



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة محمد بوضياف - المسيلة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل. م. د) في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة

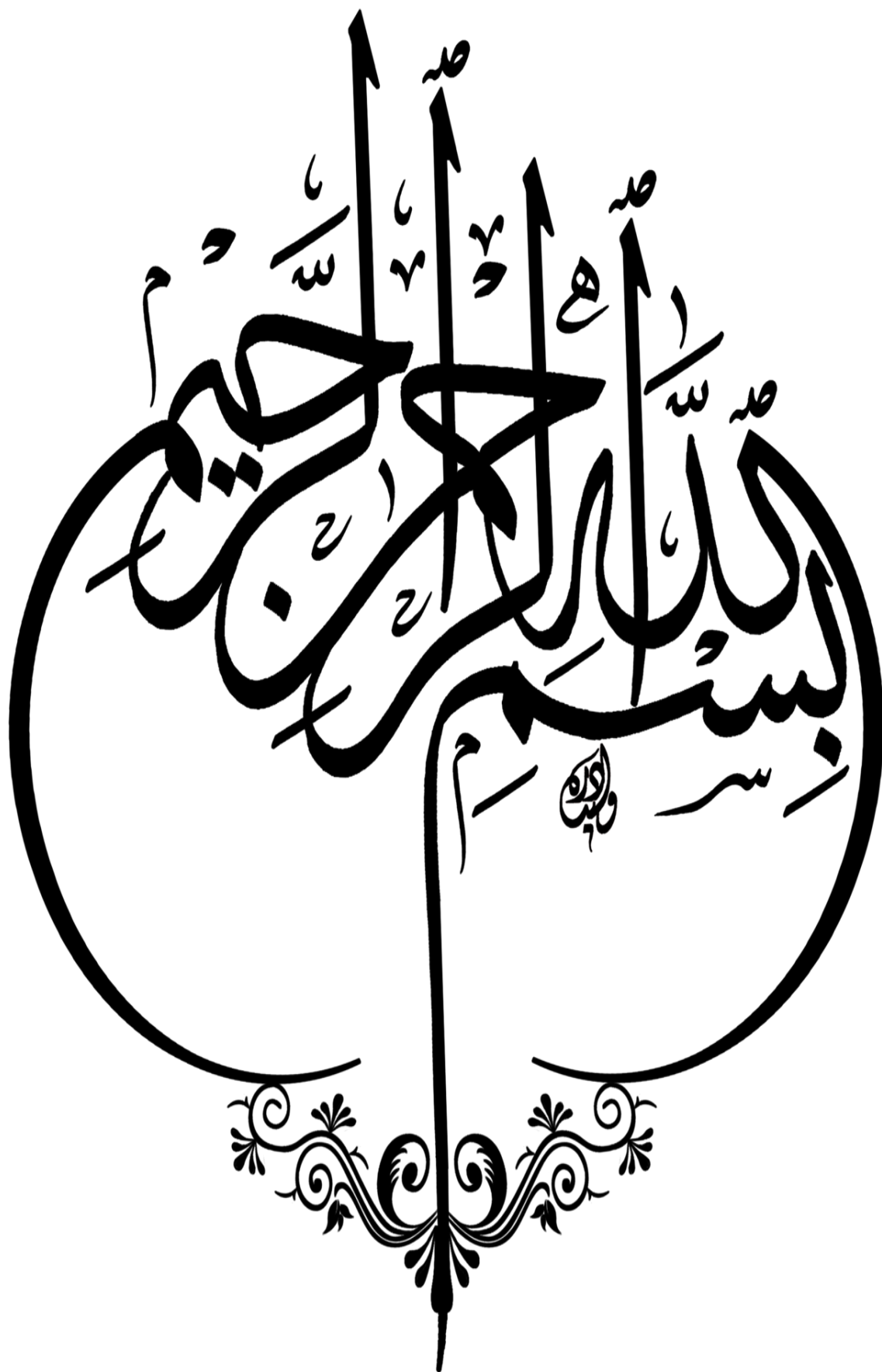
تحت إشراف أ.د:
بوخرص عبد العزيز

إعداد الطالبة:
بوعمار صبرينة

أمام لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصفة
عبد المجيد صغيريرم	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	رئيسا
عبد العزيز بوخرص	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	مشرفا مقرر
حمزة بوخروبة	أستاذ محاضراً	جامعة المسيلة	مشرفا مساعدا
محمد الطاهر بلعيساوي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سطيف 2	عضوا
الياسين مقدم	أستاذ محاضراً	جامعة المسيلة	عضوا
كاملة بوعكة	أستاذ محاضراً	جامعة المسيلة	عضوا
بوبكر قارس	أستاذ محاضراً	جامعة سطيف 2	عضوا

السنة الجامعية 2023-2024



شكر وتقدير

في البداية الشكر والحمد لله، جل في علاه، فإنه ينسب الفضل كله في إكمال هذه الأطروحة، والكمال لله وحده عز وجل.

بعد الحمد لله، فإنني أتوجه لأستاذي الكريم والفاضل البرفسور بوخرص عبد العزيز الذي قام بالإشراف على هذه الأطروحة بكل كلمات الشكر والتقدير على كل توجيهاته الرشيدة ونصائحه القيّمة وكذا حلمه ودعمه المستمر.

والشكر موصول للدكتور بوخروبة حمزة الذي لم يدرج جهدا بتوجيهاته وإرشاداته القيّمة، فله جزيل الشكر.

ولا يفوتني التوجه بالشكر لكل الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة.

الإهداء

إلى روح أبي الزكية الطاهرة.

إلى أمي، زوجي، أولادي وكل أفراد أسرتي.

إلى كل طالب علم.

أهدي هذه الأطروحة.

قائمة المختصرات

1-باللغة العربية

- د. ط: دون طبعة

- ج. ر، ج، ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

- ج: جزء

- ص: الصفحة

- ط: الطبعة

- ق. ت. جج: القانون التجاري الجزائري

- ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

- م: المادة

2-باللغة الفرنسية

- Art : Article

- Cass. Crim : Cassation, chambre criminelle

- CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes

- Dr. Soc : Droit social

- éd. : édition

- Fr : France

- G. Ripert et R. Roblot : Georges Ripert, René Roblot,

- Ibid. : Au même endroit

- J.C.P. : Juris- classeur périodique

- *J.O. : Journal officiel*
- *JCP : Semaine Juridique, édition Générale*
- *N° : Numéro*
- *obs. : Observations*
- *op. Cit. : Option citée*
- *Pré : Précédent*
- *R.T.D.com : Revue trimestrielle de droit commercial*
- *Rev. : Revue*
- *spéc. : spécial*
- *t. : tome*
- *Thé : Thèse*
- *Trib. : Tribunal.*
- *V : Voir*
- *Y. GUYON : Yves GUYON*
- *CA : Cour d'appel*
- *Cass civ : Cour de cassation, Chambre civile*
- *Cass com : Cour de cassation, Chambre commerciale*
- *Cass. ch. mixte Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation*
- *Chron : Chronique*
- *D : Recueil Dalloz*
- *LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*
- *p. : page.*

مقدمة

تعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال، فهي أكثرها قدرة على تجميع رؤوس الأموال الضخمة، وهي بذلك تعتبر الإطار الأنسب للنشاط الاقتصادي في النظم الرأسمالية، لما تهيئه من سبل للإدخار العام وحرية في تداول الأسهم، وهو ما يفسر في الحقيقة أولوية هذه الشركات في التشريعات المقارنة واحتلالها الحيز الأكبر في القانون التجاري، واستئثارها باهتمام الباحثين ورجال القانون، ويعزز هذه الأهمية حصر التشريعات بعض المشاريع والنشاطات الاقتصادية بها، كالبنوك والمؤسسات المالية وشركات التأمين وغيرها.

هذه الأولوية دفعت بالتشريعات المقارنة إلى التدخل لتحديد مختلف أحكامها بشكل واضح ودقيق على نحو يضمن جدية تكوينها واستمراريتها، فأخضع عملية تأسيسها إلى الكثير من الإجراءات التفصيلية والدقيقة، كما تولى تنظيم الأحكام المتعلقة بتسييرها وإدارتها ومالياتها والرقابة عليها بنصوص قانونية أمرة تعكس الحرص الشديد على صيانة حقوق جميع الأطراف المرتبطين بنشاط هذا النوع من الشركات.

ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذا التوجه العام، فقد خصّ أحكام هذا النوع من الشركات بالتنظيم في القانون التجاري منذ صدوره سنة 1975¹، ضمن الفصل الثالث من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات الذي جاء بعنوان شركات المساهمة (Société par actions)، وهي تسمية غير دقيقة إذ توحي بأن هذه الشركة وحدها التي ينقسم رأس المال فيها إلى أسهم في حين نجد أن هناك شركات أخرى مثل شركة التوصية بالأسهم، وكذا شركة المساهمة المبسطة المدرجة حديثاً في القانون التجاري² والتي رأس مالها أيضاً مقسم إلى أسهم، وعليه فإن مسمى شركات المساهمة أو الشركات ذات الأسهم تشمل في الواقع هذين شركتين وكذا الشركة التي نحن بصدد الحديث عنها والتي سماها المشرع شركة المساهمة، على هذا الأساس نعتقد أن التسمية الأنسب لهذا النوع من

¹ الأمر رقم 75 – 59 المتضمن القانون التجاري المؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975، ج. ر. ج. ج. عدد 78، منشورة في 30 أكتوبر 1975 المعدل والمتمم.

² استحدثت بموجب التعديل الأخير للقانون التجاري بالقانون رقم 09-22 المؤرخ في 2022/05/05، ج. ر. ج. ج. عدد 32، منشورة في 14 ماي 2022 وهي نوع من الشركات التجارية القائم بذاته حصرتها المشرع على الشركات الحاصلة على علامة مؤسسة ناشئة، وقد كرس المشرع فيها قدراً كبيراً من الحرية التعاقدية والإرادة الحرة للمساهمين ومن الاعتبار الشخصي للمساهمين، لمزيد من التفاصيل راجع: بوعمار صبرينة، بخروبة حمزة، الطبيعة القانونية لشركة المساهمة البسيطة "شركة المؤسسات الناشئة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 08، العدد 02، 2023، ص-ص 240-255.

الشركات هو الشركة خفية الاسم (*société anonyme*)، وقد ارتأى المشرع الجزائري أن يعرفها في نص المادة 592 من القانون التجاري التي جاء فيها " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (7)"، وهو تعريف يركز على ذكر خصائص شركة المساهمة.

بعيد عن هذه الملاحظات عرف الفصل الثالث السابق الذكر تعديلا جذريا على إثر صدور المرسوم التشريعي 08-93 المعدل للقانون التجاري¹، في محاولة من المشرع الجزائري لجعل أحكام شركة المساهمة منسجمة مع التوجه الجديد للدولة الجزائرية آنذاك والمتمثل في تبني النظام الرأسمالي، مقتبسا أحكامها من قانون الشركات الفرنسي الصادر سنة 1966².

وقد اتسمت النصوص الجديدة كما هو الحال في التشريع الفرنسي بالطابع التنظيمي الذي تجسده كثرة القواعد القانونية الآمرة، وهو ما جعل من شركة المساهمة تصنف تقليديا على أنها نظام المعبر عنه بالمفهوم المؤسسي في مقابل المفهوم العقدي السائد في شركات الأشخاص³.

وهذا التنظيم انعكس على خصائص شركة المساهمة من حيث تراجع الاعتبار الشخصي فيها وبروز الاعتبار المالي فأضحى كونها قائمة على الاعتبار المالي من أهم خصائصها، بعيدا عن الاعتبار الشخصي المعروف عادة بأنه مجموعة العوامل الشخصية والأخلاقية التي تجعل من أحد الطرفين محل ثقة الطرف الآخر فيقبل على التعاقد معه⁴، والتي يكون لها تأثيرها في انضمام الشريك للشركة ابتداء وفي الالتزامات والمسؤولية الملقاة على عاتقه فيما بعد وفي أسباب الانقضاء وآثرها أخيرا.

وقد توطأت الدراسات عند الحديث عن خصائص شركة المساهمة على الاعتماد على هذا التصنيف وعلى هذا التكييف، فهي في نظر العديد شركة قائمة على الاعتبار المالي بعيد عن الصفات الشخصية للشريك، والأحكام القانونية النازمة لها تخاطب وتعنى بالجانب المالي للمساهم

¹ المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري، ج، ر، ج، ج عدد 27، المنشورة في 1993/04/25.

² Loi 66-537 1966-07-24 JORF 26 juillet 1966 rectificatif JORF 19 octobre 1966 en vigueur le 1er février 1967.

³ Bruno Dondero, Paul Le Canna, Droit des sociétés, 4e éd., Montchrestien 2012, p. 281, n°452.

⁴ قرمان، عبد الرحمان السيد، العقود وعمليات البنوك، طبقا للأنظمة القانونية بالملكة العربية السعودية، مكتبة الشفري، ط2، السعودية، 2010، ص256.

لا شخصه، فلا تتأثر الشركة بنوعية المساهمين المنظمين إليها، ولا بانسحابهم منها أو بموتهم، ولا بما يمكن أن يطرأ على أهليتهم.

مع ذلك كله فإن هناك تساءلاً يجد له مكاناً - وبحق - عند دراسة الأحكام التفصيلية لهذه الشركة، يتعلق ابتداءً فيما إذا كان تصنيف شركة المساهمة على أنها نظام يعتبر قاعدة عامة لا تقبل الاستثناء، وفيما إذا كان اعتبارها قائمة على الاعتبار المالي حقيقة مطلقة لا تقبل النقاش.

الحقيقة الأولى التي ينبغي معرفتها هنا أن المعيار المعتمد في تصنيف الشركات إلى شركات قائمة على الاعتبار الشخصي وأخرى على الاعتبار المالي، يقوم وفقاً لقاعدة غلبة كل من الاعتبارين السابقين، وتفاوت نسبة تأثير كل منهما وهذا يفترض أن كل الشركات التجارية التي نص عليها المشرع وعلى اختلافها¹ يظهر فيها قدراً من الاعتبار المالي والاعتبار الشخصي معاً، ولكن بنسب مختلفة فيتحدد تصنيفها وفقاً لغلبة أحدهما على الآخر، ولن تكون شركة المساهمة بمنأى عن ذلك فكلًا من الاعتبارين مكرّسين فيها وإن غلب الاعتبار المالي على الاعتبار الشخصي.

في هذا الإطار يأتي موضوع هذه البحث الموسوم بـ "مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة"، والذي حاولت من خلاله التطرق لأهم الأحكام القانونية النازمة لشركة المساهمة التي كرّست الاعتبار الشخصي للمساهمين، مع مناقشة هذه الأحكام من أجل التعرف على دواعي المشرع وأهدافه التي يتوخاها من وراء الخروج من حدود الاعتبار المالي، ليخاطب الجانب الشخصي للمساهمين على مختلف مراكزهم وموقعهم داخل الشركة، سواء كانوا مؤسسين أو مسيرين أو مساهمين عاديين.

غير أن مناقشتها على هذا النحو لم يكن بالأمر اليسير، وذلك بسبب كثرة النصوص التفصيلية النازمة لأحكام شركة المساهمة، مما يستدعي معه البحث في كل هذه الأحكام لاستخراج الاعتبار الشخصي منها، ومعرفة الطرف المعني بهذا الاعتبار ومسببات استحضاره، ولم يكن هذا بالأمر السهل لاسيما في ظل غياب المراجع العلمية التي تناولت هذه المسائل والأحكام وتعرضت لهذه الأفكار بالتفصيل، على الأقل في حدود ما تمّ الوصول إليه.

¹ حدد المشرع في القانون التجاري عدد الشركات التجارية وهي شركة التضامن والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة وشركة التوصية بأسهم وشركة التوصية البسيطة وشركة المساهمة البسيطة وهي شركات تجارية بحسب شكلها حسب المادة 544 من ق. ت. ج بالإضافة إلى شركة المحاصة التي يتحدد طابعها بحسب التجاري موضوعها، م 795 مكرر 1.

مع ذلك فإن هذا لم يمنع دون بذل الجهد منا لمحاولة الإلمام بكل جزئيات هذا البحث بالنظر لأهميته المتأتية ابتداءً، من أهمية هذه الشركة في اقتصاديات الدول، مما يستدعي ضمان جدية تأسيسها واستمراريتها، حفاظاً على الادخار في هذه الاقتصاديات بدرجة أولى، وحماية للشركة والغير المتعامل معها بدرجة ثانية، وقد يكون في استحضار الاعتبار الشخصي في كثير من مواطن تنظيم أحكامها عاملاً أساسياً في تحقيق هذه الحماية، وفي المحافظة على الادخار العام. وهي محاولة تهدف بالأساس إلى:

- كشف وتحليل الأحكام القانونية التي تعكس الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة بعيداً عن الاعتبار المالي الذي يغلب على هذا النوع من الشركات، والبحث في مبررات ذلك وأهدافه
- التعرف على الشخصيات التي عني المشرع باستحضار اعتبارها الشخصي داخل الشركة وموقعها ودورها بالنسبة للشركة.

تأسيساً على ما سبق فإن الإشكالية الأساسية لهذا البحث تكمن في التساؤل التالي: هل الخاصية الأساسية في شركة المساهمة المتمثلة في قيامها على الاعتبار المالي، خاصية عامة لا تقبل الاستثناء؟ أم أن هناك ما يبرر وجود مظاهر مختلفة للاعتبار الشخصي في حياة الشركة؟

الإجابة عن هذه الإشكالية تنطلق من فرضية أن شركة المساهمة رغم قيامها على الاعتبار المالي فهي لا تنفك أن تتأسس بناءً على عقد بين مجموعة من الشركاء. يربطهم قدر معين من المعرفة المسبقة والثقة المتبادلة، وتسير بعد ذلك من طرف مسؤولين يشترط فيهم عادة مجموع من الصفات الشخصية والمهنية، وهو ما يشكل في الواقع مدخلاً للبحث في مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة.

وفي سبيل تأكيد الفرضية السابقة أو نفياً، وسعياً منا لتحقيق الأهداف المذكورة، وأخذاً بعين الاعتبار طبيعة موضوع البحث، اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل القواعد القانونية النازمة لشركة المساهمة سواء تلك الواردة في القانون التجاري أو تلك التي جاءت ضمن قوانين خاصة، بالإضافة إلى ذلك كان لابد من الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام الواردة في القانون التجاري الجزائري مع نظيرتها في التشريع الفرنسي بالدرجة الأولى، على اعتباره المصدر التاريخي للقانون التجاري الجزائري ومع ما هو موجود في بعض التشريعات العربية بالدرجة الثانية.

وقد اقتضى منا البحث الرجوع إلى الدراسات التي عنت بالبحث في مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة خاصة، أو في شركة الأموال عموماً، العربية منها أو الأجنبية.

ففي الفقه العربي يعتبر كتاب الدكتور "على طلال الهادي الموسوم بـ: (الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة لتأسيس وتداول الأسهم والحصص في شركات الأموال)¹ -والذي هو في الأصل كتاب رسالة دكتوراه- من أهم المراجع التي تناولت تأثير الاعتبار الشخصي ومظاهره في تأسيس شركات الأموال عموماً وفي عملية تداول الحصص، وكذلك كتاب الأستاذ الدكتور "أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم" المعنون بـ: (المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة)² الذي تناول المسؤولية التضامنية وتطبيقاتها في الأحكام الخاصة بتنظيم شركة المساهمة خروجاً عن القاعدة العامة في تحديد المسؤولية فيها، وهو ما يشكل إحدى أهم مظاهر الاعتبار الشخصي فيها.

يضاف إلى ذلك بعض المقالات العلمية التي حاولت الإلمام بأهم مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، على غرار مقال الأستاذ "علي فوزي إبراهيم الموسوي" المعنون بـ (الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة دراسة في قانون الشركات العراقي)³، ومثله أيضاً مقال الأستاذين بوخرص عبد العزيز، بوخروبة حمزة، المعنون بـ (مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة)⁴ والذي تناول أهم مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة.

أما فيما يخص أهم المراجع الأجنبية التي تعرضت لمظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة نذكر الأستاذ "Yves GUYON" في كتابه الذي تطرق فيه لتجسيد الحرية التعاقدية والارادة الفردية في الشركات التجارية ودور العقد ومظاهره فيها، بعنوان:

¹ على طلال الهادي، الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة لتأسيس وتداول الأسهم والحصص في شركات الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

² أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر 2016.

³ علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة دراسة في قانون الشركات العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، سنة 2011.

⁴ بوخرص عبد العزيز، بوخروبة حمزة، مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02 جامعة خيضر بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2021.

(*Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*)¹.

وأيضاً أطروحة الدكتوراه للباحثة "Caroline Leroy" والتي جاءت بعنوان (*Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*)²، والتي تناولت دراسة معمقة لاتفاقات المساهمين في شركة المساهمة، وهي تشكل إحدى أهم مظاهر تجسيد الحرية التعاقدية وبالتالي الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة.

وعلى أهمية هذه المراجع وغيرها، فإنه ما يلاحظ عليها أنها تناولت جوانب محددة من مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة دون الإلمام بكل هذه المظاهر، وهو ما حولنا القيام به في هذا البحث من خلال التطرق لمختلف مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام الناظمة لشركة المساهمة، سواء التي تظهر في مرحلة تأسيس الشركة، أو تلك التي تظهر عند بدء الشركة في ممارسة نشاطها.

بناء على ما سبق ووفقاً لما اقتضته طبيعة البحث تمّ تقسيمه إلى باين:

الباب الأول تناولنا فيه مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة، ويتجلى ذلك بالأخص في إجراءات تأسيس الشركة ضمن الفصل الأول، المتمثلة ابتداءً في تحرير العقد التأسيسي للشركة وما يتطلبه الأمر من القيام بالعديد من الإجراءات تحقيقاً لفكرة عقد الشركة في حد ذاته، وهو الأمر الذي يؤكد على الطابع العقدي الذي يغلب على المرحلة الأولية من حياة الشركة وما يفرضه من ضرورة احترام للإرادة الحرة لأطراف العقد سواء بالنسبة للعقد الابتدائي أو بالنسبة للقانون الأساسي للشركة، أما في مرحلة لاحقة فتأتي عملية الاكتتاب التأسيسي التي تشكل واحدة من أهم الإجراءات اللازمة لإتمام تأسيس الشركة، باعتباره الوسيلة التي بموجبها يتم تجميع رأسمال الشركة، ويظهر الاعتبار الشخصي خلال هذه العملية في مواطن عديدة، بداية في الطبيعة القانونية للاكتتاب التأسيسي في حد ذاتها القائمة على الطابع العقدي ودورها في ظهور الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة ومدى تأثيره بهذه الطبيعة وتفاعله معها

¹ Yves GUYON, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème édition, L.G.D.J, 2002

² Caroline Leroy, *LE PACTE D'ACTIONNAIRES DANS L'ENVIRONNEMENT SOCIÉTAIRE*, Doctorat de Droit Privé, UNIVERSITE PARIS - EST CRETEIL VAL DE MARNE ECOLE DOCTORALE ,2010.

و مع أحكام الاكتتاب بالأخص المتعلقة منها بشروط الاكتتاب وإثباته، ثم تأثيره في نوعا الاكتتاب بين الاكتتاب باللجوء العلني للدخار أو بدونه، أين يظهر فيهما الاعتبار الشخصي بشكل متفاوت على حسب كل نوع.

كما يتجلى الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة كذلك في الأحكام المتعلقة بالمؤسسين وذلك ضمن الفصل الثاني من هذه الباب، والتي وتظهر جل أحكامه مدى العناية التي أولاهها المشرع لشخص المؤسس فأحاطه بجملة من الشروط والضوابط الشخصية باعتبار أن الشركة تقوم عليه بالدرجة الأولى من ناحية الثقة، فكل راغب بالاشتراك في الشركة أو التعامل معها إنما يقدم أو يتعاقد معها بناء على الثقة التي يضعها في شخص المؤسسين أو عن طريق الأخذ باعتباره لأشخاص المؤسسين وسمعتهم وخبراتهم، وهذه الضوابط والشروط ما هي في الحقيقة إلا تجسيد آخر للاعتبار الشخصي للمؤسسين في مرحلة تحرير تأسيس الشركة، يضاف إلى تشديد المشرع في مسؤولية المؤسسين إذا ما أخلوا بالتزامات التأسيس، وفي هذا الصدد أقر أحكاما تفصيلية تبين حدود هذه المسؤولية ومتى تتحقق، وقد يصل التشدد بمناسبة إثارة المسؤولية المدنية للمؤسسين إلى حد جعل المسؤولية تضامنية أو تضامنية وغير محدودة خروجاً عن خصائص الشركة التي الأصل فيها المسؤولية المحدودة كإحدى أهم سمات لخاصية الاعتبار المالي، ما يعتبر تجسيد آخر لسمات الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمؤسسين.

أما الباب الثاني فقد تطرقنا إلى مظاهر الاعتبار الشخصي عند ممارسة الشركة لنشاطها والتي تتجسد بداية في الأحكام المتعلقة بالمسير والتسيير من خلال الأولوية التي أعطاهها المشرع للمسير فعليّ بشخصه، وأحاطه بجملة من الضوابط الشخصية سواء الشروط الواجب توافرها في هيئات أعضاء التسيير أو القيود الواجب عليهم عدم تجاوزها، وهي ضوابط تعكس الاعتبار الشخصي للمسير.

كما أنه ومن أجل ضمان حسن تسيير الشركة عمد المشرع الجزائري على وضع عدة أحكام كرس فيها الاعتبار الشخصي للمسير، على غرار كيفية اتخاذ قرارات الإدارة وتنظيم الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسيرها، بالإضافة إلى مسؤولية المسيرين عن أخطاء التسيير والتي شدد فيها المشرع بهدف حماية الشركة والغير المتعامل مع الشركة من أخطاء التسيير، وقد يصل التشدد بمناسبة إثارة المسؤولية المدنية للمسيرين إلى حد جعل المسؤولية تضامنية وشخصية خروجاً عن خصائص الشركة التي الأصل فيها المسؤولية المحدودة كإحدى أهم سمات لخاصية

الاعتبار المالي أو إلى الحكم بالإفلاس نتيجة تسببه في إفلاس الشركة، ما يعتبر تجسيد آخر لسمات الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسيرين.

كما يتجلى الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة خلال ممارسة نشاطها في الأحكام المتعلقة برأس مال الشركة، أين كرس المشرع الاعتبار الشخصي للمساهمين من خلال المزايا التي منحها المشرع للمساهمين القدامى من أجل حماية حقهم في الأموال الاحتياطية، عندما يتم طرح الأسهم للاكتتاب من أجل زيادة في رأس مال الشركة، وفي القيود التي تتضمنها اتفاقيات المساهمين على مبدأ تداول الأسهم، هذه الأخيرة التي فرضها الواقع واعترف بها القضاء الفرنسي وهي في الحقيقة تدل على دور الإرادة الحرة ودور العقد وتأثيره على نشاط الشركة.

وفي ختام هذه الدراسة سجلنا أهم النتائج المتوصل إليها وأهم المقترحات التي طرحناها بناء على ما لاحظناه من وجود بعض الثغرات القانونية التي حالت دون تحقيق الهدف من وراء تكريس الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة.

فإن قصرت في تحقيق أهداف هذا البحث فحسبي أنني سعت واجتهدت، ويبقى في الأخير عمل انساني يحتمل الخطأ ويحتمل الصواب، وإن أصبت فهو ما حاولت تحقيقه من خلال التفصيل الآتي بيانه، وما توفيقي إلا بالله وعليه توكلت.

الباب الأول

مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس

شركة المساهمة

الباب الأول

مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة

يقصد بتأسيس شركة المساهمة القيام بالأعمال المادية والقانونية اللازمة لإخراج الشركة إلى حيّز الوجود كشخص قانوني مستقل عن أشخاص الشركاء وذلك بإتباع إجراءات قانونية لازمة خلال فترة التأسيس¹، خلال مدة لا يجوز أن تتجاوز مدّة ستة أشهر² إلى غاية اكتسابها الشخصية المعنوية بقيدها في السجل التجاري³.

وبالنظر لحساسية هذه المرحلة التي بموجبها يتحدد مصير الشركة واستمراريتها، وكذا للكيفية التي تنشأ بها من خلال اعتمادها على الاكتتاب كوسيلة لتجميع رؤوس الأموال من الغير لتمويل مشاريعها، تدخل المشرع لتنظيم هذه المرحلة الحساسة بنصوص قانونية آمرة تناولت مختلف الإجراءات اللازمة لذلك، حفاظاً منه على هذه المشاريع من جهة وحماية للمكتتبين وتشجيعهم على الانضمام إلى مشروع الشركة، أو بتعبير أدق حماية أموالهم التي اكتتبوا بها من أجل الحصول على أسهم داخل الشركة والانضمام إليها، فأساس الانضمام إلى شركة المساهمة هو المال المقدم من المساهمين بغض النظر عن شخصياتهم.

وقد ترتب على هذا التدخل تراجع الطبيعة العقدية لشركة المساهمة بالتالي غياب مبدأ سلطان الإرادة في هذه المرحلة، وجعلها أقرب إلى الطابع النظامي، كما أنّ الاهتمام بقيمة السهم على حساب مقدمه هو نتاج طبيعي لتأثير خاصية الاعتبار المالي الذي تتميز به شركة المساهمة باعتبارها أنموذج شركات الأموال عن شركات الأشخاص التي يسود فيها الاعتبار الشخصي للشركاء.

¹ عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2008، ص191.

² نصت المادة 2/604ق. ت انه " وإذا لم تؤسس الشركة في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، جاز لكل مكتتب أن يطالب أمام القضاء بتعيين وكيل يكلف بسحب الأموال لإعادتها للمكتتبين بعد خصم مصاريف التوزيع".

³ نصت المادة 949ق. ت " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري..."

ومهما يكن من أمر فإن الطابع النظامي لشركة المساهمة، لا يمكنه نفي حقيقة مفادها أنّ الشركة مهما كان نوعها ما هي إلا عقد في الأساس حتى ولو تدخل المشرع بنصوص آمرة لتنظيم وضبط بعض جوانبها، وأنها ككل الشركات تستلزم عند تأسيسها اتفاق المؤسسين على كل المسائل الهامة المتعلقة بإجراءات تأسيسها، وهذا الاتفاق لا يخرج من نطاق التعاقد وما يفرضه العقد من احتكام لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي الدخول في دائرة الاعتبار الشخصي بشكل مباشر، كما أنّ الاكتتاب وإن بدا في ظاهره أنّه يقوم على الاعتبار المالي البحت للمكتتبين، فإنّ الاعتبار الشخصي يظهر جليا في الكثير من أحكامه خاصة أنّه لا يفرض دائما اللجوء للجمهور من أجل تجميع الأموال إذ قد يقتصر على فئة معينة فقط لاعتبارات شخصية فيهم.

وحتى يتم ابرام عقد تأسيس شركة المساهمة بما يتطلبه ذلك من إجراءات قانونية فقد فرض المشرع مجموعة من القيود والشروط الشخصية عكست مدى اهتمامه بالمؤسس باعتباره العنصر المهم والفعال في هذه المرحلة، فخصّه بضوابط قانونية عديدة وصارمة تصل إلى حد المساءلة القانونية، حتى يضمن الجدية في عملية التأسيس ويتجنب الوقوع في عمليات الغش والاحتيال التي قد يقوم بها المؤسسون بالتأسيس لشركات وهمية ليس لها وجود قانوني، ما يشكل خطرا حقيقيا على الاقتصاد الوطني، وهذه الأحكام ما هي في الحقيقة إلا تكريس حقيقي للاعتبار الشخصي للمؤسسين داخل شركة المساهمة.

وعليه ولئن طغى الاعتبار المالي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة، فإنّ مظاهر الاعتبار الشخصي تظهر بشكل جلي في الكثير من الأحكام والقواعد المتعلقة بتأسيسها وبمؤسسيها. وحتى يتم الإلمام بمظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة لابدّ من التطرق ابتداء إلى تجسيد الاعتبار الشخصي في إجراءات تأسيس شركة المساهمة وفي الأحكام الخاصة بمؤسسيه، وهو ما سنحاول ابرازه في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: تجسيد الاعتبار الشخصي في إجراءات تأسيس شركة المساهمة.

الفصل الثاني: تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام الخاصة بمؤسسي شركة المساهمة.

الفصل الأول

تجسيد الاعتبار الشخصي في إجراءات

تأسيس شركة المساهمة

الفصل الأول

تجسيد الاعتبار الشخصي في إجراءات تأسيس شركة المساهمة

تتطلب عملية تأسيس شركة المساهمة اتخاذ إجراءات وإبرام تصرفات قانونية عديدة تختلف الى حد كبير عن غيرها من الشركات الأخرى، حيث خصّها المشرع بقواعد قانونية وتنظيمية ضبّطت المراحل التي يجب أن تمرّ بها الشركة لغاية اكتسابها للشخصية المعنوية بداية بمرحلة تحرير العقد التأسيسي وما تشمله هذه الأخيرة من تصرفات قانونية عديدة وللازمة تحقيقاً لفكرة عقد الشركة في حدّ ذاته، مروراً بالمرحلة المهمة والمفصلية التي تنفرد بها شركة المساهمة والمتمثلة في عملية الاكتتاب التأسيسي من أجل تجميع رأس المال اللازم لبدء ممارسة نشاطها، فالشركة تنشأ بالعقد والاكتتاب.

يتجلى الاعتبار الشخصي بشكل واضح ومعتبر في العديد من المواضع عند مباشرة إجراءات تأسيس شركة المساهمة، سواء في مرحلة تحرير العقد التأسيسي وإبرام كل العقود المنشأة والمنظمة للشركة، أو في مرحلة الاكتتاب التي تهدف أساساً الى تجميع الأموال من المكتتبين بغض النظر عن شخصياتهم.

وعلى إثر ذلك وبهدف معرفة مواطن تجسيد الاعتبار الشخصي في إجراءات تأسيس شركة المساهمة سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان: مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تحرير العقود التأسيسية.

المبحث الثاني بعنوان: مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة إجراء الاكتتاب التأسيسي.

المبحث الأول

مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تحرير العقود التأسيسية

ينبغي أساس تكوين شركة المساهمة على وجود عقد ابتدائي بين الشركاء المؤسسين¹ بحيث تتجه إرادتهم الحرة نحو تأسيسها، وقد أكد المشرع الجزائري على ذلك في تعريفه للشركة بوجه عام في المادة 416 ق.م في المدني الجزائري أين عرّفها بصفة عامة واضفى عليها الطابع العقدي بشكل صريح²، ولا تخرج شركة المساهمة من هذا التعريف وهو الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى القول أنّ شركة المساهمة يتخللها نظامي الحرية والتوجيه، الحرية التعاقدية والقواعد الآمرة³.

والواقع أن عقد شركة المساهمة على غرار باقي الشركات بالمفهوم المركّب يتموقع ماديا ضمن مجموعة من العقود⁴، ابتداء بالعقد الابتدائي الذي يرم بين المؤسسين ويكون هدفه تنظيم التزامات المؤسسين بتأسيس الشركة، مروراً بالقانون الأساسي للشركة والذي يتضمن كل المسائل المتعلقة بالشركة الذي بموجبه ينظم المكتبتين للشركة، وبالتالي فالخطوات الأولية لتأسيس الشركة يغلب عليها النهج التعاقدية الذي يعبر على الاعتبار الشخصي فيها، ففكرة العقد لطالما عبرت على هيمنة الشخص على العلاقات القانونية وبالتالي اعتباره فيها⁵.

وعليه فإن مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس الشركة تكمن في العقد الابتدائي لشركة المساهمة (المطلب الأول)، وفي قانونها الأساسي (المطلب الثاني).

¹ إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 84 وعلى طلال الهادي، مرجع سابق، ص 90.

² أنظر المادة 416 من الامر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر، ج، ج عدد 78، منشورة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

³ وفي هذا المعنى يقول الأستاذ "Y. Guyon" أنها «*Un îlot de liberté dans un océan de réglementation*» أنظر Yves Guyon, Présentation de la société par actions simplifiée, Rs.1994, p. 207, n° 24

⁴ تتجسد الشركات التجارية عموماً عند التأسيس في مجموعة من الدعايم المادية اتفق الفقه على إضفاء الصفة العقدية عليها لأنها تعبر عن الحرية التعاقدية للشركاء أهمها العقد التأسيسي والقانون الأساسي للشركة، النظام الداخلي، البرتوكول الاتفاقي.

⁵ *Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision "*

Maurice Hauriou, principes de droit public, préface d'Olivier Beaud, DALLOZ, 2010, P 206.

المطلب الأول

العقد الابتدائي لشركة المساهمة كمظهر للاعتبار الشخصي

ينطلق مشروع تأسيس الشركة في الغالب بفكرة في ذهن أحد المؤسسين تنمو وتتطور إلى غاية تحرير القانون الأساسي للشركة وقيده في السجل التجاري، وفي الغالب تتخلل هذه الفترة المبدئية إجراء العديد من المفاوضات والمناقشات تسفر عنها إنشاء علاقات قانونية تربط بين الأطراف المؤسسين، لعل أهمها إبرام العقد الابتدائي بينهم في حال اتفاقهم، وهو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي البحت.

وبشكل عام يدلّ الاعتبار الشخصي في العقود على أنّ اعتبار أحد الأطراف هو الدافع إلى التعاقد وهو الذي يتحدد بموجبه رضا الطرف الآخر أو الأطراف الآخرين¹، ويبرز هذا الاعتبار بشكل كبيراً في العقد الابتدائي لشركة المساهمة، ذلك أنّ شخصية المؤسسين ضرورية لتكوين الرضا إلى جانب الأركان الموضوعية الأخرى العامة والخاصة المتطلبة عند إبرام العقد والتي تؤثر على وجوده وصحته².

وحق نتعرف على دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة العقد (الفرع الثاني)، لا بد من التطرق إلى مفهوم العقد الابتدائي في شركة المساهمة (الفرع الأول).

الفرع الأول

مفهوم العقد الابتدائي في شركة المساهمة

إبرام العقد الابتدائي للشركة والتوقيع عليه هو أول إجراء من إجراءات تأسيسها والعقد الابتدائي يكون تمهيداً لوضع النظام الأساسي للشركة³ يتضمن بنود وقواعد تحدد الالتزامات والحقوق، وقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة هذا العقد فهناك من اعتبره عقداً للشركة وهناك من لا يعتبره كذلك.

¹ نور عيسى سالمين، الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2021، ص 17.

² علي طلال هادي، مرجع سابق، ص 92.

³ المرجع نفسه، ص 90، وسيتم التطرق إلى النظام الأساسي للشركة في المطلب الثاني من هذا المبحث.

وعليه فتحديد مفهوم العقد الابتدائي في شركة المساهمة يتطلب التطرق ابتداء إلى تعريفه (أولاً) ثم التطرق إلى طبيعته التي كانت محل خلاف فقهي (ثانياً).

أولاً: تعريف العقد الابتدائي للشركة.

يعرف العقد الابتدائي في شركة المساهمة، بأنه عقد يبرم بين مؤسسيها ويحكم العلاقة فيما بينهم يلتزمون بموجبه القيام بكل ما يلزم لتأسيسها¹، فمتى نصحت فكرة الشركة لدى المؤسسين بعد دراستها من النواحي الاقتصادية والفنية واقتنعوا بتأسيسها، تبدأ المرحلة الأولى من إجراءات التأسيس بإبرام هذا العقد من قبل المؤسسين الذين يتعهدون بمقتضاه بالقيام بجميع الإجراءات اللازمة لتأسيس الشركة، والغرض من إبرامه هو توحيد جهود المؤسسين وإقامة التعاون فيما بينهم على الالتزام بإنشاء الشركة وتحديد مسؤولية كل واحد منهم اتجاه الآخرين في مواجهة المكتتبين والشركة²، لذلك فإنه يعدّ وبشكل عام الوسيلة القانونية التي يحتج بها المؤسسون أمام الغير على غرار اتفاقهم بتأسيس شكل شركة معينة قد تكون من الأشخاص أو الأموال، كما يعدّ الأساس القانوني الذي يحدّد طبيعة نشاط الشركة والذي ينشأ عادة بالاتفاق بين أشخاص معينين على تأسيس شركة مساهمة تتولى ممارسة نشاط معين، ومن ثم يتشكل هذا الاتفاق على أساس الثقة فيما بينهم³.

ومنه فإن إجراءات تأسيس شركة المساهمة تبدأ بتحرير العقد الابتدائي الذي يقضي بالالتزام المؤسسون للسعي من أجل إتمام إجراءات تأسيس الشركة، بتحديد الدور الذي يقوم به كل مؤسس من أجل إتمام عملية التأسيس والمزايا التي تعود عليهم في حال نجاحها⁴، وقد أطلق الفقه على عقد تأسيس الشركة تسمية "الاتفاق أو العقد المبدئي" لاعتباره مجرد اتفاق يتضمن جملة من الالتزامات التي تصبح ملزمة للمؤسسين بعد ذلك، وفي الوقت ذاته لا يعدّ هذا الاتفاق هو العقد النهائي⁵ والوحيد للشركة، إذ بهذا الوصف يعتبر العقد الابتدائي اتفاقاً نهائياً بين أطرافه

¹ إلياس نصيف، مرجع سابق، ص 103.

² عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 198.

³ على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 88.

⁴ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 115.

⁵ Ibrahim NAJJAR, *l'accord de Principe*, Recueil DALLOZ, 1991, p57

فقط، فهو ليس ابتدائياً إلا من حيث أنه الخطوة الأولى التي تعبر عن إرادة المؤسسين واتفاقهم على المضي في تكوين شركة المساهمة¹، وهذا العقد مبني على الاعتبار الشخصي بين المتعاقدين-كما سيأتي بيانه- ينقضي بأسباب الانقضاء الخاصة بالعقود² تبرز أهميته خاصة بالنسبة إلى النزاعات التي تطرح بمناسبة التعهدات المبرمة قبل فترة التأسيس فيجد القاضي نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى هذا العقد لتحديد التزامات المؤسسين وإن تم الإخلال بها أو حتى تجاوزها من قبل المؤسس المعني بالنزاع يلتزم بالتعويض إذا ما نتج عن إخلاله ضرر، وقد شدد المشرع في المسؤولية القانونية الملقة على المؤسسين في هذه الفترة³، ولعله السبب الذي دع المشرع على غرار التشريعات العربية⁴ إلى تعريف الشركة بأنها عقد في القانون المدني كما سبق الذكر.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي⁵ لم يشر إلى هذا العقد واكتفى بذكر القانون (النظام) الأساسي للشركة فقط بحيث اعتبره بمثابة عقد الشركة وذلك في نص المادة 595 ق. ت. ج، ويعلق المشرع عملية تأسيس الشركة بإعداد القانون الأساسي كوثيقة تكفي وحدها للتأسيس ثم نشرها وفقاً لما تقتضيه باقي الإجراءات، وهذا خلافاً لما هو معمول به في التشريعات الأنجلوسكسونية التي اعتمدت تصوراً مزدوجاً، بالزام الشركاء بإعداد وتحرير وثيقتين، أحدها تهدف إلى ضبط علاقات المؤسسين فيما بينهم (العقد الابتدائي) تتضمن بيانات وبنود تكون بشكل

¹ علي طلال الهادي، مرجع سابق، ص 91.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 163، 164.

³ مسؤولية القانونية للمؤسسين هي إحدى أهم المسائل التي يتجلى فيها الاعتبار الشخصي للمؤسسين خاصة في الشق المدني منها، وهذا ما سيتم التفصيل فيه في الفصل الثاني من هذا الباب.

⁴ وكأمثلة عن بعض القوانين العربية نذكر ما جاء في الفصل 2 من مجلة الشركات التونسية أن " الشركة عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على تجميع مساهماتهم قصد اقتسام الأرباح أو الانتفاع بما قد يحصل من نشاط الشركة من اقتصاد". القانون عدد 93 المؤرخ في 2000/11/03 متاح على الموقع:

www.cmf.tn

وما جاء في المادة 505 من القانون المدني المصري " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة" القانون رقم 131 لسنة 1948 متاح على الموقع:

<http://www.e-lawyerassistance.com>

كما عرفت المادة 04/أولاً من قانون الشركات العراقي الشركة بأنها: عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من المال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة"، القانون رقم 21 لسنة 1997 متاح على الموقع التالي:

wiki.dorar-aliraq.net

⁵ Article L225-2 www.legifrance.gouv.fr

مختصر وموجز كاسم الشركة ومؤسسيها وعنوانها وشكلها ورأسمالها وغيرها، أما الوثيقة الثانية والتي تسعى النظام الاساسي تتضمن بالإضافة إلى الشروط السابقة مختلف الشروط والضوابط التي تنظم علاقات الشركاء فيما بينهم وبين الشركة، من خلال تأسيس مختلف الأجهزة الرسمية وغير الرسمية، وبيان صلاحياتها وحدودها¹. وهو ما تتبعه العديد من التشريعات العربية على غرار المشرع المصري الذي ألزم المؤسسين بوضع عقد ابتدائي للشركة المنوي تأسيسها وقد جاء في نص المادة 18 الفقرة الأولى (أ) من القانون رقم 04 لسنة 2018² أنه "على المؤسسين أو من ينوب عنهم إخطار الهيئة بإنشاء الشركة ويجب أن يرفق الاخطار بعدة محررات أولها العقد الابتدائي والنظام الأساسي للشركة بالنسبة لشركات المساهمة وشركات التوصية بأسهم"، والمشرع الأردني يوجب في الفقرة (ب) من المادة 92 من قانون الشركات على أن يتضمن عقد الابتدائي "اسم الشركة ومركزها وغاياتها ورأس مالها، أسماء المؤسسين وعناوينهم، كيفية إدارة الشركة والمفوضين بالتوقيع في الفترة ما بين تأسيسها واجتماع الجمعية التأسيسية..."³

غير أن عدم ذكر العقد الابتدائي لا ينفي أن القانون الأساسي للشركة غالباً ما يسبقه اتفاقات قانونية مكتوبة تهدف لتحديد الملامح المستقبلية للشركة أطلق عليها الفقه الفرنسي⁴ اسم "البرتوكولات الاتفاقية" تخضع للقواعد العامة للعقود، وعادة ما يقوم المؤسسون بإعداد هذا البرتوكول لتحديد الالتزامات فيما بينهم تمهيدا لتأسيس الشركة بشكل نهائي فإذا أخل أحد المؤسسين بالتزاماته أو رفض التأسيس يلتزم بتعويض الضرر الناتج⁵.

¹ أنظر في ذلك:

- Olivier Moréteau. *Le droit anglais des affaires*, 1^{er} édition DALLOZ, Paris, 2000, p176, N°300.

² القانون المصري رقم 04 لسنة 2018، ج. ر العدد 02 مكرر (ط) المؤرخ في 16 يناير 2018 المعدل لبعض أحكام شركات المساهمة وشركات التوصية بأسهم وشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادرة بقانون رقم 159 لسنة 1981، متاح على الموقع:

<https://manshurat.org/node/>

³ أنظر: قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته، متاح على الموقع التالي:

www.sdc.com.jo/arabic

⁴ Yves GUYON, *droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés* 12^{ème} édition aut 2003. p148. et -Jean Pierre- SORTAIS, *constitution des sociétés, Rép sociétés*, DALLOZ, sep 2004, p4.

⁵ Yves GUYON, *droit des affaires*, op cit, p149

وبتعبير أدق هذه البرتوكولات هي عبارة عن المحادثات والتشاورات التي تتم بين المؤسسين والتي تسبق توقيع القانون الأساسي للشركة وغالبا ما تشير إلى التزاماتهم من أجل تأسيس الشركة، وهي تصاغ بشكل عقود أولية ليست عقودا للشركة ولكنها تفرض التعويض في حق المؤسس المخل بالتزامه¹.

وقد قضى القضاء الفرنسي بصحة البرتوكول الاتفاقي كاتفاق سابق عن تأسيس الشركة²، إذا ما تضمن مجموعة من البيانات مثل موضوع الشركة وشكلها ومدتها³ وذلك إلى غاية توقيع القانون الأساسي للشركة، فبمجرد إنشاء الشركة وتوقيع قانونها الأساسي يفقد البرتوكول أهميته القانونية ويبقى القانون الأساسي شريعة الشركاء⁴، وبالتالي فالمؤسسون لا يمكنهم الاحتفاظ به أو تطبيقه بعد التأسيس ذلك أنه غير ملزم لبقية الشركاء⁵.

ثانيا: الخلاف الفقهي حول طبيعة العقد الابتدائي لشركة المساهمة.

انقسم رأى الفقه حول طبيعة العقد الابتدائي الذي يتم بين مؤسسي شركة المساهمة فهناك من اعتبره بمثابة عقد لشركة المساهمة في حد ذاتها وهناك من لا يعتبره كذلك.

1- الاتجاه الذي يعتبر أن العقد الابتدائي هو عقد شركة المساهمة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الشركة تنشأ وتتكون شخصيتها المعنوية بمجرد تلاقى إرادة المؤسسين، وأن التسجيل في السجل التجاري أو صدور شهادة التأسيس ما هو إلا إجراء كاشف عن هذه الشخصية والتي تكون موجودة من قبل أصلا، غير أنهم اختلفوا حول ما إذا كانت هذه الشخصية كاملة أو ناقصة على النحو التالي:

أ- الشخصية المعنوية الكاملة: اعتبر أنصار هذا الرأي أن العقد الجاري بين المؤسسين هو عقد شركة، إذا ما كان الغرض منه اجتناء الربح وتوزيعه فيما بينهم بشكل منافع خاصة يحصلون عليها

¹ Paul Didier-Philippe Didier, *Les sociétés commerciales*, t2 Economica point delta, 2011, p391, N°481.

² Trib com Paris. 1er aout 1974, affaire marine Firminy, Gaz Pal, 1974, 525. Rev soc 1974, p685.

³ Cass ,com du 28 Avril 1987, n° 85-18.062, www.legifrance.gouv.fr

⁴ Dominique Velardocchio Flores, *Les accords extra statutaires entre associés*, PUAM, Marseille, paris 1993, p45.

⁵ Yves GUYON, *droit des affaires*, op cit, p149

من الشركة المزعّم تأسيسها، وبالتالي وبهذا المعنى فهي شركة تجارية لم يتم تسجيلها في السجل التجاري أي عديمة الشخصية المعنوية، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى تكييفها على أنها شركة محاصة يلتزم فيها المؤسسون تجاه الغير باسمهم وبالتضامن فيما بينهم¹، في حين ذهب رأي آخر إلى أبعد من ذلك، فقد اعتبروا أن مشروع الشركة قد يتطلب دراسات فنية سابقة لضمان نجاحها، وهو الأمر الداعي لتشكيل شركة بين المؤسسين للقيام بهذه الدراسات، وأطلقوا على هذه الشركة اسم "شركة الدراسة" -société d'étude- وقد تتخذ هذه الشركة شكل شركة محاصة أو شركة ذات مسؤولية محدودة تتحول بعد نجاحها أو بعد زيادة رأس مالها إلى شركة مساهمة، وبهذا الشكل يتم عملياً حل جميع المشاكل التي تطرحها فترة التأسيس²، ويبدو أن المشرع الألماني قديماً قد تأثر بهذا الطرح فنص في المادة 37 من قانون 1937/01/30 حيث نص على أن المؤسسون يشكلون فيما بينهم شركة بسيطة أو شركة مدنية تتحول إلى شركة مساهمة بعد قيدها في السجل التجاري³.

ب- الشخصية المعنوية الناقصة: اعتبر أنصار هذا الرأي ومن بينهم الفقيه "تايلر" أن العقد الابتدائي للشركة هو عقد شركة المساهمة ولكن تحت التأسيس، وقد أقرّوا بالشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس، ولكنها شخصية معنوية داخلية تقتصر على العلاقة الموجودة بين المؤسسين ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا بعد استكمال إجراءات التأسيس وذلك قياساً على الاعتراف لها بالشخصية المعنوية وهي في التصفية⁴ وبناءً على ذلك يجوز للشركة تحت التأسيس أن تقوم ببعض التصرفات المحدودة دون أن تتعدها إلى الغير، غير أن هذه النظرية انتقدت لقصورها وعجزها عن تفسير وتحديد المركز القانوني لشركة المساهمة تحت التأسيس فيما يتعلق بأهلية الشركة لتحمل الالتزامات في مواجهة الغير⁵، فجاء رأي آخر يرى أن الشركة تحت التأسيس لها شخصية معنوية بقدر محدود وهو القدر اللازم لعملية التأسيس وشبهوها بشخصية

¹ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 104.

² المرجع نفسه، ص 105.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 196.

⁵ أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن شركة المساهمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 477.

الجنين الذي مازال في طور التكوين أو البذرة التي تمثل أصل النبتة ويعتبر المؤسسون ممثلين لهذا الشخص المعنوي (الجنين) لحين استكمال إجراءات التأسيس¹.

وبعيدا هذا الاختلاف فإن نظرية الشركة تحت التأسيس لم يتم الاستناد إليها في كل التشريعات إذ أنّ هنالك بعض التشريعات على غرار المشرع الجزائري لا تضي على الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد تمام إجراءات التأسيس²، وفي المقابل من ذلك نجد أن هذه النظرية وجدت تطبيقاتها في بعض القوانين العربية منها القانون المصري من خلال القانون رقم 159 لسنة 1981 في نص المادة 13 منه التي نصت على أنه "تسري العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس في حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة" والمادة 20 من قانون الشركات المصري تنص

يجب ان تودع المبالغ المدفوعة لحساب الشركة تحت التأسيس في أحد البنوك المرخص لها بذلك... الخ³ فمن خلال هذين النصين يتضح أن المشرع المصري اعترف بالشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس بالقدر اللازم لاستكمال إجراءات التأسيس خاصة عملية الاكتتاب في رأس المال⁴.

2- الاتجاه الذي لا يعتبر العقد الابتدائي للشركة هو عقد شركة المساهمة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد الذي ينشأ بين المؤسسين لا يؤلف بذاته عقد شركة أيا كان شكلها إنما هو عقد خاص يهدف إلى تأسيس شركة المساهمة المعلن عنها في مشروع النظام الموقع بين المؤسسين والذي على أساسه يتم تأسيس الشركة قانونا، وتنشأ عن هذا العقد التزامات على عاتق المتعاقدين المؤسسين ترتب عليهم بذل عناية خاصة في سبيل تنفيذ ما يستلزمه تأسيس

¹ المرجع السابق، نفس الصفحة.

² أنظر المادة 549 ق. ت. ج التي نصّت "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة".

³ القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية باسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ج. رعد 40 المؤرخ في 01/أكتوبر 1981 متاح على الموقع التالي: <https://manshurat.org/node/31504>

⁴ خالد العمري، الطبيعة القانونية للاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 10، جانفي 2015، ص 109.

الشركة¹، فالعقد الابتدائي ليس هو عقد الشركة وإنما هو العقد الذي يسبقه خلال عملية التأسيس² ويبرر هذا الاتجاه رأيه على النحو التالي:

أ- عقد الشركة أساسه الاكتتاب: يرى أصحاب هذا الرأي في تبريرهم للطبيعة العقدية للاكتتاب، أن عقد شركة المساهمة أساسه عقد الاكتتاب الذي يتم بين المؤسسين والمكتتبين، وليس عقد التأسيس

الابتدائي الذي يبرم بين المؤسسين، وبمقتضى هذا الرأي فإن النظام القانوني لشركة المساهمة يعتبر بمثابة مشروع عقد الشركة، ويعتبر إعداد النظام ونشره إجاباً صادراً من المؤسسين إلى جمهور المكتتبين فإذا تمّ القبول وإجراء الاكتتاب يتم عقد الشركة³ ويترتب على هذا العقد آثار قانونية متبادلة بين الطرفين ويخضع كل منهما إلى التزامات ويتمتع بحقوق منذ بداية العقد وإلى حين تكوين الشركة⁴ الذي يتوقف على إتمام إجراءات التأسيس، فتكتسب الشركة الشخصية المعنوية منذ قيد العقد في السجل التجاري لا قبل ذلك.

ويبدو أن هذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الجزائري ويتضح ذلك من خلال نص المادة 549 من القانون التجاري والتي تقضي بأن الشركة لا يكون لها شخصية معنوية، ولا يجوز لها أن تبشر أعمالها إلا بعد قيدها في السجل التجاري وإشهار هذا التسجيل.

والجدير بالإشارة أن المشرع الجزائري وفي ذات المادة أطلق على الشركة التي لم تكتمل إجراءات تأسيسها لفظ "الشركة" وهذا تجاوز لفظي باعتبار أنها لم تكتسب الشخصية المعنوية، فهي في هذه المرحلة مجرد مشروع تأسيس شركة وليست شركة.

ب- العقد الابتدائي هو عقد من نوع خاص: يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الأساسي المبرم بين المؤسسين ليس هو ذاته عقد شركة المساهمة بل هو عقد من نوع خاص، فالهدف من هذا العقد

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 104-105.

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 610.

³ مرجع نفسه، ص 233.

⁴ ضاري الوائان، النظام القانوني للاكتتاب العام في أسهم شركة المساهمة العامة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 26.

هو عقد العزم على تأسيس شركة المساهمة والتزام المؤسسين بإتمام إجراءات التأسيس¹ من أجل الوصول إلى إظهار الشركة إلى الوجود وقيامها بتحقيق غرضها المتمثل في تحقيق الربح وتوزيعه بين الشركاء، فالمؤسسون لا يحققون إي ربح من وراء الالتزام بإجراءات تأسيس الشركة بل بالعكس من ذلك، وإن كانت نيتهم الأكيدة تقوم على أمل تحقيق الأرباح عن طريق استثمار مشروع الشركة بعد تأسيسها وتحولهم من مؤسسين إلى مساهمين، كما أن المؤسسين ليسوا هم الشركاء الوحيدين² فيها طالما أن أنه سينظم إليها المكتبين إذا ما تم تأسيسها باللجوء العلني للادخار.

ولذلك يرى الفقهاء أن القول باعتبار العقد المبرم بين المؤسسين في حد ذاته عقد الشركة هو قول مغال فيه، طالما أن المؤسسين يطمحون إلى تحقيق الأرباح بعد تأسيس الشركة وليس قبل ذلك، ولأن الشركة تحتاج إلى عقود أخرى من أجل اكتمال تأسيسها، وبالتالي فالعقد الابتدائي هو جزء من عقد الشركة وليس كله³، وعليه فالراجح أن العقد الذي يتم بين المؤسسين والذي يلتزمون بمقتضاه بتأسيس شركة المساهمة هو عقد من نوع خاص، أو هو عقد غير مسمى يتميز بطبيعة خاصة وقصد محدد⁴.

الفرع الثاني

دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة العقد الابتدائي

أساس تكوين شركة المساهمة هو العقد الابتدائي الذي يبرمه المؤسسون تمهيدا لإنشائها وهذا العقد مبني على الاعتبار الشخصي بين المتعاقدين، فشخصية المتعاقدين محل اعتبار عند إبرام العقد وسببا في وجوده، فالاعتبار الشخصي يؤثر على العقد التأسيسي وجودا وعدما، بينما صحة العقد من عدمها هي التي تتأثر بالاعتبار الشخصي، وهذان الأخيران مرتبطان بركن الرضا كركن أساسي للإبرام العقد، إلى جانب الأركان العامة الأخرى المتطلبة عند إبرام العقود سواء كانت

¹ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 198.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 163.

³ أنظر سالم عبد الرحمان غميص، الطبيعة القانونية لعقد تأسيس شركة المساهمة وأثره على صغار المساهمين في القانون البحري دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية الحقوق جامعة الزاوية، ليبيا، 2015، ص-ص 172-229.

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 105-106.

عقوداً شخصية أو عقوداً موضوعية¹، والمتمثلة في المحل والسبب، الذين يخرجان من نطاق الدراسة باعتبارهما ركنان مرتبطان بموضوع العقد ولا مكان للاعتبار الشخصي فيهما لذلك سيتم التركيز على دور الاعتبار الشخصي في وجود العقد (أولاً) وفي صحته (ثانياً) بالنظر لارتباطه بركن الرضا كركن شخصي متعلق بأطراف العقد.

أولاً: دور الاعتبار الشخصي في وجود العقد الابتدائي.

للاعتبار الشخصي دور مهم وأساسي في وجود العقد الابتدائي لشركة المساهمة، ذلك أنه يؤثر على وجوده أو انعدامه، نظراً لارتباطه بوجود الرضا في العقد كركن أساسي لانعقاده كما سبق ذكره ووجود الرضا مرهون بوجود إرادة حرة كمرحلة أولية وبتوافق هذه الإرادة مع إرادة أخرى، أي تطابق إرادة الموجب مع إرادة القابل².

ولتحديد دور الاعتبار الشخصي في وجود العقد التأسيسي لابد من التعرف على علاقة الاعتبار الشخصي بمبدأ سلطان الإرادة، وكذا على أثر الاعتبار الشخصي على توافق الإرادتين (تطابق الإيجاب والقبول).

1- علاقة الاعتبار الشخصي بمبدأ سلطان الإرادة:

يرتبط مبدأ سلطان الإرادة ارتباطاً وثيقاً بفكرة الحرية، هذا المصطلح الفلسفي الذي استعصى على الفقهاء إعطاء تعريف دقيق له، بل إن بعضهم يرى أنه من العبث البحث عن تعريف جامع ومانع له، غير أن الحرية بمفهومها البسيط تعني الحق أو القدرة على التصرف داخل مجتمع منظم وفقاً لمحددات الشخص الذاتية، ويكون التصرف عادة في حدود قواعد معروفة مسبقاً، وهي

¹ استحدثت الفقه تقسماً آخر للعقود يضاف إلى تقسيمات العقود الكلاسيكية، يركز على وجود الاعتبار الشخصي من عدمه، بحيث تنقسم إلى عقود ذات اعتبار شخصي كعقد التبرع أعقد العمل والعقد التأسيسي للشركة التجارية وعقود ذات اعتبار موضوعي كعقد البيع أو عقد المقاولة، ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ظاهرة خاصة فيما يثور من مشاكل قانونية، كادعاء المتعاقد الغلط في شخصية المتعاقد الآخر حتى يتوصل إلى إبطال العقد، أو تمسك الدائن بقيام المدين بتنفيذ العقد بنفسه عند الرغبة في التنفيذ من قبل شخص آخر.

أنظر نور عيسى سالمين، مرجع سابق، ص 02.

² نصت المادة 59 ق.م "يتم التعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ترتبط دائما بالشخص الطبيعي وإرادته وضميره فهي تعتبر من أهم الحقوق المرتبطة بشخص الإنسان¹.

ويمكن مضمون مبدأ سلطان الإرادة في أن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني بنوعيه سواء أكان عقداً أو تصرفاً بالإرادة المنفردة، فهي التي تنشأ التصرف وهي التي تحدد الأثر المترتب عليه دون قيد يرد على حريتها فهي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقد وتحديد شكله والآثار المترتبة عليه².

ويرجع الفقهاء في أن الأصل التاريخي لهذا المبدأ وأساسه يعود إلى المذهب الفردي³ الذي ازدهر في نهاية القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر للميلاد، هذا الأخير الذي استقر في ظله هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليه معظم النظريات القانونية، فأصبحت الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام، وهذه الإرادة أكثر ما تتجلى واضحة، في العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما الحرة، وإن اتجهت التشريعات الحديثة إلى التقليل من مفهوم مبدأ سلطان الإرادة بالنظر لما آلت إليه العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الأفراد عن طريق تضمين القانون جملة من القيود عليه⁴ بالرغم من اعترافها به، وذلك لخلق التوازن بين الإرادة الحرة في العقد وبين العدالة والصالح العام⁵.

¹ جاك غيستان. J GHESTIN ، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة (منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 01، سنة 2000، ص 46.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، ج1: مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، ص 120.

³ انتشر هذا المبدأ في بداية القرن ال ثامن 18، وهو مبدأ قائم على فكرة الإشادة بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية، وقد نادى أصحاب هذا المبدأ بالحرية الاقتصادية ويذهبون إلى أنه لو ترك الناس أحراراً في نشاطهم اقتصادي وفتحت المنافسة بينهم فلا تلبث أن تستقر الأمور، وتتحدد الأسعار عن قانون العرض والطلب، لا عن طريق المشرع، ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر على الاقتصاد، أنظر جاك غيستان. J GHESTIN ، المرجع السابق ، ص 48، وعبد الرزاق السنهوري مرجع سابق، ص 122.

⁴ بالرغم من تبني التشريعات لمبدأ سلطان الإرادة بما فيها المشرع الجزائري، إلا أنها وضعت له إطار قانوني محدد من خلال القيود التي فرضتها على هذا المبدأ في جميع مراحل العقد، ففي مرحلة انشائه أخضع المشرع العقد لمبدأ الشككية كاستثناء عن مبدأ الرضائية، وفي تحديد مضمون العقد قيد المشرع الحرية التعاقدية بالنظام العام والأداب العامة، وفي إنهاء العقد وتعديله منح المشرع القاضي هذه السلطة كاستثناء، في حالات معينة مثل حالات الظروف الطارئة (3/107 ق.م، ج) والغبن (1/90 ق.م، ج).

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 125-126.

وتتعدد مظاهر الحرية التعاقدية في شركة المساهمة في ثلاث مظاهر:

الأول يتم التعبير فيه عن الحرية التعاقدية من خلال إبرام عقد الشركة في حد ذاته على أساس أن الشركة مهما كان نوعها ما هي إلا عقد في الأساس، إلا أن المشرع يتبنى هذا العقد فيتولى تنظيمه بأحكام.

كما تتجلى الحرية التعاقدية في مظهر ثان، في قيام المؤسسين بإدراج شروط وبنود اتفاقية في القانون الأساسي للشركة، فالقانون الأساسي يجسد إرادة الشركاء عند التأسيس بالنظر إلى ما يحتويه من قواعد تنظم وتحدد أداء الشركة، ويلتزمون بأداء ما ورد فيه وفقا للمسؤولية المترتبة على ذلك.

كما تتجسد الحرية التعاقدية في مظهر ثالث، وهو قيام الشركاء بإبرام اتفاقات تتجاوز القانون الأساسي وتدعى باتفاقات المساهمين.¹

وحقيقة أن ما سبق ذكره من مظاهر ينحصر في مفهوم الحرية التعاقدية بوجه عام ومحلها في شركة المساهمة بوجه عام أيضا وهذا لا يعنينا في هذا العنصر ولكن سيأتي بيانه لاحقا، إنما نحن نهتم بالعلاقة بين الاعتبار الشخصي وهذه الحرية في العقد الابتدائي فقط لما لها دور في وجوده، ولا يتسنى لنا ذلك إلا من خلال التطرق إلى الأبعاد الأساسية لهذه الأخيرة.

الواقع أن فكرة الحرية التعاقدية في حد ذاتها تحتوي على بعدين أساسيين:

الأول بعد شكلي قائم على فكرة تغليب مبدأ الرضائية كأساس للتعاقد، فيصبح العقد مبرما لمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى شكل آخر.

أما الثاني فهو بعد موضوعي يتمثل في أن الفرد حر في إبرام العقود أو عدم إبرامها كما يعد الفرد حرا في تحديد الشخص الذي يتعاقد معه وحرا في تحديد مضمون العقود التي يبرمها.²

وفي هذا البعد تحديدا تتجلى علاقة الإرادة الحرة بالاعتبار الشخصي ودور هذه العلاقة في وجود العقد الابتدائي لشركة المساهمة، فالاعتبار الشخصي لا يتحقق ما لم تكن هناك حرية

¹ بالطبيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وفقا للتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016، 2017، ص 24.

² المرجع نفسه، ص 10-11.

في التعاقد، بمعنى أن أحد المؤسس عندما يلجأ إلى التعاقد مع مؤسس آخر كطرف في العقد الابتدائي إنما هو يختاره بإرادته الحرة المستقلة، لبواعث خاصة أو لأسباب نفسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو لأسباب شخصية تتصل بالمتعاقد الآخر¹، من بين العديد ممن تتوافر فيهم ذات الصفات، اختاره هو بالذات وبإرادته الحرة فالشريك المؤسس في شركة المساهمة عندما يقدم إلى التعاقد والمساهمة مع غيره فإنه يراعي شخصية الشريك وما يحظى به من ثقة واثمان وكفاءة مالية²، ومن ثم تكون دافعا له وحدها وبإرادته الحرة لكي يتعاقد مع الطرف الآخر.

فعلاقة الاعتبار الشخصي بمبدأ سلطان الإرادة هي علاقة تلازم، ذلك أن حرية التعاقد أمر ملازم ومرتبطة بالاعتبار الشخصي، فإذا انعدمت أو انتفت حرية التعاقد وحرية اختيار المتعاقد الآخر انتفى معها الاعتبار الشخصي.

تجدر الإشارة أنه لا يلزم وجود حرية التعاقد وجود الاعتبار الشخصي فالشخص قد يكون حرا في التعاقد أو عدم التعاقد بغض النظر عن شخصية المتعاقد، كمن يقوم ببيع سيارته أو تأجير منزله لكل من يدفع الأجرة التي يريدها دون أن تكون شخصية المتقدم محل اعتبار، في حين انعدام حرية التعاقد يعني بالضرورة انعدام الاعتبار الشخصي، كما في عقود الإذعان التي لا يمكن حتى مناقشتها أو تعديل شروطها.³ وعلى ضوء ذلك يظهر الترابط بين حرية التعاقد والاعتبار الشخصي في التعاقد.

2- أثر الاعتبار الشخصي على توافق الإرادتين:

لمعرفة أثر الاعتبار الشخصي على توافق الإرادتين (تطابق الإيجاب والقبول) ينبغي التطرق أولا إلى أثره على صدور الإيجاب وسقوطه، وأثره على القبول.

أ- أثر الاعتبار الشخصي على الإيجاب: يتواجد الإيجاب في العقد التأسيسي لشركة المساهمة عند صدور التعبير عن الإرادة من الموجب، والتي تتمثل في "انبثاق سلوك إجابي أو سلمي، يصدر من أحد

¹ هيلان عدنان أحد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، مجلد 8، عدد 29، سنة 2019، ص 58.

² علي فوزي إبراهيم الموسوي، مرجع سابق، ص 308.

³ هيلان عدنان أحمد، مرجع سابق، ص 59.

الأطراف (الموجب) معبرا فيه عن إرادته إلى الغير بصورة معلنة، وتتجه هذه الإرادة إلى الارتباط القانوني¹، والتعبير عن الإرادة يكون إما صريحا أو ضمنيا²، ويكتمل الكيان القانوني للتعبير عن الإرادة في عقد تأسيس شركة المساهمة بمجرد صدوره من صاحبه لكن بشروط هي:

- أن يتضمن الإيجاب تحديد العناصر الجوهرية في العقد، وإلاّ نكون بصدد دعوة للتعاقد وليس إيجابا.

- أن يلاقي قبولا من قبل شخص الآخر عن طريق اتصال التعبير عن الإرادة بعلمه بالإيجاب ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك³.

- أن يتطابق القبول من الموجه إليه الإيجاب المراد تأسيس شركة معه بعد معرفته العناصر الجوهرية للعقد.

تنقسم العناصر الجوهرية المراد تحديدها إلى عناصر موضوعية مثل رأس مال الشركة ونوعية نشاطها، وعناصر شخصية ممثلة في شخصية المؤسسين وشروطهم⁴، ولكي يصير التعبير عن الإرادة إيجابا في العقد الابتدائي لشركة المساهمة وليس دعوة إلى التعاقد، يشترط فيه بجانب تحديد المسائل الموضوعية تحديد المسائل الشخصية⁵ -وهنا يكمن أثر الاعتبار الشخصي على الإيجاب-، لأن شخصية المؤسس محل اعتبار بما أن إبرام هذا العقد لا يتم عن طريق توجيه دعوة للجُمهور، وإنما يتم من خلال توجيه إيجاب لأشخاص معينين بالذات⁶ ممن تتوافر فيهم الصفة محل الاعتبار، ولابدّ لهم معرفة أيضا مدى توافر هذه الصفة في باقي المؤسسين المفترض بهم

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 144، 145.

² نصت المادة 60 ق.م "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لو ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

³ نصت المادة 61 ق.م. ج "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

⁴ يعتبر تحديد شخصية المؤسسين واختبارهم على أساس الشروط القانونية العامة والخاصة التي فرضها المشرع من أهم مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة، وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

⁵ نور عيسى سالمين، المرجع السابق، ص 18.

⁶ على طلال هادي، المرجع السابق ص 362.

التعاقد معهم أو في شخص الموجب، حتى يعتبر الإيجاب الموجه لهم إيجاباً حقيقياً وليس دعوة للتعاقد.

نتيجة لما سبق فإن الإيجاب الصادر من أجل إبرام العقد الابتدائي لشركة المساهمة يسقط في حالة تخلف الصفة محل الاعتبار في الموجه إليه الإيجاب بعد صدور الإيجاب أو في حالة زوالها. فبالنسبة للحالة الأولى (تخلف الصفة محل الاعتبار بعد صدور الإيجاب) فإنها تتحقق عندما يتضح للموجب أن الموجه إليه الإيجاب ليس المقصود من محل الاعتبار أي تنتفي الصفة التي يعتقد توافرها في الموجب إليها¹، فإن له الحق في إبطال إيجابه الملزم² وبالتالي يسقط الإيجاب بالنظر إلى سببين:

- أن الإيجاب يعتبر تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة، فإذا كان الغلط يصيب هذه الأخيرة فإنه يؤثر على صحة العقد إذ أنه يعيب الإرادة، لذلك إذا وقع الموجب في غلط جوهري يجوز له المطالبة بإبطال إيجابه حتى ولو انقضت المدة المحددة³.

- توجد مصلحة للموجب الذي وقع في الغلط، تتمثل في إبطال إيجابه الملزم دون الحاجة لانتظار انقضاء مدة الإلزام، أو انعقاد التعاقد إذا اقترن بالقبول، حتى يتمكن من توجيه إيجابه لشخص آخر تتوفر فيه الصفة محل الاعتبار، وعقد العقد معه⁴.

أما الحالة الثانية (زوال الصفة محل الاعتبار بعد صدور الإيجاب)، فإنه وباعتبار البعد الموضوعي لمبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يكون الشخص حراً في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه على أساس اعتبار معين كما سبق الذكر، فإنه يفترض للشخص الثاني الموجه إليه الإيجاب أن يكون على علم بهذا الاعتبار الدافع للتعاقد معه، لذلك فإن الإيجاب يسقط إذا ما زالت الصفة

¹ على طلال هادي، المرجع السابق، ص 364.

² الأصل في الإيجاب أن يكون غير ملزم بحيث يمكن للموجب العدول عنه قبل صدور القبول، غير أنه يكون ملزماً إذا صدر مقترناً بميعاد سواء كان بين حاضرين أو غائبين، فإذا عين الموجب مدة محددة يكون ملزماً بالبقاء على التزامه طولها، وقد يستشف ضمناً من ظروف الحال أن طبيعة العقد تستلزم مدة معقولة للتفكير حسب ظروف الحال، ولا يسقط الإيجاب في هذه الحالة إلا بعد انقضاء المدة دون اقتراها بقبول، (م 62 و 63 ق. م. ج) أو في حالة إذا كان العقد من العقود الشخصية وحدث تخلف أو زوال الصفة محل الاعتبار.

³ نور عيسى سالمين، مرجع سابق، ص 22.

⁴ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

محل الاعتبار بعد صدوره وقبل تلاقيه بالقبول للانعدام التوافق بين الإيجاب والقبول، ومن ثم فلا يتم انعقاد العقد.¹

ب- أثر الاعتبار الشخصي على القبول: يعرف القبول على أنه التعبير البات عن الإرادة من الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد فلا ينعقد إلا باتفاق إرادتي الموجب والقابل ويشترط فيه أن يكون مطابقا تماما لما ورد في الإيجاب لأنه إذا اقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل في اعتبر ذلك رفضا يتضمن إيجابا جديدا.²

يؤثر الاعتبار الشخصي في القبول من باب أنه يقيد من حريته، إذ يستلزم على الموجه إليه الإيجاب القبول بالإيجاب الصادر من المؤسس الأول (باعتباره يصبح هو محل الاعتبار بالنسبة له) دون أن يزيد فيه أو ينقص منه أو يقيده أو يعدل فيه وإلا اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا.³

ج- تأثير الاعتبار الشخصي على تطابق القبول مع الإيجاب: ينعقد العقد الابتدائي وينتج أثره بمجرد تطابق القبول مع الإيجاب طالما الإيجاب ظل قائما ومتصلا بعلم الموجب له، ولكن يحول دون تحقق ذلك حالتين تجسدان مظاهر تأثير الاعتبار الشخصي على تطابق القبول مع الإيجاب وبالتالي وجود العقد الابتدائي من عدمه، وهما وفاة أحد الطرفين الذي صدر منه التعبير عن الإرادة (الموجب أو القابل) أو فقد اهليته قبل انعقاد العقد.

جاء في نص المادة 62 ق.م. على أنه "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد اهليته قبل أن ينتج أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل".

يظهر من نص المادة أن المشرع الجزائري قد فرق بين العقود التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي أي تكون الغاية منها موضوع العقد وهذا في الشطر الأول من المادة، واعتبر أن الإيجاب أو القبول لا ينتفيان في حالة موت أو فقد أهلية الموجب أو القابل طالما أنه اتصل بعلم من وجه إليه _ باعتبار أن شخصيتهما في العقد ليست محل اعتبار _ وبالتالي يتم التطابق بالرغم من

¹ على طلال هادي، مرجع سابق، ص 366، 365.

² علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2002، ص 87.

³ المرجع نفسه، ص 366، وقد جاء في نص المادة 66 ق.م التي نصت "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".

ذلك وينعقد العقد وينتج أثره مع الورثة، وبين العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، والتي من بينها العقد الابتدائي لشركة المساهمة وذلك في الشرط الثاني من المادة، بحيث ينتفي الإيجاب أو القبول باعتبار شخصية الموجب له محل اعتبار، وبالتالي لا يجوز لورثته مطالبة الطرف الثاني بالاستمرار في العقد¹، بالرغم من اتصاله بعلم من وجه إليه، وأيضا إذا توفي أحد المؤسسين قبل انتهاء إجراءات التأسيس، فإن الورثة يكونون غير ملزمين بما التزم به مورثهم لجهة السعي لاستكمال إجراءات التأسيس².

ثانيا: دور الاعتبار الشخصي في صحة العقد الابتدائي.

لإبرام العقد الابتدائي لشركة المساهمة وحتى يتم العقد صحيحا بتطابق القبول والإيجاب ينبغي أن يكون الرضا صادرا من ذي أهلية وخاليا من العيوب الإرادة. يتعلق هذان الشرطان بالاعتبار الشخصي لأطراف العقد، إلا أننا نكتفي في هذا العنصر بدراسة عيوب الرضا المرتبطة بعيوب الإرادة فقط دون الأهلية، على اعتبار أن الأهلية مرتبطة بالشروط العامة للمؤسسين كقيد شخصي للتعاقد وكأحد أهم مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة، وسيتم التفصيل فيما في الفصل الثاني من هذا الباب. تتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالا وثيقا، فالرضا لا يعتبر صحيحا إلا إذا كان صادرا من إرادة واعية وبصيرة لما هي مقبلة عليه وإلا كانت مشوبة بعيوب الإرادة وغير صحيحة³، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس، الإكراه والاستغلال، ولما كان الإكراه والاستغلال نادر الحدوث في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، بعكس الغلط والتدليس⁴ الذي كثيرا ما يحدث في هذه العقود فيتكون الرضا بوجودهما، وهو الأمر الذي يجعله معيبا وبالتالي تتأثر صحة العقد.

¹ على طلال هادي، مرجع سابق، ص 371.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 164.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 238.

⁴ نور عيسى سالمين، مرجع سابق، ص 46.

التدليس في القانون المدني عموماً¹، كما عرّفه الفقيه السنيوري هو "إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"، فيظهر إذن أن العلاقة وثيقة بين الغلط والتدليس، فالتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد²، وهذا الإيقاع في الغلط يكون باستعمال المتعاقد الآخر أو نائبه طرقاً احتيالية للدفع للتعاقد فيصبح التدليس هو الدافع للتعاقد، وعلى من يدعي وقوعه في التدليس عبئ الإثبات، ويكون له عندها طلب إبطال العقد وطلب التعويض لجبر الضرر³.

يتضح من التعريف السابق أن التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به، لذلك يرى الفقه الحديث أن الغلط يغني عن التدليس، فلا يمكن وفق هذا الرأي أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً للأبطال للغلط في الوقت ذاته، ذلك أن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً للتعاقد كما سبق ذكره وإنما هو يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من غلط، وبالتالي كل عقد يبطل للتدليس يمكن في حد ذاته أن يبطل للغلط⁴.

بغض النظر ما إذا كان الغلط تلقائياً⁵ أو من خلال تدليس الطرف الآخر، فإنه يكون سبباً في إبطال العقد ويكمن المتعاقد الذي وقع في غلط وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله، إلا إذا كان جوهرياً وهو الغلط الذي يعيب الرضا.

إضافة إلى الغلط في محل العقد كصورة من صور الغلط الجوهري، نجد الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته وذلك حسب النص الصريح للمادة 82/3 ق. م التي نصت "يكون الغلط جوهرياً.... إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة

¹ يتفق التدليس في القانون المدني عن التدليس في القانون الجنائي الذي هو النصب، في أن كلاهما يستخدم طرقاً احتيالية، على أنهما يختلفان في مقدار جسامته هذه الطرق التي غالباً ما تكون أشد جسامته في النصب عنها في التدليس المدني، هذا الأخير التي قد تقتصر في الكذب لدفعه للتعاقد، أو السكوت المتعمد عن الإفشاء بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد والذي يكون سبباً في دفعه للتعاقد، المرجع نفسه، ص من 261 إلى 265.

² عبد الرزاق السنيوري، مرجع سابق، ص 621.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 130.

⁴ نور عيسى سالمين، مرجع سابق، ص 283.

⁵ يقصد بالغلط التلقائي هو ذلك الوهم الذي يقع في ذهن الشخص من تلقاء نفسه فيجعله يصور الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، أنظر في ذلك: عبد المجيد الزرواقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 2010، ص 46.

السبب الرئيسي في التعاقد"، وعليه وكنتيجة لذلك نكتفي بالتفصيل في هذا العنصر على الغلط فقط دون عيوب الإرادة الأخرى، ومرجع ذلك لمكانة الاعتبار الشخصي في الغلط -وهو المقصود بالدراسة- فمن صوره، الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته، ما قد ينتج عنه تأثير في صحة العقد بجعله قابلا للإبطال.

يظهر منطقيا وبالقياس على ما تمّ ذكره، أن العقد الابتدائي لشركة المساهمة تتأثر صحته من عدمها بالاعتبار الشخصي للمؤسسين باعتبار أن ان شخصيتهم هي الدافع للتعاقد معهم بالذات دون غيرهم، وذلك إذا ما حدث غلط في شخص المؤسسين أو غلط في صفة من صفاتهم.

1- الغلط في شخص المؤسسين:

يعدّ الغلط في شخصية المتعاقد في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، سببا رئيسيا لبطلان العقد، استنادا لما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 82 ق.م، وبناء على ذلك فإن الغلط في شخصية المؤسس في العقد التأسيسي لشركة المساهمة يؤثر على صحة العقد وقد يؤدي إلى إبطاله¹، ذلك أن شخصية المؤسس هي الدافع إلى التعاقد معه لغرض تأسيس الشركة والقيام بجميع الأعمال الآزمة لتحقيق ذلك من خلال الحرص على التقيد بإجراءات التأسيس، للوصول إلى هدف أكبر وهو تحقيق الربح²، ولعلّ السبب الرئيس الذي جعل المشرع الجزائري كما هو الحال لدى المشرع الفرنسي يعزز من الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة من خلال النص على عدم تداول الأسهم قبل قيد الشركة في السجل التجاري³، رغبة في بقاء هؤلاء المؤسسين ضمن أعضاء الشركة إلى غاية إتمام إجراءات التأسيس بقيد الشركة في السجل التجاري.

2- الغلط في صفة من صفات المؤسسين:

قد يبطل العقد إذا حدث غلط في صفة من صفات المؤسس إذا كانت هذه الصفة هي الدافع للتعاقد⁴، والواقع أن المشرع الجزائري عني بهذه المسألة، من خلال اشتراطه لمجموعة من

¹ على طلال هادي، مرجع سابق، ص 34.

² المرجع نفسه، ص 33.

³ المادة 715 مكرر 51 من ق، ت، ج، المادة 10-228 L من القانون التجاري الفرنسي، وسيتم التطرق إلى هذه المسألة في المبحث الثاني من هذا الفصل، ص 53.

⁴ Nour-Eddine Terki, Les sociétés commerciales, ajed edition, 2010, p28.

الشروط العامة والخاصة المتعلقة بشخص المؤسس والتي تعكس بدورها مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة¹.

إلا أن التمسك بالغلط عموماً مقيد بمبدأ حسن النية²، فليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد³، وهذا الاستعداد يلزم المتعاقد الذي وقع في غلط بالعقد الذي قصد إبرامه تطبيقاً لمبدأ حسن النية⁴.

غير أن مراعاة مبدأ حسن النية يختلف في العقود ذات الاعتبار الشخصي والتي منها عقد تأسيس شركة المساهمة بحسب ما إذا كان الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته.

ففيما يتعلق بالتمسك بالغلط في شخص المتعاقد فإنه لا يتصور تعارضه مع مبدأ حسن النية، طالما أن الشخص مقصوداً بذاته ووقع غلط في شخصه⁵ كما في حالة وقوع المؤسس الأول طالب التعاقد في غلط في شخص المؤسس الثاني كطرف ثاني في العقد.

أما الغلط في صفة من صفات المتعاقد فقد يتعارض التمسك به وقد لا يتعارض مع مبدأ حسن النية بحسب الحالة، فلا يمكن التمسك بالغلط في صفة من صفات المؤسس لتعارضه مع مبدأ حسن النية، إذا توافرت الصفة المطلوبة بعد التعاقد بالرغم من تخلفها وقت إبرام العقد⁶.

¹ أنظر الفصل الثاني من الباب الأول.

² تعددت الآراء بشأن تعريفه مبدأ حسن النية، قد عرفه ريبير Ripert بأنه أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والقاضي لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، راجع في ذلك، جاك غيستان، J. GHESTIN، مرجع سابق، ص 269، وهناك من أعطى مفهوماً ذاتياً لهذا المبدأ، وهناك من أعطاه مفهوماً موضوعياً، ومنهم من ألحقه بالنظام العام، كما ألحقوه بالإنصاف، وهناك من أعطاه مفهوماً مستقلاً، كما قيل بأنه مبدأ قانوني عام، وأنظر، عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006، ص 83 وما بعدها.

³ أنظر المادة 85 ق. م. ج. ومثال ذلك إذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام فيتضح أنها محصورة، ثم يعرض عليه البائع النفقات التي تقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام، فإذا تمسك ببطان العقد كان هذا التمسك معرضاً لمبدأ حسن النية، فلا يجاب المشتري إلى طلبه ويمكن أن يعتبر تعسفاً في استعمال الحق عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 260.

⁴ ومثال ذلك كمن باع شخصاً سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا تنازل له المشتري بالجائزة، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁵ نور عيسى سالمين، مرجع سابق، ص 55.

⁶ المرجع نفسه، ص 56.

كمن كان ناقص الأهلية وتم إبرام العقد وانعقاده على أساس أنه مرشداً¹ ثم تبين بعد ذلك أنه غير مرشداً أو أن الترشيد غير صحيح، فلا يجوز لمن وقع في غلط أن يطالب بإبطال العقد إذا أصبح المتعاقد كامل الأهلية وأجاز² التصرف لتعارضه مع مبدأ حسن النية، غير أنه يمكن التمسك بالغلط في صفة من صفات المؤسس لعدم تعارضه مع مبدأ حسن النية كمن تم التعاقد معه على أساس صفات جوهرية لا يمكن أن تتحقق بحسب الواقع والمنطق بعد التعاقد، كملاءته ويساره المادي، أو لسمعته الحسنة وكفاءته العلمية وخبراته المهنية وتبين بعد ذلك إفلاسه أو عدم تمتعه بالخبرة، بمعنى إذا غابت الصفات المطلوبة جاز للمتعاقد الأول طلب إبطال العقد لوقوعه في غلط دون أن يتعارض ذلك مع مبدأ حسن النية³.

تأسيساً على ذلك يتضح أن شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار في التعاقد وسبباً في صحته إذا كانت ذات الشخص أو صفة من صفاته هي الباعث الدافع إلى إبرام العقد، وهو يركز بذلك على الباعث الدافع للتعاقد أي أن العقد يتصف بالاعتبار الشخصي عندما يكون الاعتداد بشخص أحد العاقدين أو بصفة من صفاته باعثاً دافعاً لرضاء المتعاقد الآخر بالتعاقد⁴ أو أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته عنصراً جوهرياً في التعاقد، وهو الرأي الذي ارتبط به موقف القانون المدني من الغلط في الشخص عندما جعل مقياس الاعتداد بالغلط في الشخص أن تكون ذات المتعاقد أو صفة من صفاته هي السبب الرئيس في التعاقد.

كنتيجة لما تقدم يظهر أن العقد الابتدائي لشركة المساهمة المبرم بين المؤسسين هو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للمؤسسين بالنظر لأنه سبباً في وجوده وصحته، وبالتالي هو

¹ حسب المادة 5 ق. ت. ج فإنه يمكن للشخص البالغ 18 سنة كاملة ذكراً أو أنثى أن يمارس التجارة بعد أن يحصل على إذن من والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، ويعتبر هذا الإذن المكتوب وسيلة دعم في ملف القيد في السجل التجاري، وبذلك يجوز لممارسة الأعمال التجارية غير أنه لا يكتسب صفة التاجر إلا ببلوغه سن الرشد (19 سنة كاملة)، فلو أفلس لا يطبق عليه نظام الإفلاس.

² نصت المادة 100 ق. م على أنه "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة والضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير" والإجازة هي تصرف بالإرادة المنفردة لصالح من شاب العيب رضاه، يجيز بها العقد الذي أبرمه كوسيلة من وسائل تصحيح العقد ويتخلص من خطر البطلان الذي كان يهدده فلا يستطيع المتعاقد الآخر إبطال العقد بعد إجازته، والإجازة تكون إما صريحة أو ضمنية، موضوع منشور في الأنترنت على الموقع:

<https://almerja.com/reading.php?idm=74152>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/11/25 على الساعة 7: 84

³ نور عيسى سالمين، مرجع سابق، 56.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 396.

أول مظهر من مظاهر الاعتبار الشخصي التي تظهر في شركة المساهمة، غير أنه لا يعدّ العقد الوحيد الذي يتم من أجل تأسيس الشركة فغالبا ما يتبعه القانون الأساسي للشركة وهو بدوره يشكل مظهرا آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي الذي يظهر في هذه المرحلة من حياة الشركة باعتباره أحد أهم مكونات عقد الشركة التأسيسي.

المطلب الثاني

القانون الأساسي لشركة المساهمة كمظهر من مظاهر الاعتبار الشخصي

رغم أهمية العقد الابتدائي لشركة المساهمة إلا أنه لا يعدّ العقد الوحيد الذي يبرم لتأسيسها فهو غير كاف لتنظيم كل المسائل القانونية المرتبطة بالشركة ونشاطها الذي تستعد لممارسته، والحقيقة أن القانون المدني وحتى القانون التجاري لم يشيرا إلى هذا العقد، وإنما فرض المشرع على المؤسسين إعداد مشروع القانون الأساسي لشركة المساهمة وتوقيعه كأهم خطوة لتأسيسها وضمان استمراريتهما واعتبره بمثابة عقدها التأسيسي، وإن كان في الحقيقة هو إحدى الدعائم القانونية الأساسية المشكلة لعقد تأسيس الشركة كما سبق الذكر والقانون الأساسي للشركة كما يظهر من اسمه يضم بنودا وأحكاما قانونية تمس كل المسائل المتعلقة بالشركة في جميع مراحل حياتها ليس فقط مرحلة تأسيس، وهي تشكل تجسيد قويا لإرادة المؤسسين، وتؤكد الطبيعة العقدية التي يمتاز بها¹، هذه الطبيعة التي تفرض وحدها الاعتبار الشخصي إضافة إلى عدّة مظاهر كرس من خلالها المشرع الاعتبار الشخصي للمؤسسين.

¹ يرجع أساس الطبيعة العقدية للقانون الأساسي للشركات عموما إلى ما نصت عليه اتفاقية بروكسل لسنة 1986 في المادة 17 منه وقد قررت الاتفاقية أن النظام الأساسي لشركة المساهمة عقد يحكم العلاقات بين المساهمين وبينهم وبين الشركة، انظر

Georges Ripert, René Roblot, *traité de droit commercial, les sociétés commerciales*, t1, v2, 18^{ème} édition L.G.D.J DELTA, 2002 par Michel Germain, p52, N°1064

كما أن القضاء الفرنسي يعترف بالطبيعة العقدية للقانون الأساسي بالنسبة لشركة المساهمة ويظهر ذلك في القرار:

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

في حين كان للأستاذين، RIPERT و ROBLOT رأي آخر بالنسبة للطبيعة العقدية للقانون الأساسي لشركة المساهمة، لأن المشرع والواقع يستعملان على حد سواء مصطلح القانون الأساسي وليس العقد إضافة إلى أن القانون الأساسي في بعض التشريعات يخضع للمصادقة من قبل الجمعية التأسيسية التي يمكنها الموافقة أو التعديل بحسب الأغلبية مما يؤدي إلى خضوع المساهمين الغائبين وحتى الأقلية لهذه الأغلبية، والثابت أن العقد لا يقبل التعديل إلا بالإجماع. أنظر:

Georges Ripert, René Roblot, op cit, p292, n°1474.

ولكي نتعرف على مظاهر تكريس الاعتبار الشخصي من خلال القانون الأساسي للشركة (الفرع الثاني)، لابد أولاً من ضبط وتحديد مفهومه (الفرع الأول).

الفرع الأول

مفهوم القانون الأساسي

يجسد تحرير القانون الأساسي وفقاً للقانون التجاري أهم مرحلة من مراحل تأسيس شركة المساهمة وإنشائها ككيان مستقل عن شخصية الشركاء، ليس هذا فقط بل إن أهميته تتجاوز مرحلة التأسيس لتشمل كل مراحل حياة الشركة إلى غاية انقضاءها، لأجل ذلك ضبط المشرع عملية تحريره بقواعد قانونية آمرة عززت الجانب الشكلي فيه.

ومن أجل تحديد مفهوم القانون الأساسي سنتطرق إلى تعريفه (أولاً) ثم إلى كيفية إعداده (ثانياً).

أولاً: تعريف القانون الأساسي.

يعتبر القانون الأساسي بمثابة "دستور" للشركة أو كما سماه الإنجليز "THE CENSTITUTION"، ويسمى بالقانون الأساسي لأنه يقوم مقام القانون بين أطرافه¹ فهو دستور العقد الأساسي للشركة والذي سوف تمارس نشاطها وفقاً لما يرد فيه وهو يقدم عند طلب تأسيسها². وبمعنى آخر هو بمثابة قانون أو مشروع قانون يعدّه المؤسسون بعد اتفاقهم على التأسيس والخطوة التالية التي تأتي العقد الابتدائي يضم مجموعة من الأحكام التي تنظم حياة الشركة منذ تأسيسها مروراً ببنائها الإداري وتنظيمه، إلى غاية انقضاءها، فهو يشتمل على أغلب البيانات التي توجد في العقد الابتدائي ويزيد عنها بيانات أخرى تتطلبها مراحل أخرى من حياة الشركة³.

ويعرف كذلك بأنه "ذلك النظام الذي يحتوي على الأحكام الأساسية التي تخضع لها شركة المساهمة يتضمن الأهداف التي أنشأت من أجلها ومقدار رأس مالها، وصلاحيات مجلس الإدارة

¹ أحمد الورفلي، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 100.

² محمد فريد العربي، القانون التجاري، المكتبة القانونية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 37.

³ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 611..

والجمعية العامة، وتصفيتها... الخ¹ وهي بنود موضوعية يتفق عليها المؤسسون عند تأسيسهم للشركة ويرتكز عليها المكتبتين عند اكتتابهم في رأسمال الشركة والتي يجري التأسيس طبقاً لها دون جواز مناقشتها أو ولا تعديلها إلا من خلال اتباع إجراءات معقدة².

استناداً إلى ما سبق يتضح أن القانون الأساسي يحتوي على بنود وشروط لا تمسّ بعملية التأسيس بصفة فاهميته تتجاوز مرحلة التأسيس لتمتدّ إلى مراحل أخرى من حياة الشركة، وعلى أساسه ينظم المساهمون إلى الشركة ويكتبون فيها، فيشمل القواعد المنشئة للشركة ويحدد شكلها وكيفية تنظيمها وسيرها كما يحدد حقوق المكتبتين والمساهمين فيها، ويمكنهم من إضافة بنود من شأنها توضيح أو استكمال القانون، فهو يحكم الحياة الاجتماعية للشركة بأكملها³.

كما أنه يعتبر شريعة المساهمين سواء كانوا مؤسسين أو مكتبتين إذ يحدد حقوقهم والالتزامات الواقعة عليهم والتي قد لا يتناولها المشرع، لذلك غالباً ما يكون القانون الأساسي أوسع من التشريع ذاته، فعن طريق صياغة مناسبة لعقد التأسيس من قبل المؤسسين، يمكنهم ممارسة صلاحياتهم بالاتفاق على تعزيز الأنظمة القانونية وحتى في بعض الحالات تعديله، في إطار تكريس مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"⁴، وتأكيد على الطبيعة العقدية للقانون الأساسي والدور المهم الذي تلعبه الإرادة الفردية والحرية التعاقدية في الشركات عموماً⁵.

¹ أحمد زكي بدوي، صديقي يوسف محمود، إسماعيل محمد هاشم، معجم المصطلحات القانونية والمصرفية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1994، ص 21.

² Yves GUYON, droit des affaires, Op. Cit, p149.

³ "Les statuts consistent en l'acte constitutif d'une société ou d'une association rédigé par écrit comportant un certain nombre de mentions obligatoires qui posent les objectifs ainsi que les règles de fonctionnement du groupement. Ils sont parfois complétés par des actes annexes destinés à préciser, voire enrichir les statuts". Fiches d'orientation :

Statuts de société et actes annexes - par Arnaud Lecourt, Août 2022.

<https://www.dalloz.fr/documentation>.

⁴ ظهر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين قديماً وهو يعبر عن الوفاء بالعهد ويؤكد على ضرورة احترام الكلام المعطى، راجع في ذلك: عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، - دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة -، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 24. ونقد جعل المشرع الجزائري هذا المبدأ قاعدة قانونية من خلال النص عليه في المادة 106 ق. م. ج.

⁵ Yves GUYON, Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, Op. Cit, p12.

ومن أجل إعداد القانون الأساسي فرض المشرع اتخاذ مجموعة من الإجراءات.

ثانيا: كيفية اعداد القانون الأساسي.

فرض المشرع في المادة 546ق.ت أن يشتمل القانون الأساسي للشركة على عدد من البيانات الإلزامية، كما نص في المادة 559ق.ت على طريقة تحرير القانون الأساسي والتي تكون بموجب موثق أي بطريقة رسمية وإلا كانت باطلة.

1- البيانات الإلزامية في العقد التأسيسي للشركة:

تدخل المشرع الجزائري في مضمون القانون الأساسي لشركة المساهمة، ولم يتركه للإرادة الكاملة للمؤسسين إلا في حدود البيانات الاختيارية، وذلك من خلال اشتراط حد أدنى من البيانات التي يجب أن يتضمنها القانون الأساسي جاءت في المادة 546 ق.ت تمثلت في مقدار رأسمال الشركة وموضوعها¹ شكلها، مدتها التي يجب ألا تتجاوز 99 سنة، عنوانها أو تسميتها، مركزها الرئيسي، وهي نفس البيانات التي اشترطها المشرع الفرنسي من خلال المادة 2-210L، وغالبا ما تكون هذه البيانات في 05 مواد قانونية ضمن الفقرة الأولى من القانون الأساسي².

الحقيقة أن هذه البيانات على ترتيبها ضرورية لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية من جهة وبدء نشاطها من جهة ثانية، فرأسمال أي شركة لازم لممارسة نشاطها وهو الضمان العام لدائنها هو الذي يحدد مدى قوة الشركة الاقتصادية والمالية عموما³، ولعله السبب الذي دفع المشرع لتحديد الحد الأدنى لقيمة رأسمال شركة المساهمة بالنظر لوزنها الاقتصادي، هذه القيمة التي تختلف حسب طريقة تأسيسها⁴.

¹ تجدر التفرقة بين محل الشركة وموضوعها، فمحل الشركة هو الحصص المقدمة أما موضوعها فهو النشاط الذي تمارسه الشركة، أنظر:

G-Ripert, R- Roblot, Op Cit, p34, n°1056

² *Paul Didier-Philippe Didier, op cit, p 99, N°103.*

³ *Yves GUYON, droit des affaires, Op Cit, p150.*

⁴ نصت المادة 594ق.ت. ج " يجب أن يكون رأسمال شركة المساهمة بمقدار خمسة (5) ملايين دينا جزائري على الأقل، إذا ما لجأت الشركة علنية الادخار، ومليون دينار في حالة المخالفة"

كما أن تحديد موضوع نشاط الشركة الرئيسي بدقة مهم جدا، خصوصا في تحديد سلطات المسير فيما بعد¹، وإن كان عمليا يحدث أن الشركة تمارس نشاطا رئيسيا يضاف إليه أنشطة ثانوية أخرى خاصة إذا مع تطور نشاطها وتوسعه، لذلك عادة ما يصاغ موضوع الشركة في القانون الأساسي

بشكل واسع تجنباً لكثرة تعديله² غير أن هذا التوسع يجب ألا يكون مظللاً ومفتوحاً كأن يذكر مثلاً أن موضوع الشركة هو ممارسة الأعمال التجارية والصناعية³، ولا يحكم موضوع نشاط الشركة إلا شرط المشروعية، فيجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا أبطلت الشركة⁴، والعبارة عند مراقبة مدى مشروعية موضع الشركة بالنشاط الفعلي والحقيقي الذي تمارسه الشركة⁵.

وباعتبار أن القانون الأساسي للشركة يقدم من أجل تسجيل الشركة في السجل التجاري، فإنه منطقياً يترتب على عدم وجود بيان إلزامي ضمنه، إلى عدم تسجيل الشركة في السجل التجاري، وبالتالي لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية ولا يتم إنشاءها، فمن غير المعقول أن تنشئ شركة لم يتفق مؤسسها على موضوعها أو شكلها⁶.

كما استلزم النص تحديد مدة الشركة لكيلا تكون حياة الشركة أبدية، فتنتهي الشركة بنهاية المدة المشار إليها في القانون الأساسي دون أن تتجاوز مدة 99 سنة، غير أن الشركاء يستطيعون تمديد المدة المتفق عليها بعد تعديل القانون الأساسي دون أن يترتب على ذلك نشوء شخص معنوي جديد⁷.

¹ سننظر في تحديد سلطات المسير في شركة المساهمة بشيء من التفصيل في الباب الثاني ص 197.

² Paul Didier-Philippe Didier, *Op Cit*, p100.

³ *Ibid*, p100.

⁴ نصت المادة 735 ق. ت. ج "تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائياً إلا إذا كان هذا البطلان مبنياً على عدم قانونية موضوع الشركة".

⁵ Paul Didier-Philippe Didier, *Op Cit*, p100.

⁶ Yves GUYON, *droit des affaires*, *Op Cit*, p150.

⁷ نصت المادة 437 ق.م. ج "تنقضي الشركة بانتهاء الميعاد الذي عين لها أو بتحقيق الغاية الذي أنشئت من أجلها، فإذا انقضت المدة المعينة أو تحققت الغاية الذي أنشئت من أجلها، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تكونت من أجلها امتد العقد سنة بسنة بالشروط ذاتها"

كما يجب أن يحدد مركز الشركة بدقة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة نشوء نزاع، وفي هذا الصدد تنص المادة 547ق. ت أن موطن الشركة هو عنوان المركز الرئيسي للشركة، وتخضع الشركات التي يكون مركزها الرئيسي بالجزائر إلى القانون الجزائري.

أما تسمية أو عنوان الشركة فهي تختلف حسب نوع الشركة، ذلك أن المشرع الجزائري في شركات الأشخاص يشترط أن يتألف العنوان من أسماء جميع الشركاء¹، أما شركة المساهمة فحسب المادة 593ق. ت. ج فإنه يطلق عليها تسمية "الشركة"² ويجب أن يكون مسبقا بذكر شكل الشركة ورأسمالها ويجوز أن يتألف من اسم شريك واحد أو أكثر، وفي هذا الصدد يضع القضاء الفرنسي شروطا تتعلق باسم الشركة والذي يجب أن يكون مشروعاً ومميزاً للشركة عن شركة أخرى، وألا يكون قد اتخذ من قبل شركة أخرى سابقاً³.

2- الكتابة الرسمية للقانون الأساسي:

جاء في نص المادة 559 ق. ت. ج "يحرر الموثق مشروع القانون الأساسي لشركة المساهمة بطلب من مؤسس أو أكثر وتودع نسخة من هذا العقد بالمركز الوطني للسجل التجاري". يظهر من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري عزز القانون الأساسي من خلال الانتقال والارتقاء به إلى فئة العقود الشكلية عند تقرير الكتابة الرسمية للقانون الأساسي والإيداع في المركز الوطني للسجل التجاري.

فتحرير العقد التأسيسي لشركة المساهمة يتولاه الموثق⁴ بالضرورة بطلب من مؤسس أو أكثر وفقاً لما جاء في المادة 324 ق. م. ج، وهو الأمر الذي يمكن المؤسسون من الحصول على نموذج يستجيب لاحتياجاتهم ويكون داعماً لنشاط الشركة².

¹ نصت المادة 552 ق. ت. ج على عنوان شركة التضامن " يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم أحدهم أو أكثر متبوع بكلمة وشركاؤه"

² أنظر المادة 593ق. ت. ج.

³ Cass 1ere civ, du 9 Mai 1994. Dr. sociétés 1994, n° 91-21.162, www.legifrance.gouv.fr.

⁴ "الموثق" هو ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة. أنظر المادة 03 من القانون رقم 02-06 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، مؤرخ في 2006/02/20.

تودع نسخة من هذا القانون لدى مركز السجل التجاري للسماح الغير سواء كانوا مساهمين أم لا بالاطلاع عليه وتمكينهم من الحصول على نسخة منه، لذلك يمنع تعديل مشروع القانون الأساسي في هذه المرحلة³.

تتمثل وظيفة الكتابة الرسمية للقانون الأساسي في عدّة جوانب، أولها في أنها طريقة لنفاذ الشركة⁴ فهي أساس للقيام بالإجراءات القيد في السجل التجاري من أجل اكتساب الشخصية المعنوية وفقا لما جاء في نص المادة 548ق.ت. ج وفي الوقت ذاته هي شرط لصحة عقد الشركة وسيلة لإثباته، فبحسب نص المادة 545ق.ت. ج⁵ والمادة 324 مكرر1ق. م. ج⁶ فإن الشركة تعد باطلة بطلانا مطلقا إذا لم يكتب العقد المؤسس لها كتابة رسمية، وبالتالي الكتابة ركن في العقد، كما يظهر أن المشرع اشترط أن يكون إثبات وجود الشركة بعقد رسمي وهذا خروجاً عن قواعد حرية الإثبات في العقود التجارية⁷ وإن كان إثبات الشركة بالعقد الرسمي يختلف بحسب العلاقات الناشئة بموجبهما، وثانياً في أنها وسيلة لحماية الشركاء الجدد المنظمين للشركة من خلال معرفة الوضع القانوني الخاص بهم عن طريق الاطلاع على الالتزامات المترتبة عليهم والحقوق المكتسبة والتي لم ترد بشأنها أحكاماً قانونية⁸، وإنما أدرجها المؤسسون ضمن القانون الأساسي للشركة بالاتفاق بينهم وبإرادتهم الحرة.

¹ جاء في نص المادة 324ق. م. ج " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"

² Paul Didier-Philippe Didier, *Op Cit*, p390

³ Nour-Eddine Terki, *op cit*, p184.

⁴ بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 39.

⁵ نصت المادة 545ق. ت. ج " تثبت الشركة بعقد رسمي، وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل اثبات فيما يتجاوز أ يخلف ضد مضمون الشركة"

⁶ نصت المادة 342مكرر2/1ق. م. ج " كما يجب تحت طائلة البطلان اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الاموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

⁷ أنظر المادة 30ق. ت. ج.

⁸ Paul Didier-Philippe Didier, *Op Cit*, p390.

وقد منح المشرع القانون الأساسي للشركة في مواقع كثيرة الأولوية في التطبيق في إطار تكريس الاعتبار الشخصي للمؤسسين ومن بعدهم المساهمون الذين انظموا إلى الشركة على أساس الرضا ونية الالتزام بأحكامه.

الفرع الثاني

تكريس الاعتبار الشخصي من خلال القانون الأساسي للشركة

رغم الطابع النظامي الذي يطغى في شركة المساهمة، إلا أن المشرع لا ينفرد وحده بتنظيم كل العلاقات الناشئة عن الشركة، فكثيرا ما يسعى المؤسسون وبعد ذلك المساهمون للجوء إلى الاستعانة بالوسائل والتقنيات العقدية من أجل تعزيز القانون أو استكمالها في محاولة للخروج من الصرامة والجمود التي يتميز بها، ولكن ضمن الحدود التي يسمح بها، ومن أهم هذه التقنيات العقدية التي يعتمد عليها المؤسسون هي إدراج بنود وقواعد في القانون الأساسي تتكيف مع احتياجاتهم الخاصة¹.

والمشرع بمنحه الامكانية للمؤسسين بتجسيد إرادتهم الحرة ضمن القانون الأساسي والاعتداد بها في كثير من المسائل، ومنحها الاستقرار بالقدر الذي يصعب تعديلها، ما هو في الحقيقة إلا وتكريسا واضحا منه لاعتبارهم الشخصي (أولا).

غير أن هذه الإرادة المجسدة في القانون الأساسي مرهونة بمدى فعاليتها ولا يتحقق ذلك إلا إذا منحت درجة من الإلزامية إذا ما اقترنت بجزاء، والسماح بهذا الجزاء وتطبيقه يشكل أيضا تجسدا لإرادة المؤسسين وتكريسا لاعتبارهم الشخصي من خلال القانون الأساسي للشركة (ثانيا).

أولا: تكريس إرادة المؤسسين الاتفاقية.

كرس المشرع إرادة المؤسسين الاتفاقية من خلال السماح لهم تضمين القانون الأساسي للشركة بنودا وقواعد اختيارية من أجل تعزيز القانون أو استكمالها، وكذلك من خلال النص على العديد من القواعد القانونية المكملّة أين يحيل المشرع من خلالها إلى القانون الأساسي لتنظيمها ولو بما يخالف القانون، وكذا من خلال فرض إجراءات معقدة إذا ما قرّر تعديله ضمانا لاستقراره.

¹ Yves GUYON, droit des affaires, Op Cit, p280-282.

1- السماح للمؤسسين بإضافة بنود اختيارية:

تقدم أن القانون الأساسي عقد يحرره المؤسسون لدى موثق، وأنه يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية يفرضها القانون، غير أنه ومن ناحية أخرى يعتبر المجال الأول للتعبير عن الإرادة فيمكن للمؤسسين إضافة بنود وقواعد اختيارية¹ من شأنها إنشاء حقوق أو توقييع التزامات في حق المساهمين أو حتى تنظيم مسائل خاصة في العلاقات الناشئة عن عقد الشركة، في الحدود التي يسمح بها القانون وإلا اعتبرت باطلة²، فللمؤسسين المجال الواسع لوضع الشروط التي يريدون الاتفاق حولها في القانون الأساسي للشركة مع ضرورة التقيد بالنظام العام واحترام مصلحة الشركة والغرض

من إنشاءها³، ويعتبر مبدأ المساواة بين المساهمين⁴ أهم المبادئ المتعلقة بالنظام العام للشركات، والتي يتعين على هذه البنود الاختيارية مراعاتها، وإن كان هذا المبدأ يرد عليه استثناء سمح به المشرع نتيجة الاعتداد بالاعتبار الشخصي للمؤسسين.

الحقيقة أنه لا يمكن حصر هذه البنود والقواعد الاختيارية بالنظر لطبيعة مصدرها المتمثل الإرادة وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، لذا سنكتفي بعرض بعض الافتراضات والأمثلة.

فقد يقوم المؤسسون بإدراج بند في القانون الأساسي يخضع اكتساب صفة المساهم لشروط خاصة كأن يكونوا من مهنة معينة أو من جنسية أو منطقة معينة أو حاصلين على درجة علمية معينة... الخ، وإن كان هذا النوع من البنود يخرج شركة المساهمة من دائرة الاعتبار المالي ويتناقض مع مبدأ حرية تداول الأسهم على اعتبار أنها قيود قائمة على الاعتبار الشخصي للمساهمين، ألا أن

¹ الطيب بلولة ترجمة محمد بن بوزة، قانون الشركات، ط2، برتي للنشر، ص79.

² Yves GUYON, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, op cit P 164

³ Arnaud Lecourt. *Statuts de société et actes annexes - Fiches d'orientation*. Op cit.

⁴ يفيد مبدأ المساواة أن جميع المساهمين متساوون فيما بينهم اتجاه الشركة ويعاملون على قدم المساواة عندما يجدون أنفسهم في ظروف مماثلة، ما يضمن الحد من المعاملة التعسفية التي قد يتعرضون لها، وذلك من أجل ردع سلطة الأغلبية في جمعية المساهمة، أنظر: أسماء بن ويراد، واقع المساواة داخل شركة المساهمة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، الجزائر، المجلد 01، العدد 07، 2021، ص78.

القضاء الفرنسي اعترف بها¹، كما أنه لا يوجد قانون يمنع المؤسسين من تحديد نوع الأرباح المقدمة، فيمكن لهم النص في القانون الأساسي على أن توزيعات الأرباح لن تكون بشكل نقدي أو في شكل أسهم بل تقدم في شكل توزيعات عينية² كأن تكون في شكل سندات مالية أو عقارات أو كمية من البضائع التي تقوم الشركة بإنتاجها³.

يضاف إلى ذلك أنه يناط للمؤسسين تحديد آليات دعوة مجلس الإدارة وسير المداولات في النظام الأساسي للشركة فالقانون لم يتعرض لهذه المسائل وتركها لإرادة المؤسسين، وفي هذا المعنى نص المشرع على أن مجلس المديرين يتداول ويتخذ قرارته وفقا للشروط التي يحددها القانون الأساسي⁴، كما يمكن للمؤسسين تضمين القانون الأساسي بعض القيود على المسيرين بمناسبة إبرام بعض العقود الهامة، فلا يمكن إبرامها إلا بعد الرجوع إلى الجمعية العامة⁵.

وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك من خلال السماح للمؤسسين تضمين القانون الأساسي بنودا تحدّد من مبدأ حرية تداول الأسهم الذي هو أساس شركة المساهمة وأهم ميزة من مميزاتها عن طريق إخضاعه لشرط الاعتماد⁶، وهو يعني القبول والموافقة التي تمنحها الشركة للمساهم قبل أن يتنازل عن أسهمه، ونفس الشيء بالنسبة للشروط المنظمة لحق التصويت فإذا كان الأصل أن حق التصويت تحكمه قاعدة النسبية أي أن حق التصويت يتناسب دائما مع حصة المساهم في رأس المال فلكل سهم حق تصويت على الأقل⁷، إلا أن المشرع أجاز تحديد الأصوات التي يحوزها كل مساهم بموجب بند أو شرط في القانون الأساسي⁸، كوسيلة حماية للأقلية المساهمين من تعسف الأغلبية، بشرط أن يفرض هذا التحديد على كل الأسهم، كما منح المشرع دورا كبيرا للإرادة

¹ Cass, com, du 17 juillet 1974, n° 73-12.259, www.legifrance.gouv.fr

² Yves GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, P126.

³ Ibid, p.448

⁴ أنظر المادة 650 ق. ت. ج.

⁵ Yves GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, P349.

⁶ والحقيقة أو شرط الموافقة أو الاعتماد وسيلة يتمكن بها المساهمين من إضفاء بعض مقومات الاعتبار الشخصي على عملية تداول الأسهم في شركة المساهمة نص عليها المشرع في المادة 715 مكرر 55، وهذا ما سيتم التطرق إليه بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة.

⁷ وهذا ما نصت عليه المادة 684 ق. ت. ج. بقولها ".... ولكل سهم صوت على الأقل. ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن"

⁸ أنظر نص المادة 685 ق. ت. ج. "يجوز أن يحدد القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات، بشرط أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى"

المؤسسين في تنظيم العديد من المسائل المتعلقة بإدارة الشركة بحيث يقومون بإفراغ تلك الإرادة في القانون الأساسي للشركة، أهمها نجد أن المشرع ترك الحرية لإرادة المؤسسين لاختيار نوع نظام التسيير¹ المتبع في القانون الأساسي للشركة وهو ما يعدّ إحدى ملامح الطابع العقدي التي تظهر في شركة المساهمة².

على أية حال مهما كانت هذه الالتزامات والحقوق التي يمكن للمؤسسين إدراجها في القانون الأساسي فإنها تبقى مقيدة كما سبق الذكر بالحدود التي يسمح بها القانون والمسائل التي لم يقر المشرع بتنظيمها، كما أنها تخضع لإحدى أهم المبادئ الأساسية مبدأ المساواة بين المساهمين فيفترض أن تكون المراكز القانونية للمساهمين متساوية إذا ما تساوت ظروفهم من أجل ضمان توفير الحماية القانونية للمساهمين³، غير أن الفقهاء يرون أن هذا المبدأ ليس من النظام العام لذلك فإن بنود القانون الأساسي التي تنقض هذا المبدأ تعتبر قانونية⁴، والدليل على ذلك الامكانية التي يمنحها القانون للمؤسسين على الاتفاق على أسس مختلفة لتوزيع الأرباح وإن كانت الأسهم متساوية فيجوز أن يتضمن القانون الأساسي إنشاء أسهم امتياز بحسب نص المادة 715 مكرر⁴⁴ق. ت بحيث تعطي هذه الأسهم امتيازات خاصة لأصحابها ويتم الموافقة عليها في الجمعية التأسيسية، امتياز الحق في تصويت يفوق عدد الأسهم التي يحوزونها وامتياز الحصول على أسهم تتمتع بالأولوية في الاكتتاب بسندات استحقاق جديدة ، ويرجع السبب في إنشاء هذا النوع من الأسهم إلى مكافئة المؤسسين على جهودهم التي قدموها للشركة خلال هذه الفترة⁵، ورغبة من الشركة في أن يظلوا مرتبطين بالشركة ومنحهم الامكانية من أن تكون لهم السلطة في اتخاذ القرار داخل الشركة⁶، وهو ما يعتبر مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي للمؤسسين.

¹ انظر المادة 642ق. ت. ج.

² Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon, *Aide-mémoire, droit des affaires*, 19e edition Sirey, p234.

³ سالم عبد الرحمان غميص، مرجع سابق، ص186.

⁴ Yves GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, P127.

⁵ Ibid, p128.

⁶ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p334, n°1551.

إضافة إلى ذلك يمنع المؤسسين من وضع بند في القانون الأساسي ينص على أن أحد المساهمين لا يتحمل الخسائر أو لا يحصل على الأرباح فيما يعرف بشرط الاسد¹، وقد نص المشرع إذا ما تضمن هذا البند في القانون الأساسي لشركة المساهمة، يبطل البند وتبقى الشركة قائمة² وهذا البطلان الجزئي يعيد التوازن بين المساهمين ويحافظ على الشركة³.

2- السماح للمؤسسين بمخالفة القواعد القانونية من خلال القانون الأساسي:

يجيز المشرع للمؤسسين وفقا للنصوص القانونية المكملّة مخالفة أحكام القانون بمقتضى شروط في القانون الأساسي وإن كان أكثر ما نجد مثل هذه القواعد في شركات الأشخاص خاصة شركات التضامن لقيامها على الاعتبار الشخصي، إلا أنه كان لشركة المساهمة نصيب من هذه النصوص القانونية المكملّة، أين يحيل المشرع صراحة إلى أحكام نصوص القانون الأساسي لتنظيم بعض المسائل ولو بما يخالف القانون، وفي هذا الإطار يستعمل المشرع صياغات متعددة في القواعد القانونية للدلالة على الاعتبار الشخصي للمؤسسين من خلال القانون الأساسي، كأن يتضمن النص القانوني عبارة "المالم يشترط القانون الأساسي على خلاف ذلك" أو عبارة "المالم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك"⁴.

وأكثر ما نجد النصوص القانونية المكملّة في شركة المساهمة في بعض القواعد والأحكام المنظمة لعمليات التسيير، فينص المشرع أن قرارات مجلس الإدارة تخذ بأغلبية أصوات أعضائه الحاضرين⁵ ما لم أنه ينص القانون الأساسي أغلبية أكبر، أيضا يعتبر صوت رئيس مجلس الإدارة مرجحا عند تعادل الأصوات مالم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك⁶، كما أن يناط لرئيس

¹ أنظر المادة 426 ق.م. ج

² أنظر المادة 733 ق.ت. ج

³ Yves GUYON, droit des affaires, Op Cit, P128.

⁴ بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 74.

⁵ نصت المادة 1/626 ق.ت. ج على أنه "لا تصح مداوالات مجلس الإدارة إلا إذا حضر نصف عدد أعضائه"

⁶ أنظر المادة 1، 2/626 ق.ت. ج

مجلس المديرين مهمة تمثيل الشركة أمام الغير، إلا أنه يمكن للقانون الأساسي أن يؤهل مجلس المراقبة لمنح نفس هذه السلطة لعضو آخر من المجلس¹.

3- ضمان استقرار قواعد القانون الأساسي:

من أجل تكريس إرادة المؤسسين من خلال القانون الأساسي للشركة وحماية المكتبتين المنظمين إليها على أساس هذا القانون، كان لابد من التقيد بمجموعة من الشروط القانونية لضمان استقرارها بالشكل الذي يمنع أو يصعب كثرة تعديلها، تمثلت أساساً في تحديد الهيئة المكلفة بالتعديل، والتشديد في الأغلبية والنصاب لتحقيق التعديل، يضاف إليهما ضرورة نشر التعديل.

فبالنسبة للهيئة المكلفة بتعديل القانون الأساسي فإن الجمعية العامة للمساهمين هي التي يناط لها تعديل القانون الأساسي، يتعلق الأمر بالجمعية التأسيسية خلال مرحلة التأسيس²، أو الجمعية العامة الغير عادية في مراحل لاحقة³، ومنه فإن قرار تعديل القانون الأساسي من قبل أي هيئة أخرى مخالفة يعدّ باطلاً⁴ وهو ما يظهر أن عملية تعديل القانون الأساسي هي من المسائل يتم فيها اعتماد المشرع على إرادة المساهمين سواء كانوا مؤسسين أو مكتبتين في مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي.

كما أن المشرع شدد في الأغلبية والنصاب المقررة لتعديل القانون الأساسي، سواء تعلق الأمر بتعديله في فترة التأسيس أو حتى في فترات لاحقة عن التأسيس، فقد تضرر الشركة خلال فترة التأسيس لتعديل القانون الأساسي بناء على المعطيات التي يفرضها الواقع، وهذا التعديل بالنسبة للشركة التي تؤسس باللجوء العلني للادخار⁵ تختص به الجمعية التأسيسية ويكون بإجماع آراء

¹ أنظر المادة 652 ق. ت. ج.

² أنظر المادة 600 ق. ت. ج.

³ أنظر المادة 674 ق. ت. ج.

⁴ Cass, com, du 29 Janvier 1979, n° 77-11.302. www.legifrance.gouv.fr

⁵ تأسيس شركة المساهمة يتم وفقاً لطريقتين، إما باللجوء العلني للادخار أو بدون اللجوء العلني للادخار، أنظر القسم الثاني من الفصل الثالث من القانون التجاري الفقرة الأولى والثانية.

جميع المكتتبين وإلا اعتبر باطلاً¹، وقاعدة الإجماع إجمالاً تعكس مظاهر الطابع الاتفاقي أو العقدي لشركة المساهمة لأنها ذات القاعدة المعمول بها في العقود عامة، وتكرس الاعتبار الشخصي² للمكتتبين في هذه المرحلة الحساسة من حياة الشركة.

غير أنه وإن كان الإجماع هو الأصل في تعديل القانون الأساسي خلال فترة التأسيس فقد فرض المشرع في مراحل لاحقة أن يتمّ التعديل وفق نظام الأغلبية، إلا أنها ليست أغلبية بسيطة وإنما أغلبية مشددة أي أغلبية الاصوات المعبر عنها والأوراق التي تتضمن تعبيراً عن رأي معين إذا ما أجريت عملية التصويت عن طريق الاقتراع وذلك بمقتضى نص قانوني أمر، وهذا ما جاء في المادة 674 ق. ت. ج والتي حددت إلى جانب الأغلبية المقررة للتعديل، النصاب القانوني المفروض³.

والحقيقة أن حكم التشديد في عملية تعديل القانون الأساسي سواء في مرحلة التأسيس أو بعدها له ما يبرره، ذلك أن ضمان استقرار القانون الأساسي فيه تجسيدا لإرادة المؤسسين أو المساهمين فيما بعد وهو ما يضمن المحافظة على الشركة واستمرارها، كما أنه يهدف إلى أن يتم تأسيس الشركة على النحو الذي تم الاتفاق عليه بين المؤسسين من جهة وبين المؤسسين والمكتتبين من جهة ثانية خلال مرحلة التأسيس، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال التصويت بالإجماع⁴.

وتعديل القانون الأساسي لا يكون له أي أثر اتجاه الغير إلا من تاريخ نشره في السجل التجاري تحت طائلة البطلان⁵، وفي هذا الإطار أخضع المشرع العقود المعدلة للقانون الأساسي والمستوفية للشروط المطلوبة لأحكام البطلان النصي⁶، أي أن البطلان لا يحدث في حقها إلا أشار

¹ ونفس الحكم نجده في المادة 7-225 L من القانون التجاري الفرنسي.

² مفتاح بوجلال، أثر الاعتبار الشخصي وأبعاد النطاق التعاقد في شركة التضامن: دراسة مقارنة بين التشريعين القطري والفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 1، العدد التسلسلي 29، رجب - شعبان 1441 هـ - مارس 2020 م، ص 191.

³ جاء في نص المادة 3/645 ق. ت. ج على أنه "تبت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها، على أنه لا يتخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا ما أجريت العملية عن طريق الاقتراع".

⁴ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p290, n°1486.

⁵ أنظر المادة 548 ق. ت. ج.

⁶ وهذا ما جاء في المادة 733 ق. ت. ج والمادة 1-235 من القانون التجاري الفرنسي، اللتان يبينتا أن هناك نوعين من البطلان، البطلان النصي هو الذي يتكفل النص القانوني بالإشارة إليه مباشرة، والبطلان الظاهري وهو الذي يحدث عند مخالفة النصوص الأمرة أو القواعد المنظمة للعقود، أنظر:

G-Ripert, R- Roblot, Op Cit, p58-57, n°1042

النص القانوني صراحة إلى البطلان سواء في القانون التجاري أو القانون الذي يسري على بطلان العقود، وهو ما يعكس الخصوصية في البطلان التي منحها المشرع للعقود المعدلة للقانون الأساسي ولبطلان عقد الشركة عموماً¹ ويهدف المشرع من هذه الخصوصية إلى حماية الشركة و الحفاظ على المراكز القانونية الناشئة عنها من خلال تجسيد إرادة المؤسسين أو المكتتبين وبالتالي تكريس الاعتبار الشخصي.

ثانياً: منح القواعد الاتفاقية القوة الملزمة.

إمعاناً في تكريس الاعتبار الشخصي للمؤسسين من خلال القانون الأساسي للشركة، منح المشرع القواعد الاتفاقية القوة الملزمة اتجاه العلاقات الناشئة بين كل الأطراف الفاعلين في الشركة، من خلال إكسابه الدرجة العليا والسمو على كل التقنيات والوسائل العقدية التي يمكن أن تبرم بجانبه لتحسين أداء الشركة، ومن خلال إكسابه الفعالية في التطبيق عن طريق تفعيل الجزاء الواقع في حق مخالفه.

1- سمو القانون الأساسي على كل الوسائل والتقنيات العقدية المتعلقة بالشركة:

باعتبار أن قواعد القانون الأساسي توضع من خلال الاجماع عند التأسيس، فإن المشرع أعطاه صفة سمو على كل القواعد التي تتضمنها الاتفاقات الجانبية التي يمكن أن تبرم بصدد تنظيم أداء الشركة حتى ولو أبرمت بعد التأسيس ولم يوافقوا عليها²، وهذا يعني أن على الاتفاقات الجانبية أن تعمل على تحيين قواعدها وفقاً لقواعد القانون الأساسي قبل إبرامها، وفي حال حدوث اختلاف بينهما فإن قواعد القانون الأساسي هي الأولى بالتطبيق فتبطل كل القواعد المخالفة له.

ومن هذه الاتفاقات الجانبية نجد النظام الداخلي للشركة واتفاقيات المساهمين.

يعدّ النظام الداخلي للشركة من أبرز الاتفاقيات التي تبرم بجانب القانون الأساسي، وبالرغم من أن المشرع لم يتطرق إليه إلى أن القضاء الفرنسي يعتدّ به³ ويعتبره من الوثائق التي لها قيمة

¹ Yves GUYON, droit des affaires, Op Cit, P161.

² Ibid, p151.

³ Cass, Com. 20 févr. 2007, n° 05-19.858. www.legifrance.gouv.fr

قانونية للشركة باعتباره مظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة بالإضافة إلى أن لها تأثير قوي على القانون الأساسي للشركة.

ويعرّف النظام الداخلي للشركة بأنه وثيقة يمهد لإعدادها القانون الأساسي للشركة وهي مستقلة عنه تصدرها الشركة، بغيته ضبط كليات تطبيق القانون الأساسي وضبط سير الأجهزة الداخلية للشركة¹، يقوم بإعداده جهاز مختص يتم تعيينه في القانون الأساسي، عادة ما يكون مجلس الإدارة أو مجلس المديرين².

من خلال هذا التعريف يتضح أن النظام الداخلي للشركة يحتل مرتبة دنيا بالنسبة للقانون الأساسي، وبالتالي فإنه يشترط أن يكون مضمونه منسجما ومتطابقا مع قواعد القانون الأساسي، وإلا فإنه لا يعتد به، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في قرارها الصادر سنة 1987³.

أما اتفاقات المساهمين فهي عبارة عن وثائق عقدية تعتبر من الناحية القانونية عقودا شخصية ومكتوبة ومحددة المدة، تعقد بين مجموعة من المساهمين تجمع بينهم ميزة واحدة بهدف تنظيم عدّة مسائل تخصّهم في الشركة⁴، كما قد تبرم بين جميع المساهمين أو بينهم وبين الشركة لتنظيم مسألة معينة وخاصة⁵، وهي بهذا تختلف عن القانون الأساسي الذي تنظم قواعده كل المسائل المتعلقة بالشركة، كما أنها تختلف عنه بأنه لا يتم نشرها وهي عادة تكون سرية⁶.

¹ وهو ما يؤكده القضاء الفرنسي في عدّة قضايا منها:

تحديد ساعات افتتاح وغلق الشركة في النظام الداخلي.

Cass com. 12 mars 1985, n° 83-12978. www.legifrance.gouv.fr

تحديد صلاحيات مجلس الإدارة في النظام الداخلي لشركة مساهمة.

Cass com. du 3 mars 1975, n° 73-13.721. www.legifrance.gouv.fr

² بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 63.

³ Cass com, du 2 juin 1987, n° 86-10.108. www.legifrance.gouv.fr

⁴ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p397, n° 1623.

⁵ Yves GUYON, Traité des cantrats - Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés, op cit, 1993, n° 203.

⁶ Ibid,

ويشترط لصحة اتفاقيات المساهمين بالإضافة إلى مراعاة النظام العام ومصلحة الشركة مراعاتها للقانون الأساسي للشركة وعدم مخالفته باعتباره الاتفاقية الأسى في الشركة وإلا عدت باطلة¹.

وعليه فإن القانون الأساسي للشركة باحتلاله المرتبة الأولى والأسى بالنسبة لكل الاتفاقيات الجانبية التي تبرم داخل الشركة يكسبه القوة الملزمة في حق كل الأطراف الفاعلين في الشركة، ما يعتبر تجسيدا لإرادة المؤسسين وتكريسا لاعتبارهم الشخصي من خلال القانون الأساسي، غير أن هذه القوة الملزمة لا تكتمل إلا إذا ما اقترن بجزء في حال مخالفة قواعده.

2- الجزء المقترن بمخالفة قواعد القانون الأساسي:

جاء في نص المادة 715 مكرر 49 ق. ت² أن المساهم الذي لم يسدد مبلغ الأقساط المتبقية في الوقت المحدد في القانون الأساسي يتم تعليق كل حقوقه بصفته مساهم في الشركة، فبعد نهاية مدة الثلاثين يوما من الاشعار المرسل إلى المساهم المتعثر³، تتوقف كل حقوقه المالية والغير مالية داخل الشركة سواء الحق في التصويت داخل الجمعيات العامة ويتم خصم أسهمه عند حساب نصاب المقرر للتداول، وكذا حق توزيع الأرباح وحق الأفضلية في الاكتتاب⁴، ولا يمكنه الحصول على أرباح أسهمه إلا بعد دفع ديونه قبل بيع الأسهم الغير مسعرة اتجاه الشركة من حيث الأصل والفائدة⁵.

والحقيقة أن هذه المادة وإن كانت تهدف إلى ضمان حصول الشركة على كامل رأسمالها، إلا أنها تدلّ من جانب آخر على الفعالية التي يمنحها المشرع لبنود القانون الأساسي، فإنه عند مخالفتها

¹ غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في شركات المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، بنان، ط1، 2008، ص151.

² ونفس الحكم نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 228-29 L228 من القانون التجاري الفرنسي. *Cass com. du 15 févr 1994, n°92-13.325. www.legifrance.gouv.fr*

³ تطبيقا للمادة 715 مكرر 49 ق. ت. ج نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي 438-95 على أنه إذا مرت 30 يوما من وصول الاشعار إلى المساهم يتم بيع أسهمه بالمزاد العلني: أنظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي 438-95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج. ر، ج، ج عدد 80، المنشورة في 22 ديسمبر 1995.

⁴ G. Ripet et R. Roblot, *op cit*, p342, n°1534.

⁵ Paul Didier-Philippe Didier, *Op Cit*, p497, n°624.

عادة ما يتم حرمان المساهم المخالف من حق معين، وهو ما يعدّ تعزيزاً لإرادة المؤسسين كمظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي للمؤسسين المكرسة من خلال القانون الأساسي.

كما أن القضاء الفرنسي ساهم وبشكل قوي أيضاً في تعزيز هذه الإرادة وإعطائها الفعالية من خلال الامكانية التي يمنحها للمؤسسين بتضمين القانون الأساسي "شرط الاقصاء" أو فصل الشريك المخالف للالتزامات الاتفاقية من الشركة¹ رغم عدم النص عليه قانوناً ورغم مخالفة هذا الشرط لمبدأ "الحق في الملكية والحق في البقاء في الشركة"²، وإن كان قد وضع عدّة شروط للاعتداد به³ تمثلت في أن يكون هذا الاقصاء منصوص عليه في القانون الأساسي المصادق عليه بالإجماع⁴، وأن يكون في مصلحة الشركة، وأن يبين القانون الأساسي كيفية إجراء والهيئة المكلفة به، مع ضرورة إعلام المساهم بالالتزامات التي أخل بها وإعطائه حق الدفاع، كما يجب أن يوضح القانون الأساسي كيفية استرداده لحصته وحصوله على حقوقه في الشركة⁵ وسعر أسهمه بشكل عادل والطريقة التي يتم بها تحديد السعر، (بالاتفاق أو بواسطة تعيين خبير)⁶.

بالإضافة إلى ذلك لا يوجد ما يمنع أن يتضمن القانون الأساسي للشركة شرط جزائي⁷ في حق المساهم، للتعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام بالالتزامات المفروضة عليه، وهو الأمر الذي يتوافق مع القواعد العامة للمسؤولية العقدية، بشرط أن يخضع لمراقبة قاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في إعادة ضبطه وتقديره⁸.

¹ Cass. Com, du 8 mars 2005, n° 02-17.692, www.legifrance.gouv.fr

² يرى البروفسور "Y. Guyon" أن حق البقاء في الشركة هو من الحقوق غير مالية للمساهم ولا يمكن استبعاده أو فصله من الشركة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة كإجراء عقابي إذا ما أخل المساهم بأداء التزاماته، والمشرع نص على إجراء البيع بالمرزاد العلني للأسهم غير مسعرة أي التي أخل أصحابها بأداء التزاماتهم، وبالتالي لا يمكن إجبار المساهم في حال الزيادة في رأس المال بأداء بالزيادة، عن طريق التهديد بفصله ولو بالإجماع في القانون الأساسي: أنظر

Yves GUYON, *droit des affaires*, Op, Cit, p804, n°750.

³ Mamadou Barry *Modalités de l'exclusion d'un associé* master 2 droit affaires university de Reims Champagne-Ardenne ufr de Droit et Science Politique, France, 2016-2017 ; p26.

⁴ Paul Didier-Philippe Didier, Op Cit, p538.

⁵ Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-17. 343. www.legifrance.gouv.fr et v, Mamadou Barry, op cit, p23-30.

⁶ Paul Didier-Philippe Didier, Op Cit, p538, n°668.

⁷ بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص85.

⁸ Cass. Com, du 23 mars 1993, n° 91-12.364. www.legifrance.gouv.fr

المبحث الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة الاكتتاب التأسيسي¹

بعد تحرير القانون الأساسي للشركة وإيداع نسخة منه بالمركز الوطني للسجل التجاري يلج المؤسسون مرحلة جديدة من مراحل إجراءات تأسيس الشركة وهي مرحلة الاكتتاب في رأس مالها²، والاكتتاب في رأس المال هو أحد أهم الإجراءات اللازمة لإتمام تأسيس الشركة باعتباره الوسيلة التي بموجبها يتم تجميع رأسمالها كله أو المتبقي منه³، و بموجبها ينضم المكتتب إلى الشركة فيصبح مساهماً فيها بقيمة الأسهم المكتتب بها بعد أن اقتنع ببرنامج مشروع الشركة وبمؤسسيها، وبالرغم من أن المؤسسين خلال عملية الاكتتاب التأسيسي يقومون بتجميع الأموال من المكتبتين بغض النظر عن شخصيتهم كدلالة على خاصية الاعتبار المالي الذي تقوم عليها الشركة، إلا أن الاعتبار الشخصي يظهر في مواطن عديدة، بداية في الطبيعة القانونية للاكتتاب ودورها في ظهور الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة ومدى تأثيره بهذه الطبيعة وتفاعله معها و مع أحكام الاكتتاب بالأخص المتعلقة منها بشروط الاكتتاب وإثباته (المطلب الأول)، ثم تأثيره في نوعا الاكتتاب بين الاكتتاب باللجوء العلني للادخار أو بدونه، أين يظهر فيهما الاعتبار الشخصي بشكل متفاوت على حسب كل نوع (المطلب الثاني).

¹ ينقسم الاكتتاب من حيث ميعاده إلى اكتتاب تأسيسي واكتتاب لاحق للتأسيس ويقصد بالاكتتاب التأسيسي الاكتتاب الذي يتم فيه جمع رأس المال بغرض تأسيس الشركة، حيث يتم عرض رأسمال الشركة للاكتتاب، أما الاكتتاب اللاحق لعملية التأسيس فهو الذي يتم أثناء حياة الشركة بغرض زيادة رأسمالها لحاجتها إلى ذلك خلال طرح أسهم عامة للجمهور أو أن يتم بشكل خاص، أو قد يكون الاكتتاب بين المساهمين القدماء أولاً ثم يطرح الباقي للاكتتاب. أنظر: زينة غانم عبد الجبار، الاكتتاب المغلق بأسهم شركة المساهمة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية السياسية، العراق، العدد 2، 2002، ص 138.

² يعرف الاكتتاب على أنه التصرف القانوني الذي يتعهد بموجبه الشخص بأن يكون جزءاً من شركة مساهمة، وذلك بالمساهمة بمبلغ نقدي أو مال عيني يساوي القيمة الإسمية للأسهم.

G. Ripert -R. Roblot; Op cit, p268, n°1415. « La souscription d'une action est l'acte juridique par lequel une personne s'engage à faire partie d'une société par action, en apportant une somme ou bien en nature, d'un montant égale au nominal de ses titres ».

³ على اعتبار أن هنالك تشريعات دولية على العكس من المشرع الجزائري تفرض على المؤسسين الاكتتاب في جزء من رأسمال الشركة ثم بعدها يطرح الباقي للاكتتاب على الجمهور بالنسبة لشركات المساهمة التي تؤسس باللجوء العلني للادخار.

المطلب الأول

مظاهر الاعتبار الشخصي من خلال طبيعة وأحكام الاكتتاب التأسيسي

تقدم أن الاكتتاب¹ يعدّ مرحلة مهمة من مراحل إجراءات تأسيس شركة المساهمة لذلك حضى باهتمام الفقه القانوني من أجل تفسير العلاقات الناشئة عنه طريق محاولة تحديد طبيعته القانونية من جهة (الفرع الأول)، وإحاطته بأحكام وقواعد قانونية لضمان جدية المؤسسين وضمان حقوق المكتتبين من جهة ثانية (الفرع الثاني)، وسواء بالنسبة لطبيعة الاكتتاب القانونية أو بالنسبة لأحكامه فإن الاعتبار الشخصي قد برز وتفاعل مع كلاهما.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للاكتتاب التأسيسي²

استقرّ الفقه القانوني على أن الاكتتاب ذو طبيعة عقدية بالنظر لعدّة معطيات واقعية، غير أن هذا الاستقرار سبقه جدال فقهي كبير نشأت عنه آراء متعددة (أولاً). وإذا كان الاكتتاب التأسيسي عقد فإنه يعبر عن الاعتبار الشخصي لطرفيه فيؤثر في وجوده وفي صحته (ثانياً).

أولاً: الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للاكتتاب التأسيسي.

أساس هذا الاختلاف كان نتيجة تصنيف الاكتتاب ضمن التصرفات المدنية¹، فبدأ البحث حول مكانته ضمن هذه التصرفات -العقد أم الإرادة المنفردة-²، فمن الفقهاء من ينكرون على عقد الاكتتاب التأسيسي الطبيعة العقدية ومنهم من يعتبره كذلك.

¹ تنبغي الإشارة أنه لا بدّ من عدم الخلط بين عملية الاكتتاب وتحرير الأموال، فالإكتتاب يعدّ وعداً بتقديم الأموال (النقدية والعينية) على الأقل تساوي قيمة الأسهم المطروحة للاكتتاب، بينما تحرير الأموال أو دفعها هو تنفيذ الاكتتاب بدفع المبلغ أو تقديم القيم العينية. أو السداد الفعلي للأموال.

Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon, op cit, p176 ; Yves GUYON, droit des affaires, Op Cit, p102, n°103.

² ينقسم الاكتتاب من حيث ميّعه إلى اكتتاب تأسيسي واكتتاب لاحق للتأسيس ويقصد بالاكتتاب التأسيسي الاكتتاب الذي يتم فيه جمع رأس المال بغرض تأسيس الشركة، حيث يتم عرض أسهم الشركة للاكتتاب، أما الاكتتاب اللاحق لعملية التأسيس فهو الذي يتمّ أثناء حياة الشركة بغرض زيادة رأسمالها لحاجتها إلى ذلك خلال طرح أسهم عامة للجمهور أو أن يتم بشكل خاص، أو قد يكون الاكتتاب بين المساهمين القدماء أولاً ثم يطرح الباقي للاكتتاب. أنظر: زينة غانم عبد الجبار، الاكتتاب المغلق بأسهم شركة المساهمة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية السياسية، العراق، العدد 2، 2002، ص 138.

1- انكار الطبيعة العقدية على الاكتتاب التأسيسي:

أنكر جانب من الفقه القانوني الطبيعة العقدية للاكتتاب التأسيسي بالنظر لصعوبة تحديد أطرافه، على اعتبار أن الشركة لم يكتمل تأسيسها ولم تكتسب الشخصية المعنوية بعد. والحقيقة أن هذا الاتجاه بنى موقفه على أساس أن طبيعة شركة المساهمة هي نظام وليست عقد³، فاعتبر أن الاكتتاب يتم بإعلان المكتتب بإرادته المنفردة عن دخوله الشركة المنوي تأسيسها، ويصبح ملزماً بمقتضى هذا الإعلان بمجرد توجهه إلى المؤسسين بالشكل المعين في القانون⁴، وعليه فالمكتتب لا يتعاقد لا مع الشركة ولا المؤسسين إنما يعبر بإرادته المنفردة عن رغبته في دخول الشركة والمشاركة في تأسيسها⁵، كما أن المؤسسين بإصدارهم بيان الاكتتاب وإعلانه يعتبر أيضاً تعبيراً عن إرادتهم المنفردة يلتزمون بموجبها اتجاه المكتتبين طيلة فترة الاكتتاب⁶، وحسب هذا الاتجاه فإن كان الاكتتاب عمل ناتج عن الإرادة المنفردة فهو من قبيل الأعمال القانونية الجماعية، أي أنه يتكون من مجموعة من التصريحات الإرادية تصدر عن مجموعة من المكتتبين وينشأ عنها بالضرورة ارتباط قوي بينهم⁷.

¹ اعتبر الاكتتاب تصرف مدني على أساس أنه لا يعدو كونه توظيفاً للثروة الخاصة وأن المكتتب عندما يستثمر أمواله في مشروع الشركة فإن مسؤوليته تتحدد بمقدار ما اكتتب به من أسهم كم أنه لا يكتسب صفة التاجر، في حين ظهر الاتجاه آخر يعتبر الاكتتاب تصرف تجاري على أساس أنه يتصل بمشروع تجاري، وإن كان لا يضفي صفة التاجر على صاحبه فذلك لانعدام عنصر الاعتياد، كما أنه غالباً ما يكون الهدف منه شراء الأسهم بهدف إعادة بيعها بربح وبالتالي تطبق عليها حكم شراء المنقول لإعادة بيعه من أجل تحقيق ربح والذي عمل تجاري، أنظر:

G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p273, N°1426.

² تجدر الإشارة أن الإرادة المنفردة لم تكن مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام، إذ أن المشرع الجزائري أدرجها في المادة 115 من القانون المدني ضمن أحكام العقد لكنه تدارك ذلك لاحقاً بتعديل القانون المدني سنة 2005 حينما ألغى المادة 115 وجعل الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام بعد العقد، فنص عليها في الفصل الثاني مكرر تحت عنوان "الالتزام بالإرادة المنفردة" في المواد 123 مكرر و 123 مكرر 31. كما أنه في شركة الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة يمكن إنشائها بالإرادة المنفردة دون الحاجة إلى العقد.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 30.

⁴ المرجع نفسه، ص 231.

⁵ *N.Terki, Op cit, p186.*

⁶ منصور بخته، الاكتتاب في شركة المساهمة وفقاً للتشريع الجزائري بين العقد والنظام، المجلة الأكاديمية القانونية والسياسية، المجلد

الخامس، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2021، ص 563.

⁷ المرجع نفسه، ص 564.

وقد أخذ على هذا الرأي تجاهله لدور المؤسسين في هذه المرحلة المهمة من حياة الشركة خاصة وأنهم هم الذين يهيئون للمكتتبين فرصة الإفصاح عن رغبتهم في الدخول للشركة¹، كما أن لإرادتهم دورا كبيرا في تكوين آثار الاكتتاب لأنه من المحتمل أن يرفض طلب المكتتب من قبلهم² خاصة إذا تضمن العقد التأسيسي شروطا معينة للاكتتاب ولم تحقق فيه هذه الشروط³.

وإسناد الاكتتاب إلى الإرادة المنفردة للمكتتب تجعل من حق المكتتب وكذا المؤسس الرجوع عن التزامه والتنصل منه في أي وقت⁴ وهو الأمر الذي يتناقض مع أحكام الاكتتاب التي يراد بها الاستمرارية والثبات⁵، بالإضافة إلى أن الصفة الجماعية التي يحاول أنصار هذا الاتجاه إضفاءها على الاكتتاب هي صفة إجرائية تتمثل في كيفية إجراء هذا الاكتتاب ولا تتعلق أبدا بطبيعته⁶.

2- الاتفاق على أن الاكتتاب ذو طبيعة عقدية:

يميل الفقه القانوني إلى الاتجاه العقدي في تفسير الطبيعة القانونية للاكتتاب التأسيسي⁷

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 230.

² منصور بخته، مرجع سابق، ص 563.

³ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p271, N°1421.

⁴ ضاري الوائان، مرجع سابق، ص 22.

⁵ وهذا ما يفهم من نص المادة 600ق. ت، باشتراطها للاكتتاب في رأسمال الشركة بالكامل وفي أن مساهم الحصة النقدية يدفع قيمة الربع والباقي على حسب ما تحدده الإدارة في حدود 5 سنوات من تسجيل الشركة، كما أن الحصة العينية تقدم محررة بالكامل.

⁶ عبد السلام زعور، الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة بين العقد والإرادة المنفردة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، 2017، ص 904.

⁷ وذلك بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى أصحاب هذا الاتجاه لكونهم اختلفوا حول أطراف هذا العقد إذ ظهرت في ذلك عدة آراء، فمنهم من اعتبره عقد بين المكتتبين (نظرية الوكالة) وقد فسّر هذا الاتجاه موقفه وفقا لنظرية الوكالة الضمنية للمؤسس، حيث اعتبر أن الاكتتاب هو عقد بين المكتتبين أنفسهم وأن المكتتب الأول عندما ينظم إلى الشركة فإنه بذلك يعطي وكالة ضمنية للمؤسسين لتعيين مكتتبين آخرين يلتزم معهم بشكل متعاقب، وبمعنى آخر فإن المؤسسين ليسوا إلا ممثلين للمكتتبين تربط بينهم قواعد الوكالة الضمنية، وأن عقد الاكتتاب يتم إبرامه بين جميع المكتتبين وما المؤسسون إلا مجرد مديرو أعمال للمكتتبين، أنظر: فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة ج3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2022، ص 338.

وهناك من اعتبره عقد بين المكتتب والشركة (نظرية العلاقة المباشرة)، وهذه النظرية قائمة على فكرة الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس، وبالتالي أصبح الاكتتاب عبارة عن عقد تبادلي بين كل مكتتب والشركة قيد التأسيس، ولكن هذا العقد لا يصبح نهائيا إلا إذا تأسست الشركة بشكل نهائي، انظر: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 233.

في حين آخرون اعتبروه عقد بين المكتتبين والمؤسسين أين يعتبر إصدار بيان الاكتتاب واستماراته بمثابة إيجاب موجه للجمهور يدعوههم إلى الانضمام إلى الشركة من خلال شراء أسهمها المطروحة والقبول يصدر من المكتتب الذي يقبل العرض الموجه إليه فيكتتب في أسهم الشركة، وقد انبثقت على هذه النظرية عدة آراء حاولت تفسير ادور المؤسس في هذه المرحلة بالنسبة للشركة، بين من يعتبره مدير أعمالها، مابين من يعتبره فضولي بالنسبة لها، لمزيد من التفاصيل راجع: *G. Ripert -R. Roblo, Op cit, p.272, n°1424*

كون العقد هو الوسيلة القانونية الأنسب في تفسير العلاقات الناشئة عنه¹ ويعتبر الوصف العقدي الأقرب والأكثر انسجاماً مع حقيقة المراكز القانونية المترتبة بين المؤسسين والمكتتبين، فالمكتتب عندما يكتتب في الشركة عند تأسيسها إنما يرتبط بإرادته الحرة بناء على الإعلان الذي وضعه المؤسسون والذي بموجبه اقتنع بفكرة الاكتتاب².

الجدير بالذكر في هذا الصدد أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي³ حذف كلمة "عقد" في الأحكام التي تناولت الاكتتاب التأسيسي، في حين بالنسبة للأحكام الخاصة بالاكتتاب بصدد زيادة رأسمال الشركة فقد أطلق عليه تسمية عقد الاكتتاب، وهذا ما جاء في نص المادة 704 ق. ت. ج⁴، ونفس الأمر بالنسبة للقسم الثاني من المرسوم التنفيذي 95-438 أين أطلق عليه تسمية "عقد الاكتتاب".

ويعود سبب ذلك كون المشرع الجزائري لا يعترف بالشخصية المعنوية للشركة قيد التأسيس على العكس من بعض التشريعات⁵، وعليه فإذا كان واضح أطراف العقد بالنسبة للاكتتاب بصدد الزيادة في رأسمال الشركة وهما المكتتب والشركة كشخص معنوي، فهو غير واضح عند تأسيس الشركة، وهو ما يجعل فكرة العقد لدى الاكتتاب بزيادة رأس مال الشركة أقوى منها لدى تأسيس الشركة.

الحقيقة أن القول بأن الاكتتاب التأسيسي هو عقد، بالإضافة لكونه الوصف المنسجم مع الآثار الناشئة عنه فهو يدعم فكرة العمل الإرادي الذي تنشأ بموجبه الشركة والمقصود هنا عقد الشركة التأسيسي، ويؤكد على النهج التعاقدي الذي يغلب على الخطوات الأولية لتأسيس شركة المساهمة، فالشركة تنشأ بموجب العقد التأسيسي الذي يتم بين المؤسسين وعقد

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 239.

² G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p270, n°1419.

³ جاء في نص المادة 143-225 من القانون التجاري الفرنسي أن الاكتتاب عقد إذا كان بصدد زيادة رأس المال أما إذا عند تأسيس الشركة فقد حذفت كلمة العقد وفقاً للمادة 4-225. أنظر:

Ibid, p272, n°1423

⁴ نصت المادة 704 ق. ت. ج على أنه "يثبت عقد الاكتتاب ببطاقة الاكتتاب، تحدد كيفية تنظيمها عن طريق التنظيم"

⁵ أنظر في ذلك إلياس ناصيف، مرجع سابق 239.

الاكتتاب الذي يبرم بين المكتتب والمؤسسين¹، ويعتبر الاكتتاب عقد من نوع خاص قائم بذاته لا يمكن إدراجه تحت أي اسم من أسماء العقود له أحكام وشروط خاصة لتنظيمه² يلتزم بمقتضاه المكتتب بدفع الأموال النقدية المكتتب فيها في الأوقات المحددة في القانون الأساسي وإلا يلزم بدفع تعويض للشركة في حالة حدوث ضرر³، ويلتزم المؤسسون بموجبه بإكمال إجراءات تأسيسها، وعندما يكتمل تأسيس الشركة باكتسابها الشخصية المعنوية تصبح الشركة ملزمة أمام المكتتب بتسليمه أسهما قابلة للتداول مقابل المبالغ التي اكتتبوا بها⁴، وعلى إثر ذلك فإن نشرة الاكتتاب التي يصدرها المؤسسون هي بمثابة دعوى إلى الجمهور للاكتتاب في الأسهم والذي يعتبر بمثابة إيجاب ملزم يترتب عليه إبرام عقد الاكتتاب بمجرد توقيع استمارة الاكتتاب من قبل المكتتب أو من يمثله قانونا على اعتبار توقيعه قبولا مطابقا للإيجاب⁵.

إن التزام المكتتب بموجب عقد الاكتتاب هو التزام بتحقيق نتيجة، فالمكتتب مقدم الحصة النقدية⁶ ملزم بتقديم قيمة الربع القيمة الاسمية للأسهم عند الاكتتاب التأسيسي، أما الباقي القيمة المتبقية فيتم الافراج عنه في أجل لا يتجاوز 5 سنوات⁷، وفي حال تخلفه يعرض نفسه لخطر الاقصاء من الشركة عن طريق استبداله بمساهم آخر ببيع أسهمه في المزاد العلني وفقا للمادة 715 مكرر 49 ق. ت. ج، ويبقى المكتتب مدينا للشركة بأي فرق بين مبلغ الاكتتاب والسعر الذي تم

¹ سالم عبد الرحمن غميص، مرجع سابق، ص-ص 177-178.

² فرياد شكر حسين، الاكتتاب في رأسمال شركة المساهمة الخاصة (دراسة تحليلية)، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، مجلد 5، العدد 18، 2016، ص 186-187.

³ N.Terki, Op cit, p 39.

⁴ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p273, n°1427.

⁵ خالد العمري، مرجع سابق، ص 116.

⁶ عمليا يكون الاكتتاب "الوعد" في الأسهم النقدية فقط لأن الأسهم العينية يجب أن تقدمه محررة بالكامل (م 596 ق. ت) أنظر:

N. Terki, Op cit, p187.

⁷ أنظر المادة 1/596 ق. ت. التي تنص "يجب أن يكتب رأس المال بكامله. وتكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة الربع ¼ على الأقل....." وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي وضع نفس الشرط مع زيادة قيمة الأسهم النقدية الواجب دفعها النقدية الواجب دفعها إلى النصف على الأقل وهذا ما جاء في المادة (Article L225-3) من القانون التجاري الفرنسي.

بيع الأسهم به¹ كما أنه يبقى هو المسؤول بسداد قيمة السهم حتى ولو تم انتقاله عن طريق التداول، وهذا تأكيد آخر على الطبيعة العقدية للاكتتاب التأسيسي².

في المقابل يلتزم المؤسسين أمام المكتتبين باستكمال إجراءات تأسيس الشركة³ في خلال 6 أشهر ابتداء من تاريخ إيداع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، وذلك بدعوة المكتتبين شخصيا إلى جمعية تأسيسية خلال هذه المدة لاستكمال تأسيسها بواسطة إشعار مرسل، ويتمتع المؤسسون بالحرية الكاملة فيما يتعلق بالنماذج والمواعيد النهائية لهذا الإشعار⁴، وإذا لم يتحقق ذلك فإنه يجوز لكل مكتتب أن يطالب أمام القضاء بتعيين وكيل يكلف بسحب الأموال لإعادتها للمكتتبين بعد خصم مصاريف التوزيع⁵ ويسأل المؤسسون عن هذه الاكتتابات مسؤولية تضامنية غير محدودة في أموالهم الخاصة إلى غاية اكتساب الشركة الشخصية المعنوية⁶.

وإذا كان الاكتتاب التأسيسي ذو طبيعة عقدية يفرض التزامات متبادلة بين أطرافه فإنه يعبر عن الاعتبار الشخصي لأطرافه الذي يغلب على كل العقود إجمالا، وعلى دوره في وجوده وصحته.

ثانيا: دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة عقد الاكتتاب.

على غرار سائر العقود يتأثر وجود عقد الاكتتاب وصحته بالاعتبار الشخصي لطرفيه بالنظر لارتباطه بركن الرضا كركن أساسي للإبرام العقد إلى جانب الأركان العامة الأخرى المتطلبة عند إبرام العقود والمتمثلة في المحل والسبب، غير أن ركني المحل والسبب⁷ هما ركنين موضوعيين مرتبطان بموضوع العقد ولا مكان للاعتبار الشخصي فيهما.

¹ Yves GUYON, droit des affaires, Op Cit, p103, n°103.

² G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p322, n°1530.

³ Ibid, P265, N°1404.

⁴ N. Terki, Op cit; p188.

⁵ أنظر المادة 604ق. ت. ج.

⁶ أنظر المادة 549ق. ت. ج.

⁷ يتمثل محل عقد الاكتتاب في السندات والأوراق المالية الصادرة عن شركة المساهمة عينية أو نقدية، ويشترط في المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعيين (م. 93 و 94ق. م. ج) أما السبب فيشترط أن يكون مشروعاً وغير مخالفاً للأداب العامة (م. 97ق. م. ج).

1- دور الاعتبار الشخصي في وجود عقد الاكتتاب:

لوجود الرضا في عقد الاكتتاب لابدّ يكون هنالك توافق في إرادة طرفيه وذلك بتطابق إرادة القابل مع إرادة الموجب وأن تكون هذه الإرادة صادرة من ذي أهلية.

ويعتبر إعلان الاكتتاب الصادر من المؤسسين والذي يتم نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بمثابة الإيجاب الموجه إلى جمهور المكتتبين، يتضمن هذا الاعلان مجموعة من البيانات اللازمة حددها المشرع في المرسوم التنفيذي 95-438¹ تتعلق معلومات عن مشروع الشركة، كما اشترط المشرع أن يوقع المؤسسون على الإعلان وذلك بذكر ألقابهم أو أسماءهم المستعملة وموطنهم وجنسياتهم، ويبرر ذلك في أن المكتتب عندما يقبل الاكتتاب في الشركة إنما يعتمد في قبوله على تقديره لجدوى المشروع بالنسبة للمعلومات الخاصة بالمشروع من جهة، وعلى شخصية المؤسسين من جهة ثانية²، فيأخذ في اعتباره شخصية المؤسسين التي تعتبر في جانب ثاني الباعث والدافع إلى التعاقد أي أنها تعدّ عنصراً جوهرياً في التعاقد، فغالبا ما يتقدم المكتتب للاكتتاب في الشركة والتعامل معها آخذاً في اعتباره أشخاص المؤسسين وسمعتهم وخبرتهم في مجالات مشروع الشركة³ وبالتالي يلعب الاعتبار الشخصي دوراً كبيراً في وجود عقد الاكتتاب.

كما يبرز الاعتبار الشخصي إذا ما كان الإيجاب موجه إلى فئة معينة من المكتتبين، على اعتبار يمكن للمؤسسين أن يضعوا شروط خاصة في المكتتبين، كأن يكونوا من مهنة معينة أو من جنسية أو منطقة معينة أو حاصلين على درجة علمية معينة... الخ⁴، وبالتالي يمكن للمؤسسين رفض القبول الصادر من المكتتب الذي لا يتوفر فيه هذه الشروط أو إذا توافرت فيه الشروط لكن المبلغ الإجمالي للاكتتاب تجاوز قيمة رأسمال الشركة المحدد في الاعلان⁵.

¹ المادة 02 من المرسوم 95-438، مرجع سابق

² Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p286, n°285.

³ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 465.

⁴ Cass.com, du 17 juillet 1974, n° 73-12.259, www.legifrance.gouv.fr

⁵ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p271, n°1421.

أما بالنسبة للأهلية، فإن المكتب¹ ووفقا للقواعد العامة فلا بد أن تتوافر في الشخص الطبيعي وموكله إن وجد الأهلية القانونية، والأهلية المقصود بها هنا هي الأهلية الكاملة (19 سنة كاملة) حسب نص المادة 40 ق.م، والشخص المعنوي فلا بد أن تتوافر في ممثله أو موكله على حسب طبيعة الشخص المعنوي ولا بد أن تتوافر فيه الأهلية القانونية وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون المدني².

ويعتبر الاكتتاب من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لذلك فإنه يحق للقاصر أن يكتب في الشركة بأسهم نقدية بواسطة من يمثله سواء كان والي أو الوصي أو المحكمة، أما بالنسبة للأسهم العينية وبما أنها تتطلب أهلية التصرف³ وجب إتباع إجراءات خاصة، فإذا كانت الحصة المكتتب بها عقارا وجب إتباع الإجراءات الخاصة ببيع أموال القاصر أو عديمي الأهلية وفقا للمادة 6 من القانون التجاري التي أحال المشرع أحكامها في المادة 89 من قانون الأسرة⁴، إضافة إلى ذلك فحتى شكل الحصص التي يجب أن يقدمها القاصر للشركة يجب أن تكون على سبيل الانتفاع لا على سبيل التمليك، لأن هذه الأخيرة تأخذ أحكام البيع والبيع ممنوع على القاصر إلا إذا تم عن طريق المزداد العلني.

وعليه يظهر أن المكتتب القاصر لديه اعتبار شخصي خاص، خصه المشرع بأحكام خاصة في إطار منهج حماية القاصر الذي تفرضه القواعد العامة.

1- دور الاعتبار الشخصي في صحة عقد الاكتتاب:

باعتبار أن الاكتتاب عقد فإنه يمكن لقبول المكتتب على الاكتتاب في الشركة أن يتأثر بعيوب الإرادة وفقا للقواعد العامة للقانون المدني-الغلط والاكراه والتدليس- وإذا كان الاكراه عمليا مستحيل، بعكس الغلط فإنه متوقع على أساس أنه يمكن للمكتتب أن ينضم للشركة بناء على شخصية المؤسسين أو سمعتهم أو قدرتهم المالية... الخ، ثم يكتشف أنه وقع في غلط مثبت،

¹ سيتم التطرق إلى أهلية المؤسس في الفصل الثاني من هذا الباب، ص 100.

² أنظر المادة 50 ق.م. ج.

³ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p269, n°1417.

⁴ تنص المادة 89 ق. أ على أنه "على القاضي أن يراعي في الاذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

فيحق له إبطال اكتتابه، غير أن هذا البطلان لا ينفي التزامه اتجاه دائني الشركة بقدر قيمة مساهمته، كما لا يترتب عليه بطلان عقد الشركة لأنه يمكن اصلاح هذا العيب عن طريق استبداله بمكتتب آخر، بالإضافة إلى أن عدم الاكتتاب الكامل برأسمال الشركة قد يؤدي إلى تخفيض قيمة رأسمال الشركة وفقا للقيمة المكتتب بها، ولكن هذا دون المساس بالمسؤولية القانونية للمؤسسين¹ اتجاه المكتتب.

ويتحقق الغلط أو التدليس في حالات معينة²، فإذا اثبت المكتتب وجود غش من قبل المؤسسين أو أثبت أنه وقع في غلط في صفة جوهرية³ من صفات المؤسس فإنه يحق له إبطال عقد الاكتتاب⁴، وهنا يكمن دور الاعتبار الشخصي في صحة عقد الاكتتاب، فالمكتتب المنظم إلى الشركة على فالمكتتب المنظم إلى الشركة على أساس شخصية المؤسسين أو سمعتهم أو قدرتهم المالية... الخ، ثم اكتشف أنه وقع في غلط وأثبتته يحق له إبطال اكتتابه.

غير أن هذا البطلان لا ينفي التزامه اتجاه دائني الشركة بقدر قيمة مساهمته، كما لا يترتب عليه بطلان عقد الشركة لأنه يمكن اصلاح هذا العيب عن طريق استبداله بمكتتب آخر، بالإضافة إلى أن عدم الاكتتاب الكامل برأسمال الشركة قد يؤدي إلى تخفيض قيمة رأسمال الشركة وفقا للقيمة المكتتب بها، ولكن هذا دون المساس بالمسؤولية القانونية للمؤسسين⁵ اتجاه المكتتب.

الفرع الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي من خلال أحكام الاكتتاب التأسيسي

حضيّ الاكتتاب باهتمام المشرع فأولاه بشروط وقواعد خاصة لتنظيمه وهذا الاهتمام نابع من تأثيره بشكل مباشر على المركز المالي للشركة وعلى الثقة المفروض منحها للمكتتبين، ولعلّ أهم هذه الأحكام تلك التي تناولت شروط وعملية إثبات الاكتتاب، فمتى تمّ الاكتتاب وفقا للشروط التي

¹ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p269, n°1417.

² وذلك على غرار العقد الابتدائي لشركة المساهمة، لمزيد من التفاصيل راجع المطلب الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

³ أنظر المادة 3/82 ق.م.

⁴ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p270, n°1419.

⁵ Ibid.

فرضها المشرع وجب إثباته (أولاً)، ومن هذه الشروط نجد شرط موضوعي يتطلب الجدية في الاكتتاب والذي كان من نتائجه منع المشرع تداول الأسهم قبل تسجيل الشركة في السجل التجاري سعياً منه للمحافظة على المكتتبين الأولين فيها، وهو الأمر الذي يعكس مظاهر الاعتبار الشخصي في هذا الشرط، وكذلك الأمر بالنسبة لإثبات الاكتتاب المنظم قانوناً بشكل قائم على الاعتبار الشخصي للمكتتبين ضماناً لحقوق المكتتبين وحقوق الشركة للمحافظة على رأسمالها (ثانياً).

أولاً: الأحكام الخاصة بشروط وكيفية إثبات الاكتتاب.

يهدف التطرق إلى مكان تكريس الشخصي في أحكام الاكتتاب والمتعلقة أساساً بإحدى شروطه وبطريقة إثباته لابدّ من التعرض إلى هذه شروط وإلى كيفية إثبات الاكتتاب.

1- شروط صحة الاكتتاب:

فرض المشرع حتى يتم الاكتتاب مجموعة من الشروط الموضوعية تمثلت في:

- أن يكون الاكتتاب في رأس مال الشركة كاملاً: أي أن يغطي الاكتتاب جميع أسهم الشركة التي تمثل رأس المال المصدرة من شركة المساهمة، وهذا ما جاء في المادة 596 ق.ت، والحكمة من اشتراط هذا الشرط تكمن في ضمان توافر المال اللازم لقيام نشاطها، ومراعاة مصلحة المكتتبين ودائي الشركة ذلك أنه إذا حصل الاكتتاب بأقل من رأس المال المحدد لاستثمار مشروع الشركة قد يؤدي إلى تعذر قيام المشروع وتعرض المكتتبين إلى خسارة أموالهم، أما دائنو الشركة فينقص ضمانهم الذي يشمل في الأصل كامل رأس مال الشركة¹، وتجدر الإشارة أن هنالك فرق بين الاكتتاب بكامل رأس المال ووفاء كامل رأس المال، فالمشرع الجزائي لم يشترط الوفاء الكامل من أجل صحة الاكتتاب بل يتوجب على المكتتب أن يدفع عند الاكتتاب الربع على الأقل فقط من القيمة الاسمية من الأسهم النقدية، فلا تنشأ الشركة إلا إذا اكتتب في جميع رأس مالها مع إمكانية تسديد الربع من قيمة الأسهم النقدية فوراً والباقي يتمّ الوفاء به خلال 5 سنوات من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري، أما فيما يخصّ الأسهم العينية فلا بدّ أن تكون مسددة القيمة بكاملها حين إصدارها.

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 247.

-أن يكون الاكتتاب باتا ومنجزا: أي ألا يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل¹، بل يلتزم المكتتب في سداد قيمة الأموال التي اكتتب بها في جميع الأحوال، فإذا علق على شرط بطل الشرط وصحّ الاكتتاب كما لا يجوز للمكتتب أو للشركة الرجوع في اكتتابه لأن العقد بين الطرفين تمّ بصورة نهائية².

-أن يكون الاكتتاب جديا: أي يجب على المكتتب أن يقوم بوفاء القيمة التي اكتتب بها فعليا، بمعنى أن يقصد المكتتب من وراء اكتتابه الالتزام حقا بدفع قيمة الأسهم والانضمام للشركة وتحمل الأعباء الناجمة عن ذلك³، وبمعنى أدق يجب ألا يكون الاكتتاب صوريا⁴، فإذا كان كذلك فيكون عندئذ الاكتتاب باطلا ومن ثمة يكون هنالك عيب في التأسيس ما قد يؤدي إلى بطلان الشركة في حد ذاتها، وقد ذهب القضاء الفرنسي على أن الاكتتاب يكون صوريا إذا نسب إلى مكتتب خيالي سواء كان المكتتب المعين غير موجود الا في مخيلة المؤسسين او مع وجوده الفعلي ولكنه لم يكتتب حقيقية في أسهم الشركة⁵ وهو إحدى أسباب بطلان الشركة⁶، ولضمان جدية الاكتتاب عند التأسيس منع المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 715 مكرر 15 ق.ت تداول أسهم الشركة قبل قيد الشركة في السجل التجاري.

2- كيفية إثبات الاكتتاب:

إضافة إلى ضرورة توافر الشروط السابقة في الاكتتاب فرض المشرع ضرورة إثبات الاكتتاب بكيفيات محددة.

وعملا بأحكام المادة 597 ق.ت فإن الاكتتاب بالأسهم النقدية يثبت بموجب بطاقة اكتتاب بمعنى أنها الوسيلة القانونية التي يثبت بها المكتتب اكتتابه في شركة ما، بإعلان الرغبة بالدخول في

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 177.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 258.

³ محمد فريد العربي، ص 215.

⁴ المرجع نفسه، ص 263.

⁵ المرجع نفسه، ص 264.

⁶ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p300, n°1492.

الشركة والتعهد بتقديم مساهمة في رأس مالها يترجم بواسطة إمضاء المكتب لبطاقة اكتتاب¹، والتي تعدّ حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438²، وقد جاء في هذه المادة أنه على المكتب أو موكله الذي يجب أن يذكر بالأحرف الكاملة أن يؤرخ ويمضي بطاقة الاكتتاب وتسلم للمتعاقد³ نسخة منها على ورقة عادية، كما اشترط أن يذكر في البطاقة ما يلي:

1- تسمية الشركة التي تؤسس متبوعة برمزها إن اقتضى الأمر.

2- شكل الشركة.

3- مبلغ رأس مال الشركة الذي يكتب فيه.

4- عنوان مقر الشركة.

5- موضوع الشركة باختصار.

6- تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي للشركة، ومكانه.

7- نسبة الرأس المال الذي يكتب نقداً أو النسبة المتمثلة في الحصص العينية عند الاقتضاء.

8- كيفيات إصدار الأسهم المكتتب نقداً.

9- اسم الشركة أو تسميتها وعنوان الشخص الذي يتسلم الأموال.

10- لقب المكتب واسم المستعمل وموطنه وعدد السندات التي اكتتبها.

11- الإشعار بتسليم نسخة من بطاقة الاكتتاب إلى المكتب.

12- تاريخ نشر الإعلان المنصوص عليه في المادة 2 أعلاه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

يتولى إيداع الأموال الناتجة عن الاكتتاب بعد قفله لحساب الشركة الأشخاص الذين تسلموا هذه الأموال مع القائمة المتضمنة اللقب والاسم المستعمل مع موطن المكتبين مع ذكر المبالغ التي دفعها كل واحد منهم ويكون هذا الإيداع لدى موثق أو لدى مؤسسة مؤهلة قانوناً⁴،

¹ أحمد الورفلي، مرجع سابق، ص 241.

² ونفس الحكم نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 4-225 والمرسوم الصادر في 23 مارس 1967.

³ N. Terki, Op cit, p186.

⁴ أنظر المادة 1/5 من المرسوم التنفيذي 95-438

وينبغي أن يتمّ هذا الإيداع في أجل 8 أيام من تاريخ تسلّم الأموال إلا إذا تسلمها بنك أو مؤسسة مالية مؤهلة قانوناً للقيام بالوساطة في عمليات الاكتتاب¹، ويصرّح المؤسسون بالاكتتابات والمبالغ المدفوعة في عقد رسمي يحرره الموثق الذي يفرض عليه التأكّد والتأكيد من صحة التصريح بالتوقيع في مضمون العقد².

ثانياً: تكريس الاعتبار الشخصي في أحكام الاكتتاب.

من خلال أحكام الاكتتاب سواء المتعلقة بشروطه أو كيفية إثباته حاول المشرع حماية عملية الاكتتاب وضمان حقوق المكتتبين والشركة وعزّز هذه الحماية ودعمها بالاعتبار الشخصي من خلال تكريسه من أجل ضمان جدية الاكتتاب ومن أجل إثباته.

1- مظاهر الاعتبار الشخصي في الشروط المتعلقة بجدية الاكتتاب:

سبق الذكر أن المشرع الجزائري ومن أجل ضمان الجدية في الاكتتاب وتعزيزها نصّ في المادة 715 مكرر 15 ق.ت على منع تداول أسهم الشركة قبل قيد الشركة في السجل التجاري خروجاً على قاعدة حرية تداول الأسهم في الشركات المساهمة، وهو ذات الحكم نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة L228-10³.

وعمد المشرع من خلال هذا النص تكريس الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة من حياة الشركة بالنسبة للمساهمين الأولين سواء كانوا مؤسسين أم لا، من خلال رغبته في بقاء المكتتبين الأولين في الشركة إلى غاية انتهاء مرحلة التأسيس خاصة بالنسبة لشركة المساهمة العامة ذات التأسيس باللجوء العلني للادخار-، أما بالنسبة للشركة المساهمة الخاصة- أي ذات التأسيس دون اللجوء العلني للادخار⁴- وباعتبار أن المساهمين هم المؤسسين فالمشرع يقصد أكيد ضمان بقاء

¹ أنظر المادة 2/5 من المرسوم التنفيذي 438-95، والمادة 598.

² أنظر المادة 599 ق.ت.

³ *Article L228-10 "Les actions ne sont négociables qu'après l'immatriculation de la société au registre du commerce et des Sociétés. En cas d'augmentation de capital, les actions sont négociables à compter de la réalisation de celle-ci." Modifié par Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 - art. 29 () JORF 26 juin 2004, www.legifrance.gouv.fr*

⁴ شركة المساهمة العامة وشركة المساهمة الخاصة هما نوعان من أنواع الاكتتاب في شركة المساهمة لكل منها خصوصيته في التنظيم القانوني عكست في بعضها معالم ومظاهر للاعتبار الشخصي فيها، وهذا ما سيأتي التفصيل فيه في المطلب الثاني من هذا المبحث، ص 70.

المؤسسين ضمن أعضاء الشركة إلى غاية انتهاء مرحلة التأسيس بقيد الشركة في السجل التجاري¹، وهذا التكريس هو مقرر لمصلحة الشركة التي تقضي مصلحتها حصولها على رأس مالها اللازم لدخولها في ممارسة نشاطها، كما أنه مقرر لصالح المكتتبين خوفا من بطلان الشركة بسبب عدم جدية الاكتتاب أو حصوله بأسماء وهمية من قبل مكتتبين آخرين خاصة إذا ما أكتشف الأمر بعد اكتمال إجراءات التأسيس بتسجيل الشركة في السجل التجاري²، كما أنه مقرر أيضا لمصلحة دائني الشركة الذين ركنوا عند تعاملهم معها إلى الضمان الذي يوفره رأس مالها.

وقد ذهب الشرع من أجل التأكيد على هذه القاعدة إلى حد فرض عقوبات جزائية في حق مؤسسي شركة المساهمة والقائمين بإدارتها الأولين الذين عمدوا إلى إصدار أسهم الشركة قبل قيدها في السجل التجاري، أو في أي وقت كان إذا حصل هذا القيد بطريق الغش أو دون إتمام إجراءات تأسيسها بوجه قانوني³.

2- الاعتبار الشخصي في إثبات الاكتتاب:

يتم إثبات الاكتتاب بواسطة بطاقة الاكتتاب "عقد الاشتراك" من خلال النموذج المحدد قانونا والذي يتضمن بيانات إلزامية كما سبق الذكر إذا لم تتحقق تعتبر بطاقة الاكتتاب باطلة يحق للمكتتب التمسك به حفاظا على حقوقه⁴.

بالشركة في طور الإنشاء أو بالمكتتب في حد ذاته، وهنا يكمن الاعتبار الشخصي خاصة فيما يتعلق بالتأكيد على تحديد هوية المكتتب أو موكله بدقة من خلال ذكر اسمه ولقبه وموطنه وجنسيته وعدد الأسهم التي اكتتب بها والمبلغ

الذي دفعه من قيمة تلك الأسهم، سواء في بطاقة الاكتتاب أو في القائمة الاسمية للمكتتبين التي ويودعها المؤسسون لدى الموثق أو المؤسسة المالية المؤهلة قانونا، مع التشديد على ضرورة أن يتم توقيعها من قبل المؤسسين والموثق كشاهد ومؤكد على أصحاب الأموال المكتتبه.

¹ بوخرص عبد العزيز، بوخرصة حمزة، مرجع سابق، ص 1089.

² المشرع الجزائري فرض قيام مسؤولية الجزائية في حق المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة الأولين عند إثباتهم لاكتتابات يعلمون أنها صورية وهذا ما جاء في نص المادة 2/807 ق.ت.

³ أنظر المادة 1/807 ق.ت. ج.

⁴ P. Didier-P. Didier, Op Cit, p489, n° 612.

والواقع ان التشدد في بطاقة الاكتتاب والقائمة الاسمية المودعة من طرف المؤسسين وقيامها على الاعتبار الشخصي للمكتب بفرض ذكر اسمه ولقبه واسم الموكل بالكامل وبضرورة توقيعه، أمر طبيعي لأنه الوسيلة التي يضمن بها حقه ويحمي بها والدليل علة قبوله الاكتتاب، كما تضمن له الحماية من احتمال خداع واحتيال المؤسسين¹ من جهة، ومن جهة ثانية والوسيلة التي تضمن بها الشركة رأسمالها.

المطلب الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي في نوعا الاكتتاب التأسيسي

يأخذ الاكتتاب في شركة المساهمة نوعان أساسيان تناولهما المشرع في القسم الثاني المتعلق بتأسيس شركة المساهمة فهو إما اكتتاب باللجوء العلني للادخار في حال دعوة أشخاص غير محددين سلفا إلى الاكتتاب بالأسهم، أو اكتتاب بدون اللجوء العلني للادخار عندما ينحصر نطاقه على مؤسسي الشركة فقط أو المؤسسين وبعض الأشخاص المعروفين من قبلهم.

الظاهر مبدئيا أن الاكتتاب باللجوء (الفرع الأول) تنتفي فيه مظاهر الاعتبار الشخصي طالما أن هناك حرية في الاكتتاب دون مراعاة لشخصية المكتب أو لصفاته، على العكس من الاكتتاب بدون اللجوء (الفرع الثاني) الذي يظهر أنه قائم وبشكل كلي على الاعتبار الشخصي للمساهمين فيه، إلا أن هذا الانتفاء المتعلق بالاكتتاب الأول ليس على سبيل الإطلاق إذ يمكن أن يتوافر ولو بشكل جزئي في بعض الأحكام التفصيلية لتأسيس شركة المساهمة باللجوء العلني للادخار.

الفرع الأول

الاكتتاب باللجوء العلني للادخار

خصّ المشرع الجزائري الاكتتاب العام بأحكام تنظيمية رسمت في مجملها مفهومه والمقصود منه (أولا) وجاءت البعض منها لتكرّس الاعتبار الشخصي في هذا النوع من الاكتتاب (ثانيا) في إطار السعي وراء حماية مصالح الشركة.

¹ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p270, n°1420.

أولاً: المقصود بالاككتاب باللجوء العلني للادخار.

حتى يمكن من معرفة المقصود بالاككتاب باللجوء العلني للادخار لابدّ من تعريفه ومعرفة تنظيمه القانوني.

1- تعريف الاككتاب باللجوء العلني للادخار:

يصطلح على تسمية هذا النوع من الاككتاب بعدّة أسماء فهو "الاككتاب العام"¹ أو "الاككتاب المفتوح" ويعرف أيضا بالاككتاب المتتابع «Fondation Successive» لأنه لا تنجز بعملية واحدة² بل يتم باتخاذ مجموعة من الإجراءات المتعاقبة يمكن تأخذ وقتا طويلا نسبيا مدّة تصل مدّته إلى عدّة أسابيع أو عدّة أشهر³، كما يعرف بالتأسيس باللجوء العلني للادخار" وهو المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في عنوان الفقرة الأولى من القسم الثاني المتعلق بتأسيس شركة المساهمة.

ويعرّف بأنه ذلك الاككتاب الذي يتمّ عرضه على الجمهور، أي دعوة أشخاص غير محددين سلفا إلى الاككتاب بالأسهم⁴، وهو التأسيس الذي يسمح بالجمع بين عدد كبير من المساهمين مع رأسمال ضخّم⁵، وقد اشترط المشرع على الشركات التي تؤسس بهذه الطريقة ألا يقل مقدار رأسمالها عن خمسة (5) ملايين دينار جزائري وذلك في نص المادة 594 ق.ت.

ويتحقق هذا النوع من الاككتاب إذا كانت الدعوة موجهة إلى جمهور عام غير محدد بأسماء أو بمهنة، كما تكون محققة إذا وجهت الدعوة إلى من يتسم بصفة معينة كأن يكون من أبناء منطقة أو ولاية معينة أو مهنة كبرى كشركات التأمين أو شركات الإسكان⁶، وعادة تلجأ الشركة لهذا الأسلوب لحاجتها إلى رأسمال ضخّم لا يستطيع المؤسسون على تقديمه بالكامل، وإن كان هذا النوع

¹ Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p286, n°285.

² زينة غانم عبد الجبار الصفار، مرجع سابق، ص138.

³ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p263, n°1399.

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 219.

⁵ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p263, n°1399.

⁶ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 222.

من التأسيس نادر الحدوث في الجزائر وحتى في فرنسا، إلا في إطار الخصخصة الجزئية لبعض المؤسسات العامة¹.

2- التنظيم القانوني للاكتتاب باللجوء العلني للادخار:

يمرّ هذا النوع من الاكتتاب بعدّة مراحل تخضع لقيود تشريعية وتنظيمية، من أجل حماية المكتتبين وحماية الادخار العام من وسائل الغش أو التحايل أو التضليل التي قد يلجأ إليها المؤسسون.

أ- إعلان نشرة الاكتتاب وتأشير لجنة تنظيم البورصة: بالنسبة للإيداع فيتمّ بعد تحرير الموثق لمشروع القانون الأساسي للشركة بطلب من مؤسس أو أكثر، إيداع نسخة من القانون الأساسي بالمركز السجل الوطني التجاري المختص إقليمياً من أجل الشروع بعد ذلك في دعوة الجمهور للاكتتاب العام (1/596 ق.ت) وذلك عن طريق نشر إعلان ونشريات للاكتتاب بحيث نصّت المادة 2/596 ق.ت على ضرورة نشر المؤسسين تحت مسؤوليتهم إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وهذا الإعلان يكون وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 95-438، كما نصت المادة 03 من ذات المرسوم على ضرورة نشر إضافة إلى الإعلان نشريات لإعلام الجمهور واطلاعه بأنه تمّ طرح أسهم للاكتتاب، وذلك بأي وسيلة كانت.

وقد أراد المشرع من خلال فرض هذا الشرط تزويد الراغبين في الاكتتاب بالمعلومات الكافية على غرار موضوع نشاط الشركة ومركزها ومؤسسيها، من أجل إعطاء ضمانات أكبر لصيانة حقوق للمستثمرين على اعتبار أن وضع الأشخاص الراغبين في الاكتتاب في أسهم الشركة المراد تأسيسها يختلف عن وضع أي شخص عادي آخر يرغب في شراء بضاعة ما فيمكنه معاينتها وتقويمها، ولا يتحقق هذا الأخير بالنسبة للمكتب إلا من خلال الإعلانات والنشريات التي تتضمن كل التفاصيل المتعلقة بالشركة، كما أنها تعتبر وسيلة رقابة على المؤسسين لمنع الغش والتحايل في تأسيس الشركة، وعند عدم احترام هذا الشرط لا يقبل الاكتتاب².

¹N. Terki, *Op cit*, p183.

² مصطفى كمال طه. الشركات التجارية. د.ط. الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 1997، ص 163.

أما عن تأشير لجنة تنظيم عمليات البورصة فموازاة مع المرسوم التشريعي 93-08 أنشأ
المشرع الجزائري لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها بموجب المرسوم التشريعي 93-10¹
المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-04² وتتمثل مهمة هذه اللجنة خاصة بالسهر على حماية حقوق
المستثمرين في القيم المنقولة والسهر على حسن سير سوق القيم المنقولة وشفافيتها³.
وقد جاء في المادة 16⁴ من القانون 03-04 المعدل والمتمم أن على الشركات التي تؤسس
باللجوء العلني للإدخار أن تنشر مسبقا مذكرة موجهة لإعلام الجمهور تتضمن تنظيم الشركة
ووضعيتها وتطور نشاطها -كما سبق ذكره- ويجب أن تؤشر لجنة مراقبة عمليات البورصة ومراقبتها
على هذه المذكرة قبل نشرها، كما جاء في المادة 17⁵ من القانون السابق الذكر أنه تعدّد من الشركات
التي تلجأ إلى اللجوء العلني للإدخار الشركات ذات السندات المقبولة للتداول من تاريخ تسجيلها، أو
تلك التي تلجأ إلى توظيف سنداتهما مهما كان نوعها، إما إلى البنوك أو المؤسسات المالية أو الوسطاء.
ب-الاكتتاب في رأس مال الشركة: يتم ويثبت الاكتتاب في رأسمال الشركة والذي هو في هذه الحالة
يجب ألا يقل عن (5) ملايين دينار جزائري وفقا للإجراءات والشروط الموضوعية المذكورة سابقا في
المدة التي يحددها المؤسسون في الإعلان الموجه للجمهور⁶، على أنه وعملا بأحكام المادة 604 ق.ت
فإن عملية الاكتتاب يجب أن تتمّ خلال مدّة 6 أشهر من تاريخ إيداع القانون الأساسي في السجل
التجاري ولا تزيد عنها، وإلا بالإضافة إلى تعرض المؤسسين للمسؤولية القانونية، يمكن للمكتتبين
سحب أموالهم⁷.

¹ مرسوم تشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 مايو سنة 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، متاح على الموقع التالي:

www.cosob.org/wp-content/uploads/2015/03.10-93-مرسوم-تشريعي-رقم-93-10-03

² قانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فبراير سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو سنة 1993 والمتعلق
ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم.

³ أنظر المادة 1 و3 من المرسوم التشريعي رقم 93-10.

⁴ تعدل وتمم المادة 41 من المرسوم التشريعي 93-10.

⁵ تعدل وتمم المادة 43 من المرسوم التشريعي 93-10.

⁶ لم يحدد المشرع الجزائري مدّة معينة يجب أن يتم الاكتتاب خلالها على العكس ما فعلته بعض التشريعات العربية، وبالتالي يترك الأمر
لتقدير المؤسسين، ومدّة الاكتتاب ليست من النظام العام بل هي من قبيل المواعيد التنظيمية، أنظر في ذلك: سميحة القليوبي. مرجع سابق.
ص 189.

⁷ Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p287, n°285.

ج-دعوة الجمعية العامة التأسيسية: بعد نهاية عملية الاكتتاب يقع على عاتق المؤسسين طبقاً لنص المادة 600 ق.ت استدعاء المكتتبين عامة سوء مكتتبتي الحصص العينية أو النقدية وبغض النظر عن عدد الأسهم المكتتبه إلى جمعية عامة تأسيسية¹، حيث يدرج هذا الاستدعاء الذي يذكر فيه كل المعلومات المتعلقة بالشركة ويوم الجمعية وساعاتها ومكانها وجدول اعمالها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مؤهلة قانوناً في ولاية مقر الشركة قبل 8 أيام على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية².

يرجع إلى الجمعية العامة التأسيسية القيام بالصلاحيات المحددة في المادة 2/600 ق.ت والمادة 601 ق.ت وهي:

- إثبات أن رأسمال الشركة مكتتب بالكامل وأن مبلغ الأسهم مستحق الدفع.

- المصادقة على القانون الأساسي الذي لا يقبل التعديل إلا بإجماع جميع المكتتبين³

- تعيين القائمين بالإدارية الأولين.

- الفصل في قبول وتقدير الحصص العينية، ولا يجوز لها تخفيض تقدير الحصص العينية إلا بإجماع المكتتبين.

وتداول الجمعية العامة التأسيسية وفقاً لشروط اكتمال النصاب والأغلبية المقررة للجمعية العامة غير عادية (المادة 2/602 ق.ت)⁴، وتفصل الجمعية فيما يعرض عنها بأغلبية الأصوات المعبر عنها ولا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا أجريت العملية عن طريق الاقتراع (المادة 3/674 ق.ت. ج)، كما تخضع عملية التصويت داخل الجمعية التأسيسية على غرار باقي

¹ هي جمعية تنعقد مرة واحدة في حياة الشركة هدفها الرئيسي الوقوف على إجراءات تأسيس شركة المساهمة ذات الاكتتاب العام أي التي تتأسس باللجوء العلني للدخار.

² أنظر المادة 6 من المرسوم التنفيذي 438-95، مرجع سابق

³ في هذا الإطار يقترح الأستاذ "Y. GUYON" أنه إذا كان لا بد من تعديل القانون الأساسي ولم يتحقق الإجماع مواصلة تأسيس الشركة بالقانون الحالي ثم بعد التأسيس يتم عقد جمعية عامة غير عادية لتعديل القانون الأساسي وفقاً للنصاب والأغلبية المطلوبة في هذه الجمعية، أنظر:

Y. GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, p287, n°285

⁴ بالرجوع على نص المادة 647 ق.ت. ج التي نصت على كيفية تداول الجمعيات العامة غير العادية، فإنه يشترط لصحة مداوالت الجمعية التأسيسية حضور عدد من المساهمين أو الممثلين المالكين للنصف على الأقل في الدعوة الأولى وعلى ربع الأسهم أثناء الدعوة الثانية، فإذا لم يكتمل النصاب الأخير جاز تأجيل اجتماع الجمعية الثانية على شهرين على الأكثر من يوم استدعائها للاجتماع مع بقاء النصاب الربع دائماً.

الجمعيات لقاعدة التناسب مع الأسهم، فلكل صوت سهم على الأقل وهي قاعدة من النظام العام فكل شرط مخالف لها يعدّ كان لم يكن¹.

ثانياً: تكريس الاعتبار الشخصي للمكتتبين في قواعد التصويت داخل الجمعية التأسيسية.

أحاط المشرع الجزائري الاكتتاب العام بجملة من القواعد التنظيمية الأمرة في إطار حماية المكتتبين من وسائل الغش والتحايل التي قد يلجأ إليها المؤسسون، من هذه القواعد ما كرّست في طياتها الاعتبار الشخصي للمكتتبين على غرار الاستثناء الوارد على قاعدة تناسب حق التصويت مع رأس المال بالنسبة للمكتتبين الأولين والقواعد المتعلقة بتصويت المكتتب مقدّم الحصّة العينية.

1- الخروج على قاعدة تناسب حق التصويت مع رأس المال:

يعتبر الحق في التصويت من أهم الحقوق غير مالية الممنوحة للمساهمين² والتي تخول له بمقتضى اكتتابه في رأسمال الشركة التعبير عن رأيه داخل الجمعيات العامة الجمعيات العامة في مشروع معيّن في جدول الأعمال المقرر دراسته ويكون التعبير إما بالموافقة أو المعارضة³، فالتصويت بهذا المعنى هو المصدر الرئيسي لممارسة السلطة القانونية والنهائية داخل جمعيات المساهمين عن طريق تجميع الاختيارات الفردية للمساهمين ليولد قرار قانوني جماعي ملزم للجميع سواء المصوتون أو الغائبون أو الممتنعون عن التصويت، فهو الذي يساعد في عملية صنع القرار داخل الشركة ويسمح للمساهمين بالمشاركة بشكل مباشر في الإدارة الاجتماعية للشركة⁴.

وقد استقر الفقه⁵ على اعتبار حق التصويت كوسيلة للتعبير عن إرادة المساهم من الحقوق الفردية والأساسية للمساهم والتي لا يجوز المساس بها أو الانتقاص منها أو تقييدها بموجب القانون

¹ أنظر المادة 684 ق.ت. ج، ج.

² اصطلاح على تسمية الحقوق التي ترتبط بأسهمه بالحقوق المالية والتي هي أساس تعاقد مع الشركة بغية استثمار أمواله وتحقيق الربح، والحقوق غير المالية، والتي من خلالها حماية الحقوق المالية للمساهم مثل حق الرقابة والاطلاع على سير الحياة الاجتماعية للشركة، حق تقرير السياسة العامة لمشاركة من خلال المشاركة في اجتماعات الجمعية العامة والتصويت على قراراتها.

³ أحمد شكري سباعي، الوسيط في الشركات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، مصر، 2001، ص 150.

⁴ Caroline COUPET ; *L'attribution du droit de vote dans les Sociétés* ; Thèse de doctorat en Droit privé, l'Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II) ; soutenue le 7 December 2012, PI,2,3.

⁵ هناك جانب من الفقه على خلاف الرأي الأول يعتبر الحق في التصويت حق وظيفي واجتماعي وليس حق فردي، وهو وظيفي على أساس أنه يمكن المساهم تأمين مصلحته الشخصية والدفاع عنها، هو حق جماعي لأنه يسعى لخدمة الصالح العام، حيث أن الحياة الداخلية للشركة

إلا برضاه¹، وإذا ما حدث ذلك يصير المساهم مؤهلاً لاتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة عند المساس بها²، وهي بهذا المفهوم تتفق وتؤكد على الطابع التعاقدية الذي تنبني عليه شركة المساهمة³، والذي من نتائجه تكريس مبدأ تناسب عدد الأصوات مع عدد الأسهم تحقيقاً لمبدأ أعم وهو مبدأ المساواة بين المساهمين.

وفي هذا الإطار كرسّ المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي⁴ مبدأ نسبية التصويت في المادة 684ق. ت القاضي بأن حق التصويت المرتبط بأسهم رأس المال أو الأسهم ذات حقوق توزيع الأرباح (أسهم الانتفاع) يتناسب مع حصة رأس المال التي يمثلها، وأن لكلّ سهم صوت على الأقل، وهو مبدأ من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، غير أن مبدأً "للمساهمين عدد من الأصوات بقدر الأسهم التي يمتلكها" بقدر ما يحقق العدل والمساواة بين الأسهم داخل الشركة، إلا

قائمة فيما بين المساهمين لتحقيق أغراض ومصالح مشتركة، ويرر هذا الجانب الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق بطبيعة تنظيم شركة المساهمة وقانون الأغلبية فهذه الشركة تقوم على افتراض أن إرادة الأغلبية هي إرادة الشركة وبالتالي يكون لمساهمي الأغلبية سلطة على باقي المساهمين بما فيهم الحاضرين والمخالفين والغائبين، وقد أخذ على هذا الرأي من عدّة جوانب أهمها أن القول بأن التصويت حق اجتماعي يجعل منه حقاً إلزامياً على المساهم أداءه والحال أنه لأيس كذلك فحينما يصوت المساهم فإنه يشارك في تسيير الشركة، وهو يقوم بذلك إرادياً وبإمكانه عدم الاهتمام بممارسة حق التصويت دون أن يتحمل أية مسؤولية اتجاه الشركة، كما أن المساهم رغم مشاركته بتصويته لتأمين أفضل تسيير للشركة، إلا أنه لاعتبارات إنسانية لا يمكن تغييب الميول الشخصي لهذا المصوت الذي يسعى بالدرجة الأولى لحماية مصالحه الاقتصادية، انظر:

فلاح زهرة، الإطار القانوني لحق المساهم في التصويت -دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2021، ص من 92 إلى 96.

¹ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p375, n°1597.

² سالم عبد الرحمان غميص، مرجع سابق، ص 185.

³ يعتبر الاستاذان "G. Ripert -R. Roblot" أن أساس الحقوق الفردية للمساهم هي الحقوق التي يتمتع بها المواطن داخل الدولة، وبالتالي تشبه الشركة بالدولة الديمقراطية والمساهم يأخذ وضع المواطن داخل الدولة الذي يتمتع بحقوق لا يمكن حرمانه منها، أنظر:

G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p376, n°1598.

⁴ Voir Article L225-122/1 « Sous réserve des dispositions des articles L. 225-10, L. 225-123, L. 225-124, L. 225-125, L. 22-10-46, L. 22-10-47 et L. 22-10-48, le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Modifié par Ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 - art. 3.

أنه لا يحقق العدل بين المساهمين في حد ذاتهم، بين من يملكون أغلبية رأس المال ومن يملكون الأقلية وهذا يعتبر خروجاً مبدأ المساواة بين المساهمين¹.

لذلك ويهدف حماية أقلية المساهمين من سيطرة ونفوذ المساهمين المالكين لأغلبية رأس المال عمد المشرع الجزائري في إطار التصويت داخل الجمعية التأسيسية على غرار جمعيات المساهمين على وضع حدود للتصويت داخلها، وذلك في نص المادة 1/603 ق. ت التي جاء فيها "كل مكتتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي اكتتب بها، دون أن يتجاوز ذلك 05٪ من العدد الإجمالي من الأسهم"، وهذا يعني أن المشرع الجزائري وإن أبقى على القاعدة العامة في التصويت في شركة الأموال المتمثلة في أن عدد الأصوات يساوي عدد الأسهم إلا أن وضع شرط عدم تجاوز ذلك نسبة 05٪.

والحقيقة أن هذا الاستثناء من المبدأ العام في التصويت داخل الجمعية التأسيسية يعتبر تكريساً للاعتبار الشخصي للمكتتبين الأولين في الشركة نتيجة الاعتداد بأشخاصهم لا أسهمهم في عملية التصويت²، وهو ما يشكل مظهراً من مظاهر الاعتبار الشخصي للمكتتبين، يهدف من خلاله المشرع لحماية أقلية المكتتبين من هيمنة الأغلبية داخل الجمعية التأسيسية.

2- الاعتبار الشخصي للمكتتب مقدّم الحصة العينية:

تقدم أن من مهام الجمعية التأسيسية التداول حول تقدير³ الحصة العينية المعد من طرف مندوب الحصص واحد أو أكثر المعيّن بقرار قضائي بناء على طلب من المؤسسين أو أحدهم، وفي هذا الصدد نصّ المشرع الجزائري على أنه لا يجوز للجمعية التأسيسية تخفيض تقدير الحصص العينية إلا بإجماع المكتتبين بما فهمهم مقدّم الحصة العينية وعند عدم الموافقة الصريحة

¹ صحراوي نور الدين، الإطار القانوني لحق التصويت في الجمعيات العامة في شركة المساهمة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، 2019، ص 65.

² عبد العزيز بوخرس، بخرية حمزة، مرجع سابق، ص 1091.

³ يقصد بالتقدير أو التقييم التحديد النقدي لقيمة المال المساهم به وهو أمر ضروري في المساهمة بالعين إذ من خلاله تتحدد قيمة المال المساهم به في رأس المال ومن ثم حقوق المساهم في الشركة مشار إليه في: محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية-دراسة مقارنة-ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص 43.

عليه من مقدمي الحصص في المحضر تعدد الشركة غير مؤسسة وهذا ما جاء في المادة 4/601، 3.ق. ت على غرار المشرع الفرنسي في المادة (L225-8/3،4)¹.

والحقيقية أن الاعتبار الشخصي للمكتب مقدّم الحصة العينية في هذه المادة يظهر في مسألتين الأولى في مسألة فرض الإجماع في التصويت داخل الجمعية التأسيسية في مسألة تقدير الحصة العينية على غرار مسألة تعديل القانون الأساسي التي فرض فيها المشرع الإجماع أيضا-كما سبق الذكر- وهي أحكام تعكس مظاهر الطابع الاتفاقي أو العقدي لشركة المساهمة رغم ما تتميز به هذه الأخيرة من تدخل للمشرع في تنظيم تأسيسها وتسييرها وبنصوص قانونية أمر، ما يعتبر تكريس للاعتراف الشخصي للمكتبتين في هذه المرحلة الحساسة من حياة الشركة.

أما الثانية فتبدو في حساب الأصوات عند تخفيض قيمة الحصة العينية، فقد فرض المشرع أن يتم على أساس الشخص وليس على أساس القيمة الاسمية للحصة المقدمة لكل مساهم من خلال التأكيد على ضرورة مشاركتهم في التصويت بشخصهم، بل وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك بحيث اعتبر الشركة غير مؤسسة أصلا ويتوقف استكمال إجراءات تأسيسها إذا لم يوافق مقدمو الحصة العينية على هذا التخفيض بمحضر الجمعية التأسيسية (4/601 ق. ت)، وفي ذات السياق نجد مسألة قبول الحصة العينية المقدمة للاكتتاب، حيث نجد المشرع الجزائري ينص في هذا الصدد في المادة 3/603، 2.ق. ت على أن الجمعية التأسيسية في تداولها حول الموافقة على الحصة العينية لا تأخذ في حساب الأغلبية أسهم مقدّم الحصة، وليس لمقدّم الحصة صوت في المداولة سواء لنفسه أو بصفته وكلاء، وذات الحكم أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (L225-10)² من القانون التجاري الفرنسي، فيتم احتساب الأصوات مرة أخرى على أساس الشخص وليس على أساس القيمة

¹ **Article L225-8/ 3.4** « L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs

A défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée ».

² **Article L225-10** « Lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour Lui meme ni comme mandataire ».

الإسمية للحصة المقدمة من طرف المساهم¹، وهذه الأحكام تشكل خروجاً عن خاصية الاعتبار المالي في شركة المساهمة وعن القواعد العامة في التصويت داخل الجمعيات العامة، والعودة مرة أخرى على تكريس الاعتبار الشخصي في الشركة من خلال الأخذ بشخص المكتتب مقدّم الحصة العينية عند التصويت داخل الجمعية التأسيسية في مسألتي قبول وتخفيض قيمة الحصة العينية. والحكمة من تكريس الاعتبار الشخصي للمكتتب مقدّم الحصة العينية هي حماية حقوق هذا المكتتب بالدرجة الأولى وضمان حقوقه في الشركة عن طريق التقييم الحقيقي للحصة العينية الذي يتحدد بموجبه قيمة سهمه في الشركة، وأيضاً حماية الغير المتعامل مع الشركة من خلال التقييم الحقيقي والجاد من أن يدخل في تكوين رأس مال الشركة حصص عينية ذات قيمة تافهة²، باعتبار أن رأس مال شركة المساهمة هو الضمان العام والوحيد لدائنها في ظل المسؤولية المحدودة للمساهمين فيها.

الفرع الثاني

الاكتتاب دون اللجوء العلني للادخار

خصّ المشرع الجزائري الاكتتاب دون اللجوء العلني للادخار بأحكام تنظيمية رسمت في مجملها مفهومه والمقصود منه (أولاً) وتظهر لنا أن هذا النوع من الاكتتاب قائم في مجمله على الاعتبار الشخصي (ثانياً).

أولاً: المقصود بالاكتتاب دون اللجوء العلني للادخار.

حتى يمكن من معرفة المقصود بهذا الاكتتاب لابدّ من تعريفه ومعرفة تنظيمه القانوني.

1- تعريف الاكتتاب دون اللجوء:

يصطلح على تسمية هذا النوع من الاكتتاب بعدّة أسماء فهو "الاكتتاب الخاص"³ أو "الاكتتاب المغلق"⁴ ويعرف أيضاً بالاكتتاب الفوري لأنه لا يتطلب إجراء عمليات كثيرة ومعقدة

¹ بوخرص عبد العزيز، بوخروبة حمزة، مرجع سابق، ص 1092.

² Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p286, n°288

³ فرياد شكر حسين، مرجع سابق، ص-ص 154-216.

⁴ زينة غانم عبد الجبار الصفار، مرجع سابق، ص 138.

لإتمامه¹، كما يعرف بالتأسيس باللجوء العلني للادخار" وهو المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في عنوان الفقرة الثانية من القسم الثاني المتعلق بتأسيس شركة المساهمة، وقد اشترط المشرع على الشركات التي تؤسس بهذه الطريقة أن يكون مقدار رأس مالها مليون (1) دينار جزائري في المادة 1/594 ق.ت.

ويعرّف هذا الاكتتاب بأنه الاكتتاب الذي لا تكون الشركة بحاجة إلى اللجوء إلى الجمهور من أجل من أجل تكوين رأسمالها² أي أنه يقتصر على المؤسسين فقط أو فيما بينهم وبين اشخاص يحددهم مسبقا دون أو يكون هذا الاشتراك عاما موجها للجمهور³، وذلك لأن المؤسسون لديهم المال الكافي للاكتتاب بكامل رأسمال دون الحاجة إلى اللجوء إلى المدخرات العامة⁴، وقد أضفت التشريعات التجارية على أحكام هذا النوع من الاكتتاب بالمقارنة بالاكتتاب باللجوء العلني، البساطة والسهولة واختصار الوقت⁵.

2- التنظيم القانوني للاكتتاب بدون اللجوء العلني:

يتم الاكتتاب الخاص وفق إجراءات أقلّ تعقيدا من تلك التي رأيناها بمناسبة الاكتتاب العام⁶، تتضمن ما يلي:

أ- التسجيل والاكتتاب: يحرر الموثق مشروع القانون الأساسي للشركة بطلب من مؤسس أو أكثر وتودع نسخة من هذا العقد بالمركز الوطني للسجل التجاري.

يتم الاكتتاب بين المؤسسين في كامل رأسمال الشركة بالشروط والإجراءات التي رأيناها سابقا، وحرصا من المشرع على مصلحة المكتتبين فإنه ألزم المودع إليه الأموال الناتجة عن الاكتتابات النقدية إيداعها مع قائمة المكتتبين والمبالغ المدفوعة من كل مكتب لدي موثق أو مؤسسة مؤهلة قانونا تطبيقا لنص المادة 1/599 ق.ت، وثبتت الدفعات بمقتضى تصريح من مساهم أو أكثر في

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 629.

² G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p295, n°1484.

³ علي طلال هادي، مرجع سابق، ص 128.

⁴ N. Terki, Op cit, p190.

⁵ Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p284, n°282.

⁶ وجاء في نص المادة 605 من هذا القانون على أن تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه أي (أحكام التأسيس باللجوء العلني للادخار) باستثناء المواد 595 و597 و600 و601 مقاطع (2 و3 و4) و602 و603 عندما لا يتم اللجوء علانية للادخار.

عقد موثق ويؤكد الموثق أن مبلغ الدفعات المصرح به من المؤسسين يطابق مقدار المبالغ المودعة إما بين يديه أو لدى مؤسسة مؤهلة قانوناً تطبيقاً للمادة 606 ق. ت. ج.

ب - تقدير الحصص العينية وتوقيع القانون الأساسي: يتم وضع القانون الأساسي من قبل المؤسسين في عنوان مقر الشركة مرفقاً بتقرير تقدير الحصص العينية الذي يعدّه مندوب الحصص تحت مسؤوليته¹، ويوضع هذا التقرير تحت تصرف المكتبتين بحيث يمكنهم الحصول على نسخة منه قبل 3 أيام على الأقل من تاريخ توقيع القانون الأساسي²، ويوقع القانون الأساسي من قبل المساهمين إما بأنفسهم أو بواسطة وكلاء يحوزون على وكالة خاصة تطبيقاً للمادة 608 ق. ت. كما يتم تعيين القائمين بالإدارة الأولين وأعضاء مجلس المراقبة ومندوبي الحسابات في القانون الأساسي (م 609 ق. ت).

وكما هو الحال في الاكتتاب العام فإن هذه الإجراءات يجب أن تتم خلال 6 أشهر على الأكثر من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي في السجل التجاري إلا تطبق أحكام المادة 604 ق. ت. التي تقضي بإمكانية سحب الأموال وإعادتها للمكتبتين بعد طرح مصاريف التوزيع، فإذا قرر المؤسسون بعد ذلك تأسيس الشركة وجب القيام بإيداع الأموال من جديد وتقديم التصريح المذكور سابقاً وفقاً للمادتين 598 و 599 ق. ت. ج.

ثانياً: مظاهر الاعتبار الشخصي في الاكتتاب بدون اللجوء العلني:

يقوم الاكتتاب الخاص على فكرة الاعتبار الشخصي بشكل كلي وبحت، ويظهر ذلك في طبيعة المساهمين فيه بالأساس وفي إجراءات تأسيسها.

1- طبيعة المساهمين في الاكتتاب الخاص:

يقتصر الاكتتاب الخاص أو التأسيس الفوري على فئة محددة من الأشخاص وهم المؤسسون يجتمعون ويقررون إنشاء شركة المساهمة فيما بينهم وغالباً ما يتم في ظل علاقات عائلية، أي بين مؤسسين تربط بينهم علاقات شخصية كعلاقات القرى والصداقة، فيتقاسمون

¹ أنظر المادة 607 ق. ت. ج.

² المادة 7 من المرسوم التنفيذي 95-438، مرجع سابق.

فيما بينهم الاشتراك في رأس المال، وفي الأسهم الممثلة له كما لو كان المؤسسون من أفراد عائلة واحدة أو تجمعهم روابط شخصية أو اجتماعية تدفعهم إلى ضرورة حصر الاكتتاب على الأسهم فيما بينهم¹.

وقد يكون الاكتتاب بين المؤسسين وأشخاص يختارونهم لاعتبارات شخصية فيهم ليكونوا شركائهم في الشركة² هذا الاعتبار يبدو أكثر وضوحاً حينما يتعلق الأمر برغبة المؤسسين في دعوة فئة معينة ليسوا من المؤسسين يتم اختيارهم لاعتبارات شخصية كصلة القرابة أو السمعة التجارية أو الملاءة المالية كما هو الحال في البنوك والمؤسسات المالية³ التي يتطلب تأسيسها مبالغ ضخمة، ويشترط في مؤسسيها مجموعة من الشروط الدالة على الاعتبار الشخصي كالملاءة المالية أو الخبرة أو المؤهل الفني أو العلمي والكفاءة الأخلاقية⁴.

وكذلك الأمر بالنسبة للشركات الرياضية⁵ التي عادة ما تقتصر على أشخاص يكون مهتمون بالمجال الرياضي. وغير ذلك من الاعتبارات الشخصية التي تشجع المؤسسين على اختيارهم دون غيرهم كشركاء في الشركة، كما أن هذا النوع من الاكتتاب يعتبر بمثابة الإطار القانوني الذي يمكن أن تنتهجه شركات الأشخاص (التوصية البسيطة، التضامن، المسؤولية المحدودة) الرغبة في التحول إلى شركة مساهمة رغبة في توسيع نشاطها وتطويره دون أن تتوافر لديهم الرغبة في إدخال

¹ علي طلال الهادي، مرجع سابق، ص 128.

² المرجع نفسه، ص 128.

³ نصت المادة 83 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والفرض المؤرخ في 27 أوت 2003 ج. ر، ج، ج عدد 52 المعدل والمتمم، "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائي، في شكل شركات مساهمة... وتعتبر البنوك والمؤسسات المالية شركات مساهمة تؤسس دون اللجوء العلني للإدخال لأن ليس فيها دعوة للجمهور من أجل الاكتتاب لتكوين رأس المال، ورأس مالها يتكون من مساهمات المؤسسين.

⁴ سنأتي إلى هذه الشروط بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب، ص 112.

⁵ نصت المادة 78 من القانون رقم 05-13 مؤرخ في 23 جويلية سنة 2013 يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها، ج، ر، ج، ج عدد 39، منشورة في 31 جويلية 2013.

على أنه يعد النادي الرياضي المحترف شركة تجارية ذات هدف رياضي يكن أن يتخذ أحد أشكال الشركات التجارية الآتية:
- مؤسسة ذات الشخص الوحيد الرياضية ذات المسؤولية المحدودة، الشركة الرياضية ذات مسؤولية المحدودة، الشركة الرياضية ذات الأسهم.

الغير كعضو في الشركة، بمعنى الحفاظ على الروابط والعلاقات التي تجمع بين بين أعضائها كعلاقات القرابة أو الصداقة أو الثقة¹.

2- إجراءات تأسيس شركة المساهمة بدون اللجوء:

مما لا شك فيه أن الإجراءات المتبعة في تأسيس شركات المساهمة ذات الاكتتاب بدون اللجوء تتسم بالبساطة والسهولة إذا ما قورنت بالإجراءات المتبعة في تأسيس شركة المساهمة ذات الاكتتاب باللجوء العلني للدخار، واتجاه المشرع إلى تبسيط هذه الإجراءات مرده إلى انعدام وجود جمهور المكتتبين الذين روعي مصالحهم من خلال الإجراءات المعقدة والمطولة وبالتالي تقلّ الخطورة نوعاً ما في هذا الاكتتاب، وهو ما دفع بالمشرع إلى عدم تدخله في الأحكام التي تشمل تفصيلات التأسيس²، وهو ما يدل على منح المشرع لإرادة المؤسسين في تأسيس الشركة، وأما الأحكام التي تناولها المشرع لتنظيم هذا الاكتتاب فإنها تميزت بمراعاتها للاعتبار الشخصي للمؤسسين والمكتتبين، على غرار كيفية إثبات الاكتتاب الذي يتم بموجب عقد يعبه الموثق بناء على تصريح مساهم أو أكثر³ تأكيداً منه على الطبيعة العقدية للاكتتاب التأسيسي، أو اشتراط توقيع القانون الأساسي من قبل جميع المساهمين بأنفسهم للمصادقة عليه، بالاعتبار أن هذا النوع من الاكتتاب لا يجتمع فيه المؤسسون في جمعية تأسيسية⁴ كدلالة أخرى على أن هذا النوع من الشركات المساهمة يضم عدداً قليلاً من المساهمين وقائم على الاعتبار الشخصي للمؤسسين والمساهمين الأولين، بالإضافة إلى اشتراط على وكيل المؤسس أن تتضمن وكالته تفويضاً خاصاً بالتوقيع على الانضمام إلى الشركة⁵، واشتراط أن يوضع نسخة من تقرير الحصص العينية تحت تصرف المكتتبين بحيث قبل 3 أيام على الأقل من تاريخ توقيع القانون الأساسي بهدف الاطلاع عليه ومراقبة التقدير قبل التوقيع على القانون الأساسي.

¹ زينة غانم عبد الجبار الصفار، مرجع سابق، ص 144.

² المرجع نفسه، ص 145.

³ أنظر المادة 606 ق.ت.

⁴ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p296, n°1484.

⁵ أنظر المادة 608 ق.ت.

الفصل الثاني

تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام

الخاصة بمؤسسي شركة المساهمة

الفصل الثاني

تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام الخاصة بمؤسسي شركة المساهمة

يعتبر المؤسس الطرف الأصيل في تأسيس شركة المساهمة بما له من دور فعال وبارز في إنجاح مشروع تأسيس الشركة عن طريق القيام بالكثير من الإجراءات القانونية والتصرفات اللازمة لتأسيسها، وتمثيلها أمام الغير ريثما يتم دعوة الجمعية العامة أو التأسيسية من أجل استكمال إجراءات التأسيس واكتساب الشركة للشخصية المعنوية الكاملة.

وقد عني المشرع بشخص المؤسس فأحاطه بجملة من الشروط والضوابط الشخصية تطلبها القانون في مواضع متعددة، باعتبار أن الشركة تستند على المؤسسين بالدرجة الأولى من ناحية الثقة، فكل راغب بالاشتراك في الشركة أو التعامل معها، إنما يقدم أو يتعاقد معها بناء على الثقة التي يضعها في شخص المؤسسين أو عن طريق الأخذ باعتباره لأشخاص المؤسسين وسمعتهم وخبراتهم، وهذه الضوابط والشروط ما هي في الحقيقة إلا تجسيد آخر للاعتماد الشخصي للمؤسسين في مرحلة تحرير تأسيس الشركة.

كما عمد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى التشدد في مسؤولية المؤسسين إذا ما أخلوا بالتزامات التأسيس سواء من الناحية المدنية أو الجزائية، وأقر أحكاماً تفصيلية تبين حدود هذه المسؤولية ومتى تتحقق، وقد يصل التشدد بمناسبة إثارة المسؤولية المدنية للمؤسسين إلى حد جعل المسؤولية تضامنية أو تضامنية وغير محدودة خروجاً عن خصائص الشركة التي الأصل فيها المسؤولية المحدودة كإحدى أهم سمات لخاصية الاعتبار المالي، ما يعتبر تجسيد آخر لسمات الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمؤسسين.

من أجل ذلك وبهدف معرفة الأحكام التي جسدت الاعتبار الشخصي للمؤسسين سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول بعنوان: تكريس الاعتبار الشخصي من خلال شروط اكتساب صفة المؤسس.

المبحث الثاني بعنوان: تكريس الاعتبار الشخصي من خلال أعمال المسؤولية التضامنية للمؤسسين.

المبحث الأول

تكريس الاعتبار الشخصي من خلال شروط اكتساب صفة المؤسس

تقدم أنّ العقد التأسيسي لشركة المساهمة هو من العقود الشخصية بحيث يلتزم بموجبه أطراف العقد (المؤسسون) بإتمام إجراءات التأسيس وإبرام جميع التصرفات القانونية لتحضير الشركة لكي يكون لها وجود قانوني متكامل، وأنّ شخصية المؤسسين وصفاتهم محل اعتبار وتأثير في هذا العقد، سواء من حيث وجوده أو حتى من حيث صحته، فالغلط في شخصية المؤسس أو في صفة من صفات قد يؤدي إلى بطلان العقد أو قابليته للبطلان.

والمشعر الجزائي فرض قيود وشروط تتعلق باستحضار شخصية المؤسسين أو إحدى الصفات الجوهرية فيهم حتى يمكنهم تأسيس شركة مساهمة، بالرغم من أنهم قد يكونوا من المساهمين وتسري عليهم الأحكام المطبقة على المساهمين في النهاية، وذلك بسبب مركزهم المميز مقارنة بباقي المساهمين وهو ما أدّى إلى إحاطتهم بجملة من الأحكام الخاصة التي تخرج بهم من حدود الاعتبار المالي لتخاطب الجانب الشخصي فيهم، والحكمة من فرض هذه القيود هو ضمان تأسيس مشاريع جديّة تخدم الاقتصاد الوطني وتحفظ الادخار العام، وتحيط تأسيس الشركة بأشخاص مؤهلين وقادرين على ذلك خاصة مع خطورة المسؤولية التي يتعرضون إليها في حال مخالفة قواعد التأسيس سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجزائية.

هذه القيود أو الشروط التي جاءت لتؤكد على مدى اعتبار شخصية المؤسسين كأهمّ مظهر من مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة كقاعدة عامة، تظهر خصوصاً وبشكل واضح حينما يتعلق الأمر بشركات المساهمة التي يكون موضوعها خاص كما هو الحال بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية.

غير أنه لا يمكن التطرق إلى شروط توافر صفة المؤسس (المطلب الثاني) قبل تحديد مفهوم المؤسس (المطلب الأول) في حدّ ذاته.

المطلب الأول

مفهوم المؤسس

يتطلب تأسيس شركة المساهمة قيام مؤسسها بالعديد من الأعمال والتصرفات التي تؤدي في النهاية إلى اتمام إجراءات التأسيس والتحضير لإنشاء الشركة، كاستئجار المقر الأساسي للشركة وتعيين موظفين من أجل النشاطات المستقبلية للشركة أو حتى فتح حسابات بنكية¹ وهو الأمر الذي يتطلب عملياً اشتراك أكثر من شخص للقيام بهذه الأعمال والتصرفات، مما يتعين التمييز بين من يقوم بهذه الأعمال بصفته مؤسساً وبين من يقوم بها دون أن يكتسب هذا الوصف²، وكذا معرفة الأساس القانوني لتصرفات وتعهدات المؤسسين التي تتم لصالح مشروع الشركة لحين قيدها في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، ثم نقلها على عاتق الشركة³.

لذلك فإنّه ويهدف تحديد مفهوم المؤسس لابتدأ من التطرق إلى تعريف المؤسس (الفرع الأول) ثم إلى النظريات الفقهية التي حاولت تحديد المركز القانوني للمؤسس (الفرع الثاني) بالنسبة لمشروع للشركة.

الفرع الأول

تعريف المؤسس

أهمل كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي تعريفاً للمؤسس، بالرغم أنّهما تعرضا له بأحكام مختلفة على غرار تحديد شروط المتصلة بشخص المؤسسين وتحديد التزاماتهم والمسؤولية المترتبة عليهم في حال الإخلال بها، ولعلّ سبب ذلك يعود إلى أن مسألة التعريفات تحديد المفاهيم هي من اختصاص الفقه وليس التشريع.

¹ Y. GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, p173, n°164.

² فاروق إبراهيم جاسم، تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة "دراسة في القانون العراقي والليبناني والإنجليزي والفرنسي"، مجلة النبار للعلوم القانونية والسياسية، ال عدد8، جامعة الأنبار، العراق، 2014، ص410.

³ أنظر المادة 549 ق ت التي جاء فيها "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها" والحكم ذاته لدى المشرع الفرنسي في نص المادة 6-210 L من القانون التجاري الفرنسي.

غير أنه وبالنظر لما يتعرض إليه المؤسس في حال مخالفته لقواعد التأسيس من مسؤولية مدنية أو حتى جزائية إذا ما شكّل التجاوز أو الخطأ الذي ارتكبه في أعمال التأسيس جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات كان الأولى تعريفه وتحديد مفهومه، وذلك من أجل حماية الادخار العام و حماية الغير من جمهور المكتتبين من عمليات الخداع والتضليل التي يمكن أن تصدر عن مؤسسي الشركة، كما لو عمدوا على تضمين عقد الشركة أو نظامها الأساسي أو نشرات الاكتتاب بيانات غير صحيحة أو مخالفة لأحكام القانون بقصد إيهام الجمهور وحملهم على الاكتتاب¹، هذا من الناحية القانونية، أما من الناحية الواقعية فإننا نجد أن جمهور المكتتبين وذلك في شركات المساهمة ذات اللجوء العلني للادخار إنما يعتمد عند اكتتابه على مقدار الثقة التي يمنحها مؤسسي الشركة، وعلى مدى قدرتهم وكفاءتهم على تحقيق أهداف المشروع-كما سبق الذكر-.

فكان الأولى بالمشعر الجزائري تعريف المؤسس من أجل تحديد من ينطبق عليهم هذا الوصف، وعدم الركون إلى موقف التشريعات التي تتجنب تحديد مفهوم المؤسس كالقانونين الفرنسي والإنجليزي، وذلك لأنّ الفقه والقضاء في هذين البلدين قد بذلا جهودا في تحديد هذا المفهوم أغنت المشعر عن التدخل في تحديده، فأروقة المحاكم الجزائرية تكاد تخلو من الأحكام المتعلقة بالمؤسس على عكس القضاء الفرنسي والإنجليزي، ولعلّ ذلك ما جعل بعض التشريعات العربية كالمشعر السعودي² والبحريني³ والمشعر المصري⁴ النص على تعريف المؤسس وتحديد مفهومه.

¹ من أجل تفاصيل أكثر راجع، بوخرص عبد العزيز: المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركات المساهمة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2018، ص 353_360 متاح على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/78122>.

² عرف المشعر السعودي المؤسس في المادة 53 في نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم رقم 6 لسنة 1965 عل أنّ "المؤسس كل من يشترك اشتراكا فعلياً في تأسيس الشركة بغية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، ويعتبر مؤسساً على وجه الخصوص كل من وقع على العقد الابتدائي أو طلب الترخيص بتأسيس الشركة أو قدم حصصاً عينية عبد تأسيسه"

³ عرفه المشعر البحرين في المادة 67 من قانون الشركات البحرين رقم 28 لسنة 1975 وهو نفس التعريف الذي جاء به المشعر السعودي.

⁴ عرف المشعر المصري المؤسس في المادة رقم 7 من القانون رقم 159 لسنة 1981 على أنّه "يعتبر مؤسساً للشركة كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، ويسري عليه حكم المادة 89 من هذا القانون. ويعتبر مؤسساً على وجه الخصوص كل من وقع على العقد الابتدائي، أو طلب الترخيص لتأسيس الشركة، أو قدم حصة عينية عند تأسيسها، ولا يعتبر مؤسساً من يشترك في التأسيس لحساب المؤسسين من أصحاب المهن الحرة".

على كل حال فإنه يظهر من استقراء موقف هذه التشريعات وآراء الفقه واجتهادات القضاء أن هنالك اتجاهان بصدد تعريف المؤسس يقوم أولهما على التضييق في تعريف المؤسس (أولاً) ويقوم الثاني على التوسع فيه (ثانياً).

أولاً: التعريف المضيق لمفهوم المؤسس:

يقوم هذا الاتجاه على التضييق في مفهوم المؤسس، بحيث يقتصر على كل من وقع العقد الابتدائي لتأسيس الشركة، طالما العقد يلزم موقعيه بالسعي لإنشاء الشركة، وينتج وراء ذلك أن المؤسس يجب أن يكون مساهماً في الشركة، فالتوقيع على العقد هو الذي يكسب الشخص صفة المؤسس، وهو ينم في ذاته حسب هذا الاتجاه عن الاشتراك الفعلي بصورة إيجابية وفعالة في تأسيس الشركة والرغبة في قيام هذه الصفة في الشخص الموقع¹، ويكون بهذا معنياً بصفة مباشرة بالقيام بالأعمال التي يتطلبها القانون لتأسيس الشركة يشترط أن لا يكون يتصرف عن غيره بالوكالة أو بحكم علاقة العمل، بل يتولى الأمر بنفسه مباشرة، ولحسابه الخاص، ويكون مسؤولاً شخصياً عن تصرفاته².

وقد وجد هذا الرأي تطبيقاته في بعض التشريعات العربية سابقاً، نذكر وعلى سبيل المثال ما جاء في القانون المصري الملغى رقم 26 لسنة 1954 في المادة 5/15 التي بينت أنه يعتبر مؤسساً كل من وقع العقد الابتدائي للشركة³.

وقد أنتقد هذا الرأي من باب أنه يؤدي إلى إفلات المؤسس الفعلي من المسؤولية، ذلك أنه ومن حيث الواقع نجد حالات يكون فيها مؤسساً من الباطن مستترا يستخدم المؤسس الظاهر واجهة يختفي وراءها، إما حماية لنفسه من المسؤولية أو لأنه ممنوع من المشاركة في تأسيس شركة المساهمة لعدم توافر الشروط العامة أو الخاصة فيه - كما سيأتي بيانه - وعلى إثر هذا جاء الاتجاه الثاني الذي يقوم على التوسع في تحديد صفة المؤسس.

¹ فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 434.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 89.

³ فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 434.

ثانيا: التعريف الموسع لمفهوم المؤسس.

يظهر هذا الاتجاه في آراء الفقه الفرنسي¹، فالمؤسس عندهم هو كل من اتخذ المبادرة لتأسيس الشركة ويعمل بطريقة إيجابية ومستمرة وفعالة على ذلك، فهو المسؤول عن جمع الشركاء ورأس المال وتنفيذ الإجراءات القانونية اللازمة للوصول إلى تأسيس الشركة².

وبالتالي فإن وصف المؤسس حسب هذا الاتجاه كل من يشترك اشتراكا فعلياً في تأسيس الشركة بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك ولو لم يوقع على عقد تأسيسها³، أو على كل من يعمل على نجاحها وإتمام إجراءات تأسيسها حتى ولو لم يكن من الموقعين على العقد التأسيس أو من المساهمين في الشركة⁴، مادام اشتراكه ينبني على قصده في تحمل المسؤولية الناجمة عن هذا التأسيس بصفته الشخصية لا وكيلا عن غيره⁵.

وقد حدد هذا الاتجاه المعايير التي يقوم عليها تحديد صفة المؤسس في:

1- المعيار المادي (الاشتراك الفعلي في التأسيس):

يقصد به القيام بكافة الأعمال القانونية والمادية التي تستلزمها عمليات التأسيس، والأعمال القانونية هي عبارة عن مجموعة الإجراءات القانونية اللازمة للتأسيس كإبرام العقد التأسيسي ووضع النظام الأساسي والقيام بإجراءات تسجيل الشركة، أما التصرفات المادية فهي التي تستلزمها طبيعة المشروع كشراء الآلات وإبرام عقود الإيجار وعقود المقاولات... الخ⁶. هذا وقد أضاف القضاء الفرنسي شرط مقيد لهذا المعيار يتمثل في ضرورة أن يكونوا قاموا فعلا بهذه التصرفات دون أن يقتصر دورهم على مجرد المشاركة فيها⁷.

¹ فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 415.

² G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p264, n°1402.

³ فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 415.

⁴ Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p141, n°132.

⁵ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 192.

⁶ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 87.

⁷ المرجع نفسه، 91.

2- المعيار الشخصي (اتجاه النية إلى تحمل المسؤولية الناشئة عن عمليات التأسيس).

يقصد به أن يكون الشخص الذي يقوم بالأعمال القانونية والمادية اللازمة لعمليات التأسيس مدرك وواعي تماما لطبيعة المسؤولية المترتبة عن هذه الأعمال والمتمثلة في المسؤولية التضامنية الغير محدودة فضلا عن المسؤولية الجزائية¹.

ولعلّ قصدت هذه التشريعات وقبلهما القضاء الفرنسي من وراء تبني المفهوم الموسع جعل مسؤولية الأضرار التي تلحق بالغير جراء أعمال التأسيس تشمل كل متدخل بصورة جدية في تأسيس الشركة ولو لم يكن مؤسساً بالمعنى القانوني، كما استهدفت ردع الغش الذي قد يقع عند منح صفة المؤسس إلى أشخاص عديمي الملاءة، بينما يعمل المؤسسون وراءهم بصفه مستترة².

وقد أنتقد هذا الاتجاه من باب أنه يتعارض مع مبدأ التفسير الضيق للقانون الجزائي مادام المؤسس معرضاً لمسألة الجزائية، وعلى إثر ذلك ظهر اتجاه ثالث ينادي بتطبيق المفهوم الضيق لمعنى المؤسس إذا كان الأمر متعلقاً بمسألتة جزائية، وتطبيق المفهوم الموسع إذا تعلق الأمر بمسألتة مدنية³.

على أية حال فقد جرى في المحاكم الفرنسية الابتدائية عدم اتخاذ اتجاه معين دائماً ومحدد بالذات، بل يتوقف ذلك على حسب الحالات المعروضة عليه واقعياً، فتارة يطبق المفهوم الموسع وتارة أخرى يطبق المفهوم الضيق، على أن تكون في حكمها خاضعة لرقابة المحكمة العليا لأن إعطاء صفة المؤسس هي من المسائل القانونية وليست من المسائل الواقعية⁴.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن الفقه والقضاء قد أشار إلى مسألة "وكلاء المؤسسون" وعالج كل إشكالاتها التي أثّرت واقعياً، وسنحاول التطرق إليها بعجالة، بالنظر إلى إغفالها من قبل المشرع الجزائري ولكن مع الإسقاط على القواعد العامة للوكالة وفقاً لما جاء في القانون المدني الجزائري.

¹ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 88.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 90.

³ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 193.

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 91-92.

في هذا المجال أعتبر المؤسس الذي يوكل غيره للقيام بأعمال التأسيس وفقا للقواعد العامة تنصرف إليه آثار هذا التصرف باعتباره هو الأصيل وليس إلى الوكيل باعتباره نائب عنه، ولكن بشرط:

-أن يكون التوكيل خاصا بأعمال التأسيس، ولا يتعين أن يكون التوكيل عاما، لأن التوكيل العام ينصرف إلى أعمال الإدارة والتصرفات المعتادة بصفة عامة¹، وأعمال التأسيس هي من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة.

_أن يكون عقد الوكالة رسميا ومصادقا عليه²، والعقد الرسمي هو العقد الذي يثبته موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

على أنه وبالرغم من توافر هذه الشروط قد تنعقد مسؤولية الوكلاء وذلك في حالات حددها الفقه والقانون وفقا للقواعد العامة للوكالة، والمتمثلة في:

أ-حالة كون الوكيل مؤسساً: والمقصود هنا أن قد تنعقد مسؤولية الوكيل في حال فشل تأسيس الشركة إذا كان هذا الشخص في حقيقته من المؤسسين.

ب-حالة تصرف الوكيل كمؤسس والمقصود هنا تصرف الوكيل كأصيل دون أن يصح بصفته كوكيل، فمتى أخفى الوكيل صفته وغلب الغموض على تصرفاته تلقى عليه المسؤولية الملقاة على المؤسسين، وقد جرى الحال عند القضاء في هذه الحالة على منح صفة المؤسس على كل من الوكيل والموكل إليه³.

ج-حالة بطلان التوكيل وهذه الحالة هي نتيجة منطقية لشرط الرسمية في عقد الوكالة، فإذا بطل عقد التوكيل الرسمي وتصرف وكيل المؤسس بموجبه، حلت مسؤوليته.

¹ نصت المادة 571 ق.م.ج "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، ونصت المادة 574 ق.م.ج "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوحيه البمين والمرافعة أمام القضاء".

² نصت المادة 572 ق.م.ج "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك" المرجع السابق.

³ ابو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 96-97.

د- حالة إنابة الوكيل غيره دون أن يكون مرخصا له، فقد يتجاوز الوكيل حدود الوكالة الممنوحة له كما هو الحال في حالة إنابة الوكيل غيره دون أن يكون مرخصا له، فهنا تنعقد مسؤوليته بالتضامن مع نائيه¹.

ه- حالة تعدد الوكلاء، فتنعقد المسؤولية التضامنية بالنسبة لهم متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك².

الفرع الثاني

المركز القانوني للمؤسس

تظهر أهمية دراسة المركز القانوني للمؤسس خلال فترة التأسيس في تفسير الصفة التي يعملون بها خلال هذه الفترة بالنسبة للشركة، حتى تمنحهم إمكانية نقل جميع الالتزامات والتعهدات على عاتقها بعد أن ينجح مشروعها وتكتسب شخصيتها المعنوية³، وقد تعددت آراء الفقهاء والنظريات الفقيه في هذه المسألة.

والواقع أن كل هذه النظريات ارتبطت بشكل أو بآخر بفكرة المركز القانوني للشركة تحت التأسيس في حد ذاتها بين من ينكر عليها الوجود القانوني (أولا)، وبين من يقر بوجود الشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس (ثانيا).

أولا: الاتجاه الذي ينكر وجود الشركة تحت التأسيس.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشركة لا يكون لها وجود قانوني أو فعلى إلا بعد استكمال كافة الإجراءات القانونية والتي تنتهي بشهرها، وهذا الذي يتضح في ظاهر النصوص القوانين التجارية⁴.

ووفقا لهذا المفهوم فإن المركز القانوني للمؤسس يرتبط بالنظريات التالية:

¹ نصت المادة 580 ق.م. ج "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عما فعله النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائيه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية"

² نصت المادة 579 ق.م. ج "إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك."

³ Y. GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, p173, n°164.

⁴ طاهري بشير، المركز القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة باللجوء العلني للإدخار في القانون الجزائري، مجلة المدبر، العدد 7، المدرسة العليا للعلوم الاقتصادية والتجارية والعلوم القانونية، الجزائر، 2018، ص 52.

1- نظرية التصرفات الشخصية:

بمقتضى هذه النظرية يعتبر المؤسسون أنهم متعاقدون لحسابهم الشخصي وباسمهم الخاص، فيكونون وحدهم الدائنون في الحقوق الناشئة عنها والمدينين في الالتزامات المترتبة عنها مادامت الشركة ليس لها وجود قانوني أثناء إجراء هذه التصرفات، وإذا تم تأسيس الشركة فعلا فإنهم ينقلون إليها التعهدات المبرمة¹، وقد أخذ على هذا الرأي أنه يعرض حقوق الغير والشركة للخطر في حالة الحجز على أموال أحد المؤسسين أو إفلاسه، مادامت هذه الحقوق تنتقل أولاً على ذمته وبالتالي تدخل ضمن الضمان العام المقرر لدائنيه الشخصيين، كما ان نقل هذه الحقوق إلى الشركة قد يحملها رسوماً إضافية، كما أن هذا الرأي ينطوي على إنكار إرادة المؤسسين التي اتجهت إلى التصرف لحساب الشركة المستقبلية لا لحسابهم الخاص².

2- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير³:

بمقتضى هذا الرأي يعدّ المؤسسون يتعاقدون لمصلحة الشركة المستقبلية، ولهم مصلحة في هذا التعاقد وهي تكوين الشركة، إذ لا يشترط أن يكون المنتفع (المشروط له) موجود وقت التعاقد وإنما يكون له وجود في المستقبل، وقد عيب على هذا الاتجاه من جانب أن هذا التعاقد قابل للإلغاء من جانب المتعاقد طالما أن المنتفع لم يعلن عن قبوله بعد، وهذا لا يعقل أثناء تأسيس الشركة، كما أن في الاشتراط لمصلحة الغير يكون للمشتراط له حقوقاً دون أن يتحمل في الأصل واجبات وهذا ما لا يتفق مع تأسيس الشركة التي عليها أن تتحمل مصاريف التأسيس في حال تم تأسيسها، وبالتالي هذه

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق ص 107.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ يعرف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه: "اتفاق بين المشتراط والمتعهد ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع". العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 220، وقد نصّ المشرع عليه في المادة 116ق.م. ج التي نصت "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أم يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتج بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك"

النظرية يمكن أن تفسر كيفية انتقال الحقوق الناشئة عن التصرفات التي يبرمها المؤسسون، إلا أنها لا تفسر كيفية تحمل الشركة للالتزامات الناشئة عنها¹.

3- نظرية الفضالة:

وفق هذه النظرية يعتبر المؤسس فضولياً يعمل لحساب الشركة المستقبلية، وتطبق على التصرفات التي قام بها لحساب الشركة قواعد الفضالة المنصوص عليها في القانون المدني² وبناء على ذلك يتعين على المؤسس أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن تتمكن الشركة في مباشرة أعمالها بنفسها، كما يلتزم المؤسس بأن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، فإن قصر في ذلك التزم بالتعويض، كما يلتزم بأن يقدم للشركة حساباً بما قام به لصالح الشركة، وتلتزم الشركة بعد تأسيسها بالأعمال التي أجازها المؤسس لحسابها وتعويضه عن التعهدات التي التزم بها وترد له النفقات الضرورية النافعة التي سوغتها ظروف إجراء العمل وتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل لحسابها³.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه النقد المؤسس على أنه كيف يكون المؤسسون فضوليون للشركة وهي لم تظهر بعد؟، بقولهم إنه من الممكن قانوناً إدارة أعمال الشخص مستقبلي مادام هذا الشخص من الجائز تعيينه، والشركة تحت التأسيس من الممكن تعيينها ومن الممكن أن تتلقي هذه الأعمال بعد ميلادها وتكوينها.

ثانياً: الاتجاه الذي يقرب وجود الشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس.

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن شركة المساهمة تكتسب الشخصية المعنوية بشكل محدد خلال فترة التأسيس بالقدر اللازم لهذه العملية⁴.

وتجدر الإشارة أن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا حول قدر هذا الوجود القانوني في تفسير الشخصية المعنوية المحدودة واللازمة خلال فترة التأسيس، فجانِب منهم يرى أن للشركة خلال فترة التأسيس شخصية معنوية داخلية تقتصر على العلاقة بين الشركة تحت التأسيس والمؤسسون وأن

¹ فاروق إبراهيم جاسم، النظام القانوني لمؤسسي شركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2013، ص 183.

² عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 196.

³ أنظر المواد من 150 إلى 159 من ق.م.ج.

⁴ سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 457.

هذه الشخصية لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير لعدم اتخاذ الإجراءات اللازمة للشهر، وبالتالي يجوز للشركة أن تقوم ببعض التصرفات المحدودة دون أن تتعداها إلى الغير، وقد انتفدت هذه النظرية لقصورها وعجزها في تفسير وتحديد المركز القانوني لشركة المساهمة تحت التأسيس خاصة من جانب أهلية الشركة في تحمل الالتزامات في مواجهة الغير¹، أما جانب آخر فيرى أن الشركة تحت التأسيس لها شخصية معنوية شبيهة بشخصية الجنين، فهي شخصية معنوية ناقصة لحين تمام إجراءات التأسيس والمؤسسون فيها يعتبرون ممثلون لهذا الشخص المعنوي (الجنين)، واستنادا على ذلك فإن يتم تفسير انصراف الحقوق والالتزامات الناتجة عن التصرفات التي تمت لحسابها مباشرة بعد استكمالها للشخصية المعنوية².

ووفقا لهذا الأخير فإن المركز القانوني للمؤسس يرتبط بالنظريات التالية:

1- نظرية الشركة الواقعية:

تذهب هذه النظرية على أن إجراءات التأسيس إذا طالت ولم ينهها المؤسسون، وشرعوا في القيام بأعمال تدخل في موضوع الشركة فإنهم يتصرفون على أساس شركة مؤسسة واقعية، وأن معيار التمييز بين الشركة قيد التأسيس والشركة الفعلية يستند إلى بدء النشاط وطبيعة الأعمال التي يقومون بها، وفي هذه الحالة لا يعترف للشركة بالشخصية المعنوية، ولا يكون على المتعاملين مع المؤسسين سوى مقاضاتهم شخصيا.

وهذه النظرية انتقدت أيضا لأنها تقتصر على حالة خاصة، هي حالة مباشرة أعمال تدخل في موضوع الشركة ولا تلج بقية الحالات، كما أنها لا تفسر كيفية انتقال هذه الأعمال إلى الذمة المالية للشركة³.

2- نظرية الوكالة:

يتجه هذا الرأي إلى إلزام الشركة وهي تحت التأسيس بالتصرفات والأعمال التي أجزاها المؤسسون على اعتبار أنها تتمتع بالشخصية المعنوية خلال فترة التأسيس، وعلى اعتبار أن

¹ طاهري البشير، مرجع سابق، ص 53.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 108.

المؤسسين عند إبرامهم لهذه التصرفات كانوا يعملون بوصفهم ممثلين لها أو وكلاء عنها، ويبدو أن هذه النظرية لاقت استحسان لدى العديد من التشريعات العربية، فدرجوا على إثرها بالاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس واعتبار المؤسسون موكلين من طرفها، ونذكر من هذه التشريعات، المشرع المصري في القانون رقم 159 لسنة 1981 وفي المادة 13 منه التي نصت "...تسري العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس في حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة"¹.

وفي القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1963/01/24 بحث نص على أنه "تعتبر شركة المساهمة في فترة التأسيس ممثلة في المؤسسين ومن ثمة يكون لأحدهم أن يتقدم خلال فترة التأسيس لحساب الشركة المستقبلية للدفاع عن العلامة التجارية التي انتقلت إليها ملكيتها"².

المطلب الثاني

شروط اكتساب صفة المؤسس

وضع المشرع مجموعة من الشروط القانونية التي ارتبطت بشكل مباشر بشخصية المؤسسين عكست مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة أثناء مرحلة تأسيس الشركة سواء بشكل عام متعلق بشركات المساهمة عامة، أو بشكل خاص بالنسبة لبعض أنواع شركات المساهمة، أهمها الشروط التي فرضها المشرع الجزائي على مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية بوجه خاص.

لذلك سيتم التطرق إلى هذه الشروط عامة (الفرع الأول)، ثم بشكل خاص في شروط والضوابط المتعلقة بمؤسسي البنوك والمؤسسات المالية (الفرع الثاني).

¹ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 91.

² فادية محمد إسماعيل، الوضع القانوني لتصرفات مؤسسي شركة المساهمة في مرحلتي ما قبل التأسيس وما بعدها (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع ال عدد2، جامعة ديالى، العراق، 2015، ص 344.

الفرع الأول

الشروط الشخصية العامة لمؤسس شركة المساهمة

تستخلص هذه الشروط ضمنا من القواعد العامة (أولا) وكذا من الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة (ثانيا).

أولا: الشروط المستخلصة من القواعد العامة.

نعني بها الشروط الواجب توافرها في المؤسسين بالنظر إلى لطبيعة التصرفات والتعهدات القانونية التي يقومون بها، والتي تمثلت في ضرورة توافر الأهلية وضرورة التزامهم ببذل عناية الرجل العادي أثناء قيامه بأعمال التأسيس.

1- شرط الأهلية:

نتج على خاصية المسؤولية المحدودة للمساهم في شركة المساهمة إمكانية تجاوز عنصر الأهلية بالنسبة للمساهم بحيث يمكن للقاصر أن يوظف أمواله في شركة المساهمة - من خلال وليه- غير أن الأمر يختلف بالنسبة للمؤسس ذلك أن تطبيق القواعد العامة للقانون المدني تفرض ضرورة أن تتوافر الأهلية القانونية (أهلية التصرف) في صفة المؤسس¹، بالنظر لطبيعة التصرفات القانونية التي ينبغي عليه القيام بها والاتفاقات التي يجريها في مقدمتها إبرام العقد التأسيسي من جهة وبالنظر إلى أنه في حال فشل إجراء تأسيس الشركة تنجر عنه نتائج قاسية على المؤسسين بتوقيع المسؤولية القانونية بشقيها المدني والجزائي، وهو ما لا يتصور وقوعه على ناقصي أو عديمي الأهلية²، ومؤسس شركة المساهمة قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

فبالنسبة إلى أهلية الشخص الطبيعي فوفقا للقواعد العامة يجب أن يكون المؤسس راشدا ومتمتعاً بالأهلية التامة³، ويكون الشخص راشدا إذا ما بلغ سن 19 سنة كاملة واعتبر كل شخص بلغ هذا السن وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه أهلا لمباشرة حقوقه المدنية⁴، وبما أن

¹ إبراهيم بن مختار، ضوابط تأسيس وإدارة شركات المساهمة في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد بن يحيى الونشريس تسمسيلت، الجزائر، 2019، ص 26.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 94.

⁴ نصت المادة 40 ق. م. ج.

المؤسسي شركة المساهمة لا يكتسبون صفة التاجر فلا يلزم عليهم التمتع بالأهلية التجارية وعليه يجوز للأشخاص الممنوعين من ممارسة التجارة كالموظفين والمحامين والأطباء، تأسيس شركة مساهمة¹، غير أن المشرع الفرنسي قد فرض حكم مغاير تماماً إذ جاء في الفقرة الثالثة من نص المادة 2²-L225 من القانون التجاري الفرنسي أن الأشخاص المحرومون من حق إدارة الشركة أو تسييرها أو الذين يحظر عليهم ممارسة هذه الوظائف لا يمكن أن يكونوا مؤسسين، وبما أن المسير يشترط أن يكتسب الأهلية التجارية³ وبالتالي الأشخاص الممنوعين من ممارسة التجارة لا يمكن أن يكونوا مسيرين وبالمقابل لا يمكن أن يكونوا مؤسسين، وبمفهوم المخالفة فإن المؤسس في القانون التجاري الفرنسي لابد أن يكتسب الأهلية التجارية.

أما عن أهلية الشخص الاعتباري فهي مرهونة بوجود الشخصية المعنوية التي يمنحها القانون⁴ على حسب طبيعة هذا الشخص، وأهليته تكون في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون⁵، فالشركات التجارية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تقييدها في السجل التجاري⁶ وأهليتها مرتبطة بغرضها الذي أنشأت من أجله والمحدد في قانونها الأساسي، وعليه يمكن للشخص الاعتباري أن يؤسس شركة مساهمة إذا كان يدخل في غرضه وجوهر نشاطه تأسيس هذا النوع من الشركات، بمعنى أنه يشترط أن يوجد رابط بين نشاط وأغراض الشخص المعنوي المؤسس ونشاط وأغراض شركة المساهمة المزمع تأسيسها⁷، وبالتالي إذا تضمن القانون الأساسي للشخص

¹ زياد العلي محمد، المؤسس في شركة المساهمة المغفلة، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 64، كلية الحقوق قسم القانون التجاري، جامعة دمشق سوريا 2017، ص 165.

² *Article L225-2 “.... Les personnes déchués du droit d'administrer ou de gérer une société ou auxquelles l'exercice de ces fonctions est interdit ne peuvent être fondateurs”.*

³ يعتبر شرط اكتساب الأهلية التجارية للمسير في شركة المساهمة إحدى مظاهر الاعتبار الشخصي التي تظهر في مرحلة ممارسة نشاط شركة المساهمة، وهذا ما سيأتي بيانه في الباب الثاني من هذه الدراسة، ص 172.

⁴ نصت المادة 6/49 ق.م.ج “الأشخاص الاعتبارية هي كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية”.

⁵ نصت المادة 1,3/50 ق.م.ج “يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون. ويكون لها خصوصاً:

أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون...”.

⁶ نصت المادة 549 ق.ت.ج “لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...”.

⁷ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 97_98.

المعنوي قيذا على ممارسة بعض الأنشطة التجارية أو تحديدا لبعض مجالات الاستثمار لفائض الأموال لديها فيكون ذلك قيذا معتبرا ويتعبن مراعاته من قبل الشركاء¹.

2- شرط الالتزام ببذل العناية في تأسيس شركة المساهمة:

تقدم أن المؤسسين يرتبطون فيما بينهم بناء على العقد التأسيسي لشركة المساهمة، وأن هذا العقد هو عقد من العقود الشخصية ذو طابع خاص يلتزم بموجبه المؤسسون إتمام إجراءات التأسيس، وفي حال عدل أحد الأطراف على تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها كان بالإمكان تعرضه للمسؤولية العقدية ويكون المؤسس مسؤولا عن الأضرار التي يسببها²، ووفقا للقواعد العامة تقوم المسؤولية العقدية في وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم أحد أطرافه بالتنفيذ أو قام بالتنفيذ على غير الوجه متفق عليه، كأن يتأخر فيه أو يكون التنفيذ معيبا أو جزئيا فقط، فيكون المدين ملزم بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة لعدم التنفيذ³.

ومحل الالتزام العقدي يكون بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، الأول يقصد به أن الدائن يقع على عاتقه تحقيق نتيجة معينة هي محل التزامه، فلا تكفي العناية المبذولة في سبيل تنفيذ الالتزام، وإنما ينتظر من المدين تحقيق نتيجة محددة في الالتزام، مثل نقل الملكية أو تسليم المبيع في وقت محدد أو إيصال المنقول إلى المكان الذي يقصده، فإذا لم تتحقق النتيجة أو كانت مستحيلة ثبتت معها مسؤولية المدين⁴، أما الثاني فهو تعهد المدين بالقيام تحقيقا لغاية ليست خاضعة لمطلق إرادته، بمعنى أنه إذا كانت نتيجة تنفيذ الالتزام بالشكل السليم غير محققة أو على الأقل غير محددة بشكل دقيق، كان الالتزام التزاما ببذل عناية لأن العبرة هنا في المجهود المبذول من طرف

¹ - إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 27.

² Paul Didier-Philippe Didier, Op Cit, p391, n°481.

³ نادية محمد مصطفى قزمار، حدود المسؤولية العقدية في إطار بذل عناية أو تحقيق نتيجة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مركز بحوث الشرق الأوسط، عمان، الأردن، المجلد 07، العدد 48، 2019، ص 392.

⁴ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

المدين بغض النظر على النتيجة تحققت أو لا، ويقع على عاتق المدين بذل العناية التي يفرضها عليه القانون أو عناية الرجل العادي أو الرجل الحريص حسب الحالة¹.

وكنتيجة للعقد التأسيسي المبرم بين المؤسسي شركة المساهمة وقياسا على ما سبق، فإنهم مطالبون في تنفيذ التزاماتهم ببذل عناية الرجل المعتاد كأدني درجة لعناية الرجل الحريص²، وتكون هذه العناية هي الحد الأدنى الذي لا يمكن النزول عنه عند قيام المؤسس بإجراءات التأسيس أو بصدد قيامه بأي تصرفات أو تعهدات قانونية لصالح الشركة تحت التأسيس، فإذا أخل بالتزاماته يلزم بالتعويض إذا ما نتج عن ذلك أضرارا وإذا تعدد المؤسسون التزموا بالتعويض على سبيل التضامن³ عن التعهدات التي تبرم والنفقات التي تبذل⁴، والتزام المؤسس ببذل عناية الرجل المعتاد تقتضي منه أن يحرص على إتمام إجراءات التأسيس وأن لا يورط الشركة في نفقات طائلة لا داعي منها وأن يستهدف في تعاملاته مع الغير غرض الشركة ومصلحتها في حدود إمكانيات الشركة المالية والفنية⁵، وعندما يكتمل تأسيس الشركة باكتسابها الشخصية المعنوية تتحمل جميع الالتزامات الناشئة عن أعمالهم إذا ما قبلت ذلك⁶.

ثانيا: الشروط المستخلصة من الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة.

يتعلق الأمر بشرط عدد المؤسسين، شرط الاكتتاب، وشرط عدم وجود مانع قانوني، وشرط الإقامة والجنسية:

¹ نصت المادة 1/172 ق.م. ج " في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادين ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك".

² تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة بعكس المشرع المصري الذي نص في المادة 1/11 من القانون رقم 159 لسنة 1981 "يجب على المؤسس أن يبذل في تعاملاته مع الشركة تحت التأسيس أو لحسابها عناية الرجل الحريص.." نقلا عن: حسن عبد الحليم عناية، مرجع سابق، ص 25.

³ وهذا مان نصت عليه المادة 549 ق.ت. ج "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم...." وهي ذات النص في المادة L210-6 من القانون التجاري الفرنسي.

⁴ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 116.

⁵ حسن عبد الحليم عناية، مرجع سابق، ص 25.

⁶ جاء في المادة 549 ق.ت. ج ".. إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة"

1- عدد المؤسسين:

لم ينص المشرع الجزائري على عدد معين للمؤسسين لا حد أقصى ولا حتى حد أدنى في شركة المساهمة، واكتفي بالنص على حد أدنى للشركاء فيها وهو (7) شركاء وذلك في نص المادة 592 ق.ت. ججج¹، وهو ذات النص في القانون التجاري الفرنسي لسنة 1966 الملغى² -حاليا في تعديل القانون التجاري الفرنسي سنة 2020 أصبح ينص على الحد أدنى للشركاء هو شريكين (2) فقط³، وعدم تحديد عدد المؤسسين يعني أنه يمكن لشخص واحد فقط أن يقوم بالمبادرة لتأسيس شركة المساهمة، وذلك على خلاف بعض التشريعات المقارنة نذكر منها المشرع العراقي الذي نص في المادة 16/ثالثا من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم 64 لسنة 2004 على أن " ينتخب مؤسسو شركة المساهمة الذين يجب ألا يزيد عددهم على "100" مئة مؤسس من بينهم لجنة تسمى لجنة المؤسسين تتألف من عدد لا يقل عن ثلاثة ولا يزيد عن سبعة أعضاء..⁴

ويعتبر محدودية عدد المؤسسين (الحد الأقصى) مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة، استنادا إلى رأي الفقه، فالهدف من هذه المحدودية ضمان جدية المؤسسين في تأسيس الشركة لأنه يرتبط عادة التعامل فيما بينهم على الثقة المتبادلة والقائمة على اعتبارات شخصية متعلقة بشخص المؤسس أو بإحدى صفاته-كما سبق الذكر- وإعطاء ثقة أكبر

¹ -نصت المادة 592 ق.ت. ج على أنه " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم.
ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (7)".

² *Art. 73 du loi n°66-537 du 24 juillet 1966 (abrogé)*

« La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui constituée enter des

Associe qui na supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports(*responsabilité*) ، le Nombre des associés ne peut être inférieur à sept ».

Modifié par Ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2020

³ **Article L225-1** « La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Elle est constituée entre deux associés ou plus » **Modifié par Ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 - art. 3**

⁴ علي طلال الهادي، مرجع سابق، ص 103.

للمتعاملين مع الشركة والمكتتبين فيها وهذا ما يعتبر تعزيزا للطابع الشخصي في مرحلة تأسيس شركة

المساهمة خاصة التي تؤسس باللجوء العلني للادخار، ويقاس في هذه المسألة بالذات ما ذهب إليه المشرع الجزائري في شركة المسؤولية المحدودة أين قام المشرع بتعديل القانون التجاري سنة 2015¹ وظل محتفظا من خلاله بمبدأ محدودية عدد الشركاء من خلال تحديد الحد الأقصى للشركاء ب 50 شريكا²، في محاولة منه لإعطاء هذا النوع من الشركات الصبغة العائلية تعزيزا للطابع الشخصي الذي أصبحت تقترب منه بشكل أكبر هذا النوع الشركات وابتعادها على الطابع المالي أو المختلط مع صدور هذا التعديل الأخير، وبالتالي فإن عدم تحديد الحد الأقصى أو تحديد الحد الأدنى فقط يعني عدم توافر الاعتبار الشخصي، وأيضا عدم محدودية عدد المؤسسين من المواضيع التي يختفي فيها لاعتبار الشخصي، وهو الأمر الذي يلاحظ في القانون الجزائري الذي لم يقم لا بتحديد الحد الأدنى ولا الأقصى ومثله المشرع الفرنسي، وكذا القانون المصري الذي حدد فقط الحد الأدنى دون الأقصى وفقا للقانون رقم 159 لسنة 1981 الذي نص على أنه يجب ألا يقل عدد المؤسسين في شركة المساهمة عن ثلاثة أشخاص³، ومثله المشرع اللبناني نص في المادة 1/79 من قانون التجارة اللبناني⁴ على أنه "لا يجوز أن يقل عدد المؤسسين عن ثلاثة"، وبالتالي لا نجد مكانا للاعتبار الشخصي فيها.

2- شرط اكتتاب المؤسسين بحد أدنى في رأس المال:

تشرط بعض التشريعات أن يكتتب المؤسسون في شركات المساهمة باللجوء العلني للادخار بأسهم تمثل نسبة مئوية محددة بحد أدنى وحد أعلى من رأسمال الشركة يحب ذكرها في النظام القانوني والعقد التأسيسي للشركة قبل طرح الأسهم للاكتتاب لدى الجمهور.

¹ القانون 02-15 المؤرخ في 20 ديسمبر 1915، يعدل ويتمم الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج. ر. ج، ج عدد 71، المنشورة في 30 ديسمبر 2015.

² نصت المادة 590 ق. ت. ج على أنه "لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة خمسين شركاء.."

³ على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 104.

⁴ مرسوم اشتراعي اللبناني رقم 304-صادر في 1942/12/24، المادة معدلة وفقا للمرسوم 9798 تاريخ 1968/5/4 متاح على الموقع:

<http://kms.uac/-org.org/content/uploads/InvestmentSub>

وقد تباينت الاتجاهات حول الحدود الدنيا والعليا التي يلزم على المؤسسين الاكتتاب بها، فمثلا نجد المشرع القطري نص على أنه يجب على المؤسسين أن يكتتبون بأسهم لا تقل عن 20% من قيمة رأسمال الشركة ولا تزيد عن نسبة 70% قبل طرح الأسهم للاكتتاب لدى الجمهور، وعليهم تقديم شهادة من البنك تثبت أنهم قد أودعوا في حساب الشركة المبالغ التي تعادل الأسهم التي اكتتبوا فيها كشركاء مؤسسين¹، ومثله فعل المشرع العراقي أما المشرع العماني في المادة (61) اشترط اكتتاب المؤسسين بنسبة لا تقل عن 30% ولا تزيد عن 60%²، والمشرع الأردني اشترط ان لا تزيد نسبة اكتتاب المؤسسين عن 75%³، أما المشرع الكويتي اشترط أن يكتتب المؤسسين في الشركة بأسهم لا تقل عن 10% من رأسمال

الشركة وأن يدفعوا قبل نشر بيان الاكتتاب المبلغ الذي يعادل النسبة المطلوبة من الجمهور، ويشار إلى دفع هذا المبلغ في بيان الاكتتاب⁴، ومثله أيضا المشرع البحريني الذي نصّ على أنه "إذا ما تأسست الشركة واكتسبت الشخصية القانونية على المؤسسين إثبات جدية مسعاهم بالاكتتاب فيما لا يقل عن 10% من رأس مال الشركة.⁵

والزام المؤسس بالاكتتاب في رأس مال الشركة بنسب معينة وإن كان يظهر أنه لا يعتبر قيد شخصيا وبالتالي تواري الاعتبار الشخصي في هذا الشرط، إلا أن ربط شرط الاكتتاب باكتساب صفة المؤسس في حد ذاتها هو ما يظهر الاعتبار الشخصي فيه على أساس لا يكتسب صفة المؤسس إلا من كان مكتتب في الشركة بأسهم محدد قبل طرح الأسهم المتبقية للجمهور من أجل الاكتتاب فيها، والحكمة من فرض هذا الشرط هو ضمان جدية المؤسسين في تأسيس الشركة وبعث الثقة أكبر في نفوس جمهور المكتتبين حول جدية المشروع وإمكانية نجاحه.

المادة 76 من قانون الشركان التجارية القطري رقم (11) لسنة 2015 متاح على الموقع:¹

https://almeezan.qa/PrintArticle_section.aspx?LawTreeSectionID=16875&language=ar&lawId

² -لطيف جبر الكوماني، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 31 جويلية 2006، مقال متاح على الموقع:

<https://ao-academy.org/2006/07/508.html>

³ المادة 99 من قانو الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم 57 لسنة 2006.

⁴ المادة 81 من قانون الشركات الأردني رقم 15 لسنة 1960.

⁵ المادة 84 من القانون البحريني رقم 50 لسنة 2014 الصادر بتاريخ 2014/09/18.

وفي المقابل توجد تشريعات لا تضع حدودا لنسبة اكتتاب المؤسسين مثل المشرع الجزائري والمشرع المصري والمشرع الفرنسي أين يقتصر دور المؤسس فيها على دراسة المشروع المقترح وتنفيذه وإتمام إجراءات التأسيس وتنقطع صلتهم بالشركة بعد كمال تأسيسها.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد نصّ على ضرورة أن يكون أعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المراقبة يمتلكون 20% من نسبة أسهم الشركة، ويمنع لضمان جديتهم في تسيير الشركة وكضمانة لأخطاء التسيير التصرف فيها¹، وهو ما يدفع للتساؤل حول مبرر المشرع في أن يفرض على المسير ضرورة الاكتتاب بأسهم في الشركة ولا يفرض ذلك على المؤسس؟، مع أن هذا الشرط جاء ليقدم هدف الجدية المتوخاة في كل من عمل المؤسس أو المسير، وإن كان في الأول أكثر وقعا خاصة بالنسبة لجمهور المكتتبين الذين قد يشككون في جدية التأسيس وبالتالي يمتنعون عن الاكتتاب، إذا كان المؤسسين في حد ذاتهم ليسوا من المكتتبين².

يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري نصّ على عدم تداول الأسهم قبل قيد الشركة في السجل التجاري المادة 715 مكرر 51 ق. ت ، رغبة منه في بقاء هؤلاء المؤسسين ضمن أعضاء الشركة إلى غاية انتهاء مرحلة التأسيس بقيد الشركة في السجل التجاري-كما سبق الذكر- فالمقصود هنا تأكيد والذي تطبق عليه هذه المادة بشكل مباشر هو شركة المساهمة ذات التأسيس دون اللجوء العلني للادخار باعتبار أن المؤسسين هم المساهمين، أما بالنسبة للشركة باللجوء العلني للادخار فيظهر أن المقصود بهذا النص المكتتبين الأولين فقط وليس المؤسسون مع عدم النص على ضرورة اكتتابهم في الشركة، وهو ما من شأنه أن يمكنهم من الانسحاب من الشركة في أي مرحلة حتى قبل قيد الشركة في السجل التجاري للتنصل من المسؤولية و بالتالي إهدار حق المكتتبين.

¹ أنظر المادة 619 ق. ت. ج والمادة 659 ق. ت. ج.

² تجدر الإشارة أن الحديث يخص شركة المساهمة ذات التأسيس باللجوء العلني للادخار- على اعتبار أن الثانية الاكتتاب فيها يكون خاصا أي بين المؤسسين فيها هم أنفسهم المساهمين المكتتبين.

3- ألا يكون المؤسس قد تقرر إفلاسه أو حكم عليه بعقوبة جنائية (المانع القانوني):

تعمدت بعض التشريعات على النص على هذا الشرط في تشريعاتها التجارية بحيث يحظر على كل من حكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة أو جرائم مخلة بالشرف أو حكم عليه بالإفلاس خلال فترة محددة أن يكون مؤسساً في الشركات ككل بما فيها شركة المساهمة، وذلك من باب العمل على زيادة حماية في الشركة ومن قبلها حماية الادخار القومي، وضمان الجدية والأمان عند تأسيسها وحماية جمهور المكتتبين وبعث الثقة في نفوس المتعاملين معها.

نذكر من هذه التشريعات المشرع العراقي استناداً لنص المادة 12/أولاً من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997، المعدل بالقانون رقم 64 لسنة 2004¹، وكذا المشرع المصري الذي حدد الجرائم التي يحظر على أساسها الشخص من الاشتراك في تأسيس شركات الأموال في نص المادة 7 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 المتعلقة بالمؤسس والتي تنص يسري حكم هذه المادة وفقاً لما تقضي به المادة 89 من قانون الشركات المذكور أعلاه والتي تنص "لا يجوز أن يكون عضواً في مجلس إدارة أية في شركة مساهمة من حكم عليه بعقوبة جنائية أو عقوبة جنحة عن سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير..."²، ومثله المشرع اللبناني الذي نص "...يمنع على أي شخص أن يشترك في تأسيس شركة مغفلة إذا كان قد أعلن إفلاسه ولم يستعد اعتباره منذ عشر سنوات على الأقل أو إذا كان محكوماً عليه في لبنان أو في الخارج منذ أقل من عشر سنوات لارتكابه أو لمحاولة ارتكابه جنائية أو جنحة تطبق عليها عقوبات الاحتيال أو اختلاس أموال أو قيم أو إصدار شيكات دون مؤونة عن سوء نية أو النيل من مكانة الدولة المالية بمعنى المادتين 319 و 320 من قانون العقوبات أو إخفاء الأشياء المحصول عليها بواسطة هذه الجرائم. تطبق نفس الشروط على ممثلي الأشخاص المعنويين الذين يشتركون في تأسيس الشركة"³.

وبعد هذا الشرط إحدى المعالم التي يبرز فيها الاعتبار الشخصي لتعلقه بصفة السمعة والثقة بالنسبة للمؤسس

¹ علي طلال الهادي، مرجع سابق، ص 108.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ المادة 2/79 من القانون التجاري اللبناني، المرجع السابق.

والمشرع الجزائري تناول هذا الشرط ضمن القانون 08-04¹ المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية بما يفيد الحكم العام حيث نص بالمادة 08 منه على "منع كل من حكم عليه دون أن يرد له اعتباره لارتكابه إحدى الجنايات أو الجنح التي عدتها المادة، من التسجيل بالسجل التجاري أو ممارسة نشاط تجاري"، وأيضا في القانون البنكي بالنسبة لتأسيس البنوك والمؤسسات المالية على اعتبار أنها تأخذ شكل شركات مساهمة بحكم القانون² فمناخ الأعمال يتأثر كثيرا بعنصر الثقة والنزاهة لدى المؤسسين ومديري الشركات التجارية.

غير أننا لا يمكن أن نطبق هذه المادة على المؤسسين باعتبار أن المشرع لم يصح صراحة أن المؤسس يكتسب صفة التاجر وبالتالي فهذا الحكم يمس أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة فقط دون مؤسسيها باعتبار أن أعضاء مجلس الإدارة هم تجار بنص المادة 31 من قانون السجل التجاري³، وكان حريّ بالمشرع الجزائري النص على أن كل من هو ممنوعا قانونا من ممارسة عضوية مجلس الإدارة ممنوعا بصفة منطقية من أن يكون مؤسسا، إذ نجد بعض النصوص القانونية التي تحظر على الأفراد المنتمين لطوائف معينة المشاركة في عضوية مجالس الإدارة بشكل صريح وبغض النظر عن اكتساب هؤلاء الأفراد لصفة التاجر⁴، وهو الحكم الذي نصّ عليه المشرع الفرنسي في المادة (L 225-2) ⁵ التي جاء فيها على أن الأشخاص الذين لا يمكنهم ممارسة الإدارة في

¹ القانون رقم 08-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج. ر. ج. ج عدد 52، المنشورة في 14 أوت 2002 المعدل والمتمم.

² حسب المادة 71 من قانون النقد والقرض والفرق بين البنوك والمؤسسات المالية في أن هذه الأخيرة هي مؤسسات ائتمان ناقصة لأنه يمكنها القيام بعمليات القرض غير أنه لا يمكن أن تتلقى أموالا من الجمهور ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها على عكس البنوك وعمليات القرض التي تقوم بها المؤسسات المالية يكون مصدرها موردها الخاص أو المدخرات طويلة الأجل على عكس البنوك التي تعتمد على الودائع.

³ القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18/08/1990 والمتعلق بالسجل التجاري، ج. ر. ج. ج عدد 03، المنشورة في 10/01/1996، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10/01/1996،

⁴ المادة 22 من القانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق، والمادة 24 من القانون 06-03 المنظم لمهنة المحضر القضائي، تحظران على الموثق والمحضر القضائي على التوالي، بصفة مباشرة أو غير مباشرة التدخل في إدارة أي شركة، كما نصت المادة 17 من القانون العضوي رقم: 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء على أنه يمنع على القاضي أن يمارس أي وظيفة أخرى عمومية كانت أو خاصة تدريجا.

⁵ Article L225-2 « Les personnes déchues du droit d'administrer ou de gérer une société ou auxquelles l'exercice de ces fonctions est interdit ne peuvent être fondateurs. ».

شركة المساهمة بحكم القانون لا يستطيعوا أن يكونوا مؤسسين، وبالتالي يظهر أنه أخذ بهذا الشرط بشكل عام وبطريقة غير مباشرة.

4- جنسية المؤسسين والإقامة داخل الوطن:

يضع المشرع الجزائري هذا الشرط بشكل عام فيخضع له مجموع المساهمين سواء كانوا مكنتين أو مؤسسين أو أعضاء مجلس إدارة¹.

ويظهر تبنيه لهذا الشرط في قانون المالية وتحديدًا في المادة 95 من قانون المالية لسنة 2003² المعدلة للمادة 206 من قانون المالية لسنة 2002³ والتي نصت "لا يمكن أن تمارس نشاطات استيراد المواد الأولية والمنتجات والسلع الموجهة لإعادة البيع على حالتها إلا الشركات التجارية كما هي محددة في القانون التجاري والتي يفوق أو يساوي رأسمالها 10 ملايين د. ج⁴، وأن يكون الرأسمال في حوزة أشخاص ذوي جنسية جزائرية مقيمين بالجزائر.

وفي حالة ما إذا كانت الأسهم أو الحصص في حوزة شركات فإنه يجب أن يكون رأسمال هذه الشركات بمعدل لا يقل عن 90 % في حوزة أشخاص ذوي جنسية جزائرية ومقيمين بالجزائر.

وأيضًا ورد في المادة 66 القانون رقم 15-18 المتضمن قانون المالية التكميل⁵ المتممة للقانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار⁶ ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51 % على الأقل من رأسمالها.

من خلال هذه النصوص يتضح وبشكل جلي سعي المشرع الجزائري لفرض حد معين يمثل من نسبة رأسمال يتعين تفوق 50% يتعين أن تعود ملكيتها للمساهمين ذوي جنسية جزائرية مقيمة بالجزائر بالأخص عند تأسيس الشركة، وهذا الفرض ما هو إلا تعبيرًا عن شرط الجنسية الجزائرية

¹ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 27.

² قانون رقم 11-02 المؤرخ في 2002/12/24 المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج. ر. ج، ج، عدد 86، المنشورة في 2002/12/24.

³ القانون رقم 01-21 المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج. ر. ج، ج، عدد 79، المنشورة في 2001/12/23.

⁴ لقد تم رفع هذا المبلغ إلى 20 مليون د. ج، بموجب المادة 13 من قانون المالية التكميلي رقم 05-05، المنشورة في 2005/06/26، ج. ر. ج، ج، عدد 52.

⁵ قانون رقم 15-18 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج. ر. ج، ج، عدد 72، المنشورة في 31 ديسمبر 2015.

⁶ قانون رقم 16-09 مؤرخ في 3 أوت سنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. ج، ج، عدد 46، المنشورة في 03 أوت 2016.

الذي يشترطه المشرع لتأسيس أو حتى إدارة شركات المساهمة، ويرتبط شرط الجنسية دائما بشرط الإقامة داخل الوطن، وهذا ما هو في الحقيقة إلاّ مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات المساهمة والذي تمّ تفعيله لمتطلبات فرض الرقابة على الشركات المختلطة¹ ولضمان الفعالية والجدية في التأسيس والتسيير.

الفرع الثاني

الشروط الشخصية الخاصة المتعلقة بمؤسسي البنوك والمؤسسات المالية

نقصد بها تلك الشروط التي خصّ بها المشرع الجزائري مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية باعتبار أن المشرع الجزائري فرض على هذه الأخيرة أن تتخذ شكل شركة المساهمة وذلك حسب ما جاء في نص المادة 83 من قانون النقد والقرض (الأمر 03-11) والتي نصت " يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري، في شكل شركات مساهمة..."، وعليه فإن البنوك والمؤسسات المالية تخضع عند تأسيسها للقانون التجاري، وذلك بضرورة استيفاء الشروط الموضوعية والشكلية الخاصة بتأسيس شركات المساهمة، على اعتبار أن هذا النوع من الشركات هو الذي يتناسب المشاريع الاقتصادية الضخمة.

زيادة على ذلك هنالك شروط متعلقة بشخصية مؤسسي² البنوك والمؤسسات المالية، هذه الشروط التي عكست وبشكل واضح مظاهر الاعتبار الشخصي للمؤسسين التي عيّى المشرع بها وأكد عليها من خلال أنظمة بنك الجزائر³ الخاصة بتأسيس البنوك والمؤسسات المالية، بالنظر للخصوصية التي يمتاز بها النشاط المصرفي ومتطلبات حماية المهنة المصرفية من أن يدخلها من ليس اهلا لها، وأيضا لما لهذا النشاط من تأثير مباشر على الاقتصاد الوطني وتعلقه بعنصرين مهمين هما "الثقة والائتمان" واللذان يبدان في الواقع بالأشخاص المؤسسين.

¹ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 28.

² يقصد بمؤسسي بنك أو مؤسسة مالية "الأشخاص الطبيعيون وممثلي الأشخاص المعنويين الذين يشاركون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أي عمل غرضه تأسيس بنك أو مؤسسة مالية"، المادة 2/2 من النظام 92-05 المؤرخ في 22/03/1992 يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوافر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيرها، ج. ر. ج. ج. عدد 80 المنشورة في 07/02/1993.

³ تجدر الإشارة في هذا المقام أن المشرع الجزائري قبل إلغاء الأمر 90-10 المتعلق بالنقد والقرض بالأمر 11-03، كان يطلق على "بنك الجزائر" إسم "البنك المركزي"، القانون رقم 90.10 المؤرخ في 14 افريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. ج. ج. العدد 16 المنشورة في 18 افريل 1990.. الملغي

وقد تمثلت هذه الشروط في شرط الهوية والأخلاق للمؤسسين المساهمين (أولا)، وكذا شرط الخبرة والكفاءة المهنية والمالية (ثانيا).

أولا: شرط الهوية والجنسية.

لا يسمح للمؤسسين بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية إلا بعد التأكد من هويتهم وجنسيتهم.

1- شرط الهوية:

قبل البت في طلب الترخيص¹ بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية المقدم من قبل المؤسسين من طرف بنك الجزائر ممثلا في مجلس النقد والقرض²، لا بدّ من التحقق من هوية وأهلية المؤسسين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين وذلك من خلال ملأ استمارة المعلومات المحددة وفق التعليمات رقم 11/07³ التي تقدم مع الوثائق المرفقة لملف طلب التأسيس.

ويقوم المؤسسون بتدوين المعلومات الخاصة بهم، فإذا كانوا أشخاصا طبيعيين يجب ذكر أسماءهم وألقابهم وتاريخ ومكان الازدياد، الجنسية، النشاط الذي يمارسونه وإذا كانوا أشخاصا وهويتهم تشكل عامل مهم في منح الترخيص أو رفضه وبالتالي الاعتماد على الاعتبار الشخصي للمؤسسين كمرحلة أولية من أجل دراسة طلب الترخيص بالنظر للمسؤولية الملاقاة على عاتقهم وبمكانياتهم المحتملة في أجهزة إدارة البنك مستقبلا⁴.

¹ لم يرقم المشرع الجزائري بتعريف الترخيص سواء في قانون النقد والقرض ولا في الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض وبذلك إلى صاحب الأصل وهو الفقه، الذي عرف الترخيص في قانون النقد والقرض بأنه هو الذي تسمح بموجبه السلطة الإدارية بشخص ليستفيد من نشاط العمل المصرفي أو ان يتمتع بحقوق ممارسته، وهو يسمح فقط بتأسيس البنك أو المؤسسة المالية أو إقامة فرع بنك أو مؤسسة المالية دون ممارسة النشاط المصرفي لأنه يحتاج إلى إجراء آخر والمتمثل في الاعتماد

² إن الجهة المختصة بدراسة ملف طلب الترخيص هي مجلس النقد والقرض، حيث تصدر هذه الأخيرة قرارا إما بقبول الملف أو رفضه ولقد أضع المشرع القرار المتعلق بطلب الترخيص لرقابة القضاء الإداري في حالة رفض منح الترخيص.

³ *Instruction N° 07-11, du 23 décembre 2007, fixant les conditions de constitutions de banque et d'établissement financier, et de succursale de banque d'établissement financier* www.bank-of-algeria.dz

⁴ - بوخرس عبد العزيز، خروج المشرع عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 11، 2018، ص 450.

1- شرط الجنسية والإقامة داخل الوطن:

زيادة على شرط الجنسية الذي أكد عليه قانون النقد والقرض تدعيما لقانون المالية رقم 18-15 المتضمن قانون المالية التكميلي المتممة للقانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار السابق الذكر.

وفرض المشرع شرط الإقامة داخل الوطن للمؤسسين المساهمين في البنوك والمؤسسات المالية، ويظهر ذلك في نص المادة 06 من القانون رقم 04-10 المعدل والمتمم لقانون النقد والقرض 11-03¹ التي عدلت المادة 83 المقررة لحكم منح الترخيص لتأسيس بنوك ومؤسسات مالية بمساهمات أجنبية وذلك بإضافة فقرة أخيرة لهذه المادة تنص على حظر إنشاء بنوك ومؤسسات مالية بمساهمات أجنبية داخل الجزائر إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل، وقد جاء نصها كالتالي " لا يمكن الترخيص بالمساهمات الخارجية في البنوك والمؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري إلا في إطار شراكة تمثل الساهمة الوطنية المقيمة 51 % على الأقل من رأس المال . ويمكن أن يقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء".

ومبرر تأكيد المشرع لهذا الشرط في القانون المصرفي حساسية هذا القطاع واتصاله بشكل مباشر بالاقتصاد الوطني للبلاد، وحرصه على عدم التبعية الأجنبية في القطاع. ثانيا: شرط الأخلاق والكفاءة المالية والمهنية.

بالإضافة إلى التأكد من هوية المؤسسين واشتراط الجنسية والإقامة في الجزائر، اشترط المشرع ضرورة أن يتمتع المؤسسون بالأخلاق وكفاءة المهنية والمالية.

1- شرط الأخلاق:

اشترط المشرع على أن تتوافر معايير أخلاقية معينة في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية قبل أن يتم الترخيص لهم بممارسة النشاط المصرفي، وهذا ما أكدت عليه المادة 03 من النظام 06-

¹ القانون رقم 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر، ج، ج عدد 50 ، المنشورة في 01 سبتمبر 2010.

102 التي اشترطت ضرورة أن يتضمن ملف طلب الترخيص بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية أو إقامة بنك أو مؤسسة مالية أجنبية في الجزائر، نوعية وشرفية المساهمين وضامنهم الاحتماليين.

ويبدو أن مفهوم الشرفية مفهوم واسع لا يتوقف عند السمعة المالية التجارية فقط بل يتعداه إلى السمعة الأخلاقية²، وفي هذا الصدد وتطبيقا لهذه المادة يتعين على مجلس النقد والقرض أن يتأكد من حسن أخلاق طالبي الترخيص من خلال التحقق من إذا كان المساهمين المؤسسين محل إجراء تحقيق إداري أو قضائي من خلال الوثائق التي يقدمونها كصحيفة السوابق العدلية مثلا³.

وهو الحكم ذاته الذي جاء في نص المادة 80 من الأمر 11-03 على أنه لا يجوز أن يكون مؤسس لبنك أو مؤسسة مالية شخص محكوم عليه بالجرائم المنصوص عليها في هذه المادة وهي "الحكم عليه بجناية، اختلاس أو غدر أو سرقة، أو نصب أو إصدار شيك بدون رصيد، أو خيانة الأمانة، الإفلاس، مخالفة التشريع المتعلق بالصرف، الحكم عليه بالوصاية، التزوير في محررات تجارية أو مصرفية، مخالفة قانون الشركات، كل مخالفة مرتبطة بالمتاجرة بالمخدرات وتبييض الأموال والإرهاب، أو إذا أعلن إفلاسه أو ألحق بإفلاس أو حكم بمسؤولية مدنية كعضو في شخص معنوي مقيم سواء في الجزائر أو في الخارج مالم يرد له الاعتبار".

ويظهر من كل ما سبق أن المشرع باشتراطه توافر الصفات الأخلاقية في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية قد أخذ بالاعتبار الشخصي للمؤسسين بهدف حماية ودعم الثقة التي يقوم عليها النشاط المصرفي.

2- شرط الكفاءة المالية والمهنية:

نصت المادة 03 من النظام 02-06 على أنه يجب أن يتضمن طلب الترخيص المعلومات المتعلقة بالقدرة المالية لكل واحد من المساهمين ولضامنهم وكذا المعلومات والمعطيات المتعلقة

¹ النظام رقم 02-06 المؤرخ في 24/09/2006 المتضمن تحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشرط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، ج. ر. ج، ج عدد 77 المنشورة في 06/12/2006.

² -بوخرص عبد العزيز، خروج المشرع عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق، ص 450.

³ -مغني وريدة، نظام اعتماد البنوك والمؤسسات المالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 10.

بالمساهمين الرئيسيين المشكلين للنواة الصلبة ضمن مجموعة المساهمين لا سيما فيما يتعلق بقدرتهم المالية وتجربتهم وكفاءاتهم في الميدان المصرفي والمالي عموماً.

ومرجع هذا الشرط هو الخطورة التي يتميز بها النشاط المصرفي ليس فقط على من يمارسه ولكن بنسبة أكبر على جمهور المودعين لذا لم يتطرق المشرع للكفاءة المالية للمؤسسين والمساهمين فقط في مرحلة التأسيس بل حتى لضمانهم، وبالتالي يمكن رفض منح ترخيص التأسيس في حال عدم كفاية هذه القدرة المالية وهذا لضمان سلامة البنك والمؤسسة المالية في حال حدوث تغيرات وصعوبات مفاجئة في السيولة فيوفر المساهمين الدعم المالي الكافي، وكذا لتفادي لجوئها إلى عمليات مشبوهة لتغطية المصاريف مثل تبويض الأموال وغيرها¹، ونفس السبب يمكن إسقاطه على شرط الكفاءة المهنية المتطلبية في لطالبي الترخيص لضمان عدم الفشل وحسن التدبير والتسيير.

¹ مغني وردة، المرجع السابق، ص 12.

المبحث الثاني

تكريس الاعتبار الشخصي من خلال أعمال المسؤولية التضامنية للمؤسسين

يقوم النظام القانوني لشركة المساهمة على مبدأ "تحديد مسؤولية المساهم" بقدر قيمة الأسهم التي اكتتب فيها دون أن يتعدى ذلك إلى أمواله الخاصة¹، وهو مبدأ من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، كما أنه من مميزات شركة المساهمة المشجعة للاستثمار².

غير أن المشرع عادة ما يراعي عند تطبيق هذا المبدأ عدم تعارضه مع مبدأ أهم وهو "حماية الغير حسن النية"، بحيث يوقف أعمال تطبيق هذا المبدأ، وتطبق أحكام المسؤولية الشخصية والتضامنية أو المسؤولية التضامنية³ على المؤسسين كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

وهو بهذا الشكل يضيف على شركة المساهمة الطابع الشخصي، ويجعلها تقترب من أحكام شركة التضامن التي تعتبر النموذج الأمثل لشركات الأشخاص، ويبرر ذلك برغبة المشرع في حماية الغير وتشجيعه على التعامل مع شركة المساهمة، من خلال التشديد في مراقبة عملية التأسيس، وذلك بالنظر لأهمية الدور الذي يقوم به المؤسسون في هذه المرحلة من حياة الشركة.

وقد أقر المشرع أقر المسؤولية التضامنية للمؤسسين، عن الاتفاقات والتعهدات التي يبرمها المؤسسون قبل قيد الشركة في السجل التجاري (المطلب الأول)، كما أقرها عند خرق إجراءات التأسيس عندما ينتج عنها بطلان الشركة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المسؤولية التضامنية على التعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس

خروجاً عن القواعد العامة أخضع المشرع المؤسسين إلى أحكام المسؤولية التضامنية والشخصية عن كل التصرفات القانونية التي يقومون بها خلال فترة التأسيس.

¹ يقصد بهذا المبدأ أن مسؤولية كل شريك عن التزامات الشركة محدودة بقدر ما يملكه من أسهم فيها، فإذا استغرقت الديون رأس مال الشركة وزادت عليه، لا يجوز الرجوع على المساهم يشيء من هذه الزيادة مهما كانت قيمتها، على طلال هادي، مرجع سابق، ص 54.

² أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، ص 14.

³ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، 2022، ص 691.

وفي هذا الصدد نصت المادة 549ق. ت على أنه "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة. فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها"¹.

من خلال النص يتبين أنه لا بدّ أن تتحقق مجموعة الشروط (الفرع الأول) حتى يمكن أعمال المسؤولية التضامنية على المؤسسين خلال فترة التأسيس، كضمان وضعه المشرع لحماية الغير وجمهور المكتتبين الأوائل من عميات الخداع والتضليل التي يمكن أن تصدر من مؤسسي الشركة، فهل حقق مبتغاه؟ أم أن التناقضات التي طرحتها المادة قد قللت الضمان الممنوح من خلال العودة للاعتبار المالي من جديد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط أعمال المسؤولية التضامنية عن التعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس

يحتاج المؤسسون في شركة المساهمة إلى القيام بالكثير من التصرفات القانونية، قبل أن يكون للشركة وجود قانوني، كالاستعانة بالخبراء والفنيين لدراسة موضوع الشركة والإعلان ونشر الشركة وإبرام عقد التأسيس²، أو شراء الأدوات والآلات والمعدات، أو توظيف العمال والتعاقد مع دور الإعلان والإشهار والدعاية ومكاتب الدراسات لإجراء الأبحاث التي تخص مشروع الشركة³.

¹ وهو الحكم ذاته لدى المشرع الفرنسي إذ تنص المادة L210-6 من القانون التجاري الفرنسي على ما يلي :

"Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.

Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société

² عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 192.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 106.

وفي هذا الإطار قرر المشرع على أن آثار تلك التصرفات القانونية تقع على عاتق المؤسسين بشكل تضامني وشخصي، وهو التزام من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو استبعاده بموجب شرط في العقد، يتحقق ضمن شروط معينة جاءت في نص المادة 594ق. ت وهي إما شروط شخصية (أولا) أو شروط موضوعية (ثانيا).

أولا: الشروط الشخصية.

نقصد بالشروط الشخصية تحديد مجال المسؤولية التضامنية من حيث الأشخاص، فمن خلال نص المادة يظهر أن المشرع قد وسع من مجال الأشخاص الملزمين بحيث يسأل كل من تعهد باسم الشركة ولحسابها دون وجود أي شرط أو قيد، فممكّن أن يكون من بينهم إما الميسرين أو الشركاء فكل شخص يقوم بالتعهدات في تلك الفترة تكون له صفة المؤسس للشركة¹، نظر لكون المفهوم القانوني للمؤسس نطاقه يشمل كل من يشترك اشتراكا فعلياً في تأسيس الشركة بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك² كما سبق الذكر³، وبالتالي فقد تصرف المسؤولية التضامنية على الميسرين أو الشركاء الأوائل أو حتى المؤسسين غير شركاء⁴.

ثانيا: الشروط الموضوعية.

نقصد بالشروط الموضوعية تلك الشروط المتعلقة بالتعهدات المبرمة، وهي أن يكون مصدرها التزاما عقدياً، وأن تبرم قبل قيد الشركة في السجل التجاري

1- أن يكون مصدرها التزاما عقدياً يبرم لصالح الشركة ولحسابها:

عبر المشرع عن هذا الشرط بعبارة "التعهدات المبرمة" وينصرف مفهوم التعهدات "Les engagements" كل التصرفات العقدية التي يبرمها المؤسسون في هذه الفترة فهي وحدها التي تكون آثارها محل التزام تضامني وشخصي في حق المؤسسين، والعقد حسب نص المادة 54ق.م هو "اتفاق

¹ زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركة التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، سنة 2016- 2017، ص 126.

² فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 415.

³ لتفاصيل أكثر راجع المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

⁴ زكري إيمان، مرجع سابق، ص 125.

يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

وبالتالي تخرج من نطاق أعمال المسؤولية التضامنية والشخصية للمؤسسين في هذه الفترة الوقائع القانونية وتحديد الأخطاء التقصيرية التي قد يرتكبها المؤسسون في حق الغير فلا يتحمل آثارها إلا المؤسس الذي وقعت في حقه¹، والشركة لا تملك بعد تأسيسها سلطة إقرار الالتزامات التقصيرية ونقلها على عاتقها كما جاء في الشرط الثاني من هذه المادة، وعليه تبقى آثار الالتزامات التقصيرية على عاتق المؤسسين، إلا إذا استفادت منها الشركة حيث يلتزم في هذه الحالة بالتعويض فحسب².

كما أكد المشرع الجزائري على غرار المشرع³ والقضاء الفرنسي⁴ على أن تلك التعهدات يجب أن تكون لصالح الشركة ولحسابها، فإذا ما تعاقد المؤسس باسمه ولحساب الشركة تحت التأسيس اعتبر عملا تقصيريا وبالتالي لا تتحمل الشركة هذا التصرف⁵.

كما أنه ويهدف تحقيق أكبر حماية للغير لم يحدد مجال التصرفات التي يسأل عنها الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة قيد التأسيس، حيث لم تقيد التصرفات فاعتبر المشرع الجزائري المتعهد

باسم الشركة مسؤولا تجاه الغير عن كل عمل تم قبل اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية، فلم يميز بين ما إذا كانت الصرفات ضرورية للشركة أم لا على غرار ما فعلته بعض التشريعات مثل المشرع المصري الذي ميز بين التعهدات الضرورية وغير ضرورية⁶، ففي حال كانت ضرورية تلتزم الشركة بها بعد قيدها في السجل التجاري، ولا تبرئ ذمة المؤسسين إلا إذا حلت

¹ CA. PARIS 24 février 1977 : D.1978 p32.

² عبد العزيز بوخرص، بوخروبة حمزة، مرجع سابق، ص 1094.

³ وهو ما يظهر في نص المادة L210-6 من القانون التجاري الفرنسي، وتحديدًا في عبارة:

"Les personnes qui ont agi au nom d'une société..."

⁴ Cass. Com, du 02 février 2010 n° 09-13.405, www.legifrance.gouv.fr

⁵ CA. PARIS.24mars.1988. D.S.1988.P556.

⁶ نصت المادة 13 من القانون رقم 159 لسنة 1981 المعدل والمتمم، على أنه "تسري على العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس عي حق الشركة بعد تأسيسها، متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة، أما في غير ذلك فلا تسري تلك العقود والتصرفات في حق الشركة بعد التأسيس، إلا إذا اعتمد هذا التصرف مجلس إدارة الشركة أو الجمعية العامة"،

الشركة محلهم في العقد أي بتغيير المدين، أما إذا كانت التعهدات غير ضرورية ورفضتها الشركة ولم تصادق عليها، أو رفض الغير تجديد الالتزام نظرا لتغير المدين، فتكون مسؤولية المؤسسين هنا شخصية وتضامنية¹، وهو ذات الحكم أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 2010 م².

وتجدر الإشارة أن التصرفات التي تلزم المؤسسين في تلك الفترة لا تكون بدايتها العقد التأسيسي فقط، بل تبدأ من يوم القيام بأول تصرف يدل على انعقاد النية في إنشاء شركة تجارية، فتسجيل الشركة في السجل التجاري يتطلب إعداد مشروع القانون الأساسي للشركة الذي يتضمن تعيين المقر الاجتماعي للشركة كبيان إلزامي، وهو ما يستلزم بالضرورة التعاقد مع الغير عن طريق الشراء أو الاستئجار إلى غير ذلك من التصرفات الضرورية التي تبرم قبل التوقيع على العقد التأسيسي للشركة³.

2- أن يبرم العقد قبل قيد الشركة في السجل التجاري:

بمعنى أن يتم إبرام العقد خلال فترة التأسيس التي يجب ألا تتجاوز مدة ستة أشهر من يوم إيداع مشروع القانون الأساسي لدى المركز السجل التجاري⁴، فهذه المرحلة هي المعنية بالمسؤولية التضامنية والشخصية للمؤسسين.

فالشركة التي لم تكتسب الشخصية المعنوية تعتبر غير موجودة قانونا فلا يمكن ان تتعامل مع الغير وإنما يتعامل المؤسسون وإن كان هذا التعامل باسمها⁵، وإذا وجدت تعهدات ومعاملات قبل اكتسابها الشخصية المعنوية فإن المسؤولية تقع على عاتق المؤسسين وتكون المسؤولية تضامنية وشخصية، ويظهر من ذلك أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي قد حدد المدة التي تنتهي فيها فترة التأسيس فيتوقف أعمال المسؤولية التضامنية والشخصية للمؤسسين بمجرد قيد الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، على أنه لم يحدد المدة التي تبدأ منها

¹ أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 413.

² Cass. Com, du, 02 février 2010 n° 09-13.405, www.legifrance.gouv.fr.

³ زكري إيمان، مرجع سابق، ص 129.

⁴ أنظر المادة 604 ق.ت. ج.

⁵ رغم أن المشرع الجزائري لا يعترف بالشركة تحت التأسيس وبالشخصية المعنوية للشركة في فترة التأسيس على عكس ما فعلته بعض التشريعات إلا أنه ألزم على المؤسسين أن يبرموا التعهدات باسمها، وهذا ما نلاحظه في نص المادة 594 ق.ت.ج.

فترة التأسيس هل من يوم إبرام العقد التأسيسي أم قبل ذلك؟ خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن تأسيس الشركة يبدأ من يوم القيام بأول تصرف يدل على انعقاد النية في إنشاء شركة المساهمة، فعملية التأسيس لا تنطلق من يوم إبرام العقد التأسيسي بل قبل ذلك، فهي تشمل مثلاً تجهيز المقر الاجتماعي للشركة أو استئجاره أو التعاقد مع خبراء لدراسة جدوى المشروع، إلى غير ذلك من التصرفات الضرورية التي تبرم قبل التوقيع على العقد التأسيسي للشركة¹، وهو الأمر الذي يعطي ضماناً أكبر للغير ويوسع من نطاق المسؤولية في حق المؤسسين، وقد تصدى القضاء الفرنسي لهذه المسألة فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن فترة التأسيس تبدأ من التوقيع على القانون الأساسي للشركة إلى غاية تسجيل الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية²، وذلك مراعاة لمصلحة الشركة.

وتجدر الإشارة أن هذه المسؤولية تبقى على عاتق المؤسسين إلى غاية نقل آثار تلك التعهدات على عاتق الشركة، إذا ما قبلت بذلك بعد اكتسابها للشخصية المعنوية، حسب الشطر الثاني من هذه المادة ومعنى ذلك أن انتقال هذه التعهدات لا يعدّ أمراً إلزامياً للشركة، فقد تقوم الشركة وتكتسب الشخصية المعنوية وتبدأ بممارسة نشاطها وتصبح لها القدرة على رفض الالتزام بهذه التعهدات خاصة إذا كانت غير ضرورية بالنسبة لها³.

أما إذا قبلت الشركة تلك التعهدات فإنّه وإذا كنا بصدد شركات الأشخاص بالأخص شركة التضامن فإن الضمان الممنوح للغير لا يتغير على اعتبار أن المسؤولية في هذا النوع من الشركات هي مسؤولية تضامنية غير محدودة في الأصل⁴ في حين يختلف الأمر ويقل الضمان الممنوح إذا كنا بصدد شركات أموال بالأخص شركة المساهمة.

¹ زكري إيمان، مرجع سابق، ص 129.

² Cass. Com, du 14 Janvier 2003 n° 00-12.557, www.legifrance.gouv.fr

³ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 255.

⁴ أنظر المادة 551 ق. ت. ج.

الفرع الثاني

العودة إلى الاعتبار المالي وتقليل الضمان الممنوح

بالرغم من تكريس المشرع للاعتبار الشخصي من خلال إعمال المسؤولية التضامنية في الفقرة الأولى من المادة 549ق. ت عن التعهدات المبرمة قبل قيد الشركة في السجل التجاري ، إلا أنه وفي الفقرة الثانية من ذات المادة عاد ونص على إمكانية نقل آثار تلك التعهدات وبأثر رجعي على عاتق الشركة وهو الأمر الذي جعل تطبيق هذه القاعدة على شركة المساهمة¹ يعيدنا إلى الاعتبار المالي من جديد وبالتالي تقليل الضمان الممنوح ، ويظهر ذلك من خلال العودة مرة أخرى على خاصية تحديد المسؤولية (أولا)، وكذا من خلال اختلاف النظام القانوني لكل نوع من أنواع شركات المساهمة، الذي ينعكس على تكوينها من حيث طبيعة المؤسسين فيها.

أولا: العودة إلى الاعتبار المالي من خلال التخلي عن المسؤولية التضامنية للمؤسسين

تطبيق الشطر الثاني من المادة 594ق. ت على شركة المساهمة ونقل التعهدات التي أبرمها المؤسسون على عاتق الشركة بعد تسجيلها في السجل التجاري معناه تحويل المسؤولية بعدما كانت مسؤولية تضامنية وشخصية إلى مسؤولية محدودة بقدر قيمة السهم، وهذا بالتأكيد لا يخدم مصلحة الغير المتعامل مع الشركة وينقص الضمان الممنوح له في فترة التأسيس، ويعني بالمقابل أن نقل التعهدات على عاتق الشركة هو في الحقيقة حماية للمؤسسين من آثار المسؤولية التضامنية وغير المحدودة فالمادة 549 ق. ت. ج وإن كانت وضعت أساسا لحماية الغير إلا أنها في الواقع توفر حماية للمؤسسين من خلال الاستثناء الذي قرره.

لذلك فإنه من أجل تحقيق الحماية المطلوبة للغير حسن النية في هذه الفترة وضمان جدية المؤسسين كان أولى بالمشرع الجزائي تقييد نقل تعهدات والتزامات المؤسسين على عاتق الشركة

¹ - تجدر الإشارة أن هذه الامكانية لا تغير الضمان في شركات الأشخاص، على اعتبار أنها أصلا قائمة على الاعتبار الشخصي وعلى المسؤولية التضامنية غير محدودة.

بشرط هو: ألا يؤدي هذا النقل إلى الإضرار بحقوق الغير، وأظهر صور هذا الإضرار نقصن الضمان¹.

كما أنه وارد جدا احتمالية رفض الغير تحويل الدين إلى الشركة، وهو الأمر الذي لم يتصد إليه المشرع الجزائري، وهنا وفي هذه الحالة يبقى المؤسسون مسئولون بالتضامن ويمكنهم الرجوع بعد ذلك على الشركة بدعوى الإثراء بلا سبب أو الفضالة²

ثانيا: العودة للاعتبار المالي نتيجة اختلاف الطبيعة التكوينية لشركة المساهمة

امكانية نقل التعهدات على عاتق شركة يجعلنا نتساءل عن صاحب السلطة في اتخاذ القرار المتعلق بنقل التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين على عاتق الشركة أو رفض ذلك، بالنسبة للشركات التجارية فإنه عمليا طريقة نقل تلك التعهدات يكون باتخاذ قرار مصادق عليه من طرف الشركاء بحيث يمكن أن يتخذ المؤسسون ذلك القرار قبل التوقيع على القانون الأساسي، ويقوم المتعهدين باسم الشركة

بتحضير قائمة بتلك الأعمال ترفق بالقانون الأساسي، فيوقع عليها الشركاء وتلتزم بها الشركة حينها بطريقة تلقائية بعد اكتساب الشخصية المعنوية، أو يتم الاعتراف بتلك التصرفات عن طريق اتخاذ قرار صادر من الشركاء بالالتزام بكل ما تم إبرامه من طرف الشركة بأثر رجعي، إلا في حالة وجود شرط مخالف في القانون الأساسي³.

أما في شركة المساهمة فإذا كان المنطق يقتض أن جمعية الشركاء أو المساهمين هي المخولة بذلك، فإن تعدد الجمعيات العامة في شركة المساهمة (تأسيسية، وعادية، وغير عادية) يجعلنا نطرح السؤال حول الجمعية المختصة بذلك؟⁴ وهو في الحقيقة ما نص عليه المشرع الفرنسي في نص تنظيمي من القانون التجاري⁵.

¹ بوخرص عبد العزيز، عبد المجيد صغير بيرم، مسؤولية مؤسسي الشركات التجارية في القانون الجزائري "عن عدم كفاية، وعدم فعالية النص القانوني"، مقال ضمن مؤلف جماعي بعنوان "نحو إعادة صياغة ومراجعة أحكام الشركات التجارية"، مؤلف جماعي. منشورات كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد بوضياف المسيلة، جوان 2021، ص13.

² زكري إيمان، مرجع سابق، ص128.

³ المرجع نفسه، ص132.

⁴ بوخرص عبد العزيز، عبد المجيد صغير بيرم، مرجع سابق، ص 12.

⁵ Article R210-7. www.legifrance.gouv.fr

وباعتبار أن شركة المساهمة تؤسس على نوعين إما باللجوء العلني أو بدونه فإنه وفي ظل غياب نص صريح في القانون الجزائري أن سلطة اتخاذ هذا القرار وحسب المنطق يعود إلى الجمعية التأسيسية في حالة تأسيس الشركة باللجوء العلني للدخار على اعتبار أنها أول الجمعيات انعقاداً وبالنسبة للشركة التي تؤسس دون اللجوء العلني فإن السلطة تعود للجمعية العامة.

وحيثما نكون بصدد شركة مساهمة تأسست دون اللجوء العلني للدخار وبالنظر لطبيعة المساهمين فيها أين يكون المؤسسون هم أنفسهم المساهمون المستقبليون، وبالتالي من مصلحتهم نقل هذه تعهداتهم على عاتق الشركة والتخلص من المسؤولية، وتصبح الشركة هي المسؤولية في حدود رأس مالها وبالتالي ينقص الضمان الممنوح للغير.

بالمقابل حينما نكون بصدد شركة مساهمة تأسست باللجوء العلني للدخار وإن كان من الوارد أن ترفض الجمعية التأسيسية (بالنظر إلى طبيعة تكوينها، مؤسسون ومكتتبين) نقل هذه التعهدات على عاتق الشركة حتى لا تتضرر ذمتها المالية فتبقى المسؤولية التضامنية غير المحدودة قائمة في حق المؤسسون ويبقى الضمان الممنوح للغير موجود، فإنه يمكن جداً قبول نقل تلك التعهدات وبالتالي زوال الضمان الممنوح¹.

المطلب الثاني

المسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس

تقدم أن المشرع الجزائري أحاط تأسيس شركة المساهمة بمجموعة من الإجراءات تضمنتها نصوص القانون التجاري لا سيما منها المواد من 595 إلى 606، وكذا أحكام المرسوم التنفيذي رقم 438-95، فضلاً عن القواعد العامة المتعلقة بتأسيس الشركات الواردة في القانون المدني، تهدف هذه الأحكام في مجملها إلى ضمان تأسيس حقيقي لشركة المساهمة وحفظ حقوق الغير المتعاملين² مع الشركة في هذه المرحلة.

¹ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 694.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

وقد حددت المادة 715 مكرر 21 ق. ت. ج¹ بالإضافة إلى طبيعة المسؤولية المدنية² المترتبة عن خرق إجراءات تأسيس شركة المساهمة سواء عن قصد أو إهمال بأنها مسؤولية تضامنية، النطاق الشخصي (الفرع الأول) والموضوعي لهذه المسؤولية (الفرع الثاني).

والمسؤولية التضامنية³ في هذا الإطار هي من النظام العام فلا يمكن الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها بموجب شرط في العقد⁴، وهو ما يشكل مرة أخرى خروجاً عن القواعد العامة للمسؤولية المحدودة وغير التضامنية في هذا النوع من الشركات، يبرر بالحماية المطلوبة للشركة مستقبلاً من حيث أنه يبعث الطمأنينة في نفوس المتعاملين معها أو مع المؤسسين وبالتالي تسهل

¹ "يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة، الذين أسند إليهم البطلان والقائمين بالإدارة اللذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة. كما يجوز أن تسند نفس مسؤولية التضامن للمساهمين الذين لم يحقق في حصصهم المقدمة للشركة أو المنافع ولم يصادق عليها". وهو ذات النص في المادة L225-249 القانون التجاري الفرنسي وجاء نصها كالتالي:

Article L225-249 "Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société.

La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés."

² يرجع أساس المسؤولية التضامنية للمؤسسين عن خرق إجراءات التأسيس إلى المسؤولية المدنية الناتجة عن القيام بعمل شخصي مستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي)، والقائمة على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وفقاً لنص المادة 124 ق. م. ج.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري يستبدل في القانون المدني عبارة المسؤولية التقصيرية *délictuelle responsabilité* المعروفة تقليدياً، بالعمل المستحق للتعويض، وذلك نتيجة تطور المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري، فلم تنب هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ، أي سلوك المسؤول، بل أصبحت تستند إلى فكرة تحمل التبعة، حيث أصبحت العبرة بالضرر الذي أصاب الضحية أكثر مما هي مربوطة بخطأ أو تقصير المسؤول، فالتوجه الجديد للمسؤولية المدنية يرجح حماية الضحية على حماية المسؤول، وهذه الاعتبارات التي جعلت المشرع الجزائري يستعمل عبارة العمل المستحق للتعويض بدل المسؤولية التقصيرية، أنظر: على فيلاي، مرجع سابق، ص 01.

كما تجدر الإشارة أن المشرع إضافة للمسؤولية المدنية قرر مسؤولية الجزائية في حق المؤسسين نتيجة خرق إجراءات تأسيس وذلك في إطار التشديد من أجل حماية جمهور الأفراد الذي يُسهم في تكوين رؤوس أموال هذه الشركة من عمليات الخداع والتضليل التي يمكن أن تصدر عن مؤسسي الشركة، لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر: بوخرص عبد العزيز، *المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركة المساهمة*، مجلة دفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 18، جانفي 2018، ص 353-360.

³ تطبيقاً على المسؤولية التضامنية نتيجة الاخلال بإجراءات التأسيس أحكام التضامن المنصوص عليه في القواعد العامة وتحديد المواد من 217 إلى 235 ق. م. ج المتعلقة بتضامن المدينين.

⁴ بالرغم من أن المسؤولية لتضامنية حتمية إلا أنه يجوز أن تطبق بشأنها الأسباب العامة للإعفاء من المسؤولية، كالقوة القاهرة وخطأ المتضرر والغلط الشائع أو المحتم، أو عند انتفاء ركن الضرر، كما يمكن أن توجد أسباب لتخفيف هذه المسؤولية كالأَسباب والعوامل الصادرة من غير المؤسسين، أنظر: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 441.

عمليات تأسيسها، كما أنه يضمن جدية المؤسسين وحرصهم على إتمام إجراءات التأسيس خوفا من المسؤولية القانونية الملقاة على عاتقهم¹.

الفرع الأول

النطاق الشخصي للمسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس

يظهر من خلال نص المادة 715 مكرر 21 ق. ت. ج السابقة الذكر أن المشرع قد حدد النطاق الشخصي للمسؤولية التضامنية وهم المؤسسون (أولا) ويمكن أن يلحق بهم أشخاص آخرون في المسؤولية (ثانيا).

أولا: المؤسسون

ونقصد هنا المفهوم الواسع لمعنى المؤسسين²، وقد قررت المادة 715 مكرر 21 ق. ت. ج المسؤولية التضامنية في حق المؤسسين بشكل عام وبدون تمييز، وهو الأمر الذي دفع الفقه للتساؤل حول مسألتين هامتين³.

1- المسألة الأولى:

بالنسبة للمؤسسين الذين لم يسهموا في وقوع عيب التأسيس، بمعنى أن المؤسس الذي لم يرتكب أي خطأ ولم يكن مسؤول أي عيب أو خالفة واقعة في إجراءات التأسيس هل يعتبر أيضا مسؤول مسؤولية تضامنية مع المؤسسين الذين تمت المخالفة أو وقع العيب بفعلهم؟ الواقع أن نص المادة السابقة وكما سبق الذكر جاء بصفة عامة ومطلقة، فلم يميز بين من أسهم في حدوث هذا العيب أو لم يسهم، فالمسؤولية التضامنية تقع عليهم جميعا بمجرد اتخاذهم على عاتقهم مسؤولية إنشاء الشركة وتأسيسها من خلال توقيع عقد تأسيسها، فهم يسألون وبالتضامن فيما بينهم عن جميع العيوب والمخالفات التي تقع في عمليات التأسيس من بدايتها إلى نهايتها⁴.

¹ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p299, n°1491.

² G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p301, n°1496.

ولمزيد من التفاصيل راجع المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 452.

⁴ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

غير أن القضاء الفرنسي كان له موقف مخالف بالنسبة لهذه المسألة، إذ أنه ذهب في معظم أحكامه إلى أن المسؤولية لا تترتب إلا على المؤسسين الذين ينسب إليهم وقوع العيب دون الآخرين الذين لم يكن لهم يد في حصوله¹.

2- المسألة الثانية:

نظرا للتبعات الخطيرة للمسؤولية التضامنية دفعت تساؤل الفقه حول وضع المؤسس الذي قام بعملية واحدة أو بعض عمليات التأسيس دون أن تكون هذه العملية أو العمليات هي الأساسية في التأسيس، فهل يعتبر مسؤولا بالتضامن مع غيره من المؤسسين أو مسؤولا فقط عما قام به من أعمال؟² رأينا سابقا في صدد بحثنا عن مفهوم المؤسس أن صفة المؤسس تلحق كل من يقوم بدور إيجابي وفعال في إتمام الإجراءات المتعلقة بتأسيس الشركة³، لذلك وفي نفس السياق لم يفرق المشرع الجزائري بين مؤسس تدخل في جميع عمليات التأسيس وبين من لم يتدخل إلا في عملية واحدة أو عمليات محدودة بل جاء النص عاما وشاملا.

ثانيا: الأشخاص الذي يجوز إلحاقهم بالمؤسسين في المسؤولية التضامنية

بدافع الشدائد وتقوية الضمان الممنوح للغير في مرحلة التأسيس فإن المشرع منح السلطة التقديرية للقاضي لتوسيع النطاق الشخصي للمسؤولية التضامنية الناتجة عن خرق إجراءات التأسيس لتشمل إلى جانب المؤسسين أطراف أخرى ذكرتهم المادة 715 مكرر 21 ق.ت على سبيل الحصر، وهم القائمين بالإدارة الأولين ومقدمي الحصص العينية الذين لم يحقق في حصصهم المقدمة.

1- القائمين بالإدارة الأولين:

يقصد بالقائمين بالإدارة الأولين الذين يتم انتخابهم من قبل الجمعية العامة التأسيسية التي تعقد في إطار استكمال إجراءات تأسيس شركة المساهمة⁴، وبالتالي فهم المديرون الذي

¹ Cass. com. 6 octobre 2006, n° 05-13.255, www.legifrance.fr.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 453.

³ راجع المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل، ص، 90.

⁴ أنظر المادة 600 ق.ت. ج.

يمتلكون الشرعية القانونية للقيام بأعمال التسيير وتمثيل الشركة أمام الغير، والذين كانوا في مناصبهم وقت حدوث البطلان بسبب عيب التأسيس¹.

وقد قرر المشرع المسؤولية التضامنية للقائمين الأولين بالإدارة على جانب المؤسسين عند بطلان شركة المساهمة، إذ قد يحدث أن يكون خطأ في إجراءات التأسيس واستمر الخطأ بصورة أمام مجلس الإدارة المنتخب واسترسل المجلس في هذا الخطأ، أو كان مجلس الإدارة ذاته يتكون من المؤسسين أنفسهم واستمرو بالعمل بهذا الخطأ².

ويبدو جليا أن المشرع قصد من وراء تحميل القائمين بالإدارة الأولين إلى جانب المؤسسين المسؤولية التضامنية من أجل زيادة الضمان من جهة، ومن جهة ثانية دفعهم على الحرص بمجرد قبولهم لتعيينهم للتحقق من سلامة إجراءات التأسيس باعتبارهم ممثلو الشركة ووكلائها، حتى يتمكنوا من كشف البطلان وتداركه³.

ولا فرق بالنسبة لمسؤولية الأعضاء الأولين لمجلس الإدارة، بين من تم تعيينهم في نظام الشركة أو أن ينتخبوا في الجمعية التأسيسية، طالما أنهم قبلوا بوظائفهم صراحة، وثبت هذا القبول في محضر الجلسة الخاص بالجمعية⁴، فهم لا يستعطون التنصل من المسؤولية إلا إذا رفضوا تعيينهم من قبل الجمعية التأسيسية.

2- مقدمو الحصص العينية الذين لم يحقق في حصصهم:

إلى جانب المؤسسين والقائمين الأولين بالإدارة يجوز أن يسند التضامن أيضا إلى مقدمي الحصة العينية، وهو ما يعدّ خروجاً عن مبدأ تحديد مسؤولية المساهم بقدر قيمة حصته في الشركة، وقد اشترط المشرع من أجل إعمال هذه المسؤولية في حق المساهم مقدم الحصة العينية أنه لم يتم التحقيق في حصته .

والحقيقة أن هذا الشرط يطرح الكثير من الغموض حول قصد المشرع من مسألة التحقيق في الحصة؟، فالمنطق يقتضي أنه لا يقصد بها حالة تقدير الحصة العينية على خلاف حقيقتها، على

¹ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p301, N°1496.

² على طلال الهادي، مرجع سابق، ص104

³ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص659.

⁴ أنظر المادة 600 ق. ت. ج.

اعتبار أنه من الثابت قانوناً أن مندوب الحصص هو الذي يقع على عاتقه تقديرها¹ كضمان لحماية الغير المتعامل مع الشركة في أن تمنحه ائتماناً وهمياً باختلاف رأسمال الشركة الفعلي عن رأسمالها الحقيقي بالأخص وأن حقوق الغير لا ضمان لها في شركة المساهمة سوى رأسمالها. ويبدو أن المشرع يقصد من مسألة التحقيق، إجراءات طرح الحصة العينية أمام الجمعية التأسيسية من أجل فحص القيمة التي قررها مندوب الحسابات إما تقرير قبولها أو تقرير تخفيض قيمتها وفقاً لإجراءات معينة²، وكذا تقرير قبول الحصة العينية في حد ذاته³، وعليه فإن الحصة العينية التي لم تخضع لهذه الإجراءات أمام الجمعية التأسيسية يشك في أن أصحابها متواطئين مع المؤسسين إذ من المحتمل أن تكون حصة وهمية يقدمها المؤسسون في رأسمال الشركة بقصد الغش والتحايل على المكتتبين لدفعهم على الاكتتاب في شركات مصيرها البطلان⁴.

والجدير بالذكر أن بعضاً من الفقه يرى أن مقدمو الحصص العينية تنحصر مسؤوليتهم بخرق إجراءات التأسيس المتعلقة بالحصص العينية فقط، فلا يسألوا عن سائر العيوب ومخالفات التأسيس إلا إذا كانت لهم في الوقت نفسه صفة المؤسسين⁵.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي للمسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس

يظهر من خلال نص المادة 715 مكرر 21 ق. ت. ج أن المشرع قد حدد النطاق الموضوعي للمسؤولية التضامنية الناتجة عن خرق إجراءات التأسيس وهو صدور حكم ببطلان الشركة (أولاً)، دون أن يتطرق إلى نوع المسؤولية في حال عدم صدور حكم ببطلان الشركة وبالنسبة لمختلف الحالات التي تطرحها إجراءات التأسيس. (ثانياً).

¹ أنظر المادة 601/602 ق. ت. ج.

² أنظر المادة 601/04، 03 ق. ت. ج.

³ أنظر المادة 603/2 ق. ت. ج.

⁴ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 659.

⁵ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 458.

أولاً: صدور الحكم ببطلان شركة المساهمة.

متى ما تحقق بطلان شركة المساهمة بثبوت مسبباته¹ يحق لكل من له مصلحة أن يقيم دعوى المسؤولية التضامنية في حق كلا من المؤسسين والقائمين بالإدارة وكذا مقدمي الحصة العينية الذين لم يحقق في حصصهم.

1- أسباب بطلان شركة المساهمة:

حددت المادة 1/733 ق. ت² والمادة 735 ق. ت³ الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى بطلان شركة المساهمة وهي، التي نص القانون التجاري على البطلان بتوافرها⁴ وكذا البطلان الذي يسري على بطلان العقود، انعدام أهلية جميع المؤسسين، بالإضافة إلى حضر البطلان إذا ما وجد شرط الأسد في القانون الأساسي.

أ- الأسباب التي نص عليها القانون التجاري: بتفحص أسباب بطلان شركة المساهمة الواردة في القانون التجاري غير تلك الواردة في المادة 1/733 ق. ت. ج فإننا لا نكاد نجد إلا سببين اثنين، السبب الأول جاء في المادة 735 ق. ت. ج⁵ والمتعلق بعدم شرعية موضوع الشركة، والثاني جاء

¹ تجدر الإشارة بداية أنه يلاحظ أن نص المادة 715 مكرر 21 سالف الذكر يتحدث عن حل الشركة، وفي الواقع أن الأمر يتعلق بالبطلان (L'annulation) لا بالحل (La résolution) كما هو واضح من النص الفرنسي لذات المادة.

² نصت المادة 1/733 ق. ت. ج على أنه " لا يحدث البطلان في الشركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في القانون أو البطلان الذي يسري على بطلان العقود، وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو شركات المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد في الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين، كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحضورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني".

³ نصت المادة 735 ق. ت. ج على أنه " تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع البطلان من اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائياً إلا إذا كان هذا البطلان مبنياً على عدم قانونية الشركة".

⁴ وهو الذي عبر عنه في المادة بعبارة " يحدث البطلان في الشركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في القانون"، والجدير بالذكر أن المشرع من خلال هذه المادة قد تبني قاعدة قانونية هامة، شكلت تقليص حقيقي لأسباب البطلان وحالاته من أجل حماية الشركة، وهي قاعدة "لا بطلان إلا بنص صريح في القانون التجاري" الشبيهة بالقاعدة المعروفة في القانون الجنائي "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

⁵ نصت المادة 735 ق. ت. ج على أنه " تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع البطلان من اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائياً إلا إذا كان هذا البطلان مبنياً على عدم قانونية الشركة".

في المادة 3,4/601 ق. ت. ج¹ والمتعلق بعدم موافقة مقدمي الحصة العينية على تخفيض قيمة الحصة في الجمعية التأسيسية.

وينصرف موضوع الشركة إلى غرض الشركة، والذي هو النشاط الاقتصادي الذي أسست الشركة من أجله ويسعى الشركاء إلى تحقيقه، ويجب أن يكون غرض الشركة جائزا قانونا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.²

ويكون غرض الشركة مخالف للقانون إذا كان من النشاطات التي يحظرها القانون لاعتبارات معينة، وليس من الضروري أن يكون النشاط غير مشروع حتى يكون مخالفا للقانون، فيمكن أن يكون النشاط مشروعاً لكنه غير مسموح به قانوناً والعكس صحيح، وفي كلتا الحالتين يبطل عقد الشركة بطلاناً مطلقاً³، والعبرة في تحديد غرض الشركة النشاط الفعلي والحقيقي وليس النشاط القانوني⁴.

أما فيما يتعلق بعدم الموافقة الصريحة على تخفيض قيمة الحصة العينية في الجمعية العامة التأسيسية، فإن المشرع اعتبرها غير مؤسدة وبالتالي يبطل تأسيس الشركة⁵ إذا لم يوافق أصحابها على هذا التخفيض.

ب - البطلان الذي يسري على بطلان العقود: يعود هذا السبب إلى الطبيعة العقدية التي تقوم عليها شركة المساهمة في الأساس، وبالتالي فإن الشركة تبطل إذا لم يحترم مقومات عقد تأسيسها من شروط موضوعية سواء العامة كعدم وجود الرضا وكذا الشروط

¹ نصت المادة 3,4/601 ق. ت. ج على ما يلي "يجب على الجمعية العامة التأسيسية أن تفصل في تقدير الحصص العينية، ولا يجوز لها أن تخفض من هذا التقدير إلا بإجماع جميع المكتتبين، وعند عدم الموافقة الصريحة عليه من مقدمي الحصص المشار إليها في المحضر، تعد الشركة غير مؤسدة".

² مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 51، وبهذا المعنى نجد أيضاً الحكم القضائي الفرنسي التالي: Cass. com. 25 juin 2013. n° 12-17.037. www.legifrance.fr.

³ على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 127.

⁴ Cass. com. 18 juill. 1989, n° 88-13.261. Et Cass. com. 10 nove 2015, n°14-18.179. www.legifrance.fr.

⁵ V, Aurélien Bamde ; **La nullité des sociétés In Droit commercial, Droit des sociétés** ; Article Posted Déc 15, 2016 et disponible sur le site: <https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite-des-societes>

الخاصة بعدم تقديم المساهمات وذكرها في القانون الأساسي للشركة¹ وعدم وجود نية الاشتراك²، بالإضافة إلى الشروط الشكلية، ما يجعلها سببا لعدم تأسيس الشركة وشطب قيدها في السجل التجاري، وعليه تنعقد المسؤولية التضامنية للمؤسسين³.

ج- انعدام أهلية جميع المؤسسين: اشترط القانون توافر الأهلية الكاملة لدى مؤسس شركة المساهمة، وفي حالة عدم تمتعهم بالأهلية فإن الشركة تبطل ويفشل المشروع، وهو ما يكون مدعاة لترتيب المسؤولية التضامنية⁴.

د- حضر البطلان في وجود شرط الأسد: حسب نص المادة 1/426 ق. م. ج⁵ فإنه إذا ما تضمن العقد الأساسي للشركة شرطا يقضي بإعفاء أحد الشركاء من الخسائر أو الأرباح فإن عقد الشركة يبطل بطلانا مطلقا، على أن المادة 733 ق. ت. ج تضمنت استثناء بالنسبة لشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن يتم بطلان الشرط في العقد دون بطلان عقد الشركة⁶.

والجدير بالذكر أخيرا أن بطلان الشركة بسبب مخالفة إجراءات التأسيس وإن كان يتعلق بالنظام العام، بحيث يعدّ باطلا كل شرط في عقد الشركة أم نظامها الأساسي يقضي بحرمان الشركاء من المسؤولية التضامنية المقررة في حقهم، إلا أنه بطلان من نوع خاص إذ يجمع بين خصائص البطلان المطلق والبطلان النسبي، فهو يقترب من البطلان المطلق لأنه يتعلق بالنظام العام إذ أنه يحمي الادخار العام فلا يجوز التنازل عنه ويحق لكل مصلحة التمسك به، ويقترب من البطلان النسبي لأن المحكمة لا تستطيع أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما لابد ان يطالب به من له

¹ Cass. com. 14 déc 2004, n°01-11.353, www.legifrance.fr.

² Cass. com. 15 mai 2007, n°06-14.262, www.legifrance.fr.

³ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p300, N°1492.

⁴ على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 113.

⁵ نصت المادة 1/426 ق. م. ج على أنه "إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا".

⁶ الجدير بالذكر أن المشرع في النص العربي للمادة 733 ق. ت. ج نص على عدم تأثير شرط الأسد على شركات الأموال دون شركات الأشخاص، وهذا الأمر من المسائل التي تم انتقاد المشرع بشأنها، على أساس أن شرط الأسد يمسّ بركن اقتسام الأرباح والخسائر وهو ركن خاص بجميع الشركات.

وملاحظ في هذا الشأن أن النص الفرنسي لذات المادة لا يبطل الشركات ككل وإنما يبطل هو كشرط في العقدو اعتباره كأن لم يكن.

مصلحة في ذلك، كما أن المؤسسين لا يمكن لهم ان يحتجوا به قبل الغير لأن مخالفة إجراءات التأسيس كان بسبب إهمالهم¹، ويجوز تصحيحه باستكمال الإجراء الناقص².

2- آثار ثبوت أسباب بطلان شركة المساهمة:

إذا ما كان تأسيس الشركة غير قانوني يحق لكل من له مصلحة أن يقيم بالإضافة إلى دعوى البطلان، دعوى المسؤولية التضامنية على المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة الأولين ومقدمو الحصص العينية الذين لم يحقق في حصصهم.

ويتم رفع دعوى البطلان أمام المحكمة التجارية³ التي يوجد نطاقها الاقليمي في مركز الشركة الرئيسي المعين في نظامها الأساسي⁴، ومتى تبين للمحكمة أن أسباب البطلان ثابتة وجب الحكم به ما لم تحصل أسباب تؤدي إلى عدم قبول الدعوى أو سقوطها، كتصحيح العيب المبطل⁵ أو انقضاء الدعوى بالتقادم⁶.

وإذا بطلت الشركة قبل مباشرة أي نشاط، فيزول وجودها ويعو كل المساهمين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التأسيس، وبالتالي تسترد الأسهم التي تم الاكتتاب بها ويتم الاعفاء من دفع الأسهم التي تم الوعد بها ولم تدفع قيمتها⁷.

¹ Cass com, 15 mai 2007, n°06-14.262. www.legifrance.fr.

² عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 225.

³ وفقا للقانون رقم 13-22 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم للقانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022، فإنه وبموجب المادة 536 مكرر 2 منه تم إنشاء جهة قضائية جديدة متمثلة في المحكمة التجارية متخصصة للبت في بعض المنازعات، يتعلق الأمر بمنازعات الشركات التجارية لا سيما تلك المتعلقة بالشركاء، وحل وتصفية الشركات، والإفلاس والتسوية القضائية، و منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، و المنازعات البحرية، والنقل الجوي، و منازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري و كذا المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

⁴ أنظر المادة 40 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

⁵ نصت المادة 735 ق. ت. ج. على أنه "تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الاصل ابتدائيا.....".

⁶ نصت المادة 740 ق. ت. ج. على أنه "تتقادم دعوى بطلان الشركة أو الاعمال أو المداوات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء أجل ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان ...".

⁷ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 425.

وبصدور حكم البطلان يحق لمن له مصلحة أن يرفع دعوى المسؤولية التضامنية على الأطراف السابق ذكرها، وغالبا ما ترفع هذه الدعوى مع دعوى البطلان فتشكل إحداها دعامة للأخرى.

وإن كان المشرع اشترط لتحقيق المسؤولية التضامنية صدور حكم البطلان فإنه لم يشترط ذلك لتحقيق المسؤولية المدنية، فيمكن إقامة دعوى المسؤولية المدنية حتى ولم يصدر حكم بالبطلان¹ إذ يكفي لوقوعها تحقق الضرر²، وبالتالي المشرع لم يحدد نوع هذه المسؤولية في هذه الحالة إذا ما كانت تضامنية أم لا.

ثانيا: نوع المسؤولية عند عدم صدور حكم ببطلان الشركة.

فرض المشرع المسؤولية التضامنية على المؤسسين إذا ما تقرر بطلان الشركة نتيجة مخالفة إجراءات التأسيس، لكنه أغفل تحديد نوع المسؤولية على بعض الحالات التي تطرحها إجراءات التأسيس، يتعلق الأمر أساسا بإغفال المشرع تحديد نوع المسؤولية الملقاة على المؤسسين إذا لم يتم تأسيس الشركة خلال ستة أشهر، وكذا نوع المسؤولية عند إغفال المؤسسين ذكر البيانات الإلزامية التي فرضها المشرع عند تأسيس الشركة والتي لا يترتب عنها البطلان، بالإضافة إلى إغفاله تحديد نوع المسؤولية بالنسبة للإجراءات المسببة للبطلان والتي تم تداركها وتصحيحها.

1- المسؤولية عند عدم تأسيس الشركة خلال ستة أشهر:

جاء في نص المادة 598ق. ت. ج أن الأموال الناتجة عن الاكتتابات النقدية وقائمة المكتتبين، مع ذكر المبالغ التي يدفعها كل، مكتب لدى موثق أو لدى مؤسسة مالية مؤهلة قانونا³، والواقع أن المؤسسين يقومون بإيداع الأموال المدفوعة من المكتتبين قبل تأسيس الشركة بوجه نهائي لدى البنك الذي تولى طرح الاكتتاب بشكل حساب مفتوح مع جدول المكتتبين والمبلغ الذي دفعه كل واحد منهم⁴، ولا يجوز سحب هذه الأموال إلا بعد أن يقدم من ينوب عن الشركة قانونا ما يفيد

¹ أنظر المادة 2/743 ق. ت. ج.

² G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p301, N°1495.

وتتقدم هذه الدعوى بمرور 03 سنوات من تاريخ كشف البطلان، أنظر المادة 2/743 ق. ت. ج.

³ أنظر المادة 598ق. ت. ج.

⁴ على طلال هادي، مرجع سابق، ص213.

تأسيسها¹، وفي حال لم تؤسس الشركة في غضون ستة أشهر من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي في السجل التجاري، يحق للمكتتبين استرداد أموالهم بواسطة وكيل مكلف من طرف القضاء².

وفي هذا الإطار يتضح أن المشرع مكن المكتتبين من استرداد أموالهم عند عدم تأسيس الشركة أو التأخر في تأسيسها دون أن يحمل المؤسسين أي مسؤولية، حتى ولو كان هذا التأخر أو عدم التأسيس ناتج عن إهمال أو تراخي المؤسسين أو أنه سبب ضرر للمكتتبين، وإن كان يمكن اللجوء في هذه الحالة للقواعد العامة وتطبيق قواعد المسؤولية المدنية، إلا أنه وبالنظر لدواعي الحماية التي يتوخاها المشرع للشركة وللغير والتشجيع على الاكتتاب، وبالنظر لحساسية هذه المرحلة في حياة الشركة كان أولى بالمشرع الجزائري عدم إغفال النص على ضرورة تعويض المكتتبين عند الاقتضاء، وأن يدفع هذا التعويض على سبيل التضامن بين المؤسسين، أي فرض المسؤولية التضامنية على المؤسسين عند تعويض المكتتبين عن عدم تأسيس الشركة أو التأخر في تأسيسها، وهو الأمر الذي تفتنت إليه بعض التشريعات، نذكر منها المشرع المصري في المادة 14 من قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981 السابق الذكر³، وذلك لضمان عدم إهمال وتراخي المؤسسين في اتمام إجراءات تأسيس الشركة، وتفادي الضرر الذي قد يلحق بالمكتتبين نتيجة تجميد أموالهم لمدة طويلة دون استثمار⁴، وبالتالي حماية جمهور المكتتبين ما يدفع على التشجيع على الاكتتاب في شركات المساهمة.

¹ نصت المادة 1/604 ق. ت. ج "لا يجوز أن يسحب وكيل الشركة الأموال الناتجة عن الاكتتابات النقدية قبل تسجيل الشركة في السجل التجاري".

² نصت المادة 2/604 ق. ت. ج على أنه "وإذا لم تؤسس الشركة في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، جاز لكل مكتتب أن يطالب أمام القضاء بتعيين وكيل يكلف بسحب الأموال لإعادتها للمكتتبين بعد خصم مصاريف التوزيع".

³ نصت المادة 14 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 المعدل والمتمم على أنه "إذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسها في خلال ستة أشهر من تاريخ الاخطار بإنشائها جاز لكل مكتتب أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين من يقوم برد الأموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين.

ويكون للمكتتب أن يرجع على المؤسسين على سبيل التضامن بالتعويض عند الاقتضاء....."

⁴ على طلال هادي، مرجع سابق، ص 216.

2- المسؤولية عند إغفال البيانات الأساسية:

تشتط أحكام القانون التجاري عددا من البيانات الضرورية التي ينبغي أن يتضمنها القانون الأساسي كتلك التي تخص توزيع الأرباح وتكوين رأس المال الاحتياطي وتوزيع علاوة التصفية، أو تقييم الحصص العينية إن وجدت وغيرها من البيانات لإلزامية، كما تنص هذه الأحكام على إجراءات خاصة بتأسيس الشركة تأخذ في بعض الأحيان تفصيلات دقيقة كما هو الحال بالنسبة للأحكام المتعلقة بالاككتاب، تحرير الحصص، وإيداع الأموال وسحبها، وكل هذه الأحكام التي تضمنها القانون التجاري أو المرسوم التنفيذي 95-438 السابق الذكر جاءت أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها¹.

وقد يحدث وأن يغفل المؤسسون تضمين العقد الأساسي هذه البيانات، أو يخلوا بتلك الإجراءات، وفي هذه الحالة وفي ظل إغفال المشرع تحديد طبيعة المسؤولية فإننا بالتأكيد نلجأ للقواعد العامة ونطبق عليها قواعد المسؤولية المدنية والتي أساسها المسؤولية القانونية وفقا للقانون المدني².

غير أنه وبالنظر لطبيعة الأشخاص المعنيين بالحماية من خلال فرض هذه الإجراءات وهم المكتتبين في الشركة بالدرجة الأولى ولدواعي تشجيع الاككتاب، وبالنظر لحساسية هذه المرحلة في حياة الشركة كان أولى بالمشرع الجزائري عدم إغفال تحديد طبيعة المسؤولية المدنية بل وفرض المسؤولية التضامنية ليس على المؤسسين فقط بل على جميع الأطراف الفاعلة في هذه المرحلة من حياة الشركة على غرار ما فعله المشرع الفرنسي³ الذي نصّ في المادة 8-210 L على حكم عام متعلق بجميع أنواع الشركات التجارية اعتبر بموجها كل من مؤسسي الشركة وكذا المتصرفين الأولين وأعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المديرين الأولين وأعضاء مجلس الرقابة الأولين مسؤولين متضامين عن الضرر المتسبب فيه عدم تضمين النظام الأساسي للشركة بيانا إلزاميا ما، أو إغفال

¹ أنظر المواد من 595 إلى 609 من ق. ت. ج، وكذلك المواد من 02 إلى 07 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 سالف الذكر.

² عبد العزيز بوخرص، عبد المجيد صغير بيرم، مرجع سابق، ص 16.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

إجراء ينص عليه هذا القانون في باب تأسيس الشركة أو عدم القيام به بشكل صحيح¹، وعلى إثره العديد من التشريعات المقارنة² نذكر منها المشرع العراقي وفقاً لنص المادة 40 من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1998، المعدل بالقانون رقم 24 لسنة 2004 والتي تنص على أن "المؤسسون مسؤولون مسؤولية تضامنية عن أي ضرر يلحق أي مكتب إذا نتج عن خطأ أو نقص في بيان الاكتتاب" وهو ذات الحكم نص عليه المشرع المصري في المادة 14 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981م.³

3- المسؤولية عند تدارك البطلان وتصحيحه:

يطرح ذات الأمر بالنسبة للإجراءات المسببة لبطلان والتي تمّ تداركها وتصحيحها⁴ فالمشرع الجزائري لم يحدد نوع هذه المسؤولية، خاصة وأنه أبقى على حق المطالبة بالتعويض بالنسبة للمتضرر من أخطاء التأسيس حتى ولو تمّ تصحيحها⁵، وهو ما يدل على أن رفع دعوى البطلان وعدم الحكم به نتيجة تصحيحه لا يحول دون رفع دعوى التعويض متى أثبت المدعي أن الضرر المرتبط به مرتبط بخلل التأسيس⁶، ويؤكد على أن دعوى المسؤولية المدنية عن الضرر غير مرتبطة بالبطلان لمخالفة إجراءات التأسيس فيجوز لكل من أصابه ضرر من جراء مخالفة أن يقيم دعوى

¹ Article L210-8 "Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société."

² على طلال هادي، مرجع سابق، ص 423.

³ من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1998، المعدل بالقانون رقم 24 لسنة 2004 متاح على الرابط التالي:

iraql.d.hjc.iq/LoadLawBook.aspx?SC=220220065863677

⁴ من أجل المحافظة على الشركة واستمرارها وحمايتها من البطلان الذي يؤدي إلى إهدار المراكز القانونية الناشئة، نص المشرع الجزائري في العديد من الأحكام بإمكانية تصحيح هذا البطلان، يتعلق الأمر أساساً بتصحيح البطلان بسبب عيوب الرضا أو نقص الأهلية (م 738 ق.ت)، وتصحيح البطلان بسبب عدم احترام إجراءات الشهر (م 739 ق.ت.ج)، والتمسك بمبدأ حسن النية (م 742 ق.ت).

⁵ المادة 2/743 ق.ت.ج "لا يحول زوال سبب البطلان دون ممارسة دعوى التعويض الرامية إلى تعويض الضرر اللاحق من العيب الذي كانت الشركة أو العمل أو المداولة مشوبة به، وتتقدم هذه الدعوى بمرور ثلاث أعوام اعتباراً من التاريخ كشف البطلان"

⁶ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 226.

المسؤولية الدنية دون اللجوء إلى دعوى البطلان¹، بمعنى أن المسؤولية تترتب بقوة القانون بشرط ثبوت الرابطة السببية بين عيب التأسيس والضرر.

إن الحكم بحق المطالبة بالتعويض حتى ولو تم تصحيح البطلان يدفعنا للتساؤل حول نوع المسؤولية الملقاة على المؤسسين، فهل هذه المسؤولية خاضعة للقواعد العامة أم هي مسؤولية تضامنية بالنظر إلى خصوصية أطرافها وخصوصية شركة المساهمة في حد ذاتها، أم أن المشرع ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في تقرير طبيعة المسؤولية تضامنية أم لا؟²، فبالنظر لطبيعة شركة المساهمة وحساسية هذه المرحلة في حياتها والطابع النظامي الذي تتميز به يجعل الضرورة تحتم في تقديرنا تدخل تشريعي في لسد كل هذه الفراغات القانونية المطروحة.

¹ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 226.

² بوخرص عبد العزيز، بوعمار صيرينة، مرجع سابق، ص 696.

الباب الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي في

مرحلة ممارسة نشاط شركة

المساهمة

الباب الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة ممارسة نشاط شركة المساهمة

بعد اكتمال إجراءات تأسيس شركة المساهمة، تدخل الشركة في المرحلة الأهم في حياتها وهي مرحلة مباشرة نشاطها وفقا لغرضها المحدد في قانونها الأساسي، وقد أولى المشرع الجزائري هذه المرحلة الكثير من الاهتمام فأحاطها بجملة من القواعد التنظيمية التي مسّت جميع جوانبها، وتعتبر المسائل المرتبطة بكيفية تسييرها وإدارتها من المسائل التي حظيت بعناية خاصة وبشكل دقيق من خلال تحديد طرق وهيئات التسيير واختصاصاتها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات، كون أنّ إدارة شركة المساهمة تعتبر أحد أهم العوامل التي يتوقف عليها نجاح الشركة أو فشلها، وكذا لأن الإدارة الصحيحة والناجحة تكفل للشركة استمراريته وتطورها.

وقد برز الاعتبار الشخصي بشكل واضح في الكثير من هذه القواعد، سواء ما تعلق منها بالضوابط الشخصية للمسير والتي تعتبر بمثابة شروط عامة مسّت الجانب الشخصي للمسير فرض المشرع ضرورة توافرها في الراغب بعضوية هيئات تسيير شركة المساهمة عموما، أو في تلك التي اشترطت بموجب قوانين خاصة على غرار ما تعلق بمسيري البنوك والمؤسسات المالية بهدف بعث الثقة في نفوس المتعاملين مع الشركة، والأمر ذاته بالنسبة للأحكام التي عنيّت بتسيير شركة المساهمة وذلك من خلال العديد من القواعد القانونية التي كرست الاعتبار الشخصي للمسير لضمان حسن تسيير الشركة على غرار كيفية اتخاذ القرارات أو بالنسبة للاتفاقيات التي تبرمها الشركة مع ممثليها، كما أنه وبالأخذ بقاعدة أينما حلت السلطة تحل المسؤولية فإننا نجد المشرع وبمناسبة المسؤولية المدنية للمسير أقر أحكاما تفصيلية تبين حدود هذه المسؤولية وكيفية تحقيقها، اتسمت في مجملها بالتشدد وذلك على الرغم من أنّ طبيعة المسؤولية في شركة المساهمة يفترض فيها أنّها مسؤولية محدودة وغير تضامنية كإحدى أهم سمات الاعتبار المالي فقد يصل التشدد بمناسبة إثارة المسؤولية المدنية للمسيرين إلى حد جعل المسؤولية تضامنية وشخصية، أو إلى تمديد إفلاس الشركة إلى مسيرها في حالات معينة، كل ذلك يعتبر من قبيل تجسيد سمات الاعتبار الشخصي.

من جهة أخرى وبعبءا عن الإدارة والتسيير، فإن المشرع قد أولى شركة المساهمة الاهتمام الكبير في الأحكام المتعلقة برأسمالها وبالأخص مسألة تداول الأسهم، باعتبارها أهم خصيصة تتميز بها الشركة وكثاكد للطابع المالي الذي يميزها، وبالرغم من ذلك الاعتبار الشخصي لا ينتفي تماما، فقد تم تكريسه بالنسبة للمساهمين من خلال منحهم امتيازات خاصة على الأسهم المراد التنازل عنها، من باب إعطائهم الأفضلية كمساهمين قدامى في الشركة.

ولئن كان المشرع قد عني بضبط جميع مراحل حياة الشركة من خلال تنظيمها قانونا بموجب أحكام أمرة كما سلف البيان، فإن الواقع العملي لشركات المساهمة يدلّ في كثير من الأحيان على قصور النظام القانوني وعجزه عن التعرض للعديد من التفاصيل التي تهم الشركة من أجل ذلك حاول المساهمون - ومن خلال مبدأ الحرية التعاقدية- استكمال النواقص بموجب اتفاقيات جانبية، تهدف إلى حماية المساهمين ورعاية العلاقات المالية والإدارية فيما بينهم وتنظيم سير عمل الشركة، وهذه الاتفاقيات التي أقرها المشرع تقوم في مجملها على الاعتبار الشخصي.

من خلال ما سبق يظهر وبوضوح أن الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة في مرحلة ممارسة نشاطها يتجلى في الأحكام المتعلقة بالمسير وتسيير شركة المساهمة، وفي الأحكام المتعلقة بتداول أسهم الشركة، ذلك ما سف نحاول إبرازه من خلال فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسير والتسيير في شركة المساهمة.

الفصل الثاني: تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة برأسمال شركة المساهمة.

الفصل الأول

تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسير والتسيير في شركة المساهمة

الفصل الأول

تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسير والتسيير في شركة المساهمة

يعتبر المسير¹ أحد الأطراف الفاعلة في الشركات التجارية عموماً، والتي تحتاج كأي شخص معنوي إلى من يمثلها أمام الغير ويقوم بالأعمال الضرورية واللازمة لتحقيق الغرض المحدد في قانونها الأساسي والذي أنشأت من أجله، والقيام بمختلف التصرفات القانونية لحسابها ولصالحها، وقد أوكلت هذه المهمة للمسير، هذا الشخص الذي يفترض أن يتمتع بكفاءة وجاهزية عالية تجعله قادراً على وضع خطط التسيير المثالي والذي يجب أن يتناسب مع إمكانات الشركة المادية والبشرية من جهة، والقدرة على تجاوز مختلف الأخطار والعقبات التي قد تواجهها تحقيقاً للمصلحة العليا للشركة من جهة ثانية².

وقد عني المشرع بشخص المسير في شركة المساهمة فأحاطه بجملة من الضوابط الشخصية تطلبها في مواضع عدة، تجعل كل راغب في التعامل مع الشركة، يقدم أو يتعاقد معها بناء على الثقة التي يضعها في شخص المسيرين ساء من حيث سمعتهم أو الخبرات التي يتمتعون بها، وهذه الضوابط والشروط ما هي في الحقيقة إلا تجسيد آخر للاعتبار الشخصي في مرحلة ممارسة نشاط الشركة.

كما عمد المشرع الجزائري على اعتماد عدة أحكام لضمان حسن تسيير شركة المساهمة على غرار كيفية اتخاذ قرارات الإدارة وتنظيم الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسيرها والتي

¹ تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري استعمل مصطلحات مختلفة للدلالة على صفة المسير "مدير، مدير عام، رئيس مجلس الإدارة" وهذا يعود إلى تنوع أشكال الشركات التجارية، ولم يستخدم عبارة "المسير" إلا في شركة التوصية بأسهم وشركة المساهمة أين عنون القسم الثالث من الفصل الثالث الخاص بإدارة شركة المساهمة بـ "إدارة الشركة وتسييرها".
يجري في الفقه والقضاء الفرنسي استعمال عبارات متعددة «Administration, Direction, Gestion» للدلالة على تسيير أو إدارة الشركة وهي عبارات اتفق الفقه الفرنسي على أن مدلولها بالمعنى الضيق يعبر عن مفاهيم مختلفة غير أن المعنى الواسع لها يعبر عن مفهوم واحد، أنظر في ذلك:

Jean-Louis. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron. p 41.
Et ; G. NOTTE, Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé, Thèse, Paris, 1978 ; J.-M. P110.

² بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، المسير في الشركات التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد 07 - العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2022، ص 213.

تعكس في مجملها الاعتبار الشخصي الذي عني به المشرع لتسيير الشركة، بالإضافة إلى التشدد في مسؤولية المسيرين عن أخطاء التسيير سواء من الناحية المدنية أو الجزائية، حيث أقر أحكاماً تفصيلية تبين حدود هذه المسؤولية ومتى تتحقق، والعلّة في ذلك هو حماية الشركة بالدرجة الأولى، وحماية الغير المتعامل معها من أخطاء التسيير، وقد يصل التشدد بمناسبة إثارة المسؤولية المدنية للمسيرين إلى حد جعل المسؤولية تضامنية وشخصية خروجاً عن خصائص الشركة التي الأصل فيها المسؤولية المحدودة كإحدى أهم سمات لخاصية الاعتبار المالي أو إلى الحكم بالإفلاس نتيجة تسببه في إفلاس الشركة، ما يعتبر تجسيد آخر لسمات الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسيرين.

من أجل ذلك وبهدف معرفة الأحكام التي جسدت الاعتبار الشخصي للمسيرين وفي عملية التسيير في شركة المساهمة سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بمسير شركة المساهمة.

المبحث الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بتسيير شركة المساهمة.

المبحث الأول

مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بمسير شركة المساهمة

سبق وذكرنا أنه وبالرغم من سيادة المفهوم النظامي وكذا الطابع المالي لشركات المساهمة والذي انعكس على مجمل خصائصها، على اعتبار أن النصوص القانونية المتضمنة أحكام شركة المساهمة تخاطب أساسا الجانب المالي للمساهم وليس شخصه، إلا أن ذلك لم يمنع من أن يكون الجانب التنظيمي نفسه مدعاة لاستحضار وتفعيل الجانب الشخصي في مؤسسي شركة المساهمة من أجل ضمان الجدية في تأسيسها وحماية للغير المتعامل معها.

وبنفس المنطق ولنفس السبب، فإن ذات الجانب التنظيمي فعل الجانب الشخصي لهيئات الإدارة في شركة المساهمة، وذلك بفرض المشرع الجزائي لجملة من الضوابط لمن يرغب في الترشح لعضوية هيئات إدارة هذه الشركة في إطار توجيه المساهمين عند اختيارهم للمسيرين، بالرغم من أنهم قد يكونون من المساهمين وتسري عليهم الأحكام المطبقة عليهم في النهاية، وذلك بسبب مركزهم المميز مقارنة بباقي المساهمين وهو ما أدى إلى إحاطتهم بجملة من الأحكام الخاصة التي تخرج بهم من حدود الاعتبار المالي لتخاطب الجانب الشخصي فيهم. وذلك أن الغير لا يقبل على التعاقد مع الشركة، إلا على أساس سمعتها التجارية التي ما كانت لتبرز لولا مهارة المسيرين في حسن تمثيل الشركة أمام الغير، وفي إجادتهم لفن بناء العلاقات الاقتصادية مع كافة المتعاملين.

هذه القيود أو الشروط التي جاءت لتؤكد على مدى اعتبار شخصية المسيرين كأهم مظهر من مظاهر الاعتبار الشخصي فيما بعد مرحلة التأسيس وبداية نشاط شركة المساهمة، ويظهر هذا المظهر خصوصا وبشكل واضح حينما يتعلق الأمر بشركات المساهمة التي يكون موضوعها خاص كما هو الحال بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية.

على أنه لا يمكن التطرق إلى شروط وضوابط العضوية في هيئات تسيير شركة المساهمة (المطلب الثاني) قبل تحديد مفهوم المسير في شركة المساهمة (المطلب الأول).

المطلب الأول

مفهوم المسير في شركة المساهمة

يكتسي مفهوم المسير في الشركات التجارية عموماً تعقيداً كبيراً نظراً لتعدد الاتجاهات الفقهية والقانونية التي حاولت تحديد المقصود منه، خاصة مع اتساع نطاق المسؤولية القانونية له في ظل قانون الأعمال ككل¹، وقد انقسمت هذه الاتجاهات إلى تيارين أساسيين، بين مضيق لمفهوم المسير وبين موسع فيه، الأول يعتبر أن المسير هو كل شخص عين بموجب نص قانوني أو بموجب العقد التأسيسي للشركة، فيما يسمى المسير القانوني، والثاني يعتبر المسير أنه إلى جانب المسير القانوني يظم أيضاً كل شخص يقوم بتسيير وإدارة الشركة بصورة فعلية فيما يسمى بالمسير الفعلي.

وعلى اعتبار أن المفهوم الموسع هو المتبنى من قبل المشرع الجزائري² على غرار معظم التشريعات المقارنة، فإن مفهوم المسير في شركة المساهمة لا يخرج من هذين التيارين، فهو إما أن يكون مسير قانوني (الفرع الأول)، أو مسير فعلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المسير القانوني لشركة المساهمة

لم يعرف المشرع الجزائري المسير القانوني، إلا أنه وباستقراء القواعد القانونية النّاطمة للمسير يتضح لنا أن معناه القانوني عند المشرع الجزائري يتفق مع جل الدراسات الفقهية التي عرّفته على أنه هو "المسير الذي يناط له بصفة قانونية مهام إدارة أعمال الشركة وتسييرها بغض النظر عن طريقة تعيينه سواء تم في القانون الأساسي للشركة أو قضائياً"³، أو "هو كل حامل لصفة مسير بصفة قانونية أو شرعية من خلال القانون أو القانون الأساسي للشركة والمعين في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية"، أو "هو الشخص الذي يمارس وظيفة وصلاحيات تم

¹ عياطة نائلة، المسؤولية الجزائية للمديرين في عالم الأعمال، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر-1 بن خدة يوسف، سنة 2018، ص 55.

² وهو الأمر الذي نلمسه من خلال مختلف أحكام للقانون التجاري التي تناولت مسؤولية المدير، وسنأتي إلى ذكر ذلك بشيء من التفصيل.

³ عياطة نائلة، المرجع السابق، ص 60.

إسنادها إليه قانوناً لإدارة الشؤون الاجتماعية للشركة¹، أو هم أولئك الذين تم تعيينهم حسب القانون ومن قبل الهيئة المختصة قانوناً، مع ضرورة نشر هذا التعيين وفقاً لما يتطلبه لقانون².

وبهذا المعنى فمسير شركة المساهمة هو المعين بطريقة قانونية لتولي تسيير الشركة والتي تختلف بدورها بحسب الظروف العامة للشركة إما تكون ظروف عادية (أولاً) أو ظروف استثنائية (ثانياً).

أولاً: مسير شركة المساهمة المعين في الظروف العادية.

تعود إدارة وتسيير شركة المساهمة في الأصل إلى الجمعية العامة للمساهمين، باعتبارها صاحبة السلطة العليا والسيادة القانونية فيها، إلا أنه عملياً يستحيل على الجمعية العامة القيام بأعمال الإدارة اليومية نظراً لكثرة المساهمين وتغيرهم بسبب تداول الأسهم³، فضلاً عن عزوفهم أصلاً عن حضور اجتماعات الجمعية العمومية لسبب أو لآخر، كما أن هذه الأخيرة تنعقد مرة واحدة في نهاية كل سنة مالية، لذلك كان لزاماً إيجاد ممثلين عن الجمعية يمارسون سلطة التسيير والإدارة في الشركة، فإدارة شركة المساهمة وتسييرها قائمة على فكرة التمثيل⁴.

تبنى المشرع الجزائري نمطين لإدارة شركة المساهمة يتم اختيار أحدهما في القانون الأساسي للشركة⁵، هما نظام أحادي التسيير وهو النموذج الكلاسيكي، ونظام ثنائي التسيير وهو النموذج الحديث¹، وذلك في الفصل الثالث من القسم الثالث من المرسوم التشريعي 93-08.

¹ تعرف الشؤون الاجتماعية للشركة بأنها مجموعة من الصلاحيات المنسوبة بموجب القانون والنظام الأساسي إلى شخص واحد أو أكثر لممارسة نشاط كيان قانوني (الشركة التجارية) أنظر في ذلك:

Jean-Richard Nez Nyong Dit Mble. ***Le dirigeant de fait en droit privé français***. Thèse de doctorat en droit privé, Université Nancy 2, 2008p11.12

² لا يبدو أن الأستاذ "Y. GUYON" يشاطر شرط النشر من أجل تعيين المسير القانوني. فبالنسبة له "يتمتع كل من يتم تعيينهم وفقاً لشروط منتظمة بمهمة إدارة الشركة دون أن يكونوا وكلاء لها بوصف القادة القانونيين. لا يهم ما إذا كان التعيين قد تم نشره أم لا"، أنظر: Yves GUYON, ***droit des affaires***, op cit, p333.

وهو الأمر ذاته الذي قرره القضاء الفرنسي بعدم نشر تسمية الشركة كمدير لا يمكن أن يبطل التعيين.

Cass. com. 26 janv 1988 N°5-17.6628. www.legifrance.gouv.fr

³ عماري جوييدة، **المسؤولية القانونية لبيئات التسيير التقليدية في شركة المساهمة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل. م. د في الحقوق تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2021-2022، ص11.

⁴ Yves GUYON, ***droit des affaires***, op cit, p291-192. N°289.290.

⁵ أنظر المادة 642 ق. ت.

1- هيئات التسيير في النظام الكلاسيكي: يعتبر هذا النموذج الأكثر انتشارا في العمل، ويتولى التسيير فيه مجلس الإدارة وأجهزته "رئيس مجلس الإدارة ومديرين عاميين على الأكثر":

أ- مجلس الإدارة: يعتبر مجلس الإدارة بمثابة هيئة أساسية في شركة المساهمة التي تعتمد هذا النمط من التسيير، يتولى إدارتها وتسيير أعمالها تحقيقا للمشروع الذي قامت من أجله. وقد جاء في المادة 610 ق. ت " يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن اثني عشر عضوا على الأكثر.

وفي حالة الدمج، يجوز رفع العدد الكامل للقائمين بالإدارة إلى العدد الكامل للقائمين بالإدارة الممارسين منذ أكثر من ستة أشهر دون تجاوز أربعة وعشرون (24) عضوا".

فمجلس الإدارة يتألف من عدد معين من الأعضاء ينتخبون من بين المساهمين، من قبل الجمعية التأسيسية بالنسبة لأول مجلس إدارة، أو من قبل الجمعية العامة العمومية، وفي الحالتين يتم تعيينهم لمدة محدودة²، كما يجوز للجمعية العامة عزلهم³ في أي وقت⁴.

ب- أجهزة مجلس الإدارة: لما كان مجلس الإدارة بحكم تكوينه لا يجتمع بصورة دائمة أو يومية ليتمكن من مباشرة الإشراف على جميع أعمال الشركة ويتخذ في أي وقت الإجراءات اللازمة لتسيير

¹ في الأصل أن المشرع الجزائري قد سار على نهج المشرع الفرنسي في تبنيه لنظامين في إدارة شركة المساهمة بمقتضى القانون 24 يونيو 1966، والحقيقة أن جذور النظام الحديث للتسيير لشركة المساهمة لا يرجع إلى القانون الفرنسي الصادر سنة 1966، وإنما إلى عام 1918 عند عودة مقاطعتي الالزاس واللورين إلى فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، عندما كانت شركات المساهمة فهما خاضعة للقانون الألماني سنة 1898 الذي كان ساري المفعول في ذلك الوقت، فجاء القانون الفرنسي الصادر في 1 يناير سنة 1924 ليطبق في تلك المقاطعتين، ولكنه قرر في مادته 18 الإبقاء على سريان النظام المحلي، تاركا للشركات الموجودة والتي تتبع النظام المزدوج حق الاختيار بين النظام الألماني والنظام الفرنسي، وبالتالي فالنظام الحديث لإدارة شركة المساهمة يعود في الأصل إلى التشريع الألماني وقام المشرع الفرنسي باقتباسه، نقلا عن: حمدي محمود بارود، العضوية في مجلس إدارة شركة المساهمة، دراسة في البناء التقليدي والحديث لشركة المساهمة على ضوء قواعد الحوكمة، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية المجلد 12، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010، ص7.

² نصت المادة 611 ق. ت على أنه " تنتخب الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية القائمين بالإدارة وتحدد مدة عضويتهم في القانون الأساسي دون أن تتجاوز ستة (6) سنوات"

³ يعتبر العزل من أسباب انتهاء مهام عضو مجلس الإدارة كما تنتهي مهام أعضاء مجلس الإدارة بانتهاء مدة العضوية وعدم تجديدها من طرف الجمعية العامة أو اختلال شرط من شروط العضوية، كما يمكن أن تنتهي بالوفاة، أو حل الشركة، وتعتبر كذلك الاستقالة (سواء اختياريا أو إجباريا) سبب من أسباب التوقف من وظيفة عضو مجلس الإدارة.

⁴ أنظر المادة 613 ق. ت.

الأعمال اليومية، فقد استوجب الأمر تعيين جهاز خاص ومؤهل بصورة دائمة للقيام بالأعمال والإجراءات اليومية والعادية لتسيير الشركة، وهذا الجهاز هو رئيس مجلس الإدارة والمدير العام¹.

بالنسبة لرئيس مجلس الإدارة: عادة ما يعهد بالتسيير اليومي لأعمال الشركة إلى رئيس المجلس الذي يتم انتخابه من بين أعضاء المجلس، شريطة أن يكون شخصا طبيعيا تحت طائلة بطلان التعيين²، ويعين لمدة لا تتجاوز مدة نيابته كقائم بالإدارة وهو قابل لإعادة انتخابه طالما هو عضو في مجلس الإدارة لمدة غير محدودة، ويجوز للمجلس عزله في أي وقت.

أما المدير العام: فإنه يخول للمجلس بناء على اقتراح من رئيسه أن يكلف شخصا طبيعيا واحدا أو أكثر كأقصى حد ليساعد الرئيس، ويحدد المجلس بالاتفاق مع رئيسه مدى ومدة السلطات المخولة للمديرين العامين، وإذا كان المدير العام أحد القائمين بالإدارة فمدة وظيفته لا تكون أكثر من مدة وكالته- إذن يمكن أن يكون المدير العام من الغير خارج أعضاء المجلس-ويمكن عزل المدير العام من قبل مجلس الإدارة في أي وقت بناء على اقتراح من الرئيس³.

2-هيئات التسيير في النظام الحديث: استحدثت المشرع الجزائري نمطا حديثا في تسيير شركات المساهمة، والمتمثل في مجلس المديرين ومجلس المراقبة كجهازين منفصلين من حيث تأدية المهام لتفادي نقائص النمط التقليدي في التسيير، الذي كان يركز على وجود مجلس الإدارة الذي يتولى إدارة الشركة ومراقبتها في نفس الوقت، ففي النمط الحديث للتسيير يتولى مجلس المديرين إدارة الشركة وتسييرها فقط، في حين يتولى مجلس المراقبة عملية الرقابة باستعماله سلطتي الاطلاع وإبداء الملاحظات⁴.

أ-مجلس المديرين: حسب نص المادة 643ق.ت فإنه يمكن لشركات المساهمة إن تختار تسيير إدارتها من خلال مجلس المديرين والذي يتكون من ثلاثة (3) إلى خمسة (5) أعضاء وهو يمارس

¹ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية ج 11، الشركة المغفلة (شركة المساهمة) رئيس مجلس الإدارة المدير العام ومفوضو المراقبة، ط1 توزيع مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 11.

² المادة 635 ق.ت.

³ المواد من 639 ق.ت إلى 641 ق.ت.

⁴ قوسو شهرزاد، سلطة مجلس المراقبة بإبداء الملاحظات والاطلاع بشركات المساهمة. مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بالعباس، الجزائر المجلد الثاني، العدد الرابع، 2018، ص 21.

وظائفه تحت رقابة مجلس المراقبة، حيث يعهد لهذا الأخير بتعيين أعضائه، ويتم إسناد رئاسة المجلس إلى أحدهم¹. وتحدد مدة عضوية مجلس المديرين ضمن العقد التأسيسي للشركة ولمدة تتراوح بين سنتين إلى ستة سنوات وفي غياب التحديد تكون مدة العضوية أربع سنوات².

ب- مجلس المراقبة: يتكون مجلس المراقبة من سبعة (07) أعضاء على الأقل إلى اثني عشر (12) عضواً على الأكثر، ويمكن أن يزيد عدد أعضائه اثني عشر ليعادل 24 عضو على الأكثر وذلك في حالة الدمج لأعضاء مجالس المراقبة الممارسين لأكثر من 6 أشهر، ويمكن أن يكون عضو مجلس المراقبة شخص معنوي يعين من يمثله³ (المواد 657 و658 و663 ق.ت.ج).

يتم انتخاب أعضاء مجلس المراقبة من قبل الجمعية التأسيسية أو الجمعية العامة العادية حسب الحالة، أو في القانون الأساسي إذا كان التأسيس دون اللجوء العلني للإدخال، ويمكن إعادة انتخابهم ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك الذي يحدد بموجبه مدة وظائفهم دون أن تتجاوز 6 سنوات في حالة التعيين من الجمعية العامة، ودون أن تتجاوز 3 سنوات في حالة التعيين بموجب القانون الأساسي ويمكن للجمعية العامة عزل⁴ أعضاء مجلس المراقبة في أي وقت (المادة 662 ق.ت.ج)، ينتخب مجلس المراقبة على مستواه رئيساً يتولى إدارة المناقشات واستدعاء المجلس وتعادل مدة مهمة الرئيس مدة مهمة عضو مجلس المراقبة (المادة 666 ق.ت.ج).

إلى جانب المسير القانوني المعين في الظروف العادية وضمن الجمعيات العادية، هنالك أيضاً من يتم تعيينه في ظروف استثنائية.

ثانياً: مسير شركة المساهمة المعين في الظروف الاستثنائية.

قد يتولى إدارة أعمال شركة المساهمة أو بعضها وفي ظروف طارئة واستثنائية تمر على الشركة شخص معين فيكلف بتسيير الشركة وإدارة أمورها بصفة وقتية في انتظار التوصل إلى حل

¹ المادة 644 ق.ت.

² المادة 646 ق.ت.

³ المادة 657 ق.ت.

⁴ يعتبر العزل من أسباب انتهاء مهام عضو مجلس المراقبة كما تنتهي مهام أعضاء مجلس المراقبة بانتهاء مدة العضوية وعدم تجديدها من طرف الجمعية العامة أو اختلال شرط من شروط العضوية، كما يمكن أن تنتهي بالوفاة، أو حل الشركة، وتعتبر كذلك الاستقالة (سواء اختيارياً أو إجبارياً) سبب من أسباب التوقف من وظيفة عضو مجلس المراقبة.

جذري للشركة التي استوجبت حالتها تدخل شخص أجنبي لإدارتها أو القيام ببعض الأعمال الخاصة بالمسير مؤقتاً¹، عن طريق التعيين سوء كان هذا التعيين من قبل القضاء أو من دونه.

1- التعيينات المؤقتة الخارجة عن نطاق القضاء:

يقصد به حالة عدم تمكن المسير من أداء مهامه داخل الشركة بسبب ظروف طارئة سواء كانت بإرادته أو خارجة عن إرادته، ومن أجل ضمان حسن سير الشركة واستمرارها و عدم تعطيل مصالحها نلجأ لإخلافه بمسير مؤقت، وبالتالي تعهد سلطة الإدارة والتسيير لشخص أجنبي بالنيابة عن المسير القانوني بسبب تعرضه لظروف تمنعه من ممارسة مهامه كعجزه أو مرضه كما في حالة انتداب مجلس الإدارة في شركة المساهمة قائم بالإدارة ليقوم بوظائف رئيس مجلس الإدارة الأصلي بسبب حدوث مانع مؤقت له أو ووفاته أو استقالته أو عزله لمدة محددة قابلة للتجديد وفي هذه الحالة يجب أن تتوفر في الرئيس المنتدب نفس الشروط المطلوبة لتعيين الرئيس وبتمتع بنفس السلطات وتحمل المسؤولية المدنية والجزائية التي تدخل ضمن وظائفه².

كذلك الأمر في التعيينات المؤقتة التي يقوم بها مجلس الإدارة بين جلستين عامتين في حالة الشغور منصب قائم بالإدارة أو أكثر، بسبب الوفاة والاستقالة دون أن يتعدها لحالات أخرى، وأصبح عدد القائمين بالإدارة أقل من العدد المنصوص عليه في القانون الأساسي دون أن يقل عن العدد القانوني³.

فإذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة أقل من الحد الأدنى الاتفاقي للأعضاء المفرغ في القانون الأساسي دون أن يقل عن الحد القانوني فإنه يستلزم على الأعضاء المتبقين القيام بعملية الاستخلاف القانوني لأعضاء مجلس الإدارة المؤقتين، وهذا خلال أجل ثلاثة أشهر كحد أقصى يبدأ في السريان من يوم شغور آخر منصب يمثل الحد الأدنى الاتفاقي. ومنه فالمداوالات التي اتخذها مجلس الإدارة المكون من أعضاء أقل من الحد الأدنى الاتفاقي دون أن يصل إلى الحد القانوني تبقى

¹ كمال العياري، المسير في الشركات التجارية شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، الجزء الأول، منشورات مجمع الأطرش

المختص الطبعة 1، تونس 2010، ص 20.

² عياطه عبلة، مرجع سابق، ص 95.

³ المادة 617 ق. ت، وتجدر الإشارة أنه نفس الحكم يطبق وفي نفس الظروف بالنسبة لأعضاء مجلس المراقبة (م 665 ق. ت).

صحيحة بقوة الأجل القانوني، لكن بمجرد انتهاءه يفقد مجلس الإدارة جميع اختصاصاته ما عدا ما تعلق منها باستدعاء الجمعية العامة للقيام بعملية الاستخلاف.

إذا أصبح عدد أعضاء المجلس أقل من الحد الأدنى القانوني والمنصوص عليه في المادة رقم 610ق. ت، فإن المجلس يتوقف عن ممارسة اختصاصاته، على أنه عليه وبدون تأخير أن يباشر باستدعاء الجمعية العامة للقيام باستكمال عدد أعضاء المجلس.

2- التعيينات المؤقتة من قبل القضاء:

يقصد هنا التعيينات المؤقتة التي يقوم بها القاضي، سواء بالاستناد إلى نص قانوني أو من دونه، فلقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي صلاحية تعيين وكيل قضائي بناء على طلب من يهمله الامر ليقوم بأعمال عالقة داخل الشركة تتعلق بتسييرها، بالرغم من أن هذا يعتبر تجاوزا لمبدأ عدم تدخل القاضي في تسيير الشركة¹، يتعلق الامر خاصة بالقيام بمهمة استدعاء الجمعية العامة العادية لإجراء التعيينات اللازمة لأعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، وذلك إذا تقاعس أعضاء المجلس المتبقين عن استدعاء الجمعية العامة العادية للانعقاد قصد إتمام عدد أعضاء المجلس في حال ما نزل عدد أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة عن الحد الأدنى القانوني² ن أي حالة شغور منصب عضو مجلس إدارة أو عضو مجلس المراقبة.

الجدير بالذكر أنه في هذا الإطار لما كان تعيين وكيل قضائي لدعوة الجمعية العامة يشكل عمليا خرقا لسير العمل الطبيعي لأجهزة الادارة، فقد لجأت المحاكم الفرنسية لوضع شروط صارمة لقبول مثل هذا الطلب أهمها شرط المصلحة الاجتماعية للشركة³.

الملاحظ أن المشرع قد أشار لسبب الشغور بالوفاة أو الاستقالة فقط، ولم يشير للإقالة أو العزل، وضبط المسألة، وهي لفظة حميدة من المشرع أنه لم يدع مجالا للتأويل، لأنه لو اكتفى بذكر حالة الشغور، أو عدد العزل كذلك من بين الأسباب، لتمكن تخيل أن يعزل المجلس أحد أعضاءه أو

¹ بن ويراد أسماء، التعيينات القضائية كآلية لحماية المساهم في شركة المساهمة، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد 02، المجلد 02، نوفمبر 2018، المركز الديمقراطي العربي-ألمانيا-برلين، ص 93.

² المواد 617/2 و 665/2ق. ت.

³ - C.A. Paris 15 Mars 1990, Dr. Soc. 90 n° 131.

أن تقوم ع الجمعية العامة بعزل أحد أعضائه دون استخلاف خارج فترة انعقادها، وهي طبعاً حالات تدخل ضمن الاستحالة القانونية أو المادية.

أعطى المشرع للقاضي أيضاً إمكانية تعيين مصفي أو حارس قضائي يقومان بأعمال التسيير بصفة مسير مؤقت، إذا ما استدعت الظروف الاستثنائية التي تمر بها الشركة تعيينهم بالنظر للحالة المالية الصعبة للشركة التي أدت إلى زوالها وانتهائها¹.

فالتصفية هو إجراء ملازم لانقضاء الشركة وواجب الحماية لدائنيها حتى يحصلوا على حقوقهم وقد نصت المادة 766 ق. ت على أنه "تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، و يتبع عنوان أو اسم الشركة بالبيان التالي "شركة في حالة تصفية"، هذا الإجراء الذي يستوجب تعيين مصفي على رأس الشركة إما من طرف الشركاء إذا كان انحلال الشركة رضائياً، أو من طرف القضاء إذا لم يتفق الشركاء على تعيينه²، وهو بهذه الصفة يعتبر مسير مؤقت للشركة ويمثلها أمام الغير كما يناط له القيام بمجموعة من المهام أبرزها استيفاء حقوق الشركة وسداد ديونها ثم قسمة الأموال المتبقية على الشركاء، ويتحمل المسؤولية القانونية التي تدخل ضمن اختصاصاته، فالمصفي يحل محل الميسرين بعد انحلال الشركة مباشرة وهذا الأمر أكدته المادة 779 ق. ت التي تنص على انتهاء سلطات مجلس الإدارة أو الميسرين اعتباراً من تاريخ الأمر المستعجل المتخذ تطبيقاً لنص المادة 778 ق. ت والتي نصت على شروط اتخاذ الأمر المستعجل بالتصفية، وتجدر الإشارة أن المشرع خص المصفي بقسم خاص في القانون التجاري بعنوان التصفية وقسماً خاصاً بالمخالفات المتعلقة بالتصفية ضمن المواد 838، 839، 840 ق. ت. ج تأكيداً لصفته كمسير للشركة قبل مرحلة إنهاءها القانوني.

أما الحراسة القضائية³ فالمشرع لم ينص عليه في أحكام القانون التجاري وإنما نظمت أحكامها في القانون المدني ضمن الفصل الرابع في المواد من 602 إلى 611 ق. م، وقد جاء في نص المادة 604 ق. م. ج أنه تجوز الحراسة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء للحفاظ على

¹ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 219.

² المادة 783 ق. ت.

³ الحارس القضائي هو من تودع الأموال المتنازع فيها أو المختلف بشأنها لديه اتفاقاً بين الأطراف أو قضائياً في حالة عدم اتفاقهم على أن يلتزم بإعادتها بعد انتهاء النزاع

حقوق الجميع الى غاية تعيين مسير بصفة مؤقتة أو نهائية ، ويعود للقضاء الدور الكبير والفعال في الاعتراف بصفة المسير للحارس القضائي إذ تمّ تأكيد ذلك في القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات للمحكمة العليا تحت رقم 52143 سنة 1988 حيث توصل القضاء أنّه ومن المقرر قانوناً أن حل الشركة وتعيين حارس قضائي بموجب حكم قضائي يعتبر الحارس وحده مسؤولاً عن أموال الشركة وله سلطة التقاضي باسمها دون غيره من الشركاء.

على عكس التعيينات السابقة فإننا نجد أن المشرع لم ينص على إمكانية القضاء بتعيين مسير مؤقت للشركة، فالقضاء لا يملك سلطة التدخل في تسيير شؤون الشركة ذلك أن تعيين أجهزة إدارة وتسيير الشركة أثناء حياتها يعتبر من اختصاص الجمعية العامة. إلا أنه قد يظهر من الأسباب ما يستوجب ضرورة تعيين مسير مؤقت لإدارة شؤون الشركة نتيجة لظروف قد تطرأ على أحوال الشركة فتهدد السير العادي لها أو قد تؤدي حتى إلى تدهور وضعيتها واستقرارها¹.

لا شك أن تعيين مسير مؤقت لإدارة شؤون الشركة يتضمن مساساً بسلطة الأغلبية، لذلك يجب أن يبقى ذا طابع استثنائي²، ولا نكاد نجد في القضاء الجزائري حالات من هذا النوع، بعكس القضاء الفرنسي شهد تطوراً ملحوظاً³، فبعدما كان يعتبر تعيين المسير المؤقت مجرد وسيلة لمعالجة غياب أو عجز أو تخلف أجهزة الإدارة والتسيير، ليجعل منها القضاء الفرنسي في مرحلة لاحقة وسيلة للحد من التعسف داخل شركة المساهمة لتضاف بذلك إلى الوسائل المخولة للمساهمين لحماية مصالحهم ومصالح الشركة⁴.

تجدر الإشارة انه يختلف النظر إلى المركز القانوني للمسير في شركة المساهمة، فالفقه التقليدي ينظر إليه على أنه وكيل عن الشركة⁵، غير ان غالبية الفقه الحديث ينتقد هذه النظرة

¹ Viviane Yolande MAGNE FOSSO. L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA. THÈSE DE DOCTORAT. D'Université Côte d'Azur. 15 décembre 2020.p07.

² Ibid. P43.

³ بن ويراد أسماء، مرجع سابق، ص 97.

⁴ -Amiens, 11 fev. 1964, R.T.D.com., 1964, p.797, note Houin
-Cass. Com. 26 Avr 1982, n° 81-10.514. www.legifrance.gouv.fr.
-Paris 6 juil 1990, J.C.P. p 1990, Ed, I, 20207.

⁵ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 298.

ويرى أن مركزه يختلف عن الوكيل¹، فهيئات الإدارة في شركة المساهمة تنتخب من قبل غالبية المساهمين، فكيف تكون وكيلا عمن لم يوافق على انتخابه، كما أن سلطاته أوسع من سلطات المساهمين ولو كان وكيلا فكيف تكون سلطاته أوسع من سلطات موكله²، ولذلك قامت نظرية حديثة ترى أن المسير عضو جوهري في جسم الشركة داخلا بالضرورة في تكوينها وتكوينها قانونا، ولا تستطيع الشركة العمل بدونه³، على أنه وإن كان المسير وكيلا في الأصل وبالمعنى الصحيح، إلا أنه تطبق عليه قواعد الوكالة بالقياس⁴، وبالتالي فهو وكيل من نوع خاص.

يترتب على التشريعات التي تعتبر المسير وكيلا عن الجمعية العامة للمساهمين⁵ أنه يجوز لها تقييد سلطات المسير تأسيسا على حق الموكل، أما التشريعات التي تعتبر المسير عضو في الشركة لا وكيلا عنها، فإنها تطلق حرية المسير في أن يقوم بمهامه بكل حرية واستقلال، في إطار المهام التي حددها له القانون⁶.

المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي، بتتبع أحكام القانون التجاري نجده ينص على أنه من يسير الشركة ليس فقط المسير القانوني، بل قد يكون هنالك أيضا المسير الفعلي.

الفرع الثاني

المسير الفعلي في شركة المساهمة

يحدث في كثير من الحالات الواقعية وأن تدار شركة المساهمة من طرف شخص لا يملك صفة المسير القانوني، يطلق عليه المسير الفعلي، وهو مفهوم جرى استعماله من طرف القوانين التجارية المقارنة وساهم الفقه والقضاء خاصة القضاء الفرنسي في ضبط مفهومه (أولا) وفي وضع

¹ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p334. n°318.

² حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص20.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص50.

⁵ المشرع الجزائري يعتبر المسير وكيلا في تمثيله عن الشركة، وقد صرح بذلك في الأحكام المتعلقة بمسير شركة المساهمة، أنظر المادة 641ق.ت.

⁶ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص20.

الشروط والمعايير اللازمة لمنح صفة المسير الفعلي وبالتالي إشراكه في المسؤولية في حال الاضرار بالشركة (ثانياً).

أولاً: مفهوم المسير الفعلي.

قبل التطرق إلى تعريف المسير الفعلي سنحاول معرفة تاريخ ظهوره:

1- تاريخ ظهور نظرية المسير الفعلي:

يعود الفضل في الاعتراف بمسؤولية المسير الفعلي في التشريع الوطني وتنظيمه بالدرجة الأولى إلى القضاء وتحديداً القضاء الفرنسي¹، نتيجة تعدد حالات التسيير الفعلي المطبقة في أحكام المحاكم القضائية أين لجأت إلى اعتمادها في كثير من الحالات كوسيلة لمحاولة سد الثغرات في القواعد المتعلقة بالأشخاص الواقعة عليهم المسؤولية في الشركات التجارية.

قياساً على السوابق القضائية التي طبقت نظرية التاجر الفعلي وأخضعته لقواعد المسؤولية المطبقة على التاجر بحكم القانون²، كما أنها تعتبر إحدى تطبيقات نظرية حماية الوضع الظاهر³، وهذا كله في إطار توسيع نطاق الحماية للشركة وللغير المتعامل معها بإخضاعهم لنفس المسؤولية التي يخضع لها المسير القانوني من أجل ضمان عدم إفلات الأشخاص الذين كانوا لهم دوراً فعالاً في إدارة الشركة علناً أو حتى خفية من المسؤولية لمجرد تخلف الصفة القانونية، خاصة في حال أدى هذا التسيير إلى الإضرار بالشركة، كوسيلة لمواجهة أخطار التسيير الفعلي⁴.

ويعتبر القضاء الفرنسي هو المؤسس الأول لنظرية المسير الفعلي فهناك العديد من القضايا التي حكمت بالتسيير الفعلي على أشخاص سواء كانوا من داخل الشركة أو حتى من خارجها ولعل أشهرها الحكم الصادر عن محكمة باريس في 17 مارس 1978⁵ الذي يعتبر أول من حدّد معالم نظرية التسيير الفعلي ومفهومها ووضع شروط ومعايير إضفاء صفة المسير

¹ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 221.

² JEAN-MARIE. MACQUERON, La notion de dirigeant de fait, étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981, Thèse ROUEN, 1982. P11 et s.

³ للمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع راجع زكري إيمان، مرجع سابق.

⁴ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 221.

⁵ CA. Paris 2e ch 17 mars ,1978 D. 1978, I.R., p 420

الفعلي، وأيضا الحكم الصادر سنة 1981 والذي اضى صفة المسير الفعلي على الشركة الأم عندما ساهمت في تسيير إحدى الفروع بمجمع الشركات¹، والحكم ذاته صدر ضد أغلبية المساهمين وتقرر في حقهم المسؤولية عن أخطاء التسيير نتيجة التسيير الفعلي للشركة²، أما حديثا فنجد مثلا والحكم الصادر في سنة 2004 ضد البنك المقرض نتيجة التسيير الفعلي للشركة المقترضة³، وكذا الحكم الصادر سنة 2014 على أعضاء مجلس المراقبة في الشركة⁴.

أما على مستوى التشريعات الوطنية فإن المشرع الفرنسي استند في تنظيمه لمسؤولية المسير الفعلي بالدرجة الأولى على السوابق القضائية⁵، وتم الاعتراف بنظرية المسير الفعلي وتنظيمها على مستوى التشريع التجاري الفرنسي تحديدا في قانون 24 جويلية 1966 وذلك في المواد 431 بالنسبة لشركات الأشخاص والمادة 463 بالنسبة لشركات الأموال أما حليا وبعد ضم القانون السابق إلى القانون التجاري بموجب القانون رقم 420-2001 الصادر في 15 ماي 2001 فإنه أصبح ينظم مسؤولية المسير الفعلي في المواد (2 L. 654-1, L. 246-2, L. 245-16, L. 241-9, Art) من القانون التجاري الفرنسي وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في الاعتراف بمسؤولية المسير الفعلي أولا للشخص المعنوي بشكل عام في نص المادة 224 ق. ت، وذلك في حال تعرض الشركة للتسوية القضائية أو تم شهر افلاسها، فقرر تمديد الإفلاس وتحميل ديون الشخص المعنوي إضافة للديون الشخصية على عاتق كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أو لا، إذا كان هذا الإفلاس أو التسوية بسبب استغلاله أو تصرفه في أموال الشخص المعنوي لمصلحته الخاصة، وثانيا بالنسبة للشركات التجارية أكد المشرع على مسؤولية المسير الفعلي بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدود وشركة المساهمة على غرار المادة 805 ق ت التي نصت على مسؤولية المسير في شركات ذات المسؤولية المحدودة وأشارت للمسير الفعلي⁶، والأمر ذاته في

¹ Aix-en-Provence, 26 mai 1981, Féraud-Prox ès qual. C/ Sté Socomo-Secotub. D. 1983, somm. P 60 obs. F. Derrida.

² Cass. Crim 12 oct. 1995, n°95-80.730. www.legifrance.gouv.fr

³ CA. Versailles 29 avril 2004, RTD. COM 2005 p 403. obs. D. Legeais ; JCP. 2005.E n° 32, not M-J Campana.

⁴ CA Paris 22-Mars-2016 n° 15/14846.

⁵ بوعمار صيرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 222.

⁶ أنظر المادة 805 ق ت

المادة 834 ق.ت. ج التي نصت على مسؤولية المسير في شركات المساهمة وأشارت بدورها للمسير الفعلي¹.

2-تعريف المسير الفعلي:

رغم استعمال كلا من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لمصطلح المسير الفعلي والاعتراف بمسؤوليته إلا أنّ تعريفه كان بالدرجة الأولى على مستوى الفقه وتحديد الفقه الفرنسي إذ يعتبر الأستاذ Rives – Lange من بين الأوائل الذين عرفوا المسير الفعلي واعتبره " كل من يباشر بكل سلطة واستقلالية نشاطا إيجابيا للتسيير والإدارة".

« *Est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction* »²

هذا التعريف أيده الفقه الفرنسي واعتمده القضاء في كثير من أحكامه، ويعتبر حكم محكمة باريس السابق الذكر أشهرها، والذي اعتبر فيه مديرا فعليا: " كل شخص الصادر في 17 مارس 1978 طبيعى أو معنوي يضطلع بنفس وظائف وسلطات المدير القانوني، ويمارس بكل سلطة واستقلالية نشاطا إيجابيا للتوجيه والإدارة.

“... toute personne physique ou moral qui assume les mêmes fonctions les mêmes pouvoirs qu’un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de dirigeant ».

وهو المفهوم الذي أعادته محكمة النقض بعد ذلك في العديد من أحكامها، كالحكم الصادر بتاريخ 25 جانفي 1994³، الذي عرفت فيه المسير الفعلي بأنه " كل الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين تدخلوا، بدون تفويض من الشركة، في تسيير الشركة أو إدارتها أو توجيهها، والذين مارسوا، بكل سيادة واستقلالية، نشاطا إيجابيا للإدارة والتوجيه من خلال إشراك الشركة تحت غطاء أو في مكان ممثلها القانونيين.

¹ أنظر المادة 834 ق.ت

² J.-L. RIVES-LANGE, Op. Cit. p. 41, n°5.

³ Cass.com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007. www.legifrance.gouv.fr

« Les personnes tant physiques que morales qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celles qui en toutes souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction engageant la société sous couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux »

ومن وجهة نظر ثانية فالمسير الفعلي هو ذلك الشخص الذي يقوم بمهام الإدارة والتسيير دون أن يكون حائزا على سند قانوني أو شرعي¹، أي كل شخص يتدخل في التسيير دون أن تخوله الأنظمة الأساسية للشركة صلاحية القيام بالتسيير².

« L'illégitimité de la direction de fait est d'abord d'ordre purement formel absence de nomination régulière »

وهناك من فرق بين عمليات التسيير الداخلية وعمليات التسيير الخارجية³، فقصر إضفاء صفة المسير الفعلي على من مارس أعمال التسيير الخارجية والتمثيل أمام الغير فقط بدون صفة قانونية، فعرفوا المسير على أنه "الشخص الذي يسير الشركة، دون أن يُمنح بشكل قانوني من قبل أجهزة الشركة، سلطة تمثيلها"

« Le gérant de fait est celui qui dirige une société, sans avoir été régulièrement investi, par les organes de la société, du pouvoir de la représenter »⁴

وكما عني الفقه والقضاء الفرنسي بوضع تعريف جامع للمسير الفعلي فقد حاولوا أيضا وضع معايير وشروط من أجل إضفاء صفة المسير الفعلي.

¹ شيباني نظيرة، هوية المسير في الشركات التجارية، مجلة الندوة للدراسات القانونية المركز الجامعي غليزان، العدد الأول، 2013، ص 229، مقال متاح على الموقع التالي: file:///C:/Users/User/Downloads/18.pdf

² G. NOTTE, Op Cit. 62, n° 59.

³ J.-M. MACQUERON. Op Cit. P110.

⁴ Daniel. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, Dr. et part. janv. 1996, p. 24.

ثانياً: شروط إضفاء صفة المسير الفعلي.

حتى تمنح صفة المسير الفعلي لشخص ما وتقرّر المسؤولية في حقه وضع الفقه والقضاء الفرنسي مجموعة من المعايير والشروط لقاضي الموضوع، هذه الشروط أساسها في الحقيقة معيارين عامين، الأول يستخلص ضمناً في تعاريف المدير الفعلي هو غياب الحق في ممارسة النشاط الإداري للشركة أي تخلف الشرعية القانونية، أما بالنسبة للثاني، فهو وارد صراحة في التعريف الذي اقترحه البروفيسور RIVES-LANGE وفي تعريف محكمة النقض الفرنسية ويستخلص من متطلبات ممارسة النشاط الإيجابي والتدخل في التسيير¹.

1- شرط تخلف الشرعية القانونية:

يقصد بشرط عدم وجود الشرعية القانونية هو وجود خلل قانوني أثناء ممارسة النشاط التسيير، وهذا الخلل في الحقيقة يتجسد في صورتين صورة غياب الصفة القانونية للمسير تماماً وصورة وجودها لكن عدم صحتها لوجود عيب يتخللها².

بالنسبة للصورة الأولى فإننا نجد المشرع في شركة المساهمة قد حدّد الأشخاص الذين يمنع عليهم ممارسة أعمال الإدارة والتسيير لانعدام الصفة القانونية، ونقصد هنا الصفة القانونية المتعلقة بالتسيير لأنه ممكن أن يكون لهذا المتدخل في أعمال الإدارة صفة قانونية أخرى في الشركة، على غرار أعضاء مجلس المراقبة في نظام التسيير الحديث الذي يمنع عليهم قانوناً ممارسة أعمال الإدارة والتسيير والتي هي من أعمال مجلس المديرين³ وأي تدخل من طرفهم يعتبر غير مشروع وعدم المشروعية هنا تكون مزدوجة فهو من جهة لا يتمتع بصفة المسير، ومن جهة أخرى قام بالاعتداء على صلاحيات جهاز آخر⁴، الأمر الذي قد يضفي عليهم صفة المسير الفعلي

¹ بوعمار صيرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ حسب مبدأ الفصل بين الإدارة والمراقبة في الشركة يناط لمجلس المراقبة في شركة المساهمة ثنائية التسيير مهمة المراقبة على أعمال مجلس المديرين ويمنع عليه التدخل في أعمال الإدارة، أنظر المواد من 654 ق.ت إلى 656 ق.ت، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي في المادة L225-257.

« Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de gestion et de leur résultat »

⁴ Maria Papantion, *L'immixtion en droit des sociétés*, Bruylant, France 1998, p 271

أمام الشركة وأمام الغير حماية للوضع الظاهر باعتبار أن نظرية المسير الفعلي ماهي إلا إحدى تطبيقات نظرية حماية الوضع الظاهر في الشركة¹، وتنعدم الصفة القانونية أيضا على الشخص الذي لا يملك الأهلية التجارية، باعتبار أن المسير في شركة المساهمة يكتسب صفة التاجر بحكم القانون²، وبالتالي يمنع على الأشخاص الممنوعين من ممارسة التجارة أن يكونوا مسيرين في شركة المساهمة وإذا حدث ذلك اعتبروا مسيرين فعليين.

أما الصورة الثانية فتحدث عند توافر الصفة القانونية في المسير لكنها غير صحيحة بشكل يفقد المسير حقه القانوني في تسيير الشركة، ويتحول من مسير قانوني لمسير فعلي، على غرار عدم احترام إجراءات تعيين المسير من حيث الجهة المخول لها تعيينه-كما سبق الذكر-أو تجاوز المدّة المحددة للتسيير (المدير السابق) دون تجديدها³، أو عدم صحة التفويض القانوني⁴ بممارسة بعض صلاحيات الإدارة أي ألا يمارس هذه السلطات بناء على تنازل رسمي من طرف الهيئة القانونية لأي سبب كان، فوجود التفويض ينفي المسؤولية وهو الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى تعريف المسير الفعلي على أنه "الشخص الذي لا يملك تفويض بالإدارة"

« Le gérant de fait est celui qui dirige une société, sans avoir été régulièrement investi, par les organes de la société, du pouvoir de la représenter »⁵

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي يفرّق بين التفويض العام والتفويض الخاص⁶، فالتفويض الخاص هو التفويض الذي يقتصر على أعمال محددة والمؤقتة فقط والشخص الذي يملك هذا التفويض لا يمنح صفة المدير الفعلي في حين الشخص الذي يملك تفويض عام بممارسة جميع صلاحيات الإدارة يصبح مديرا فعليا⁷.

¹ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 225.

² أنظر المادة 31 من الأمر 07-96، مرجع سابق.

³ - أنظر المادة 611 ق.ت، 646 ق.ت.

⁴ تفويض الصلاحيات هو العملية التي يعطي من خلالها الممثل القانوني للشركة، باسم ونيابة عن الشركة، تفويضًا لشخص ما لإدارة هذه الشركة، في حدود صلاحياته الخاصة ولا يمكن للمسير القانوني تفويض الصلاحيات التي لا يمتلكها قانونيًا. أنظر:

Jean-Richard Nze Ndong Dit Mbele. Op Cit. P86

⁵ Daniel. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, op Cit 1996, p. 24.

⁶ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 225.

⁷ Cass. Crim. 8 juin 2004, pourvoi n° 03-86331, www.legifrance.gouv.fr.

كما لا يكون التعيين صحيحا شكلا إلا بنشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية مع الإشارة الدقيقة لهياكل الإدارة وتنظيمها وصلاحياتها وكل تعديل يطرأ عليها، ففي حالة عدم اكتمال الجانب الشكلي لتعيين المدير وقيامه أثناء تلك الفترة بتصرفات التسيير اعتبر مسيرا فعليا¹، في هذا الإطار بالذات اعتبرت محكمة النقض الفرنسية المسير مسؤولا جزائيا نظرا لقيامه باستغلال أموال الشركة بعد توليه أعمال التسيير، رغم عدم اكتمال إجراءات تعيينه وقبل تسجيله في السجل التجاري ونشر التعيين² واعتبر مسيرا فعليا.

2- شرط ممارسة نشاط إيجابي بالتدخل في تسيير الشركة:

يحمل شرط ممارسة نشاط إيجابي بالتدخل في تسيير وإدارة الشركة في طياته شرطين، شرط متطلبات النشاط الإيجابي وشرط التدخل في التسيير³.

فأما عن النشاط الإيجابي فيتحقق عن طريق إخاذ قرارات إيجابية⁴، بمعنى أن تكون لهذا الشخص الذي منح صفة المسير الفعلي سلطة اتخاذ القرار وليس مجرد الامتناع أو السكوت⁵، وهذا النشاط بدوره يشترط فيه أن يمارس بشكل مستقل، وحر ونعني بالاستقلالية أن يمارس المسير الفعلي نشاطه دون أن يكون خاضع لأي تبعية أو سلطة أعلى منه على غرار الأجير مثلا، أما الحرية فيقصد بها أن يقوم بالنشاط بمحض إرادته الكاملة وبدون إكراه⁶، وكذا أن يتكرر هذا النشاط الإيجابي أكثر من مرة فوقوع العمل مرة واحدة ليس كافيا للإعطاء صفة المسير الفعلي وإنما لابد من تكرار العمل بشكل مستمر ومنتظم ما يوحي للغير المتعامل مع الشركة بأنه مسير لها⁷، إلا إذا كان هذا الفعل الواحد هو المسبب للضرر الموجب للمسؤولية⁸.

"en l'espèce, la qualification de dirigeant de fait a servi de base à la condamnation pour banqueroute du délégataire de pouvoirs généraux de direction"

¹ خيار رغبة، نطاق تطبيق نظرية المسير الفعلي في الشركات التجارية وفقا للقانون التجاري الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8 العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر سنة 2021، ص 255.

² Cass .com.10 juillet.2012n°11.21.395 www.legifrance.gouv.fr

³ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 226.

⁴ Cass. Crim. 28 févr. 1983 Inédit. www.legifrance.gouv.fr

⁵ كمال العياري، مرجع سابق، ص 18.

⁶ شيباتي نظيرة، مرجع سابق، ص 251.

⁷ المرجع نفسه، ص 252.

⁸ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 226.

أما عن التدخل في التسيير وإدارة الشركة فهنا وحسب الفقه والقضاء الفرنسي يجب التفرقة بين عمليات التسيير الداخلية وعمليات التسيير الخارجية¹، ويقصد بعمليات التسيير الداخلية جميع الصلاحيات التي يمارسها أي شخص في إدارة الشؤون الداخلية للشركة، أي الأعمال أو تصرفات التي لا تجعل الشركة على علاقة بأشخاص خارجها²، وفي هذا الصدد يرى الفقه أن ممارسة سلطات التسيير الداخلي للشركة لا تستلزم، إضفاء صفة المدير الفعلي على من مارس هذه السلطات ما لم يتم ذلك بصفة منتظمة³.

في حين اعتبرها آخرون أنها جزء من التدخل في التسيير للشركة، والقيام بها من قبل شخص لا يتمتع بصفات المسير القانوني من شأنه أن يضيفي على هذا الأخير صفة المدير الفعلي لأن تصرفاته اعتبرت بمثابة صلاحيات أصيلة ترجع للمسير القانوني للشركة الواقع⁴، يمكن للإدارة الداخلية للشركة أن تنتج عنها عواقب نافعة أو ضارة وتؤثر بشكل أو بآخر على مصير الشركة كما أن الوظائف المتعلقة بالإدارة الداخلية للشركة تؤثر أيضا على نشاط الشركة الداخلي أو الخارجي⁵. على أية حال فإننا نجد في المحاكم الفرنسية أن التسيير الداخلي للشركة من قبل شخص ليس لديه تفويض قانوني لممارسة هذه السلطة تارة يؤدي إلى إضفاء صفة المسير الفعلي وتارة أخرى لا يؤدي في إلى إضفاء صفة المدير الفعلي على من قام بها⁶.

فبالنسبة للحالة الأولى نجد الحكم الصادر في سنة 1999 من قبل محكمة الاستئناف بباريس⁷ اين رفضت طلب الجمعية العامة في شركة ذات مسؤولية محدودة منح صفة مسير بحكم الواقع لشخص يمتلك 50٪ من أسهم الشركة المذكورة على أساس أن الشخص المعني قد شارك شخصياً في القرارات المتعلقة بتفويض الصلاحيات واختيار محاسب وتدخل بشكل مباشر في أعمال الإدارة اليومية، وذلك بحجة أن الأعمال المتنازع عليها لم تثبت ممارستها بصفة فعلية من قبل

¹ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 226.

² Jean-Richard Nze Ndong Dit Mbele. Op Cit. P32-

³ Ibid.P42.

⁴ بوخرص عبد العزيز، التدخل في الإدارة كشرط لإضفاء صفة المسير الفعلي في شركة المساهمة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد

خضير بسكرة، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2022، ص 275.

⁵ Ibid.P43-44.

⁶ Ibid.

⁷ C.A. Paris, 3e ch. 5 févr. 1999, RTD com. 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

الشخص المعني، أما بالنسبة للحالة الثانية نجد الحكم الصادر في 20 ديسمبر 1988 أين أُيدت محكمة النقض حكم استئناف كان قد أضفى صفة المدير الفعلي على رئيس وأعضاء مجلس المراقبة في شركة مساهمة من خلال تدخلهم في الشؤون الإدارية للشركة وتوجيههم استراتيجية إدارة الشركة¹.

أما عمليات التسيير الخارجية والتي تعني قيام شخص بتنفيذ الصلاحيات التي يكون الغرض منها إظهار إرادة هذه الشركة للتعبير عنها للغير، وبمعنى أدق تمثيل الشركة أمام الغير²، فإن الفقه والقضاء الفرنسي يتفق وبالإجماع على إضفاء صفة المسير الفعلي على الشخص الذي مارس بشكل غير قانوني صلاحيات التسيير الخارجي للشركة³.

ولعلّ هذا الاتفاق يرجع أن أساس نظرية المسير الفعلي في الأصل هي نظرية حماية الوضع الظاهر للشخص المتعامل مع المسير الفعلي بحيث يجب أن تتوفر لديه كل الصفات الخارجية التي تتوفر لدى المسير القانوني بالنسبة للغير حتى تقرر في حقه المسؤولية التي تقرر على المسير القانوني⁴، ففي حالة عدم وجود هذا التطابق بين الوضع القانوني والوضع الظاهر فلا تقرر المسؤولية ضد المسير الفعلي، وعبء اثبات هذا الوضع يقع دائماً على عاتق الغير، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في قرارها بنصه أن صفة التسيير الفعلي لا يمكن افتراضها فعلى كل من يدعي وجود التسيير الفعلي أن يثبت ذلك⁵.

وفي جميع الأحوال ومتى تحققت صفة المسير الفعلي فإنّ مسؤوليته تقوم إلى جانب مسؤولية المسير القانوني⁶ فتدخل المشرع لتنظيم مسؤولية المسير الفعلي لم يكن بهدف إعفاء مسؤولية المسير القانوني أو التقليل منها حتى ولو ثبت عدم علمه أو ارتكابه للخطأ بل جاء بهدف الحيلولة دون إفلات المسير الفعلي من المسؤولية كما أن المنطق يقتضي عدم إبعاد المسير القانوني من المسؤولية لأنه أخلّ بالالتزامات القانونية والتنظيمية المفروضة عليه بصفته وكيلاً عن الشركة

¹ Cass. com. 20 décembre 1988, N° 87-14.767 87-15.693 www.legifrance.gouv.fr

² Jean-Richard Nze Ndong Dit Mbele ; op Cit. P45

³ Ibid.

⁴ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 227.

⁵ Cass.com.6.mai.1980, 78-16.261, www.legifrance.gouv.fr

⁶ بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 228.

وممثلا قانونيا لها ويفترض به بهذه الصفة أن يكون عالما بكل أعمال الشركة، إلا إذا توافرت القواعد العامة للإعفاء المقررة وفقا لقانون العقوبات¹.

وبعد تبني المشرع للمفهوم الموسع لمعنى المسير قام بتحديد ضوابط وشروط من أجل العضوية في هيئات التسيير شكلت تكريسا للاعتبار الشخصي للمسيرين في شركة المساهمة.

المطلب الثاني

ضوابط العضوية في هيئات تسيير شركة المساهمة

بغية الترشح لعضوية هيئات التسيير داخل شركة المساهمة فرض المشرع عدة ضوابط قانونية² ارتبطت بشكل مباشر بشخصية المسيرين عكست معالم الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة في مرحلة ممارسة نشاطها سواء بشكل عام متعلق بشركات المساهمة عامة، أو بشكل خاص بالنسبة لبعض أنواع شركات المساهمة، أهمها الضوابط التي فرضها المشرع الجزائري على تأسيس البنوك والمؤسسات المالية بوجه خاص.

لذلك سيتم التطرق إلى هذه الضوابط عامة (الفرع الأول)، ثم بشكل خاص في شروط والضوابط المتعلقة بمسيري البنوك والمؤسسات المالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الضوابط الشخصية العامة للمسير في شركة المساهمة

وضع المشرع مجموعة من الشروط (أولا) والقيود (ثانيا) اللازم توافرها في الشخص الراغب في العضوية في هيئات التسيير لشركة المساهمة.

أولا: شروط العضوية في هيئات التسيير لشركة المساهمة.

يقصد بها تلك الشروط التي تسبق الترشح لعضوية مجالس إدارة شركات المساهمة، فهي شروط ترتبط بصفة جوهرية في العضوية لمجالس الإدارة، وضعتها التشريعات الوطنية على غرار

¹ شيباني نظيرة، مرجع السابق، ص 230.

² Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p332.N°317.

المشروع الجزائري، لضمان الإدارة الحسنة للشركة وضمان استمراريته ونجاح أهدافها، وتتمثل هذه الشروط في:

1-صفة المساهم:

نصت المادة 619 ق.ت على أنه: "يجب على مجلس الإدارة أن يكون مالكا لعدد من الأسهم يمثل على الأقل 20 بالمئة من رأس مال الشركة"، ونفس الامر بالنسبة لأعضاء مجلس المراقبة في التسيير الحديث، بحسب ما جاء في نص المادة 658 ق.ت، ويفهم من ذلك أن عضو مجلس الإدارة وعضو مجلس المراقبة يجب أن يكون من بين المساهمين بالشركة تطبيقا لقاعدة ربط إدارة المشروع بملكية رأس المال¹.

وأغلب القوانين تشترط هذا الشرط ذلك أن المساهمين - على الأقل من الناحية النظرية - يحرصون أكثر من غيرهم على مصالح الشركة بسبب امتلاكهم لأسهمها، وارتباط مصير استثماراتهم بنشاط ومردودية الشركة، وكضمان² لأخطاء التسيير، وهذا بخلاف الأمر في شركات الأشخاص حيث يجوز اختيار المديرين غير الشركاء. وقد جعل المشروع الجزائري من أسهم الضمان مسألة جماعية يلتزم مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بحسب الحالة ككل بتقديمها، تتحقق عندما يمتلك المجلس 20 بالمئة من أسهم الشركة، وترك للقانون الأساسي للشركة مسألة تحديد العدد الأدنى من الأسهم التي يتعين أن يحوزها كل عضو والظاهر كذلك من الفقرة الثالثة من المادة 619 ق.ت أن المشروع يؤكد على التلازم المطلق بين عضوية مجلس الإدارة وصفة المساهم، وهذا ما تبينه عبارات النص التي ترتب جزاء قانونيا يتمثل في اعتبار العضو مستقيل تلقائيا إذا لم يكن مالكا للأسهم وقت تعيينه، أو إذا توقفت ملكيته لها أثناء فترة عضويته، ما لم يصحح وضعيته خلال ثلاثة أشهر، كما أوكل المشروع الجزائري لمندوب الحسابات مهمة مراقبة تنفيذ هذا الشرط تحت مسؤوليتهم

¹ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، 32.

² من أجل ذلك سميت هذه الأسهم بأسهم الضمان والتي تعرف على أنها الأسهم التي يتطلب المشروع امتلاكها من قبل أعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المراقبة حسب الحالة، وهي غير قابلة للتصرف طوال مدة عضوية الشخص في هيئات الإدارة، كضمان لمسؤوليته عن الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء إدارته للشركة، أنظر:

G. Ripert, R. Roblot, op cit, p408, n°1637.

الخاصة، وعند تسجيل أي مخالفة بخصوص تطبيق هذا الحكم يبلغون الأمر في تقريرهم المرفوع للجمعية العامة السنوية (م 620 ق.ت).

للإشارة فالمشرع الفرنسي ومنذ سنة 2001¹ قد ألغى هذا الشرط كالتزام قانوني تعلق عليه عضوية مجلس الإدارة، وترك لأنظمة الشركات مسألة فرضه من عدمه²، على أنه اشترط أن يمتلك المدير العام في حالة نظام أحادي تسيير في يوم تعيينه العدد المطلوب الذي غالبا ما يكون رمزيا في القانون الأساسي من الأسهم، وإذا توقف عن امتلاكها خلال فترة ولايته فيُعتبر مستقيلًا تلقائيًا، إذا لم يكن قد قام بتسوية الوضع خلال فترة الستة أشهر³، وهدف المشرع الفرنسي من إلغاء هذا الشرط هو عدم حرمان الأشخاص المؤهلين للإدارة لأنهم لا يملكون أسهم في الشركة⁴.

2- شرط اكتساب الأهلية التجارية:

إذا كان الأصل في شركة المساهمة هو قيامها على الاعتبار المالي، أي مسؤولية المساهم بحدود مساهمته المالية، وعلى هذا الأساس فإن المساهم لا يكتسب صفة التاجر ولا يلتزم بالتزامات التاجر، وافلاس الشركة لا يؤدي بالضرورة إلى إفلاس المساهمين⁵، وهو ما يترتب عليه إمكانية تجاوز عنصر الأهلية التجارية في المساهم، بحيث يمكن للقاصر أن يوظف أمواله بشركة مساهمة - وإن كان من خلال وليه⁶.

لكن مع ذلك نجد أن كل التشريعات المقارنة تتفق صراحة أو ضمنا حول وجوب توفر شرط الأهلية التجارية في المسيرين على الرغم من أنهم من المساهمين في الشركة خروجًا عن القواعد العامة للشركة، بالنظر لمركزهم الهام بالشركة، ولضمان توفر قدر معين من الخبرة في الداية

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

² Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p 333 N°318.

³ Article L225-25

« Les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent.

Si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de six mois. »

⁴ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p333 N°318.

⁵ نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ط 3، 2008 الجزائر، ص 148.

⁶ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 26.

والحرص على رعاية مصالح الشركة، وكذا المسؤولية القانونية التي تلحق تصرفاتهم في حال ارتكابهم أخطاء إدارية مضرّة بالشركة، وهو الأمر الذي يعتبر تجسيدا للاعتبار الشخصي للمسير في شركة المساهمة.

وقد صرح المشرع الجزائري بذلك بصفة مباشرة من خلال إقراره باكتساب المسير في شركة المساهمة لصفة التاجر ذلك من خلال نص المادة 31 من القانون 90/22 المؤرخ في 18 أوت المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-07، أين منح صفة التاجر لأعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجالس الرقابة في شركات المساهمة سواء كانوا وطنيين أو أجانب، وذلك بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها.

ومن ثم تفرض هذه الاهلية على المسير بلوغه سن 19 سنة كاملة طبقا لقواعد القانون المدني أو 18 مع الترشيد وفقا لقواعد القانون التجاري¹، وضرورة مباشرة إجراءات القيد في السجل التجاري² ومسك الدفاتر التجارية³، ويجب ألا يكون موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة النشاط التجاري، أي أنه يخضع لحالات التنافي أو التعارض مع صفة قائم بالإدارة باعتباره تاجر، إذ منع المشرع بعض الأشخاص الذين لا تتلاءم مهنتهم الأصلية مع ممارسة مهام الإدارة في شركة المساهمة، كالموظف العمومي والقضاة والمستخدمون العسكريون ومستخدمو البرلمان، كون هؤلاء يخضعون لقوانين عضوية خاصة بهم تنص على هذا المنع⁴ كما نص المشرع على حالات تنافي أخرى في بعض النصوص القانونية التي وردت متفرقة المنظمة لأصحاب المهن الحرة، كالمحامي والموثق

¹ جاء في المادة 05 من ق. ت. ج أنه "لا يجوز للقاصر، ذكر أو أنثى، البالغ من العمر 18 عشرين سنة كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارته: - إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادقة عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفى أو غائب أو أسقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم. - ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

² المادة 19 و 20 ق. ت.

³ المادة 09 ق. ت.

⁴ المادة 43 من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. رج. ج، المنشورة في 16 جويلية 2006 عدد 46.

والمحضر القضائي¹، وهذا ما أكدت عليه المادة 13 من قانون المتعلق بالسجل التجاري القانون رقم 09-22، فإن كان هذا الشخص طبيعياً فيجب أن يكون من الأشخاص الذي يجيز لهم القانون ممارسة النشاط التجاري، إذ لا يجوز أن يكون داخلاً في إطار مهني آخر، كالمحامي أو الطبيب، إذ يتنافى ذلك مع مهنة التجارة، كما تقضي المادة 09 من القانون المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية القانون رقم 04/08 السابق الذكر على ما يلي: "لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعاً لنظام خاص ينص على حالة تناف على الذي يدعي حالة التنافي إثبات ذلك".

بالإضافة إلى ذلك يرى الأستاذ "Y. GUYON" أنه يجب أن يكون المسير قادراً ومتمتعاً بالكفاءة المهنية على الرغم من عدم نص القانون على ذلك، على اعتبار أن المسير يختلف على الوكيل لأن دوره لا يقتصر على تنفيذ الأوامر الصادرة من لشركة (الموكل)، فهو يتخذ القرارات اللازمة للشركة والتي يتحمل بها المسؤولية القانونية²، وإن كان القانون لم ينص صراحة على هذا الشرط³.

3- عدد المسيرين:

يعتبر محدودية عدد المسيرين (الحد الأقصى) مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسيرين، استناداً إلى رأي الفقه، والهدف من هذه المحدودية ضمان جدية المسيرين في تسيير الشركة من أجل إعطاء ثقة أكبر للمتعاملين مع الشركة ما يعتبر تعزيزاً للطابع الشخصي للمسير في شركة المساهمة، وهو الأمر الذي يلاحظ في القانون الجزائري حيث قام بتحديد الحد الأقصى للمسيرين من خلال المادة 610ق. ت بالنسبة لنظام أحادي التسيير، أين نصّ على ضرورة أن يتألف مجلس الإدارة من ثلاثة (3) أعضاء على الأقل، ومن اثني عشر عضواً (12) على الأكثر، وفي حالة الدمج لا يجوز أن يتجاوز عدد المسيرين أربعة وعشرون (24) عضو⁴.

¹ فالمادة 22 من القانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق، والمادة 24 من القانون 06-03 المنظم لمهنة المحضر القضائي، تحظران على الموثق والمحضر القضائي على التوالي، بصفة مباشرة أو غير مباشرة التدخل في إدارة أي شركة، كما نصت المادة 17 من القانون العضوي رقم: 11-04 المتضمن القانون الأساس للقضاء على أنه يمنع على القاضي أن يمارس أي وظيفة أخرى عمومية كانت أو خاصة تدريجاً.

² Yves GUYON, *droit des affaires*, op cit, p334, N°318.

³ G. Ripert, R. Roblot, op cit, p406, N°1634.

⁴ أنظر المادة 610ق. ت.

كما أكد على ضرورة أن يكون في الشركة التي تعتمد هذا النوع من التسيير رئيس مجلس إدارة واحد فقط¹، يقوم أعضاء مجلس الإدارة بانتخابه، كما أنه يجوز لمجلس الإدارة بناء على اقتراح من رئيسه أن يعير مدير عام أو اثنين كأقصى تقدير².

ونفس الشيء بالنسبة لشركة المساهمة التي تعتمد نظام ثنائي التسيير، فالمشرع الجزائري نص على ضرورة أن يتألف مجلس المديرين من ثلاثة (3) إلى خمسة (5) أعضاء كأقصى حد³، أما مجلس المراقبة فيتألف من خمسة أعضاء (7) على الأقل واثنى عشر (12) عضوا على الأكثر⁴، وفي حالة الدمج لا يجوز أن يتجاوز 24 عضو.

وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي اعتمد نفس الأسلوب في تحديد الحد الأدنى والاقصى للمسيرين في شركة المساهمة وإن اختلفت الأرقام لاعتبارات اقتصادية بحتة.

4- شرط السن وتمثيل المرأة:

اشتراط المشرع الفرنسي فيمن يعين في مجلس المديرين وفق نظام التسيير الحديث ألا يتجاوز سن الخامسة والستين وذلك في المادة⁵ L225-60 وكل تعيين مخالف لهذا الشرط يعتبر باطلا، وعندما يصل عضو مجلس الإدارة أو العضو المنتدب الوحيد إلى الحد الأدنى للسن

¹ أنظر المادة 634 ق. ت.

² أنظر المادة 639 ق. ت.

³ أنظر المادة 643 ق. ت.

⁴ أنظر المادة 657 ق. ت.

⁵ Article L225-60

Les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de membre du directoire ou de directeur général unique une limite d'âge qui, à défaut d'une disposition expresse, est fixée à soixante-cinq ans.

Toute nomination intervenue en violation des dispositions prévues à l'alinéa précédent est nulle.

Lorsqu'un membre du directoire ou le directeur général unique atteint la limite d'âge, il est réputé démissionnaire d'office.

Est également réputé démissionnaire d'office le membre du directoire ou le directeur général unique placé en tutelle.

La nullité prévue au deuxième alinéa et la démission d'office prévue aux troisièmes et avant-derniers alinéas n'entraînent pas la nullité des délibérations et des décisions auxquelles a pris part le membre du directoire irrégulièrement nommé ou réputé démissionnaire d'office ni la nullité des décisions du directeur général unique irrégulièrement nommé ou réputé démissionnaire d'office.

المشروط، يُعتبر مستقياً تلقائياً، على أنه لا يترتب على البطلان أو الاستقالة الإجبارية بطلان المداولات والقرارات التي شارك فيها عضو مجلس الإدارة المعين بشكل غير نظامي أو الذي اعتُبر مستقياً من تلقاء نفسه¹.

وشرط السن نفسه يتطلبه المشرع الفرنسي في عضو مجلس المراقبة وذلك ما يظهر في نص المادة L 225-70، وعضو مجلس الإدارة في نظام التسيير التقليدي في نص المادة L225-19 وبالشروط ذاتها، حيث أجاز لنظام الشركة أن يحدد سن أعضاء المجلس الأخير سواء على جميع أعضائه أو على جزء منهم، في حال خلو نظام الشركة من نص صريح في هذا الشأن فإن نسبة اللذين يبلغون من العمر سبعين عاماً يجب ألا تتجاوز ثلث أعضاء مجلس المراقبة، وأي تعيين مخالف لذلك يعدّ باطلاً، وعند تجاوز الحد النظامي أو القانوني المحدد لسن أعضاء مجلس المراقبة، يعتبر العضو قد استقال تلقائياً، على أنه لا يترتب على البطلان أو الاستقالة الإجبارية المنصوص عليها في المادة، بطلان المداولات التي شارك فيها عضو مجلس الرقابة الذي عين بشكل غير نظامي أو اعتبر مستقياً من تلقاء نفسه².

¹ Georges Ripert, René Roblot, op, cit, p410, N°1640.

² **Article L225-70**

Les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de membre du conseil de surveillance une limite d'âge s'appliquant soit à l'ensemble des membres du conseil de surveillance, soit à un pourcentage déterminé d'entre eux.

A défaut de disposition expresse dans les statuts, le nombre des membres du conseil de surveillance ayant atteint l'âge de soixante-dix ans ne peut être supérieur au tiers des membres du conseil de surveillance en fonctions.

Toute nomination intervenue en violation des dispositions prévues à l'alinéa précédent est nulle.

A défaut de disposition expresse dans les statuts prévoyant une autre procédure, lorsque la limitation statutaire ou légale fixée pour l'âge des membres du conseil de surveillance est dépassée, le membre du conseil de surveillance le plus âgé est réputé démissionnaire d'office. Est également réputé démissionnaire d'office le membre du conseil de surveillance placé en tutelle.

La nullité prévue au troisième alinéa et la démission d'office prévue aux quatrième et avant-derniers alinéas n'entraînent pas la nullité des délibérations auxquelles a pris part le membre du conseil de surveillance irrégulièrement nommé ou réputé démissionnaire d'office.

على أننا لا نجد هذا الشرط في القانون الجزائري ولا في القوانين العربية المقارنة- في حدود ما تم البحث فيه- وإن كانت المادة 33 من القانون المصري القديم رقم 26 لسنة 1954¹، تقضي بأن كل عضو في مجلس إدارة شركة المساهمة يبلغ سن السبعين يعتبر متقاعد في نهاية السنة المالية التي يبلغ فيها هذا السن، إلا أن القانون المصري الحالي قد استبعد هذا الشرط الخاص².

كما أن المشرع الفرنسي قد اشترط ضرورة تسعى الشركة لتمثيل المرأة بشكل متوازن في هيئات التسيير لشركة المساهمة، في حرصه على مشاركة المرأة في الحياة الاقتصادية للدولة الفرنسية، وهذا ما جاء في نص المادة 58-225 L الفقرة الأولى منها التي تحدثت عن أعضاء مجلس المديرين في نظام التسيير الحديث³، ونفس الأمر بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة في نظام التسيير التقليدي بحسب المادة 17-225 L، أما المادة 1-18-225 L فقد ونصت على أنه عندما لا يتألف مجلس الإدارة من أكثر من ثمانية أعضاء فيجب ألا يكون الفرق بين عدد الاعضاء من كل جنس أكبر من اثنين. يعتبر أي تعيين يتم مخالف لهذا الحكم باطلاً.

ونفس الشيء فإننا لا نجد مثل هذا الحكم لا في القانون الجزائري ولا في القوانين العربية المقارنة بحسب ما تم البحث فيه.

وتبدو الحكمة من قيد السن أو قيد تمثيل المرأة في هيئات الإدارة واضحة بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث يستهدف إتاحة الفرصة للكفاءات الشابة من جهة وزيادة الديناميكية في إدارة الشركة⁴، وأيضاً إتاحة الفرصة لمختلف الكفاءات على اختلاف الجنسين من خلال السعي لتفعيل دور المرأة في شركات المساهمة من جهة ثانية، ونرى بأنه نهج حميد أولى بالاتباع.

¹ أنظر المادة 33 من أحكام قانون المصري لشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة لسنة (1954) المعدل، متاح على الموقع: manshurat.org/node/34073

² تم إلغاء هذا الشرط في قانون تنظيم الشركات المساهمة رقم (159) لسنة 1981 المعدل والمتمم بالقانون الصادر سنة 2016، متاح على الموقع: <https://qadaya.net/?p=6710>.

³ **Article L225-58**

« La société anonyme est dirigée par un directoire composé de cinq membres au plus. La composition du directoire s'efforce de rechercher une représentation équilibrée des femmes et des hommes. »

⁴ G. Ripert, R. Roblot, op cit, p410, n°1640.

5- شرط الشخص الطبيعي: خصّ المشرع الجزائري رئيس مجلس الإدارة والمدير العام في نظام التسيير الكلاسيكي، وأعضاء مجلس المدربين في نظام التسيير الحديث بشرط خاص يؤكد الاعتبار الشخصي لهؤلاء بصفته من هيئات التسيير، يتمثل في ضرورة أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين. فاشتراط المشرع عند تعيين رئيس مجلس الإدارة أن يكون من الأشخاص الطبيعية وهذا تحت طائلة بطلان التعيين¹، ما يعني إقصاء الشخص المعنوي العضو في مجلس الإدارة نهائيا من رئاسة المجلس² وهو ما يؤكد أهمية الاعتبار الشخصي لهذه الوظيفة.

ونفس الشيء بالنسبة لوظيفة المدير العام³ وأعضاء مجلس المدربين⁴، فقد أكد المشرع على ضرورة أن يكون من الأشخاص الطبيعية، وتفسير ذلك أن يعود إلى طبيعة عمل هؤلاء، باعتبار المشرع منحهم صفة الممثل القانوني للشركة أمام الغير، على ما يتمتعون به من صلاحيات وسلطات في تسيير الشركة، فيصبحون بمثابة علامة للشركة تدل وتعبّر صفته عنها أمام الغير.

6- شرط الأغلبية الوطنية:

تشتراط بعض التشريعات الوطنية أن يكون أغلبية أعضاء مجلس من مواطنيها⁵ وذلك للتأكيد على ضرورة ألا تكون نسبة الأجانب في مجلس الإدارة أكثر من نسبة اشتراك المساهمين الأجانب في رأس مال الشركة.

أما المشرع الجزائري فقد وضع هذا الشرط بشكل عام، أي يخضع له مجموع المساهمين سواء كانوا مكتتبين أو مؤسسين أو أعضاء في هيئات التسيير، ويظهر تبني المشرع الجزائري لهذا

¹ أنظر المادة 635ق.ت.

² سمح المشرع الجزائري للشخص الاعتباري المساهم أن يكون عضوا في مجلس الإدارة شريطة أن يعين ممثلا دائما له في المجلس يكون من الأشخاص الطبيعية، وتبعاً لذلك لا يعتبر الممثل الدائم عضواً في مجلس الإدارة بصفة شخصية، وإنما تنسبت العضوية للشخص الاعتباري المساهم في رأسمال المؤسسة، على أنه يكون متضامناً معه في المسؤولية القانونية عند ارتكاب الممثل لخطأ في التسيير (المادة 612ق.ت).

³ أنظر المادة 639ق.ت. ج.

⁴ أنظر المادة 644ق.ت. ج.

⁵ ومن أمثلة ذلك نجد المشرع المصري في المادة (92) من القانون رقم (159) لسنة 1981 المعدل والمتمم بالقانون الصادر سنة 2016، مرجع سابق، حيث ينص على أنه "يجب أن تكون أغلبية أعضاء مجلس الإدارة في أية شركة مساهمة من الممتنعين بجنسية جمهورية مصر العربية. وإذا انخفضت - لأي سبب من الأسباب - نسبة المصريين في مجلس الإدارة عما يلزم توافره بالتطبيق لهذه المادة، وجب استكمال هذه النسبة خلال ثلاثة أشهر على الأكثر على أن تصادق الجمعية العامة على ذلك في أول اجتماع لها. ولا يخل ما تقدم بما نص عليه قانون استثمار المال العربي والأجنبي.."

الشرط في قوانين المالية¹، إذ يتضح وبشكل جلي سعي المشرع الجزائري لفرض حد معين يمثل من نسبة رأسمال يتعين تفوق 50% يتعين ان تعود ملكيتها للمساهمين ذوي جنسية جزائرية مقيمة بالجزائر وهذا الفرض ما هو إلا تعبيراً عن شرط الجنسية الجزائرية الذي يشترطه المشرع لإدارة شركات المساهمة، ويرتبط شرط الجنسية دائماً بشرط الإقامة داخل الوطن، وهذان هما في الحقيقة إلا مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات المساهمة والذي تمّ تفعيله لمتطلبات فرض الرقابة على الشركات المختلطة² ولضمان الفعالية والجدية في التسيير.

ويبدو أن الهدف من هذا النص هو تمكين العناصر الوطنية من السيطرة على الشركات التي يساهم فيها الأجانب، حتى تستطيع الحصول على أغلبية الأصوات تفادي صدور قرارات قد تضر بالمصلحة الاقتصادية الوطنية.

وتجدر الإشارة القانون الفرنسي ومنذ سنة 2014م³، أصبح يجيز للأجنبي ان يكون عضواً في الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، ويمكنه أن يمارس مهنته من خارج فرنسا إذا كان مقيم في دولة أخرى بدون أي شروط شكلية حتى ولو كان ينتمي لدولة لم تبرم معها فرنسا أي اتفاقية اقتصادية، أما إذا أراد أن يمارس مهنته من داخل فرنسا ويصبح مقيماً فيها فالقانون الفرنسي يميز بين ما إذا كان من دول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة فيق له ذلك دون أي قيود شكلية فقط يطلب منه وثيقة اثبات الهوية⁴، أما إذا كان لا ينتمي إلى دول الأعضاء في السوق الأوروبية فإنه يلتزم بالإجراءات الإقامة التي تفرضها فرنسا في قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء⁵.

7- شرط قبول التعيين:

يعتبر هذا الشرط من الشروط الخاصة بأعضاء هيئات الإدارة المنتخبين، حيث لا يمكن تعيينهم وفقاً للقانون التجاري الفرنسي إلا بعد قبولهم الكتابي والصريح لهذا التعيين، وهو ما

¹ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 27.

² المرجع نفسه، ص 28.

³ Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014.

⁴ **Dirigeants étrangers d'une société française : les règles.** Article disponible sur le site www.exprime-avocat.fr

⁵ V. art. L. 231-1 et L. 121-1 -2 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile www.legifrance.gouv.fr

يؤكد على ضرورة تجسيد إرادة العضو الصريحة بقبول التعيين¹، ما يعدّ من مظاهر تجسيد الاعتبار الشخصي.

ويذهب البعض في تبرير ذلك، بأنه لا يمكن أن تفرض على المساهم بالشركة أعباء ومسؤوليات العضوية بمجلس الدارة رغم إرادته، فضلا عن قطع الطريق أمام إمكانية التحايل حتى لا يدعي العضو فيما بعد أنه لم يقبل التعيين، أو أنه قد فرض عليه، كما يرى البعض الآخر كذلك أن اشتراط القبول يفيد في التأكد من جنسية العضو، وعما إذا كان يشغل مركزا في شركة أخرى، ولهذا يمكن هذا الشرط من فرض رقابة قبلية على أعضاء مجلس الإدارة².

وقد تضمن القانون التجاري الجزائري ما يفيد هذا الشرط، حينما نص بالمادة 600 منه على أنه: "يجب أن يتضمن محضر الجلسة الخاصة بالجمعية عند الاقتضاء، إثبات قبول القائمين بالإدارة وأعضاء ومجلس المراقبة ومندوبي الحسابات وظائفهم".

والجدير بالذكر أخيرا أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون التجاري على شرط ان يتمتع مسير شركة المساهمة بالأخلاق وحسن السلوك والسيرة على العكس ما ذهب إليه المشرع المصري³، وإن كان قد نص على هذا الشرط بالنسبة لمسيري البنوك والمؤسسات المالية - كما سيأتي بيانه⁴.

إلى جانب شروط العضوية وضع المشرع بعض القيود الخاصة بممثلي هيئات التسيير.

ثانيا: قيود العضوية في هيئات التسيير.

لا يكفي توافر الشروط السابق ذكرها من أجل قبول ترشح في هيئات التسيير، بل يجب بالإضافة إلى ذلك مراعاة القيود التي يفرضها القانون على شخص المسير والتي تتمثل في:

¹ L225-71 www.legifrance.gouv.fr

ونفس الحكم نص عليه المشرع المصري في المادة 90 من القانون رقم (159) لسنة 1981 المعدل والمتمم بالقانون الصادر سنة 2016، مرجع سابق.

² حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 17.

³ وهو ما جاء في المادة 89 من القانون رقم (159) المصري لسنة 1981 المعدل والمتمم بالقانون الصادر سنة 2016، مرجع سابق. حيث نصت على أنه "لا يجوز أن يكون عضواً في مجلس إدارة أية شركة مساهمة، من حكم عليه بعقوبة جنائية أو عقوبة جنحة عن سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو تفالس أو يعقوبة من العقوبات المنصوص عليها في المواد 162، 163، 164 من هذا القانون".

⁴ أنظر الفرع الثاني من هذا المطلب، ص 189.

1- قيد الجمع بين مجالس إدارة ورقابة متعددة:

تبين المادة 612 ق. ت والمادة 664 ق. ت عدد الحد الأقصى لعدد مجالس الإدارة والرقابة - حسب الحالة- التي يكون الشخص الطبيعي عضوا فيها، فأجازت له أن يكون عضوا في خمسة مجالس فقط لا غير في شركات مساهمة يكون مقرها في الجزائر، وهذا الشرط ينصرف إلى الشخص العضو بصفته الشخصية، وإلى ممثل الشخص الاعتباري، وهذا القيد هو من النظام العام لذلك يعتبر باطلا كل تعيين يتم بالمخالفة لهذا الحكم، ويمكن لكل صاحب مصلحة كالأعضاء الباقين أو المساهمين أو حتى الغير الادلاء بهذا البطلان، دون أن يؤثر هذا البطلان على صحة المداولات المعقودة¹.

نجد أن نفس القيد كرسه المشرع الفرنسي، فبالنسبة لأعضاء مجالس الإدارة في النظام الكلاسيكي نجد المادة 21-225 L، وقد فرض المشرع الفرنسي على كل شخص طبيعي يعين بشكل مخالف لأحكام هذه المادة أن يستقيل من إحداها حسب اختياره خلال ثلاثة أشهر من تعيينهن وإذا لم يفعل ذلك اعتبر مستقيلا من المجلس الجديد في نهاية المدة السابقة ولا يؤثر ذلك في صحة المداولات التي شارك فيها².

الحقيقة أنه غالبا ما تفسر الحكمة من هذا القيد، في ان العضوية في هيئات الإدارة لشركة المساهمة تلقي أعباء ثقيلة على عاتق العضو تحتم عليه إحكام عمله في الشركة وبذل المجهود المناسب من جانبه في حسن إدارتها، لأنه ليس بمقدور الشخص ان يضطلع بأعباء عضوية مجالس إدارة متعددة، فضلا عما في هذا التحديد من إعطاء الفرصة لأشخاص آخرين³، بالإضافة إلى قطع

¹ G. Ripert, R. Roblot, op, cit, p410, N°1638.

² Article L225-21 www.legifrance.gouv.fr

« Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français...

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées à l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part. »

³ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 24.

الطريق على هذا العضو وعلى الشركات التي يعمل فيها من ممارسة المنافسة غير المشروعة من خلال استغلال نشاطه ونفوذه¹.

لكن ما دام كذلك لماذا قصر المشرع الجزائري هذا القيد على مجالس هيئات الإدارة للشركات التي مقرها في الجزائر فقط، واستثنى المجالس العاملة خارج الوطن، وهذا إلى التأكيد على أن هذا القيد ما جاء إلا اعتبارات الصالح العام، من أجل كسر احتكار مجموعة أشخاص فقط لعضوية مجالس هيئات إدارة العديد من الشركات، وبالتالي الاستحواذ على دواليب الاقتصاد².

أيا كان الهدف من هذا القيد، فإن فرضه ما هو إلا تجسيدا للجانب الشخصي للمسيّر خروجاً عن المبدأ المالي الذي تقوم عليه هذه الشركات.

2- قيد الجمع بين عضوية مجالس هيئات الإدارة ووظيفة عمومية:

لا يتضمن القانون التجاري الجزائري أي نص يمنع الموظف العام من أن يكون عضواً في هيئات الإدارة لشركة المساهمة، على أنه وبتتبع قوانين الاعمال بصفة عامة، يتراءى لنا أن هذا القيد مضمن بداية في المادة 31 من القانون 90/22 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم السابق الذكر، والتي تعتبر رئيس وأعضاء مجالس الدارة ومجالس المراقبة تجارا، وبالتالي فجمع صفة التاجر (ك رئيس أو عضو مجلس إدارة) مع صفة موظف عام أو أي عمل حكومي، يجعلهم تحت طائلة أحكام التنافي وبالتالي يشملهم الحظر من ممارسة التجارة عموماً واكتساب صفة التاجر تبعاً لعضويتهم بمجلس الإدارة³ وهذا الحظر يؤسس له في المقابل كحكم عام أيضاً نص المادة 43 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁴، التي تقضي بأنه: "يُخصص الموظفون كل نشاطهم المهني للمهام التي أسندت إليهم، ولا يمكنهم ممارسة نشاط مربح في إطار خاص مهما كان نوعه"

¹ إلياس ناصيف، مجلس الإدارة، مرجع سابق، ص 106.

² إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 35.

³ G. Ripert, R. Roblot, op cit, p412, n°1642.

⁴ لأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. عدد 46، بتاريخ 16 يوليو 2006.

خلافا للقانون التجاري الجزائري، تنص الكثير من القوانين التجارية وقوانين الشركات العربية على منع الموظف ان يكون عضوا في مجلس إدارة شركة المساهمة، مثاله ما نجده في المادة 185 من قانون التجارة السوري التي تنص على أنه لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الإدارة واية وظيفة عمومية، واي تعيين بخلاف هذا الحكم يعتب باطلا¹، إلا إذا تخلص من منصبه كموظف قبل تعيينه وقدم ما يثبت ذلك²

الحكمة من وضع هذا القيد أنه يتعين على هؤلاء الأشخاص (الموظفون العامون) التفرغ لوظائفهم، وأن يكونوا في مأمن من تأثير الشركات عليهم، واستغلال نفوذهم لفائدتها³.

3- قيد الحصول على البطاقة المهنية لأعضاء هيئات التسيير الاجانب:

جاء هذا القيد ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-454 المتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني⁴. وحسب المادة الأولى من هذا المرسوم فعلى أعضاء مجالس الإدارة أو مراقبة الأجانب في الشركات التجارية التي مقرها بالجزائر، وأجهزة التسيير والإدارة الاخرى الذين يقومون بإدارتها وتسييرها بوجب القوانين الأساسية التي تحكمها، أن يتسلموا بطاقة مهنية تحدد شروطها وكيفية تسليمها ضمن هذا المرسوم⁵.

تمثل هذه البطاقة قيда قانونيا يشكل آلية للرقابة التي تمارسها الجهات المختصة، ممثلة ابتداء في والي الولاية التي يوجد بها مقر الشركة وكذا المصالح الإدارية المختصة التي يمكنها في كل وقت أن تطلب من حاملها تقديمها للمراقبة، إضافة إلى القضاء وذلك من خلال السجل الذي يمسك بكل ولاية بأسماء المستفيدين من هذه البطاقة مرقما ومؤشرا عليه من طرف رئيس المحكمة

¹ إلياس ناصيف، مجلس الادارة، مرجع سابق، ص112.

² G. Ripert, R. Roblot, op cit, p416, n°1645.

³ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص36.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 06 - 454 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11 ديسمبر سنة 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، ج، ر عدد 80، الصادرة بتاريخ 20 ذو القعدة عام 1424هـ، الموافق ل 11 ديسمبر سنة 2006م.

⁵ أنظر المادة 01 من نفس المرسوم التنفيذي.

المختصة إقليمياً، مع إمكانية الاطلاع على هذا السجل من طرف السلطات المعنية بمراقبة الأنشطة التجارية لاسيما مصالح السجل التجاري¹.

هذه البطاقة في الحقيقة تشكل مدلول آخر لتكريس للاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسير في شركات المساهمة، يهدف إلى فرض الرقابة على الذين يتولون إدارة شركات تجارية تنشط بالجزائر، وإقامة مشاريع اقتصادية يتعين حمايتها لما لها من علاقة مباشرة مع الاقتصاد الوطني².

4- قيد الجمع بين العضوية في مجلس الإدارة وعقد العمل:

نص المشرع الجزائري في المادة 615 ق.ت. ج على "لا يجوز للأجير المساهم في الشركة أن يعين قائماً بالإدارة إلا إذا كان عقد عمله سابقاً بسنة واحدة على الأقل لتعيين، ومطابقاً لمنصب العمل الفعلي. دون أن يضيع منفعة عقد العمل، ويعتبر كل تعيين مخالف لأحكام هذه الفقرة باطلاً، ولا يؤدي هذا البطلان إلى إلغاء المداورات التي ساهم فيها القائم بالإدارة المعين بصورة مخالفة للقانون

وفي حالة الدمج، يمكن أن يكون عقد العمل قد أبرم مع إحدى الشركات المدمجة"

يظهر من نص هذه المادة أن المشرع مرّة أخرى يضع قيوداً للعضو الذي يريد ممارسة مهام التسيير في شركة المساهمة ذات التسيير الكلاسيكي ويكون مرتبطاً بالشركة بعقد عمل، على الرغم أن الجمع بين صفة العامل وصفة المساهم لا تطرح أي إشكال، غير أن تولي العامل لمنصب عضو في مجلس الإدارة في الشركة مرتبط بشرطين، الأول يتمثل في شرط أسبقية عقد العمل الفعلي بسنة كاملة³ على العضوية في مجلس الإدارة، والثاني أن يكون عمله كمسير مطابقاً لمصبه كعامل في الشركة⁴.

¹ أنظر المواد 05 و15 و16 من نفس المرسوم التنفيذي.

² إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 37.

³ خلافاً للمشرع الجزائري، فإن المشرع الفرنسي لم يعد يشترط مدّة زمنية محددة لأسبقية عقد العمل على التعيين في المجلس، بعد إلغائه لأسبقية سنتين التي كان يشترطها في المادة 93 من القانون رقم 66-537 المتعلق بالشركات التجارية، وذلك في المادة L225-22.

⁴ يضيف المشرع الفرنسي شرطاً ثالثاً يتمثل في ضرورة ألا يتجاوز عدد الميسرين الملتزمين مع الشركة بموجب عقد عمل ثلث عدد الميسرين في هيئات الإدارة وهو ما جاء في نص المادة L225-23، وأنه عندما يتلك العمال في الشركة أكثر من 3 بالئنة من رأسمال الشركة يصبح انتخاب مسير يمثلهم في هيئات الإدارة أمراً إلزامياً L225-23-1.

لعل هدف المشرع من تقرير هذه الأحكام هو محاولة التوفيق بين المصالح، مصلحة العامل في الاستفادة من امتيازات الناصب الادارية، من أجور وتعويضات مالية وأعمال سيادية داخل الشركة، ومن جهة مصلحة الشركة التي تتحقق بتكافل كل المجهودات لتحقيق غرضها.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينظم صراحة أحكام الجمع بين عقد العمل وعضوية مجلس المديرين ومجلس المراقبة، إلا أنه ما يستخلص من نص المادة 645ق. ت التي قررت أنه في حال عزل عضو مجلس المديرين من منصبه لا يترتب عنه فسخ عقد عمله، ما يؤكد على جواز الجمع بين عضوية مجلس المديرين وعقد العمل، على أن عقد العمل يعلّق تنفيذه في مدّة وكالة هذا العضو في المجلس، أما بخصوص أعضاء مجلس المراقبة ومع عدم وجود نص صريح يمنعهم من إبرام عقد عمل مع الشركة فيمكن القول أنه يجوز للعامل أن يكون عضو مجلس المراقبة، مع افتراض تعليق عقد العمل مدّة الوكالة بحكم المنطق ولتفادي استغلال النفوذ.

أخيرا أكدت 615ق. ت. ج السابقة الذكر أن عدم الامتثال للشروط المذكورة إلى بطلان تعيين المسير مع بقاء عقد العمل ساري المفعول، ولا يؤثر هذا البطلان على مداورات مجلس الإدارة. إضافة إلى مجموعة من الضوابط العامة المتعلقة بمسيري شركة المساهمة عامة، فإن المشرع خص مسيري البنوك والمؤسسات المالية-باعتبارها شركات مساهمة- ببعض الضوابط الشخصية الخاصة التي تظهر الاعتبار الشخصي للمسيري هذه القطاعات ذات الطبيعة الخاصة والمميزة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

وكان المشرع الفرنسي ينص على أنه يمكن للمسير الجمع بين راتبه والمكافأة المدفوعة للمديرين في المادة 1-22-225L الملغاة لكنه ترك الامر للنظام الأساسي لشركة، ويرى الاستاذان *Ripert, Robot* "أنه يمكن أن يتولى العامل منصب مسير حتى ولو كان عقد عمله لفترة محددة ويتم تجديده خلال منصبه، أنظر

G. Ripert, R. Roblot, op cit, p416, n°1645

الفرع الثاني

الضوابط الشخصية المتعلقة بمسيري البنوك والمؤسسات المالية

نقصد بهذه الشروط تلك الشروط التي خصّ بها المشرع الجزائري مسيري البنوك والمؤسسات المالية باعتبار أنه فرض على هذه الأخيرة أن تتخذ شكل شركة المساهمة وذلك حسب ما جاء في نص المادة 83 من قانون النقد والقرض (الأمر 11-03)¹ والتي نصت " يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري، في شكل شركات مساهمة..."

فرض المشرع في ذات القانون مجموعة من الشروط المتعلقة بصفة شخصية بمسيري البنوك والمؤسسات المالية، هذه الشروط التي عكست وبشكل واضح معالم الاعتبار الشخصي الذي عني المشرع به وأكد عليه من خلال أنظمة بنك الجزائر الخاصة بتسيير البنوك والمؤسسات المالية بالنظر للخصوصية التي يمتاز بها النشاط المصرفي ومتطلبات حماية المهنة المصرفية من أن يدخلها من ليس اهلا لها، لما لهذا النشاط من تأثير مباشر على الاقتصاد الوطني، فالدخول الى النشاط البنكي بالنسبة للأفراد كان منذ القدم جد ضيق ومشدد، فلا تزال جل التشريعات تفرض قيودا على الأشخاص الذين يزعمون الدخول اليه، بما أن العمل البنكي هو في النهاية المتاجرة بأموال الجمهور، وما تحملها هذه المتاجرة من مخاطر كان لزاما على المشرع في مختلف البلدان أن يضع أيضا بعض القيود الإجرائية.

هذه الشروط المتعلقة بالمسير من أجل العضوية لإدارة بنك أو فرع بنك أو مؤسسة مالية (أولا)، والقيود الإجرائية (ثانيا) مثلت ضوابط المسير في البنوك والمؤسسات المالية.

أولا: شروط العضوية لإدارة بنك أو مؤسسة مالية.

يقصد بها تلك الشروط المتعلقة بشخصية مسير بنك أو مؤسسة مالية المتضمنة في قانون النقد والقرض، وأنظمة البنك المركزي، وتضمّ هذه الشروط ما يلي:

¹ أنظر المادة 83 من الأمر 11-03، مرجع سابق.

1- شرط التعدد:

طبقا لنص المادة 90 من قانون النقد والقرض، فإنه يجب أن يتولى شخصان على الأقل تحديد الاتجاهات الفعلية لنشاط البنوك، كما يتحملان أعباء التسيير، ونفس الشيء بالنسبة لفروع البنوك والمؤسسات المالية التي يكون مقرها الرئيسي بالخارج فيجب أن تعين هذه الأخيرة شخصان على الأقل يتوليان مهمة تسيير هذه الفروع.

بالتالي يفهم من خلال هذه المادة أنها اشترطت ضرورة تعداد المسيري البنوك، فلا يمكن أن يسير البنك من طرف شخص واحد، وهو شرط معروف في التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع الفرنسي¹ ويصطلح على تسميته بقاعدة العيون الأربعة² "la règle des quatre yeux" ويفسر هذا التعدد برغبة المشرع في الحفاظ على استمرار تسيير البنوك، رغم الحظر أو المنع المؤقت الذي يمكن أن يطال أحد المسيرين³.

تجدر الإشارة من المادة 2 من النظام 05-92 المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيرها⁴، عرفت مسير البنوك والمؤسسات المالية على أنه "كل شخص طبيعي له دور تسييري في مؤسسة بنك أو مؤسسة مالية كالمدير العام أو المدير أو أي إطار مسؤول يتمتع بسلطة اتخاذ باسم المؤسسة التزامات تصل إلى صرف الأموال أو المجازفة أو الأوامر بالصرف نحو الخارج".

¹ Ar. L 511-13 du. Code monétaire et financier www.legifrance.gouv.fr

L'administration centrale de tout établissement de crédit soumis au présent agrément doit être située sur le même territoire national que son siège statutaire.

La détermination effective de l'orientation de l'activité des établissements de crédit doit être assurée par deux personnes au moins qui doivent satisfaire à tout moment aux conditions prévues à l'article L. 511-10.

Les établissements de crédit dont le siège social est à l'étranger désignent deux personnes au moins auxquelles ils confient la détermination effective de l'activité de leur succursale en France.

² Juris-classeur. **Structures réglementations et contrôles publics des professions bancaires**, éditions techniques, Fascicule 50. 1990. P19

³ بوخرص عبد العزيز، خروج المشرع الجزائي عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق، ص 451.

⁴ النظام رقم 05-92 يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيرها، مرجع سابق.

هذا يعني أن المسير في النشاط المصرفي، بالإضافة إلى عنصر التعداد يجب أن يكون شخص طبيعي وهو شرط يعبر أيضا عن الاعتبار الشخصي لمسير البنك، على غرار رئيس مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المديرين في شركة المساهمة كما سبق الذكر.

3- شرط الإقامة:

جاء في المادة 08/03 من النظام رقم 02-06 المتعلق بتحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية¹، شرط تمتع مسير بنك أو مؤسسة مالية بصفة المقيم، حيث نصت على أنه يجب أن يتضمن طلب الترخيص قائمة المسيرين الرئيسيين بحسب ما جاء في المادة 90 من الامر 11-03 والذي يجب أن يتمتع اثنان منهما على الأقل بصفة مقيم، ويقصد بالإقامة حسب نص المادة 125 من قانون النقد والقرض، أن "كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر" وهو ذاته ما جاء في المادة 2 من النظام رقم 01-07 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة².

يبدوا واضحا هدف المشرع من وضع هذا الشرط، بهدف تطبيق القانون الجزائري على المسير في إطار مبدا إقليمية القانون، وفي إطار دعم شرط جنسية المؤسس والمساهم في شركة المساهمة السابق ذكره.

3-شرطة الخبرة والكفاءة:

اشتراط المشرع الجزائري ضرورة أن يتوافر في المسيرين الخبرة اللازمة، والتي تتناسب مع حجم وطبيعة النشاطات التي تقوم بها البنوك، فنصت المادة 05 من النظام رقم 05-92 على أنه يجب على المستخدمين ما يلي:

-أن يتصرفوا بطريقة سليمة وأن لا يتركبوا أخطاء مهنية تتسبب في خسائر للمؤسسة وزبائنا، لا سيما المودعين لديها، أو تعرضهم لأخطار غير اعتيادية أو غير مألوفة.

¹ نظام رقم 02-06، المتعلق بحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية، مرجع سابق.

² النظام رقم 01-07 مؤرخ في 2007/02/03 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

- أن تتوفر فيهم صفات كافية من حيث الكفاءة التقنية والقدرة على التسيير.

إذن فالإدارة السليمة لا تكون إلا بالمهارة والكفاءة والتجربة التي تسمح بتسيير الأخطار البنكية وتوقعها مسبقاً وإدارتها بشكل يسمح بتخفيفها وتقليلها إذا ما لم يمكن تفاديها.

كما ورد بنظام بنك الجزائر رقم 02-06 سالف الذكر، إشارة غير مباشرة لذلك حينما نصت المادة 03 منه على أن المساهمين الرئيسيين- وهم من سيشكلون مجلس الإدارة بحكم الواقع والقانون- يجب أن يتمتعوا بالقدرة المالية والتجربة والكفاءة في الميدان المصرفي والمالي.

يفسر ذلك بكون البنك يعتبر في نظر القانون تاجراً، يقوم بعمليات مصرفية لها الطابع التجاري، ولأن التجارة قوامها الثقة، كان لابد من دعم هذه الثقة التي تزداد أهميتها بالنسبة للبنوك على اعتبار أنها تعمل بودائع الغير، وتعتبر مؤتمنة على أموال الجمهور من خلال هذه الشروط التي تمس الجوانب الشخصية والأخلاقية في المسير¹.

4- الشروط الأخلاقية:

اشتراط المشرع الجزائري في المسيرين أن يتمتعوا بالشروط الأخلاقية التي تضمن نزاهتهم، وفي هذا الصدد جاء في المادة 80 من قانون النقد أنه: " لا يجوز لأي كان أن يكون مؤسساً لبنك أو مؤسسة مالية أو عضواً في مجلس إدارتها وأن يتولى مباشرة أو بواسطة شخص آخر، إدارة بنك أو مؤسسة مالية أو تسييرها أو تمثيلها، بأية صفة كانت:

إذا حكم عليه بسبب ما يأتي: جنائية، اختلاس أو غدر أو سرقة أو نصب أو إصدار شيك دون رصيد أو خيانة الأمانة، حجز عمدي بدون وجه حق ارتكب من مؤتمنين عموميين أو ابتزاز أموال أو قيم، الإفلاس، مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف، التزوير في المحررات أو التزوير في المحررات الخاصة التجارية أو المصرفية، مخالفة قوانين الشركات، إخفاء أموال استلمها إثر إحدى هذه المخالفات، كل مخالفة ترتبط بالاتجار بالمخدرات والفساد وتبييض الأموال والرهاب.

¹ بوخرص عبد العزيز، خروج المشرع الجزائري عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق، ص 452.

إذا حكم عليه من قبل جهة قضائية أجنبية بحكم يتمتع بقوة الشيء المقضي ي فيه يشكل حسب القانون الجزائري إحدى الجنايات أو الجنح المنصوص عليها في هذه المادة.

إذا أعلن إفلاسه أو ألحق بإفلاس أو حكم بمسؤولية مدنية كعضو في شخص معنوي مفلس سواء في الجزائر أو في الخارج ولم ما يرد له الاعتبار".

يظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري قد عدد جملة من الحالات والأوضاع التي تشكل وقائع ثابتة تحول دون الحق في إدارة البنوك في الجزائر، على أنه لا يعمل بها إلا بعد ثبوت الوصف الجرمي وصدور حكم قضائي بالإدانة¹.

ثانيا: القيود الشخصية المتعلقة بمسير البنك أو المؤسسة مالية.

تتمثل هذه القيود في شرط الحصول على الترخيص والاعتماد، فعند تأسيس البنك أو المؤسسة المالية يجب الحصول على الترخيص والاعتماد²، ويتحقق ذلك عن طريق القيام بمجموعة من الإجراءات.

تبدأ هذه الإجراءات بإرسال قائمة أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة الذين تم تعيينهم من طرف الجمعية العامة التأسيسية للبنك أو المؤسسة المالية مرفقة بسيرتهم المهنية وملفهم الإداري إلى محافظ بنك الجزائر قصد اعتمادهم ويجب أن يصادق محافظ بنك الجزائر على صفة عضو في مجلس الدارة أو مجلس المراقبة عند تسليم الترخيص، وهذا ما جاء في المادة 12 من النظام 02-06 السابق حيث نصت على وجوب إرسال السيرة المهنية مع الملف الإداري إلى محافظ البنك من أجل اعتمادهم والأشخاص المعنيين بهذا الأمر هم أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة المديرين العامين والمديرين العامين المساعدين غير الأعضاء في مجلس الإدارة كما يطبق على الأعضاء في مجلس المديرين³.

¹ إبراهيم بن مختار، مرجع سابق، ص 31.

² من أجل ممارسة النشاط المصرفي لابد من الحصول على الترخيص من قبل مجلس النقد والقرض، وذلك على أساس تقديم ملف يحتوي خصوصا على نتائج تحقيق أساسا بمراجعة أحكام المادة 80 من قانون النقد والقرض السابقة الذكر (المادة 80 من قانون النقد والقرض)، أما الاعتماد فيمنحه محافظ بنك الجزائر وذلك بعد الحصول على الترخيص من أجل بدء ممارسة النشاط المصرفي.

³ المادة 13 من النظام 02-06 المتعلق بحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية، مرجع سابق.

ويطبق هذا الإجراء أيضا على فروع البنوك الأجنبية وفروع المؤسسات المالية، وهذا ما أكدته التعليمات رقم 07-01¹، كما أن كل تغيير في الأعضاء أو المديرين الذين سبق ذكرهم يلزم الحصول على مصادقة من محافظ البنك حتى ولو تم الحصول على اعتماد وبدء البنك أو المؤسسة المالية في مزاولة النشاط المصرفي.

بالإضافة إلى أن أسماء المديرين الذين تم تعيينهم اثنين على الأقل يجب أن تنشر أسماءهم في الجريد الرسمية للإعلانات القانونية مع مقرر اعتماد البنك أو مؤسسة مالية من أجل إعلام الغير وضمان لحقوق المودعين².

الحقيقة أن كل هذه الضوابط سواء العامة منها أو الخاصة ماهي إلى تأكيد على اهتمام المشرع بشخص المسير الذي له الدور الفعال في تسيير الشركة وتحقيق غرضها، وهذا الاهتمام بشخص المسير قابله اهتمام آخر بالكيفية تسيير الشركة من خلال تحديد مختلف عمليات التسيير بضوابط قانونية، حملت العديد منها مكانا واضحا لاعتبار الشخصي للمديرين أثناء أداء مهامهم التسييرية.

¹ لتعليمات رقم 01/07 لمؤرخة في 23 ديسمبر 2007 والمتعلقة بضبط شروط تأسيس البنوك والمؤسسات المالية وإقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية منشور على موقع بنك الجزائر.

² المادة 04 من النظام رقم 06-02 المتعلق بحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية والمادة 93 من قانون النقد والقرض، مرجع سابق.

المبحث الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام الخاصة بتسيير شركة المساهمة

يعد التسيير أساس النظام الاقتصادي بصفة عامة، والشركات التجارية بصفة خاصة فلا يمكن للشركة أن ترسم أفاقها الاقتصادية وأن تحقق أهدافها المنشودة بزيادة الإنتاج والربح إلا عن طريق التسيير السليم وبتخاذ القرارات القانونية والمالية المؤثرة في الجانبين القانوني والاقتصادي للشركة، ويعرق الفقه التسيير عموماً بأنه "مجموع الآليات الهادفة للارتقاء بالشركة سواء من حيث الخدمات الإدارية أو المردود الاقتصادي بمعنى هو وضع حيز لتنفيذ الخطط والاستراتيجيات لبلوغ أهداف محددة".¹

وقد حاول المشرع ضبط عملية التسيير وتنظيمها عن طريق التدخل في العديد من قرارات التسيير والإدارة، بشكل كرس فيه الاعتبار الشخصي للمسير بمناسبة ممارسة فعل التسيير، خروجاً عن الاعتبار المالي الذي تقوم عليه هذه الشركة، سواء بمناسبة ممارسة اختصاصاتها المعهودة، أو إذا ما تعلق الأمر بإبرام العقود بين الشركة ومسيرها، والتي يحدث فيها تعارض في المصالح بين مصلحة الشركة ومصلحة المسير الشخصية، فضلاً عن تكريسه لذات الاعتبار بمناسبة قيام المسؤولية المدنية للمسيرين في حال ارتكابهم لأخطاء تسييرية تضر بالشركة، فالخطورة الكبيرة التي يكتسبها التسيير والتي يمكن أن تكون في الكثير من الأحيان سبباً لضعف وانحيار الشركة هي ما دفعت المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات المقارنة للخروج عن المبادئ العامة للشركة من محدودية المسؤولية للمساهمين فيها، وإعمال المسؤولية الشخصية للمسيرين، والتي هي في النهاية مظهر آخر من مظاهر تجسيد الاعتبار الشخصي في مرحلة الإدارة والتسيير كوسيلة تستهدف التشديد والدفع بالمسير للالتزام والحرص عند ممارسة فعل التسيير، لأن إدارة هذا النوع من الشركات لابد أن يؤخذ مأخذ الجد والاهتمام² لدواعي حماية الغير المتعامل مع الشركة، وحماية المكتتبين، وحماية الشركة في حد ذاتها.

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية، دراسة مقارنة، دار هومة 2020، ص 29.

² أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 332.

في هذا الصدد فإن الاعتبار الشخصي للمسير يظهر أثناء ممارسة فعل التسيير (المطلب الأول)، ويظهر عند إعمال المسؤولية المدنية للمسير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مظاهر الاعتبار الشخصي أثناء ممارسة فعل التسيير

يهدف حماية الشركة من القرارات التي قد تؤخذ بشكل خاطئ والتي قد تمس بالصالح العام للشركة، فرض المشرع على هيئات الإدارة عدّة أحكام تتعلق بكيفية اتخاذ قرارات الإدارة بمناسبة ممارسة اختصاصاتها القانونية المعهودة كرسّت في مجملها الاعتبار الشخصي للمسيّرين.

كما أن المشرع خص الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسيّريها بإجراءات صارمة كرسّت هي أيضا الاعتبار الشخصي للمسيّرين، بهدف حماية الشركة عند وجود تضارب في المصالح المشتركة بين الشركة والمسير الذي يكون في وضعية قد ينجم عنها تغليب مصالحه الشخصية على مصلحة الشركة.

لذلك فإن الاعتبار الشخصي للمسير أثناء ممارسته لفعل التسيير يظهر من خلال كيفية إخاذ القرارات داخل هيئات الإدارة (الفرع الأول)، وفي أحكام الاتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيّريها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كيفية إخاذ القرارات داخل هيئات الإدارة

حتى يتم تسيير شركة المساهمة بشكل يضمن تحقيق أهدافها التي أنشئت من أجلها، منح المشرع المسير اختصاصات عديدة سواء داخل الشركة أو خارجها ومنحه سلطة اتخاذ القرارات اللازمة (أولا)، وقد فعّل المشرع لجزائري الاعتبار الشخصي في مسير الشركة بمناسبة ممارسته لصلاحياته المختلفة من خلال طريقة اتخاذ القرارات داخل هيئات الإدارة التي تؤخذ صيغة العمل الجماعي، وذلك بهدف حماية مصالح شركة المساهمة والمحافظة عليها (ثانيا).

أولاً: اختصاص هيئات الإدارة في شركة المساهمة.

تقدم أنه توجد طريقتان لتسيير يتم الاختيار بينهما في القانون الأساسي لشركة المساهمة، إما التسيير الكلاسيكي أو التسيير الحديث، وتختلف اختصاصات هيئات الإدارة حسب كل طريقة.

1- اختصاصات هيئات الإدارة في النظام الكلاسيكي:

تتمثل هذه الهيئات في مجلس الإدارة وأجهزته، فبالنسبة لمجلس الإدارة فإن صلاحياته تتنوع صلاحيات بين صلاحيات خاصة وأخرى عامة، أما الخاصة أو القانونية فهي تلك الصلاحيات التي نص عليها القانون في نصوص متفرقة، كاستدعاء الجمعيات العامة وتحديد جدول أعمالها، وكذا اعداد حسابات الاستغلال واعداد تقرير الإعلام عن نشاط الشركة والمستندات والوثائق الإعلامية التي سوف تقدم إلى الجمعية العامة قبل اجتماعاتها، نقل مقر الشركة في نفس المدينة تعيين وعزل رئيس مجلس الإدارة وكذا المدير أو المديرين العامون الذين يساعدونه، وتحديد أتعابهم ومستحقاتهم، وكذا الإذن للمدير أو لرئيس مجلس الإدارة حسب الحالة بإعطاء كفالات أو ضمانات احتياطية أو ضمانات باسم الشركة وفقاً لما نصت عليه المادة 624 ق.ت.ج.

أما الصلاحيات العامة لمجلس إدارة شركة المساهمة فقد ورد ذكرها في المادة 622 من القانون التجاري الجزائري، وتتمثل في أن المجلس يمتلك السلطات الواسعة في تسيير الشركة والتصرف في كل الظروف باسم الشركة والقيام بكل التصرفات التي تعود بالنفع على الشركة، فهو من يضطلع بوضع الخطط والسياسة العامة في المجال الاقتصادي، المالي والتكنولوجي، ... فيمتلك المجلس بموجب هذه السلطات الحق في عقد أي تصرف أو إبرام أي صفقة وبصورة عامة أي تصرف تسييري اقتصادي، عقود التشغيل، البيع، الشراء إنشاء الفروع...¹

على أية حال فإن مضمون أعمال التسيير (Actes de gestions)² بصفة عامة يتمثل في:

¹ بالعباساوي محمد الطاهر، المسؤولية المدنية لبيئات التسيير التقليدية لشركات المساهمة في القانون الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، العدد 06، المجلد 02، يناير 2018، ص 308.

² يعني مصطلح "Actes de gestions" عقود التسيير:

L'expression acte de gestion doit entendre dans un sens large, elle englobe aussi bien les actes d'administration que de disposition... » v. Y Guyon, Droit Des Affaires, op cit, P520 .

- القيام بكافة أعمال الإدارة والتصرف التي تدخل ضمن نشاط الشركة العادي، وتهدف إلى تحقيق غرض الشركة وتكون مطابقة لمصلحتها، وكذا الأعمال التحفظية التي تهدف إلى حفظ موجودات الشركة¹.

- تمثيل الشركة أما الغير، وتجدر الإشارة أن الأصل أن سلطات التمثيل تكون محددة إما بموجب القانون أو العقد التأسيسي للشركة، وقد أرسى المشرع في هذا الصدد قاعدة مفادها أن الشركة في مواجهة الغير حسن النية تكون هي المسؤولة عن التصرفات الصادرة عن ممثلها ولو كانت هذه التصرفات الحدود التي وضعها القانون أو العقد التأسيسي للشركة².

لا يحد صلاحيات مجلس الإدارة وفقا للفقرة الثانية من المادة 622ق. ت. جج السالفة الذكر غير ثلاثة شروط، أحدهما بموجبه لا يمكن للمجلس ممارسة صلاحياته إلا في حدود عدم التعدي على الصلاحيات الممنوحة قانونا والمخولة للجمعيات العامة للشركات، كما لا يمكن للجمعيات العامة التعدي على صلاحيات مجلس الإدارة، ويؤخذ مصطلح القانون هنا بمفهومه الواسع، سواء نصوص تشريعية أو الصلاحيات التي تضمنها العقد التأسيسي.

يتمثل الشرط الثاني في أن الصلاحيات المخولة لمجلس الإدارة تتقيد بالاشتراطات المنصوص عليها في العقد التأسيسي في إبرام بعض العقود الهامة مثلا، بمعنى لا يمكن لمجلس الإدارة أن يمتلك السلطة الواسعة في وجود تقييد صريح وارد في العقد التأسيسي، فهذا الأخير قد يتضمن النص على أن بعض العقود وبسبب أهميتها الكبيرة بالنسبة للشركة سواء لقيمتها الكبيرة أو لطبيعتها (بيع العقارات، الإيجارات...) ³ فإنها تخضع للموافقة المسبقة للجمعية العامة.

أما الثالث فيتمثل في موضوع الشركة أي أن المجلس يلتزم بالقيام بالأعمال التي تتعلق بموضوع الشركة والغرض الذي أنشئت من أجله، وفي هذا الصدد نصت المادة 623ق. ت. ج على أن الشركة تلتزم في علاقاتها مع الغير بأعمال المجلس حتى وإن كانت لا تتصل بموضوع الشركة، إلا إذا ثبت أن الغير كان يعلم بأن العمل تجاوز هذا الموضوع، أو كان لا يستطيع أن يجهله مراعاة

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 36.

² المرجع نفسه، ص 39.

³ بلعيساوي محمد الطاهر، المسؤولية المدنية لهيئات التسيير التقليدية لشركات المساهمة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 308.

للظروف ومن المستبعد أن يكون نشر القانون الأساسي وحده كاف لإقامة هذه البيئة، كما لا يمكن أن يحتج أمام الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة.

أما بالنسبة لصلاحيات أجهزة مجلس الإدارة (رئيس مجلس الإدارة والمدير العام)، فحسب ما جاء في المادة 638 ق. ت فإن رئيس مجلس الإدارة يتولى وتحت مسؤولية الإدارة العامة للشركة وله سلطة تمثيل الشركة في مواجهة الغير، ويتمتع بالتالي بأوسع السلطات للتصرف باسم الشركة في كل الظروف، ولا يحد من صلاحياته إلا اعتبارات ثلاث، الأولى مراعاة الصلاحيات الممنوحة إلى للجمعيات العامة، والثاني الصلاحيات الممنوحة لمجلس الإدارة، والثالث مراعاة غرض الشركة في ممارسته لصلاحياته، وتكون الشركة في علاقاتها مع الغير تكون ملزمة بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة مالم يثبت أن الغير كان يعلم أن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف، مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البيئة، وقد جاء في نص المادة 641/3 على أن " للمديرين العامين نحو الغير نفس السلطات التي يتمتع بها الرئيس".

تجدر الإشارة أن كلا من نصي المادتين 622 و 638 من القانون التجاري الجزائري السابقتين الذكر والمأخوذتين حرفيا من القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة المادة 1966، تحمل الكثير من التناقضات، ذلك أن المشرع من خلال هذين النصين منح نفس الصلاحيات لكل من مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة، وحتى للمدير العام، ما يشكل تداخلا في الصلاحيات بين الرئيس والمجلس والمدير العام ويفسخ بذلك المجال إلى عدم فعالية ونجاعة أي من أجهزة التسيير¹ لشركات المساهمة التي تتبع هذا النمط من التسيير ويثير العديد من الاشكاليات المتعلقة بتحديد المسؤولية سواء اتجاه الغير أو اتجاه الشركة والمساهمين، الامر الذي يستوجب تدخل المشرع لتحديد الصلاحيات بشكل دقيق لتجنب التعقيدات الموجودة²، ولعله السبب الذي دفع بالمشرع الفرنسي إحداث تعديل في المواد التي تناولت سلطات أجهزة التسيير من خلال القانون رقم 2001-420³ المسى قانون الضبط الاقتصادي المعدل للقانون التجاري الفرنسي وقام بتحديد صاحب الإدارة

¹ باليساوي محمد الطاهر، المسؤولية المدنية لبيئات التسيير التقليدية لشركات المساهمة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 312.

² باليساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 60.

³ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

الفعلية والتمثيل أمام الغير في هذا النمط من التسيير بشكل دقيق بحيث منحها إلى رئيس مجلس الإدارة إذا كانت له صفة المدير العام، بالمقابل إذا كانت وظائف الرئيس والمدير العام منفصلان فإن وحده هذا الأخير (المدير العام) من يملك السلطة القانونية لتعاقد باسم الشركة مع الغير، في حين تنحصر سلطات رئيس مجلس الإدارة داخل الشركة (التسيير الداخلي) وليس له سلطة تمثيل الشركة في مواجهة الغير وذلك من خلال المواد 225-35 وكذلك المادة 225-56 والمادة 225-51.

بمعنى آخر فإن المشرع الفرنسي من خلال هذه المواد فرق بين سلطات رئيس مجلس الإدارة الذي يشغل منصب المدير العام، وبين رئيس مجلس الإدارة والمدير العام (المنفصلان)¹، فقام بإلغاء سلطة رئيس مجلس الإدارة (غير المدير العام) في تمثيل الشركة في مواجهة الغير، حيث لم يعد يمتلك سلطة التصرف باسم الشركة، إلا في حالة جمعه في نفس الوقت بين منصب رئيس مجلس الإدارة ومنصب المدير العام إلا أنه أبقى على السلطات العامة والواسعة من خلال السماح له بنظر كل مسألة يقدر هو أهميتها، باعتبارها تدخل في حسن سير الشركة، مع مراعاة السلطات المخولة قانونا بصفة صريحة لجمعية المساهمين وفي حدود غرض الشركة أما عن مهامه القانونية فهي تتمثل في تمثيله لمجلس الإدارة ويسهر على تنظيم وإدارة أشغال المجلس وإدارة جلساته، والتي يتعين عليه أن يقدم بشأنها تقريراً إلى الجمعية العامة للمساهمين في اجتماعها، كما يسهر أيضاً على حسن سير أجهزة الشركة، ويتحقق بصفة خاصة من كفاءة وقدرة المتصرفين الإداريين على أداء مهامهم على أكمل وجه².

2- اختصاص هيئات الإدارة في النظام الحديث:

يقصد بها اختصاص مجلس المديرين ومجلس المراقبة، فبالنسبة لصلاحيات مجلس المديرين تناولتها المادة 648 ق. ت حيث نصت على أنه " يتمتع مجلس المديرين بالسلطات الواسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف، ويمارس هذه السلطات في حدود موضوع الشركة، مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لمجلس المراقبة وجمعيات المساهمين"، وفي مواجهة الغير تكون الشركة ملزمة حتى بالتصرفات التي يقوم بها مجلس المديرين والتي تكون خارج عن

¹ Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975. www.legifrance.gouv.fr

² بالعيشاوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، 311.

موضوع الشركة، ما لم يثبت سوء نية الغير بعلمه أو عدم مكنة جهله لهذا التجاوز مع عدم الاحتجاج في مواجهته بنشر القانون الأساسي في إثبات سوء النية¹.

تجدر الإشارة أن صفة التمثيل أمام الغير لا يتمتع بها إلا رئيس مجلس المديرين أو الأعضاء المؤهلين لذلك قانونا والمعينون من قبل مجلس المراقبة ولا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحدد سلطة تمثيل أعضاء مجلس المديرين²، كما أن المادة 647ق.ت وقد منحت سلطات واسعة لأعضاء مجلس المديرين على التصرف باسم الشركة في كل الظروف ويقوم بكل أعمال الإدارة والتسيير والاعمال التي تعود بالنفع على الشركة، غير أن أعمال التصرف كالتنازلات عن العقارات أو التنازل عن المشاركة وتأسيس الأمانات وكذا الكفالات والضمانات الاحتياطية فتكون موضوع ترخيص من قبل مجلس المراقبة حسب الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي (المادة 654ق.ت)، الأمر الذي يجعل مجلس المديرين مقيد في تصرفاته بالمقارنة بمجلس الإدارة، بالإضافة إلى الحدود التي نص عليها القانون والمتعلقة بموضوع الشركة ومراعاة الاختصاصات الممنوحة إلى باقي هيئات الشركة والمتمثلة في مجلس المراقبة وجمعيات المساهمين.

أما مجلس المراقبة فإن وظيفة الأساسية تظهر من خلال تسميته (الرقابة)، وقد أشار المشرع إلى هذه الوظيفة صراحة مرتين في المادتين 643 و 654 من القانون التجاري، فمصدر سلطة الرقابة المنوطة لهذا الجهاز هو القانون باعتباره أسند له مهمة رقابة التسيير ولا يمكنه التدخل في التسيير، ذلك أن مضمون مبدأ عدم تدخل مجلس الرقابة في تسيير الشركة يتمثل فيما جاءت به المادة 643 ق، ت والتي تنص على ما يلي: "ويمارس مجلس المديرين وظائفه تحت رقابة مجلس المراقبة"، وفقا لهذه المادة نجد أن المشرع حدد مجال الرقابة التي يمارسها مجلس المراقبة، وهي تنحصر فيما يقوم به مجلس المديرين، والذي يقوم بتسيير أعمال الشركة، بينما مجلس المراقبة لا يتدخل في إدارة الشركة إنما يعمل على تنظيم التسيير عن طريق الرقابة المسندة إليه بموجب القانون.

كما لا يجوز للجمعية العامة العادية التدخل للحد من السلطات الرقابية لمجلس المراقبة باعتبار أن مبدأ الفصل بين السلطات واضح في شركة المساهمة الجديدة، وهو يحول دون ذلك،

¹ المادة 649ق.ت. ج.

² المادة 652ق.ت. ج.

لذلك يمنع تفويض مجلس المراقبة لاختصاصاته الرقابية لآخر، أي يحظر عليه أي تحويل اتفاقي للسلطة سواء لمجلس المديرين، أو حتى للجمعية العامة، ذلك أن النصوص المتعلقة بإنشاء الاختصاصات من النظام العام، وكل اتفاق مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن، تطبيقا لذلك منع المشرع أعضاء مجلس المراقبة الجمع بين العضوية في هذا الأخير، و منصب مجلس المديرين، وإذ وقع ذلك يفقد عضو مجلس المراقبة هذه الصفة بقوة القانون ويحتفظ بمهمة المدير مع كل ما يترتب عنها من مسؤولية¹، وفي المقابل يجوز للجمعية العامة أن توسع من نطاق الرقابة التي يمارسها مجلس المراقبة استنادا للفقرة الثانية من نص المادة 654 ق.ت، والتي أجازت للجمعية العامة غير العادية، وبموجب بند في العقد التأسيسي أن تخضع إبرام العقود التي تعتبرها خطيرة على مصلحة الشركة للترخيص المسبق من قبل مجلس المراقبة، وذلك بتحديد نوع العقد أو الحد الأقصى لقيمة العقد الذي ينفرده بإبرامه مجلس المديرين، وإلا خضع للشرط الاتفاقي الخاص بالترخيص من مجلس المراقبة².

الرقابة التي تؤول لمجلس المراقبة تتعلق بتسيير مصالح الشركة، إذ يقوم هذا الأخير برقابة مشروعية الأعمال التي يقوم بها المديرون وفقا لما هو وارد من قواعد في التشريع والتنظيم، والقانون الأساسي للشركة، ويقوم بتبليغ الجهات المعنية وإلا كان شريكا في المسؤولية القانونية إذا ما حدث ضرر بالشركة، كما تعلق هذه الرقابة برقابة ملائمة أيضا، أي رقابة مدى ملائمة أعمال الإدارة وقرارات الجهاز المسير، فينظر مجلس المراقبة في كيفية استعمال أموال الشركة وملاءمتها كسواء البضائع، والآلات، والمعدات، والبيوع المحققة بالنظر للظروف الاقتصادية التي ينمو فيها المشروع³

يمارس مجلس المراقبة هذه الوظيفة باستعمال سلطة إبداء الملاحظات من جهة، وذلك ما جاء من نص المادة 656/3 من ق.ت، حيث ألزم المشرع على مجلس المراقبة أن يقدم ملاحظاته للجمعية العامة حول تقرير مجلس المديرين وعلى حسابات السنة المالية، ولتقديم الملاحظات حول

¹ منصور بختة، مبدأ عدم تدخل مجلس المراقبة في تسيير شركات المساهمة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي

اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، سنة 2016 ص 58.

² المرجع نفسه، ص 59.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الحسابات والميزانية من طرف مجلس المراقبة لأبد على مجلس المديرين أن يقدم الوثائق الضرورية والالزمة إليه مسبقا، كما يتوجب على هذا الأخير إعلام مجلس المراقبة في الوقت المناسب بشروط التقرير الذي ينوي تقديمه للجمعية العامة وهذا في حال عدم وجود شرط مستعجل¹، وكذا باستعمال سلطة الاطلاع من جهة ثانية، وذلك ما جاء نص المادة 655ق.ت" يقوم مجلس المراقبة في أي وقت من السنة بإجراء الرقابة التي يراها ضرورية، ويمكنه أن يطلع على الوثائق التي يراها مفيدة للقيام بمهمته".

حتى يمارس مجلس المراقبة حقه في الاطلاع على وثائق الشركة ألزم المشرع مجلس المديرين أن يقدم تقريراً لمجلس المراقبة حول النتائج التي حققتها الشركة خلال السنة المالية مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل وعند نهاية كل سنة مالية²، كما يلتزم مجلس المديرين وبعد قفل كل سنة مالية من تقديم جرد بمختلف عناصر الأصول والديون الموجودة حتى تاريخ قفل السنة المالية وحساب النتائج والميزانية لمجلس المراقبة لتقديم ملاحظاتهم ورفعها للجمعية العامة النافذة في الميزانية السنوية، ولكي يحقق ذلك وجب اطلاعه على هذه الوثائق حتى يتمكن المجلس من القيام بالتحريات المختلفة والتحقق من جدية المعلومات الموجودة فيه.

غير أن مختلف هذه الأحكام التي حددت الاختصاصات هيئات التسيير حسب كل حالة، لا يمكن تمارس إلا داخل اجتماعات هيئات الإدارة وفي إطار جماعي أين كرس المشرع الاعتبار الشخصي للمسير داخلها، وذلك بمناسبة اتخاذه لقراراته وممارسته لمهامه واختصاصاته.

ثانياً: تكريس الاعتبار الشخصي في اجتماعات هيئات الإدارة.

تؤخذ القرارات داخل هيئات الإدارة صيغة العمل الجماعي Collégial، فلا يكون لأي عضو أن يتصرف منفرداً في أمور الشركة³، كون القرارات تأخذ بالأغلبية القانونية أو النظامية إن وجدت، وتلتزم بها الشركة ولو لم يوافق عليها كامل أعضاء مجلس الإدارة، وهذه الصيغة تتم عن طريق التداول بحسب ما جاء في المواد 626، و650، و667 من القانون التجاري الجزائري، ويظهر

¹ قوسو شهرزاد، مرجع سابق، ص 24.

² المادة 656ق.ت. ج.

³ محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة- طبيعتها وأحكامها، بدون دار نشر، بدون سنة نشر ص 285.

الاعتبار الشخصي للمسيرين داخل اجتماعات هيئات الإدارة من خلال النصاب المطلوب للتداول من أجل التصويت لاتخاذ قرارات التسيير، كما يظهر في التأكيد على الحضور الشخصي للمسير داخل اجتماعات هيئات الإدارة.

1- النصاب المطلوب داخل هيئات الإدارة:

تؤخذ قرارات التسيير داخل هيئات الإدارة عن طريق التداول كما سبق الذكر، وإن كان في الحقيقة أنها الطريقة التي تتم بها اتخاذ كل القرارات المتعلقة بالشركة عموماً داخل الجمعيات العامة، باعتبارها قائمة على العمل الجماعي، غير أن الاختلاف بينها يرجع إلى النصاب المطلوب للتداول من أجل التصويت لاتخاذ القرارات، فإذا كان النصاب المطلوب في الجمعيات العامة مرتبط بنسب معينة لعدد الأسهم التي لها الحق في التصويت، وهو الأمر المنطقي والنتيجة الطبيعية لمبدأ الاعتبار المالي الذي تقوم عليه شركة المساهمة، وهو ما جاء في المادة 675 ق.ت التي نصت على أن الجمعية العامة العادية لا يصح تداولها إلا إذا حاز عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين على الأقل على ربع الأسهم التي لها الحق في التصويت¹، وتبّت الجمعية في القرارات بأغلبية الأصوات المعبر عنها، ونفس الشيء بالنسبة للجمعية العامة غير عادية حيث نصت المادة 674 ق.ت على أن مداولتها لا تصح إذا كان عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين يملكون على الأقل النصف من عدد الأسهم في الدعوة الأولى وعلى ربع الأسهم ذات الحق في التصويت في الدعوة الثانية، وهو ذات النصاب والأغلبية المطلوبة في الجمعية التأسيسية² التي تنعقد مرة واحدة في إطار تأسيس شركة مساهمة ذات اللجوء العلني للدخار.

أما عن النصاب المطلوب للتداول داخل هيئات الإدارة فهو مرتبط إما بعدد أعضائها وليس عدد الأسهم، أو بحسب الاتفاق في القانون الأساسي، وهو الأمر الذي يعتبر خروجاً على الاعتبار المالي، لصالح الاعتبار الشخصي لأعضاء المسيرين عند ممارسة فعل التسيير.

¹ نصت المادة 679 ق.ت. ج "يرجع حق التصويت المرتبط بالسهم إلى المنتفع في الجمعيات العامة العادية، ومالك الرقبة في الجمعيات العامة غير عادية.

ويمثل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد، فإذا لم يحصل اتفاق، عين الوكيل من القضاء بناء على طلب أحد المالكين الشركاء الذي يهيمه الاستعجال.

وبممارسة حق التصويت من ملك الأسهم المرهونة".

² أنظر المادة 602/2 ق.ت. ج.

فبالنسبة لمجلس الإدارة في النظام الكلاسيكي أو مجلس المراقبة في النظام الحديث فقد نص المشرع الجزائري في المواد 626 و667ق. ت على أن المداولات لا تتم ولا تصح إلا بحضور نصف عدد أعضائهم على الأقل وتتخذ القرارات بأغلبية الأعضاء الحاضرين أو الممثلين، ما لم ينص القانون الأساسي على أغلبية أكثر.

لعلّ الحكمة من فرض هذا النصاب والتشديد على ضرورة حضور أعضاء هيئات الإدارة، هو ضمان اتخاذ قرارات جديّة تخدم الشركة وتحفظ مصالحها، من خلال التأكيد على ضرورة الحرص والحيطّة التي يجب أن يتحلى بها المديرون، خاصة مع خطورة المسؤولية التي يتعرضون إليها في حال ارتكاب أخطاء تضر بالشركة، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجزائية.

أما مجلس المديرين فقد جاء في المادة 650ق. ت أن قرارته تتخذ حسب ما جاء في القانون الأساسي، وهو تجسيد آخر للاعتبار الشخصي عند اتخاذ القرارات، فكما سبق الذكر فإن الطبيعة العقدية التي يمتاز بها القانون الأساسي للشركة وحدها تفرض وجود الاعتبار الشخصي بداهة، فالمشرع من خلال هذا النص القانوني أجاز للمساهمين أن يحددوا كيف تتخذ القرارات داخل مجلس المديرين، وهو ما يعد توسيع لنطاق القانون الأساسي ليشمل المساحات التي تركها المشرع للحرية التعاقدية وإرادة المساهمين¹، سواء إذا ما تعلق الأمر بقرارات مجلس المديرين في النظام الحديث، أو ترك المشرع المجال مفتوح إذا ما أراد المساهمين تحديد أغلبية مغايرة عند اتخاذ القرارات بالنسبة لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة.

2- التأكيد على ضرورة الحضور الشخصي للمسير في اجتماعات هيئات الإدارة:

تقتضي آداب الإدارة وأصولها التزام المسير بضرورة الحضور في اجتماعات هيئات الإدارة كنتيجة ببذل العناية والجهد لضمان تحقيق الأغراض الذي أنشئت من أجلها الشركة²، وكنتيجة عن هذا الالتزام فإن المسير ملزم بالحضور شخصيا في اجتماعات هيئات الإدارة³ خلافا لما هو

¹ بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 31.

² عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 387.

³ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p357.N°335.

مسموح به في اجتماعات الجمعيات العامة للمساهمين أين يمكن للمساهمين تعيين ممثلين عنهم من أجل التصويت داخلها¹، ما يشكل تكريسا للاعتبار الشخصي للمسير داخل هيئات الإدارة.

كما ينتج عن هذا الالتزام أن المسير المتغيب عن اجتماعات هيئات الإدارة يتعرض للمسؤولية القانونية، فلا يؤدي غيابه إلى إخلاء مسؤوليته في حال اتخاذ هيئات الإدارة قرارا مخالفا لمصلحة الشركة² إلا إذا كان هذا التغيب لعذر مقبول، بل على العكس، الغياب في حد ذاته يعدّ من قبيل الإهمال الموجب للمسؤولية³، وهو ما يعد مرة أخرى تكريسا للاعتبار الشخصي للمسير في اجتماعات هيئات الإدارة.

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة إمكانية الحضور عن بعد للمسير في اجتماعات هيئات الإدارة باستعمال مختلف وسائل الاتصال التقليدية أو الحديثة، كالهاتف أو الفيديو المرئي أو الاتصالات السلكية واللاسلكية، على عكس ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة L225-82⁴ حيث اشترط في هذه الحالة ضرورة تحديد هوية المسير بدقة لضمان المشاركة الفعالة للمسير وأيضا ضرورة ضمان السرية المطلوبة في الاجتماعات هيئات الإدارة والتي تعتبر إحدى أهم التزامات المسيرين⁵ (م. 627 ق. ت)، كما يجب أن تضمن التقنية المشاركة الفعالة والجدية للمسير ويستثنى من القرارات التي يكمن اتخاذها وفقا لهذه التقنيات القرارات المتعلقة بتعيين رئيس مجلس الإدارة أو قرار الموافقة على حسابات الشركة أين تتطلب الحضور الشخصي للمسير بالنظر لأهمية هذه القرارات بالنسبة للشركة⁶.

¹ أنظر المادة 647، 675 ق. ت. ج.

² Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p356N°335.

³ محمد الطاهر بلعيساوي، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 118 و 119.

⁴ Article L225-82 www.legifrance.gouv.fr

⁵ يمنع على عضو هيئات الإدارة أن يفشي أي معلومات أو بيانات تتعلق بالشركة وذات طبيعة سرية بالنسبة لها وكان قد حصل عليها بحكم منصبه في الشركة أو قيامه بأي عمل فيها أو لها، وذلك تحت طائلة التعويض عن الاضرار التي قد تلحق الشركة إذ يعد إفشاء أسرار عمل الشركة من قبيل الأخطاء الفردية للمسير، ذلك أنه يفترض فيه الأمانة، ومن مقتضيات الأمانة أن يتمتع عن أي عمل من شأنه الاضرار بالشركة، وسيتم التطرق لهذه المسألة في المطلب الثاني من هذا المبحث، ص 217.

⁶ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p356, n°335.

كما أن المشرع ترك للنظام الأساسي للشركة تنظيم سير عمل هيئات الإدارة، كتحديد عدد المرات التي تجتمع فيها هيئات الإدارة خلال السنة، ومن يتولى دعوتها، ومكان الاجتماع، وكعدد المرات التي يتغيب عنها العضو المسير والتي يترتب عنها فقدته لعضويته¹.

بالإضافة إلى تكريس الاعتبار الشخصي في كيفية اتخاذ القرارات داخل هيئات الإدارة، نجد بعض الاتفاقيات الخاصة التي يتم إبرامها بين المسير والشركة خصصها المشرع بأحكام خاصة كرس فيها الاعتبار الشخصي للمسير بالنظر لصفته فيها.

الفرع الثاني

الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسيرها

تناول المشرع الاتفاقيات التي قد يبرمها مسيري الشركة بصفتهم الشخصية مع شركة المساهمة بفرض أحكام قانونية تستلزم إتمام إجراءات خاصة لعقدها تتمثل أساسا في ضرورة الحصول على ترخيص مسبق وذلك في المادة 628/3، 2، 1ق. ت والمادة 670ق. ت، هذا الإجراء يشكل في حد ذاته تكريسا واضحا للاعتماد الشخصي للمسيرين أثناء ممارستهم لمهام التسيير، الهدف منها بالدرجة الأولى هو حماية مصالح الشركة.

غير أنه وقبل التطرق إلى هذه الإجراءات والأحكام (ثانيا) لابد من التعرف على مجال هذه الاتفاقيات (أولا).

أولا: مجال الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق.

سنتطرق إلى مجال الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق الشخصي ثم إلى مجالها الموضوعي.

1- مجال الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق من حيث الأشخاص:

نقصد بمجال هذه الاتفاقيات الشخصي، الأشخاص المعنيين بهذا النظام داخل شركة المساهمة كطرف ثاني في الاتفاقية-باعتبار أن شركة المساهمة هي الطرف الأول-، والذين خصهم

¹ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 385.

المشرع به بالنظر لصفته القانونية كمسيرين لها وبالتالي تكريس اعتبارهم الشخصي، أي أعضاء هيئات الإدارة (الاتفاقيات المنعقدة بصورة مباشرة)، بالإضافة إلى المؤسسات التي ترغب في إبرام اتفاقيات مع الشركة وتكون مرتبطة بأعضاء هيئات الإدارة (الاتفاقيات المنعقدة بصورة غير مباشرة).

أ- أعضاء هيئات الإدارة في شركات المساهمة (التعاقد بصورة مباشرة): أي ان يتولى أحد أعضاء هيئات الإدارة إبرام الاتفاقية شخصياً وباسمه الخاص أو بواسطة استخدام وسيط ونائب عنه¹، أو مع مؤسسة يكون هو مالكا لها إذ يعتبر تعاقد مباشر ويأخذ حكم النيابة في التعاقد، ويندرج ضمن هذه الطائفة رئيس مجلس الإدارة والمدير العام² في النظام التسيير الكلاسيكي، وأعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة في التسيير الحديث. كما يخضع لنظام الترخيص المسبق ممثل الشخص المعنوي على أساس خضوعه لنفس شروط والتزامات القوائم بالإدارة ويتحمل نفس مسؤولياته المدنية والجزائية، بالرغم من عدم النص صراحة على الزامية حصوله على الترخيص³.

الجدير بالذكر أن المشرع لم يذكر المسير الفعلي ولم يخضع لنظام الترخيص المسبق، وأمام ضرورة التفسير الضيق لأحكام الاتفاقيات المتعلقة بالنظام العام فلا يمكن إدراجه ضمن القائمة، وهو الأمر الذي ينجم عنه إمكانية إفلاته من النظام الرقابة المتبع⁴.

يستثنى من هذا النظام الاتفاقيات تلك التي يتم إبرامها مع القوائم بالإدارة قبل تعيينه في منصبه، حتى وإن تواصل تنفيذها بعد ذلك لأن العبرة بزمن التعاقد وليس بوقت دخولها حيز

¹ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p454, n°420

² المشرع أنه لم يذكر المدير العام بشكل صريح في المادة 628ق. ت، إلا أنه يستفاد من نص المادة 629 ق. ت ضرورة حصول المدير العام على ترخيص مسبق إذا ما تعاقد مع الشركة، على أساس أن العواقب الضارة بالشركة من جراء الاتفاقيات غير موافق عليها يمكن ان تلقى على عاتق القوائم بالإدارة أو المدير العام المعني، وأهمية الذكر الصريح للمدير العام تتجلى عند اختياره من خارج أعضاء مجلس الإدارة، أو حتى من غير المساهمين بشرط أن يكون شخص طبيعي (م 641ق. ت).

³ فرواني آمال ليندة، حوالف عبد الصمد، أحكام الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسيرها من حيث الأشخاص، مجلة "Maghrébine Management des Organisations"، كلية الاقتصاد والإدارة والعلوم التجارية والمالية، جامعة بالقائد عبد القادر، العدد2، سنة 2017، ص75

⁴ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p453, n°420.

التنفيذ¹، كما تستثنى الاتفاقيات المبرمة بعد فقد القائم بالإدارة لصفته القانونية، لأي سبب من الاسباب إذا احتفظ بنفوذه داخلها، وهنا يعق عبء الاثبات على المدعي².

ب- المؤسسات المرتبطة بأعضاء هيئات الإدارة (التعاقد بصورة غير مباشرة): بالإضافة إلى أعضاء هيئات الإدارة، تضيف المادة 2/628 ق. ت المؤسسات³ المرتبطة بأعضاء هيئات الادرة، أيا كان نوع هذا الارتباط إداريا أو اشتراك، فقد يكون أحد القائمين بالإدارة مالكا أو شريكا أو مسيرا أو قائما بالإدارة أو مدير لهذه المؤسسة المتعاقدة، وهو ذات الحكم اخذ به المشرع الفرنسي⁴، وإذا كان ممثل الشخص المعنوي عضو مجلس الإدارة، مسيرا قائما بالإدارة في المؤسسة المتعاقدة أو مديرا لها، استلزم أيضا الحصول على إذن لإبرام أية اتفاقية بين الشركة والمؤسسة المذكورة، لأن وضعيته ينجم عنها مصالح مباشرة له⁵.

الجدير ان المشرع الفرنسي وفقا لقانون 15 ماي 2001 يضيف فئة أخرى، بحيث يخضع الاتفاقية المبرمة بين الشركة والمساهمين الذين يملكون نسبة معتبرة من حقوق التصويت، وبالتحديد المساهمين المالكين لنسبة 10 بالمئة من رأسمال الشركة إلى ضرورة الحصول على ترخيص مسبق⁶، بالإضافة إلى ذلك يخضع لهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي يسيطر على الشركة أو لديه نفوذ داخلها طبقا للمادة 3-233L من القانون التجاري الفرنسي⁷، كما وسع هذا القانون النطاق الشخصي لهذه الاتفاقيات ليشمل أيضا العضو المسير المنتدب الجديد وأيضا نائب المدير العام.

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه الحالة، وبالتالي فإن المساهمين يمكنهم ابرام اتفاقيات مع الشركة بكل حرية دون إجراءات الترخيص المسبق، وهو الامر الذي في رأينا يحتاج إلى

¹ Ibis.p454.

² Georges Ripert, René Roblot, op cit, p419, n°1648.

³ المقصود بالمؤسسات في نظام الاتفاقيات 'المؤسسات الفردية على اختلاف طبيعتها ونشاطها وحجمها، وصولا للشركات المدنية والتجارية كيف ما كانت عمومية أو خاصة، وطنية أو أجنبية'. ولا تطبق أحكام الترخيص المسبق في المؤسسة الأجنبية إلا إذا كان المعني بالأمر في إحدى الوضعيات المحددة بموجب النص القانوني، أنظر: سعيد بوقور، الاتفاقيات بين شركة المساهمة ومديرها أو الشركاء، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012، ص 155.

⁴ Art L. 225-38.3 et L. 225-86.3 www.legifrance.gouv.fr.

⁵ فرواني أمال ليندة، حوالمف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 77.

⁶ Article L225-38 www.legifrance.gouv.fr.

⁷ V. Article L233-3 www.legifrance.gouv.fr.

المراجعة وإعادة النظر، خاصة مع ما يظهر في الحياة العملية من أن التعاقد مع المساهم لا يخلو من الخطورة، فبعض المساهمين الحائزين على نسبة معتبرة من حقوق التصويت داخل الجمعيات العامة يتمتعون بنفوذ يفوق ذلك الذي يتمتع به حتى المسيرين، وبالتالي بإمكانهم استغلال نفوذهم وسلطتهم داخلها وتغليب مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة¹.

2- مجال بالاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق من حيث الموضوع.

لم يمنع المشرع من حيث المبدأ المسيرين من إبرام اتفاقيات مع الشركة التي يديرونها، لكنه وخشية تغليب مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة ضمن بعضها منها مجموعة من الشروط من حيث إخضاعها لنظام الترخيص المسبق.

وعليه فإن المقصود بهذه الاتفاقيات، هي تلك التي خص بها المشرع دون غيرها من الاتفاقيات بنظام الترخيص المسبق من مجلس الإدارة أو من مجلس المراقبة حسب الحالة²، وهي كل العقود الإرادية التي تؤدي إنشاء التزام معين سواء القيام أو الامتناع عن القيام بعمل معين، وسواء كانت هذه العقود شكلية أو رضائية، كما تنطبق أيضا على الاتفاقيات المبرمة سابقا والمراد تعديلها³، وهذا النوع من العقود كرس فيها المشرع الاعتبار الشخصي للمسيرين بالنظر لصفته فيها بالنسبة للشركة كطرف ثاني، وعليه فالاتفاقيات التي لا تخضع لنظام الترخيص المسبق لا يظهر فيها الاعتبار الشخصي للمسير.

من خلال أحكام القانون التجاري يظهر لنا أنه يستثنى من نظام الترخيص المسبق فئتان من الاتفاقيات:

أ-الاتفاقيات المحصورة: وهي التي منع المشرع إبرامها بشكل مطلق، وهي حسب المادة 671 و 628/4 ق. ت⁴ الاتفاقيات التي يهدف من وراءها القائمون بالإدارة الحصول على قروض من الشركة أو جعلها كفيلا أو ضامنا لديونهم الشخصية اتجاه الغير، أو فتح حساب جار لهم على

¹ فرواني آمال ليندة، حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 79.

² Georges Ripert, René Roblot, op cit, p417, n°1646

³ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p455, n °421.

⁴ أنظر المواد 671 و 628 ق. ت

المكشوف، وهذا لأنها تشكل خطرا كبيرا على أصول الشركة¹، وعند عقد أي اتفاقية من هذا النوع فإنها تعد باطلّة بطلاناً مطلقاً ولا يمكن أن تخضع للتأييد اللاحق من قبل المعية العامة، كما يجوز الاحتجاج بهذا البطلان لكل من يهمله الأمر، تخضع دعوي البطلان للتقادم للقواعد العامة أي بمرور 30 سنة²، وبالإضافة إلى البطلان المطلق يمكن الحكم بعقوبة جزائية تتمثل في سوء استعمال أموال الشركة³ وبالتعويض عن الأضرار على المسير عن الضرر الذي قد يلحق بالشركة، وهذا بهدف حماية مصالح المساهمين ودائني الشركة على اعتبار أن أصول الشركة هي الضمان الوحيد لديونهم كما تهدف أيضا إلى إضفاء الصفة الأخلاقية على إدارة الشركات من خلال حظر الممارسات التي قد تضر بائتمان الشركة وعلاقاتها التجارية⁴.

ب-الاتفاقيات العادية: ويقصد بها الاتفاقيات المألوفة والتي تتناول عمليات الشركة مع زبائنها والتي لا تضر بمصالح الشركة والتي تكون متوافقة مع غرض الشركة ومصالحها (المادة 628/4 ق.ت)، بالإضافة إلى اتفاقية العمل التي تكون بين المسير المرتبط بعقد عمل سابق مع الشركة، وغيرها من الاتفاقيات التي تكون ضمن حدود السير العادي لمهام المسير والتي لا يوجد فيها تضارب في المصالح حتى ولو كان بين المسير والشركة، وفي هذا الصدد يقدم الأستاذ "GUYON" مثالا أنه من غير المعقول أن يتقدم مسير بطلب ترخيص إذا ما قام بشراء بنزين من محطة بنزين مملوكة من قبل الشركة لأنه لا يوجد تضارب في المصالح⁵.

تأسيسا على ما سبق يظهر أن مجال الاتفاقيات التي تخضع لنظام الترخيص المسبق يحدده معيار واحد وهو معيار تضارب المصالح بين الشركة والمسير، فخوفا من أن ينحاز المسير لمصالحه الشخصية بإقراره لاتفاقية لا تتلاءم مع مصالح الشركة وتؤدي في الوقت نفسه لتحقيق مصالح الأعضاء في أجهزة الإدارة، ويهدف ضبط تنازع المصالح المشتركة بين المسير الذي يكون في وضعية

¹ Georges Ripert, René Roblot, op cit, p422, n°1651

² Cass, Ch. MIXTE, du 10 juillet 1981, n°77-10.794. www.legifrance.gouv.fr

³ أنظر المادة 814 ق.ت. ج، ويقابلها عند المشرع الفرنسي L. 225-43 et L 225-91

⁴ تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي يضع استثناء على هذه الاتفاقيات المحصورة، يتعلق بالمؤسسات المصرفية التي يجوز لها منح قروض أو ضمانات لمديرها. على أن هذه العمليات يجب أن تكون ذات طبيعة روتينية نظراً لنشاط المؤسسة وتنتهي في ظل الظروف العادية، لذلك يمكن لمسير البنوك والمؤسسات المالية الحصول على الائتمان في ظل نفس الشروط مثل أي موظف، وذلك وفقا للشروط التي يضعها التنظيم.

V, Article L225-43 et Article 35, de la loi bancaire de 1996 www.legifrance.gouv.fr

⁵ Yves GUYON, droit des affaires, op cit, p461, n°425.

قد ينجم عنها تغليب مصالحه الشخصية على مصلحة الشركة¹، أخضع المشرع هذا النوع من الاتفاقيات لهذا النظام كوسيلة تضمن خضوع المسير للرقابة أثناء ممارسته لمهام التسيير.

ثانيا: أحكام الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق.

أخضع المشرع الاتفاقيات التي تتم بين شركة ومسيرها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لعدّة أحكام وإجراءات بهدف فرض رقابة سابقة ولاحقة عليها، وتتجسد هذه الإجراءات أساسا في واجب الحصول على ترخيص سابق للتعاقد من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، ثم عرض الاتفاقية على المساهمين في إطار الجمعية العامة للمصادقة عليها بناء على تقرير خاص من محافظي حسابات الشركة (المادة 628 و670 ق.ت).

1- منح الترخيص المسبق:

يتعين على مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بحسب الحالة منح الترخيص لعضو مجلس الإدارة المعني بهذه الاتفاقية سواء كان بصورة مباشر أو غير مباشرة قبل إبرام هذه الاتفاقية، ولتحقق ذلك يتعين على العضو المعني إخطار مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بنفسه² بمجرد علمه بأن هذه الاتفاقية موضوع تضارب بين مصالح الشخصية ومصلحة الشركة.

وبعد الاخطار³ يجتمع مجلس الإدارة للمداولة حول منح الترخيص، وفي هذا الصدد فإنها لا تصح مداولة كل من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة إلا بحضور نصف أعضائه ويتداول بأغلبية أعضائه الحاضرين أو الممثلين ما لم ينص القانون الأساسي على أغلبية أكثر⁴، وإذا كان المسير عضو في مجلس المراقبة أو مجلس المديرين فإنه لا يجوز له أن يشارك في التصويت⁵، ولم يذكر المشرع

¹ فرواني أمال ليندة، حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 74.

² أنظر المادة 672 ق.ت. ج.

³ لم ينص المشرع الجزائري ولا المشرع الفرنسي على المدّة التي يتعين على مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة الاجتماع فيها بعد الاخطار، وبالتالي فقد ترك الأمر للقانون الأساسي للشركة لتنظيمه.

⁴ أنظر المادة 677 و626 ق.ت. ج.

⁵ المادة 4/672 ق.ت. ج.

هذا الحكم بالنسبة لنظام التسيير الكلاسيكي وبالتالي يمكن أن يشارك عضو مجلس الإدارة في التصويت حتى وإن كان هو المعني بالاتفاقية.

ويشترط في الاذن أو الترخيص بالإضافة إلى ضرورة كونه سابق على إبرام الاتفاقية، أن يكون أيضا ترخيصا خاصا، أي أن يكون لكل اتفاقية ترخيص على حدا، فلا يكون لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، أن يضع ترخيصا عاما وصالحا لجميع الاتفاقيات من هذا النوع¹، وكل اتفاقية لم تحصل على الاذن المسبق تعتبر باطلة بطلان على أن هذا البطلان يختلف آثاره بحسب نظام التسيير المتبع.

فبالنسبة لنظام التسيير الكلاسيكي فإن البطلان نسبي على اعتبار أنه يمكن تغطيته² والاقرار بالاتفاقية من قبل الجمعية العامة وفي هذه الحالة تسقط مسؤولية المعني بها حتى ولو كانت الاتفاقية قد سببت أضرار للشركة مالم يثبت وجود غش أو تدليس، كما يمكنها إلغاء هذه الاتفاقية إذا كانت لها عواقب ضارة على الشركة وهنا تبقى مسؤولية المعني لها قائمة³، وتتقدم دعوى البطلان بمرور 03 سنوات من تاريخ إبرام الاتفاقية أو من تاريخ كشفها⁴.

أما في نظام التسيير الحديث فإن البطلان مطلق، فقد ألغى المشرع نظام تغطية البطلان فلا يسمح بإبرام الاتفاقية دون اذن مسبق، كما أن المشرع لم ينص على تقادم دعوى البطلان وبالتالي فهي تخضع للقواعد العامة أي مدة 30 سنة من تاريخ إبرامه أو كشفها.

2- إشعار مندوب الحسابات:

بعد منح الترخيص يتعين على مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة إشعار مندوب الحسابات بكل الاتفاقيات المرخصة⁵، وأيضا على الاتفاقيات غير مصرح بها والتي تم كشفها⁶، وعلى مندوب

¹ Yves GUYON, *droit des affaires*, op cit, p457, n°423.

² أجاز المشرع إمكانية تغطية البطلان داخل الجمعية العامة بناء على تقرير خاص من مندوب الحسابات الذي يعرض الطرف التي أدت إلى إبرام الاتفاقية دون إتباع إجراءات الاذن المسبق (م 630 ق. ت. ج).

³ المادة 639 والمادة 630 ق. ت. ج.

⁴ المادة 630/3 ق. ت. ج.

⁵ لم يحدد المشرع الجزائري المدة التي يتعين على مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة إبلاغ مراقب الحسابات فيها بالاتفاقيات المرخصة، على عكس المشرع الفرنسي الذي حدد المدة بشهر من تاريخ منح الترخيص.

V, art. L225.40, et art. D91 www.legifrance.gouv.fr

⁶ G. Ripert, R. Roblot, op cit, p412, n°1649.

الحسابات إعداد تقرير خاص حولها بهدف إطلاع المساهمين بأكبر قدر ممكن من المعلومات حول هذه الاتفاقية، حول أسماء المسيرين المعنيين بالاتفاقية، طبيعة وموضوع هذه الاتفاقية والشروط والأحكام الرئيسية الخاصة بها، لاسيما بيان الأسعار والتعريفات المطبقة، والخصومات والعمولات وشروط الدفع والضمان الممنوح¹، وأي معلومات أخرى تسمح للمساهمين بتقدير قيمة الفائدة التي قد تعود على الشركة من خلال هذه الاتفاقية.

3- مصادقة الجمعية العامة العادية:

يتم تقديم التقرير الخاص للجمعية العامة للفصل في أول اجتماع موالى، تفصل الجمعية العامة العادية في الاتفاقية بناء على تقرير مندوب الحسابات، إما بالمصادقة عليها فتبقى منتجة لآثارها، أو بعدم المصادقة عليها فتلغى الاتفاقية²، ولا يجوز الطعن في قرار الجمعية إلا في حالة وجود تدليس، كما لا يمكن للشخص المعني بهذه الاتفاقية المشاركة في التصويت ولا يؤخذ بعين الاعتبار أسهمه في حساب النصاب والاعلبيية³، وهذا حكم ملائم خاصة إذا كان المسير المعني بالاتفاقية يملك أغلبية داخل الشركة تمكنه من التأثير على تصويت الجمعية، وهو حكم يكرس مرة أخرى الاعتباري الشخصي للمسير في هذا النوع من الاتفاقيات.

والاتفاقية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة صحيحة مبدئيا وتنتج آثارها اتجاه الغير إلا أن نتائجها الضارة بالشركة يمكن أن توضع على عاتق المدير أو أعضاء مجلس الإدارة أو أعضاء مجلس المراقبة، فيتحملون المسؤولية القانونية كاملة، وفي هذا الإطار تعتبر المسؤولية المدنية للمسير أيضا من المسائل التي كرس فيها المشرع الاعتبار الشخصي للمسير.

¹ Yves GUYON, *droit des affaires*, op cit, p458-459.

² يرى الأستاذ GUYON.Y في هذا الصدد أنه لا يمكن إلغاء الاتفاقية على أساس أن اجتماع الجمعية العامة يأتي في الغالب بعد فترة طويلة من منح الترخيص المسبق قد تصل إلى سنة، وفي هذه الفترة يكون في الغالب قد تم التنفيذ الفعلي لهذه الاتفاقية، لذلك فإن إلغاء الاتفاقية قد يؤدي إلى الاضرار بمصالح الشركة والأفضل هو إعادة صياغة بنود الاتفاقية بما يحقق توازن في المصالح وتفاذي عواقب تضارب المصالح بين المسير والشركة، أنظر في ذلك:

Yves GUYON, *droit des affaires*, op cit, p460

³ المادة 628 و629 ق. ت. والمادة 4,6/670 ق. ت.

المطلب الثاني

تكريس الاعتبار الشخصي في المسؤولية المدنية للمسير عن أخطاء التسيير

يتعين على أعضاء هيئات إدارة شركة المساهمة ممارسة مهامهم واختصاصاتهم بجد وإخلاص والتصرف على النحو الذي يحقق مصلحة الشركة في المقام الأول، فإذا خالفوا ذلك ترتبت في حقهم مسؤولية مدنية أو حتى جزائية¹، عن الضرر الواقع بالشركة في مجموعها كشخص معنوي².

والذي يعنينا في مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة هو المسؤولية المدنية للمسيرين عن أخطائهم في الإدارة، ويقصد بالمسؤولية المدنية الالتزام بتعويض الضرر اللاحق بالشركة أو المساهمين أو الغير نتيجة الإخلال بالالتزام مقرر في ذمته، هذا الالتزام الذي قد يكون مصدره عقدا يربطه بالمضروور فتكون مسؤولية عقدية وقد يكون مصدره القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على كافة وعندئذ تكون مسؤولية تقصيرية، وبالتالي يظهر الفرق بين المسؤولية التقصيرية والعقدية، في كون الأولى تقوم على ما يحدثه المسير من ضرر للغير ويكون مسؤولاً عنه بحكم القانون، أما الثانية فأساسها العقد تنشأ عن الإخلال بما التزم به المسير مع الغير التزاماً صحيحاً غير مشوب بعيب أو بطلان³.

ويصل نطاق المسؤولية المدنية للمسير في شركة المساهمة إلى حد مساءلته بصفة شخصية، وإن كان في الأصل ان المسؤولية عن أعمال المسيرين تجاه الغير تعود على عاتق الشركة باعتبارهم وكلاء عنها ويتصرفون باسمها ولحسابها من جهة، ومن جهة ثانية باعتبارها تمثل الضمان الأكبر للغير لحصوله على التعويض، فقد لا تستطيع الذمة المالية الخاصة للعضو المسير المسؤول تعويض كل الأضرار التي تصيب الغير من جراء تصرفاته⁴.

¹ عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 395.

² أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 329.

³ تجدر الإشارة أن الأساس المعتمد لإدانة المسير مدنياً منطلق من القواعد العامة الواردة في القانون المدني والمنصوص عليها في أحكام المادة 124 منه حيث تقضى بأنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلتزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

⁴ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 277.

غير أن إعمال هذا الأصل في كل الأحوال قد يؤدي إلى توافل وإهمال المسير مستندا إلى مسؤولية الشركة عن أعماله، الأمر الذي قد يؤدي حتما إلى الإضرار بالشركة وإهدار أموالها، ولعل الأمر الذي دفع بالمشرع ووفقا للقواعد الخاصة إلى تكريس الاعتبار الشخصي للمسيرين وتقرير المسؤولية الشخصية (الفرع الأول) في حقهم في حال مخالفتهم للقانون أو ارتكابهم أخطاء التسيير، وقد يصل حدود المسؤولية إلى أبعد من ذلك فقرر المشرع في حال كان المسير السبب في وصول الشركة لمرحلة الإفلاس والتسوية القضائية، سحب الإفلاس إليه شخصا (الفرع الثاني) تكريسا للاعتبار الشخصي للمسير كجزء عن سوء تصرفه، على اعتبار أن للمسيرين دورا هاما في نجاح الشركة أو إخفاقها وإفلاسها وأنه في غالب الأحيان يكون هذا الإفلاس نتيجة أخطاء تسييره¹.

الفرع الأول

المسؤولية الشخصية لمسير شركة المساهمة

تكون مسؤولية المسير الشخصية مسؤولية فردية تلحق عضوا بالذات (أولا) متى كان الضرر بسبب خطأ وقع منه أثناء قيامه بأعمال الإدارة، كمظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي للمسيرين، الهدف منه بالدرجة الأولى حماية أموال الشركة ومصالحها.

ويجوز أن تتحول هذه المسؤولية الفردية إلى مسؤولية مشتركة وعلى وجه التضامن² (ثانيا) زيادة في الحماية متى كان الضرر نتيجة خطئهم المشترك، على اعتبار أن عمل التسيير هو في النهاية عمل جماعي بينهم³، وهذه المسؤولية تعتبر تكريسا واضحا للاعتبار الشخصي للمسيرين وخروجا عن القواعد العامة التي تفرض أن تكون مسؤولية المسيرين محددة بصفة شخصية في حدود الصلاحيات الممنوحة لهم بموجب القانون أو العقد الأساسي⁴.

¹ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 700.

² في هذا الصدد يرى الأستاذ "Y. GUYON" أنه غالبا ما يصعب التمييز بين المسؤولية الفردية والمسؤولية التضامنية لذلك، خاصة إذا ما كان الخطأ المرتكب قد سبب نقص في أصول الشركة فهنا المسؤولية تكون تضامنية حتى ولو كان الخطأ فردي وبالتالي فإن هناك تكامل بين المسؤولية الفردية والمسؤولية التضامنية، أنظر:

Y. GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, p505, n°462.

³ أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 331.

⁴ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 696.

أولاً: المسؤولية الفردية.

تكون المسؤولية فردية عندما يتحملها مسير واحد فقط أو يتحملها جميع المسيرين في حال تعددهم¹، وكنتيجة لهذه المسؤولية يتعين عليهم التكفل بدفع التعويض المحكوم به من قبل القاضي إذا ما تحققت كل عناصر المسؤولية المدنية²، وفي الغالب يتم اقتضاء هذا التعويض من أسهم الضمان التي يتعين على القائم بالإدارة أن يحوزها للعضوية في مجلس الإدارة، قبل أن يتم الانتقال إلى الذمة المالية للمسير إذا لم تستوعب أسهم الضمان هذا التعويض³، والحكم القاضي بالتعويض هو حكم مقرر للحق وليس منثناً له، بمعنى إذا أفلس المسير بعد وقوع الخطأ وقبل صدور الحكم لا يتأثر حق المضرور في التعويض⁴.

ويتضح من نص المادة 715 مكرر 23 ق. ت⁵ والتي تقابلها المادة 251-225 L من القانون التجاري الفرنسي، أن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقرير المسؤولية الفردية، وذلك في الحالات التالية:

1- مخالفة القوانين التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بشركة المساهمة:

يقصد بها مخالفة كل القواعد القانونية الآمرة التي تضمنها القانون التجاري أو المرسوم التنفيذي رقم 95-438 سالف الذكر، وأمثلة ذلك كثيرة متعددة نذكر منها: إغفال استدعاء الجمعية العامة، أو عدم استدعاء فئة المساهمين الميينة في المادة 816 من القانون التجاري، أو إذا أهمل القائمون بالإدارة تمكين المساهمين ممارسة حقهم في الاطلاع على وثائق الشركة أو خالفوا قواعد النصاب والأغلبية، أو إذا قاموا بأعمال لا تدخل في نطاق غرض الشركة⁶، وهي أحكام

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، ص 117.

² تقوم المسؤولية المدنية للمسير إذا ما توافرت عناصرها الثلاث وهي: الخطأ، وعلى وجود ضرر يلحق بالغير، وأخيراً علاقة سببية بين الخطأ والضرر اللاحق بالغير.

³ بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، نفس الصفحة.

⁴ المرجع نفسه، ص 118.

⁵ نصت المادة 715 مكرر 23 ق. ت على أنه "يعد القائمون بالإدارة مسؤولون على وجه الانفراد أو التضامن، حسب الحالة، تجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم".

إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال، فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر."

⁶ أنظر في ذلك المواد، 677-678-674-675-622-638 ق. ت.

متفرقة في أحكام القانون التجاري تبدأ من بداية ممارسة نشاط الشركة إلى غاية انقضاءها، وتعكس الطبيعة النظامية لشركة المساهمة.

2- مخالفة أحكام القانون الأساسي:

يشكل هذا القانون الأساس القانوني الذي يحدّد طبيعة نشاط الشركة، ولا يمكن الحديث عن مسؤولية المسير هنا إلا إذا وقعت المخالفة على نصوص صريحة وواضحة في القانون الأساسي، أما إذا كانت النصوص غامضة أو مبهمّة فلا مجال لقيام مسؤولية المسير¹، وتثار مسؤولية المسير في حالة مخالفته لأي بند تضمنه القانون الأساسي خصوصاً تلك المتعلقة بالصلاحيات الممنوحة له في تسيير شؤون الشركة، وتتقرر هذه المسؤولية وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، وفي الغالب تثار هذه المسؤولية من قبل الشركاء لأنّه يكون من الصعب على الغير ذلك، كونهم في الغالب يجهلون الشروط المتضمنة في العقد التأسيسي والمحددة لسلطات المسيرين في حين يمكنهم ذلك في حالة تجاوز غرض الشركة².

3- الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير:

تشكل الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير أحد أهم وأكثر الأسباب إثارة للمسؤولية المدنية للمسيرين تجاه الشركة أو المساهمين وبشكل أكبر تجاه الغير، وهي بصورة عامة، تقوم في حال وقوع تقصير من المسير في قيامه بوظائفه تجاه الشركة أو عدم تبصر وقلة حيطة منه في إدارة شؤون الشركة³، ويختلف هذا الخطأ عن الخطأ المرتكب من المسير والمتعلق بمخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية، حيث ان في هذه الحالة فمجرد وجود المخالفة كاف لإقامة خطأ المسير وتأكيد⁴.

وإذا كان الأصل في الخطأ الموجب للتعويض تتحمّله الشركة، فهي المسؤولية تجاه المساهمين أو الغير حتى عن الأعمال الخارجة عن موضوع الشركة باعتبار أن عمل المسير يجري باسم الشركة ولحسابها فهو محمي تحت غطاء الشخصية المعنوية، وهذا أكد عليه المشرع

¹ يلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 71

² المرجع نفسه، ص 70، 71.

³ المرجع نفسه، ص 75.

⁴ يلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 112.

الجزائري بموجب نص المادة 2/638 ق. ت "وفي علاقاتها مع الغير، تكون الشركة ملتزمة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت أن الغير كان يعلم أن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف، مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البيئة".

لكن وكاستثناء قد يسأل المسير شخصا من خلال المسؤولية التقصيرية تجاه الغير إذا ثبت ارتكابه لخطأ شخصي، من أجل ذلك وفي إطار التفريق بين الخطأ الذي تتحمله الشركة والخطأ الذي يتحمله المسير منفردا خلص الفقه والقضاء الفرنسي إلى إدراج فكرة الخطأ المنفصل (La faute séparable) المستوحاة من القضاء الإداري الذي فصل في أعمال مسؤولية الموظف العمومي بين الخطأ الشخصي والخطأ في الخدمة¹، وقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 2003 والذي يعرف بـ "Arrêt Seusse" بأنه "لا يمكن الأخذ بالمسؤولية الشخصية للمسيرين في مواجهة الغير إلا إذا ارتكب هؤلاء خطأ منفصلا عن وظائفهم، ويكون الوضع كذلك متى ارتكب المسير خطأ عمديا يبلغ من الجسامة حدا خاصا لا يتوافق مع الممارسة العادية للوظائف الاجتماعية"².

يعد هذا القرار من أشهر قرارات محكمة النقض الفرنسية في مجال مسؤولية المسيرين، قدمت فيه لأول مرة تعريفا للخطأ المنفصل ووضعت من خلاله شروط ثلاثة للاعتداد بالخطأ الموجب للمسؤولية الشخصية للمسيرين³ والتي تتمثل في:

- أن يكون الخطأ عمديا: ويعني هذا أن يكون المسير على دراية وإدراك بأنه يتصرفه هذا سيحدث ضررا بالغير أو الشركاء أو الشركة¹، وقد يكون من السهل إثبات ذلك إذا كان الخطأ المعني ناتجا عن

¹Y. GUYON, droit des affaires, Op Cit, p503, n°459.

² Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17.092, www.legifrance.gouv.fr

"la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales"

³Van Tinh VU, La responsabilité civile des dirigeants de société anonyme en droit Vietnamien. Regards croisés avec le droit Français, Thèses de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, Avril 2015, p 212, n°439.

فعل إيجابي، على سبيل المثال : إنشاء شركة تتنافس مع الشركة التي يعمل فيها الشخص، فالفعل الإيجابي يعكس دائما القصد، وذلك على خلاف ما إذا كان الخطأ ناتجا عن مجرد غفلة، على سبيل المثال : إغفال الحصول على بوليصة تأمين) ، أين يصعب إثبات صفة العمد في الخطأ².

-بلوغ الخطأ حدا خاصا من الجسامة: وهي العبارة التي تكررت مع محكمة النقض بانتظام منذ صدور هذا الحكم³، وهذا يعني ضرورة استحضار مفهوم الخطأ الجسيم الذي يعني حسب التعريف الفقيه الفرنسي "Pothier يتأتى في عدم بذل العناية والحيلة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه"⁴ أو هو "الخطأ الذي لا يصدر عن أقل الناس حذرا وحيلة"⁵.

تجدر الإشارة إلى أن تقييم شدة الخطأ يقع ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، على أن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كانت طبيعة "الجسامة" تتعلق بطبيعة الخطأ ذاته أو النتائج التي تترتب عليه، لم تجب محكمة النقض على هذا السؤال ويبدو صفة "الجسامة" يمكن أن تنبع من طبيعة الخطأ والعواقب التي نتجت عنه⁶.

- أن يكون الخطأ غير متوافق مع الممارسة العادية لوظيفة المدير: وهو ما يفترض أن يكون خطأ المدير منفصل عن مهامه ووظائفه التسييرية داخل الشركة بمعنى أن المدير لم يتصرف بصفته جهاز أو هيئة تسييرية داخل الشركة ولكنه قام بذلك التصرف بصفة شخصية⁷.

أضاف المشرع حالة أخرى من حالات المسؤولية الفردية، ضمن المادة 673 ق. ت التي تحدثت عن مسؤولية المديرين في الشركة ذات التسيير الحديث، وذلك عن ديون الشركة بقولها

¹Cass. Civ 3^e.10 mars 2016, n°14-15.326. Et 5 Cass.com., 23 novembre 2010, n° 09-15.339 www.legifrance.gouv.fr

² بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 699.

³ Cass. com., 4 juillet 2006, n°05-13.930, www.legifrance.gouv.fr

⁴ Celle qui consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires"

(ŒUVRES DE POTHIER, Traité des obligations. de La présentation des fautes, par M. PUGNET t 2 paris 1848, p 489.

⁵ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 237.

⁶ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 700.

⁷ بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 101، 102

"يمكن اعتبار أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة، المذكورين في المادة 671 أعلاه، مسؤولين عن ديون الشركة في حالة الإفلاس والتسوية القضائية"، ثم عاد وأكد على هذا الحكم بوجه عام في المادة 715 مكرر 27 ق. ت بنصه "في حالة التسوية القضائية للشركة أو إفلاسها يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالتسوية القضائية أو الإفلاس أو التفليس، مسؤولين عن ديون الشركة وفقا للشروط المنصوص عليها في الحكم المذكورة".

الحقيقة أن ذات الحالة قرر بحقها المشرع المسؤولية الشخصية (الفردية) وغير المحدودة للمسير وبشكل عام متعلق بجميع أنواع الشركات ولكن وفي حالات محددة في نص المادة 224 / 2 ق. ت التي فرضت أنه في حالة الإفلاس والتسوية القضائية بسبب المسير سواء كان فعليا أو قانونيا قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة وكأنها أمواله الخاصة، أو باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا لتوقف الشركة عن الدفع فإنه يصبح مسؤولا وبشكل مباشر عن ديون الشركة.

تأسيسا على ما سبق يظهر أن المشرع قد كرس الاعتبار الشخص للمسير من خلال أعمال المسؤولية الفردية للمسير وفكرة الخطأ المنفصل، بهدف حماية المسيرين الآخرين في أن يسألوا عن خطأ لم يرتكبونه من ناحية، ومن ناحية أخرى حماية أصول الشركة في حال وجود خطأ يمكن فصله عن وظائف المسير القانونية¹.

ثانيا: المسؤولية التضامنية.

يفترض وفقا للعرف التجاري إمكانية تطبيق المسؤولية التضامنية على المسيرين، إذ يظهر بوضوح في طيات القانون التجاري انحياز المشرع الجزائري للاتجاه الأول الذي يتبنى فكرة "التضامن المفترض بين المدينين بدين تجاري" رغم عدم النص عليه قانونا، و عدم اقراره بالاتجاه الثاني من الخلاف الذي ثار بين فقهاء القانون حول مدى افتراض التضامن في نطاق المعاملات التجارية، فقد انقسموا إلى اتجاهين متعاكسين الأول يرى أن التضامن بين المدينين مفترض في المعاملات التجارية

¹ Van Tinh VU, Op Cit, p217-216, n°449.

ما لم يستبعد بشرط خاص، والثاني يرى عدم افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية، مثلما هو الحال في المادة المدنية. إعمالا بقواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، على أنه وباعتبار أن القانون التجاري ينص في حالات عديدة على التضامن¹ بين المدينين التجاري، وبالتالي فالتضامن مفترض أيضا بين أعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة خصوصا بعدما أضفت عليهم المادة 31 من القانون رقم 22-90 المتعلق بالسجل التجاري السابق الذكر صفة التاجر.

نص المشرع الجزائري على عدة حالات تكون فيهما مسؤولية مسيري شركة المساهمة تضامنية للمسيرين، الهدف منها محاربة مسألة تداري المسيرين وراء بعضهم للتوصل من المسؤولية أو استعمال أشخاص صوريين يصدر عنهم للمسؤولية عند اللزوم، فضلا عن ذلك فإن أسهم الضمان لا تشكل أي قيمة أو فائدة عمليا بالنظر لضآلتها أمام ضياع المبالغ الضخمة نتيجة سوء إدارة المسيرين بحيث تصبح قيمة أسهم الضمان تافهة لا فائدة لها²، وهاتين الحالتين هما:

1- حالة بطلان شركة المساهمة لمخالفة إجراءات التأسيس:

قرر المشرع في المادة 715 مكرر 21 ق.ت السابقة الذكر في معرض الحديث عن المسؤولية التضامنية للمؤسس، أنه إذا ما تحقق بطلان شركة المساهمة بسبب مخالفة إجراءات التأسيس، تثار المسؤولية التضامنية للمؤسسين والمسيرين الأولين ممن كانت لهم صلة بهذا البطلان، كما يجوز أن يتضامن معهم المساهمين بالحصص العينية الذين لم يحقق في حصصهم، وهذا ما يفهم من نص المادة السابقة الذكر "يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة، الذين أسند إليهم البطلان والقائمين بالإدارة اللذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة.

كما يجوز أن تسند نفس مسؤولية التضامن للمساهمين الذين لم يحقق في حصصهم المقدمة للشركة أو المنافع ولم يصادق عليها."

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 266_270.

² أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 296-297.

وهذه المادة تشكل مرة أخرى خروجاً عن القواعد العامة للمسؤولية المحدودة وغير التضامنية في هذا النوع من الشركات وهو حكم جاء ليؤكد مسعى المشرع الدائم للحفاظ على الغير والشركة والادخار العام ككل، الأمر الذي جعل المشرع يوسع من النطاق الشخصي لهذه المسؤولية، لتصبح تشمل إلى جانب المؤسسين، القائمين بالإدارة الأولين، على اعتبار أنه كان بإمكانهم كشف البطلان وبالتالي إمكانية تداركه بالإضافة للمساهمين الذين لو يحقق في حصصهم العينية فإنه يشك في تواطؤهم كطرف ثالث، وهذا حماية لحقوق المساهمين الآخرين وللغير المتعاملين مع الشركة والمكتتبين، وضمانة للمراكز القانونية المكتسبة من الضياع والإهدار¹.

2- المسؤولية التضامنية عند ارتكاب خطأ في التسيير:

إذا ما أسهم المديرون في وقوع الضرر من خلال الخطأ الذي ارتكبوه، أو في حالة تعذر تعيين المخطئ منهم، يكون كل المديرين مسؤولين عن تعويض الضرر الحاصل للغير بصفة تضامنية ومثاله إذا ما صدر قرار خاطئ وتمت الموافقة عليه بالأغلبية فهنا يسأل جميع الأعضاء عن الأضرار الناجمة عنه، وفي هذه الحالة تعود مسألة تحديد حصة كل عضو في تعويض هذه الأضرار إلى قاضي الموضوع، وأساس هذا التضامن في المسؤولية هو مبدأ وحدة السلطة الذي يحكم هؤلاء، ولا يفلت من هذه المسؤولية إلا الأعضاء الذين اعترضوا عن أعمال زملائهم وأثبتوا هذا الاعتراض في محضر الجلسة التي يصدر عنها القرار المتسبب في الخطأ الموجب للتعويض² مع الأخذ بعين الاعتبار أن التغيب لا يعدّ مانعاً لقيام هذه المسؤولية طالما لم يكن لعذر مقبول، بل يعدّ من قبيل الإهمال الموجب للمسؤولية، فالغياب دون عذر يعتبر تهرباً من اتخاذ القرارات أو تجنب الاعتراض عليها، مما لا يعفي عضو مجلس الإدارة من المسؤولية التضامنية³.

كما يمكن أن تكون المسؤولية التضامنية بين المديرين والشركة كشخص معنوي، وذلك في حالات الخطأ في التسيير المتصل، أي أن يكون الخطأ متصل بموضوع الشركة.

¹ لمزيد من التفاصيل في هذا العنصر راجع الباب الأول ص، 128.

² Cass.com.30 mars 2010.n °08-17.841 www.legifrance.gouv.fr

³ G. Ripert -R. Roblot, Op cit, p514, n°1759.

حسب ما جاء في المادة 715 مكرر 23 السابقة الذكر فإنه يجوز أيضا لقاضي الموضوع وفقا لسلطته التقديرية تقرير المسؤولية التضامنية في حال مخالفتهم للنصوص القانونية أو التشريعية، أو مخالفة القانون الأساسي للشركة أو ارتكاب خطأ منفصل في التسيير أدى إلى إحداث ضرر موجب للتعويض، للشركة أو المساهمين أو الغير.

3-تضامن الشخص المعنوي مع ممثله الدائم: نصت المادة 2,3/612¹ ق. ت الجزائري على أن الشخص المعنوي إذا كان عضوا في مجلس الإدارة فإنه يكون مسؤولا بصفة تضامنية عن الأخطاء التي يرتكبها ممثله الدائم، وهذا ما نقل حرفيا من نص المادة 8-210 L من القانون التجاري الفرنسي.

لجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي يضيف حالة أخرى تقرّر بموجبها المسؤولية التضامنية في حق المسيرين، وهي حالة الخطأ في التسيير الذي يؤدي إلى نقص في الأصول، وهذا ما جاء في القانون التجاري رقم 2172-2022 الصادر في 14 فيفري² وهذا في نص المادة هذا الصدد نصت 2-651 L التي عدلت المادة 5 من التجاري الفرنسي الصادر سنة 1966 وقد نصت على أنه على أنه "في حالة ما إذا أظهرت التصفية القضائية لشخص معنوي نقض في الأصول، فإن المحكمة يمكنها في حالة وجود خطأ في التسيير أدى إلى هذا النقص في الأصول أن تقضي بأن ديون الشخص المعنوي يتحملها بشكل كلي أو جزئي كل أو بعض المسيرين القانونيين أو الفعليين. أو من قبل بعضهم، الذين ساهموا في خطأ التسيير. في حالة تعدد المديرين، يجوز للمحكمة بقرار مسبب إعلان مسؤوليتهم بالتضامن.

غير أنه في حالة الإهمال البسيط من قبل المدير القانوني أو الفعلي في تسيير الشركة، لا يمكن أن يكون سببا لإثارة مسؤوليتهم عن عدم كفاية الأصول".³

¹ نصت المادة 2,3/612 ق. ت: " ويجوز تعيين شخص معنوي قائما بالإدارة في عدة شركات، وفي هذه الحالة لا تطبق أحكام المقطع الأول على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين.

ويجب عليه عند تعيينه اختيار ممثل دائم يخضع لنفس الشروط والواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان قائما بالإدارة باسمه الخاص دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله "

² LOI n°2022-172 du 14 février 2022

³ Article L651-2 "Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout

وهو الأمر الذي لا نجده لدى المشرع الجزائري إذ قرر في مثل هذه الحالة تحميل المسيرين مسؤولية فردية لا تضامنية وذلك بحسب ما جاء في المواد 673 ق. ت، والمادة 715 مكرر 27 ق. ت السابقة الذكر

كما أن المشرع الجزائري في تحديده للأشخاص المعنيين بهذه المسؤولية خصهم بالذكر "القائمين بالإدارة"، يقصد بهم المسيرين الذي يمتلكون الشرعية القانونية للقيام بأعمال التسيير (المسيرين القانونيين)، وبالتالي يخرج من دائرة هذه المسؤولية المسير الذي لا يمتلك الشرعية القانونية (المسير الفعلي)، وهذا ما قد يقلل وبشكل كبير من الضمان الممنوح للشركة أو الغير المتعامل معها بالأخص مع ما كشفه الواقع العملي من اتساع في مفهوم المسير وتشعبه كما سبق الذكر، إذ قد يتدخل العديد من الأشخاص من داخل الشركة أو حتى من خارجها في أعمال التسيير من غير ذوي الاختصاص في التسيير ما قد يضر بالشركة ويهدر حقوقها وحقوق الغير، ومن أجل ضمان عدم إفلاتهم من المسؤولية المدنية خاصة التضامنية كان الأولى بالمشرع عدم إغفال ذكرهم في هذا الحكم¹.

يلاحظ أيضا وفي ذات السياق أن المشرع الجزائري استبعد المدير العام من النطاق الشخصي لهذه المسؤولية وهو استبعاد غير مبرر، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أن التوجهات الحديثة في حوكمة شركات المساهمة تمنح هذه الأخير الصلاحيات الواسعة في إدارة وتسيير شركة المساهمة مقارنة بالدور الشرفي الذي بات يضطلع به رئيس مجلس الإدارة، لذا نعتقد أنه كان على المشرع الجزائري النص على تضامن المدراء العامين مع القائمين بالإدارة عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة أو عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم متى اقتضى الأمر ذلك².

ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée".

Modifié par LOI n°2022-172 du 14 février 2022 - art. 5

¹ بوخرص عبد العزيز، بوعمار صيرينة، مرجع سابق، ص 698.

² وهو في الواقع ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 251-225 L.

الجدير بالذكر أنه وزيادة في حرص المشرع على حماية الغير والشركة، من خلال التأكيد على المسؤولية الشخصية للمسيرين، نص المشرع الجزائري في المادة 715 مكرر 25 ق. ت على أنه لا أثر لقرار الجمعية العامة بإعفاء المسير من المسؤولية على انقضاء دعوى المسؤولية ضد المسيرين، فإجازة الجمعية العامة للتصرفات الخاطئة لأعضاء مجلس الإدارة لا تؤدي إلى إعفائهم من المسؤولية عن الأضرار، لكن ممكن أن تكون سببا في تخفيف المسؤولية¹.

الفرع الثاني

سحب افلاس الشركة إلى المسير

يعد سحب الإفلاس من بين أهم الآثار القانونية الدالة على الاعتبار الشخصي للمسير نتيجة ممارسته لفعل التسيير الخاطئ، وهو أثر مدني يلحق القائم بالإدارة عند إفلاس الشركة، وإن كان يفترض في الإفلاس أنه لا يatal إلا الشركة نظرا لتمتعها بالشخصية المعنوية وبالصفة التجارية من جهة، ومن جهة أخرى فإن رأس مالها هو الضمان العام لدائتيها، بينما القائم بالإدارة هو وكيل عن الشركة فقط يسير شؤونها ويتعامل مع الغير باسمها ولحسابها، ومع ذلك حملة المشرع الجزائري المسؤولية، مع أنه من المعلوم أن شركة المساهمة هي شركة أموال تقوم على الاعتبار المالي والمساهم فيها لا يتحمل المسؤولية إلا في حدود أسهمه في رأسمال الشركة.

بما أن المسير لابد أن يحمل صفة المساهم كما سبق الذكر. فيطبق عليه كأصل عام مبدأ تحديد المسؤولية عن ديون الشركة في حالة الإفلاس، ولكن وكاستثناء عن القواعد العامة حدد المشرع في نصها المادة 224 ق. ت² شروطا خاصة بتمديد الإفلاس (أولا)، وتصرفات معينة على سبيل

Article L225-251 "Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage" **Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 107**

¹ تنص المادة 715 مكرر 25 من ق. ت: "لا يكون لأي قرار صادر من الجمعية العامة أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بواجباتهم."

² نصت المادة 224 ق. ت "في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصا على كل مدير قانوني أو واقعي، ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا:

الحصر (ثانيا) إذا ما قام المسير جاز تطبيق امتداد شهر الإفلاس إليه، على اعتبار أن الشركة ما كانت

عرفت هذا التعثر الاقتصادي والاضطراب المالي¹ لولا أن القائم بالإدارة ساهم بصفة شخصية في القيام بأعمال أو إجراء تصرفات تجارية تسببت فيه، فلقد اعتبر الفقيه الفرنسي (LAGARDE) في مقاله المعنون ب: (Les conditions de la mise en Faillite des dirigeants de Société anonyme et à responsabilité limitée) أن مد شهر إفلاس الشركة هو جزاء يوقع على كل من أخطأ في الإدارة فأدى إلى التوقف عن دفع الديون، مما ترتب عنه شهر إفلاس الشركة، فالمشرع يعاقب المسير على عدم أمانته في تسييرها².

الحقيقة أن هذا الحكم مدعوم بالمادة 31 من الأمر 96-07 المتعلق بالقيد في السجل التجاري-السابق الذكر- والتي نصت على منح صفة التاجر لأعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجالس الرقابة في شركات المساهمة.

أولا: شروط سحب الإفلاس.

وفقا لنص المادة 224 ق. ت يتضح أنه من أجل تقرير تمديد أو سحب الإفلاس إلى المسير في شركة المساهمة يشترط ما يلي:

-إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

-أو باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع. في حالة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس الصادر طبقا لهذه المادة، تشمل الديون علاوة عن الديون الشخصية، ديون الشخص المعنوي.

وتاريخ التوقف عن الدفع هو نفس التاريخ المحدد بالحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو إفلاس الشخص المعنوي"

¹ والمقصود بالاضطراب المالي للشركة في هذا الموضع هو الاضطراب الحاد الذي يجعل الشركة عاجزة عن تسديد ديونها، وليس الاضطراب العابر الذي يمكن أن يعترض الشركة أثناء حياتها الاقتصادية وعلى وجه التحديد حالة الإفلاس والتسوية القضائية. أنظر أمال بلميلود، المسؤولية المدنية للمسيرين في شركات المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين سطيف2، الجزائر، 2014-2015، ص80.

² قدوري حميد، تمديد الإفلاس كجزء عن قيام المسؤولية في حالة إفلاس شركة المساهمة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبانة بغيرزان، الجزائر، العدد7، ديسمبر 2016، ص178.

1- ضرورة وجود الشركة في حالة إفلاس:

يعتبر امتداد شهر الإفلاس للمدير أثر من آثار إفلاس الشركة، فإن ذلك يستلزم أولاً القضاء بشهر إفلاس شركة المساهمة، حيث امتداد الشيء لا يأتي إلا بوجوده بداية تم امتداده، ليشمل أطرافاً آخرين لم يكن ليشملهم في مراحله الأولى¹، أي أنه شرط أولي سابق عن تقرير مسؤولية المسير في شركة المساهمة، وهو ما تبين من نص المادة المذكورة أعلاه فالمشرع الجزائري اشترط لتحقيق حكم تمديد الإفلاس إلى المسير أن تكون الشركة في حالة إفلاس، ولكي تكون الشركة في حالة إفلاس لابد أن تتمتع بالشخصية المعنوية، وأن تكون تجارية، وتتوقف عن دفع دين تجاري، وأن يصدر حكم يشهر إفلاسها².

وفقاً لنص المادة 549ق، ت³ فإن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية من يوم قيدها في السجل التجاري، وهو ذات الحكم قرره المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة L210-6⁴ من القانون التجاري الفرنسي.

من المعلوم أن الإفلاس نظام خاص بالتجار وحدهم لذلك يشترط في الشخص المراد إشهار إفلاسه أن يكون تاجراً سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً⁵، والمشرع قرر في المادة 544ق.ت أن كل

¹ علي جمال الدين عوض، أثر إفلاس الشركة على الشركاء، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، مجلد 34، العدد 03، سنة 1960، ص 286.

² ياسر باسم ذنون، عرفان عمر خالد، الدعوى الخاصة بمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة شركة المساهمة الخاصة و آثارها، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، مجلد 3، العدد 1، سنة 2009، ص 210.

³ جاء في نص المادة 549ق.ت "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...."

⁴ Article L210-6

Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.

⁵ ياسر باسم ذنون، عرفان عمر خالد، مرجع سابق، ص 211.

الشركات¹ تعد تجارية بحسب شكلها أو موضوعها²، وهو ذات المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1-210³ من القانون التجاري الفرنسي.

أما عن التوقف عن الدفع فيقصد حالة النقص في الأصول والذي يقصد به ببساطة اختلال الفرق بين الأصول الشركة وخصومها المستحقة، وقد وضع القضاء من أجل تسهيل تقدير هذا النقص بعض القواعد في هذا الشأن، تتمثل في أن تقدير وجود النقص وقيمه، ينبغي أن يتم في اليوم الذي تتصدى فيه المحكمة للنظر في دعوى تكملة الأصول، ولا يؤخذ في الحسبان إلا الديون التي نشأت بعد افتتاح الإجراءات الجماعية، على هذا الأساس فإن المصاريف القضائية المترتبة عن افتتاح الإجراءات الجماعية لا تؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مقدار النقص⁴.

وحكم شهر الإفلاس هو الذي ينشئ حالة الإفلاس ويمهد السبيل إلى تطبيق القواعد الخاصة بنظام الإفلاس، من خلال التنفيذ الجماعي على أموال الشركة الذي توقفت عن دفع ديونها التجارية، بحيث تغلّ يده عن التصرف في أمواله ويتم تصفية أمواله تصفية جماعية وتوزيع الثمن الناتج بين الدائنين قسمة غرماء، فلا أفضلية لدائن على آخر مادام حقه غير مصحوب بأحد الأسباب القانونية التي تبرر أفضليته كرهن أو امتياز⁵، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بشهر إفلاس المدير شخصيا بمجرد حصول التسوية القضائية أو شهر إفلاس الشركة التجارية إلا إذا صدر حكم بذلك.

2- شرط الصفة في الشخص المسؤول:

جاء مصطلح المديرين في المادة 224ق.ت بكل عام، فلم تحصر المادة المذكورة هذا المصطلح بنوع معين من الشركات أو بنوع معين من أنواع الإدارة، على أن المشرع يبدوا في تحديده للأشخاص

¹ عدد المشرع الجزائري الشركات التجارية في المادة 544ق.ت وهي: شركات التضامن وشركات التوصية وشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة وشركات المساهمة البسيطة، وفقا لتعديل المادة 544ق.ت، ج في القانون رقم 09-22 ن مرجع سابق.

² قبل القانون 09-22 كانت المادة 544. ت كان المشرع يحدد الطابع التجاري للشركات وفقا للمعيار الشكلي فقط ويستثني شركة المحاصة التي يحدد طابعها التجاري بحسب موضوعها، في حين بعد التعديل أصبح يحدد الطابع التجاري للشركة وفقا للطابع الشكلي أو الموضوعي.

³ Article L210-1

Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.

⁴ Cass.com., 27 Février 1978, Bull.civ., 1978. IV. 1978, n° 78.

وأنظر أيضا: بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 701.

⁵ عباس حلمي المنزلاوي، الإفلاس والتسوية القضائية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص 06.

الذين تفرض عليهم هذه المسؤولية خصهم بالذكر المباشر، كل مدير قانوني أو واقعي، ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا.

يقصد بالمسير القانوني المسير الذي يمتلك الشرعية القانونية للقيام بأعمال التسيير، وهم هيئات التسيير في شركة المساهمة بنمطها للتسيير، الحديث والكلاسيكي المذكورة سابقا، والمعينين في الظروف العادية أو في ظروف استثنائية، وبتعبير أدق هو المسير الذي يناط له بصفة قانونية مهام إدارة أعمال الشركة وتسييرها بغض النظر عن طريقة تعيينه سواء تم في القانون الأساسي للشركة أو قضائيا "، أو "هو كل حامل لصفة مسير بصفة قانونية أو شرعية من خلال القانون أو القانون الأساسي للشركة والمعين في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية"، أو "هو الشخص الذي يمارس وظيفة وصلاحيات تم إسنادها إليه قانوناً لإدارة الشؤون الاجتماعية للشركة"¹.

زيادة في الضمان الممنوح للشركة أو الغير المتعامل معها، أضاف المشرع المدير الواقعي أو المسير الفعلي²، بالأخص مع ما كشفه الواقع العملي من اتساع في مفهوم المسير وتشعبه إذ قد يتدخل العديد من الأشخاص من داخل الشركة أو حتى من خارجها في أعمال التسيير من غير ذوي الاختصاص في التسيير ما قد يضر بالشركة ويهدر حقوقها وحقوق الغير، ولذلك حرص المشرع عدم اغفال المسير الفعلي الذي يكون سببا في إفلاس الشركة بسبب ارتكابه لأفعال وتصرفات معينة وفي حالات خاصة على تمديد الإفلاس إليه بصفة شخصية.

ثانيا: حالات سحب الإفلاس.

حددت المادة 1/224 ق. ت الحالات والتصرفات التي عندما يقوم بها المسير وتحقق معها مسؤوليته وتمديد الإفلاس إليه، وذلك بعد شهر افلاس الشركة، وهذه التصرفات هي:

1- قيام المسير بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتحت ستار الشركة:

حتى يتم تمديد الإفلاس للمسير بسبب تعرض الشركة للتسوية القضائية أو إفلاسها يجب أن يقوم المسير بعمل تجاري لحسابه الخاص وتحت ستار الشركة.

¹ لمزيد من التفاصيل راجع المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب.

² لمزيد من التفاصيل راجع المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب.

والمشرع الجزائري لم يقم بوضع تعريف للعمل التجاري في القانون التجاري، كما لم يضع له ضابطا يميزه عن العمل المدني، لكنه حدد أنواع الأعمال التجارية، فهي إما بحسب الموضوع أو الطبيعة حسب نص المادة 2ق. ت، والمقصود بها تلك الأعمال التي تتخذ الصفة التجارية بحسب موضوعها أو بطبيعتها بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها، والأعمال التجارية بحسب الشكل في نص المادة 3ق. ت وهي تلك الأعمال التي تعتبر تجارية متى اتخذت الشكل المنصوص عليه قانونا مهما كان هدفها أو غرضها و مهما كانت صفة الشخص القائم بها، و الأعمال التجارية بالتبعية في نص المادة 4ق. ت، و هذا النوع من الأعمال هي الأصل أعمالا مدنية و تتحول إلى أعمال تجارية بالتبعية إذا قام بها تاجر و كانت متعلقة بتجارته، و يوجد نوع اربع من الأعمال لم ينص عليها المشرع الجزائري و هي الأعمال المختلطة و هذا النوع من الأعمال سمي كذلك لأنها تعتبر تجارية بالنسبة لطرف و مدنية بالنسبة للطرف الآخر.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري استعمل اللفظ بصيغة الجمع "أعمال" في الفقرة 1 من المادة 224ق. ت، واستنادا لهذه الصيغة فإن العمل التجاري المنفرد لا يكفي لتطبيق امتداد شهر الإفلاس، وهو الوضع الذي كان عليه في القانون الفرنسي القديم، على أنه حاليا ووفقا للتعديل الأخير لسنة 2022 للمادة التي تقابل المادة 224ق. ت، وهي المادة L-651-2¹ - السابق التطرق إليها- يظهر أن المشرع الفرنسي تراجع عن هذا الرأي وتبنى فكرة العمل المنفرد ويظهر ذلك في عموم

اللفظ المستعمل " حالة وجود خطأ في التسيير أدى إلى هذا النقص في الأصول...د" faute en cas de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif de

يجب ان يقوم المسير بالعمل التجاري لحسابه وليس لحساب الشركة حتى ينسحب إليه الإفلاس، وذلك دون النظر إذا ما كان ذلك العمل درّ عليه ربحاً أم لا، لأن العبرة بالفعل لا بالنتائج². إضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز الكلام عن امتداد شهر الإفلاس إلا إذا كان هذا العمل تحت ستار الشركة مكتسبة للشخصية المعنوية الكاملة، فوجود شركة مساهمة مستوفاة لأركانها

¹LOI n°2022-172 du 14 février 2022 - art.5

² قدوري حميد، مرجع سابق، ص 173.

الموضوعية والشكلية، يجعلها وسيلة فعالة يستعملها المدير أو كل قائم بالإدارة لإخفاء نشاطه التجاري الذي يباشره لحسابه الخاص¹.

2- تصرف المسير في أموال الشركة كما لو أنها أمواله الخاصة:

يؤخذ كمثال عن هذه الحالة قيام المدير المسير بجعل الشركة كفيل لديونه أو ديون أحد أقاربه في مواجهة البنك²، وعجز الشركة عن سداد هذه الديون يؤدي بها إلى التوقف عن الدفع، فهو في هذه الحالة ينظر إلى أموالها على من أمواله الخاصة فيقيم تداخلا بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة، وهذا التداخل هو الذي يلزم المسير بالديون المالية للشركة، ويجعله مسؤولاً عنها وهو يعد خرقاً لما أقره المشرع بالنسبة لمبدأ المسؤولية المحدودة في شركات المساهمة، ومبرر ذلك أن شركة المساهمة هي في النهاية مشروع مالي مشترك لا يمكن التصرف في أموالها بهدف تحقيق مصلحة فردية وإنما هي أموال تم تحصيلها في شكل أسهم مقدمة، وتم تجميعها بينهم بنية المشاركة وهدف تحقيق الربح وتقسيمه بين المساهمين³، وقد تم اختيار الأعضاء القائمين بالإدارة من مجلس كوكلاء عن الجمعية العامة للمساهمين لتسيير أمور الشركة اليومية، ووضع السياسة العامة للشركة موضع التنفيذ تحقيقاً لغرضها، فإذا ما تم التصرف في هذه الأموال بعيداً عن الهدف المشترك والمصلحة الجماعية التي اجتمع عليها المساهمين لتحقيق مصلحة فردية فإن المسؤولية المطلقة تقع عليه⁴، ويترتب في حقه الإفلاس نتيجة أنه أحل مصلحته الفردية محل المصلحة الجماعية⁵.

الجدير بالذكر أن المشرع وتأكيداً منه على مسألة تمديد الإفلاس للمسير في الحالات السابقة أضاف عقوبة الإفلاس بالتقصير في المادة 380 ق.ت⁶ على مسيري شركة المساهمة التي

¹ قدوري حميد، مرجع سابق، ص 174.

² المرجع نفسه، ص 175.

³ الياس نصيف، الكامل في قانون التجارة (الإفلاس)، ج 4، عوايدات للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1999، ص 17.

⁴ Cass. com., 13 novembre 2007, n° 06-13.212, www.legifrance.gouv.fr

⁵ الياس نصيف، الكامل في قانون التجارة (الإفلاس)، مرجع سابق، ص 18.

⁶ تنص المادة 380 ق.ت على أنه "تقوم عقوبة الإفلاس بالتقصير على القائمين بالإدارة والمديرين أو المصنفين في شركة مساهمة، والمسيرين أو المصنفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وبوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة يكونون بقصد إخفاء كل أو بعض ذمتهم المالية عن متابعهم من جانب الشركة المتوقفة عن الدفع أو من دائني الشركة يكونون عن سوء قصد اختلسوا أو أخفوا جانباً من أموالهم أو أقرؤ تدليسا بمديونيتهم بمبالغ ليست في ذمتهم"

تنص على تطبيق عقوبة الإفلاس بالتقصير على مسيري شركة المساهمة في حال قيامهم بقصد إخفاء كل أو بعض ذممهم المالية من متابعتهم من جانب الشركة المتوقفة عن الدفع، وفي هذا الصدد تطبق عليهم العقوبات المقررة في المادة 383 قانون العقوبات الجزائري¹.

على أن الاتجاه الحالي في التشريعات الحديثة يذهب إلى تخفيف العقوبات على مسيري الشركات بصفة عامة في إطار التشجيع على ممارسة مهنة التسيير بكل حرية وجرأة وفتح المجال للمبادرة الحرة الفردية أو حتى الجماعية، ولعله الأمر الذي دفع بالمشروع الفرنسي إلى إجراء العديد من التعديلات على القوانين المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية² وأسفرت هذه التعديلات على إلغاء الإفلاس تماما وذلك في المادة L651-2 من القانون رقم 172-2022 بتاريخ 2022/02/14 وهي المادة المقابلة للمادة 224 ق.ت.ج كما سبق الذكر، وبذلك جعل المسؤولية الشخصية (الفردية أو التضامنية) عن ديون الشركة في حالة ما إذا أظهرت التصفية القضائية لشخص معنوي نقض في الأصول جوازيه، أي يمكن للمحكمة أن تقضي بها في حق المسيرين القانونيين أو الفعليين، إذا ما

¹ تنص المادة 383 ق.ت.ج "كل من ثبتت مسؤوليته لارتكابه جريمة التفليس في الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري يعاقب:- عن التفليس بالتقصير بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وبغرامة من 25.000 دج إلى 200.000 دج...."

² بغرض إنقاذ المشروعات المتعثرة أصدر المشرع الفرنسي تشريع جديد برقم 845-2005 بتاريخ 2005/07/26 الذي يعتبر بمثابة طفرة في الإصلاح التشريعي الفرنسي المتعلق بالإفلاس والذي فتح الباب لإصلاحات تشريعية لاحقة حيث ثم صدر الأمر رقم 1345-2008 الصادر بتاريخ 18/12/2008 المتعلق بإصلاح قانون المشروعات المتعثرة، ثم صدر الأمر رقم 326-2014 الصادر في 12/03/2014 بشأن إصلاح الوقاية من صعوبات العمل وإجراءات الإعسار، وفي إطار العمل على تطوير قواعد القانون التجاري لمسايرة تطور الحياة التجارية أصدر بعد ذلك المشرع الفرنسي قانون 486-2014 بتاريخ 22/5/2019 والذي سمي قانون PACTE والمتعلق بمخطط تفعيل نمو وتحول المشروعات والذي يهدف لمنح المشروعات وسائل مبتكرة من أجل التحول والتوسع وخلق الوظائف، وعلى إثر تداعيات فيروس كورونا وما ترتب عليه من آثار وخيمة على النشاط على حياة المشروعات سارع المشرع الفرنسي إلى إصدار الأمر رقم 596-2020 بتاريخ 20/5/2020 والخاص بتكييف القواعد المتعلقة بصعوبات المشروعات والاستغلال الزراعي مع آثار وباء كوفيد 19 وذلك من أجل امتصاص هذه الآثار والتقليل على المشروعات ثم أعقب هذا الإصلاح التشريعي صدور الأمر رقم 1197-2021 بتاريخ 15/9/2021 والمعدل للكتاب السادس للقانون التجاري الفرنسي والذي يهدف إلى تضمين لقانون الفرنسي بأحكام التوجيه الأوروبي 1023-2019 المؤرخ في 20/6/2019 والمتعلق بإعادة الهيكلة الوقائية والإعفاء من الديون والتدابير الواجب اتخاذه لزيادة كفاءة الإجراءات المتعلقة بإعادة الهيكلة والإعسار والإعفاء من الديون، ليأتي بعده القانون رقم 172-2022 بتاريخ 2022/02/14 والذي نص على المادة L651-2 موضوع بحثنا.

لمزيد من التفاصيل راجع المقال:

*Stéphanie Chatelon, Marie Waechter, Hermine Robert, Arnaud Raynouard, **Modification du code du commerce : quels sont les points clés de la réforme des procédures collectives ?** 30 septembre 2021*, disponible sur le site :

<https://blog.avocats.deloitte.fr/modification-du-code-du-commerce-quels-sont-les-points-cles-de-la-reforme-des-procedures-collectives>.

تحققت علاقة السببية بين الخطأ في التسيير والنقص في الأصول¹، من جهة، ومن جهة ثانية فإن المشرع الجزائري وإن عدد حالات تمديد الإفلاس إلى المسير إلا أنها جاءت على سبيل المثال لا الحصر، على عكس ما فعله المشرع الفرنسي في ذات المادة الذي قام بتعداد الحالات على سبيل الحصر، وبالتالي فالمشرع الجزائري بقي في منأى عن هذه التعديلات وظل محتفظاً بنظام الإفلاس التقليدي الموروث عن فرنسا والذي لا تزال أحكامه سائدة في الجزائر بالرغم من الانتقال من نظام اقتصادي موجه إلى نظام اقتصادي حر مما يثير العديد من الاستفهامات حول مدى نجاعة هذا النظام.

¹ لمزيد من التفاصيل أنظر: بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، مرجع سابق، ص 700 و 701.

الفصل الثاني

تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام
المتعلقة برأس مال شركة المساهمة

الفصل الثاني

تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة برأس مال شركة المساهمة

بغية تطوير وتنمية مشروعها التجاري تبحث شركات المساهمة دائما إلى تجميع رؤوس الأموال بطريقة آمنة بعيدا عن الاقتراض فتلجأ إلى طرح أسهمها لاكتتاب من أجل زيادة رأسمالها، وعند الاكتتاب في الشركة يمنح المساهم سهما¹ فيها تنشأ بموجب مجموعة من الحقوق الأساسية للمساهم، لعل أهمها حقه في تداول² أسهمه بحيث يكون للمساهم دائما حق التنازل عن أسهمه دون قيد وشرط وذلك ما يعبر عنه بمبدأ "حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة" كتجسيد للاعتبار المالي الذي تتميز به شركة المساهمة، غير أننا نجد في طيات هذه العمليات القانونية و في كثير من الأحكام المتعلقة بها دورا واضحا للاعتبار الشخصي فيها.

فطرح أسهم الشركة للاكتتاب من أجل زيادة رأسمال يؤدي إلى الاضرار بالمساهمين القدامى نتيجة دخول مساهمين جدد يزاحمونهم في نتائج الشركة، خاصة تلك المنقطعة من الأرباح التي شاركوا في إنتاجها³، لذلك قرر المشرع مزايا خاصة للمساهمين القدامى في مواجهة المساهمين الجدد تعطي دورا للاعتبار الشخصي لهم في شركة المساهمة، وذلك من أجل حمايتهم وحمايته حقهم في

¹ عرفت المادة 715 مكرر 40 "السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة مساهمة كتمثيل لجزء من رأس مالها" وتختلف أنواع الأسهم بحسب طبيعة الحصة التي يمثلها السهم وتنقسم في هذا الشأن إلى أسهم نقدية وأسهم عينية وتختلف أيضا بحسب الحقوق التي يمنحها السهم، فتنقسم إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة، كما تختلف أخيرا بحسب علاقتها برأس المال فتقسم إلى أسهم رأس مال وأسهم تمتع.

² يقصد بالتداول انتقال الأسهم بواسطة إجراء بسيط وغير مكلف من شأنه ضمان سهولة وسرعة المعاملات، فهو حق من الحقوق المالية للمساهم لا يمكن حرمانه منه، فالمساهم حر في البقاء في الشركة أو الخروج منها، وحر في اختيار الشخص الذي يحيل أسهمه إليه دون اعتراض من الشركة.

³ « *Le droit préférentiel de souscription est, comme la prime d'émission, un moyen de sauvegarder les droits des actionnaires anciens dans la société* ». V : Y. GUYON, *droit des affaires*, Op Cit, p467, n°431.

الأرباح والأموال الاحتياطية¹ التي أنتجوها، خاصة إذا كان لدى الشركة احتياطي ضخمة، إضافة إلى ذلك فإنه وإن كانت قابلية أسهم الشركة للتداول بالطرق التجارية هي من الحقوق الخاصة للمساهمين المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، إلا أن المشرع ولاعتبارات عملية تمس مصلحة المساهمين والشركة والصالح العام ككل، وضع قيود قانونية² وأخرى اتفاقية على هذا الحق، والحقيقة أن القيود الاتفاقية التي تجسدها اتفاقات المساهمين ماهي إلا تجسيد للاعتبار الشخصي للمساهمين بالدرجة الأولى، وذلك عن طريق السماح لهم من خلال مبدأ الحرية التعاقدية الالتفاف على القواعد القانونية الملزمة والمبادئ الصارمة لشركة المساهمة بموجب اتفاقات جانبية أبرز تلك الخاصة بوضع قيود على عملية تداول الأسهم في الشركة إلى مساهمين آخرين لاعتبارات شخصية مختلفة، وهو ما يعد تجسيد آخر للاعتبار الشخصي للمساهمين.

وعليه وتأسيساً على ما تقدم فإن الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة برأس المال في شركة المساهمة تتجسد في المزايا التي منحها المشرع للمساهمين القدامى عندما يتم طرح الأسهم للاكتتاب من أجل زيادة في رأس مال الشركة، وفي القيود التي تتضمنها اتفاقيات المساهمين على مبدأ تداول الأسهم.

من أجل ذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان: المزايا الممنوحة للمساهمين القدامى بمناسبة زيادة رأس المال.

المبحث الثاني بعنوان: اتفاقات المساهمين المقيدة لمبدأ تداول الأسهم.

¹ يعتبر المال الاحتياطي مبالغ مقتطعة من الأرباح الصافية توضع تحت تصرف الجمعية العامة لاستخدامها في الأغراض التي يحددها القانون أو القانون الأساسي للشركة، ونظراً إلى أن الاحتياطات هي أرباح غير موزعة، فإنها تعتبر حقاً للمساهمين الموجودين في الشركة وقت تحقيقها. وقد نصت المادة 721 ق.ت على أنه: "في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، يقتطع من الأرباح سندات نصف العشر على الأقل وتطرح منها عند الاقتضاء الخسائر السابقة، ويخصص هذا الاقتطاع لتكوين مال احتياطي يدعى "الاحتياطي القانوني"، ويصبح اقتطاع هذا الجزء غير إلزامي إذا بلغ الاحتياطي عشرين رأس المال"، يقابل هذه المادة في القانون التجاري الفرنسي المادة 1132-1.

² يمكن أن يمنع المساهم من تداول أسهمه، بناء على نص قانوني، وهذا المنع قد يكون مؤبداً كمنع تداول أسهم الضمان، حيث منع المشرع الجزائري المساهمين الأعضاء في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبين من تداول أسهمهم طيلة مدة عضويتهم، كضمان لأخطاء التسيير ما سبق الذكر، أو كمنع تداول أسهم الشركة قبل قيدها في السجل التجاري، كما قد يكون المنع مؤقتاً مثل حضر تداول الوعد بالسهم إلى حين تسلم الأسهم الأصلية عند إصدار الشركة.

المبحث الأول

المزايا الممنوحة للمساهمين القدامى بمناسبة زيادة رأس المال

غالباً ما يطرأ على رأس المال في شركة المساهمة أثناء حياتها بعض العمليات القانونية¹ تبررها الأوضاع الواقعية التي قد تمر بها الشركة، من بينها عملية زيادة رأس المال² والتي تتم بعدة طرق³ لعل أخطرهما بالنسبة للمساهمين القدامى هي تلك التي تتم عن طريق إصدار حصص أو أسهم جديدة.

وتكمن خطورة هذه الطريقة في أنها تؤدي إلى دخول طائفة من الشركاء يزاحمون القدامى في ناتج الشركة أو الأموال الاحتياطية بالأخص إذ ما كانت ضخمة، وهو ما يؤدي إلى الاضرار بهم حتماً، ومن أجل تفادي ذلك أرسى المشرع الجزائري قواعد حماية للمساهمين القدامى في مواجهة المساهمين الجدد، جسدت الاعتبار الشخصي لهم في الشركة في المسائل المتعلقة برأس المال في الشركة، فمنح لهم حق الأولوية في اكتتاب في الأسهم الجديدة من جهة (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى وحتى يتحقق التوازن بين المساهمين القدامى والجدد تدخل المشرع ووضع قواعد من شأنها أن تؤدي إلى المساواة بين الفئتين من المساهمين (القدامى والجدد) تمثلت في إصدار أسهم بقيمة أعلى من قيمتها الاسمية، فألزم المساهمين الجدد بدفع ما يسمى بعلاوة الإصدار التي تمثل مقابلاً للاشتراك في الأرباح التي تم ادخالها (المطلب الثاني).

¹ يعتبر رأس مال الشركة هو الحد الأدنى لضمان الديون والضمان العام للدائنين، لذلك أحيط بقاعدة أصولية من قواعد التجارة هي ثبات رأس المال، ترجمتها مجموعة من النصوص والأحكام التي تحكم الشركة منذ نشأتها إلى حين تصفيتها، بهدف حماية دائني الشركة ودعمها للانتماء الذي لا غنى عنه في التجارة، وتقضي قاعدة "ثبات رأس مال الشركة" ببقاء رأس المال عند رقمه الثابت في عقد الشركة، غير أن المشرع مكن من إعطاء مرونة للشركة أثناء حياتها وهذه المرونة تتمثل في إمكانية تعديل رأس المال بزيادته أو خفضه متى استوجبت الحاجة إلى ذلك، لكن عليها أن تتقيد بشروط اجراءات التعديل وفقاً لأحكام القانون.

² تعرف الزيادة في رأس مال شركة المساهمة بأنها "تصرف قانوني يتم بموجبه تعديل النظام الاساسي للشركة بزيادة رأس مالها أثناء حياتها وفقاً للإجراءات التي حددها القانون" فاتح آيت مولود، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، معاشو عمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 01 جويلية 2012، ص 66.

³ بينت المواد 687 و688 و689 من ق ت ج الطرق التي يمكن إتباعها في زيادة رأس مال شركة المساهمة، وعلى الجمعية العامة غير العادية أن تبين الطريقة التي تتبعها الشركة حيث نجد أن طرق الزيادة في رأس مال شركة المساهمة حيث يمكن زيادة رأس المال بإصدار أسهم جديدة أو بإدماج وضم الاحتياطات والأرباح أو علاوة الإصدار أو بتحويل السندات إلى أسهم، ولا شك أن طريقة الزيادة بإصدار أسهم جديدة هي التي تشكل خطراً على المساهمين القدامى خاصة بالنسبة للأموال الاحتياطية التي ساهموا في إنتاجها.

المطلب الأول

الحق التفاضلي في الاكتتاب

منح المشرع الجزائري للمساهمين القدامى حق الأولوية في الاكتتاب في أسهم زيادة رأس مال شركة المساهمة، بحيث يكون لكل مساهم أن يكتتب في الأسهم الجديدة بنسبة ما يملكه من أسهم أصلية في الشركة، وهو ما جاء في المادة 694 ق. ت حيث نصت على أنه: "تتضمن الأسهم حق الأفضلية في الاكتتاب في زيادات رأس المال.

للمساهمين بنسبة قيمة أسهمهم، حق الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم النقدية الصادرة لتحقيق زيادة رأس المال...". وهي مادة تمكنا من تحديد المفهوم العام لهذا الحق (الفرع الأول).

وباعتبار أن هذا الحق هو حق مقرر للمساهم دون غيره، فإنه يكون لهذا الأخير وحده فقط سلطة التنازل عنه وإن اقتضت أحيانا مصلحة الشركة إغائه، فلا يكون ذلك إلا وفقا لشروط وقواعد قانونية محددة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الحق التفاضلي في الاكتتاب

حتى نتمكن من تحديد مفهوم الحق التفاضلي في الاكتتاب سنتطرق إلى تعريفه (أولا) ثم إلى كيفية ممارسته (ثانيا).

أولا: تعريف الحق التفاضلي في الاكتتاب.

يتضح بداية أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي لم يقم بتعريف الحق التفاضلي في الاكتتاب، لذا تدخل الفقه لوضع تعريف له، فعرفه البعض على أنه "إعطاء مساهمي الشركة الأولوية والأفضلية في شراء الأسهم التي تقوم الشركة بإصدارها بمناسبة الزيادة النقدية لرأس

المال، بهدف منع دخول مساهمين جدد، فيظل القدامى هم الوحيدون المستفيدون من الأرباح المدخرة وأصحاب القرار داخل الشركة¹

أما الفقه الفرنسي فقد عرفه بأنه "إعطاء مساهمي الشركة الأولوية والأفضلية والأسبقية في الاكتتاب الأسهم التي تصدرها الشركة، بمناسبة زيادة رأس المال، بالتناسب مع مقدار الأسهم التي يحوزها كل منهم"²

ويعتبر هذا الحق من النظام العام³ فلا يجوز الاشتراط ضمن أحكام القانون الأساسي على إلغاءه أو الانتقاص منه، لذلك نص القانون التجاري الجزائي على عقوبات جزائية في حالة مخالفته⁴، إلا إذا اقتضت مصلحة الشركة ذلك، فإن الجمعية العامة غير العادية التي تقرر زيادة رأس المال لها أن تلغي هذا الحق بالنسبة لجميع أسهم زيادة رأس المال أو لجزء منها فقط، ومن ثم يضحى بالمصلحة الفردية للمساهم مقابل المصلحة العامة للشركة.

كما أنه من الحقوق الأساسية للمساهم، ومن ثم له أن يمارسه ويكتتب في أسهم الزيادة، وله أن يتخلى عنه ويحجم عن الاكتتاب، ولا يمكن إلزامه وإجباره من قبل الهيئات الإدارية للشركة من أجل ممارسته، لأنه يترتب على ذلك زيادة في التزاماته، لذا يعتبر باطل كل قرار ينطوي على إلزام المساهم بممارسة هذا الحق.

والحقيقة أن للحق التفاضلي في الاكتتاب أهمية بالغة كونه يرمي إلى مراعاة الاعتبار الشخصي للمساهمين القدامى، من خلال مكافأتهم على تحملهم المشروع منذ بدايته، وتحمل نتائج أعمال الشركة في السنوات الأولى، لذلك كان لابد من حماية مصالحهم داخل الشركة، وتجد هذه الحماية تبريرها في اعتبارين، أولهما أن دخول مساهمين جدد من عواقبه التأثير على الرقابة

¹ جاسم فاروق إبراهيم، حقوق المساهم في شركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 142.

² « *Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de priorité pour la souscription d'actions de numéraire émises en vue d'une augmentation de capital* » V.Y. GYON, *Droit des affaires*, Op Cit, p. 467, n° 431.

³ المادة 694/3 ق.ت.ج. مقارنة مع التشريع الفرنسي، يلاحظ أن هذا الأخير ألغى العبارة التي تجعل من هذا الحق من النظام العام بموجب

المادة 51 من الأمر رقم 604-2004 المؤرخ في 24 جويلية 2004 المتعلق بتعديل نظام القيم المنقولة الصادرة عن الشركات التجارية.

⁴ المادة 832 ق.ت.ج.

الممارسة في الشركة، وثانيهما أن زيادة رأس المال سينجم عنه حتما تخفيض القيمة الحقيقية لسنداتهم لوجود أموال احتياطية مشككة سابقا نتيجة للأرباح المقتطعة بصفة عمدية أو طوعية والتي سيكون للمساهمين الجدد حق فيها رغم أنهم لم يساهموا في تكوينها، حيث ستكون لهم نفس الحقوق المالية على فائض التصفية الذي يضم الاحتياطيات¹، فالحق التفاضلي في الاكتتاب يسمح بعدم تشتيت حقوق المساهمين، إذ يظل المساهمين القدامى دون سواهم محتفظين بحقوقهم المالية على الأموال الاحتياطية إذا مارسوا هذا الحق، كما أنه يؤدي إلى فرض سيطرة المساهمين القدامى على الشركة، خاصة أولئك الذين يمتلكون الحرص والطموح في المحافظة على ازدهار نشاط وسمعتها وأهميتها في الوسط التجاري².

واقدام جميع المساهمين على ممارسة حقهم في الأفضلية، يؤدي إلى انتفاء الاكتتاب العام بأسهم الزيادة، وبالتالي تشكل هذه الحالة بمثابة اكتتاب مغلق بين المساهمين³، وهو ما يعتبر تعزيز واضحا للاعتبار الشخصي في شركة المساهمة بالأخص ذات الاكتتاب العام.

والجدير بالذكر أن بعض من رأي الفقه يرى أن النص على أفضلية المساهمين في الاكتتاب على أسهم الشركة لا يقوم على أساس الاعتبار الشخصي، ويبررون ذلك في أن أصل النص ليس الغاية منه الاعتداد بأشخاصهم وإنما المقصود به إعطاءهم أولوية عن غيرهم كونهم مساهمين في الشركة⁴، على أن هذا الرأي مردود عليه كون المساهمين المقصود بهم في هذا الحق هم المساهمين قدامى، بمعنى أن يكونوا من الأوائل المكتتبين في الشركة والذين سددوا قيمة أسهم بالكامل.

ونجد أن المشرع الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك بالنسبة للأحكام القانونية التي تحكم هذا

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 997.

² على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 251.

³ حميدة نادية، الأموال الاحتياطية في شركة المساهمة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2015-2016، ص 250.

⁴ على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 253.

الحق، إذ ينص في المادة 138-225 L¹ على أنه يمكن للجمعية العامة التي تقرر زيادة رأس المال وأن تحتفظ به لشخص واحد أو أكثر يتم تحديده بالاسم أو بفئات من الأشخاص الذين يتطابقون مع خصائص معينة، وتحقيقاً لهذه الغاية يلغي حق الأفضلية في الاكتتاب بالنسبة للمساهمين الباقين، وعندها تلغي الجمعية العامة الغير عادية هذا الحق بالنسبة للمساهمين الباقين و لصالح فئة واحدة أو أكثر من الأشخاص الذين تنطبق عليهم الخصائص التي تحددها، ويجوز لها تفويض مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة بمهمة وضع قائمة المستفيدين. فئات وعدد الأسهم التي تخصص لكل منها ...

وعليه وحسب هذه المادة فإن المشرع الفرنسي أجاز الجمعية العامة ان تقرر حق الأفضلية في الاكتتاب لصالح فئة معينة فقط تتوفر فيهم خصائص وشروط معينة ولا اعتبارات شخصية فيهم ويتم اتخاذ هذا الاجراء بناء على موافقة أغلبية المساهمين دون مشاركة المساهمين المعنيين بالحق في التصويت، وربما الهدف من هذا الاجراء هو الرغبة في أن يسيطر على الشركة مساهمين من داخل الشركة بالنظر لإخلاصهم في خدمتها، والثقة بعدم إضرارهم بها، وبالتالي المشرع الفرنسي لجأ إلى فكرة الاعتبار الشخصي وفقاً لما تقتضيه مصلحة الشركة، وهو نص لا نجد شبيهه لدى المشرع الجزائري.

¹ Article L225-138

"Modifié par Ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 - art. 3

I. L'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut la réserver à une ou plusieurs personnes nommément désignées ou catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées. A cette fin, elle peut supprimer le droit préférentiel de souscription. Les personnes nommément désignées bénéficiaires de cette disposition ne peuvent prendre part au vote. Le quorum et la majorité requis sont calculés après déduction des actions qu'elles possèdent. La procédure prévue aux articles L. 225-147 et L. 22-10-53 n'est pas applicable.

Lorsque l'assemblée générale extraordinaire supprime le droit préférentiel de souscription en faveur d'une ou plusieurs catégories de personnes répondant à des caractéristiques qu'elle fixe, elle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire le soin d'arrêter la liste des bénéficiaires au sein de cette ou de ces catégories et le nombre de titres à attribuer à chacun d'eux, dans les limites des plafonds prévus au premier alinéa de l'article L. 225-129-2. Lorsqu'il fait usage de cette délégation, le conseil d'administration ou le directoire établit un rapport complémentaire à la prochaine assemblée générale ordinaire, certifié par le commissaire aux comptes, s'il en existe, décrivant les conditions définitives de l'opération. "...

ثانيا: كيفية ممارسة الحق التفاضلي في الاكتتاب.

في هذا العنصر نستعرض شروط ممارسة الحق التفاضلي، ومن يحق له ممارسته.

1- شروط ممارسة الحق التفاضلي:

تقدم بأن الحق التفاضلي في الاكتتاب في الأسهم الجديدة لا يثبت للمساهم في جميع حالات زيادة رأس المال، بل هو مقرر عندما تتم الزيادة بإصدار أسهم نقدية لتحقيق هذه العملية فقط، وهذا ما صرحت به المادة 694 / 2 ق.ت.ج.: "للمساهمين بنسبة قيمة أسهمهم، حق الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم النقدية الصادرة لتحقيق زيادة رأس المال". وتقابلها في القانون الفرنسي المادة 132- L225¹، ومن ثم وبالمفهوم المخالفة لهذه الفقرة فإن هذا الحق لا يتقرر إذا تمت الزيادة بإصدار أسهم عينية أو بإدماج الاحتياطي في رأس المال أو بتحويل السندات بامتيازات أو بدونها إلى أسهم، والسبب في ذلك أنه في الطريقة الأولى تكون أسهم زيادة رأس المال الموجهة لفائدة مالك المال العيني الذي تهدف الشركة إلى الحصول عليه من خلال هذه العملية، وأما الثانية فهي لا تعتبر اكتتاب جديد، وإنما هي عبارة عن عملية زيادة رأس المال بأسلوبين، الأولى تتمثل في زيادة القيمة الاسمية للأسهم القديمة، والثانية عن طريق إصدار أسهم جديدة مجانية توزع على المساهمين بنسبة ما يملكه كل واحد منهم من أسهم، أما الطريقة الثالثة فإن أسهم الزيادة تكون موجهة لفائدة الدائنين ويهدف سدادها².

يخصص الحق التفاضلي في الاكتتاب للأسهم التي حررت بالكامل ذلك انه وفي الأصل لا يمكن للشركة الإقدام على الزيادة النقدية إلا إذا تم تسديد رأس المال بكامله³، وهذا شرط بديهي

¹ Article L225- 123

"Les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital. Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. "...

² بن قادة محمود أمين، الآليات القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال الاحتياطية دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون

الفرنسي، مجلة مركز حكم القانون ومكافحة الفساد، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، 2019، ص3، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://www.qscience.com/content/journals/10.5339/rolacc.2019.10>

³ المادة 1/693 ق.ت.ج.

لأن المنطق القانوني يفرض على الشركة استيفاء ما تبقى من القيمة الإسمية للأسهم الممثلة لرأس المال قبل أن تسعى إلى زيادته¹.

إضافة إلى ذلك اشترط التشريع الجزائري أن يتخذ القرار بالزيادة من طرف الجمعية العامة غير العادية² لأن هذه العملية من شأنها أن تؤدي إلى تعديل القانون الأساسي للشركة، والحكم ذاته قرره المشرع الفرنسي في المادة³ 129-225 L.

هذا وينبغي ألا يقل الأجل الممنوح للمساهمين لممارسة الحق التفاضلي في الاكتتاب عن ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ افتتاح الاكتتاب⁴ وذلك تحت طائلة متابعة كل مخالف بعقوبات جزائية تكمن في الغرامة⁵، ويجوز إقفال الأجل في حالة ممارسة جميع حقوق الاكتتاب غير القابلة للتخفيض⁶، وهو ما يعني أن حق الأفضلية في الاكتتاب على أسهم الزيادة مقيدا بمعيار زمني يتعين على المساهمين مراعاته والتقيد به وحسم أمرهم في الشراء، وعلى إثره يترتب سقوط حق المساهم المتأخر في أفضلية الشراء في الأسهم⁷.

تجدر الإشارة في الصدد إلى أن المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم (24 du 2004-604 n° juin 2004) السابق الذكر قد حدد المدة الزمنية التي يمارس خلالها حق الاكتتاب وحصرها في خمسة (5) أيام على الأقل ابتداء من افتتاح الاكتتاب، والتي يمكن قفلها مسبقا إذا ما مورست

¹ Philippe Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10ème éd, 2005, n°556, p. 605 « *La société doit d'abord réclamer à ses actionnaires la libération des actions qu'ils avaient souscrites lors de la constitution de la société...ce n'est qu'ensuite qu'elle pourra lancer une nouvelle opération* »

² المادة 691 ق.ت. ج.

³ Article L225-129

"L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, une augmentation de capital immédiate ou à terme. Elle peut déléguer cette compétence au conseil d'administration ou au directoire dans les conditions fixées à l'article L. 225-129-2."

⁴ المادة 702 ق.ت. ج.

⁵ المادة 2/823 ق.ت. ج.

⁶ المادة 702 ق.ت. ج.

⁷ على طلال هادي، مرجع سابق، ص 252.

جميع حقوق الاكتتاب غير القابلة للتخفيض كشرط أول K وكشرط ثاني إذا ما تحققت زيادة رأس المال بالكامل بعد التنازل الانفرادي للمساهمين عن حق التفاضل في حالة عدم الاكتتاب¹.

ويتوجب إعلام المساهمين عن إصدار الأسهم الجديدة وكيفية إصدارها عن طريق إعلان، فلا لابد من احترام إجراءات الإشهار عند بداية الاكتتاب طبقاً للمادة 703 ق. ت، والتي من المفروض أن تحتوي على بعض البيانات من بينها ضرورة وجود الحق التفاضلي في الاكتتاب في الأسهم الجديدة لصالح المساهمين وشروط ممارسة هذا الحق.

2- صاحب الحق في ممارسة الحق التفاضلي في الاكتتاب:

يجوز للمساهم أو من ينوب عنه ممارسة الحق التفاضلي، ويمنح الحق التفاضلي في الاكتتاب في الأسهم لجميع المساهمين القدامى إعمالاً لمبدأ المساواة بين المساهمين، فلا يجوز قصره على البعض منهم فقط، حيث يكون لكل مساهم أن يكتتب في الأسهم النقدية الصادرة بالتناسب مع ما يملكه من الأسهم القديمة².

على أنه إذا كانت الأسهم مرهونة بحق الانتفاع لشخص آخر فإن المادة 701 ق. ت قررت ترك الأمر لاتفاق الأطراف، فإذا لم يكن هنالك اتفاق، يتم إرجاع الحق التفاضلي في الاكتتاب إلى صاحب السهم أي لمالك الرقبة يرجع الحق التفاضلي المتعلق بها لمالك الرقبة، على أنه إذا ما باع هذا الأخير حقوقه فإن المبالغ الناتجة عن الإحالة أو الأموال المكتسبة بفضل هذه المبالغ تخضع لحق الانتفاع. إلا أنه وفي حالة إهمال مالك الرقبة ممارسة حقه فإن لمالك حق الانتفاع أن ينوب عنه للاكتتاب بالأسهم الجديدة أو لبيع الحقوق.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي، رغم سماحه لمالك حق الانتفاع الحلول محل مالك الرقبة إلا أنه لم يبين الأجل الذي يتوجب عليه احترامه قبل ممارسة هذا الحق، ذلك أن المشرع الفرنسي اعتبر مالك الرقبة مهملًا تجاه المنتفع، وذلك إذا لم يقوم

¹ V. Article L225-141

² المادة 694 / 2 ق. ت. ج.

بالاكتتاب بالأسهم الجديدة أو بيع حقوق الاكتتاب خلال أجل ثمانية (8) أيام قبل انقضاء أجل الاكتتاب المخول للمساهمين¹.

أما بالنسبة للأسهم المملوكة على الشيوع فإن المشرع لم يحدد لمن يعود ممارسة الحق التفاضلي في الاكتتاب، والرأي السائد في هذا الإطار هو أن للمالكين على الشيوع التصرف بواسطة واحد منهم أو من قبل وكيل وحيد²

وعن قيمة الحق التفاضلي في الاكتتاب فإنها يجب أن تكون مساوية على الأقل من الناحية النظرية للخسارة التي تتكبدها الأسهم القديمة بفعل زيادة رأس المال، بمعنى الفرق بين القيمة الأصلية للأسهم قبل وبعد زيادة رأس المال، لكن تحديدها النهائي قد يتم وفق معايير أخرى كقانون السوق بالنسبة للشركات المسعرة في البورصة، علاوة عن التطلعات المستقبلية لتطور الشركة التي تؤثر بشكل كبير على تقدير السندات والحقوق المرتبطة بها، أي أن الأمر يستوجب ببساطة مراعاة انخفاض قيمة الأسهم القديمة، رأس المال السابق، الاحتياطي ومقدار الزيادة في رأس المال مع علاوة الإصدار³.

الفرع الثاني

التنازل عن الحق التفاضلي في الاكتتاب والغاؤه

باعتبار أن حق الأفضلية هو من الحقوق المالية للمساهم فهولا يعد ملزما بممارسته ، بل هو متروك لإرادة الحرة، أي أنه لا يجوز لأي هيئة داخل الشركة أن تجبره على ممارسته ومن ثم يحق له التنازل عنه بعدم استعماله (أولا) لأنه يترتب عنه زيادة في التزاماته، كما أن الطابع الأمر للحق التفاضلي في الاكتتاب يستلزم عدم استبعاده أو التنازل عنه بصفة عامة وتعسفية بموجب

¹ Art. R.225-123C. www.legifrance.gouv.fr.

² ميراوي فوزية، الحق التفاضلي في الاكتتاب لزيادة رأس المال نقدا في شركة المساهمة، مجلة القانون الدولي والتنمية، مجلد 9 العدد 02، 2021، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، جامعة محمد بن باديس مستغانم، الجزائر، ص 363.

³ المرجع نفسه، ص 364.

قرار أو شرط مدرج في القانون الأساسي، غير أنه وكاستثناء منح المشرع الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي للجمعية العامة غير العادية الحق في إلغائه إذا اقتضت مصلحة الشركة ذلك (ثانياً).

أولاً: التنازل الارادي عن الحق الأفضلية في الاكتتاب.

يعتبر حق الأفضلية ذو طبيعة مالية تجعله قابلاً للتداول بصفة جزئية أو كلية طيلة فترة الاكتتاب في أسهم الزيادة، على أنه في المقابل لا يعد المساهم ملزماً بممارسته، حيث يمكنه التنازل عنه بصفة انفرادية واردة، ولعل هدف المشرع من منح المساهم حق التنازل بصفة فردية، هي الإسراع في تحقيق عملية الزيادة فلا يكون امتناعه عن ممارسة هذا الحق عائقاً لمنع دخول مساهمين جدد إلى الشركة، و يعد كل قرار صادر عن الجمعية العامة غير العادية بإجبار المساهم على ممارسة هذا الحق باطلاً بشكل مطلق، لأن مثل هذا القرار ينطوي على زيادة في التزاماته وهو مما لا يجوز قانوناً¹، على أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الحكم، أنه لو ينص على كيفية ممارسة حق التنازل، بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على ضرورة أن يقوم المتنازل بإعلام الشركة بموجب رسالة موصى عليها، وكما يمكن للمساهم التنازل عن حقه في الأفضلية، فإنه يجوز له أيضاً لم يتنازل عنه أن يتداوله خلال فترة الاكتتاب، هذا ما نصت عليه المادة 694/3 و 4 من القانون التجاري الجزائري باعتبار أن حق الأفضلية في الاكتتاب له طبيعة مالية.

الجدير بالذكر أنه إذا كانت الشركة قد أصدرت سندات استحقاق قابلة للتحويل إلى أسهم، ورخصت الجمعية العامة لتحويل هذه السندات إلى أسهم، فإن هذا الترخيص يعد تنازلاً صريحاً من المساهمين عن حقهم في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم التي ستصدرها الشركة مقابل هذه السندات²، والحكم نفسه يمكن اعتماده بالنسبة للديون العادية، أي إنه إذا قررت الشركة سداد الديون التي عليها بموافقة الدائنين، بإجراء المقاصة مع أسهم زيادة رأس المال التي

¹ المادة 694/5 ق. ت. ج.

² المادة 715 مكرر 18/1 ق. ت. ج.

ستصدرها، فإن قرار الجمعية العامة غير العادية التي تقرر هذا الموقف في مقام تنازل المساهمين عن حقهم في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم لفائدة هؤلاء الدائنين¹.

ثانياً: إلغاء الحق التفاضلي في الاكتتاب.

قد تقتضي مصلحة الشركة إلغاء الحق التفاضلي في الاكتتاب للأسهم بغية التقليل من حجم مديونيتها، فتشرع في تحويل السندات إلى أسهم أو بهدف جلب مساهمين جدد ذوي ذمم مالية عامرة من شأنها أن تساعد الشركة على تنمية مشروعها التي أنشئت لأجله، الأمر الذي يتطلب توضيح المساهمين القدامى بالحق في الأفضلية الممنوح لهم قانوناً² ليس هذا فحسب، بل نجد هذه الوضعية كذلك لاشتراط مقدم عيني زيادة رأس المال نقداً على أن تكون مخصصة له، أو لحاجة الشركة للدعم المالي لشركة أخرى.

وتجدر الإشارة أنه يعتبر قرار الإلغاء بالضرورة إلزامياً في كل مرة تتجسد فيها الزيادة باللجوء العلني للدخار³، على أنه ولتوفير الحماية لحقوق المساهمين القدامى فإنه اتخذت بعض الاحتياطات، فعلى اعتبار أن الجمعية العامة غير العادية المؤهلة لتقرير أو لترخيص الزيادة هي التي لها أن تتخذ قرار الإلغاء، يشترط أن تفصل في ذلك تحت طائلة بطلان بالمداولة بناء على تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين بحسب الحالة علاوة عن تقرير محافظ الحسابات⁴، وبناء على هذه التقارير تفصل الجمعية العامة غير العادية في قرار الإلغاء وفق شروط النصاب القانوني والأغلبية المتطلبة التي جاءت بها المادة 674ق. ت⁵، وذلك من أجل تقرير ما إذا كان هذا الإجراء لصالح الشركة أم لا.

¹ بن قادة محمود أمين، مرجع سابق، ص 3.

² حميدة نادية، مرجع سابق، ص 256.

³ المادتان 698 و 699ق. ت. ج.

⁴ يتوجب تبليغ المساهمين ووضع تحت تصرفهم كل من تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين فضلاً عن تقرير محافظ الحسابات، على أن حق الاطلاع عليها يرجع لكل واحد من المالكين للسهم المشاعة ومالك الرقبة والمنتفع بالأسهم. أنظر المادتين 678 و 682ق. ت. ج.

⁵ نصت المادة 2/674ق. ت على أنه "ولا تصح مداولاتها إلا إذا كان عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين يملكون النصف على الأقل من الأسهم في الدعوة الأولى وعلى ربع الأسهم ذات الحق في التصويت أثناء الدعوة الثانية، فإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير، جاز تأجيل اجتماع الجمعية الثانية إلى شهرين مع بقاء النصاب المطلوب هو الربع دائماً.

ونجد ان المشرع الفرنسي قد تبنى نفس القاعدة إلا أنه أضاف على خلاف نظيره الجزائري بأن الإلغاء يمكن أن يشمل عملية زيادة رأس المال ككل أو يمكن أن يقتصر على واحدة أو عدة دفعات من هذه الزيادة¹، كما اشترط على ضرورة أن يتضمن التقرير الذي يعده كل من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، المقدار الأقصى وأسباب زيادة رأس المال المقترحة، زيادة عن أسباب اقتراح إلغاء الحق التفاضلي في الاكتتاب².

المطلب الثاني

فرض علاوة الإصدار

تقدم إنه يمكن للمساهمين القدامى التنازل عن حقهم في ممارسة الأفضلية في الاكتتاب بأسهم الزيادة النقدية، كما يمكن للشركة ان تقرر إلغاء هذا الحق وفقا لما تقتضيه مصلحة الشركة، وهذه الامكانية يترتب عليها انضمام مساهمين جدد يكون لهم الحق في الاحتياطات التي سبق أن كونتها الشركة ولم يشاركوا فيها، وهي في الحقيقة أرباح المساهمين القدامى التي لم يتم توزيعها عليهم وإنما اقتطعت لتكوين هذه الاحتياطات، وهذا من شأنه المساس بمبدأ المساواة المساهمين.

لأجل ذلك فرض المشرع على المساهمين الجدد دفع علاوة الإصدار، وبالتالي هذا الحكم مفروض عليهم كاستثناء لتمكينهم من الانضمام إلى الشركة واكتساب صفة المساهم في شركة المساهمة، ومن ثم تمتعهم بجميع الحقوق المعترف بها للمساهم، وذلك من أجل حماية حق

وتبت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها، على انه لا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا ما أجريت العملية عن طريق الاقتراع"

¹ Art L.225-135

"portant création, au sein du code de commerce, d'un chapitre relatif aux Sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé où Sur un système multilatéral de négociation "

Modifié par ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020-art.3.

² Art. R. 225-114

"Portant création, au sein du code de commerce, d'un chapitre relatif aux sociétés Dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un Système multilatéral de négociation "

Modifié par décret n°2020-1742 du 29 décembre 2020-art.5.

المساهمين القدامى في الأموال الاحتياطية، ولعل هذا الشرط يضعنا أمام دور آخر للاعتبار الشخصي من وجهة نظر أخرى، هذه المرة لصالح المساهمين الجدد كشرط لاكتسابهم صفة المساهم.

والمشعر الجزائري لم يقيم بتعريف علاوة الإصدار شأنه في ذلك شأن التشريعات المقارنة واكتفى بالنص عليها في المادة 690 ق. ت¹، لذلك تولى الفقه مهمة تحديد مفهومها من خلال تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية (الفرع الأول) وكيفية تحديدها وشروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف علاوة الإصدار وتحديد طبيعتها القانونية

سنتطرق إلى تعريفها (أولاً)، ثم إلى طبيعتها القانونية التي كانت محل اختلاف بين الفقهاء (ثانياً).

أولاً: تعريف علاوة الإصدار.

لم يعرف المشعر الجزائري علاوة الإصدار شأنه في ذلك شأن بقية القوانين المقارنة، واكتفى بالنص عليها في المادة 690 ق. ت بقوله "تصدر الأسهم الجديدة إما بقيمتها الاسمية وإما بتلك القيمة مع زيادة علاوة الإصدار".

أما الفقهاء فقد وضعوا تعريفات مختلفة لعلاوة الإصدار، فمنهم من عرفها بأنها القيمة الإضافية التي تضاف للقيمة الاسمية للسهم² ومنهم من عرفها بأنها المبلغ الذي تطلبه شركة المساهمة زيادة على القيمة الاسمية للسهم عند زيادة رأس المال أي الفرق بين القيمة الاسمية للسهم الجديد وقيمة إصدار³

¹ وتقابلها في القانون التجاري الفرنسي المادة 128-1225.

² رحيم عبيد عطية، علاوة الإصدار (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، العدد الأول، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2012، ص 112.

³ نادية فوضيل، مرجع سابق، ص 306.

أما الفقه الفرنسي فقد اعتبر أن علاوة الإصدار ما هي إلا مقدمات إضافية apport supplémentaire تفرض على المساهمين الجدد لتمكينهم من الانضمام إلى الشركة واكتساب صفة المساهم في شركة المساهمة، ومن ثم تمتعهم بجميع الحقوق المعترف بها للمساهم¹. والاصل أن الزيادة بإضافة القيمة الاسمية للسهم لا يمكن أن تتحقق بوجه عام إلا بقبول المساهمين بالإجماع، وفقا لما جاء في المادة 689 ق. ت التي تنص "لا تتحقق الزيادة بإضافة القيمة الاسمية للسهم إلا بقبول المساهمين بالإجماع، ما عدا إذا تحقق ذلك بإلحاق الاحتياط أو الأرباح أو علاوات الإصدار".

والحقيقة أن هذا النص مبرر بالمنطق إذ لا يمكن زيادة رأس مال الشركة بزيادة القيمة الاسمية للسهم إلا بإجماع جميع المساهمين، وهو انعكاس آخر لدور الاعتبار الشخصي في عملية زيادة رأس المال، وهذا الأصل استثنى منه الزيادة بإلحاق الاحتياط أو الأرباح أو عن طريق علاوات الإصدار.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعلاوة الإصدار.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعلاوة الإصدار، فذهب رأي إلى القول إن علاوة الإصدار تعتبر ربحا، تتحصل عليه الشركة بمناسبة زيادة رأسمالها على اعتبار أنها تزيد في ثروة الشركاء وهو ما يطابق مفهوم الربح:

« ... La justification de cette disposition d'une portée très générale réside dans l'enrichissement que ces sommes procurent aux patrimoines privés qu'elles viennent augmenter »²

إضافة إلى كونها احتياطات تتكون من الرصيد الناشئ عن المقارنة بين القيمة الصافية للإصدار والقيمة الإسمية الأدنى. فضلا على أنها تنازلا من المساهمين القدامى عن جزء من حقوقهم

¹ Deen Gibirila. *Droit des sociétés*, Ellipses, 2008, 3e éd, p. 80, n° 145 « La fusion absorption dénommée quelquefois fusion annexion...L'opération se traduit pour la société absorbante par une augmentation du capital issue de l'apport du patrimoine de la ou des sociétés absorbées. Ces dernières sont dissoutes sans liquidation et à la suite d'un échange de droits sociaux »

² حميدة نادية، مرجع سابق، ص 86.

المالية لفائدة المساهمين الجدد من بينها الحق في الأموال الاحتياطية التي تم ادخالها من الأرباح بعد القيام بالاقتطاعات المفروضة قانوناً، لذا تتخذ علاوة الإصدار نفس الطبيعة القانونية للأرباح والاحتياطيات¹.

غير أن هذا الرأي مردود عليه، بأنه ليس من الضروري أن تكون الاحتياطيات المكونة من قبيل الأرباح المتراكمة أو المجموعة، والدليل على ذلك الاحتياطيات الناشئة عن زيادة أصول الشركة بسبب التضخم وانخفاض قيمة النقود، فهذه الزيادة لا تمثل أرباحاً مع أنها تمثل العناصر المالية للشركة. كما أن الميزة الأساسية للأموال الاحتياطية هي أنها تشكل فائضاً لرأس المال، لذا فهذه القيمة قابلة للاستعمال والتصرف فيها توضع في حسابات الشركة لاستعمالها وفق احتياجاتها وعليه، لا يمكن ربط المبلغ لإضافي عن القيمة الإسمية للسهم بالأرباح أو بالأموال الاحتياطية، فلكل منهم طبيعته الخاصة².

إلا أن الرأي الراجح الذي اتفق عليه هو أن علاوة الإصدار ما هي إلا "مقدمات" إضافية تفرض على المساهمين الجدد لتمكينهم من اكتساب صفة الشريك في شركة المساهمة، ومن ثم تمتعهم بجميع الحقوق المعترف بها للمساهم، وتسجل في الخصوم الداخلية باعتبار أن جميع الشركاء يستفيدون منها³، ولجوء الشركة إلى فرض علاوة الإصدار يكون لعدة أسباب لعل أهمها:

-تحقيق التوازن بين المساهم القديم والمساهم الجديد بالأخص في الأموال الاحتياطية التي نتجت عن اقتطاع نسبة من أرباح المساهمين القدامى، ودخول المساهم الجديد للشركة يجعله يشارك في أموال لم يشارك في إنتاجها، من هنا كان لابد من تحقيق الانصاف والعدل بينهم من خلال فرض علاوة الإصدار إذا لم يمارسوا حقهم في الأفضلية.

¹ حميدة نادية، مرجع سابق، ص 87.

² المرجع نفسه، ص 88.

³ G. RIPERT et R. ROBLOT, Op Cit, p.620. V. aussi. Com, 9 juillet 1952, J. C. P. éd. G. 1953, P. 7742 : ((... La prime d'émission n'est ni un bénéfice ni une réserve, mais un supplement d'apport laissé à libre disposition de la société))

-مكانة الشركة المالية فمتى كانت الشركة ناجحة وذات مكانة مالية عالية، تفرض على الراغبين في الانضمام إليها والمشاركة في أرباحها مقابلاً لذلك¹.

الفرع الثاني

تحديد علاوة الإصدار وشروطها

سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد علاوة الإصدار (أولاً) ثم إلى شروطها (ثانياً).

أولاً: تحديد علاوة الإصدار.

استقر رأي أنه ووفقاً للمنطق فإن الهيئة التي تملك صلاحية تقرير زيادة رأس المال هي وحدها التي تملك صلاحية تحديد المبلغ الإضافي عن القيمة الإسمية المحددة في القانون الأساسي والتي هي حسب القانون الجزائري الجمعية العامة غير العادية، وبالتالي وتبعاً لذلك فإن تحديد قيمة علاوة الإصدار يتم من قبل الهيئة التي تملك سلطة اتخاذ قرار عملية زيادة رأس المال وهي الجمعية العامة غير العادية، على أن يتم ذلك تحت رقابة مندوب الحسابات الذي كلف بالتحقق من مدى احترام مبدأ المساواة بين المساهمين زيادة على الرقابة التي تفرضها على الشركات المسعرة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبته².

ثانياً: شروط علاوة الإصدار.

تقوم علاوة الإصدار على الشروط التالية:

-أن تكون ذات قيمة مالية فيمكن للمساهم الجديد أن يدفع قيمتها بتقديم مزايا نقدية أو تقديم مزايا عينية³.

¹ رحيم عبيد عطية، مرجع سابق، ص 114.

² لجنة ضبط عمليات البورصة ومراقبتها هي سلطة ضبط مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تأسست بموجب المرسوم التشريعي -السابق الذكر- رقم 93-10 المؤرخ في 23 من ماي 1993 المعدل والمتمم والمتعلق ببورصة القيم المنقولة.

³ رحيم عبيد عطية، مرجع سابق، ص 115.

- تفرض علاوة الإصدار في حالة واحدة، بمعنى لا يمكن للشركة إصدارها متى شاءت، وإنما حدها المشرع بوضعيات قانونية معينة، تمثلت عند أولا عند زيادة رأس مال الشركة وثانيا أن تكون الزيادة عن طريق إصدار أسهم جديدة.

- عند وضع قيمة علاوة الإصدار يجب مراعاة عدّة معطيات أهمها المبلغ الموضوع في الاحتياطات إضافة إلى الأبعاد المستقبلية لنشاط الشركة، ومن ثم لا يمكنها تحديد مبلغ أقل من القيمة الحقيقية للسهم، أو المبالغة في ذلك، ويقابل هذا القول أيضا ضرورة أن تكون علاوة الإصدار جديدة وغير صورية، ويتم حساب هذه العلاوة على أساس الفرق بين قيمة السهم قبل عملية زيادة رأس المال وقيمتها بعد الزيادة وتبسيطا لذلك يمكن للشركة تقدير المبلغ الذي تتكون من علاوة الإصدار بتقسيم مبلغ الاحتياطات على عدد الأسهم المكونة لرأس المال قبل تحقيق الزيادة¹.

¹ حميدة نادية، مرجع سابق، ص 89.

المبحث الثاني

اتفاقات المساهمين المقيدة لمبدأ تداول الأسهم

يعتبر حق المساهم في شركة المساهمة في تداول أسهمه من الحقوق المتعلقة بالنظام العام والتي لا يمكن حرمانه منه، فهو حق يجسد الحرية الحقيقية للمساهم في الانضمام للشركة أو الانسحاب منها متى قضت مصلحته ذلك، غير أنه وبالرغم من الأهمية البالغة لمبدأ حرية تداول الأسهم الذي يتفق و الاعتبار المالي لشركات المساهمة، فإنه قد يؤدي إلى إهدار اعتبارات عملية بحتة تقتضيها مصلحة الشركة، وذلك بسبب انحصار اهتمام المساهمين بربحية المشروع والمضاربة على الأسهم عن طريق تداولها، وبالتالي تخليهم عن ممارسة حق الرقابة على أعمال التسيير نتيجة ضعف اهتمامهم بمصالح الشركة وهو ما يؤدي إلى سيطرة أقلية المساهمين على الشركة وتوجيهها بما يخدم مصالحهم، ما ينتج عنه في النهاية الاضرار بالشركة وبالمساهمين عموماً.

ولعل ذلك يعتبر من الدوافع وراء تقييد المشرع لمبدأ حرية تداول الأسهم بمجموعة من القيود، سواء تلك التي نص عليها في القانون التجاري، أو التي ترك فيها الحرية للمساهمين من أجل تنظيمها في القانون الأساسي أو الاتفاق عليها فيما بينهم ضمن اتفاقات المساهمين للحفاظ على مصلحة الشركة أو المساهمين على حد سواء، هذه الأخيرة التي أصرّح على تسميتها بالقيود الاتفاقية على مبدأ حرية تداول الأسهم، وهي قيود أوجدت مكاناً واضحاً للاعتبار الشخصي في شركة المساهمة بتركها مجالاً لإرادة المساهمين للاتفاق على وضع قيوداً على هذا المبدأ.

غير أنه لا يمكن أن نتناول هذه القيود الاتفاقية (المطلب الثاني) كمظهر من مظاهر الاعتبار الشخصي الواردة في الأحكام المتعلقة برأس المال دون أن نتطرق لاتفاقات المساهمين التي أوجدت هذه القيود، والتي تعتبر بدورها إحدى أهم مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة (المطلب الأول).

المطلب الأول

اتفاقات المساهمين

إن الاتفاقيات التي يبرمها المساهمون في شركة المساهمة هي عقود بالمعنى القانوني للعقود¹، تعبر وبشكل واضح على الحرية التعاقدية في شركة المساهمة التي فرضها واقع الشركات العملي أو الممارسين الفعليين² الذين يلتمسون وراء إبرامها وفي حدود معينة إلى تفادي التطبيق الصارم وعدم مرونة لأحكام القانونية المنظمة لشركة المساهمة³، وبالتالي فهي تعتبر إحدى أهم مظاهر الاعتبار الشخصي فيها.

وبشكل عام يدلّ عنصر الاعتبار الشخصي اتفاقات المبرمة بين المساهمين على أن اعتبار أحد الأطراف هو الدافع إلى التعاقد وهو الذي تحدد بموجبه رضا الطرف الآخر أو الأطراف الآخرين، ذلك أن شخصية المساهمين ضرورية لتكوين الرضى إلى جانب العناصر الموضوعية الأخرى العامة والخاصة المتطلبة عند إبرام الاتفاقية والتي تؤثر على وجودها وصحتها.

وحتى نتعرف على دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة اتفاقات المساهمين (الفرع الثاني)، لابد من التطرق أولاً إلى مفهوم هذه الاتفاقيات (الفرع الأول).

الفرع الأول

مفهوم اتفاقيات المساهمين

لتحديد مفهوم اتفاقيات المساهمين سنتطرق إلى تعريفها (أولاً) ثم إلى أنواعها (ثانياً).

¹ غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 125

² أقر القضاء الفرنسي بصحة اتفاقيات المساهمين في عدة أحكام على أساس مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، نذكر منها على سبيل المثال الحكم الصادر سنة 1996:

Cass. com. 13 février 1996, n° 93-21.140 12.225-94 www.legifrance.gouv.fr

³ Caroline Leroy. *Op cit*, p05.

أولاً: تعريف اتفاقات المساهمين.

دفعت أهمية الشركات التجارية عموماً بالنسبة للاقتصاد الوطني إلى الاهتمام بإطارها القانوني من أجل ضمان فعاليتها واستقرارها ، ومن هذا الجانب بدت الحاجة ملحة لتثبيت القواعد الداخلية المنظمة للشركة كتلك التي تعنى بتنظيم علاقة الشركاء فيما بينهم، وإن كان القانون الأساسي للشركة يعد أهم مصدر للقواعد المنظمة لهذه العلاقات¹، بيد أن الواقع العملي للشركات عموماً وشركة المساهمة خصوصاً يظهر في كثير من الأحيان قصور القانون الأساسي وعجزه عن الالمام بكل التفاصيل بسبب أنه يقتصر في قواعده على المبادئ الرئيسية للشركة ولا يتطرق إلى التفاصيل، بالإضافة إلى أن المشرع قد وضع تقنيته دقيقتاً وصارماً لتنظيم الشركات ولم يترك للإرادة الشركاء إلا مجالاً محدوداً، هذه الدقة والصرامة وإن كان الهدف منها تحصين شركات المساهمة إلا أنها أضفت عليه نوعاً من الجمود بالأخص مع ما يشهده عالم الأعمال من تطور تكنولوجي متسارع وسباق تجاري واقتصادي².

لذلك فبين نظام قاصر وقانون جامد لجأ المساهمون لإبرام اتفاقات المساهمين التي أصبحت في العالم الغربي سيما الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا³ جزءاً لا يتجزأ من واقع الشركات وضرورة لا يمكن التخلي عنها في العلاقات بين المساهمين، ليكون لها دوراً فعالاً في تخفيف حدة الروتين الذي يعاني منه التقنين التجاري⁴.

يذهب جانب من الفقه الفرنسي⁵ إلى أن القيود الاتفاقية التي يتفق المساهمين على وضعها تقرب شركة المساهمة من شركات الأشخاص على اعتبار أن بعض القيود ترمي إلى المحافظة على درجة معينة من الاعتبار الشخصي، وذلك بسبب ترك المشرع المجال واسعاً لإرادة المساهمين عن

¹ بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 123.

² غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 11.

³ يرى الفقهاء الفرنسيون أن المحرك الفعلي في ظهور اتفاقات المساهمين في فرنسا هو دخول المتعاملين الأنجلوسكسون في نشاط الشركات التجارية في فرنسا، بحكم تعودهم على تحرير العقود وعدم اكتفائهم بالنص القانوني، ما دفع الشركات الفرنسية إلى الميل إلى تحرير العقود لتتفاعل مع مقتضيات المنافسة العالمية ولإضفاء نوع من المرونة على قانون الشركات أنظر:

Sophie SCHILLER, Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Rep sociétés, Dalloz, 2009, p4.

⁴ بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 124.

⁵ *Paul Didier-Philippe Didier, Op Cit, p536, n°665.*

طريق تضمين الاتفاقيات المبرمة بينهم قيوداً على حرية تداول الأسهم يكون الغرض منها الحد من حق التصرف بالأسهم من طرف المساهمين إلى غيرهم لاعتبارات مختلفة¹.

عرّف الفقه الفرنسي اتفاقات المساهمين بأنها جميع الاتفاقيات التي تبرم بين اثنان أو أكثر من المساهمين خارج النظام القانوني للشركة، يهدفون من خلالها إلى تنظيم العلاقات الفردية بينهم وفيما بينهم وبين الشركة، بالأخص تلك المتعلقة بإدارة والتسيير والمتعلقة برأس المال الشركة²، أو أنها عبارة عن وثائق عقدية تعتبر من الناحية القانونية عقوداً شخصية ومكتوبة ومحددة المدة، تعقد بين مجموعة من المساهمين تجمع بينهم ميزة واحدة بهدف تنظيم عدة مسائل تخصهم في الشركة³.

كما عرّفت بأنها اتفاقية تبرم بين المساهمين خارج نطاق القانون، بغرض تنظيم العلاقات بينهم وبين الشركة وحماية مصالحهم داخلها وتعزيزه، وتكون مكملة للعقد التأسيسي للشركة⁴.

واعتبر آخرون أن اتفاقات المساهمين ما هي إلا وثائق عقدية تعتبر من الناحية القانونية عقوداً شخصية ومكتوبة ومحددة المدة، وذلك لأنها تعقد بين مساهمين أو أكثر يشتركون في ميزة واحدة، بهدف تنظيم عدة مسائل في الشركة مثل ممارسة حق الأفضلية الممنوح للموقعين في حالة الأسهم المقترحة تحويل⁵، وهي بهذا الشكل خاضعة لإرادتهم الحرة تعبر غالباً عن التقسيمات الفئوية الموجودة بين المساهمين في شركة المساهمة بهدف تعزيز وضعيتهم داخلها والمحافظة على

¹ عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 109.

² Y. Guyon, *Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, Op Cit, n°198.

³ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p397, n°1623.

⁴ Caroline Leroy. Op Cit, p19.

⁵ *Convention réunissant les principaux actionnaires d'une société et visant à créer à leur profit un certain nombre de prérogatives ne résultant pas de l'application de la législation des sociétés, comme par exemple l'exercice d'un droit de préférence accordé aux signataires en cas de projet de cession d'actions. Fiches d'orientation Pacte d'actionnaires - Août 2022, www.dalloz.fr/documentation*

مصالحهم فيها¹، كما أنها تعدّ من أبرز الوسائل التي تسعى بواسطتها أقلية المساهمين إلى تدعيم وحماية حقوقهم أمام تعسف الأغلبية².

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استخلاص خصائص اتفاقات المساهمين والفرق بينها وبين القانون الأساسي للشركة.

1- خصائص اتفاقات المساهمين:

من خلال التعاريف السابقة يظهر لنا:

- أن اتفاقات المساهمين هي وثائق عقدية تعتبر من الناحية القانونية عقوداً عرفية لأنه لا يشترط فيه شكلية معينة، وبالتالي فهي تخضع للقانون المدني إلى جانب القوانين الأخرى المتعلقة بالشركات التجارية³.

- أنها تضمّ قواعد قانونية مكملّة للقانون الأساسي للشركة لذا فالموضوعات التي تنظمها هذه الاتفاقيات عديدة ومتنوعة وهو ما يصعب حصرها وتعدادها⁴.

- أنها تبرم بعيداً عن العقد التأسيسي للشركة وهو ما دفع الفقهاء على اعتبارها اتفاقات غير تأسيسية أو غير نظامية للدلالة على أنها لا تدرج في القوانين الأساسية ومستقلة عنها استقلالاً مادياً وليس موضوعياً⁵.

- أنها ذات طابع سري لأنه لا يتم نشرها خلافاً للقانون الأساسي للشركة، لذلك يعتبرها بعض الفقهاء بأنها غير قانونية وغير مشروعة⁶.

¹ بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 117.

² لقد منح القانون للأغلبية امتياز ممارسة السلطة داخل الشركة بفرضها للقرار المتخذ من قبلهم على جميع المساهمين بمن فيهم المتغيبين على مداولات الجمعية العامة، إلا أن التسليم بسلطة الأغلبية يجب ألا يترتب عنه تجاهل مصالح الأقلية، لأجل ذلك جرت العادة عند أغلبية التشريعات السماح بإبرام اتفاقيات المساهمين من أجل حماية وتدعيم الحقوق الفردية للمساهمين التي لا يمكن للأغلبية المساس بها، أنظر Caroline Leroy. Op. Cit, p20.

³ بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 117.

⁴ بالرغم من ذلك حاول الفقه تصنيفها بحسب الموضوعات التي تنظمها وهو ما سنأتي إليه في العنصر الثاني من هذا الفرع.

⁵ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p398, n°1624.

⁶ Y. Guyon, Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, Op Cit, n°198.

-اتفاقيات المساهمين هي عقود بسيطة ومرنة تخضع لمبدأ التراضي في انعقادها يتم تحديد محتواها وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية¹، كما أنها محدودة المدة وفقاً لذات المبدأ.

2- الفرق بين اتفاقات المساهمين والقانون الأساسي للشركة:

بالرغم من أن القانون الأساسي للشركة واتفاقات المساهمين يشتركان في كون كلاهما ذي طبيعة عقدية تحتوي شروطاً تعاقدية ذات أهداف وغايات متشابهة²، إلا أنهما يتمتعان بخصائص مختلفة تجعل من المهم أن يحسم المساهمون الاختيار فيما إذا كان سيتم إدراج الشروط العقدية الجديدة في القانون الأساسي أو في الاتفاقية المبرمة بينهم³.

-فالقانون الأساسي يسمو على الاتفاقية، لذا يتعين على الاتفاقية ألا تحتوي بنوداً تتعارض مع ما نص عليه القانون الأساسي للشركة وإلا كانت باطلة⁴، فلا يمكن للشركاء اتخاذ الاتفاقيات الجانبية وسيلة للخروج من أحكام القانون الأساسي⁵، وبالضرورة لا يمكن للاتفاقية أن تتعارض مع أحكام قانون الشركات⁶.

-أن للقانون الأساسي قوة إلزامية نابعة من تكريس الاعتبار الشخصي للمؤسسين⁷ تمنحه إمكانية إجبار الشركاء على التنفيذ العيني لبنوده، في حين اتفاقات المساهمين فإنه يصار عادة إلزام المساهم المخل بالتزامه بالتعويض⁸.

¹Y. Guyon, *Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, Op Cit, p285.

²Caroline Leroy. Op. Cit, p,23n°30.

³ بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 123.

⁴Cass. com. 13 février 1996, n° 93-21.140 94-12.225, www.legifrance.gouv.fr

⁵ بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 123.

⁶ Cass. com. 8 février 1982, www.legifrance.gouv.fr

⁷ راجع الباب الأول الفصل الأول المطلب الثاني ص 36.

⁸ الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي خرج عن هذه القاعدة في كثير من أحكامه، إذ الزم المساهم بالتنفيذ العيني لبنود الاتفاقية بدلاً من التعويض، أنظر مثلاً الحكم الصادر عن الغرفة التجارية سنة 2016:

Cass Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978 www.legifrance.gouv.fr.

-الطابع السري الذي تتميز به اتفاقية المساهمين يجعلها محدودة الأثر فلا يلتزم بها إلا من وقع عليها¹، فهي غير ملزمة للغير إذا تم نشرها ولا للشركة إلا إذا وقعت عليها²، خلافا للقانون الأساسي الذي يشترط فيه النشر بحسب المادة 548ق. ت. ج، وبالتالي فهو نافذ في مواجهة المساهمين والغير والشركة.

-على عكس اتفاقيات المساهمين المحدودة المدة حسب إرادة الموقعين، فإن أجل القانون الأساسي للشركة مرتبطا بأجل الشركة، وإذا لم يحدد الاجل فإن مدة الشركة يجب الا تتجاوز مدة 99 سنة³.

-اتفاقيات المساهمين بحكم طابعها العقدي فإنها لا تقبل التعديل إلا بإجماع جميع الموقعين عليها، في حين أن القانون الأساسي للشركة يكفي لتعديله عند بدء الشركة لنشاطها حصوله على تصويت الأغلبية⁴.

- يسعى بعض المساهمين من خلال إبرام اتفاقيات غير قانونية على وجه التحديد لتلبية مصالحهم الشخصية والخاصة، في حين أن القانون الأساسي للشركة يهدف إلى تحقيق المصلحة المشتركة لجميع المساهمين وبدون استثناء⁵.

ثانيا: أنواع اتفاقات المساهمين.

في الواقع يصعب تكييف وتصنيف اتفاقات المساهمين بدقة وذلك لأنها نتاج تصور وإرادة من يقومون بتحريرها من جهة، ومن جهة ثانية كونها مرتبطة بالظروف التي تعقد أثناءها⁶، غير أن الفقه درج إلى تقسيمها إلى مجموعتين، الأولى يهدف المساهمون من خلالها إلى تنظيم مسائل التسيير في الشركة، كاتفاقات التصويت والاتفاقات المنظمة لأجهزة الإدارة، أما الثانية فتتعلق إلى

¹ Y, GUYON, *Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, op Cit, p 279.

²Cass. com. 15 février 1994, n°92-12.330؛ Cass.Com. 29 janv. 2020, n° 18-15.179 www.legifrance.gouv.fr.

³ أنظر المادة 546ق. ت. ج.

⁴ أنظر المادة 674ق. ت. ج.

⁵ Caroline Leroy. Op Cit, p27, n°38.

⁶ بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 122.

تنظيم رأسمال الشركة من خلال الاتفاقيات التي تهدف إلى المحافظة على المساهمة، والحفاظ على التوازن بين المساهمين¹.

1- اتفاقيات المساهمين المتعلقة بتنظيم مسائل تسيير الشركة:

يحاول المساهمون من خلال هذه الاتفاقيات إيجاد فرصة بين الأحكام القانونية الصارمة من أجل الخروج على الأقل بتنظيم اتفاقي يتناول مسألة من مسائل الإدارة، وغالبا ما يعنى هذا النوع من الاتفاقيات بالمسائل المتعلقة بحق التصويت، وكذا بالمسائل المتعلقة بتنظيم الوضع القانوني لمسير الشركة².

فأما اتفاقيات التصويت فالمقصود بها الاتفاقيات التي تبرم بين المساهمون والتي يلتزمون بمقتضاها بمباشرة حقوقهم في التصويت³ وفقا لطريقة معينة واتجاه معين، وتسمى أيضا اتفاقيات التصويت بالعقود التي يقوم فيها المساهم ببيع أو إيجار حقه في التصويت مع الاحتفاظ بالحقوق الأخرى اللصيقة بالسهم⁴، فلا يجوز له أن يبرم اتفاقا يتنازل به نهائيا عن هذا الحق، وهي الاتفاقيات الأكثر انتشارا في الواقع العملي خاصة بين فروع الشركات والشركة الأم وفي الشركات ذات العدد الكبير من المساهمين والذين انقسموا على مجموعات صغيرة⁵.

تعد اتفاقات التصويت من قبيل العقود الملزمة لجانب واحد، لان هناك طرف وحيد يقع عليه الالتزام في كيفية التصويت أما الطرف الآخر فلا يقع عليه أي التزام، وفي هذا الصدد اعتبر المشرع الجزائري اعتبار اتفاقات التصويت التي تتضمن التزاما من جانبيين من الاتفاقات المحصورة والتي يعاقب عليها القانون⁶، كما يشترط لصحة هذه الاتفاقيات عدم تعارضها مع القواعد الامرة

¹ Caroline Leroy. Op Cit, p70, n°70.

² بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص220.

³ الحق في التصويت هو سمة أساسية في صفة المساهم والوسيلة الوحيدة التي تمكنه في المشاركة في شؤون الشركة وابداء رايه في أداء مسيرها، وقد استقر الفقه على الطبيعة العقدية لهذا الحق على أساس أن الشركة هي عقد قبل كل شيء، والمساهم لا يحصل على هذا الحق إلا عندما يعبر عن رغبته في دخول هذا العقد بتقديم مالا ليساهم به في تكوين الشركة مقابل الحصول على الأرباح وتحمل الخسائر بوجود عنصر نية الاشتراك، ووفقا لهذه الطبيعة نشأت الامكانية لإبرام اتفاقات التصويت. أنظر: المرجع نفسه، ص من 221 إلى 229.

⁴ صحراوي نور الدين، الإطار القانوني لحق التصويت في الجمعيات العامة في شركة المساهمة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019، ص74.

⁵ Caroline Leroy. Op Cit, p87.

⁶ رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية على كل من منح مزايا أو ضمانات في مقابل الاستفادة من التصويت في اتجاه معين (م 814 ق. ت. ج).

لقانونا لشركات التجارية¹، وأن تراعى مصلحة الشركة وألا يتم فيها احد من حرية المساهم في التصويت على أساس السمة الأساسي لصفة المساهم، كما يشترط الا يكون مبنيا على غش كأن يكون الهدف منه جعل منصب مجلس الإدارة دائما².

أما عن الاتفاقيات الخاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بالمسير فهي كثيرة ومتنوعة بشكل يصعب حصرها تهدف في مجملها على تعزيز وضع المسير داخل الشركة، فقد تتعلق بكيفية تعيين المسير والشروط الواجب توافرها في المسير، وتنظيم التزام المسير بعدم منافسة الشركة، أو تلك المتعلقة بتنظيم مسالة عزله أو إنهاء مهامه³.

2- اتفاقيات المساهمين المتعلقة بتنظيم رأسمال الشركة:

المقصود بها الاتفاقيات التي يهدف المساهمون من ورائها إلى تنظيم عملية تداول الأسهم، وأبرز هذه الاتفاقيات تلك التي يكون الغرض منها الحد من حق التصرف بالأسهم من طرف المساهمين إلى غيرهم، وغالبا ما يكون الدافع من وضع هذه القيود الاعتبار الشخصي للمساهمين، إما لسبب عائلي بالنسبة للشركات المساهمة المغلقة، أو قد تكون دوافع سياسية أو دينية كالشركات ذات الطابع الإيديولوجي (الصحف أو المجلات)، من أجل منع دخول أجنب أو أشخاص لا يحظون بثقتهم في الشركة⁴.

في هذا الإطار أجاز المشرع الاتفاق على عرض إحالة الأسهم أو تداولها للغير، على الشركة أولا للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، وهو ما يعرف في القانون التجاري بشرط الموافقة، كما أجاز الفقه والقضاء حق المساهمين في استرداد الأسهم من المشتري والحلول محله، وهو ما يعرف بشرط الشفعة⁵.

¹ Y, GUYON, *Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, op Cit, p 288.

² غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 118، 119.

³ لمزيد من التفاصيل راجع، بالطيب محمد البشير، مرجع سابق، ص من 233 إلى 251.

⁴ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p399, n°1624.

⁵ تعتبر هذه القيود الاتفاقية من أهم مظاهر الاعتبار الشخص للمساهم والتي تظهر في الأحكام المتعلقة برأسمال الشركة وهو ما سنأتي للتفصيل فيه في المطلب الثاني من هذا المبحث، ص 272.

الحقيقة أن كل هذه الاتفاقيات على اختلاف أنواعها تشكل مظهراً قوياً من مظاهر الاعتبار الشخصي للمساهمين داخل شركة المساهمة، وتعبيراً قوياً على الحرية التعاقدية المكرسة فيها بالنظر للدور الذي يلعبه هذا الاعتبار في وجودها وصحتها.

الفرع الثاني

دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة اتفاقات المساهمين

تعبّر الطبيعة العقدية لاتفاقات المساهمين عن الاعتبار الشخصي للمساهم المكرس في شركة المساهمة، ذلك أن فكرة العقد وحدها-كما سبق الذكر-لطالما عبّرت على هيمنة الشخص على العلاقات القانونية وبالتالي اعتباره فيها، كما أنها لطالما ارتبطت وجوداً وعدمها (أولاً) وصحة (ثانياً) بفكرة الاعتبار الشخصي خاصة إذا ما كانت شخصية المتعاقد هي الدافع للتعاقد أو كانت عنصراً جوهرياً فيه¹.

أولاً: دور الاعتبار الشخصي في وجود اتفاقات المساهمين.

تقوم اتفاقيات المساهمين على الاعتبار الشخصي للمساهم بالدرجة الأولى، بالنظر لارتباطه بوجود الرضا في العقد كركن أساسي لانعقادها² على أن اعتبار أحد الأطراف هو الدافع إلى التعاقد وهو الذي تحدد بموجبه رضا الطرف الآخر أو الأطراف الآخرين، ووجود الرضا مرتبط بوجود إرادة معبر عنها من طرفي الاتفاقية.

إن إبرام أي اتفاق بين المساهمين يتطلب بالضرورة قبول المساهمين ورضاهم، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة القاضي بأن لأي شخص الحرية في التعاقد أو رفض التعاقد وفي تحديد محتوى العقد بالاتفاق المتبادل، وذلك في حدود المبادئ العامة والنظام العام³ أولاً، وثانياً لأن هذه

¹ علي فوزي إبراهيم الموسوري، مرجع سابق، ص 308.

² ركن الرضى ضروري لوجود وصحة الاتفاقية وذلك إلى جانب الأركان العامة الأخرى المتطلبة عند إبرام العقد وهي ركني المحل والسبب والتي تؤثر أيضاً على وجوده وصحته، غير أن ركني المحل والسبب لا محلّ لهما في هذه الدراسة وذلك باعتبارهما ركنين موضوعيين مرتبطان بموضوع العقد ولا مكان للاعتبار الشخصي فيهما، لذلك سيتم التركيز على دور الاعتبار الشخصي في وجود الاتفاقية وفي صحتها بالنظر لارتباطه بركن الرضا كركن شخصي متعلق بأطراف العقد.

³ Caroline Leroy. Op Cit, p30, n°45.

الاتفاقيات تنشأ في الأساس حول عقد الشركة في حد ذاته والذي لا يتصور فيه عدم وجود الرضا، وان كان يمكن أن يكون مشوباً بعيب الصورية¹.

يبرز الاعتبار الشخصي للمساهم في الاتفاقية عند التعبير عن الإرادة في مسالتي، الأولى كون الاتفاقية موجهة بالدرجة الأولى للمساهم، أي ضرورة توافر صفة المساهم، وهذه الصفة ضرورية للمحافظة على الاتفاقية، فيؤدي فقدان أحد الشركاء لمركز المساهم إلى سقوط الاتفاقية وزوالها²، ويفقد المساهم صفته بفرضيتين إما الوفاة وإما يقوم ببيع جميع أسهمه، لذلك ومن أجل المحافظة على الاتفاقية كثيراً ما تتضمن بنودها إمكانية نقل أثر الاتفاقية إلى الخلف العام في حالة الوفاة، أو شروط متعلقة بتداول الأسهم كشرط الموافقة وشرط الشفعة واللذان يهدفان إلى الحفاظ على نوعية المساهم بالنظر لشخصيته³.

الثانية إذا كانت الاتفاقية -وهو الغالب في الواقع- موجهة إلى فئة معينة من المساهمين، كأن يكونوا من حاملي أسهم معينة، أو من جنسية أو منطقة معينة أو حاصلين على درجة علمية معينة... الخ، بمعنى أن تتوافر بينهم درجة من الثقة العالية لتدفعهم إلى التعاقد⁴ وهو ما يعتبر تمييزاً قوياً للجوانب الشخصية للمساهمين والعلاقات القائمة بينهم على اختلافها، سواء كانت علاقات قانونية أو المالية أو حتى اجتماعية، وبشكل عام يدل وجود عنصر الاعتبار الشخصي في اتفاقات المساهمين على أن اعتبار أحد الأطراف هو الدافع إلى التعاقد وهو الذي تحدد بموجبه رضا الطرف الآخر أو الأطراف الآخرين وبالتالي يمكنهم رفض المساهمين الذين لا تتوافر فيهم هذه الصفات أو الروابط⁵.

¹ غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 162.

² Cass. com. 6 novembre 2007, n°07-10.620, www.legifrance.gouv.fr

³ Caroline Leroy. Op Cit, p60, n°108-115.

⁴ Ibis.p108, n°231-232.

⁵ بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 126.

ثانيا: دور الاعتبار الشخصي في صحة اتفاقات المساهمين.

لإبرام اتفاقية المساهمين في شركة المساهمة وحتى تتم الاتفاقية صحيحة، ينبغي أن يكون الرضا صادرا من ذي أهلية وخاليا من العيوب الإرادة، وهذان الشرطان يتعلقان بالاعتبار الشخصي للمساهمين.

في هذا الصدد فإن أهلية أطراف الاتفاقية لا يمكن أن تعترضها صعوبة تذكر، على اعتبار أنه يفترض في أطرافها أن تتوافر فيهم الأهلية وفقا للقواعد العامة¹، لان اتفاقيات المساهمين تقتضي توافر صفة المساهم بالدرجة الأولى-كما سبق الذكر-، وتنطبق عليها جميع الأحكام المتعلقة بآثر فقدان الأهلية²، والأحكام المتعلقة بالقاصر³.

أما بالنسبة لعيوب الإرادة فإن اتفاقية المساهمين تتأثر صحتها بعيوب الإرادة-الغلط والاكراه والتدليس- وفقا للقواعد العامة للقانون المدني، فإذا اثبت المساهم جود غش من قبل المساهمين الآخرين أو أثبت أنه وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات المساهم فإنه يحق له إبطال الاتفاقية وهنا يكمن دور الاعتبار الشخصي في صحة عقد الاتفاقية، فالمساهم المنظم إلى الاتفاقية على أساس شخصية المساهمين أو صفة جوهرية فيهم، ثم اكتشف أنه وقع في غلط وأثبتته يحق له إبطال اتفاه⁴.

وكذلك الامر بالنسبة للتدليس الحاصل من أحد أطراف الاتفاقية تجاه الآخر، أو الاكراه الذي قد يمارسه أحد أطراف الاتفاقية على الطرف الآخر للحصول على موافقته ورضاه من شأنه أيضا أن يؤدي إلى أبطال الاتفاقية⁵.

¹ وفقا للقواعد العامة فلا بد أن تتوافر في الشخص الطبيعي وموكله إن وجد الأهلية القانونية، والأهلية المقصود بها هنا هي الأهلية الكاملة (19 سنة كاملة) حسب نص المادة 40 ق.م، والشخص المعنوي فلا بد أن تتوافر في ممثله أو موكله على حسب طبيعة الشخص المعنوي ولا بد أن تتوافر فيه الأهلية القانونية وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون المدني (م 50 ق.م. ج).

² بالطبيب محمد البشير، مرجع سابق، ص 120.

³ المساهم القاصر لديه اعتبار شخصي خاص، خصه المشرع بأحكام خاصة في إطار منهج حماية القاصر الذي تفرضه القواعد العامة، وتعتبر المساهمة في شركة المساهمة بالنسبة للقاصر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لذلك فإنه يحق للقاصر، ونفس الامر بالنسبة للانضمام لهذه الاتفاقيات، فهي تعتبر من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر، ويقع تقدير ذلك على عاتق قاضي الموضوع.

⁴ غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 130.

⁵ المرجع نفسه، ص 131.

المطلب الثاني

القيود الاتفاقية الواردة على مبدأ تداول الأسهم

سبق الذكر بالرغم من أنه يصعب تكييف وتصنيف اتفاقات المساهمين بدقة، إلى أن الفقه حاول تصنيفها ضمن مجموعات معينة، وأن من أهم هذه التصنيفات والاتفاقيات والتي تخص موضوع بحثنا تلك المتعلقة برأسمال الشركة والواردة على مبدأ تداول الأسهم، على اعتبار أنها اتفاقيات قائمة وشكل واضح على الاعتبار الشخصي للمساهمين.

ويتعلق الأمر خصوصاً بشرط الموافقة (الفرع الأول) وشرط الشفعة (الفرع الثاني)، بحيث أجاز المشرع الاتفاق على عرض إحالة الأسهم أو تداولها للغير، على الشركة أولاً للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، وهو ما يعرف في القانون التجاري بشرط الموافقة، كما أجاز الفقه والقضاء حق المساهمين في استرداد الأسهم من المشتري والحلول محله، وهو ما يعرف بشرط الشفعة.

الفرع الأول

شرط الموافقة في شركة المساهمة

تقتضي طبيعة شركة المساهمة أن يتم تداول الأسهم دون قيد أو شرط، فكل شخص يستطيع أن يصبح مساهماً فيها وفقاً لعملية تداول الأسهم، وبالتالي لا يحتاج إلى موافقة بقية المساهمين الموجودين في الشركة، ولكن لاعتبارات عملية بحتة، يستلزم إتمام التداول أحياناً موافقة الشركة على شخصية المتنازل إليه، على الأخص في بعض الشركات التي لها طابع عائلي أو سيماسي، يتعذر تحقيقه ما لم يكن هناك قدر من الوحدة أو الرباط بين مساهمها، وهو ما يعرف بشرط الموافقة.

تهدف الشركة من وضع هذا الشرط استبعاد الأشخاص غير المرغوب فيهم من شراء أسهم الشركة، إضافة إلى منع دخول الأفراد والجماعات الذين ينافسون الشركة أو يظاهرونها بالعداء، أو منع دخول أصحاب الآراء العارضة لنشاط الشركة إذا كانت الشركة، هو ما يشكل تكريس واضح

للاعتبار الشخصي في شركة المساهمة¹، فشرط الموافقة اتسم بالطابع الشخصي² لأنه يستلزم موافقة الشركة على الشخص المتنازل إليه المقترح من قبل المساهم، على أنه وحتى لا يؤدي هذا الشرط لتعطيل حق المساهم في التنازل عن أسهمه، فإنه يتحدد بضوابط معينة لتطبيقه (أولاً) إلى جانب إجراءات محددة يتعين إتباعها حتى يحل المتنازل إليه محل المتنازل له (ثانياً).

أولاً: ضوابط شرط الموافقة في شركة المساهمة.

يعرّف شرط الموافقة بأنه ذلك الشرط الذي بموجبه يلتزم المساهم الراغب في التنازل عن أسهمه بضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من الشركة على مشروع التنازل، ولذلك فإن التزام المساهم بالتنازل هو التزام بتحقيق نتيجة³، كما يعرف بأنه تخويل الشركة صلاحية اختيار الشخص المتنازل إليه في عملية التداول⁴، كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه اتفاق مكتوب في نظام الشركة، فيما بين المؤسسين أو بينهم وبين المساهمين يقضي بأن لا يتم تنازل المساهم عن أسهمه إلى الغير إلا إذا وافق رئيس مجلس الإدارة أو الجمعية العامة للشركة مسبقاً على مثل هذا التنازل، وإلا فإنه لا يحتج على الشركة بالتنازل الذي ترفضه الهيئة المختصة بالموافقة كما جاء في نظام الشركة⁵.

يعرف كذلك بأنه: "هو الشرط الذي يهدف إلى إخضاع عملية تداول الأسهم لموافقة الشركة أو أحد الشركة أو في أو بعض المساهمين فيها، لكي يعتبر هذا التداول صحيحاً، ويجد هذا الشرط مصدره إما في نظام اتفاقية جانبية خاصة بين مجموع المساهمين أو بعضهم⁶.

¹ Caroline Leroy. Op Cit, p98, n°204.

² علي طلال الهادي، مرجع سابق، ص288.

³ فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، د ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2013م، ص282.

⁴ عبد الأول عابدين بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008م، ص265.

⁵ حلوش فاطمة أمال، حق المساهم في التصرف في أسهمه في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه قانون خاص، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2008م، 2009م، ص239.

⁶ غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص48.

كرس المشرع شرط الموافقة من خلال المادة 715 مكرر 55 ق. ت. جج¹، وكذلك المادة 715 مكرر 56 ق. ت، ج² ومن خلالها تم شروط أعماله ومجال تطبيقه.

1- شروط أعمال شرط الموافقة:

لإعمال شرط الموافقة يجب توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أما الشروط الشكلية فهي:

أ- النص على شرط الموافقة في القانون الأساسي للشركة أو نظامها الأساسي: لا يمكن أعمال شرط الموافقة إلا إذا تمّ النص عليه في القانون الأساسي للشركة، والهدف من هذا الشرط هو ضمان فاعلية أكبر لهذا الشرط، ذلك أن شرط القبول المدرج في اتفاقية المساهمين لا يستطيع أن بوظيفته يشكل فعال إلا إذا طبق على جميع المساهمين، ولا يتحقق ذلك إلا بإدراجه في القانون الأساسي للشركة³.

وقد اختلف الفقهاء بخصوص إمكانية النص عليه في القانون الأساسي أثناء حياة الشركة من قبل الجمعية العامة الغير عادية باعتبارها المختصة بتعديل القانون الأساسي، فيرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز إدراج شرط الموافقة في القانون الأساسي للشركة أثناء حياة وذلك لأنه يرفع من التزامات المساهمين⁴، فحين يرى جانب آخر من الفقه بإمكانية ذلك لان التي لا يحق للجمعية العامة غير

¹ جاء في المادة 715 مكرر 55 ق. ت. ج "يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، مهما تكن طريقة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو أصل أو فرع. ولا يمكن النص على هذا الشرط إلا إذا اكتسبت هذه الأسهم بصفة استثنائية الشكل الاسمي بموجب القانون أو القانون الأساسي" وهي مادة تقابلها المادة 23-228 L من القانون التجاري الفرنسي.

² نصت المادة 715 مكرر 56 ق. ت. ج "إذا وقع اشتراط الموافقة في القانون الأساسي للشركة يتعن إبلاغ الشركة بطلب الاعتماد عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام يرسلها المساهم مع ذكر اسم المحال إليه ولقبه وعنوانه وعدد الأسهم المقرر إحالتها والتمن المعروض، وتنتج الموافقة سواء من تبليغ طلب الاعتماد أو من عدم جواب في أجل شهرين اعتبارا من تاريخ الطلب"

³ غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 55 و 56.

⁴ مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2116م، ص 448.

العادية زيادتها عند تعديلها للقانون الأساسي هي الالتزامات المالية للمساهم وهي مالا يتوفر بخصوص شرط الموافقة¹.

الملاحظ أن شرط الموافقة يمكن أن يكون في شركة المساهمة التي تلجأ لعلمانية الادخار (الاكتتاب العام) أو التي لا تلجأ له (الاكتتاب الخاص)، وهو الأمر الذي يستنتج من نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المتعلق بتطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، حيث أن المؤسسون ملزمون بنشر إعلان في الجريدة الرسمية للإعلانات القانونية وهم بصدد تأسيس شركة مساهمة باللجوء العلني للادخار²، هذا الإعلان الذي يتضمن من بين بياناته الشروط المتعلقة باعتماد المتنازل لهم عن الأسهم في حال وجودها³، وذلك على عكس ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين، الذي اعتبروا أن شرط الموافقة لا يمكن إدراجه في شركة المساهمة التي تلجأ إلى علنية الادخار ويبررون موقفهم في أن الأمر فيه تناقض فلا يمكن للشركة التي ترغب في جلب المكتتبين أن تقوم في نفس الوقت بمراقبة تحركات الأسهم⁴.

يكون لشرط الموافقة الحجية على الغير من يوم نشر القانون الأساسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بعد قيدها في السجل التجاري شأنه في ذلك شأن القانون الأساسي.

ب- أن تكون الأسهم موضوع التنازل إسمية: يشترط لصحة شرط الموافقة الذي يقيد عملية التداول الحر للأسهم أن تكون الأسهم موضوع التداول اسمية، وبمفهوم المخالفة لهذا الشرط فإنه لا يمكن تفعيله بالنسبة للأسهم لحاملها التي تنتقل ملكيتها عن طريق التسليم أي من يد ليد⁵، وهذا لصعوبة إن لم نقل استحالة إخضاع الأسهم لحاملها للمراقبة والقيود.

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 302.

² المادة 595 ق. ت تحدد كليات تأسيس شركات المساهمة.

³ أنظر البيان رقم 13 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438، مرجع سابق، ص 334.

⁴ بلعربي خديجة، المميزات القانونية للسهم، رسالة ماجستير في القانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة بلفايد، وهران، الجزائر، 2013، ص 54.

⁵ أنظر المادة 715 مكرر 38 ق. ت، التي جاء فيها " يحول السند للحامل عن طريق مجرد التسليم، أو بواسطة القيد في الحسابات "

الجدير بالذكر أن المشرع فرض الشكل الاسمي إجباريا على عدة أسهم، كالأسهم النقدية غير المحررة بالكامل¹، وأسهم الضمان التي عدد يجب أن يحوزها أعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المراقبة²، وكذا الأسهم التي تتمتع بحق تصويت يفوق الأصوات التي بحوزها، والأسهم التي تتمتع بامتياز الأولوية في الاكتتاب لأسهم أو سندات استحقاق جديدة³، فضلا عن ذلك فإن فالقانون الأساسي للشركة له الحرية في فرض الشكل الاسمي على كل الأسهم في الشركة أو بعضها⁴ وهو الامر الذي دفع إلى الفقه إلى التساؤل هل الأسهم التي تكتسي الشكل الاسمي الإجباري سواء بنص قانوني أو اتفاقي، وحدها التي يمكن أن تخضع إحالتها لشرط الموافقة دون الأسهم الاسمية التي اختار أصحابها الشكل الاسمي بمحض إرادتهم تماشيا مع مبدأ المساواة بين المساهمين، خاصة وأن المشرع شدد على ضرورة اكتساب الأسهم الشكل الاسمي بصفة استثنائية بموجب القانون أو القانون الأساسي؟، وكإجابة عن السؤال المطروح اعتبر الفقهاء أن مبدأ المساواة بين المساهمين ليس من النظام العام، لذا فإنه يمكن تخصيص شرط الموافقة لفئة معينة فقط من الأسهم⁵، كأن تخضع إحالتها إلى شرط الموافقة دون غيرها أو أن تعفى من شرط الموافقة على خلاف غيرها من الأسهم وتسمى بذلك أسهم الأفضلية⁶.

إضافة إلى هذه الشروط الشكلية التي أقرها المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، أضاف المشرع الفرنسي شرطا شكليا ثالثا تضمنته الفقرة 1 من المادة 228-23L وهو ضرورة ألا تكون الشركة مقيدة في سوق منظم أي في بورصة القيم المقولة، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على ذلك في القانون التجاري بالرغم من تأكيده في المادة 5 من الامر 96-08 السابق الذكر على ضرورة ألا يتضمن القانون الأساسي لهذه الشركات شرط الموافقة، لذلك ظهرت بعض الآراء

¹ المادة 715 مكرر. 52ق. ت.

² المادة 519ق. ت والمادة 659ق. ت.

³ المادة 715 مكرر 44ق. ت.

⁴ أنظر المادة 715 مكرر 34ق. ت، التي جاء فيها "يمكن أن يفرض الشكل الاسمي للقيم المنقولة عن طريق أحكام قانونية أو أحكام القانون

الأساسي"

⁵ غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 50 و 51.

⁶ بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص 56 و 57.

الفقهية الجزائرية تناشد المشرع الجزائري على ضرورة إضافة هذا الشرط اقتداء بنظيره المشرع الفرنسي¹.

والشروط الموضوعية هي:

أ- عدم الإخلال بمبدأ حرية المساهم في تداول الأسهم: الثابت أن قابلية التداول للأسهم في شركة المساهمة بكل حرية هي في الأصل مطلقة ما لم ينص القانون أو القانون الأساسي للشركة على خلاف ذلك، فأى نص يتجه نحو تقييد حرية المساهم في التصرف في أسهمه يعتبر استثناء، وكل استثناء يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً وفقاً لقاعدة "عدم التوسع في الاستثناء"²، لذلك ولصحة شرط الموافقة من الناحية الموضوعية أجمع الفقه³ والقضاء⁴ ألا يصل هذا القيد إلى حد حرمان المساهم في التصرف بأسهمه وفقاً لما تقتضيه مصالحه الشخصية بشكل مطلق وإلا كان باطلاً، كأن يتضمن القانون الأساسي شرط يمكن الشركة حق رفض إحالة الأسهم دون إبداء أسباب الرفض، أو بعدم إلزامها بتقديم مشتر آخر سواء كان من المساهمين أو من الغير، أو من دون إلزامها بشراء هذه الأسهم، الأمر الذي يمنع المساهم من تداول أسهمه بشكل مطلق لا ويمكنه من الانسحاب من الشركة⁵.

بمعنى آخر فإن أي شرط في القانون الأساسي يقر للشركة بحقها المطلق في الرفض يكون باطلاً، لأنه يزيل عن الأسهم صفتها الجوهرية ويحول طبيعة الشركة الأساسية، لذلك غالباً ما يقترن هذا الشرط بحق الشراء وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بدليل نص المادة 715 مكرر 57ق. ت⁶.

¹ بن غالية سمية فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 88.

² شريط نسيم، شرط الموافقة في شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى إسماعيل معسكر، الجزائر، 2019-2020، ص 125.

³ Paul Didier-Philippe Didier, Op Cit, p537, n°666.

⁴ Cass. com. 6 novembre 2007, n°07-10.620 www.legifrance.gouv.fr

⁵ شريط نسيم، مرجع سابق، ص 128.

⁶ جاء في المادة 715 مكرر 57 ما يلي "وإذا لم تقبل الشركة المحال إليها المقترح، يتعين على الهيئات المؤهلة في الشركة في أجل شهرين ابتداء من تاريخ إبلاغ الرفض، إما العمل على أن يشتري الأسهم أحد المساهمين أو أن يشتريها من الغير، وإما أن تشتريها الشركة بموافقة المحيل قصد تخفيض رأس مال"

فوفقاً لنص المادة السابقة الشركة ملزمة في مدّة شهرين من رفض الإحالة إما بتقديم مشتر آخر من المساهمين أو من الغير، وإما تلتزم بشرائها قصد تخفيض رأسمالها بعد موافقة المساهم وبسعر يعادل الأسهم المتنازل عنها وفقاً لطرق تحديد الثمن، وفي حالة الاختلاف عن السعر فإن الجهات القضائية هي التي تبت في هذا الأمر، ووفقاً لما جاء في الفقرة 03 من المادة 715 مكر 57 في حالة عدم الاتفاق على سعر الأسهم، تبت الجهة القضائية المختصة في هذا الشأن"

ب- ضرورة وجود مصلحة للشركة: لم ينص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة على هذا الشرط بشكل صريح، على أنه شرط أقره الفقه¹ والقضاء² الفرنسي ويبرره المنطق بعدم جعل شرط الموافقة شرطاً تعسفياً، فضلاً عن كونه شرطاً منطقياً ومتناسباً مع الطبيعة القانونية لشرط الموافقة في حدّ ذاتها، التي تستلزم أن يكون الهدف منه الحفاظ على مصالح الشركة³، فلا بدّ أن يكون الهدف المتوخى من هذا الشرط هو مصلحة الشركة بالدرجة الأولى، وليس مصلحة أغلبية المساهمين على حساب الأقلية، أو الحفاظ على المصلحة الشخصية للقائمين بالإدارة، على أنه من المتفق عليه فقهاً أنه لا يوجد ما يمنع من أن يؤدي هذا الشرط للحفاظ على مصلحة الشركة وفي نفس الوقت الحفاظ على المصلحة الشخصية للقائمين بالإدارة، إذا ما كانوا حسني النية⁴، وقد ذهب الفقهاء إلى أبعد، بحيث اعتبروا شرط الموافقة الذي يتعارض مع مصلحة الشركة أو الذي يكون الهدف منه الكيد بالمساهمين وإلحاق الضرر به وحرمانه من استعمال حقه في التداول باطلاً⁵.

2- مجال تطبيق شرط الموافقة:

من خلال الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 55 ق.ت، ج يتضح أن مجال تطبيق شرط الموافقة أن تكون الأسهم موضوع إحالة وأن تكون الإحالة إلى الغير.

¹ Y. GUYON, *Traité de contrats- Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, op cit, p243.

² Cass. com. 23 mai 2006, n° 03-15.486 www.legifrance.gouv.fr

³ شريط نسيم، مرجع سابق، ص 130.

⁴ فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 295.

⁵ حمد الله محمد حمد الله، حرية المساهم في التصرف في أسهمه، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 91.

يقصد بالإحالة قابلية القيمة للانتقال بالطرق المعتمدة لحالة الحقوق، فهي إجراء خاص بالقانون المدني، غير أنه ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يقصد بالإحالة تلك التي نص عليها القانون المدني فقط والمتعلقة بحالة الحق أو حالة الدين¹، وإنما استعمل هذا المصطلح للدلالة عليه بمفهوم واسع، بحيث قصد به كل عقد ناقل للملكية² أو الهبة³، أو التقديم كحصة في الشركة، غير أن المشرع استثنى الإرث كطريقة من طرق الإحالة أن يكون موضوع شرط بالموافقة، وهذا أمر منطقي.

بالإضافة على ذلك أكد المشرع في المادة السابقة أن شرط الموافقة يشمل كل تنازل للغير ماعدا الإحالة للزوج أو الأصل أو الفرع، على أن الغموض الذي يعتري مصطلح الغير، أدى بالفقهاء إلى الوقوف عند المعنى الذي يريده المشرع من كلمة "الغير" فمن هم الغير؟ وهل يشمل هذا المصطلح المساهمين⁴؟

يرى غالبية الفقه أن الغير المقصود به هنا الشخص الذي يعد أجنبيا بالنسبة للشركة وأن المساهم الذي تتكون منه الشركة بصفته كشريك لا يمكن معاملته كالغير في علاقاته مع الشركة، فالمساهم لا يعتبر شخصا خارجا عن الشركة، وبالتالي لا يمكن أن يشمل شرط الموافقة على اعتبار أن الهدف الذي يتوخاه المشرع أصلا من هذا الشرط هو منع دخول الشركة أشخاصا غير مرغوب فيهم، في حين تمسك اتجاه آخر بأن مصطلح الغير هنا يشمل المساهمين مستنديين في ذلك لظاهر نص المادة السابقة والتي استثنت فقط الإحالة للزوج أو الأصل أو الفرع، وبالتالي لا يمنع شرط الموافقة إلا بالنسبة للأشخاص الذين بينهم النص القانوني⁵.

في تقديرنا أن الرأي الأخير هو الجدير بالاتباع على أساس وإن كانت الشركة تهدف من وراء تضمين قانونها الأساسي هذا الشرط، منع دخول مساهمين غير مرغوب فيهم تكريسا لاعتبارهم

¹ أنظر المواد 251، 239 ق.م. ج

² وفقا للقانون المدني، فإن العقود الناقلة للملكية هي: عقد البيع (م 351 ق.م)، عقد المقايضة (م 413 ق.م)

³ أنظر المادة 202 ق. أ. ج.

⁴ بن غالبية سمية فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 87.

⁵ G. Ripet et R. Roblot, op cit, p389, n°1618.

الشخصي، فإنه من الممكن أن تهدف أيضا إلى منع سيطرة بعض المساهمين على الشركة، وبالتالي يوضع هذا الشرط بهدف حماية الأقلية من سيطرة الأغلبية.

ثانيا: الإجراءات القانونية لشرط الموافقة.

باستقراء نص المواد السابقة يتبين لنا أن إجراءات شرط الموافقة تمر عبر مرحلتين، الأولى تتمثل في تقديم طلب الموافقة على التنازل عن الأسهم والثانية في صدور القرار حول الطلب.

1- تقديم طلب الموافقة على التنازل عن الأسهم

بحسب المادة 715 مكرر 56 ق. ت. ج السابقة الذكر، فإنه يتبين لنا أن المشرع أكد وبنص أمر على ضرورة أن يتم إبلاغ الشركة التي تضمن قانونها الأساسي شرط الموافقة بطلب الاعتماد عن طريق رسالة موصى عليها مع تقديم وصل استلام¹.

أوكل المشرع مهمة تقديم الطلب إلى المساهم الذي يريد إحالة الأسهم كأصل عام، على أنه وبالإضافة إلى ذلك فإن الفقه يرى بأنه يمكن أن يقدمه الوكيل الحائز على وكالة خاصة، أو الذين انتقلت إليهم حقوق السهم عن طريق الإرث، ضف إلى ذلك أنه متى كانت الأسهم مثقلة بحق الانتفاع، فإن الطلب يقدمه مالك الرقبة وليس المنتفع، أما إذا كانت ملكية الأسهم على الشيوع فأن الطلب يقدمه وكيل الشركاء على الشيوع، وإذا كان كالك السهم شخص معنوي فيقدمه ممثله بالمنطق².

كما أن المشرع حدد البيانات التي يجب أن تتضمنها الرسالة المرسلّة من قبل المساهم وتتمثل في: اسم المحال إليه ولقبه وعنوانه، عدد الأسهم التي يرغب في إحالتها والثلث المعروض، وقد أخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد وقت معين يقدم خلاله طلب الموافقة، لذلك فإن المساهم

¹ وهو نفس ما نص عليه المشرع الفرنسي، فقد اشترط هو الآخر أن يتم توجيه طلب الموافقة إلى الشركة عن طريق عمل غير قضائي، أي عن طريق المحضر القضائي أو عن طريق رسالة مضمونة بإشعار الوصول، وهذا ما أكدته المادة 1/207 من المرسوم الفرنسي رقم 236 المؤرخ في 23 م 1967/03 م. أنظر شريط نسيم، مرجع سابق، ص 133.

² المرجع نفسه، ص 138.

له مطلق الحرية في تقدير الوقت الملائم، فقد يقدم الطلب عند إبرام الاتفاق مع الغير أو في وقت لاحق¹.

2- صدور القرار حول الطلب:

بعد تقديم الطلب من المساهم المتنازل للشركة وفق الشروط المبينة أعلاه تقوم إما بقبول الإحالة أو رفضها.

على أنه قبل التطرق إلى هاتين الحالتين تجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد الجهة المختصة أو الهيئات المؤهلة داخل الشركة بالبت في هذا الطلب.

بالنسبة لحالة قبول الإحالة فهو حسب المشرع الجزائري إما يكون قبولاً صريحاً أو قبولاً ضمناً.

ويكون القبول صريحاً عندما يتم تبليغ المساهم بالموافقة على قرار الاعتماد، وبما أن المشرع لم ينص على شكل محدد للتبليغ فإنه يتم بأي وسيلة، ويصبح المحال إلية الأسهم مساهماً في الشركة من يوم صدور قرار الموافقة، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى مسألتين هامتين هما:

- أن قرار الاعتماد يجب أن يكون إجمالياً متعلق بكامل الأسهم، فلا يمكن للشركة مثلاً أن تقبل جزء من الأسهم وترفض الجزء الآخر إلا إذا وافق على ذلك كل من المحيل والمحال إليه.

- أن قرار الموافقة يخضع من حيث الصحة أو البطلان إلى القواعد القانونية التي تنظم صحة قرارات الهيئة المصدرة في الشركة من حيث صحة الدعوى للاجتماع ونصاب الاجتماع والتصويت على القرارات²، وإن كان المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي لم يحدد الهيئة المصدرة في الشركة بدقة، لذلك رجح جانب كبير من الفقه أن الجمعيات العامة سواء العادية أو الغير عادية بأن تكون هي الهيئة المختصة بالفصل في الطلب، ومناط ذلك أن الجمعيات العامة تتكون من جميع المساهمين مهما كان نوع الأسهم التي يملكونها ومن دون أي شروط لعضوية فيها كما في عضوية

¹ محمد فتاحي، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 325.

² محمد فتاحي، المرجع نفسه، ص 327.

مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة¹، على أن جانب آخر من الفقه يرى بأن هيئات الإدارة ممثلة في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة هي المختصة في النظر في الطلب بالنظر للبساطة والمرونة التي تخضع لها اجتماعاتها بالنظر لاجتماعات الجمعيات العامة، وهو الرأي الجدير بالاتباع².

أما القبول الضمني فيتحقق وفقا للمشرع الجزائري بتحقيق ثلاثة صور:

أ-عندما يمر أجل شهرين اعتبارا من تسلم الشركة طلب الاعتماد دون أن تتخذ الشركة أي موقف اعتبر ذلك دليلا على القبول³.

ب-عندما تبدي الشركة موافقتها على مشروع الرهن الحيازي للأسهم المعروضة عليها من قبل المساهم الراهن⁴.

ج-عندما لا يتحقق الشراء لا من الشركة ولا من أحد المساهمين أو الغير، بعد انقضاء أجل شهرين اعتبار من تاريخ تسلم المساهم المحيل رفض الشركة لمشروع الإحالة المعروض عليها للموافقة، أو مرور أجل التمديد القضائي المحدد للشراء الصادر من رئيس المحكمة⁵.

أما بالنسبة لرفض الإحالة فإنه وحسب المادة 715 مكرر 57ق.ت يحق للشركة رفض الإحالة بناء على شرط الموافقة المنصوص عليه في القانون الاساسي ولكن ضمن شروط هي:

-يجب أن تبلغ الشركة قرار الرفض بشكل صريح وبدون تبرير، ويمكن أن تكون بنفس الطريقة التي تم بها إبلاغ الشركة بطلب الاعتماد، أي عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام.

-تلتزم الشركة بتبليغ قرار الرفض قبل مرور أجل شهرين من استلام طلب الاعتماد وفقا لما جاء في المادة 715 مكرر 56ق.ت⁶.

¹ محمد فتاحي، شرط الموافقة كقيود يحد من حرية المساهم من تداول أسهمه في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، العدد 03، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2014/09/30، ص 122.

² شريط نسيم، مرجع سابق، ص 140.

³ أنظر المادة 715 مكرر 56ق.ت.

⁴ أنظر المادة 715 مكرر 58ق.ت.

⁵ أنظر المادة 715 مكرر 57/2ق.ت.

⁶ هذه المادة تقابلها في التقنين التجاري الفرنسي المادة L228-24 على أن المشرع الفرنسي منح مهلة 03 أشهر من تاريخ تسليم طلب الإحالة متى كانت أسهمها مقيدة في البورصة.

-تلتزم الشركة بتقديم مشتر آخر من المساهمين أو من الغير، أو أن تقوم بشرائها¹ بشرط أن يكون الغرض من الشراء تخفيض رأسمالها في حدود الأسهم المشتراة، مع الحصول على موافقة المساهم المحيل.

أخيرا تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينص على مسالتين:

الأولى أنه لم ينص على الجزاء المقرر في حالة مخالفة شرط الموافقة، بمعنى أنه لم يرد أي نص في القانون التجاري ينظم مسألة الجزاء الذي يطبق على إحالة الأسهم التي تتم دون احترام شرط الموافقة، وذلك على العكس من المشرع الفرنسي الذي اعتبر وفقا للفقرة الأخيرة من المادة L228-23² من القانون التجاري الفرنسي أن الإحالة التي تتم خارج إطار شرط الموافقة إن وجد ووفقا لإجراءاته تعتبر باطلة، وقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأنه وفي ظل غياب النص القانوني في القانون الجزائري يعالج هذه المسألة، فإنه إذا عرض نزاع على القاضي يتعلق بعملية تداول تمت بالمخالفة لشرط المخالفة المقرر في القانون الأساسي، فإنه يستطيع الاستناد إلى قواعد البطلان المقررة في القانون المدني³.

والثانية أنه لم ينص على حالة انتقال ملكية السهم إلى الزوج الآخر في حالة تصفية الأموال المشتركة بين الزوجين كحالة مستثناة من شرط الموافقة على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، واكتفى بالحالات المنصوص في المادة 715 مكرر 55 ق. ت وهي حالة انتقال الأسهم بين الورثة، وانتقالها بين الزوجين، وكذا انتقالها بين الفروع والأصول، وهذا لكون المشرع الجزائري يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على النظام المالي للزواج ويقرّ باستقلال الذمة المالية للمرأة سواء قبل

¹ تجدر الإشارة أن عملية شراء الشركة لأسهمها تشكل خطرا على حقوق المساهمين خاصة الحق في المساواة بينهم، وحتى على المستثمرين الراغبين في الانضمام الشركة لما تنطوي عليه من مخاطر خاصة وأنها تمس مباشرة بأصول الشركة وتجعل جزءا من رأسمالها صوريا، فضلا على أنها تفتح بابا للتلاعب بأسعار الأسهم، لذلك فإن المشرع الجزائري وعلى غرار جل التشريعات عمد إلى حصر شراء الشركة لأسهمها كأصل عام، ولم يجزها إلى في حدود معينة وعلى سبيل الحصر، وهي أولا في حالة رفض طلب الإحالة بناء على شرط الموافقة، وثانيا حالة شراءها من أجل تخفيض رأسمالها على الرغم من عدم إصابتها بخسائر (م714 ق.ت)، وحالة الشركة التي تكون أسهمها مقيدة في البورصة وقوم بشراء أسهمها المعروضة للبيع لتنظيم سعرها (م715 مكرر ق.ت).

² Article L.228-23 "...Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant Dans les statuts est nulle" www.legifrance.gouv.fr

³ محمد فتاحي، شرط الموافقة كقيد يحد من حرية المساهم من تداول أسهمه في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص112.

الزواج أو بعده، في حين أن القانون المدني الفرنسي يكرس عددا من النظم المالية للزواج منها، نظام الاشتراك المالي للزوجين والذي يكون إما اشتراك قانوني أو اشتراك اتفاقي¹.

الفرع الثاني

شرط حق الشفعة (الاسترداد)

تقدم أنّ شرط الموافقة يقتضي ضرورة عرض عملية تداول الأسهم على الهيئات المختصة في الشركة للموافقة عليها بهدف التحصن ضد دخول الغير غير المرغوب فيهم للشركة، في حين شرط حق الشفعة يستلزم على المساهم الراغب في التداول إعلام الشركة حتى يتم شراء الأسهم المعنية بالأولوية لمصلحة المستفيد من الشرط، وبالتالي فإنه يخول للمساهمين أولوية شراء الأسهم المطروحة للبيع، و يستخدم شرط الشفعة كوسيلة لزيادة مساهمات المساهمين في الشركة، أو للإبقاء على التوازن بين مجموعات المساهمين، إذا رغب أحد الشركاء في الانسحاب من الشركة، وذلك في إطار تكريس الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، إذ من خلاله يتيح للشركاء استبعاد من لا يرغبون بعضويته في الشركة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد تصدى لشرط الموافقة بالتنظيم القانوني، فإنه بالمقابل لم يتناول شرط الشفعة أو الاسترداد بالتنظيم، لذلك فإن أحكامه ستكون وفقا لمنظور الفقه والقضاء اللذان حددا مفهومه (أولا) إلى جانب إجراءات إعماله وجزاء مخالفته (ثانيا).

أولا: مفهوم شرط حق الشفعة (الاسترداد).

لم ينظم القانون التجاري الجزائري شرط الشفعة كقيد على حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة، ولكنه تناولها في القانون المدني في المواد 794 منه وما يليها من القانون المدني كرخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار² وهي تثبت للشفيع اكتساب حق ملكية العقار بدل المشتري وفي مواجهة البائع، وبين على سبيل الحصر الأشخاص الذين لديهم الحق في ممارستها

¹ المرجع نفسه، ص من 116 إلى 118.

² تنص المادة 794 ق. م. على أن "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

وذلك¹ من أجل دفع الضرر المتوقع حدوثه، بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع، وقد اعتبرت الشفعة بهذا المعنى لدى البعض، وسيلة شاذة من وسائل كسب الملكية باعتبارها قيда يرد على حرية التصرف في الملكية الخاصة².

وقد انتقلت فكرة الشفعة من القواعد العامة في القانون المدني إلى نطاق القانون الأساسي لشركة المساهمة لتستعمل كوسيلة لاكتساب ملكية السهم المتنازل عنه بغية الحفاظ على التوازن بين مجموعات المساهمين إذا رغب أحد الشركاء في الانسحاب من الشركة وليس هذا بالأمر الغريب قياساً على حق أولوية المساهمين في الاكتتاب في الأسهم الجديدة فإذا كان يحق لهم ذلك، فإنه لمن الأجدر أن يكون من حقهم الاحتفاظ بملكية السهم المتنازل عنه³، فالمساهم وفقاً لشرط الشفعة لا يسلب حقه في حرية تداول أسهمه، وإنما يستوجب عليه ضرورة إعلام الشركة عند رغبته في تداول أسهمه حتى يمكن شراء الأسهم من قبل المساهمين أو الشركة.

وفقاً لذلك فقد عرف الفقه حق الاسترداد (الشفعة) بأنه الشرط الذي بمقتضاه يتعين على المساهم الراغب في بيع أسهمه إلى شخص أجنبي عن الشركة أن يخطر الشركة بذلك حتى يتسنى لأي مساهم أو لمجلس الإدارة استرداد هذه الأسهم في مدة معينة والحلول محل المشتري نظير ثمن عادل⁴ وذلك عن طريق تضمين عقودها التأسيسية هذا القيد في تداول أسهمها، وتمكين المساهمين من حق الأفضلية في شراء الأسهم المتنازل عنها لغير المساهمين شريطة أن تكون إسمية، حيث يتيح القانون الأساسي للشركة حق مجلس الإدارة أو الجمعية العامة في تقرير شراء الشركة للأسهم المتنازل عنها بتفعيل شرط الاسترداد⁵.

يتبين من هذا التعريف أن شرط الشفعة قد يتقرر وفقاً لأربعة صور، إما لمصلحة الشركة أو لمصلحة المساهمين أو أحد من الغير كما يمكن أن يكون ف حالة وفاة المساهم⁶، مقابل حصول

¹ أنظر المادة 794 ق.م، تجدر الإشارة أن المشرع في القانون المدني وفقاً للمواد (794، 795 ق.م) يشترط للممارسة حق الشفعة شرطان أساسيان هما: وجود عقار، ووجود شفيع.

² بن غالية سمية فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 97.

³ بوخرص عبد العزيز، بوخروبة حمزة، مرجع سابق، ص 1097.

⁴ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 760-761.

⁵ المرجع نفسه، ص 760-761.

⁶ فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 345-347.

المساهم المتنازل على ثمن عادل، وهو شرط ويتم إدراجه في القانون الأساسي للشركة، هو يهدف إلى منح المساهمين حق التمتع بالأفضلية في شراء الأسهم المتنازل عنها للغير.

الجدير بالذكر أن هذا الشرط يمكن أن يكون ضمن القانون الأساسي ويطلق عليه حينها شرط الشفعة النظامي، ويمكن أن يدرج ضمن اتفاقيات المساهمين¹، والحقيقة أن كلاهما يؤكدان على الاعتبار الشخصي الذي يتجلى بقوة من خلال فكرة العقد ذاتها خصوصا بالنسبة لشرط الشفعة الغير نظامي الذي يمنح الطابع المغلق لشركة المساهمة، فمن خلاله يتفق مجموعة من المساهمين أن يخضعوا للشفعة، بأن يلتزم كل عضو كل عضو فيها أن يعرض أسهمه أولا على المتعاقدين معه قبل عرضها على الغير وتستلهم هذه الاتفاقيات صحتها استنادا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين².

يشترط لإعمال شرط الاسترداد ما يلي:

1- أن يكون قصير المدة، فلا بد أن يكون الميعاد المفروض في شرط الشفعة يحافظ على مشروعيه، إذ يجب تحديد مواعيد قصيرة فيمكن الأخذ بالميعاد المحدد في شرط الموافقة على سبيل المثال، وكذلك لا بد من النص على أنه إذا لم يتم احترام هذا الميعاد من قبل المستفيد سقط حق الشفعة وذلك تفاديا للإهمال العمدي أو غير عمدي للشركة أو المساهم الذي يمكن أن يضر بالمساهم المتنازل وبهذا يحق لكل مساهم محيل استرداد إحالة أسهمه لأي مشتري في حالة عدم ممارسة المساهمين حقهم في الشفعة خلال الأجل المحددة³.

2- أن يمنح المساهم المتنازل ثمنا عادل، إذ يجب أن يحدد الثمن الذي يضمن شرط الشفعة للمحيل تحديدا دقيقا، ويقصد به المقابل الذي يتلقاه المساهم المحيل مقابل تنازله عن حقو في تداول أسهمه في حالة ممارسة باقي المساهمين حقهم في الشفعة⁴.

¹ بلعربي خديجة، مرجع سابق، ص 72.

² مطلاوي نادية، النظام القانوني لحرية تداول القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة 8 ماي

45 قالملة، الجزائر، 2015-2016، ص 126.

³ غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 58.

⁴ على طلال الهادي، مرجع سابق، ص 480.

3- يجب تحديد طرق توزيع الأسهم المشفوع فيها تحديدا دقيقا بين المساهمين حتى لا يتم الاختلال بمبدأ المساواة بين المساهمين، على أن بعض الفقهاء يرى أنه في هذه المسألة يجب التفرقة بين شرط الشفعة المدرج ضمن القانون الأساسين أي النظامي، وبين شرط الشفعة المدرج في اتفاقيات لاحقة، فإذا كان في القانون الأساسي وتم استبعاد بعض المساهمين من ممارسة حق الشفعة فإن ذلك يعد مخالفة لمبدأ المساواة بين المساهمين وبالتالي يمكن إبطاله¹، أما إذا كان في اتفاقية لاحقة فإنه لا يثير مشكلة حول مبدأ المساواة بين المساهمين كونه ناتج عن اتفاق خاص بين الشركاء فهو في هذه الحالة اتفاقية يلتزم بموجبها المساهم الذي يرغب بالتنازل عن أسهمه بإعلام بقية المساهمين الموقعين على الاتفاقية²، وعموما فإن طراف الاتفاقية هم الذين يحددون كيفية تطبيقها وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية تعزيزا للاعتبار الشخصي، فبإمكانهم أن يجعلوا هذا الحق مقتصرًا على أحد أو بعض المساهمين المعيّنين في الاتفاقية، أو ألا يطبقوا شرط الشفعة إلا على نسبة معينة من الأسهم، في حين يتم تداول الأسهم الباقية بكل حرية على الغير³.

4- أن يتعلق بالإحالة للغير إذ يرى أغلبية الفقهاء أنه وبما أن القانون لم يتطرق إلى ميدان تطبيق شرط الشفعة يتعلق بنفس ميدان تطبيق شرط الموافقة، وبالتالي فإنه لا يطبق إلا على الإحالة إلى الغير دون تطبيقها على الإحالة بين المساهمين⁴ ذلك أن كلاهما يهدف إلى الحد من دخول أشخاص لا يحضون بثقة الشركاء أو الحفاظ على الطابع المختار للشركة.

ثانيا: إجراءات إعماله وجزاء مخالفته.

حتى يتم إعمال شرط الشفعة لابد من اتباع إجراءات معينة تعرض صاحبها لجزاء قانونية في حال مخالفتها.

¹ بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص 75.

² غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 57.

³ المرجع نفسه، ص 61.

⁴ بلعربي خديجة، مرجع سابق، ص 75.

1- إجراءات أعمال شرط الشفعة:

اتفق غالبية الفقه على أن إجراءات أعمال شرط الشفعة هي نفسها إجراءات أعمال شرط الموافقة¹، ولا تختلف عنها إلا في مسألة واحدة وهي في أن شرط الموافقة يمكن للمساهم المحيل سحب عرض البيع إذا ما رفضت الشركة المحال إليه المقترح في حين لا يملك حق العدول عن الإحالة إذا ما مارس المساهمون أو أحدهم حقه في الشفعة، وتتمثل هذه في إعلام المساهم للشركة في رغبته في الإحالة، ثم اعلام الشركة بقية المساهمين بمشروع الإحالة، وأخيرا اتخاذ المساهمين القرار بشأن ممارسة حق الشفعة أم لا:

أ- اعلام المساهم الشركة في رغبته في الإحالة: وذلك عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع اشعار بالاستلام توجه هذه الرسالة إلى المساهمين مباشرة إذا ما تعلق شرط الشفعة باتفاقية خاصة بينهم خارجة عن القانون الأساسي أو إلى هيئات الإدارة إذا ما تعلق بالقانون الأساسي، ويلتزم المساهم بذكر عدد أسهمه وقيمها، واسم المحال إليه وكذا شروط الإحالة، والهدف من هذا التبليغ هو السماح للمساهمين المستفيدين من شرط الشفعة مراقبة مدى مشروعية مشروع الإحالة².

ب- إعلام مجلس الإدارة بقية المساهمين بمشروع الإحالة: وهذا الاجراء متعلق بشرط حق الشفعة النظامي، ويلتزم أعضاء هيئات الإدارة مراعاة السرعة المتطلبة في إعلام المساهمين، حتى لا يقع ضررا بالمساهم³.

ج- اتخاذ المساهمين القرار بشأن حق الشفعة: إذ على المساهمين اتخاذ القرار بممارسة حقهم في الشفعة أم لا، خلال المهلة المحددة في القانون الأساسي أو في الاتفاقية المبرمة بينهم، مع ضرورة مراعاة السرعة المتطلبة دائما في هذه المسائل على غرار كل الأحكام التجارية بصفة عامة، وتجدر الإشارة أن المشرع في القانون المدني أعطى مهلة 30 يوما بالنسبة للممارسة حق الشفعة في بيع العقار⁴.

¹ فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 354.

² بلعربي خديجة، مرجع سابق، ص 76.

³ مطلاوي نادية، مرجع سابق، ص 123.

⁴ أنظر المادة 799 ق.م.

2- جزاء مخالفة شرط الشفعة:

فرق الفقه في مسألة جزاء مخالفة شرط الشفعة بين شرط الشفعة التأسيسي وبين شرط الشفعة النظامي.

فبالنسبة للأول فقد اتفق الفقه على أن جزاء مخالفة شرط الشفعة التأسيسي هو نفسه الجزاء المطبق على شرط الموافقة والمتمثل في عدم حجية الإحالة في مواجهة الجميع وليس بطلانها، وبالتالي يمكن للشركة رفض تحويل الأسهم من حساب المحيل على المحيل إليه، كما يمكن للمستفيد من هذا الشرط إخطار مجلس الإدارة عن الامتناع عن تسجيل هذا الشرط¹.

أما الثاني فإن القاعدة العامة أن الإحالة التي تحدث مخالفة لشرط الشفعة غير التأسيسي لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير، وفي هذه الحالة لا يحق للمستفيد سوى المطالبة بالتعويض للضرر الواقع عليه، ولا يحق له المطالبة بإبطال البيع بالأخص إذا كان المحيل إليه حسن النية، أما إذا كان سيئ النية، كأن يكون عالماً بالاتفاقية فالمستفيد يمكنه المطالبة بالتنفيذ الجبري أي بأن يحل محل المحيل إليه²، على أن محكمة النقض الفرنسية لم تعتمد هذا الحل، فلم تسمح بأن يحل المستفيد محل المحيل إليه، ولم تقر سوى بإبطال البيع ضمن الشروط الضيقة للغش والخداع في إطار سوء نية المحيل إليه³، كذلك نجد أن محكمة استئناف باريس قضت بنقل ملكية الأسهم بصورة إلزامية للواعد الذي رفض تنفيذ الوعد بالشراء، وإن كان هذا الحكم ووجهه بالنقد من قبل الفقه لأنه يعتبر إخلالاً بركن نية المشاركة لدى المساهم المجبر على التنفيذ خصوصاً أن هدف شركة المساهمة من وضع هذا الشرط هو تأثرها بالاعتبار الشخصي للمساهمين⁴، وعليه يمكن القول إن شرط الشفعة غير تأسيسي لا يلزم سوى أطراف الاتفاق، ومخالفته ليس له أثر لا على أطراف الإحالة ولا الشركة.

¹ مطلاوي نادية، مرجع سابق، ص 127

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 199.

⁴ المرجع نفسه، ص 200.

خاتمه

بعد عرضنا مختلف جوانب هذا البحث، والذي حاولنا من خلاله الإجابة عن الإشكالية التي تم طرحها في مقدمة الدراسة، تم التوصل إلى جملة من النتائج أهمها:

-أنّ شركة المساهمة هي عماد النظام الرأسمالي، وأداته القانونية المثلى للتوسع الاقتصادي داخل الدولة وخارجها، لذلك عمدت التشريعات إلى تنظيم مختلف الجوانب المتعلقة بها من التأسيس إلى التسيير بقواعد قانونية آمرة على غرار المشرع الجزائري الذي نظم أحكام شركة المساهمة ضمن المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 الذي عدّل الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري.

-أنّه وبالرغم من خاصية الاعتبار المالي التي تتميز بها شركة المساهمة عن شركات الأشخاص إلا أن قراءة متفحصة ودقيقة للأحكام القانونية المتعلقة بشركة المساهمة في القانون التجاري تظهر أهمية ومكانة الاعتبار الشخصي فيها، في مختلف مراحل حياتها، بداية بمرحلة تأسيسها مروراً بمرحلة ممارسة نشاطها الفعلي، والأمر مرتبط بجميع الأطراف الفاعلين في الشركة سواء مؤسسين أو مكنتين أو مسيرين أو حتى مساهمين.

-أنّه ومن أجل تأسيس شركة المساهمة واكتسابها للشخصية المعنوية يتعين اتخاذ إجراءات وإبرام تصرفات قانونية عديدة ضمن مراحل متتالية، بداية بمرحلة تحرير العقد التأسيسي ثم مرحلة الاكتتاب التأسيسي باعتباره الوسيلة القانونية الخاصة بهذه الشركة من أجل تجميع رأس المال، وهي إجراءات يظهر فيها الاعتبار الشخصي وبشكل واضح للمؤسسين وللمكنتين على حد سواء.

-أن عقد شركة المساهمة التأسيسي بالمفهوم المركّب يتموقع مادياً ضمن مجموعة من العقود تهدف كلّها إلى تنظيم عملية التأسيس تمهيداً لدخول الشركة في مرحلة النشاط، أهمها بداية يكون بالعقد الابتدائي الذي يبرم بين المؤسسين ثم يأتي على إثره القانون الأساسي للشركة الذي يتضمن كل المسائل المتعلقة بالشركة وبموجبه ينظّم المكنتين إليها، المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي

وعلى عكس الأنظمة الانجلوسكسونية لم يشر إلى العقد التأسيسي للشركة واكتفى بذكر القانون الأساسي فقط والذي اعتبره بمثابة عقد الشركة.

-العقد الابتدائي للشركة وهو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي البحت يبرم بين مؤسسين ويحكم العلاقة فيما بينهم، و بموجبه يلتزمون بالقيام بكل ما يلزم لتأسيسها، وهو عقد شخصي وغير مسمى يتميز بطبيعة خاصة وقصد محدد، وللاعتبار الشخصي دور مهم وأساسي في وجوده وانعقاده بالنظر إلى ارتباطه بوجود ركن الرضا، كما أن صحة العقد تتأثر بالاعتبار الشخصي للمؤسسين باعتبار أن شخصيتهم هي الدافع للتعاقد معهم بالذات دون غيرهم، وبالتالي يجب أن تكون هذه الإرادة غير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة كالغلط في شخصية المؤسس والاكراه والتدليس.

-القانون الأساسي للشركة هو من الدعائم المكونة لعقد تأسيس شركة المساهمة وبالتالي فطبيعته العقدية وحدها تفرض وجود الاعتبار الشخصي بداهة، كما أن المشرع ومن خلال القانون الأساسي قام بتكريس الاعتبار الشخصي للمؤسسين بمنحه الامكانية للمؤسسين بتجسيد إرادتهم الحرة ضمن القانون الأساسي والاعتداد بها في كثير من المسائل عن طريق تضمين القانون الأساسي للشركة بنودا وقواعد اختيارية من أجل تعزيز القانون أو استكماله، وكذلك من خلال النص على العديد من القواعد القانونية المكملّة أين يحيل المشرع من خلالها إلى القانون الأساسي لتنظيمها ولو بما يخالف القانون، وكذا من خلال فرض الاجماع إذا ما تقرّر تعديله ضمانا لاستقراره، كما أنه منحه القوة الملزمة اتجاه العلاقات الناشئة بين كل الأطراف الفاعلين في الشركة من خلال إكسابه الدرجة العليا والسمو على كل التقنيات والوسائل العقدية التي يمكن أن تبرم بجانبه أو بعده، ومن خلال إكسابه الفعالية في التطبيق عن طريق تفعيل الجزاء الواقع في حق مخالفه.

-أنّ الاكتتاب وكمرحلة ثانية من مراحل إجراءات تأسيس شركة المساهمة بالرغم من أنه يهدف إلى تجميع رأسمال الشركة من المكتتبين بغض النظر عن شخصياتهم ما يدل على خاصية الاعتبار المالي في هذه المرحلة، إلا أن الاعتبار الشخصي لا ينتفي تماما فيه ويظهر في مواطن عديدة في عمليات الاكتتاب بصدد تأسيس الشركة، بداية في الطبيعة القانونية للاكتتاب ودورها في ظهور الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة ومدى تأثره بهذه الطبيعة وتفاعله معها و مع أحكام الاكتتاب بالأخص

المتعلقة منها بشروط الاكتتاب وإثباته، ثم تأثيره في نوعا الاكتتاب بين الاكتتاب باللجوء العلني للادخار أو بدونه، أين يظهر فيهما الاعتبار الشخصي بشكل متفاوت على حسب كل نوع.

-أن الفقه القانوني يميل في تحديد الطبيعة القانونية للاكتتاب إلى اعتباره عقد من نوع خاص وذلك لكونه الوصف الأقرب في تفسير العلاقات الناشئة المنسجم مع الآثار الناشئة عنه، كما أنه يؤكد على النهج التعاقدي الذي يغلب على الخطوات الأولية لتأسيس شركة المساهمة، و يؤثر الاعتبار الشخصي في وجوده وصحته من خلال ركن الرضا الذي ينبني في الغالب على شخصية أطراف المؤسسين من جهة والمكتتبين من جهة ثانية، إذا ما اشترط فيهم شروط معينة، وأيضا لكون قبول المكتتب للاكتتاب في الشركة يمكن أن يتأثر بعيوب الإرادة وفقا للقواعد العامة للقانون خاصة الغلط والتدليس .

-أنّ المشرع وضمنا لجدية المؤسسين منع تداول أسهم الشركة قبل قيد الشركة في السجل التجاري، خروجاً عن قاعدة حرية تداول الأسهم في الشركات المساهمة، وهو ما يعتبر تكريسا الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة من حياة الشركة بالنسبة للمساهمين الأولين سواء كانوا مؤسسين أم لا، يعبر من خلاله عن رغبته في بقاء المكتتبين الأولين في الشركة إلى غاية انتهاء مرحلة التأسيس، كما أنه ومن أجل إثبات الاكتتاب كرس الاعتبار الشخصي للمكتتبين بفرضه ضرورة أن يكون في بطاقة الاكتتاب، التي تتضمن وجوبا بيانات محددة متعلقة بالمكتتب كهويته وهوية موكله وعدد الأسهم التي اكتتب بها.

-أنّ المشرع كرّس الاعتبار الشخصي عند الاكتتاب في الشركة ذات التأسيس باللجوء العلني للادخار، من خلال خروجه عن مبدأ تناسب عدد الأصوات مع عدد الأسهم عند التصويت داخل الجمعية العامة التأسيسية، عندما وضع حدودا للتصويت داخلها، تمثلت في أن عدد الأصوات وإن كان يساوي عدد الأسهم إلا أنه يجب ألا تجاوز نسبة 05%، يضاف إلى ذلك مسأله حساب الأصوات عند تخفيض قيمة الحصّة العينية، فقد فرض المشرع أن يتمّ على أساس الشخص وليس على أساس القيمة الاسمية للحصّة المقدمة لكلّ مساهم من خلال التأكيد على ضرورة مشاركتهم في التصويت بشخصهم، بل وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك بحيث اعتبر الشركة غير مؤسسة أصلا ويتوقف

استكمال إجراءات تأسيسها إذا لم يوافق مقدمو الحصّة العينية على هذا التخفيض بمحضر الجمعية التأسيسية.

-أما بالنسبة للاكتتاب دون اللجوء العلني للادخار فهو اكتتاب قائم ويشكل واضح على الاعتبار الشخصي للمؤسسين من خلال طبيعة المساهمين فيه، إذ يقتصر في الغالب على فئة محددة من الأشخاص وهم المؤسسون يجتمعون ويقررون إنشاء شركة المساهمة فيما بينهم، وغالبا ما تربط بينهم علاقات ويشتركون في رأس المال وبالتالي حصر الاكتتاب على الأسهم فيما بينهم، كما أنها تميزت بمراعاتها للاعتبار الشخصي للمؤسسين والمكتتبين على غرار كيفية إثبات الاكتتاب الذي يتم بموجب عقد يعدّه الموثق بناء على تصريح مساهم أو أكثر تأكيدا منه على الطبيعة العقدية للاكتتاب التأسيسي، أو اشتراط توقيع القانون الأساسي من قبل جميع المساهمين بأنفسهم للمصادقة عليه بالاعتبار أن هذا النوع من الاكتتاب لا يجتمع فيه المؤسسون في جمعية تأسيسية، وأيضا اشتراط على أن وكيل المؤسس يجب أن تتضمن وكالته تفويضا خاصا بالتوقيع على الانضمام إلى الشركة.

-أن المشرع الجزائري ومعظم التشريعات المقارنة، فرض قيود وشروط تتعلق باستحضار شخصية المؤسسين أو إحدى الصفات الجوهرية فيهم حتى يمكنهم تأسيس شركة مساهمة، وهذه الشروط تخرج المؤسسين من حدود الاعتبار المالي لتخاطب الجانب الشخصي فيهم، وأكثر ما تظهر هذه الشروط في شركات المساهمة التي يكون موضوعها خاص كما هو الحال بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية.

-رغم قيام شركة المساهمة على مبدأ تحديد المسؤولية، إلا أن المشرع قد يوقع المسؤولية التضامنية غير المحدودة على المؤسسين، وهذه المسؤولية هي مظهر آخر من مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة في أشبه بالمسؤولية التضامنية للشريك في شركات الأشخاص كاستثناء عن المبدأ العام.

-أن المشرع الجزائري نص في المادة 549ق. ت على إعمال المسؤولية التضامنية والشخصية للمؤسسي الشركات التجارية عامة عن التصرفات القانونية التي يقومون بها قبل الغير خلال فترة التأسيس، أي عن التعهدات المبرمة قبل قيد الشركة في السجل وهو الأمر الذي إذا ما طبق على شركة

المساهمة يعدّ خروجاً عن خصائصها ومميزاتها التي تقتضي المسؤولية المحدودة للمساهم بقدر قيمة مساهمته، غير أن الفقرة الثانية من ذات المادة تم فيها التخلي عن الاعتبار الشخصي من خلال السماح بالمؤسسين بنقل آثار تلك التعهدات على عاتق الشركة وبالتالي العودة مرة أخرى إلى المسؤولية المحدودة وإلى الاعتبار المالي.

-كما أن المشرع أجاز في المادة 715 مكرر 23ق. ت للقاضي إقرار المسؤولية التضامنية للمؤسسين عند اخلالهم بإجراءات التأسيس، وحدد النطاق الشخصي لهذه المسؤولية التي يمكن أن تطل إلى جانب المؤسسين القائمين بالإدارة الأولين ومقدمو الحصص العينية الذين لم يتم التحقيق في حصصهم، كما أنه حدد النطاق الموضوعي للمسؤولية التضامنية في هذه الحالة وربطها بصدور حكم بالبطلان دون أن يتطرق إلى نوع المسؤولية في حالة عدم وجود خرق لإجراءات التأسيس ولكن لم يصدر حكم بطلان الشركة.

-بعد اكتمال تأسيس الشركة تدخل في مرحلة بدء ممارسة نشاطها، وقد عني المشرع بمختلف الجوانب المتعلقة بهذه المرحلة سواء تلك المرتبطة بكيفية تسييرها وإدارتها أو تلك المتعلقة بتنظيم رأسمال الشركة وبالأخص بمسألة تداول الأسهم فيها، والحقيقة أن كل هذه الأحكام ماهي إلا دلالة على خاصية التنظيم والاعتبار المالي الذي تقوم عليه الشركة، غير أن هذا لا يعني انتفاء الاعتبار الشخصي تماماً، ففي ذات الأحكام كرّس المشرع الاعتبار الشخصي ويظهر وبشكل ملحوظ من خلال استحضار شخصية المسير في الأحكام المتعلقة بالمسير والتسيير على حد سواء، ومن خلال استحضار شخصية المساهم في الأحكام المتعلقة بتنظيم راس مال الشركة.

-يظهر الاعتبار الشخصي للمسير من خلال الضوابط الشخصية المتعلقة به والتي تعتبر بمثابة شروط عامة مسّت الجانب الشخصي للمسير، فرض المشرع ضرورة توافرها في الراغب في العضوية في هيئات تسيير شركة المساهمة عموماً أو في تلك التي تعلقت بقوانين خاصة بالأخص تلك المتعلقة بمسيري البنوك والمؤسسات المالية على اعتبار أنها شركات مساهمة في النهاية، وهي ضوابط تعلقت بالمسير القانوني أو المسير الفعلي على اعتبار أن المشرع أخذ بالمفهوم الموسع للمسير، بالإضافة إلى ذلك فرض المشرع مجموعة من الشروط المتعلقة بصفة شخصية بمسيري البنوك

والمؤسسات المالي بالنظر للخصوصية التي يمتاز بها النشاط المصرفي ومتطلبات حماية المهنة المصرفية من أن يدخلها من ليس اهلا لها.

-يظهر الاعتبار الشخصي للمسير أيضا أثناء ممارسة فعل التسيير من خلال تحديد النصاب المطلوب من أجل التصويت داخل هيئات الإدارة والمرتبط بعدد أعضائها وليس بعدد الأسهم كما في الجمعية العامة، وهذا من باب التشديد على ضرورة حضور أعضاء هيئات الإدارة وضمان اتخاذ قرارات جدية تخدم الشركة وتحفظ مصالحها، وقام المشرع بتحميل المسير المتغيب عن اجتماعات هيئات الإدارة المسؤولية القانونية إلا إذا برر غيابه بعذر مقبول.

- كما يظهر الاعتبار الشخصي للمسير أثناء ممارسته لفعل التسيير في الاتفاقيات التي قد يبرمها مسيري الشركة بصفتهم الشخصية مع شركة المساهمة فقد خصّها المشرع بأحكام قانونية تستلزم إتمام إجراءات خاصة لعقدها تتمثل أساسا في ضرورة الحصول على ترخيص مسبق، هذا الإجراء يشكل تكريسا واضحا للاعتبار الشخصي للمسيرين أثناء ممارستهم لمهام التسيير، الهدف منه بالدرجة الأولى هو حماية مصالح الشركة عندما تتعارض مع مصلحة مسيرها.

-أنّ المشرع كرّس الاعتبار الشخصي للمسيرين من خلال تقرير المسؤولية الشخصية في حقهم في حال مخالفتهم للقانون أو ارتكابهم أخطاء التسيير، وتكون مسؤولية المسير الشخصية مسؤولية فردية تلحق عضوا بالذات وقد منح المشرع التجاري وفقا للمادة 715 مكرر 23ق. ت، ج لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تقرير المسؤولية الفردية في الحالات معينة، ويجوز أن تتحول هذه المسؤولية الفردية إلى مسؤولية مشتركة وعلى وجه التضامن وذلك في عدة حالات عدّة حالات نص عليها المشرع الجزائري، بهدف محاربة مسألة تداري المسيرين وراء بعضهم للتوصل من المسؤولية أو استعمال أشخاص صوريين يصدر عنهم للمسؤولية عند اللّزوم كم جهة، ومن جهة ثانية كون أسهم الضمان لا تشكل أي قيمة أو فائدة عمليا بالنظر لضآلتها أمام ضياع المبالغ الضخمة نتيجة سوء الإدارة.

-أنّ سحب الإفلاس من بين أهم الآثار القانونية الدالة على الاعتبار الشخصي للمسير نتيجة ممارسته لفعل التسيير الخاطئ، والذي أدى بالشركة إلى الإفلاس والتسوية القضائية، وهو جزاء مشدد يعتبر خروجاً عن القواعد العامة، فرضه المشرع في نص المادة 224ق. ت، ج التي تضمنت شروط

تمديد الإفلاس، وهو حكم مدعم بالمادة 1 من القانون رقم 22-90 المتعلق بالسجل التجاري التي أضفت الشرعية القانونية على أعضاء مجلس الإدارة فيما يخص شهر إفلاسهم بأن منحهم صفة التاجر صراحة.

-أنه وفي إطار تجسيد الاعتبار المالي الذي تتميز به شركة المساهمة فأن للمساهم الحق في التنازل أسهمه دون قيد أو شرط، غير أنه وبصدد الاكتتاب من أجل زيادة رأسمال الشركة ومن أجل تفادي الاضرار بالمساهمين القدامى خاصة تلك المنقطعة من الأرباح التي شاركوا في إنتاجها، قرر المشرع مزايا خاصة للمساهمين القدامى في مواجهة المساهمين الجدد، تعطي دورا للاعتبار الشخصي لهم في شركة المساهمة، تمثلت في منحهم حق الأفضلية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة من جهة، ومن جهة ثانية فرض المشرع على الشركة إصدار أسهم بقيمة أعلى من قيمتها الاسمية، وألزم المساهمين الجدد بدفع ما يسمى بعلاوة الإصدار التي تمثل مقابلا للاشتراك في الأرباح التي تم ادخالها من أجل تحقيق التوازن بين المساهمين الجدد والقدامى.

-أنّ المشرع سمح للمساهمين وضع قيود الاتفاقية على عملية تداول الأسهم ضمن اتفاقات المساهمين، والتي ماهي إلا تجسيدا للاعتبار هم الشخصي، وذلك عن طريق السماح لهم من خلال مبدأ الحرية التعاقدية الالتفاف على القواعد القانونية الملزمة والمبادئ الصارمة لشركة المساهمة بموجب اتفاقات جانبية تهدف إلى رعاية مصالحهم المالية، ولعل أبرز هذه الاتفاقات تلك الخاصة بوضع قيود على عملية تداول الأسهم في الشركة إلى مساهمين آخرين لاعتبارات شخصية مختلفة تمثلت أساس في شرط الموافقة وشرط حق الشفعة، وهما من أهم الاتفاقات التي تعد تجسيد واضحا للاعتبار الشخصي للمساهمين.

أخيرا وتأسيسا على ما سبق، وكإجابة عن الإشكالية التي طرحناها في مقدمة البحث والمتمثلة في: إذا كانت الخاصية الأساسية في شركة المساهمة هي قيامها على الاعتبار المالي، فهل هذا يعني أن هذه الخاصية عامة لا تقبل الاستثناء؟ أم أن هناك ما يبرر وجود مظاهر مختلفة للاعتبار الشخصي في حياة الشركة؟

يمكن القول أن تصنيف شركة المساهمة كأهم شركة من شركات الأموال نابع من قيامها على الاعتبار المالي، فمن المعلوم أنّ أساس تصنيف الشركات عموماً يتم وفقاً لغلبة كلا من الاعتبار المالي أو الشخصي فيها وتفاوت نسبة تأثير كل منهما، وهذا يعني أن الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة وإن كان بنسب أقل من الاعتبار المالي إلا أنه لا ينتفي تماماً وإنما يظهر في مختلف الأحكام وبدرجات متفاوتة، وفي كل مرة يكرّس فيها المشرع الاعتبار الشخصي كان بهدف تحقيق الحماية بالمجمل، فكرّس الاعتبار الشخصي للمؤسسين أثناء عملية التأسيس بهدف ضمان جدية التأسيس وبالتالي حماية الشركة وحماية المكتسبين الأولين من الاكتتاب في شركات وهمية ليس لها وجود قانوني في إطار الحفاظ على الادخار العام.

ونفس الأمر حينما قام بتكريس الاعتبار الشخصي لمسير الشركة فكان بهدف ضمان جدية المسير في التسيير من أجل حماية الشركة وضمان أن من يقوم بتسييرها وإدارتها أشخاص أكفاء قادرين على تحقيق استمراريتهما ونجاحهما، وفي إطار حماية دائني الشركة وحماية أصولها وحماية الادخار العام يتحمل المسير المسؤولية المدنية إذا ما حدث خطأ في التسيير، كما أنه ومن أجل حماية المساهمين وحماية حقهم في أموال الشركة وأرباحها كرّس المشرع الاعتبار الشخصي للمساهمين من خلال تقرير حقهم في الاكتتاب فيها بالدرجة الأولى وفرض علاوة الإصدار على المساهمين الجدد، ومن خلال السماح لهم بإبرام اتفاقات جانبية من أجل فرض قيود على مبدأ حرية تداول الأسهم بهدف استبعاد الأشخاص غير المرغوب فيهم لاعتبارات شخصية فيهم من شراء أسهم الشركة والانضمام إليها.

وبناء على ما سبق تقريره في ثنايا هذا البحث وعلى النتائج السابقة سجلنا بعض المقترحات التي يمكن أن نوجزها على النحو التالي:

- ضرورة تبسيط إجراءات تأسيس شركة المساهمة ومحاولة تليينها من خلال توضيح التموقع المادي للعقد التأسيسي لشركة المساهمة وتوضيح مكوناته الأساسية التي تدعم النظام الأساسي للشركة، ومعالجة كل الإشكالات القانونية التي تطرحها.

- إعادة النظر في الحد الأقصى لعدد المساهمين في شركة المساهمة، وهو الأمر الذي فعله المشرع الفرنسي إذ أصبحت تؤسس بشخصين فقط، خصوصاً مع تبني المشرع لشركة المساهمة البسيطة التي

قد تؤسس بشخص واحد وتسمى حينها شركة المساهمة البسيطة ذات الشخص الوحيد، بالإضافة إلى ضرورة تعزيز الشروط المتعلقة بمؤسسي شركة المساهمة بشرط الاكتتاب في شركة المساهمة من أجل ضمان جدية المؤسسين وإعطاء ثقة أكبر للمكتتبين.

-مراجعة الأحكام المتعلقة بمسؤولية المؤسسين، سواء فيما يتعلق بالمسؤولية التضامنية عن التعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس بمنحها الفعالية في التطبيق وضمان الامن القانوني للغير وللدائنين، أو فيما يتعلق بالمسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس بتعزيزها من خلال تجديد نوع المسؤولية عند عدم صدور حكم ببطلان الشركة.

-تعزيز الشروط المتعلقة بالمسير بشروط تعنى بالجانب الأخلاقي والعلمي والمهني للمسير، وإضافة شرط السن وتمثيل المرأة أسوة بالمشعر الفرنسي لما يحققه من بعث لروح المبادرة والتجديد في التسيير، بالإضافة إلى ضرورة تسهيل اجتماعات المسيرين من خلال النص على إمكانية أن تتم بوسائل الاتصال الحديثة خاصة مع تنوعها واختلافها واثباتها لفعاليتها.

- مراجعة الأحكام المتعلقة بتمديد الإفلاس لمسير الشركة من خلال تحديد موقفه بالنسبة للأخطاء المؤدية إلى إمكانية الإفلاس الشخصي للمسير، وذكرها على سبيل الحصر لا المثال أسوة بالمشعر الفرنسي، من أجل مساندة ما تذهب إليه التشريعات الحديثة من محاولة تخفيف العقوبات على مسيري الشركات بصفة عامة في إطار التشجيع على ممارسة مهنة التسيير بكل حرية وجرأة وفتح المجال للمبادرة الحرة الفردية أو حتى الجماعية.

-التفاعل مع متطلعات المساهمين وعدم تجاهل ما يلهم به الواقع من ممارسات مختلفة، من خلال الاعتراف الموسع باتفاقات التي يبرمها المساهمين بالموازاة مع القانون الأساسي لشركة، وذلك من أجل دفعها والمساعدة على تطويرها وإعطاء رصيد كافى من الحرية التعاقدية للمساهمين، وما يتبع ذلك من تفعيل لآلية العقد في شركة المساهمة.

تمّ بحمد الله.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

❖ النصوص القانونية الجزائرية

• النصوص التشريعية

- (1) الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج. ر عدد 78 المؤرخة في 26 سبتمبر 1975.
- (2) أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- (3) القانون 90-10. لقانون رقم 90.10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج. ر، العدد 16 الصادرة في 18 أفريل 1990.. الملغي
- (4) المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، ج. ر، عدد 27 سنة 1993 وعدد 43 سنة 1993 المعدل والمتمم.
- (5) مرسوم تشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 مايو سنة 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة.
- (6) الأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10/01/1996، يعدل ويتمم القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18/08/1990 والمتعلق بالسجل التجاري، ج. ر عدد 03، المؤرخة 10/01/1996.
- (7) القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22/12/2001 متضمن قانون المالية لسنة 2002، ج. ر، عدد 79 المؤرخة في 23/12/2001.
- (8) قانون رقم 02-11 المؤرخ في 24/12/2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج. ر، عدد 86 المؤرخة في 24/12/2002.
- (9) قانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فبراير سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم.

- (10) الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر، عدد 52 المؤرخة في غشت 2003.
- (11) الأمر رقم 604-2004 المؤرخ في 24 جويلية 2004، المتعلق بتعديل نظام القيم المنقولة الصادرة عن الشركات التجارية.
- (12) القانون رقم 08-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج. ر عدد 52 المؤرخة في 14 أوت 2004 المعدل والمتمم.
- (13) قانون المالية التكميلي رقم 05-05 الصادر بتاريخ 26/06/2005، ج. ر عدد 52.
- (14) الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. المؤرخة في 16 جويلية 2006 عدد 46.
- (15) القانون 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- (16) القانون 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- (17) القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
- (18) القانون رقم 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 يعدل ويتمم الامر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
- (19) القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.
- (20) القانون رقم 05-13 مؤرخ في 23 جويلية سنة 2013 يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها، ج، ر عدد 39، المؤرخة في 31 جويلية 2013.
- (21) القانون رقم 18-15 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر عدد المؤرخة في 31 ديسمبر 2015.
- (22) القانون رقم 09-16 مؤرخ في 3 أوت سنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 المؤرخة في 03 أوت 2016.

(23) بالقانون رقم 20-15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن تعديل القانون التجاري، ج. ر، عدد 71، المؤرخة في 30 ديسمبر، 2015، المعدل المتمم.

(24) القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 48 الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

(25) القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 48 الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

(26) بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 5 ماي 2022، ج. ر عدد 32، المؤرخة في 14/05/2022.

• النصوص التنظيمية

(1) النظام 92-05 المؤرخ في 22/03/1992 يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيرها، ج. ر، عدد 80 المؤرخة في 07/02/1993.

(2) المرسوم التنفيذي 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج. ر عدد 80 الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 1995.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 06 - 454 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، ج، ر عدد 80، المؤرخة في 20 11 ديسمبر سنة 2006م.

(4) النظام رقم 06-02 المؤرخ في 24/09/2006 المتضمن تحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشرط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، ج. ر عدد 77 الصادرة بتاريخ 06/12/2006.

(5) النظام رقم 01-07 مؤرخ في 03/02/2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

(6) التعليم رقم 01/07 لمؤرخة في 23 ديسمبر 2007 والمتعلقة بضبط شروط تأسيس البنوك والمؤسسات المالية وإقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية منشور على موقع بنك الجزائر.

❖ النصوص القانونية العربية

- (1) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- (2) مجلة الشركات التونسية القانون عدد 93 المؤرخ في 03/11/2000.
- (3) قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1998، المعدل بالقانون رقم 24 لسنة 2004.
- (4) قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته.
- (5) القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ج. ر عدد 40 الصادرة في 01/أكتوبر 1981.
- (6) القانون المصري رقم 04 لسنة 2018، ج. ر العدد 02 مكرر (ط) المؤرخ في 16 يناير 2018 المعدل لبعض أحكام شركات المساهمة وشركات التوصية بأسهم وشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادرة بقانون رقم 159 لسنة 1981.
- (7) قانون الشركات البحريني رقم 28 لسنة 1975.
- (8) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم رقم 6 لسنة 1965.
- (9) مرسوم اشتراعي اللبناني رقم 304-صادر في 24/12/1942، المادة معدلة وفقا للمرسوم 9798 تاريخ 04/5/1968.
- (10) قانون الشركان التجارية القطري رقم (11) لسنة 2015.
- (11) القانون البحريني رقم 50 لسنة 2014 الصادر بتاريخ 18/09/2014.

- (1) أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2016.
- (2) أبوزيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن شركة المساهمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
- (3) أحمد الورفلي، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- (4) أحمد زكي بدوي، صديقي يوسف محمود، إسماعيل محمد هاشم، معجم المصطلحات القانونية والمصرفية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1994.
- (5) أحمد شكري سباعي، الوسيط في الشركات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، مصر، 2001.
- (6) إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية ج 11، الشركة المغفلة (شركة المساهمة) رئيس مجلس الإدارة المدير العام ومفوضو المراقبة، ط1 توزيع مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- (7) إلياس نصيف، الكامل في قانون التجارة (الإفلاس)، ج4، عوايدات للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1999.
- (8) إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- (9) بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، دار هومة 2020.
- (10) جاسم فاروق إبراهيم، حقوق المساهم في شركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- (11) جاك غيستان. J GHESTIN، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة (منصور القاضي) المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 01، سنة 2000.

- (12) حمد الله محمد حمد الله، حرية المساهم في التصرف في أسهمه، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- (13) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
- (14) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- (15) الطيب بلولة ترجمة محمد بن بوزة، قانون الشركات، ط2، برتي للنشر.
- (16) عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن - دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة - دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- (17) عباس حلبي المنزلاوي، الافلاس والتسوية القضائية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- (18) عبد الأول عابدين بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008م.
- (19) عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- (20) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، ج1: مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر.
- (21) عبد المجيد الزرواقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 2010.
- (22) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
- (23) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- (24) عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2008.

- (25) على طلال الهادي، الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة لتأسيس وتداول الأسهم والحصص في شركات الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- (26) على فيلاي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2002.
- (27) غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في شركات المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، بنان، ط1، 2008.
- (28) فاروق إبراهيم جاسم، النظام القانوني لمؤسسي شركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2013.
- (29) فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، د ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2013.
- (30) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة ج3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2022.
- (31) قرمان، عبد الرحمان السيد، العقود وعمليات البنوك، طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، مكتبة الشقري، ط2، السعودية، 2010، ص256.
- (32) كمال العياري، المسير في الشركات التجارية شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، الجزء الأول، منشورات مجمع الأطرش المختص الطبعة 1، تونس 2010.
- (33) محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة- طبيعتها وأحكامها، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- (34) محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية-دراسة مقارنة-ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.
- (35) مصطفى كمال طه، الشركات التجارية. د ط. الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 1997.
- (36) مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016م.
- (37) نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 2008 الجزائر.

❖ الأطروحات والمذكرات

- (1) بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وفقا للتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016. 2017م.
- (2) حلوش فاطمة أمال، حق المساهم في التصرف في أسهمه في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه قانون خاص، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2009، 2008م.
- (3) حميدة نادية، الأموال الاحتياطية في شركة المساهمة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2015-2016.
- (4) زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركة التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، سنة 2016 - 2017م.
- (5) شريط نسيم، شرط الموافقة في شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى إسطنبولي معسكر، الجزائر، 2019- 2020م.
- (6) عماري جويذة، المسؤولية القانونية لهيئات التسيير التقليدية في شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل. م. د في الحقوق تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2021-2022.
- (7) عياطه نايلة، المسؤولية الجزائية للمسيرين في عالم الاعمال، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر-1 بن خدة يوسف، سنة 2018.
- (8) فاتح آيت مولود، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري سنة 2011 - 2012.

9) أمال بلميلود، المسؤولية المدنية للمسيرين في شركات المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين سطيف2، الجزائر، 2014-2015.

10) بلعربي خديجة، المميزات القانونية للسهم، رسالة ماجستير في القانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة بلقايد، وهران، الجزائر، 2013، 2014

11) ضاري الواوان، النظام القانوني للاكتتاب العام في أسهم شركة المساهمة العامة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

12) مطلاوي نادية، النظام القانوني لحرية تداول القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة 8 ماي 45قالملة، الجزائر، 2015-2016.

13) نور عيسى سالمين، الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2021.

❖ المقالات

1) إبراهيم بن مختار، ضوابط تأسيس وإدارة شركات المساهمة في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، تسمسليت، الجزائر، 2019.

2) أسماء بن ويراد، واقع المساواة داخل شركة المساهمة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، الجزائر، المجلد 01، العدد 07، 2021.

3) بالعيشاوي محمد الطاهر، المسؤولية المدنية لهيئات التسيير التقليدية لشركات المساهمة في القانون الجزائري، مجلة العلوم السياسة والقانون، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، العدد 06، المجلد 02، يناير 2018.

- (4) بن قادة محمود أمين، الآليات القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال الاحتياطية دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة مركز حكم القانون ومكافحة الفساد، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، 2019.
- (5) بن ويراد أسماء، التعيينات القضائية كآلية لحماية المساهم في شركة المساهمة، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد 02، المجلد 02، نوفمبر 2018، المركز الديمقراطي العربي-ألمانيا-برلين.
- (6) بوخرص عبد العزيز: المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركات المساهمة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2018.
- (7) بوخرص عبد العزيز، بوخروبة حمزة، مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، جامعة خيضر بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2021.
- (8) بوخرص عبد العزيز، بوعمار صبرينة، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، 2022.
- (9) بوخرص عبد العزيز، خروج المشرع عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 11، سنة 2018.
- (10) بوخرص عبد العزيز، عبد المجيد صغير بيرم، مسؤولية مؤسسي الشركات التجارية في القانون الجزائري "عن عدم كفاية، وعدم فعالية النص القانوني"، مقال ضمن مؤلف جماعي بعنوان "نحو إعادة صياغة ومراجعة أحكام الشركات التجارية، جماعي. منشورات كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد بوضياف المسيلة، جوان 2021.
- (11) بوخرص عبد العزيز، التدخل في الإدارة كشرط لإضفاء صفة المسير الفعلي في شركة المساهمة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2022.

- 12) بوعمار صبرينة، بوخرص عبد العزيز، المسير في الشركات التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد 07 - العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2022.
- 13) بوخروبة حمزة، الطبيعة القانونية لشركة المساهمة البسيطة "شركة المؤسسات الناشئة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 08، العدد 02، 2023.
- 14) حمدي محمود بارود، العضوية في مجلس إدارة شركة المساهمة، دراسة في البناء التقليدي والحديث لشركة المساهمة على ضوء قواعد الحوكمة، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية المجلد 13، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010.
- 15) خالد العمري، الطبيعة القانونية للاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 10، جانفي 2015.
- 16) خيار رغدة، نطاق تطبيق نظرية المسير الفعلي في الشركات التجارية وفقا للقانون التجاري الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8 العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر سنة 2021.
- 17) رحيم عبيد عطية، علاوة الإصدار (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، العدد الأول، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2012.
- 18) زياد العلي محمد، المؤسس في شركة المساهمة المغفلة، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 64، كلية الحقوق قسم القانون التجاري، جامعة دمشق سوريا 2017.
- 19) سالم عبد الرحمان غميص، الطبيعة القانونية لعقد تأسيس شركة المساهمة وأثره على صغار المساهمين في القانون البحريني دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية الحقوق جامعة الزاوية، ليبيا، 2015.
- 20) شيباني نظيرة، هوية المسير في الشركات التجارية، مجلة الندوة للدراسات القانونية المركز الجامعي غليزان، العدد الأول، 2013.

- (21) صحراوي نور الدين، الإطار القانوني لحق التصويت في الجمعيات العامة في شركة المساهمة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، 2019.
- (22) صحراوي نور الدين، الإطار القانوني لحق التصويت في الجمعيات العامة في شركة المساهمة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019.
- (23) طاهري بشير، المركز القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة باللجوء العلي للاذخار في القانون الجزائري، مجلة المدبر، العدد 7، المدرسة العليا للعلوم الاقتصادية والتجارية والعلوم القانونية، الجزائر، 2018.
- (24) علي جمال الدين عوض، أثر إفلاس الشركة على الشركاء، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، مجلد 34، العدد 03، سنة 1960، ص 286.
- (25) علي فوزي إبراهيم الموسوري، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة دراسة في قانون الشركات العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، سنة 2011.
- (26) العمري خالد، النظام القانوني لزيادة رأس المال شركة المساهمة، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 06، العدد 02، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار إليزي، الجزائر، 2021.
- (27) غانم عبد الجبار، الاكتتاب المغلق بأسهم شركة المساهمة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للعلوم لقانونية السياسية، العراق، العدد 2، 2002.
- (28) فادية محمد إسماعيل، الوضع القانوني لتصرفات مؤسسي شركة المساهمة في مرحلتي ما قبل التأسيس وما بعدها (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع ال عدد 2، جامعة ديالى، العراق، 2015.

29) فاروق إبراهيم جاسم، تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة "دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنجليزي والفرنسي"، مجلة النبار للعلوم القانونية والسياسية، ال عدد8، جامعة الأنبار، العراق، 2014.

30) فرواني أمال ليندة، حوالم عبد الصمد، أحكام الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسريها من حيث الأشخاص، مجلة"Maghrébine Management des Organisations"، كلية الاقتصاد والإدارة والعلوم التجارية والمالية، جامعة بالقائد عبد القادر، العدد2، سنة 2017.

31) فرياد شكر حسين، الاكتتاب في رأسمال شركة المساهمة الخاصة (دراسة تحليلية)، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، مجلد 5، العدد18، 2016.

32) فلاح زهرة، الإطار القانوني لحق المساهم في التصويت -دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 08، العدد02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2021.

33) قدوري حميد، تمديد الإفلاس كجزء عن قيام المسؤولية في حالة إفلاس شركة المساهمة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والادارية المركز الجامعي أحمد زبانه بغليزان، الجزائر، العدد7، ديسمبر 2016.

34) قوسوا شهرزاد، سلطة مجلس المراقبة بأبداء الملاحظات والاطلاع بشركات المساهمة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بالعباس، الجزائر المجلد الثاني، العدد الرابع، 2018.

35) لطيف جبر الكوماني، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 31جويلية 2006، مقال متاح على الموقع: <https://ao-academy.org/2006/07/508.htm>

36) محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية-دراسة مقارنة-ط1، المؤسسة الجامعية الدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.

- (37) محمد فتاحي، شرط الموافقة كقيد يحد من حرية المساهم من تداول أسهمه في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، العدد 03، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2014/09/30م.
- (38) مفتاح بوجلال، أثر الاعتبار الشخصي وأبعاد النطاق التعاقدي في شركة التضامن: دراسة مقارنة بين التشريعين القطري والفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 1، العدد التسلسلي 29، رجب - شعبان 1441هـ - مارس 2020م،
- (39) منصور بختة، الاكتتاب في شركة المساهمة وفقا للتشريع الجزائري بين العقد والنظام، المجلة الأكاديمية القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2021.
- (40) منصور بختة، مبدأ عدم تدخل مجلس المراقبة في تسير شركات المساهمة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، سنة 2016.
- (41) مراوي فوزية، الحق التفاضلي في الاكتتاب لزيادة رأس المال نقدا في شركة المساهمة، مجلة القانون الدولي والتنمية، مجلد 9 العدد 02، 2021، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، جامعة محمد بن باديس مستغانم، الجزائر.
- (42) نادية محمد مصطفى قزمار، حدود المسؤولية العقدية في إطار بذل عناية أو تحقيق نتيجة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مركز بحوث الشرق الأوسط، عمان، الأردن، المجلد 07، العدد 48، 2019.
- (43) هيلان عدنان أحد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، مجلد 8، عدد 29، سنة 2019.
- (44) ياسر باسم ذنون، عرفان عمر خالد، الدعوى الخاصة بمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة المساهمة الخاصة وآثارها، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، مجلد 3، العدد 1، سنة 2009.

❖ **Ordonnances et lois.**

- 1) *Code civile Français.*
- 2) *Code de commerce Français.*
- 3) *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*
- 4) *Décret n°2020-1742 du 29 décembre 2020*
- 5) *Instruction N° 07-11, du 23 décembre 2007, fixant les conditions de constitutions de banque et d'établissement financier, et de succursale de banque d'établissement financier étranger.*
www.bank-of-algeria.dz
- 6) *Loi bancaire de 1996*
- 7) *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.*
- 8) *Loi 66-537 1966-07-24 JORF 26 juillet 1966 rectificatif JORF 19 octobre 1966 en vigueur le 1er février 1967.*
- 9) *Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, JORF 19 octobre 1966 en vigueur le 1er février 1967*
- 10) *LOI n°2022-172 du 14 février 2022*
- 11) *Instruction N° 171 du lundi 25 et Mardi 26 juillet 1966.*
- 12) *Ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2020*
- 13) *Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 - art. 29 () JORF 26 juin 2004*
- 14) *Ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020*

❖ **Les ouvrages**

- 1) *(ŒUVRES DE POTHIER, Traité des obligations.de La présentation des fautes, par M. PUGNET t 2 paris 1848*
- 2) *Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon, Aide-mémoire, droit des affaires, 19e edition Sirey,*

- 3) Bruno Dondero, Paul Le Cannu, *Droit des sociétés*, 4e éd., Montchrestien 2012, p. 281, n°452.
- 4) Deen Gibirila. *Droit des sociétés*, Ellipses, 2008, 3e éd.
- 5) Dominique Velardocchio Flores, *Les accords extra statutaires entre associés*, PUAM, Marseille, paris1993,
- 6) Georges Ripert, René Roblot, *traité de droit commercial, les sociétés commerciales*, t1 ; v2,18 ème edition L.G.D.J DELTA,2002 par Michel Germain
- 7) Ibrahim NAJJAR, *l'accord de Principe*, Recueil DALLOZ, 1991
- 8) Juris-classeur. *Structures réglementations et contrôles publiques des professions bancaires*, éditions techniques, Fascicule50.1990
- 9) Mamadou Barry *Modalités de l'exclusion d'un associé master 2 droit affaires university de Reims Champagne-Ardenne ufr de Droit et Science Politique, frence,201–6-2017*
- 10) Maurice Hauriou, *principes de droit public*, préface d'Olivier Beaud, DALLOZ,2010
- 11) Nour-Eddine Terki; *Les sociétés commercial*, ajed edition,2010,
- 12) Olivier Moréteau. *Le droit anglais des affaires*,1erédition DALLOZ, Paris,2000,
- 13) Paul Didier-Philippe Didier, *Les sociétés commerciales*, t2 Economica point delta,2011
- 14) Philippe Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10ème éd, 2005.
- 15) Sophie SCHILLER, *Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*, Rep sociétés, Dalloz, 2009.
- 16) Yves GUYON, *droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés*12 ème édition aut2003.p148.et -Jean Pierre-SORTAIS, *constitution des sociétés*, Rép sociétés, DALLOZ, sep 2004

- 17) Yves GUYON, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème édition, L.G.D.J, 2002.

❖ **Les thèses**

- 1) Caroline COUPET ; *L'attribution du droit de vote dans les Sociétés ; Thèse de doctorat en Droit privé, l'Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II) ; soutenue le 7 Décembre 2012*
- 2) Caroline Leroy. *LE PACTE D'ACTIONNAIRES DANS L'ENVIRONNEMENT SOCIÉTAIRE*, Doctorat de Droit Privé, UNIVERSITE PARIS - EST CRETEIL VAL DE MARNE ECOLE DOCTORALE ,2010
- 3) G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse, Paris, 1978 ; J.-M.
- 4) JEAN-MARIE. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait , étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse ROUEN, 1982.
- 5) Jean-Richard Nez Nyong Dit Mble. *Le dirigeant de fait en droit privé français*. Thèse de doctorat en droit privé, Université Nancy 2, 2008.
- 6) Van Tinh VU, *La responsabilité civile des dirigeants de société anonyme en droit Vietnamien. Regards croisés avec le droit Français*, Thèses de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, Avril 2015,
- 7) Viviane Yolande MAGNE FOSSO. *L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA. THÈSE DE DOCTORAT. D'Université Côte d'Azur. 15 décembre 2020.*

❖ **Les articles**

- 1) *Arnaud Lecourt Statuts de société et actes annexes - par Arnaud Lecourt, Août 2022.*
<https://www.dalloz.fr/documentation>
- 2) *Aurélien Bamdé ; La nullité des sociétés In Droit commercial, Droit des sociétés ; Article Posted Déc 15, 2016 et disponible sur le site :*
- 3) *Daniel. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, Dr. et part. janv. 1996.*
- 4) *Dirigeants étrangers d'une société française : les règles. Article disponible sur le site www.exprime-avocat.fr*
<https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite->
- 5) *Jean-Louis. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron.*
- 6) *Maria Papantion, l'immixtion en droit des sociétés, Bruylant, France 1998.*
- 7) *Stéphanie Chatelon, Marie Waechter, Hermine Robert, Arnaud Raynouard, Modification du code du commerce. Quels sont les points clés de la réforme des procédures collectives ? 30 septembre 2021, disponible sur le site*
<https://blog.avocats.deloitte.fr/modification-du-code-du-commerce-quels-sont-les-points-cles-de-la-reforme-des-procedures-collectives>.
- 8) *Yves Guyon, Présentation de la société par actions simplifiée, Rs.1994*

❖ *Jurisprudences*

- 1) *Trib com Paris. 1er aout 1974, affaire marine Firminy, Gaz Pal, 1974, 525. Rev soc 1974, p685.*
- 2) *Cass. Com, 29 sept. 2015, n° 14-17. 343.*
- 3) *Cass. com. 18 juill. 1989, n° 88-13.261.*
- 4) *Amiens, 11 fév. 1964, R.T.D.com., 1964, p.797, note Houin*
- 5) *Cass. com. 26 janv. 1988 N°5-17.6628.*
- 6) *cass.com, du 17 juillet 1974, 73-12.259*
- 7) *Cass.com, du 17 juillet 1974, 73-12.259*
- 8) *Cass com. du 3 mars 1975, 73-13.721.*
- 9) *CA. Paris 2e ch. 17 mars ,1978 D. 1978, I.R., p 420*
- 10) *Cass, com, du 29 Janvier 1979, 77-11.302.*
- 11) *Cass.com.6.mai.1980, 78-16.261*
- 12) *Aix-en-Provence, 26 mai 1981, Féraud-Prox ès qual. C/ Sté Socomo-Secotub. D. 1983, somm. P 60 obs. F. Derrida.*
- 13) *Cass. Com. 26 Avr. 1982, n° 81-10.514.*
- 14) *Cass. Crim. 28 févr. 1983*
- 15) *Cass com.12 mars 1985, 83-12978.*
- 16) *Cass, com du 28 Avril 1987, 85-18.062.*
- 17) *Cass com, du 2 juin 1987, 86-10.108.*
- 18) *CA. PARIS.24mars.1988. D.S.1988.P556.*
- 19) *Cass. com. 20 décembre 1988, N° 87-14.767 87-15.693*
- 20) *C.A. Paris 15 Mars 1990, Dr. Soc. 90 n° 131.*
- 21) *Paris 6 juil 1990, J.C.P. p 1990, Ed, I, 20207.*
- 22) *CJCE, arrêt Powell Duffryn, 10 mars 1992, JCP 1994, E.I p369.*
- 23) *Cass. Com, du 23 mars 1993, 91-12.364.*
- 24) *Cass.com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007.*
- 25) *Cass com. du 15 févr. 1994, 92-13.325.*
- 26) *Cass 1ere civ, du 9 Mai 1994. Dr. sociétés 1994,91-21.162*
- 27) *Cass. Crim 12 oct. 1995, n°95-80.730.*
- 28) *C.A. Paris, 3e ch. 5 févr. 1999, RTD com. 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.*

- 29) *Cass. Com*, du 14 Janvier 2003 n° 00-12.557
- 30) *CA. Versailles* 29 avril 2004, *RTD. COM* 2005 p 403. obs. D. Legeais ; *JCP. 2005.E* n° 32, not M-J Campana.
- 31) *Cass. Crim.* 8 juin 2004, *pourvoi* n° 03-86331
- 32) *Cass. com.* 14 déc 2004 ; n° 01-11.353,
- 33) *Cass. Com*, du 8 mars 2005, 02-17.692,
- 34) *Cass. com.* 6 octobre 2006, 05-13.255
- 35) *Cass ; Com.* 20 févr. 2007, n° 05-19.858.
- 36) *Cass. com.* 15 mai 2007 ; n° 06-14.262,
- 37) *Cass. Com*, du, 02 février 2010 n° 09-13.405,
- 38) *Cass. com.*, 31 mai 2011, n° 09-13975.
- 39) *Cass. com.* 25 juin 2013. N° 12-17.037.
- 40) *CA Paris* 22-Mars-2016 n° 15/14846.
- 41) *Cass. com.* 10 juillet 2012 n° 11.21.395
- 42) *Cass, Ch. MIXTE*, du 10 juillet 1981, N° 77-10.794
- 43) *Cass. com.*, 20 mai 2003, n° 99-17.092,
- 44) *Cass. Civ 3e.* 10 mars 2016, n° 14-15.326
- 45) *Cass.com.*, 23 novembre 2010, n° 09-15.339
- 46) *Cass. com.*, 4 juillet 2006, n° 05-13.930,
- 47) *Cass.com.* 30 mars 2010. N° 08-17.841
- 48) *Cass. com.*, 13 novembre 2007, N° 06-13.212
- 49) *Cass. com.* 13 février 1996, N° 93-21.140 94-12.225
- 50) *Cass. com.* 8 février 1982
- 51) *Cass Com.* 7 juin 2016, n° 14-17.978
- 52) *Cass. com.* 15 février 1994, n° 92-12.330
- 53) *Cass.Com.* 29 janv. 2020, n° 18-15.179
- 54) *Cass. com.* 6 novembre 2007, N° 07-10.620,
- 55) *Cass. com.* 6 novembre 2007, N° 07-10.620
- 56) *Cass. com.* 23 mai 2006, N° 03-15.486
- 57) *Cass.com.*, 27 Février 1978, *Bull.civ.*, 1978. IV. 1978, n° 78.
- 58) *Com*, 9 juillet 1952, *J. C. P. éd. G.* 1953.

❖ *Sites électroniques*

- [www.dalloz.fr/documentation.](http://www.dalloz.fr/documentation)
- www.exprime-avocat.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.dalloz.fr
- <https://blog.avocats.deloitte.fr>

فهرس المحتويات

الباب الأول: مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة	9
الفصل الأول: تجسيد الاعتبار الشخصي في إجراءات تأسيس شركة المساهمة	11
المبحث الأول: مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة تحرير العقود التأسيسية	12
المطلب الأول: العقد الابتدائي لشركة المساهمة كمظهر للاعتراف الشخصي	13
الفرع الأول: مفهوم العقد الابتدائي في شركة المساهمة	13
أولاً: تعريف العقد الابتدائي للشركة	14
ثانياً: الخلاف الفقهي حول طبيعة العقد الابتدائي لشركة المساهمة	17
الفرع الثاني: دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة العقد الابتدائي	21
أولاً: دور الاعتبار الشخصي في وجود العقد الابتدائي	22
ثانياً: دور الاعتبار الشخصي في صحة العقد الابتدائي	29
المطلب الثاني: القانون الأساسي لشركة المساهمة كمظهر من مظاهر الاعتبار الشخصي	34
الفرع الأول: مفهوم القانون الأساسي	35
أولاً: تعريف القانون الأساسي	35
ثانياً: كيفية اعداد القانون الأساسي	37
الفرع الثاني: تكريس الاعتبار الشخصي من خلال القانون الأساسي للشركة	41
أولاً: تكريس إرادة المؤسسين الاتفاقية	41
ثانياً: منح القواعد الاتفاقية القوة الملزمة	48
المبحث الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة الاكتتاب التأسيسي	52
المطلب الأول: مظاهر الاعتبار الشخصي من خلال طبيعة وأحكام الاكتتاب التأسيسي	53

53	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للاكتتاب التأسيسي
53	أولاً: الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للاكتتاب التأسيسي
58	ثانياً: دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة عقد الاكتتاب
61	الفرع الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي من خلال أحكام الاكتتاب التأسيسي
62	أولاً: الأحكام الخاصة بشروط وكيفية إثبات الاكتتاب
65	ثانياً: تكريس الاعتبار الشخصي في أحكام الاكتتاب
67	المطلب الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي في نوعا الاكتتاب التأسيسي
67	الفرع الأول: الاكتتاب باللجوء العلني للادخار
68	أولاً: المقصود بالاكتتاب باللجوء العلني للادخار
72	ثانياً: تكريس الاعتبار الشخصي للمكتتبين في قواعد التصويت داخل الجمعية التأسيسية
76	الفرع الثاني: الاكتتاب دون اللجوء العلني للادخار
76	أولاً: المقصود بالاكتتاب دون اللجوء العلني للادخار
78	ثانياً: مظاهر الاعتبار الشخصي في الاكتتاب بدون اللجوء العلني
88	الفصل الثاني: تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام الخاصة بمؤسسي شركة المساهمة
89	المبحث الأول: تكريس الاعتبار الشخصي من خلال شروط اكتساب صفة المؤسس
90	المطلب الأول: مفهوم المؤسس
90	الفرع الأول: تعريف المؤسس
92	أولاً: التعريف المضيق لمفهوم المؤسس
93	ثانياً: التعريف الموسع لمفهوم المؤسس
96	الفرع الثاني: المركز القانوني للمؤسس
96	أولاً: الاتجاه الذي ينكر وجود الشركة تحت التأسيس

98	ثانيا: الاتجاه الذي يقرب وجود الشخصية المعنوية للشركة تحت التأسيس
100	المطلب الثاني: شروط اكتساب صفة المؤسس
101	الفرع الأول: الشروط الشخصية العامة لمؤسس شركة المساهمة
101	أولا: الشروط المستخلصة من القواعد العامة
104	ثانيا: الشروط المستخلصة من الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة
112	الفرع الثاني: الشروط الشخصية الخاصة المتعلقة بمؤسسي البنوك والمؤسسات المالية
113	أولا: شرط الهوية والجنسية
114	ثانيا: شرط الأخلاق والكفاءة المالية والمهنية
117	المبحث الثاني: تكريس الاعتبار الشخصي من خلال أعمال المسؤولية التضامنية للمؤسسين
118	المطلب الأول: المسؤولية التضامنية على التعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس
118	الفرع الأول: شروط أعمال المسؤولية التضامنية عن التعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس
119	أولا: الشروط الشخصية
119	ثانيا: الشروط الموضوعية
123	الفرع الثاني: العودة إلى الاعتبار المالي وتقليل الضمان الممنوح
123	أولا: العودة إلى الاعتبار المالي من خلال التخلي عن المسؤولية التضامنية للمؤسسين
124	ثانيا: العودة للاعتبار المالي نتيجة اختلاف الطبيعة التكوينية لشركة المساهمة
125	المطلب الثاني: المسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس
127	الفرع الأول: النطاق الشخصي للمسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس
127	أولا: المؤسسون
128	ثانيا: الأشخاص الذي يجوز إلحاقهم بالمؤسسين في المسؤولية التضامنية
130	الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للمسؤولية التضامنية عن خرق إجراءات التأسيس

أولاً: صدور الحكم ببطان شركة المساهمة.....	131
ثانياً: نوع المسؤولية عند عدم صدور حكم ببطان الشركة.....	135
الباب الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة ممارسة نشاط شركة المساهمة.....	145
الفصل الأول: تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بالمسيرة والتسيير في شركة المساهمة.....	148
المبحث الأول: مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة بمسيرة شركة المساهمة.....	150
المطلب الأول: مفهوم المسير في شركة المساهمة.....	151
الفرع الأول: المسير القانوني لشركة المساهمة.....	151
أولاً: مسير شركة المساهمة المعين في الظروف العادية.....	152
ثانياً: مسير شركة المساهمة المعين في الظروف الاستثنائية.....	155
الفرع الثاني: المسير الفعلي في شركة المساهمة.....	160
أولاً: مفهوم المسير الفعلي.....	161
ثانياً: شروط إضفاء صفة المسير الفعلي.....	165
المطلب الثاني: ضوابط العضوية في هيئات تسيير شركة المساهمة.....	170
الفرع الأول: الضوابط الشخصية العامة للمسير في شركة المساهمة.....	170
أولاً: شروط العضوية في هيئات التسيير لشركة المساهمة.....	170
ثانياً: قيود العضوية في هيئات التسيير.....	180
الفرع الثاني: الضوابط الشخصية المتعلقة بمسيري البنوك والمؤسسات المالية.....	186
أولاً: شروط العضوية لإدارة بنك أو مؤسسة مالية.....	186
ثانياً: القيود الشخصية المتعلقة بمسير البنك أو المؤسسة المالية.....	190
المبحث الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي في الأحكام الخاصة بتسيير شركة المساهمة.....	192
المطلب الأول: مظاهر الاعتبار الشخصي أثناء ممارسة فعل التسيير.....	193

193	الفرع الأول: كيفية إخاذ القرارات داخل هيئات الإدارة
194	أولاً: اختصاص هيئات الإدارة في شركة المساهمة
200	ثانياً: تكريس الاعتبار الشخصي في اجتماعات هيئات الإدارة
204	الفرع الثاني: الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومسيرها
204	أولاً: مجال الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق
209	ثانياً: أحكام الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق
212	المطلب الثاني: تكريس الاعتبار الشخصي في المسؤولية المدنية للمسير عن أخطاء التسيير
213	الفرع الأول: المسؤولية الشخصية لمسير شركة المساهمة
214	أولاً: المسؤولية الفردية
218	ثانياً: المسؤولية التضامنية
223	الفرع الثاني: سحب افلاس الشركة إلى المسير
224	أولاً: شروط سحب الإفلاس
227	ثانياً: حالات سحب الإفلاس
240	الفصل الثاني: تجسيد الاعتبار الشخصي في الأحكام المتعلقة برأس مال شركة المساهمة
242	المبحث الأول: المزايا الممنوحة للمساهمين القدامى بمناسبة زيادة رأس المال
243	المطلب الأول: الحق التفاضلي في الاكتتاب
243	الفرع الأول: مفهوم الحق التفاضلي في الاكتتاب
243	أولاً: تعريف الحق التفاضلي في الاكتتاب
247	ثانياً: كيفية ممارسة الحق التفاضلي في الاكتتاب
250	الفرع الثاني: التنازل عن الحق التفاضلي في الاكتتاب وإلغاؤه
251	أولاً: التنازل الإرادي عن الحق الأفضلية في الاكتتاب

252		ثانيا: إلغاء الحق التفاضلي في الاكتتاب
253		المطلب الثاني: فرض علاوة الإصدار
254		تعريف علاوة الإصدار وتحديد طبيعتها القانونية
254		أولا: تعريف علاوة الإصدار
255		ثانيا: الطبيعة القانونية لعلاوة الإصدار
257		الفرع الثاني: تحديد علاوة الإصدار وشروطها
257		أولا: تحديد علاوة الإصدار
257		ثانيا: شروط علاوة الإصدار
259		المبحث الثاني: اتفاقات المساهمين المقيدة لمبدأ تداول الأسهم
260		المطلب الأول: اتفاقات المساهمين
260		الفرع الأول: مفهوم اتفاقيات المساهمين
261		أولا: تعريف اتفاقات المساهمين
265		ثانيا: أنواع اتفاقات المساهمين
268		الفرع الثاني: دور الاعتبار الشخصي في وجود وصحة اتفاقات المساهمين
268		أولا: دور الاعتبار الشخصي في وجود اتفاقات المساهمين
270		ثانيا: دور الاعتبار الشخصي في صحة اتفاقات المساهمين
271		المطلب الثاني: القيود الاتفاقية الواردة على مبدأ تداول الأسهم
271		الفرع الأول: شرط الموافقة في شركة المساهمة
272		أولا: ضوابط شرط الموافقة في شركة المساهمة
279		ثانيا: الإجراءات القانونية لشرط الموافقة
283		الفرع الثاني: شرط حق الشفعة (الاسترداد)

283	أولاً: مفهوم شرط حق الشفعة (الاسترداد).....
286	ثانياً: إجراءات إعماله وجزاء مخالفته
289	خاتمه
298	قائمة المصادر والمراجع

الملخص

يتفق القفه القانوني على شركة المساهمة تعتبر النموذج الأمثل لشركات الأموال، ذلك أنها تتكون أساسا بهدف تجميع رؤوس الأموال من المساهمين بغض النظر عن اعتبارهم الشخصي، مع ذلك فإنّ استقراء النصوص المنظمة لأحكام هذا النوع من الشركات يظهر أنّ المشرع الجزائري -على غرار التشريعات المقارنة- احتفظ بقدر كبير من مظاهر الاعتبار الشخصي للمساهمين على خلاف مواقعهم في الشركة بهدف حماية الشركة وجمهور المكتتبين وبصفة أعم حماية الادخار العام

وهي مظاهر تبدو جلية في مرحلة التأسيس من خلال إجراءات التأسيس التي يغلب عليها الطابع العقدي يبرره العقد التأسيسي وطبيعة الاكتتاب، ومن خلال الأحكام المتعلقة بالمؤسسين على غرار الشروط الشخصية الواجب توافرها في المؤسس ومسؤولية المؤسسين، كما تبدو أيضا في مرحلة ممارسة الشركة لنشاطها من خلال الأحكام المتعلقة بالمسير والتسيير على غرار الضوابط الخاصة بهيئات التسيير وكيفية اتخاذ القرارات داخل الشركة ومسؤولية المسيرين، وكذا من خلال الأحكام المتعلقة بتنظيم رأسمال الشركة على غرار الامتيازات الممنوحة للمساهمين القدامى عند زيادة رأسمال الشركة، وكذا إجازة المشرع لاتفاقات المساهمين المتعلقة بتقيد حرية تداول الأسهم.

الكلمات المفتاحية: شركة مساهمة- اعتبار مالي- اعتبار شخصي- مؤسس- مسير.

Résumé

La dotation légale convient que la société par actions est considérée comme le modèle idéal pour les sociétés de capitaux, car elle est principalement composée dans le but d'accumuler le capital des actionnaires indépendamment de leur considération personnelle, cependant, l'extrapolation des textes régissant les dispositions de ce type de société montre que le législateur algérien - à l'instar de la législation comparée - a retenu beaucoup de manifestations de considération personnelle pour les actionnaires autres que leurs positions dans la société afin de protéger la société et les souscripteurs publics et plus généralement de protéger l'épargne publique.

qui sont des manifestations qui apparaissent clairement au stade L'incorporation par le biais des procédures de constitution, qui sont principalement de nature contractuelle, justifiées par le contrat constitutif et la nature de la souscription, et par les dispositions relatives aux fondateurs, telles que les conditions personnelles qui doivent être remplies par le fondateur et la responsabilité des fondateurs, et apparaissent également au stade de l'exercice de l'activité de la société à travers les dispositions relatives à la gestion et à la gestion, telles que les contrôles des organes de direction, la manière de prendre des décisions au sein de la société et la responsabilité des dirigeants, ainsi que par les dispositions relatives à l'organisation du capital de la société, telles que les privilèges accordés aux anciens actionnaires lors de l'augmentation du capital. L'entreprise, ainsi que l'approbation des accords le pacte d'actionnaires relatives à la restriction de la libre négociation des actions.

Mots-clés : société par actions - contrepartie financière - contrepartie personnelle - fondateur - gérant.

Abstract

The legal endowment agrees that the joint stock company is considered the ideal model for capital companies, as it is mainly composed with the aim of accumulating capital from shareholders regardless of their personal consideration, however, the extrapolation of the texts regulating the provisions of this type of company shows that the Algerian legislator - similar to comparative legislation - has retained a great deal of manifestations of personal consideration for shareholders other than their positions in the company in order to protect the company and the subscribers public and more generally protect public savings.

which are manifestations that appear clear at the stage Incorporation through the incorporation procedures, which are predominantly of a contractual nature, justified by the constituent contract and the nature of the subscription, and through the provisions related to the founders, such as the personal conditions that must be met by the founder and the responsibility of the founders, and also appear at the stage of the company's exercise of its activity through the provisions related to management and management, such as the controls for the management bodies, how to make decisions within the company and the responsibility of the managers, as well as through the provisions related to the organization of the company's capital, such as the privileges granted to the old shareholders when increasing the capital. The legislator also approved shareholder agreements relating to the restriction of the freedom of trading of shares.

Keywords : joint stock company - financial consideration - personal consideration - founder - manager.

