كل جهاز يعد كفيلا بحماية إختصاصاته. فأسند لمجلس الإدارة السلطات الواسعة للتصرف بإسم ولحساب الشركة ما عدا تلك التصرفات المسندة للجمعيات العامة بمختلف أنواعها².

¹ - المادة 674 من ق.ت.ج.

² - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 273.

¹ - Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit, p 371.

² - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 228.

وعليه فلا يجوز لمجلس الإدارة تعديل القانون الأساسي لأن ذلك من إختصاص الجمعية العامة غير العادية¹، ولا يجوز له المصادقة على الميزانية السنوية لأنها من إختصاص الجمعية العامة غير العادية².

بالإضافة إلى كون التوزيع القانوني من النظام العام³، فو نافذ في مواجهة الغير تطبيقاً لمبدأ لا يعذر احد بجهله للقانون. وبالتالي لا يجوز لأي جهاز أن يتدخل و يمارس صلاحيات من اختصاص جهاز آخر لان القواعد المنظمة لكيفية ممارسة السلطة داخل شركة المساهمة نظمها المشرع بقواعد أمرة، ولم يترك كيفية تنظيمها للمساهمين لكونها قواعد متعلقة بالنظام العام. وبالتالي يحظر كل تحويل مباشر أو تركيب إتفاقي لأن من شأنه زعزعة الإستقرار داخل الشركة⁴.

أولاً : حظر التحويلات المباشرة للسلطة

تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات يمنع كل تحويل مباشر للسلطة سواء من الجهاز ذاته أو بتدخل جهاز آخر. فلا يجوز لأي جهاز أن يتنازل كلياً عن جميع سلطاته لصالح جهاز آخر، ومن تم يحضر على الجمعية العامة أن تتنازل عن جميع إختصاصاتها لصالح مجلس الإدارة، أو أن تقوم بتحويل كافة صلاحيات المجلس للرئيس، لأنه إذا منح القانون للجمعية العامة سلطة مباشرة على المجلس تسمح لها بمراقبته و تعيين أعضائه وعزلهم فهذا لا يمنحها الحق في إفراغ هذا الجهاز من جميع صلاحياته المخولة له قانوناً¹. فمثل هذه القرارات تعد باطلة بطلاناً مطلقاً لكونها مخالفة لمبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات فزيادة

¹ - المادة 674 من ق.ت.ج.

² - المادة 676 من ق.ت.ج.

³ - أنظر، بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - Cass. Civ., 04 juin 1946, J.C.P. 1947, n°3518, note Bastian.

¹ - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 229.

على كونها تقضي على درجة في السلم القانوني لشركة المساهمة، فإنها تجرد المجلس من إختصاصات مخولة له قانوناً¹.

ولا يجوز للجمعية العامة إن تحل محل المجلس لممارسة مهام التسيير المخولة له. فلا يمكنها أن تتدخل في تعيين الرئيس أو المدير العام، كما لا يجوز لها أن تتعقد من تلقاء نفسها أو أن تفوض لشخص أجنبي سلطة إستدعائها و تحديد جدول أعمالها. مثل هذه التصرفات تدخل في إطار صلاحيات المجلس²، وكل غصب عن جزء منها يترتب عليه البطلان المطلق³. وأخيراً كحد أقصى، لا يجوز للجمعية العامة أن تضيق من سلطاتها وأهليتها في التصويت، وعلى هذا الأساس يتقرر إبطال الشرط التعاقدية الذي يفرض للتصويت في الجمعيات العامة غير العادية نصاباً مرتفعاً عن النصاب القانوني⁴.

كما لا يجوز لمجلس الإدارة أن ينزع من رئيسه جميع السلطات المخولة له في التسيير لأن رئيس المجلس يعد أيضاً درجة في السلم القانوني للشركة. فإن كان للمجلس سلطة مباشرة على الرئيس فيعمل على مراقبة ما قد يقدم عليه من تصرفات وله أيضاً سلطة تعيينه وعزله، فهذا لا يمنحه الحق في تحويل الرئيس إلى مجرد أداة في يد المجلس. لأن مصدر سلطة الرئيس هو القانون ولا يمكن في أي حال من الأحوال المساس بمبدأ الفصل بين السلطات مهما كانت الأسباب و الدوافع لذلك¹.

أما عن تمديد سلطات المجلس، فيبدو أن التشريع قد أوكل إليه سلطات واسعة لتحقيق مصلحة و غرض الشركة، فلا يجب توسيعها إلى أكثر ما هو عليه توزيع السلطات بين الأجهزة، لأن الفكرة قد لا تصلح لأنه قد يترتب عليها نتائج غير تلك التي تقضيها حماية

1 - أنظر، بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 24.

2 - المادة 676 من ق.ت.ج.

3 - Cass. Com., 11 juin 1965, D. 1965, 582, R. T. D. Com, 1965, p 861.

4 - أنظر، بموسات عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 24.

1 - أنظر، صابونجي نادية، المرجع نفسه، ص 229.

المساهمين و الغير، والتي تعد أساس الحد من إمكانية التعديل فهي في كلتا الحالتين، إما أن تؤدي إلى تجاوز موضوع الشركة، وإما إلى المساس بالتوزيع القانوني للسلطات¹.
وعليه يمكن القول بأن المشرع قد خص كل جهاز بسلطات خاصة لا يجوز في أي حال المساس بها لأن ذلك من شأنه أن يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، كما أنه نظم قواعد ممارسة السلطة في شركة المساهمة بنصوص آمرة تحول دون إمكانية تعديلها بالاتفاق لأنه لا مجال لإعمال مبدأ سلطان الإرادة، لأن إرادة المشرع فوق كل إعتبار ونظرا لتعلقها بالنظام العام².

ثانيا : حظر التركيبات الإتفاقية للسلطة

يحظر كل تركيب إتفاقي إذا كان يترتب عليه بصفة مباشرة أو غير مباشرة المساس بالتوزيع القانوني للسلطة أو تمكين الغير من صلاحيات فعلية في الإدارة وإتخاذ القرارات في حين أن هذه الإختصاصات حولها المشرع صراحة لجهاز معين¹.
و على هذا الأساس يعد باطلا كل إتفاق منح سلطات الإدارة الفعلية للغير، هذا المبدأ العام جاء به القضاء الفرنسي في القضية التي أقرض فيها مساهم أموالا للشركة وإشترط لضمان تسديد حقه كفالة الدين من الرئيس المدير العام و زوجته وتوقيع مع مدير الشركة على كل محرر يترتب عنه تحويل للأموال في الشركة، فإعتبر القاضي الشرط الثاني من الإتفاق باطلا وبسبب ذلك تبطل العملية كلها لأن العقد يخالف التوزيع القانوني للسلطات هذا الأخير لا يسمح فقط للمساهم بمراقبة أعمال المديرية، بل أنه يمنحه أيضا صلاحيات حقيقية لتسيير و مديرية الشركة قد تعرقل مهمة صاحب هذه السلطات. في حين أنه إختصاص أصيل برئيس المجلس. و يكون مصير الإتفاق أيضا البطلان حتى ولو تمت المصادقة عليه من قبل المجلس و الجمعية العامة، و يعتبر باطلا إدعاء المساهم الذي

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 287.

² - Cass. Com., 06 mai 1996, Bull. Civ, P 111.

¹ - Cass. Com., 10 mai 1947, J.C.P. 1949, 4937, note Bastian, R.T.D. Com 1968, p 1079.

يتمسك بتصديق مجلس الإدارة على ذلك، لأن هذا الأخير لا يمكنه أن يقيد حقوق رئيسه إلى درجة سلبه دوره في مديرية، وجعل منه مجرد رسول لمجلس الإدارة، لأنه لا أحد يمكنه أن ينكر بأن هذا الحل يتعارض مع مبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات¹.

أما بشأن التنازل عن طريق عقد التسيير، فإن هذا التصرف يجعل الجهاز يحدد عن مهامه، و ينزع منه دوره كمدير، فتعتبر الإتفاقية المبرمة بهذا الشأن مخالفة للنظام العام إذ أن هناك نصوص آمرة تحكم تنظيم و تسيير المديرية العامة لشركة المساهمة، والتي لا يمكن مخالفتها².

ولكن على الرغم من هذا، فإنه ليس كل تعديل إتفاقي لتوزيع السلطة ماسا بمبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات، إذ أنه يجوز لمجلس الإدارة أن يفوض بعض السلطات المخولة إليه لصالح شخص معين سواء كان مساهما أو من الغير للقيام بخدمة معينة بموجب وكالة خاصة. فإن الواقع يفرض حتمية أنه يستحيل على مجلس الإدارة في شركات المساهمة الكبرى أن يمارس جميع الصلاحيات المخولة إليه بصفة فعالة وشخصية، أخذا بعين الاعتبار أن مسؤولية المجلس تبقى قائمة في حالة التقصير. وعليه فإن تمكين أجهزة الإدارة من اللجوء إلى المساهمين ذوي الكفاءة و تفويضهم جزءا من هذه الصلاحيات مع إبقاء مبدأ المسؤولية قائما يعد في مصلحة الشركة و ليس ضده¹.

ومن جهة أخرى فإن السلطة العامة التي يتمتع بها مجلس الإدارة يمكن على أساسها تبرير الأحكام الواردة في القانون الأساسي و المحددة لسلطات الرئيس، المهم أن هذه القيود لا تصل إلى حد نزع منه مديرية المؤسسة. بإعتبار أن رئيس مجلس الإدارة جهاز ضروري في الشركة له سلطات قانونية. و ما يؤكد هذا الطرح أن المشرع قد تبنى تفويض السلطة أين

¹-Cass. Com., 11 juin 1965, D. 1965, 582, R. T. D. Com, 1965, p 861.

² - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 290.

¹ - أنظر، صابونجي نادية، المرجع السابق، ص 231.

إعتبر أن إختصاصات المديرين العامين يفوضها لهم المجلس بموجب قرار بناء على إقتراح من الرئيس¹.

وبالتالي فإن جوازية التفويض بشروط لا يعد مساساً بمبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات بل هو مجرد إستثناء للأصل العام، و لكن حتى يبقى الإستثناء محتفظاً بإطاره ولا يتحول إلى أصل، لا بد أن يتم تحديد شروط التفويض و نتائجه. فإن الشرط الجوهرى لصحة التفويض أن يكون ذلك جزئياً بحيث لا يترتب عنه تجريد الجهاز من أهم إختصاصاته، فلا يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون التفويض كلياً ليشمل جميع أوكل الإختصاصات المخولة للجهاز قانوناً. فلا يمكن للجمعية العامة غير العادية إعطاء تفويض دائم وغير محدد لسلطاتها لمجلس الإدارة، مثلاً لا يجوز أن يرد في القانون الأساسي بند يخول مجلس الإدارة أو مجلس المديرين تقرير زيادة رأس مال الشركة، لأن هذا لترخيص لا ينتج إلا عن طريق قرار الجمعية العامة غير عادية، و ليس في القانون الأساسي¹.

ويتم التفويض الجزئي المؤقت تحت مسؤولية الجهاز المفوض الذي يبقى مسؤولاً أمام الشركة عن النتائج السلبية المترتبة عن أخطائه و أخطاء مفوضه. وإن هذه التعديلات لا يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الغير لكون هذا الأخير يستفيد من نظرية الوكالة الظاهرة التي تحمي مصالحه. بمعنى أن التعديلات الإتفاقية للتوزيع القانوني لسلطة داخل الشركة غير نافذة في مواجهة الغير و من ثم فإن كل تصرف مخالف لشرط التعاقدى يمس بهذا التوزيع تلتزم به الشركة في علاقاتها مع الغير².

¹ - المادة 641 من ق.ت.ج.

¹ - أنظر، ديدن بوعزة، ممارسة السلطة في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 291.

² - أنظر، بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 27.

هذا فيما يخص المساس بالتوزيع القانوني للسلطات، فلا يمكن للشروط المنظمة لممارسة الإدارة أن تجرد أحد أجهزة الشركة من صلاحياته، لأن في ذلك مخالفتاً للمبدأ الذي لا يسمح بتجريد أجهزة الشركة من سلطاتها¹.

وبعد أن تعرضنا إلى مبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات، بإعتباره حداً من حدود الحرية التعاقدية متعلق بالنظام العام، سوف نتعرض في المطلب الموالي إلى مبدأ آخر متعلق بالنظام العام هو مبدأ المساواة بين المساهمين .

المطلب الثاني : مبدأ المساواة بين المساهمين

يعتبر مبدأ المساواة بين المساهمين آلية لحماية المساهم في شركة المساهمة، فإن جميع المساهمين متساوون فيما بينهم تجاه الشركة و يعاملون على قدم المساواة عندما يجدون أنفسهم في ظروف مماثلة. و يعتبر ضماناً هامة للحد من المعاملة التعسفية التي قد يتعرض لها المساهمون¹.

كما يعد مبدأ المساواة حداً لسلطة الأغلبية في الجمعيات العامة، وتعتبر المساواة كمبدأ عام يقوم على أساسه نظام حماية المساهمين داخل الشركة و خاصة فئة الأقلية التي غالباً ما تكون المستضعفة داخل شركات المساهمة. كما يعتبر هذا الأخير المعيار والآلية التي يأخذ بها القضاء عند مراقبة قرارات الأغلبية و تقييمها².

و يعتبر مبدأ المساواة مبدأً أساسياً في قانون الشركات، غير أن مفهومه لم يكن متفقاً عليه نظراً لإختلاف الفقه و القضاء في تحديده، لذا كان لزاماً تحديد مفهوم مبدأ المساواة (الفرع الأول)، و أهم مظاهره (الفرع الثاني).

¹ -Trib. Com. Paris, 22 mars 1974, Rev. Soc. 1974, 685, note B. Oppètit.

¹ - أنظر، فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد الرابع، دار مكتبة التريبة، بيروت، 1997، ص 15.

² -Cass. Com. 25 février 1974, Rev. Soc. 1974, p 121.

الفرع الأول : مفهوم مبدأ المساواة

لم يتطرق المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي إلى قاعدة المساواة بين المساهمين، وبالرغم من هذا قد أشار إليه القضاء الفرنسي¹ مرارا معتبرا إياه قاعدة أساسية في قانون الشركات لا يمكن المساس بها. وقد فسر الفقه سكوت المشرع عن الإشارة إلى هذا المبدأ لكون هذا الأخير بدأ جوهريا و أساسيا بالنسبة لقانون الشركات إلى درجة أنه لم تكن هناك حاجة إلى النص عليه.

هذا المبدأ أصوله حسب بعض الفقه في عقد الشركة، فالشركة تقوم على العقد أي على تصرف يفترض فيه القانون المدني أن يتم بين شخصين أو أكثر أحرار ومتساوين وإن عقد الشركة يعتبر من العقود التعاون التي يكون الأطراف فيها مدفوعين بمتابعة مصلحة مشتركة على قدم المساواة. وإنطلاقا من تعريف الشركة التي يكون غرضها هو إقتسام الأرباح، يجب بناء على ذلك أن تقرر لكل مساهم نسبة من الأرباح، ولقد أبطل المشرع كل شرط يحرم الشريك من الأرباح أو يعفيه من الخسارة¹. و يعرف هذا الشرط بشرط الأسد، إذ يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يتضمنها قانون الشركات، بل يعد حجر الزاوية في تنظيم الشركات بحيث تلتزم هذه الأخيرة بإيجاد التوازن بين المساهمين ولا يمكن المساس به ذلك إن الشركة لا تتأسس من أجل إشباع مصالح أخرى غير مصالح الشركاء الذين يرغبون في توزيع الأرباح.

وجانب آخر من الفقه أقر بأن المساواة في الشركة هي المساواة بين الأسهم و ليس بين المساهمين، و مرد ذلك إلى كون المساواة تعتبر حقا خالصا بالنسبة للمساهم، أو قاعدة أساسية في عقد الشركة. وتحت تأثير هذا التصور فبمجرد أن تخضع مجموعة من الأسهم لمعاملة لا تخضع لها باقي الأسهم فإن مسألة المساواة بين المساهمين تكون محل ريبية

¹ - C. A. Amiens, 12 juillet 1929, p 651.

¹ - المادة 426 من ق.م.ج.

وشك. كان من شأن هذا قيام جدل فقهي حول مدى إمكانية إستمرار الأخذ بمبدأ المساواة وما إذا كان هذا المبدأ فقد قيمته. وهكذا ذهب الفريق الأول إلى القول بأن قاعدة الأغلبية تشكل في حد ذاتها مساسا كبيرا بمبدأ المساواة، كما أن السماح بإصدار فئات مختلفة من الأسهم تمنح حاملها حقوقا مختلفة يعتبر دليلا واضحا على تراجع مبدأ المساواة في مجال شركات المساهمة.

و مقابل هذا الرأي برز تصور آخر¹ إعتبر أن مبدأ المساواة يظل قائما في مجال شركة المساهمة، و قد إستند أنصار هذا الرأي إلى أنه و إن لم يكن المشرع قد وضع حدودا على إختصاصات الجمعية العامة سوى ما تعلق بالزيادة في أعباء المساهمين وتغيير جنسية الشركة، فذلك لا يعني أنه يمكن أن يتم خرق مبدأ المساواة بإعتباره من المبادئ الأساسية في قانون الشركات داخلية ضمن أحكام النظام العام، و إن لم يتم ذكره في أي نص يحد من سلطات الأغلبية. و كل ما في الأمر أن هذا المبدأ يأخذ مفهوما متميزا في هذا النوع من الشركات. فهو لا يعني المساواة المطلقة بين الأسهم و لكنه يعني إمكانية تقسيم الأسهم إلى فئات مختلفة تخضع لأنظمة مختلفة، و داخل كل فئة يجب أن تسود المساواة¹. وعلى أساس هذا فإن المساواة تعني حق المساهم في أن يعامل على قدم المساواة مع جميع المساهمين الآخرين عندما لا توجد إلا فئة واحدة من الأسهم. أما إذا وجدت عدة فئات من الأسهم، فإن المساواة تعني حق المساهم في الحصول على نفس المزايا الممنوحة للمساهمين الذين يحوزون على أسهم من نفس الفئة، ومن مزايا هذا التصور أنه حافظ للمساواة على قيمتها كقاعدة أساسية في قانون الشركات مع ترك المجال مفتوحا لخلق فئات متعددة من الأسهم².

¹- P. COPPENS, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, th. Louvain. 1945, p 71.

¹-P. CORDONNIER, L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913, J.S. 1924, p 419.

²- P. COPPENS, op. cit, p 72.

وعليه فإن المساواة حسب هذا الرأي الأخير ذات طابع نسبي، إذ لا تتحقق إلا داخل نفس الفئة من الأسهم، وهذا ما أدى بهم إلى القول بأن المساواة هي المساواة بين الأسهم وليس بين المساهمين. ولا يمكن الإقرار بوجودها بين المساهم الكبير و المساهم الصغير كما لا يمكن القول بأن كل سهم ليس من نفس الفئة يخول مالكة نفس الحقوق¹. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، بحيث سمح لشركة المساهمة بإصدار أسهم عادية وأخرى ممتازة وأكد على ضرورة المساواة بين المساهمين المنتمين إلى نفس الفئة²، وفي نص آخر نجده قد ساوى بين كل المساهمين مهما كانت فئة الأسهم في الحق حضور الجمعيات العامة³.

فإن تحديد مفهوم المساواة على النحو السابق لا يبدو كفايا لوصف الوضع الحالي في شركات المساهمة حسب بعض الفقه، لأن إحترام مبدأ المساواة ليس مقصورا على حالة وجود عدة فئات من الأسهم، فالمساواة مرتبطة بصفة المساهم و تشكل الأساس الذي تنظم به العلاقات بين المساهمين، و أكثر من هذا إنتقد هذا الجانب من الفقه إستعمال مصطلح " المساواة " في مجال شركات المساهمة على إعتبار أن المساواة تعني علاقة فرد بفرد في حين أن العلاقات بين المساهمين ترتكز على نسبة مشاركتهم في رأس مال الشركة ليس على شخصيتهم، الشيء الذي يؤدي إلى ظهور فوارق بينهم بالنظر إلى نسبة مشاركتهم في رأس مال الشركة. وهذا يعني أن الأمر لا يتعلق بالمساواة ولكنه يتعلق بنوع من التوازن بين المساهمين، و يفرض هذا التوازن توافر عدة عناصر تمكن من تحقيق نوع من الإستقرار داخل الشركة.

وبعد شرح و تفسير مبدأ المساواة بين المساهمون، سوف نتطرق إلى مظاهره.

¹-A. VIANDIER, op. cit, p 122.

² - المادة 715 مكررة 42، مكرر 44 من ق.ت.ج.

³ - المادة 685 من ق.ت.ج.

الفرع الثاني: مظاهر مبدأ المساواة بين المساهمين

نظرا لأهمية مبدأ المساواة بين المساهمين، بإعتباره حجر الزاوية في تنظيم الشركات بحيث يهدف إلى خلق نوع من توازن بين المساهمين، لا يمكن المساس به. يترتب عن هذا المبدأ عدة مظاهر. فيظهر بعضها عند تأسيس الشركة، و يتجسد البعض الآخر أثناء حياة الشركة، سنتعرض لأهم مظاهر هذا المبدأ و المتمثلة في، مبدأ عدم جواز المساس بحقوق الأساسية للمساهم، و كذا مبدأ عدم جواز زيادة التزامات المساهم.

أولا : عدم جواز المساس بالحقوق الأساسية للمساهم

بالرغم من الإختصاصات العديدة و المهمة التي خولها المشرع للجمعية العامة¹ وبالرغم من إعتبار هذه الجمعية الجهاز الأعلى داخل الشركة والذي من خلاله يمارس المساهمون حقوقهم و يعبرون عن إرادتهم²، و إذا كان من المتفق عليه أن هذه الهيئة تتمتع بصلاحيات واسعة لا يحد منها سوى الإلتزام بأحكام القانون أو القانون الأساسي لشركة³ فإن التساؤل الذي يثار في هذا الخصوص حول مدى جوازية إتخاذ الجمعية العامة لقرارات من شأنها المساس بالحقوق الأساسية للمساهم سواء تلك المقررة قانونا أو تلك المنصوص عليها في القانون الأساسي للشركة؟

لا يجوز للجمعية العامة غير العادية إتخاذ قرارات بالأغلبية من شأنها حرمان أحد المساهمين من حقوقه، و يعتبر هذا المبدأ إستثناء من الأحكام التي تخول لهذه الهيئة إتخاذ قرارات بالأغلبية و فرضها على الأقلية رغم معارضتها، و ذلك بإعتبار أن هذه الحقوق أساسية و متصلة بصفة المساهم بالإضافة إلى أنها متصلة بالنظام العام. ومن أمثلة هذه القرارات الماسة بالحقوق الأساسية للمساهم، تقرير الجمعية العامة حرمان أحد المساهمين

1 - المادة 674 من ق.ت.ج.

2 - أنظر، عبد الرحيم بنعبيدة، المرجع السابق، ص 92.

3 - المادة 674 الفقرة 03 من ق.ت.ج.

من حقه في الحصول على الأرباح، أو حرمانه من حقه في حضور إجتماعات الجمعيات العامة و التصويت فيها، إذ يترتب عن هذه القرارات البطلان¹.

وإن المشرع الجزائري قد عاقب جزائيا كل من يمنع عمدا المساهم من المشاركة في الجمعيات العامة²، إلا أنه وضع قيودا قانونيا بموجبه حرم المساهم من هذا الحق يتمثل هذا القيد في عدم دفع قيمة الأسهم المستحقة الأداء، حيث أن الأسهم التي لم يسدد مبلغ الأقساط المستحقة منها في الآجال المحددة توقف إعطاء الحق في القبول والتصويت في الجمعيات العامة وتخصم لحساب النصاب القانوني³.

وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي جعل حق المساهم في حضور الجمعية حقا محددًا بموجب أحكام قانونية أو بموجب شروط توضع في القانون الأساسي، بالرغم من توقيعه جزاءات مدنية وجزائية في حالة حرمان المساهم منه. فبالإضافة إلى منع المساهم الذي لم يدفع الأقساط الواجبة عليه من المشاركة في الجمعية. منع حائزي الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون الحق في التصويت من حضورها نتيجة عدم إمتلاكهم لصوت مقرر، إلا إذا لم تدفع لهم الأرباح ذات الأولوية خلال ثلاثة سنوات مالية، ومن ثم، يرجع لهم الحق في التصويت وبالمقابل يمكنهم أن يعينوا واحد أو أكثر من الوكلاء يكلفون بحضور الجمعية العامة للمساهمين، وعند الإقتضاء بيان رأيهم¹ ويطبق نفس الحكم في حالة عدم تحويل الأسهم للحامل إلى أسهم إسمية، فإذا تم إلغاء الأسهم للحامل من قائمة القيم المسعرة، فإن حائزي مثل هذه الأسهم يفقدون جميع الحقوق المرتبطة بأسهمهم ونتيجة ذلك لا يمكنهم حضور الجمعية.

¹ - أنظر، سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة 1993، ص 60.

² - المادة 814 من ق.ت.ج .

³ - المادة 715 مكرر 49 من ق.ت.ج .

¹ - Art. L. 228-35-5 C. com. fr.

وفقا للمفهوم التعاقدى لشركة، فإن أي قرار يتعلق بتعديل القانون الأساسي للشركة يكون من شأنه المساس بحقوق المساهم يستوجب إجماع المساهمين على التعديل، وبما أنه لا يتصور موافقة أحد المساهمين على التعديل الذي من شأنه المساس بحقوقه فإن الأشكال المتعلقة بحماية حقوق المساهمين لا يطرح وفق هذا المفهوم، ما دام أن القرارات تتخذ بالإجماع و إن إعتراض أحد المساهمين يكون كافيا للحيلولة دون صدوره، وحتى في حالة تحديد النصاب في القانون الأساسي للشركة لإجراء التعديل فإن مفهوم حماية حقوق المساهمين لن يطرح بحيث لا يمكن تعديل هذه الحقوق إلا إذا قبل به جميع المساهمين المعنيين¹. كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي أجاز إدراج بعض الشروط في القانون الأساسي للحد من المشاركة في الجمعية العامة ومن بين هذه الشروط نذكر شروط تثبيت الأسهم، إذ يشترط غالبا على حائزي الأسهم للحامل إيداع شهادة تسجيل الأسهم أو القيد الحسابي للسندات لدى الوسيط المؤهل مدة معينة قبل إنعقاد الجمعية من أجل قبولهم ضمنها على أن لا يزيد هذا الأجل عن ثلاث أيام قبل الاجتماع².

و أمام عدم صمود المفهوم التعاقدى لشركة المساهمة بوجه المقتضيات العملية لعدم مواكبتها للظروف الإقتصادية و ذلك لعدم السماح بإجراء التعديلات اللازمة، إتجه الفقه الفرنسي إلى التمييز بين القواعد الجوهرية للشركة و بين القواعد غير الجوهرية، ومن ثم يجوز للجمعية العامة تعديل القانون الأساسي في المسائل غير الجوهرية بالأغلبية بينما يتطلب الإجماع لتعديل المسائل الجوهرية. و هذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي¹.

حتى هذا الرأي تعرض إلى لانتقادات، و ذلك لعدم تحديده لمعيار التمييز بين القواعد الجوهرية وغير الجوهرية، مما أدى بالمشرع الفرنسي وعلى غرار نظيره الجزائري إلى التدخل، فأجاز للجمعية العامة غير العادية تعديل القانون الأساسي لشركة في أي جزء منه

¹ J. NOIREL, Les sociétés anonymes devant la jurisprudence moderne, éd. Paris. 1958, p 82.

² Art. 136 du 1 décr. n° 67-236 du 23 mars 1967, mod. par. L'art. 39 du décr. n° 2006-1566 du 11 décembre 2006, J.O.R.F. 12 décembre 2006.

¹ -Cass. Civ. 30 mai 1892, Dalloz. 1893, 1, p 105.

بالأغلبية، بإستثناء زيادة إلتزامات المساهمين أو تغيير جنسية الشركة حيث لا يجوز تعديلها إلا بالإجماع¹.

ذهب الرأي الراجح في هذا الخصوص إلى أن لشركة المساهمة شخصية معنوية وهي تشكل كيانا قانونيا متميزا له مصالح خاصة و إرادته مستقلة عن إرادة المساهمين وبناء عليه ينبغي الإعتراف للجمعية العامة بجواز تعديل القانون الأساسي. إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بشرط عدم المساس بالحقوق الأساسية للمساهم بحيث لا يجوز للشركة إلغاؤها أو الإنقاص منها إلا بقبول المساهم².

لقد أقر الفقه الحديث للجمعية العامة بسلطات واسعة، لكنه قيد هذه السلطات بإعترافه للمساهم بحقوق أساسية لا يجوز المساس بها، وقد حاول هذا الفقه إيجاد موازنة بين المصالح المشروعة للشركة التي تقتضي تضحية من جانب المساهمين وبين المصالح المشروعة للمساهمين، و ذلك بإقامة نظرية الحقوق الأساسية للمساهم والتي تعتبر أكثر مرونة من النظريات القديمة³. وقد تبنى القضاء الفرنسي نظرية الحقوق الأساسية للمساهم وأقر بأن المساهم يملك بوصفه شريكا قبل الشركة، حقوقا ذات طبيعة مالية وأخرى غير مالية⁴.

وفي الأخير تجدر الإشارة أنه إذا كان الأصل عدم جواز المساس بالحقوق الأساسية للمساهم، فإنه يجوز تقييدها حماية لمصلحة الشركة.

ثانيا : عدم جواز زيادة إلتزامات المساهم

لا تملك الجمعية العامة غير العادية سلطة زيادة إلتزامات المساهمين¹، ويعد هذا القيد الوارد على سلطة الجمعية العامة كمقابل لإعتبار عدم زيادة إلتزامات المساهمين أحد الحقوق

¹ - المادة 674 - 675 من ق.ت.ج.

² - THALLER, par P. PIC et J. KREHER, Des sociétés commerciales, 3 éd., Paris. 1940, p111.

³ - G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit, p 852.

⁴ - Cass. Com. 02 juin 1954, Rev. Soc. 194, p 77.

¹ - المادة 674 من ق.ت.ج.

الأساسية لأنه يعبر عن حدود مسؤوليتهم، لذلك لا يجوز للجمعية العامة أن تتخذ قرارا يضع على عاتق المساهمين إلزاما بالوفاء بمبالغ لم يكن منصوصا عليها من قبل أو رفع قيمة السهم¹.

كما لا يجوز للجمعية العامة أن تتخذ قرارا بتحويل الشركة أو اندماجها، فلا يجوز لهذه الهيئة أن تقرر تحويل شركة المساهمة إلى شركة تضامن، لأنه قد يترتب على هذا القرار تحول مركز المساهم و تشديد مسؤوليته إذ يصبح شريكا مسؤولا مسؤولية تضامنية ومن غير تحديد. فيشترط لصحة هذه القرارات التي من شأنها زيادة إلزامات المساهم وجوب موافقة المعني على هذا القرار مع صدور القرار بالإجماع².

غير أن مفهوم زيادة إلزامات المساهمين لم يكن مصطلحا سهل التفسير، إذ ذهب البعض إلى التفسير الواسع³، كان بمقتضاه كل تشديد لأعباء المساهم يعني زيادة إلزاماته في حين ذهب البعض إلى التفسير الضيق⁴، بحيث تم التمييز بين زيادة الإلزامات و تشديد الأعباء بحيث لا يجوز زيادة إلزامات المساهم عن طريق قرار من الجمعية العامة، وعلى العكس يمكن أن تصدر الجمعية العامة قرارا للتشديد من أعباء المساهم. و من ثم فإن زيادة إلزامات المساهمين لا تعني فقط زيادة المبالغ الواجب الوفاء بها، بل تعني أيضا كل تشديد في شروط الوفاء و في أعباء المساهم و كل تقييد لحقوقه و من ثم يعتبر زيادة في إلزامات المساهم رفع سعر الفائدة عند التأخير في الوفاء، كذلك ذهب هذا الرأي إلى أن الجمعية العامة لا تملك سلطة إطالة مدة الشركة على أساس أن ذلك يعد زيادة في إلزامات المساهم

1 - أنظر، عبد الرحيم بنعبيدة، المرجع السابق، ص 93.

2 - المادة 674 من ق.ت.ج.

3 - أنظر، عبد الرحيم بنعبيدة، المرجع نفسه، ص 94.

4 - أنظر، عبد الفضيل محمد احمد، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة في القانون المصري و الفرنسي، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، العدد الأول، 1986، ص 193 .

من حيث الزمان. لكن إنتقد هذا الرأي على أساس أن المساهم الذي يود إنهاء علاقته بالشركة، له الحق في الانسحاب الإرادي في الوقت الذي يراه مناسباً¹.

لم يذهب الفقه الراجح مذهب الرأي السابق، و أقر بأن زيادة إلتزامات المساهمين لا تعني تشديد الأعباء ومن ثم يجوز للجمعية العامة غير العادية تعديل شروط وتاريخ الوفاء المنصوص عليه في القانون الأساسي، حيث أن الدين الذي إلتزم به المساهمون يبقى كما هو دون أي زيادة لأنه ببساطة زيادة إلتزامات المساهمين لا تعني تشديد الأعباء. وعليه فإن سلطة الأغلبية في تعديل القانون الأساسي هي المبدأ، و عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين يعد إستثناء يرد على هذا المبدأ. ومن ثم يجب تفسير عبارة عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين في أضيق الحدود الممكنة حتى يفهم أن الإستثناء يتعلق بعدم زيادة الإلتزامات لا بتقييدها أو تشديدها².

¹ - أنظر، حسن المصري، مدى حرية الانضمام إلى الشركة و الانسحاب منها، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1985، ص 295.

² - أنظر، عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، ص 196 .



أمام التطور الكبير الذي شهدته الحياة الإقتصادية و الإجتماعية لم يعد مفهوم العقد قادرا على الإحاطة بكل الآثار القانونية التي تترتب على تكوين الشركة مما أدى إلى تراجع فكرة العقد، و إتجاه التشريع الى إحاطة الشركات بسياج متين من القواعد الأمرة التي تكفل حماية مصالح المدخرين و مصالح الغير الذين يتعاملون مع الشركة، فبدأت دائرة الحرية التعاقدية تضيق شيئا فشيئا الى أن أصبح النظام القانوني للشركة ولا سيما شركة المساهمة عبارة عن مجموعة من القواعد الأمرة تقتصر إدارة الشركاء على الإنضمام أو عدم الإنضمام إليها و لا تملك مناقشتها فأصبح تأسيس الشركة بمثابة عمل شرطي يختلف عن العقد التقليدي لا تلعب فيه إرادة الشركاء دورا يذكر. وبذلك بات الشركاء في شركات المساهمة بين قانون جامد و نظام قاصر من جهة، و تطور تكنولوجي و إقتصادي من جهة ثانية.

إزاء هذا الواقع حاول الشركاء من خلال مبدأ الحرية التعاقدية، الإفلات من القواعد القانونية الأمرة و إستكمال النواقص التشريعية و ذلك عن طريق القانون الأساسي للشركة أو بموجب إتفاقيات جانبية خارجة عن إطار القانون الاساسي، و ذلك بغية تنظيم العلاقات فيما بينهم، و تنظيم سير عمل الشركة. فالقانون الأساسي للشركات التجارية يمثل وفق هذا المنظور، و بالمقارنة مع القواعد القانونية الأمرة الجزء المرن القابل للتكيف من قبل الشركاء. ولقد أضحى قانون الأساسي كوثيقة عقدية أو إتفاقية تجمع الشركاء وتنظم حقوقهم و الإلتزاماتهم، و تظبط نظام سير الشركة، مركز تركيب للقواعد الأمرة والقواعد الإختيارية والحرية العقدية الواسعة، وهو ما يستتبع بالضرورة وجود مجال واسع لمبدأ الحرية التعاقدية على هذه المستويات، تشترك فيه كافة الشركات التجارية.

فبالنسبة لحقوق الشركاء سواء كانت مالية أو معنوية، فبمجرد إنضمام الشريك إلى الشركة تنقرر له مجموعة من الحقوق يكتسبها، وإن هذه الحقوق المقررة له قد أقرها ونظمها المشرع بصفة أمره إذ تعتبر من النظام العام، مما يستلزم معه أن كل ما يفيد بالتعدي عليها

يقع تحت طائلة البطلان المطلق، كما هو الحال عليه بالنسبة لحق البقاء والتدخل في أعمال الشركة، فيظل عضوا في الشركة طيلة مدة حياتها المحددة في قانونها الأساسي، و تسيير وإدارة أعمال الشركة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة الرقابة على أعمال المسيرين، الموكلة عادة إلى أشخاص من الغير، مما يقتضي حق الإطلاع على جميع الوثائق الإدارية والحسابية التي تلزم الهيئة الإدارية بإعدادها. إضافة إلى الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها. كما يظهر النظام العام أيضا على مستوى تنظيم الحقوق المالية بحيث يعد حق الشريك في الأرباح التي تحققها الشركة ركنا أساسيا في وجود الشركة بل هو في حد ذاته سبب إبرام عقد الشركة، إنطلاقا من هذا يعد حق كل شريك في الحصول على نصيبه من أرباح الشركة من بين الحقوق المالية التي لا يجوز بأي حال من الأحوال نفيها أو إستبعادها بمقتضى بنود القانون الأساسي، ومن الحقوق المالية المعترف بها للشريك أيضا، والتي لا تقل أهمية ولا شأنًا من الحق المشار إليه أعلاه نجد الحق في تصرف في حصة الشريك ، فالغاية التي يهدف إليها الشريك من مساهمته في رأسمال الشركة لا تقتصر فقط على جعل الشركة تحقق أكبر ربح ممكن بل المضاربة على قيمة هذه الحصة قصد الحصول على ربح سريع عن طريق بيعها كلما سمحت له الفرصة بذلك. وقابلية تداول حصة الشريك في شركة الأشخاص، تختلف عن قابلية تداولها بالنسبة للشركاء في شركات الأموال، إذ أن الأصل بالنسبة للسهم، هو قابليته المطلقة للتداول، إلا إذا قيد هذا الإطلاق بقيود خاصة.

وإستنادا الى ما سبق، فليس هناك حاجة إلى تأكيد الحقوق الأساسية للشريك في الشركات التجارية إتفاقيا، لكنه يجوز في المقابل إثرائها أو زيادتها في ظل إحترام قواعد قانون الشركات التجارية، كما أنه لا يوجد مانع من تقرير حقوق تأسيسية جديدة غير واردة في القانون، و ذلك بشرط مراعاة القواعد الآمرة التي تحكم هذه الحقوق، و يجب أيضا عدم المساس بمبدأ المساواة بين الشركاء.

أما عن الإلتزامات المترتبة عن وضعية الشريك داخل الشركة، فإنه يقع عليه مقابل تلك الحقوق مجموعة من الإلتزامات بإعتباره مدينا في المواجهة الدائن الذي هو الشركة. ومراعاة للقواعد الآمرة و المبادئ العامة التي تحكم العقود عموما و عقد الشركة على الخصوص، قد يسعى الشركاء عن طريق القانون الأساسي إلى تنظيم هذه الإلتزامات فيما بينهم تنظيما دقيقا وذلك لضمان حسن تنفيذها. و تتجسد هذه الإلتزامات للشريك سواء عند مرحلة تأسيس الشركة و ذلك بدفع المقدمات أو الحصص و بإعتبار أن الشركة مشروع مشترك، يلزم لقيامه المساهمة الجماعية للشركاء في توفير ذمة مالية للشركة تمكّنها من تحقيق الموضوع الذي أنشأت من أجله، بالإضافة إلى المشاركة في الخسائر إذ يعد هذا الإلتزام الميزة أساسية لعقد الشركة و شرط من شروط هذ العقد. أما بالنسبة للإلتزامات المترتبة أثناء مرحلة حياة الشركة فتتجسد في الإلتزام بعدم منافسة الشركة أي أن يلتزم الشريك بالولاء لشركة التي ينتمي إليها وأن يتمتع مبدئيا عن أي نشاط قد يلحق بها ضررا، والإلتزام أيضا بالوفاء بديون الشركة ونظرا لإختلاف المركز القانوني للشريك في كل من شركات الأشخاص و شركات الأموال فإن الحديث عن الإلتزام بالوفاء بديون الشركة يختلف بين شركات الأشخاص و شركات الأموال.

وعليه فإنه يجوز التأكيد على هذه الإلتزامات بل حتى زيادتها، لكن تحت شرط الموافقة عليها من قبل جميع الشركاء، و ذلك عملا بقاعدة عدم جوازية زيادة إلتزامات الشركاء دون إجماعهم. وهو يعتبر تجسيدا للطابع العقدي للإلتزامات المفروضة في هذا الإطار، فإنه يجوز عند تأسيس الشركة أو حتى بعد ذلك بشرط الإجماع، إضافة إلتزامات إتفاقية محضة خدمتا للمشروع المشترك، من خلال المحافظة عليه وحمايته، مثلا بالنسبة لشرط عدم المنافسة، أو حتى تطويره إذا إقتضى الأمر ذلك، مثلا عن طريق تنازل الشريك عن حق الملكية الفكرية المكتسب في إطار مهامه في الشركة، أو على الأقل الإنتفاع منه حصريا ولمدة زمنية محددة، مما يمكن أن يفيد مشروع الشركة.

أما عن تدخل القانون الأساسي في تنظيم هيئات الشركة، فإن التركيب القانوني للشركات التجارية عموماً، و شركات الأموال على وجه الخصوص يتميز بضرورة وجود ممثل للشركة بإعتبارها شخصاً معنوياً، يتولى إدارتها بحيث يكفل له ذلك المنصب نصيباً من الحرية للتعامل مع الغير و لحساب الشركة دون الحاجة إلى رأي أو إجازة الشركاء إذا كان المدير من الشركاء، خاصة مع إقرار فكرة الوكالة في أعمال التسيير.

وعلى هذا الأساس قد تتدخل إرادة الشركاء لوضع تنظيم تأسيسي يعنى بتنظيم أجهزة الشركة و طريقة ممارسة السلطة فيها، و يختلف مقدار التدخل لهذه الإرادة حسب نوع الشركة سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال. وعليه فإن مجالات تدخل القانون الأساسي في تنظيم هذه الهيئات يختلف. إذ يمكن للشركاء اللجوء إلى إتفاقيات وذلك لتخفيف من حدة القواعد القانونية الواجبة التطبيق، و ترتبط هذه الإتفاقيات إما بتعيين أجهزة الشركة وإما بعزلها.

كما قد يلجأ الشركاء في بعض الأحيان إلى تعيين هيئات شبه رسمية في الشركة من شأنها تعديل القواعد القانونية المرتبطة بعمل هيئات الشركة الرسمية التي تمارس الإدارة والرقابة فيها. ويتم تعيين هذه الهيئات بموجب بند مدرج في القانون الأساسي لشركة أو بموجب اتفاقية خارج القانون الأساسي، لتصبح هيئات تأسيسية. وإن هذا النوع من الإتفاقيات يتيح الفرصة لسد الفراغ القانوني، وتقوم هذه الهيئات بدور مهم في مراقبة حسن تطبيق القانون الأساسي الشركة و تفحص موجداتها و حساباتها السنوية، كما يقدمون إقتراحاتهم للجمعية العامة و لهيئات الإدارة الرسمية، إلا أنهم لا يستطيعون التدخل في الأعمال التي تختص بها الهيئات الرسمية في الشركة، وذلك بسبب وجود قاعدة قانونية أمره وهي قاعدة الفصل و التسلسل بين السلطات، و تتكفل بنود القانون الأساسي ضبط هيكلها وسيرها، بما في ذلك علاقتها ببقية الهيئات الأخرى، و كذا تحديد مهامها ومجالات تدخلها.

كما قد يلجأ الشركاء أيضا إلى إبرام إتفاقيات جانبية خارجة عن إطار القانون الأساسي، تهدف إلى مراقبة الدخول إلى الشركة بغية حماية الشركاء عبر منع وصول أشخاص غير مرغوب فيهم إلى الشركة، كما تهدف إلى تحديد نسبة مساهمة الشركاء في الشركة لمنع سيطرة فريق على الآخر، أو إلى تنظيم عملية توزيع الأرباح و الخسائر بينهم. ولا تقتصر هذه الإتفاقيات على تنظيم العلاقات المالية بين المساهمين فقط، بل تمتد إلى تنظيم علاقاتهم التنظيمية و الإدارية، كما لو كان هدف الإتفاقية إيصال أشخاص معينين إلى الإدارة أو لضمان إستقرار بعض أجهزة الشركة في مناصبهم أو تعديل صلاحياتهم أو حتى التدخل في حقهم في التصويت.

غير أن أحكام الشركات التجارية تقوم على مبادئ تنتمي إلى النظام العام لا يجوز للشركاء أو المساهمين تجاوزها حتى لا تؤدي إلى تشويه شكل الشركة من الناحية القانونية وعليه فإن صحة البنود التأسيسية أو صحة الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين تنقيد ببعض الحدود، فرض المشرع الجزائري متبعا نظيره الفرنسي مجموعة من التنظيمات عند تعاقد شركة المساهمة مع أشخاص يتواجدون في وضعية إدارة أو رقابة أو مساهمة، قد ينجم عنها تغليب مصالحهم الشخصية على حساب مصلحة الشركة بسبب السلطة والنفوذ الذين يتمتعون به. أو على أساس توافر تنازع بين هذه المصالح على الأقل، وتهدف هذه التنظيمات إلى حماية الشركة من الخطر الذي يهددها في ذمتها المالية ومنه حماية مصالح دائئها.

كما تعد أيضا مصلحة الشركة شرطا لصحة الإتفاقيات المبرمة بين المساهمين حول تنظيم عمل الشركة، فإن محاولة تعريف مصلحة الشركة باللجوء إلى فكرة موضوع أو سبب الإتفاقيات بين المساهمين، فيه إفتراض أن كل الإتفاقيات المتعلقة بالتنظيم التعاقدى لسير عمل الشركة هدفها إشباع مصلحة الشركة. فلكي تكون هذه الإتفاقيات صحيحة يكفي أن لا تشكل إتهাকা لمصلحة الشركة. زيادتا عن هذه الحدود، هناك بعض المبادئ التي تعد من

النظام العام، بحيث لا يجوز مخالفتها بأي شكل من الأشكال، و من أهم هذه المبادئ مبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات، فإن تحديد صلاحيات مختلف أجهزة شركة المساهمة وبالأخص مجلس الإدارة يرتدي طابعا نظاميا ولا يترك إلا مجالا ضيقا للمساهمين لكي يدخلوا عليه تعديلات إتفاقية لتعلقه بالنظام العام، و إذا كان هذا المبدأ الذي يسعى إلى تحقيق التوازن بين مختلف أجهزة الشركة هناك مبدأ المساواة في المعاملة بين المساهمين الذي يسعى إلى حماية المساهم من القرارات التعسفية الصادرة عن الأغلبية فبرغم من أن هذا المبدأ لا يحقق إلا حماية جزئية ضد تعسف الأغلبية، التي يمكن لها بوسائل عديدة أن تضر بالأقليات دون أن ترتكب مخالفة لهذا المبدأ. وإن مبدأ المساواة تبرره مصلحة الشركة.

وتجب الإشارة في الأخير، ان معظم القواعد القانونية المنظمة للشركات التجارية هي قواعد أمرة، وهذا ما جعل منها قواعد جامدة تحيط بجميع المسائل التنظيمية للشركات وإن توسعة دائرة القواعد الأمرة على حساب الحرية التعاقدية حتى وإن كان متدرجا بحسب شكل أو نوع الشركة. إذ لا تطبق القواعد الأمرة كثيرا على شركات الأشخاص والتي يغلب فيها الإعتبار الشخصي، ولكنه يطبق بشكل كبير على شركات الأموال وخاصة شركة المساهمة، بحيث تحتل هذه القواعد نسبة عالية في هذه الشركة وعليه فإن المساهمين فيها يجدون أنفسهم مذعنين إلى نصوص قانونية أمرة لا تسمح بالخروج عن مضمونها إلا في مسائل ثانوية، وهذا ما سيؤدي حتما إلى الإبتعاد عن مواكبة التطور الإقتصادي .

ويجب تغليب الطابع التعاقدي داخل الشركات التجارية، وهذا الأخير الذي من شأنه جعل الشركات أكثر ليونة نظرا لما يجده الشركاء من حرية في التعاقد داخلها، وذلك بسماع لهم بإختيار وتحديد القواعد المنظمة للشركة تحت غطاء الحرية التعاقدية، إضافة إلى أن هذه النظرة هي أقرب من الطبيعة الحقيقية للشركة ألا وهي "العقد".



1	مقدمة.....
14	الباب الأول: مبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية
16	الفصل الأول: تعديل القانون الأساسي و تنظيم العلاقات بين الشركاء.....
16	المبحث الأول: الإتفاقيات المتصلة بتنظيم حقوق
17	المطلب الأول: تنظيم الحقوق المالية للشركاء
18	الفرع الأول: حق الشريك في الحصول على الربح
21	أولاً: شرط الأسد.....
23	ثانياً: شرط الفائدة الثابتة.....
24	الفرع الثاني: حق الشريك في التصرف في حصصه.....
24	أولاً: التنازل عن الحصص في شركات الأشخاص.....
25	1- شرط إجماع الشركاء.....
27	2- الإستثنائات الإتفاقية الواردة على قاعدة إجماع الشركاء.....
29	ثانياً: التنازل عن الحصص في شركة الأموال.....
30	1- شرط الموافقة.....
38	2- شرط الشفعة.....
44	المطلب الثاني : تنظيم الحقوق غير المالية للشركاء.....

44	الفرع الأول: حق البقاء في الشركة و التدخل في إدارتها
44	أولاً: حق البقاء في الشركة
51	ثانياً: حق التدخل في إدارة الشركة
53	الفرع الثاني: الحق في الإعلام و حق حضور الجمعيات العامة و التصويت فيها
53	أولاً: الحق في الإعلام
54	1- الإعلام المسبق:
57	2- الإعلام الدائم:
60	ثانياً: الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها
60	1- الحق في الحضور الجمعيات
66	2- الحق في التصويت
76	المبحث الثاني: تنظيم إلتزامات الشركاء
79	الفرع الأول: الإلتزام بدفع المقدمات
85	الفرع الثاني: الإلتزام بالمشاركة في خسائر الشركة
90	المطلب الثاني: إلتزامات الشريك أثناء حياة الشركة
90	الفرع الأول: الإلتزام بعدم منافسة الشركة
94	الفرع الثاني: الإلتزام بالوفاء بديون الشركة
98	الفصل الثاني: الحرية في تنظيم السلطة داخل الشركة

- 100المبحث الأول: الإتفاقيات المتعلقة بتنظيم أجهزة الشركة
- 101المطلب الأول: الإتفاقيات الرامية إلى تعيين و عزل أعضاء إدارة الشركة
- 102الفرع الأول: التنظيم التأسيسي للهيئات الرسمية لشركة
- 103أولاً: تعيين المدير و عزله في شركات الأشخاص
- 1041 - تعيين المديرين في شركات الأشخاص
- 1052- عزل المديرين في شركات الأشخاص
- 108ثانياً: تعيين المسير و عزله في شركات الأموال
- 1081 - تعيين المسيرين في شركات الأموال
- 1182- عزل المسيرين في شركات الأموال
- 127الفرع الثاني: التنظيم التأسيسي للهيئات غير الرسمية لشركة
- 128أولاً: الهيئات غير الرسمية الإنفرادية
- 1281- الهيئات الإنفرادية في شركة المساهمة
- 1302- الهيئات الإنفرادية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة
- 131ثانياً: الهيئات غير الرسمية الجماعية
- 1311- الهيئات الجماعية في شركة المساهمة
- 1332- الهيئات الجماعية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

المطلب الثاني: الإتفاقيات الرامية إلى تنظيم إجتماعات و تداول الهيئات الإدارية	
135	
الفرع الأول: التنظيم التأسيسي للاجتماعات الهيئات الإدارية	135
أولاً: إستدعاء الأعضاء	135
1- الهيئات المختصة بالاستدعاء	136
2- شروط صحة الإستدعاء	137
ثانياً: نظام الجلسات	139
1- رئاسة و أمانة الجلسات	140
2- محاضر الجلسات	141
الفرع الثاني: التنظيم التأسيسي لتداول المجلس	143
أولاً- النصاب	143
ثانياً- الأغلبية	144
المبحث الثاني: الإتفاقيات المتعلقة بصلاحيات أجهزة الشركة	147
المطلب الأول: التنظيم التأسيسي للسلطات المدير في شركات الأشخاص	147
الفرع الأول: تحديد سلطات المدير في القانون الأساسي	148
أولاً: تحديد قائمة العقود التي يمكن للمدير القيام بها	149
ثانياً: تحديد قائمة العقود التي لا يمكن للمدير القيام بها إلا بموافقة الشركاء ..	151

- 153 الفرع الثاني: تمديد سلطات المدير في القانون الأساسي
- 154 المطلب الثاني: التنظيم التأسيسي لسلطات المسير في شركات الأموال
- 156 الفرع الأول: شروط صحة الإتفاقيات المتصلة بصلاحيات أجهزة الشركة
- 157 أولاً: عدم المساس بمبدأ تسلسل السلطات بين هيئات الشركة
- 159 ثانياً: عدم التعدي على الصلاحيات القانونية لأجهزة الشركة
- 161 الفرع الثاني: نطاق تطبيق الإتفاقيات المتصلة بصلاحيات أجهزة الشركة
- 161 أولاً: الإتفاقيات الرامية إلى تحديد سلطات أجهزة الشركة
- 168 ثانياً: الإتفاقيات الرامية إلى توسيع سلطات أجهزة الشركة
- 173 الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية في الشركات التجارية
- 175 الفصل الأول: قواعد آمرة لتنظيم الإتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيرها
- 177 المبحث الأول: الإتفاقيات المحظورة
- 177 المطلب الأول: مضمون الاتفاقيات المحظورة
- 178 الفرع الأول: تحديد الاتفاقيات المحظورة
- 179 أولاً: القروض
- 182 ثانياً: فتح حسابات جارية على المكشوف أو بأية طريقة أخرى
- 184 ثالثاً: الكفالات و الضمانات الإحتياطية
- 185 رابعاً: عقود العمل المبرمة بين الشركة و المسير

187	الفرع الثاني: الأشخاص الخاضعون للحظر
192	المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ الحظر
192	الفرع الأول: إستثناء الشخص المعنوي
195	الفرع الثاني: الإتفاقيات المبرمة في البنوك و المؤسسات المالية.....
197	الفرع الثالث : الإتفاقيات العادية.....
199	أولا : مفهوم العمليات المألوفة
200	ثانيا : إبرام الإتفاقية بشروط عادية.....
201	المبحث الثاني: الإتفاقيات الغير محظورة و خاضعة لقواعد إجرائية.....
202	المطلب الأول: الأشخاص المعنيون بنظام الترخيص المسبق.....
203	الفرع الأول: تحديد الأشخاص الخاضعين لهذا الإجراء
204	أولا: المسيرون في شركة المساهمة.....
207	ثانيا: الأشخاص غير مسيرون المعنيون بالترخيص
212	الفرع الثاني: وضعية الشخص بالنظر إلى الإتفاقية
213	أولا: المصلحة المباشرة للمسير المعني بالإتفاقية المتعاقد مع الشركة.....
215	ثانيا: المصلحة غير المباشرة للمسير المعني بالإتفاقية المتعاقد مع الشركة... ..
218	المطلب الثاني:الإجراءات الواجب إتباعها لإبرام الإتفاقية
218	الفرع الأول:الإجراءات السابقة لمنح الترخيص المسبق

219	أولاً: إعلام المجلس بمشروع استصدار الإذن المسبق
222	ثانياً: إصدار المجلس قرار الترخيص
226	الفرع الثاني: الإجراءات اللاحقة لمنح الترخيص المسبق
227	أولاً: مهمة مندوبي الحسابات
232	ثانياً: سلطة الجمعية العامة
236	الفصل الثاني: مصلحة الشركة و النظام العام
237	المبحث الأول: مصلحة الشركة
237	المطلب الأول: مفهوم مصلحة الشركة
237	الفرع الأول: مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء
238	أولاً : مضمون النظرية
240	ثانياً : الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية
241	الفرع الثاني: مصلحة الشركة هي مصلحة الكيان المستقل عن الشركاء
242	أولاً : مضمون النظرية
244	ثانياً : الإنتقادات الموجهة للنظرية
245	الفرع الثالث : النظرية التوفيقية لتحديد مفهوم مصلحة الشركة
246	أولاً : مضمون هذه النظرية
248	ثانياً : سلطة المخولة بتحديد مصلحة الشركة

- 249المطلب الثاني : دور مصلحة الشركة.
- 250الفرع الأول : دور مصلحة الشركة كمعيار لصحة الإتفاقيات بين الشركاء.
- 251أولا : مصلحة الشركة معيار صحة الإتفاقيات النظامية.
- 253ثانيا : مصلحة الشركة معيار صحة الإتفاقيات غير النظامية.
- 255الفرع الثاني : مصلحة الشركة أداة لتدخل القاضي في حياة الشركة.
- 256أولا : تدخل القاضي بموجب نص قانوني.
- 261ثانيا : تدخل القاضي في أعمال الشركة بدون نص قانوني.
- 264المبحث الثاني: النظام العام في الشركات التجارية.
- 265المطلب الأول : مبدأ التسلسل و الفصل بين السلطات.
- 266الفرع الأول : قاعدة عدم التدخل في صلاحيات جهاز آخر.
- 267أولا : قاعدة عدم التدخل في شركة المساهمة التقليدية.
- 269ثانيا : قاعدة عدم التدخل في شركة المساهمة ذات النمط الحديث.
- 270الفرع الثاني : التوزيع القانوني للسلطات.
- 272أولا : حظر التحويلات المباشرة للسلطة.
- 274ثانيا : حظر التركيبات الإتفاقية للسلطة.
- 276المطلب الثاني : مبدأ المساواة بين المساهمين.
- 277الفرع الأول : مفهوم مبدأ المساواة.

280	الفرع الثاني: مظاهر مبدأ المساواة بين المساهمين
280	أولاً : عدم جواز المساس بالحقوق الأساسية للمساهم
284	ثانياً : عدم جواز زيادة إلتزامات المساهم
288	خاتمة :

تمت بعون الله و توفيقه

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2019/02/06