



أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص : قانون خاص

بعنوان:

الركن المهنوي في الشركات التجارية (نية الاشتراك)

إشراف الدكتور :
بلعيساوي محمد الطاهر

إعداد الطالبة:
مهداوي حنان.

لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة الانتساب	الرتبة	اسم ولقب الأستاذ
رئيسا	جامعة سطيف 2	أستاذ التعليم العالي	أ.د بوضياف عبد الرزاق
مشرفا ومقررا	جامعة سطيف 2	أستاذ محاضراً	د. محمد الطاهر بلعيساوي
عضوا ممتحنا	جامعة عنابة	أستاذ محاضراً	د. قادري مجيد
عضوا ممتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ محاضراً	د. بوخرص عبد العزيز
عضوا ممتحنا	جامعة سطيف 2	أستاذ محاضراً	د. عماروش سميرة
عضوا ممتحنا	جامعة سطيف 2	أستاذ محاضراً	د. بلعزام مبروك

السنة الجامعية : 2020/2019م

شكر وتقدير

لا يسعني إلا أن أحمّد الله عز وجل على ما أولانا به من
نعم وأن وفقني لإتمام هذا العمل

أتقدم بخالص شكري وفائق تقديري واحترامي
لأستاذي الفاضل

الدكتور " بلعيسوي محمد الطاهر "

الذي ساعدني بكل ما يملك من طاقات وإمكانات
لإخراج هذه الأطروحة إلى النور

أكن لك سيدي الفاضل كل الاحترام والتقدير فقد
علمتني دقة العمل وسرعة الإنجاز

كل الامتنان لأعضاء اللجنة الموقرة الذين منحوني شرف
مناقشة هذا العمل المتواضع

إهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليستقيني قطرات حبه، إلى من جلبت أنامله
ليقدم لنا لحظات سعادة، إلى من حصد الأشواق من دربي ليمهد لي
طريق العلم، إلى من قاسمني محناء إعداد هذا العمل ولم يوفر الجهد
في مساعدتي على إتمام هذه الرسالة، إليك أبي العزيز

إلى ملاكي في الحياة، إلى منبع الحب والحنان والتفاني إلى بسمه
الحياة وسر الوجود، إلى من كان دعائها سر نجاحي، وحنانها بلسه
جراحي، إلى أغلى إنسان على قلبي، إليك أمي العزيزة

إلى رفيق دربي، إلى صاحب أصفى وأنقى قلب، إلى صاحب النوايا
الصادقة، إليك زوجي الغالي

إلى إخوتي ورفقاء دربي، هذه الحياة بدونكم لا شيء، معكم أكون
أنا، حفظكم الله وثبت خطاكم على طريق النجاح

إلى من جعلتني أما وأناز وجودها كل حياتي حبيتي ونور عيوني
صغيرتي لجين ياسمين

إليكم أحبتي أهدي هذا العمل

قائمة المختصرات باللغة العربية

جزء.....	ج:
الجريدة الرسمية.....	ج.ر:
الطبعة.....	ط:
صفحة.....	ص:

Liste des principales abréviations

Al:	Alinéa.
Art.:	Article.
Art.l:	Article loi française.
Bull:	Bulletin.
C.A:	Cour d'appel.
Cass:	La Cour française de cassation.
C.E:	Conseil d'Etat française.
Civ:	Chambre civile de la Cour française de cassation.
Com:	Chambre commerciale de la Cour française de cassation.
Ed:	Edition.
Edik:	Edition et diffusion Ibn Khaldoun.
Fasc:	Fascicule.
J.O.R.F:	Journal officiel de la République Française.
L.G.D.J:	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
Litec:	Librairies techniques.
N°:	Numéro.
Op.cit:	Opère citato, dans l'ouvrage précité .
Ord:	Ordonnance.
P:	Page.
Préc:	Précitée.
P.U.F:	Preses universitaire de France.
Rép:	Répertoire.
Soc:	Chambre sociale de La Cour française de cassation.
§:	Paragraphe.

تتمتع الشركات التجارية بأهمية بالغة على مختلف الأصعدة، قانونية، تجارية، اقتصادية مالية، ضريبية وغيرها خاصة أنها تجذب الأفراد ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع إلى التعاون في سبيل تحقيق أهدافهم من أجل النهوض بأعمال يعجز الأفراد عن تحقيقها، وذلك من خلال تركيز نشاطهم في شخص معنوي ينبثق عن إرادتهم المشتركة، حيث يقومون معا بالتعاون في تأسيسه والنهوض به وتحقيق نجاحه بغية الحصول على أرباح وفيرة¹.

ولقد قامت معظم التشريعات بما فيها التشريع الجزائري بتنظيم الشركات التجارية وذلك من أجل ضبط الحركة الاقتصادية والوضع الضريبي، مع المحافظة على حرية المبادرة الفردية أحيانا وتقييدها أحيانا أخرى.

والملاحظ أن تنظيم الشركات في التشريع الجزائري تناوله كل من القانون المدني والقانون التجاري، وإن كانت معظم التشريعات تنظم موضوع الشركات في قوانينها المدنية، على اعتبار أن هذه القوانين تعتبر الشركات عقدا، تنشأ وتكون بإرادة الشركاء المعبر عنها بعقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان أو أكثر في مشروع مشترك قصد اقتسام ما قد ينتج عنه من ربح².

وبما أن القانون المدني يمثل القاعدة العامة التي تشكل العمود الفقري للقوانين الخاصة والتي لا بد من العودة إليها في حالة انتفاء النص في هذه القوانين، فإن نصوصه واجبة التطبيق على الشركات التجارية كلما انتفى النص في القوانين التي تنظم أحكامها، ولذلك يلاحظ أن معظم التشريعات تطرقت في قوانينها المدنية إلى بحث موضوع الشركات خاصة ما يتعلق بأركانها سواء الموضوعية أو الشكلية.

ولقد عرف المشرع الجزائري الشركة في المادة 416 من القانون المدني³، حيث جاء فيها أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة ويتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.

¹ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء 1، الأحكام العامة للشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص3.

² - وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 416 من القانون المدني.

³ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن التقنين المدني الجزائري، ج.ر.الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، عدد 78، المعدل والمتمم.

غير أن الشركة ليست عقدا كغيره من العقود التي تلعب فيها إرادة الأطراف وحدها الدور البارز، حيث غالبا ما يتدخل المشرع بالكثير من النصوص الآمرة والمتعلقة بفكرة النظام العام الاقتصادي لتنظيم الشركات ومن هنا فإن جانبا من الفقه¹ ينكر على الشركة طابعها التعاقدية ويرى أنها نظام قانوني أقرب إلى القانون منه إلى العقد.

لكن يمكن أن نشير في هذا الخصوص إلى أنه لا يمكن استبعاد أي من الفكرتين (العقد والنظام)، بل هما معا يحكمان حياة الشركة، ولكل منهما سلطانه، ففي شركات الأشخاص تتجلى سيطرة فكرة العقد، بينما في شركات الأموال تسيطر فكرة النظام القانوني.

وبما أن المشرع الجزائري عرف الشركة بأنها عقد، نستخلص من هذا التعريف ضرورة توافر الأركان العامة في العقد من رضا ومحل وسبب، إضافة إلى أركان خاصة أشار إليها النص السالف الذكر (المادة 416 من القانون المدني)، وهي وجود شخصين أو أكثر باستثناء الشركة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة²، وأن يقدم كل منهم حصة من مال أو عمل ونية اقتسام الأرباح والخسائر، وكذلك نية الاشتراك لتحقيق الغرض من الشركة.

غير أن هذا الركن الأخير، أي نية الاشتراك لم تتم الإشارة إليه صراحة لا في القانون المدني الجزائري ولا في القوانين المقارنة، خاصة وأن هذا الركن يختلف جذريا عن ركن الرضا المعروف في بقية العقود.

فالرضا يظهر من خلال موافقة الشركاء على شروط العقد جميعها جملة وتفصيلا، في حين أن نية الاشتراك تظهر من خلال مظاهر أخرى مختلفة تماما وهو ما فصله لاحقا في دراستنا.

ولقيام عقد الشركة لا بد من توافر نية الاشتراك التي عبر عنها معظم الفقه بتوحد جهود الشركاء لتحقيق غرض الشركة، غير أن نية الاشتراك تبقى من المسائل الموضوعية التي يختص بتقديرها قاضي الموضوع.

¹ - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص4، انظر كذلك إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص113.

² - تم استحداثها بموجب الأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر. الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1996، العدد 77.

وبالفعل عمل القضاء لا سيما الفرنسي بالأخص على توضيح معالم هذا الركن المعنوي أمام غياب تحديد تشريعي واضح، وذلك في العديد من المحطات ممهدا بذلك الطريق للاجتهادات الفقهية، حيث كان وضع تعريف لهذا العنصر محل العديد من البحوث والدراسات الفقهية التي تباينت في معظمها.

فتحديد مفهوم لنية الاشتراك ليس بالأمر الهين وذلك راجع لخصوصية هذا المفهوم وارتباطه بمفاهيم أخرى مشابهة، خاصة وأن المشرع لم يورد أي نص صريح يحسم المسألة، الشيء الذي جعل الفقه وكذا الاجتهاد القضائي يتأرجح بين الأخذ بنية الاشتراك كركن من أركان الشركة وبين نفيها.

فالالاتجاه الذي يعتبر نية الاشتراك ركنا في عقد الشركة يؤكد بشدة على اعتبار هذه الأخيرة من أبرز الأركان الخاصة بعقد الشركة، غير أن رواده لم يستقروا على معيار واحد يعتمدونه لتحديد هذه النية، فبعض الفقه أعطى لنية الاشتراك محتوى اقتصادي، ركيزته التعاون بين الشركاء على قدم المساواة، والبعض الآخر غلب الطابع النفسي لهذا الركن.

حيث درج اتجاه فقهي فرنسي¹ على اعتبار نية الاشتراك رغبة الشركاء في التعاون المباشر أو غير المباشر في سبيل تحقيق هدف أو مشروع مشترك، هذا التعاون الواعي يتجلى من رغبة الشركاء عندما ارتضوا الانضمام إلى الشركة، ونية الاشتراك حسب هذا الاتجاه باعتبارها تعاوناً إيجابياً لا تكفي، بل يجب أن يكون التعاون متكافئاً.

أما الاتجاه الثاني² الذي يركز على الطابع النفسي تعرض أولاً بالنقد للاتجاه الأول على أساس أن التعاون المتكافئ بين الشركاء لا يتحقق دائماً كما هو الحال بالنسبة للشريك الموصي، حيث يحرم هذا الأخير من التدخل في الإدارة، وكذا الشأن بالنسبة لشركات المساهمة التي لا تشارك الأغلبية العظمى من المساهمين فيها في الإدارة³.

¹-Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur numérique , Fasc 20-10, 25 octobre 1999, n°02.

²- op.cit., n°08.

³- عبد الواحد الحمداوي، تعسف الأغلبية في شركات المساهمة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2000-2002، ص147.

فهذا الاتجاه ينظر إلى نية الاشتراك باعتبارها موقفا نفسيا أو حالة تستقر في نفوس الشركاء تدفعهم إلى الاتحاد من أجل استغلال مشروع الشركة مع قبول مخاطره، أي الاستعداد النفسي لتحمل مغارمه تماما كالإستفادة من مغانمه.

وما يلاحظ على هذا الاتجاه أنه يستنتج نية الاشتراك من خلال بحث الشركاء عن الأرباح وقبولهم تحمل الخسائر، الشيء الذي يعتبره بعض الفقه¹ أمر غير منطقي على أساس أن هذا المفهوم يقوم على أمور مستقبلية، ذلك أنه يقدم معطيات أولية سابقة، فنية الاشتراك إن اعتبرت ركنا يجب أن تسبق عملية البحث عن الربح وقبول المخاطر.

أما الاتجاه² الذي ينفي نية الاشتراك كركن في الشركة، فقد انقسم بدوره إلى قسمين، قسم يؤسس استبعاده لنية الاشتراك كركن على أساس كون التراضي يستغرق نية الاشتراك.

وبذلك حاول هذا الاتجاه ربط نية الاشتراك بالتراضي على أساس وجود علاقة وطيدة بينهما، ذلك أن الرضا هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانون معين، ولكي يوجد الرضا لا بد من تطابق الإرادتين، والإرادة كما هو معلوم أمر نفسي بحت، والتراضي ما هو إلا تعبير عنها، إذن فهو يجسد النية، وعليه فالتراضي يمثل الوجه الملموس لنية الاشتراك، ولذلك حسب هذا الاتجاه فإن الوقوف على صحة التراضي في عقد الشركة يغني عن البحث في نية الاشتراك.

وبضيف هذا الاتجاه قائلًا أن هناك تقارب بين الإيجاب والقبول من جهة و نية الاشتراك من جهة أخرى، حيث أن هذه الأخيرة تعد عنصرا من التراضي، وبعبارة أخرى يشملها ركن التراضي وتعد أحد نتائجه، وبناء عليه يمكن اعتمادها لإثبات ركن الرضا في عقد الشركة.

هذا بالنسبة للقسم الأول الذي ينفي على نية الاشتراك اعتبارها كركن في الشركة، أما القسم الثاني فهو يستبعد نية الاشتراك كركن في عقد الشركة لا لأن التراضي يستغرق نية الاشتراك

¹ - حسن بيهي، الطبيعة القانونية لنية المشاركة في عقد الشركة، مقال متاح على موقع المندوبية السامية للتخطيط للمملكة المغربية www.adala.justice.gov.ma تاريخ الإطلاع: 2017-06-23، على الساعة: 14:39، ص4.

² - Paul Didier, Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés, 2^{ème} édition, éd PUF, 1997, p 49 ...voir aussi Claude Bailly-Masson, La fictivité, une épée de damoclès disparue ?, Petites affiche, 24 janvier, 2000, n°16, p04.

ولكن لكون القانون لم ينص عليها صراحة كركن خاصة وأن أركان العقد تعتبر من النظام العام¹.

إضافة إلى الاتجاهات الفقهية السابقة ظهرت اتجاهات أخرى اتبعت منحى مغاير تماما، ذلك أنها تؤسس اعتبار نية الاشتراك ركن في عقد الشركة من عدمه على نوع الشركة في حد ذاته، حيث يبرز عنصر نية الاشتراك في شركات الأشخاص دون شركات الأموال، نظرا لأن الأولى تقوم على الاعتبار الشخصي مما يعزز إرادة التعاون بين الشركاء من أجل تحقيق موضوع الشركة، في حين أن الثانية لا يعلق فيها الشريك أهمية على شخصية شركائه، بل ينصرف قصده إلى توظيف أمواله في مشروع الشركة².

ولذلك تم انتقاد التحليل الذي بنى عليه الفقه التقليدي عنصر نية الاشتراك لأن التعاون الإيجابي لا يقوم بالنسبة للمساهم الذي لا يشترك في إدارة الشركة أدنى مشاركة، كما أنه لا يقوم بالنسبة للشريك الموصي، حتى عنصر المساواة بين الشركاء لا يقوم في كثير من الحالات، حيث لا توجد أي مساواة بين الشركاء الذين يتمتعون بحقوق غير متكافئة في الأرباح، فحتى وإن كان مركز الشريك ينفي فكرة التبعية، فإنه لا يعني مطلقا قيام المساواة بين الشركاء، فمبدأ المساواة إذن غير محقق في هذا النوع من الشركات مما يعني انتفاء ركن نية الاشتراك³.

وأمام هذه الآراء الفقهية المتباينة كان وضع مفهوم لنية الاشتراك، ومدى اعتبارها ركنا من أركان عقد الشركة أو عدم اعتبارها ركنا، مسألة غاية في الصعوبة، مما أثار العديد من الإشكالات على المستوى العملي، وهو ما دفع إلى طرح المسألة أمام القضاء الفرنسي الذي حاول إيجاد حل لهذه الإشكالية من خلال العديد من الأحكام القضائية التي أصدرها في الموضوع.

ووجود كل هذه الإشكاليات المتعلقة بوضع مفهوم لنية الاشتراك، ومدى اعتبارها ركنا في عقد الشركة من عدمه دفعنا إلى الخوض في دراسة هذا الموضوع محاولين بذلك معالجة

¹ - حسن بيهي، المرجع السابق، ص5.

² - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص143.

³ - نفس المرجع، ص143.

إشكالية رئيسية موضوعها ما مدى اعتبار نية الاشتراك أساس وجوهر الشركات التجارية بالرغم من كونها مجرد عنصر معنوي؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية إشكاليات أخرى فرعية أهمها:

- كيف يمكن تعريف نية الاشتراك، وهل يمكن ضبط تعريف جامع ومانع لها؟
 - بما أن نية الاشتراك عنصر نفسي، كيف يمكن القول بوجودها من عدمه لدى الشركاء؟
 - ما هي أهم المفاهيم المعروفة على مستوى الشركات التجارية والتي تتداخل مع نية الاشتراك، وكيف يمكن تمييزها عنها؟
 - ما هو الدور الذي تلعبه نية الاشتراك على مستوى الشركات التجارية؟
 - ما هو أثر تخلف عنصر نية الاشتراك على الشريك والشركة معا؟
- ومن خلال العرض السابق، فإن دراستنا تهدف إلى ما يلي:
- بيان ماهية نية الاشتراك، وذلك من خلال الوقوف على أبرز المراحل التي تطور من خلالها تعريف هذا العنصر المعنوي، مع الإشارة إلى مختلف الآراء الفقهية المعرفة لنية الاشتراك بهدف الوصول إلى تحديد وضبط معالم هذا العنصر خاصة أمام غياب تعريف تشريعي له.
 - إبراز مختلف المظاهر التي تدل على وجود هذا العنصر المعنوي، فيما أن النية عنصر نفسي يرتبط بإرادة صاحبه كان لا بد من تحديد كيفية الاستدلال على وجودها لدى الشركاء.
 - بيان الفرق بين مفهوم نية الاشتراك باعتبارها ركن من الأركان الموضوعية الخاصة الضرورية لصحة الشركة وبعض المفاهيم المشابهة المتداولة في مجال الشركات التجارية، وذلك من خلال إبراز العلاقة بين هذه المفاهيم وذلك بهدف تحديد وضبط كل مفهوم على حدى ودوره على مستوى الشركة.

- تهدف دراستنا كذلك إلى إبراز دور نية الاشتراك في الشركة بدءا من تأسيسها وطوال حياتها الاجتماعية، فهي التي تميزها عن بعض العقود المشابهة، كما أنها تكشف عن وجودها خاصة في حالة عدم تصريح الأطراف بذلك، كما تعتبر الضابط لحياتها، فهي أساس حقوق والتزامات الشركاء، وانعدامها سواء عند تأسيس الشركة أو أثناء حياتها يترتب آثارا مهمة سواء بالنسبة للشركاء أو الشركة باعتبارها شخصا معنويا.

وتبرز أهمية دراستنا من خلال أهمية نية الاشتراك في حد ذاتها بالنسبة للشركات التجارية، فصحة هذه الأخيرة وبقاؤها يرتبط وجودا وعدما بتمتع الشركاء فعلا بنية الاشتراك حيث أن غيابها لدى الشركاء يجعل منهم مجرد مستثمرين لا شركاء حقيقيين، وأثر انعدامها يذهب إلى أبعد من ذلك، فإذا ثبت انعدامها عند تأسيس الشركة لدى جميع الشركاء أو على الأقل لدى النصاب المشترط قانونا يترتب بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما انعدامها أثناء حياتها الاجتماعية قد يؤدي إلى حلها حتى ولو كانت من الشركات الناجحة، الأمر الذي قد يؤثر على المنظومة الاقتصادية ككل.

ومن هذا المنطلق يكتسي البحث في ركن نية الاشتراك أهمية بالغة تكمن في إثراء مختلف جوانب الموضوع بالتحليل القانوني اللازم خاصة أمام غياب تنظيم تشريعي دقيق له من جهة، وندرة إن لم نقل انعدام الدراسات القانونية المفصلة لا سيما العربية منها في الموضوع.

ولمعالجة مختلف الإشكاليات التي طرحناها ارتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين:

- الفصل الأول: ماهية نية الاشتراك، وقسمناه إلى مبحثين:

نتناول في المبحث الأول مفهوم نية الاشتراك، أما المبحث الثاني، فنعالج من خلاله تمييز نية الاشتراك عن بعض المفاهيم المشابهة.

- الفصل الثاني: دور نية الاشتراك في الشركة، قسمناه كذلك إلى مبحثين:

خصصنا المبحث الأول لدراسة دور نية الاشتراك في تقرير وجود الشركة، أما المبحث الثاني فتناولنا من خلاله دور نية الاشتراك أثناء حياة الشركة.

ولقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي الوصفي بغرض الوصول إلى المعرفة التفصيلية لعناصر الإشكالية، مع الاستعانة بالمقارنة لأن دراستنا تتضمن في بعض عناصرها مقارنة مع التشريع الفرنسي.

الفصل الأول

ماهية نية الاشتراك

تمثل نية الاشتراك العنصر المعنوي في عقد الشركة، ولقد تعددت التعاريف التي قيلت فيها، حيث عُرِّفت بأنها ذلك "التعاون الإرادي والايجابي وعلى قدم المساواة بين الشركاء من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة"¹، كما عُرِّفت على أنها "الرغبة في الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة"، "إرادة المشاركة الجماعية في تسيير أعمال الشركة"².

ويلحظ أنّ هذه التعاريف حاولت وضع تعريف موحد لنية الاشتراك، غير أنها لم تتجح في ذلك نظرا لأن هذا العنصر المعنوي لا يستند لمظهر واحد فقط، كما أن ظهوره يختلف من شركة لأخرى، وهو ما دفع إلى ضرورة البحث عن تعريف يعكس مختلف مظاهرها في مختلف أنواع الشركات التجارية، لذلك ظهر مفهوم متعدد الأشكال (مفهوم تعددي)، يتميز بنوع من المرونة، يجعل نية الاشتراك تختلف في مفهومها حسب نوع الشركة، خاصة وأنها لا تلعب دورا فقط عند تأسيس الشركة، ولكن تلعب دورا أيضا أثناء تنفيذها (أي أثناء حياتها الاجتماعية).

ومهما تعددت مظاهر نية الاشتراك واختلفت في مفهومها حسب نوع الشركة، إلا أنها تقتضي دائما تحقيق المصلحة العامة للشركة، حيث يجب على الشركاء حتى يعبروا عن نيتهم في الاشتراك، أن يتعاونوا من أجل نجاح الشركة واستمرارها، وأن يتفادوا كل ما من شأنه أن يعرقل سير نشاطها أو يؤدي إلى انقضائها قبل انتهاء الأجل المخصص لها أو قبل تحقيقها للهدف الذي انشئت من أجله، وهو الأمر الذي جعل مفهوم نية الاشتراك يتداخل مع مفاهيم أخرى متداولة ومعروفة في الشركات التجارية، وهي المصلحة الجماعية والاعتبار الشخصي، فهذين المفهومين يلعبان دورا مهما في التعبير كذلك عن المصلحة العامة للشركة، إلا أن ذلك لا يعني أن المفاهيم السابقة تمثل مفهوما واحدا، فكل مفهوم منها مستقل ويختلف عن الآخر.

¹- Dominique Vidal, Droit des sociétés, 5^e édition, L.G.D.J, Paris, 2006, p49.

²- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°06.

لذلك سنعالج ماهية نية الاشتراك في هذا الفصل من خلال مبحثين، نتطرق في المبحث الأول لمفهوم نية الاشتراك، أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة تمييز نية الاشتراك عن بعض المفاهيم المشابهة لها.

المبحث الأول

مفهوم نية الاشتراك

تعتبر نية الاشتراك أحد أهم الأركان الأساسية التي تقوم عليها الشركة، وهي تطرح عدة إشكاليات لاسيما تلك المتعلقة بتحديد مفهوم لها، خاصة أمام غياب تعريف دقيق لها سواء كان قانوني أو فقهي أو قضائي، فالملاحظ أن المشرع الجزائري وحتى الفرنسي في النص المُعرّف للشركة¹ لم ينص على نية الاشتراك صراحة ضمن العناصر المكونة لعقد الشركة، فقد اقتصرَت المادة 416 من القانون المدني الجزائري (تقابلها المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي) على النص على ركن تعدد الشركاء، تقديم الحصص، المساهمة في الأرباح والخسائر فقط².

كما أن الفقه لاسيما الفرنسي اختلف حول وضع مفهوم دقيق وموحد لنية الاشتراك، حيث تعددت الآراء واختلفت في ذلك، فمنهم من ذهب لاعتماد مفهوم موحد لها (أنصار النظرية التقليدية) باعتبارها تعاوناً إرادياً وإيجابياً وعلى قدم المساواة، بهدف إنجاح المشروع المشترك³ ومنهم من ذهب لاعتماد مفهوم تعددي على أساس الانتقادات الموجهة للمفهوم الموحد.

فنية الاشتراك لا تلعب دوراً وقت إنشاء الشركة فقط ، بل تتعداه إلى تنفيذها، أي أثناء حياتها الاجتماعية، ومفهومها يختلف من شركة لأخرى وذلك طبقاً لهدف كل شركة وحتى شكلها⁴، وأنصار هذا المفهوم التعددي يرون أن نية الاشتراك تتخذ عدة أشكال يمكن إجمالها في التعاون الإرادي، المشاركة في التسيير، توازن المصالح بين الشركاء وانعدام رابطة التبعية.

¹ - المادة 416 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي

² - تنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°06.

⁴ - Florence Deboissy, Le contrat de société, Le petit Juriste, n°17, avril 2012, p12, sur le site : www.lepetitjuriste.fr , date de visite : 24-07-2017, 14 :45.

كما أن القضاء الفرنسي تعرض كذلك لمفهوم نية الاشتراك، لكنّ موقفه لم يكن مستقرا حيث اختلفت التعاريف التي طرحها من حكم لآخر، وإن كانت تشترك في بعض النقاط، وهو ما انفصله في هذا المبحث من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف نية الاشتراك أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة مظاهر نية الاشتراك.

المطلب الأول

تعريف نية الاشتراك

مصطلح نية الاشتراك هو ترجمة للمصطلح اللاتيني *affectio societatis*، لذلك دعا بعض الفقه الفرنسي¹ إلى ضرورة تعديله وتعويضه بمصطلح آخر يتماشى ومعناه، فالمهم ليس المصطلح اللاتيني في حد ذاته، وإنما المهم هو البحث في معنى هذا المصطلح.

لذلك دعا هذا الفقه استنادا إلى المعنى الذي توصل إليه بتعويضه بمصطلح *l'intention de s'associer*، حيث يُعوّض مصطلح *affectio societatis* استنادا إلى معناه (النية أو الإرادة أو الرغبة) بمصطلح *l'intention*، ويُعوّض مصطلح *societatis* استنادا إلى معناه (الشراكة) والذي يصنف طبيعة هذه النية بمصطلح *associé*، وهو المعنى الذي أكدته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها²، حيث جاء فيه أن نية الاشتراك هي ببساطة الإرادة والرغبة في الشراكة *volonté de s'associer*.

وكما سبق وأشرنا اختلف الفقهاء حول تعريف نية الاشتراك، فمنهم من تبني المفهوم الموحد لها ومنهم من تبني المفهوم التعددي، لكن قبل التفصيل في الاتجاهين ارتأينا التطرق لتطور تعريف نية الاشتراك، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول بالدراسة في الفرع الأول تطور تعريف نية الاشتراك، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة المذاهب الفقهية المعروفة لنية الاشتراك، وذلك على النحو التالي.

¹ - Florence Deboissy, op.cit., p12.

² - Cass.com, 10 février 1998, Bull.Joly n° 07-08 de juillet-aout 1998, §249 .

الفرع الأول

تطور تعريف نية الاشتراك

إن وضع تعريف لنية الاشتراك لم يكن بالأمر السهل، خاصة أمام غياب تعريف قانوني دقيق لها، لذلك كانت هذه المسألة محل العديد من النقاشات والتحليلات الفقهية من العصور البيزنطية والرومانية إلى غاية القرن التاسع عشر، لذلك نحاول من خلال هذا الفرع التطرق للتطور الذي عرفه تعريف نية الاشتراك وذلك كما يلي.

تمثل نية الاشتراك في مجال الشركات التجارية، العنصر المعنوي أو النفسي الذي يدفع إلى تكوين الشركة، والذي يسمح بالتمييز بين هذه الأخيرة وبين وضعيات قانونية أخرى مشابهة، وفي العصور الوسطى اختفى مصطلح *affectiosocietatis* لتظهر باختفائه وضعيات قانونية مختلفة مثل الشيوخ والاتفاق الجماعي الحر، وكانت كلها تخضع لنفس النظام القانوني الذي تخضع له التعاونيات¹.

وبعد ذلك ظهر مصطلح آخر لدى بعض الفقه² وهو *l'animus societatis*، ليحل محل مصطلح *l'affectio societatis*، مع الإشارة إلى أن مصطلح *animus* هو كذلك مصطلح لاتيني يقصد به النية، وقد أكد الفقه والقضاء³ أن هذا المصطلح في معناه لا يختلف مطلقاً عن مصطلح *l'affectio societatis*، حيث يقصد به الرغبة في الشراكة، فوجود عقد الشركة يفرض وجود نية مشتركة لدى الأطراف وقت إبرام عقد الشركة بينهم، وهذه النية تتمثل أساساً في استفادة كل طرف من العقد، وما يلاحظ على هذا المفهوم أنه غامض ويعتمد فقط على اقتسام الأرباح كمؤشر على وجود الشركة.

كما أن المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي (تقابلها المادة 416 من القانون المدني الجزائري) لم تتضمن الإشارة إلى نية الاشتراك عند تعريفها لعقد الشركة، وبذلك كان

¹-Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°01.

²- *l'animus societatis* reparait en filigrane chez Pothier, voir Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°01.

³- Cour supérieure du Québec, Avril 1925, cité par Gilbert Jean-Baptiste, *Les sociétés de personnes et la problématique de l'intuitus personae en France et au Québec*, mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, Université de Montréal, septembre, 2005, P05.

فقهاء القرن التاسع عشر يجهلون فكرة نية الاشتراك، كذلك هذا المصطلح لم يعرفه الاجتهاد القضائي عموماً خلال تلك الفترة، وظهر لأول مرة لدى الفقيه Paul Pont في مؤلفه *Traité des sociétés civiles et commerciale de 1880*، حيث يرى أن الشركاء يربطهم شيء أكثر من ذلك الذي يجمع بين الاشتراكيين وهو نية الاشتراك¹.

أما في الفترة المعاصرة، فتلعب نية الاشتراك دوراً مهماً في القانون الوضعي، فبالرغم من أن المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي لم تنص على عنصر نية الاشتراك كأحد العناصر المكونة لعقد الشركة، إلا أن المادة 1833 من القانون المدني الفرنسي نصت عليها ضمناً تحت عبارة المصلحة المشتركة للشركاء *l'intérêt commun des associés*².

غير أنه بالنسبة لبعض الفقه³ يؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين مفهوم نية الاشتراك ومفهوم المصلحة الجماعية، لأن المصلحة المشتركة للشركاء تمثل المصلحة الجماعية *l'intérêt social* وليس نية الاشتراك، لكن ما تجب الإشارة إليه أن هذا الرأي ليس مطلقاً لأنه تعرض للعديد من الانتقادات التي كانت سبباً في البحث عن مفهوم متعدد للمصلحة الجماعية، يقر بأن هذه الأخيرة لا تمثل المصلحة المشتركة للشركاء وإنما هي مبدأ عام في قانون الشركات وهو ما نعالجه في مواطن لاحقة من بحثنا.

لذلك يبدو من الأنسب في هذا الخصوص الإشارة إلى موقف الفقيه Paul Didier الذي يرى أن التطرق الضمني لنية الاشتراك من طرف المشرع الفرنسي لم يكن في نص المادة 1833 من القانون المدني، وإنما في نص المادة 1844 منه التي تمنح الحق لكل شريك في المشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية في الشركة⁴، ليكون بذلك قد مهدّ لاعتماد مفهوم تعددي لنية الاشتراك يقوم على مظاهر مختلفة والتي من بينها المشاركة في التسيير بما تشتمله من مشاركة في اتخاذ القرار وهو ما نفصله لاحقاً في بحثنا.

¹ Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°02.

² Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°02.

³ - وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2007، ص 86 وما بعدها

⁴ - Paul Didier, *Société, Répertoire Sociétés* Dalloz, 1985, n°76.

أما على مستوى القضاء فبقي مفهوم نية الاشتراك بالنسبة له غامضا، وهو ما جعله يتكبد العناء في تقرير وجود الشركة من عدمه في العديد من الحالات، وما يؤكد ذلك اختلاف مواقف العديد من الأحكام القضائية في هذا الخصوص، فعلى سبيل المثال القضاء الفرنسي في قرار صادر له عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية¹، أقر أنه للحكم بوجود شركة فعلية بين زوجين لا بد من التأكد من وجود إرادة الاستثمار واقتسام الأرباح والخسائر بينهما على قدم المساواة، وهذا القرار كان نقضا للقرار الصادر عن محكمة استئناف ليون²، أين أقرت بوجود شركة فعلية بين زوجين نظرا لكون الزوجة تستثمر أموال زوجها مقابل نسبة من الأرباح.

كما ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار سابق لها³ إلى أن نية الاشتراك هي الرغبة في تجميع أموال وتسيير ذمة مالية، وما يلاحظ على هذه الأحكام حتى الصادرة عن نفس الجهة القضائية أنها لا تتبنى مفهوما مستقرا لنية الاشتراك، ما يؤكد دائما غموض هذه الفكرة أمام القضاء.

ومن هذا المنطلق يظهر أن فكرة نية الاشتراك تعتبر بمثابة وسيلة ممنوحة للمحاكم تحافظ من خلالها على سلطة تقديرية شبه مطلقة تسمح لها بتقرير وجود الشركة من عدمه وعلى ذلك فهي تسمح بتغليب فكرة المساواة وحسن النية بين أطراف عقد الشركة، غير أن هذه الفكرة القانونية تستتبع في المقابل نوعا من عدم الأمان إن صح التعبير، لأنه غالبا ما يكون من المستحيل الكشف بطريقة مؤكدة لا تقبل أي جدل عن وجود نية الاشتراك من عدمه وبالنتيجة عدم التأكد مما إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إبرام عقد شركة أو عقد آخر، لذلك حاول الفقه الوقوف على تعريف لنية الاشتراك من خلال الإصرار على إبراز مظاهرها المختلفة⁴.

وجدير بالذكر أن هناك من الفقه أمثال Paul Didier, Claude Bailly Masson⁵ من ينكر على نية الاشتراك دورها في تقرير وجود الشركة، بحيث لا يعتبرونها أصلا عنصرا

¹ - Cass.Com, 09-11- 1981, cité par Venzon Christophe, op.cit., p10.

² - Cour D'appel de Lyon, 31-01-1980, cité par Venzon Christophe, op.cit., p11.

³ - Cass.Com, 15-05-1974, cité par Venzon Christophe, op.cit., p11.

⁴ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°02.

⁵ - Paul Didier, Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés, 2^{ème} édition, éd PUF, 1997, p 49 s...voir aussi Claude Bailly-Masson, La fictivité, une épée de damoclès disparue ?, Petites affiche, 24 janvier, 2000, n°16, p04.

من العناصر المكونة لعقد الشركة، لذلك لا داعي حسبهم للغوص في تفاصيل تتعلق بوضع مفهوم لها.

حيث استند الفقه الذي أنكر على نية الاشتراك صفتها كعنصر من العناصر المكونة لعقد الشركة على عدة مبررات قانونية وأخرى اقتصادية، أهمها:

- أن المشرع لم ينص صراحة على أنها عنصر من العناصر المكونة لعقد الشركة مثلما فعل بالنسبة لباقي العناصر (تعدد الشركاء، تقديم الحصص، اقتسام الأرباح والخسائر)، فهذه الأخيرة فقط هي الضرورية لوجود الشركة، أو بتعبير آخر لم يتم تأييدها بشرعية نصية إن صح التعبير، فالمادة 1832 من القانون المدني الفرنسي (تقابلها المادة 416 من القانون المدني الجزائري) من جهة لم تنص صراحة على نية الاشتراك كعنصر ضروري لوجود الشركة، ومن جهة أخرى لم تتضمن حتى الإشارة إلى المفهوم الذي قدمه لها القضاء (الرغبة في التعاون الايجابي والفعال وعلى قدم المساواة بغية تحقيق هدف مشترك)¹.

- هناك من دمجها بركن التراضي في عقد الشركة، واعتبرها مرادفا له، فالشركاء طبقا لنص المادة 1832 إنما يوافقون على الاشتراك معا في مشروع معين من خلال تقديم حصصهم واقتسام الأرباح والخسائر، فالموافقة الصادرة من كل طرف في عقد الشركة على هذه العناصر مجتمعة إنما يمثل بالنسبة له الرغبة في أن يصبح شريكا وهو بالضبط المعنى المتداول تقريبا لنية الاشتراك (الرغبة في الشراكة)، ووصلوا لدرجة أن اعتبروا أن نية الاشتراك هي التراضي الخاص بعقد الشركة فقط وليس بعقد آخر لذلك اصطلاحوا على تسميتها ب" version sociétaire du consentement"، وعلى ذلك لا يوجد أي فرق بين نية الاشتراك وعنصر التراضي طبقا لمدلول المادة 1832 ليكون بذلك عنصر التراضي (كعنصر يرتبط بالإرادة) الشرط الوحيد الضروري لوجود الشركة²، ذلك أن الرضا هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، والإرادة هي مسألة نفسية بحتة والتراضي ما هو إلا تعبير عنها، فهو إذن يجسد

¹- Vincent Cuisinier, L'affectiosociétatis, Litec, Groupe Lexis Nexis, France, 2008, p108.

²- Jean-François Quievry, Anthropologie juridique de la personne morale, Thèse pour l'obtention du grade docteur en droit, Université Paris Sud, Faculté Jean Monnet, 22-05-2008, p372.

النية، وعليه فالتراضي ما هو إلا الوجه الملموس لنية الاشتراك، أي أن هذه الأخيرة يستغرقها ركن التراضي¹.

- القانون الفرنسي عرف أنواعا متعددة من الشركات التجارية، فظهر شركات المساهمة البسيطة (SAS)، وشركات المساهمة البسيطة ذات الشخص الواحد (SASU) والتي تتميز بحرية واسعة في تنظيمها، وكذلك ظهور الشركة ذات الشخص الوحيد (EURL) ذات المسؤولية المحدودة فتح المجال حول الشك في وجود عنصر نية الاشتراك في هذا النوع من الشركات حيث يطرح التساؤل عن كيفية بروز روح التعاون بشكل ايجابي وإرادي وعلى قدم المساواة في إطار تحقيق هدف الشركة²، أين يجب أن يعتبر كل شريك نفسه مرتبطا بمصالح الشركاء الآخرين، وعليه وجود إرادة واحدة في هذا النوع من الشركات ذات الشخص الوحيد قد تفتح المجال أمام تجارة فردية تهدف إلى التهرب من المسؤولية دون أن تتصرف إرادة الشريك الوحيد إلى التعبير عن تكوين الشركة، فالأخذ بعين الاعتبار وجود شريك وحيد في الشركة يدفع للقول بعدم وجود نية الاشتراك لأن فكرة المشاركة تقتض وجود عدة شركاء أين يمكن أن تتصرف إرادة كل شريك إلى التعاون الايجابي مع بقية الشركاء تحقيقا للغرض من تكوين الشركة، فكل طرف في عقد الشركة يعتبر نفسه مرتبطا بمصالح الآخرين وله حق التسيير مع غيره من الشركاء على قدم المساواة فيما بينهم³.

- التوجهات الاقتصادية الجديدة تفرض أن تتماشى الشركات التجارية مع هذا التطور الحاصل على المستوى الاقتصادي، وهو ما يفرض ضرورة التخلي عن المفهوم المعنوي لنية الاشتراك والذي يقوم على فكرة أن هذه الأخيرة هي المؤشر على وجود الشركة، فهذا المفهوم الكلاسيكي لا يتماشى والتطورات الاقتصادية ومدى تأثيرها في الشركات التجارية، فهذه الأخيرة تركز توجهاتها نحو مصالحها المالية، حيث أصبحت لغة الأرقام والأرباح هي أساسها، فأغلب الشركات تعتمد رؤوس أموال ضخمة وتطرح أسهمها في أسواق البورصة، وأغلب المكنتبين والذين قد يكونون أشخاص طبيعية أو حتى معنوية ذات مكانة اقتصادية كبيرة يكون هدفهم الرئيسي الاستثمار بغية تحقيق الأرباح الفورية والسريعة وفي أقل وقت ممكن، ومنهم من يلجأ

¹ - حسن بيهي، المرجع السابق، ص 5.

² - Venzon Christophe, op.cit., 20.

³ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج5، شركة الشخص الواحد، 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 43.

حتى لممارسة نوع من الضغط على مسيري الشركات بغية تخصيص أرباح مرتفعة لهم مهددين بسحب أموالهم من الشركة إن رفضوا ذلك، وهو ما يتعارض مع روح ورغبة الشراكة (أي مع نية الاشتراك)، فوجود و استمرار الشركة لا يعنيهم مطلقاً¹.

غير أن التحليل السابق لا ينفي أن أغلب الفقه اعترف بها كعنصر ضروري لوجود الشركة وحاول الوقوف على تعريفها وتحديد مفهوم لها رغم عدم النص عليها صراحة ضمن النص المعرّف لعقد الشركة، حتى القضاء لعب دورا مهما في إيجاد مفهوم لها مؤكدا في العديد من أحكامه² أنه من غير الممكن القول بوجود شركة دون نية اشتراك.

فالرأي الراجح فقها والذي لاقى تأييدا من القضاء أكد أن نية الاشتراك باعتبارها عنصرا نفسيا تمثل شرطا ضروريا لوجود الشركة يتميز عن ركن التراضي في عقد الشركة، فالفقه عموما ميز بينهما على أساس أن نية الاشتراك لا تقتصر على إرادة إبرام عقد الشركة فقط كما هو الحال بالنسبة لركن التراضي الذي يكون وقت إبرام العقد، فهي ذات طبيعة مختلفة كون أن آثارها لاحقة على إبرام العقد، نظرا لكونها تستمر طوال فترة حياة الشركة، كما أن التراضي ينصب على الجانب المادي للعقد (تقديم الحصص، اقتسام الأرباح والخسائر)، في حين أن نية الاشتراك تعبر عن روح التعاون الإرادي والايجابي وعلى قدم المساواة ، حيث عبر عنها الفقيه N.Reboul بأنها رضا عن نية شخصية، بمعنى رضا من نوع خاص وليس مجرد رضا عادي، لتكون بذلك ركن ضروري لوجود الشركة يجب أن يتوافر لدى كل شريك بدءا من إبرام عقد الشركة وتأسيسها وتستمر أثناء تنفيذها (أي خلال حياة الشركة)³.

وحتى في الشركات ذات الشخص الوحيد تعتبر نية الاشتراك شرطا ضروريا لوجود الشركة⁴، حيث تظهر من خلال إبراز الشريك الوحيد لإرادة حقيقية صادقة مطابقة تماما لما يهدف إليه عقد الشركة، أي يجب أن يكون لدى هذا الشريك الوحيد النية في التصرف كشريك في الإطار الخاص بالشركة ذات الشخص الوحيد تماما كالشريك في المفهوم التقليدي للشركة أي التصرف في إطار شخصية معنوية تتميز بكيان مستقل، بحيث يجب عليه عدم الخلط بين

¹ - Venzon Christophe, op.cit. , p19.

² - Cass.Com.5-11-1974, Cass.Com.23-06-2004 , citées à la fiche pédagogique virtuelle, séance n°O6, L'affectio societatis, sur le site : www.facdedroit-lyon3.com.

³ - Jean-François Quievy, op.cit., p374.

⁴ - Venzon Christophe, op.cit. , p12.

نمته المالية والذمة المالية للشركة¹، أي يجب عليه أن يحترم حدود الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة، بما يضمن العمل من أجل تحقيق هدف الشركة، ليتفادى بذلك كلّ ما من شأنه أن يخلط بين أمواله الخاصة وأموال الشركة².

غير أنه من الناحية العملية اكتشاف هذا الأمر يكون في غاية الصعوبة، فإذا كان القاضي في الشركات التي تتكون من شريكين أو أكثر من دون أن تتصرف إرادة الشركاء فيها إلى التعبير عن تكوين الشركة، أي إذا كان الشركاء يخفون اتفاقا آخر تحت ستار شركة ما لكي يحققوا مصالح شخصية، يستطيع أن يحلل المصالح المتبادلة من خلال دراسة الأسباب الحقيقية التي من شأنها أن تؤكد أو تلغي أهداف الشركاء، فإن الأمر بالنسبة إلى حالة الشريك الوحيد ومعرفة حقيقة أهدافه يكون أكثر دقة وصعوبة بالنسبة له (أي بالنسبة للقاضي)، ومع ذلك يستطيع هذا الأخير أن يكتشف حقيقة أهداف الشريك ومصالحه من خلال تصرفاته التي قد تظهر صحة مقاصده، فقد تنطوي على غش أو قصد الإضرار بحقوق دائنيه ومصالحهم³.

وينتج عن وجوب صدق إرادة الشريك وتصرفاته ألا يجعل الغير يعتقد أنه يتصرف باسمه ولحسابه الخاص وليس لحساب الشركة خاصة إذا تولى بنفسه إدارة أعمالها، أي يجب عليه أن يتصرف كشريك في شخصية معنوية مستقلة بما يضمن تطبيق مبدأ التخصيص الذي يعتبر شرطا ضروريا لتكوين الشخص المعنوي، فالشركة ذات الشخص الوحيد لا يمكن أن تتخذ معناها القانوني كشركة إذا لم تحقق موضوعها عن طريق استغلال الأموال المخصصة لها والتي تظهر منذ البداية عند تخصيص رأس المال وتسجيله في السجل التجاري⁴.

أما بالنسبة لشركات الأموال، والتي كانت ولا زالت بسبب التطورات الاقتصادية المستمرة أساس استبعاد نية الاشتراك من كونها عنصرا ضروريا لوجود الشركة، فلا يمكن النفي بصورة مطلقة قيام هذه النية في هذا النوع من الشركات، إذ تظل قائمة ولو بقدر يسير كاف لحصول التعاون في تسيير الشركة، حيث تبرز لدى المساهمين عند اجتماعهم في الجمعيات العامة للمداولة في أمور الشركة وتعيين هيئة إدارتها والتصويت على أعمال أعضاء مجلس الإدارة

¹ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج5، شركة الشخص الواحد، المرجع السابق، ص42.

² - Lamy sociétés commerciales, Associé unique personne physique, Septembre 2005, n° 3117.

³ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج5، شركة الشخص الواحد، نفس المرجع، ص42.

⁴ - نفس المرجع، ص42.

والتصديق على حسابات الشركة وميزانيتها وتوزيع الأرباح والخسائر... فهذه الأعمال وأمثالها لا تقوم إلا على نية الاشتراك، حيث لا يخفف من هذا العنصر كون أحد المساهمين أو بعضهم لم يشارك في اجتماعات الجمعيات العامة¹.

وعليه يمكن القول أن نية الاشتراك بالرغم من إنكارها من طرف بعض الفقه كعنصر من عناصر عقد الشركة، إلا أنها لاقت اعتراف أغلب الفقه مع تأييد القضاء باعتبارها عنصرا جوهريا في تكوين عقد الشركة، بحيث لا وجود لهذه الأخيرة في غياب عنصر نية الاشتراك مما دفع بجانب كبير من الفقهاء إلى محاولة تعريفها وتحديد مضمونها ونطاقها، حيث ظهر المفهوم الموحد لها، لكنه تعرض للعديد من الانتقادات التي كانت سببا في تبني مفهوم تعددي لها، وهو ما نعالجه بالدراسة في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

المذاهب الفقهية المعرّفة لنية الاشتراك

أمام غياب تعريف قانوني لنية الاشتراك، فإن وضع تعريف لها كان محل العديد من النقاشات الفقهية التي خضعت بدورها لرقابة القضاء الذي أكد بصورة مستمرة أنه لا مجال لوجود شركة دون إرادة الشراكة، أي دون نية اشتراك، وانقسم الفقه في هذه النقطة بين متبنّ لمفهوم موحد، وبين متبنّ لمفهوم متعدد الأشكال يركز على المظاهر المختلفة لها، وهو ما نبيّنه فيما يلي.

أولا- المفهوم الموحد لنية الاشتراك:

حاول العديد من الفقهاء إعطاء مفهوم موحد لنية الاشتراك، وتعددت الآراء كذلك في هذا الخصوص، فمنهم من اعتبرها تعاون إراديوإيجابي (فعال)، يحمل طابع الاهتمام، ويكون على قدم المساواة بين الشركاء².

¹- الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركة، المرجع السابق، ص، 146.

²- Ces selon la théorie classique, voir Yves Guyon, Droit des affaires, T1, Droit commercial général et Sociétés, 9^{ème} éd, Economicaed, Paris 1996, p124

ومنهم من اعتبرها إرادة اتحاد وقبول مخاطر مشتركة¹، ومنهم من اعتبرها إرادة المشاركة الجماعية².

1- نية الاشتراك كإرادة تعبر عن التعاون الإرادي والفعال

يرى أنصار هذا الاتجاه أن نية الاشتراك هي تعاون إرادي، ايجابي (فعال) يحمل طابع الاهتمام ويكون على قدم المساواة بين الشركاء، ليرتكز بذلك هذا العنصر على فكرتين أساسيتين هما التعاون (الإرادي والايجابي) والمساواة، حيث تكون رغبة الشركاء الإرادية في التعاون الايجابي على نجاح المشروع المشترك من أجل تحقيق الربح على أساس من المساواة بين الشركاء جميعا، لتحمل بذلك نية الاشتراك مضمونا اقتصاديا أيضا³.

وفكرة التعاون تتحقق عمليا من خلال التعاون والمساهمة في تقديم الحصص المكونة لرأس مال الشركة ابتداء، التعاون في الادارة والتسيير خلال حياة الشركة، والتعاون في مواجهة المخاطر الناجمة عن المشروع أيا كانت⁴.

أما المساواة فتقتضي أن يكون جميع الشركاء متساوين، بحيث يحصل كل منهم على نصيب من الأرباح ويتحمل جزءا من الخسائر.

وحسب بعض الفقه⁵ العناصر التي يقوم عليها هذا المفهوم الموحد المتبنى من أنصار النظرية الكلاسيكية تميز بين الشركة ووضعيات قانونية أخرى، فخاصية التعاون الإرادي والايجابي تسمح بتمييز الشركة عن الوضعيات المفروضة والغير مرغوبة مثل الشيوخ، وتميز عقد الشركة كذلك عن بعض العقود القائمة على الاشتراك في الأرباح، أين يتحصل أحد الأطراف على نسبته في الأرباح دون أن يتحمل أي خسارة مثل عقد القرض.

¹- Ces selon le doyen Hamel, voir Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p125.

²- Ces selon le professeur Amiaud, voir Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°09.

³- مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجارية، ج2، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص298.

⁴- نفس المرجع، ص298، انظر كذلك في نفس المعنى الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركة، المرجع السابق، ص143.

⁵- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°07.

وخاصية الاهتمام (فاهتمام الشركاء موجه نحو تحقيق الأرباح) تسمح بتمييز الشركة عن الجمعية، فالاجتماع قد يكون لهدف آخر خارج عن اقتسام الأرباح أو البحث عن الفوائد أما خاصية المساواة، فهي تتعارض مع رابطة التبعية بين الشركاء المعروفة في عقود العمل.

غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد، على أساس أنه من الصعب تطبيقها على جميع أنواع الشركات، فباستثناء شركات التضامن، التعاون في الواقع في أغلب الشركات لا يكون لا ايجابيا ولا متساويا، فبعض الشركاء يتصرفون وكأنهم هم الأساس في إدارة وتسيير أعمال الشركة، والبعض الآخر لا تكون لديهم حتى الرغبة في التدخل والمشاركة في التسيير¹.

وعليه فالتعاون الايجابي لا يقوم بالنسبة للمساهم الذي لا يشترك في إدارة الشركة أدنى اشتراك، كما أنه لا يصدق على الشريك الموصي في شركات التوصية البسيطة نظرا لأنه لا يشترك في الإدارة، حتى عنصر المساواة بين الشركاء فهو لا يصدق في كثير من الحالات فلا مساواة بين الشريك المتضامن والشريك الموصي، ولا مساواة بين الشركاء الذين يتمتعون في الأرباح بحقوق غير متكافئة، فلا مساواة بين حامل السهم الممتاز وحامل السهم العادي في شركات المساهمة².

غير أن هناك من الفقه³ من رد على هذا النقد مؤكدا أن التعاون لا يكون بدرجة واحدة في جميع أنواع الشركات، إلا أنه يبقى موجودا، ففي شركات الأشخاص حيث العدد المحدود للشركاء والمسؤولية الشخصية والتضامنية في جميع مراحل الشركة يزيد الشعور بنية المشاركة والمساهمة الفعالة وعلى قدم المساواة في تسيير أمور الشركة والعمل المشترك على تحقيق وإنجاح هدفها، أما في شركات الأموال حيث الاعتبار المالي، فإن إرادة التعاون موجودة أيضا وإن كانت بدرجة أقل نظرا لكثرة عدد الشركاء، الأمر الذي يؤدي إلى منح طائفة من الشركاء حق الإدارة طبقا لقانون الأغلبية مع إعطاء الأقلية حق مراقبة سير الشركة وانتظامها.

كما أن شركات المساهمة التي تؤسس عن طريق الاكتتاب المغلق أو الفوري غالبا ما تتكون من عدد قليل من المساهمين مما يزيد من ظهور الاعتبار الشخصي وإرادة التعاون

¹ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°07.

² - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركة، المرجع السابق، ص144.

³ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص301-302.

بينهم، حيث يهتم كل مساهم بالمشاركة الفعالة وعلى قدم المساواة مع المساهمين الآخرين في إدارة الشركة والعمل على تحقيق غرضها، وغالبا ما يتضمن القانون الأساسي لهذا النوع من الشركات شروطا يكون الغرض منها عدم فتح أبوابها أمام الغير لكي يظل الاعتبار الشخصي بين المساهمين محتفظا بأهميته¹، كأن يشترط موافقة المساهمين بأغلبية معينة أو موافقة مجلس إدارة الشركة في حالة تنازل أحد المساهمين عن أسهمه إلى شخص من غير المساهمين².

أما بالنسبة لفكرة المساواة، فهي كذلك موجودة في كافة الشركات وإن اختلفت باختلاف نوع الشركة ووصف الشريك، ففكرة المساواة طبقا للمفهوم الكلاسيكي لا تعني تطابق أدوار الشركاء من حيث الأهمية، وعليه فإن اختلاف هذه الأدوار باختلاف وصف الشريك ودوره في كل شركة لا ينفي فكرة المساواة، فليس من المقبول أن يتساوى الشريك المتضامن الذي يسأل مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة مع الشريك الموصي الذي تتحدد مسؤوليته بمقدار حصته فقط³.

حيث أن ذلك لا ينفي أن هناك بعض الحقوق تعد بمثابة الحد الذي يتمتع به كل شريك كمراجعة حسابات الشركة، الإطلاع على وثائقها، الإشراف على الرقابة، مناقشة المديرين والقرارات الصادرة عن الشركة⁴.

وحتى تقسيم الأسهم إلى أسهم عادية وأخرى ممتازة لا يعتبر مناقضا للأصل العام الذي يقضي بالمساواة بين جميع الأسهم في الحقوق التي تمنحها، فالمساواة المقصودة هي المساواة التي تمنحها الأسهم التي تنتمي إلى نوع واحد⁵.

واستنادا إلى الانتقادات الموجهة للتعريف المعتمد من طرف أنصار النظرية الكلاسيكية ظهر اتجاه آخر يعرف نية الاشتراك على نحو مختلف، وهو ما نبينه فيما يلي.

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، الخلاف بين الشركاء كسبب لحل الشركة وفصل الشريك منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 08.

² - نظم المشرع الجزائري شرط الموافقة على التنازل عن الأسهم في شركات المساهمة في المواد من 715 مكرر 55 إلى 715 مكرر 57 من القانون التجاري.

³ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص 301.

⁴ - وهو ما كفله المشرع الجزائري للشريك الموصي بموجب نص المادة 563 مكرر 6 من القانون التجاري.

⁵ - نادية فوزيل، شركات الأموال في القانون التجاري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 199.

2- نية الاشتراك كإرادة تعبر عن اتحاد وقبول المخاطر المشتركة

استنادا إلى هذا التعريف، فإن نية الاشتراك تتمثل في الرغبة في الاتحاد أو تقارب المصالح فكل الشركاء تجمعهم مصلحة السير الحسن للأعمال التي تقوم بها الشركة، على عكس الوضع في بعض العقود التبادلية أين تكون مصالح الأطراف متعارضة، ففي عقد البيع مثلا البائع يرغب في البيع بأعلى ثمن ممكن، والمشتري في المقابل يسعى إلى الشراء بأقل ثمن، في حين أنه في عقد الشركة كل شريك يرغب في نجاح الشركة¹.

فالرغبة في الاتحاد تفترض التنظيم الجماعي وتوازن المصالح، وعليه فإن فكرة التعاون غير مناسبة لتحديد مفهوم نية الاشتراك، حيث يوجد فرق بين الرغبة في الاتحاد من جهة والتعاون من جهة أخرى، لأن التعاون لا يفترض بالضرورة توازن المصالح، ففي بعض العقود التي تتعارض فيها المصالح نجد فكرة التعاون قائمة مثل الوضع في عقود العمل (رب العمل يسعى إلى استخدام العامل بأقل أجر ممكنة، والعامل في المقابل يسعى إلى الحصول على أعلى أجر ممكنة)، غير أنه يوجد تعاون بين العمل ورب العمل في تنفيذ العمل المطلوب².

لكن من جهة أخرى فكرة الرغبة في الاتحاد وتوازن المصالح وحدها غير كافية لتحديد مفهوم نية الاشتراك، لأن هذه الفكرة تقوم في عقود أخرى مثل عقد القرض أو عقد العمل مع المشاركة في الأرباح، لكن لو أضيفت فكرة قبول المخاطر المشتركة يمكن القول بوجود نية الاشتراك، وبالتالي وجود الشركة³.

لتكون بذلك نية الاشتراك عبارة عن موقف نفسي أو حالة تقوم لدى الشركاء، لا تتعارض معها نصوص العقد الصريحة والضمنية، تقتضي الرغبة في الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة الناجمة عن المشروع، بمعنى آخر أن هناك حالة تسيطر على نفوس الشركاء وتدفعهم ابتداء إلى تكوين الشركة للقيام بنشاط معين، وتستمر هذه الحالة أثناء قيام الشركة متمثلة في قبول

¹- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°08.

²- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°08.

³- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°08.

مخاطر المشروع، وعليه إذا قام الخلاف بين الشركاء أثناء حياة الشركة، فقد استحال " الاتحاد وقبول المخاطر " الذي أُقيمت عليه الشركة، وعليه يستحيل بقاء الشركة أيضا¹.

غير أن التحليل السابق لا يتطابق تماما مع الواقع، لأن فكرة توازن المصالح قد تغيب أحيانا نظرا لأن هناك من الشركاء من يرغبون في الحصول على أرباح منتظمة وهو ما يتعارض مع سياسة التمويل الذاتي التي يرغب فيها بعض الشركاء الذين يهتمون بتطوير الشركة من خلال رسملة القيم الزائدة أكثر من اهتمامهم بالأرباح، فهذه الاختلافات الموجودة بين الشركاء تدفع للقول بعدم وجود مصلحة مشتركة حقيقية، وإنما مصلحة مشتركة دنيا فقط إن صح التعبير².

بالإضافة إلى الاتجاه السابق الذي اعتمد تعريفا موحدا لنية الاشتراك على أساس أنها الرغبة في الاتحاد مع توازن المصالح وقبول المخاطر المشتركة، ظهر اتجاه آخر تبني بدوره تعريفا موحدا آخر لنية الاشتراك يختلف عن التعريف السابق لها يقوم على فكرة المشاركة الجماعية.

3- نية الاشتراك كإرادة تعبر عن المشاركة الجماعية

يرتكز هذا التعريف علىكون أن المتعاقدين (أطراف عقد الشركة) يقبلون الاعتراف لبعضهم البعض بسلطة اتخاذ القرار في إطار تسيير أعمالهم ومتابعتها لحسابهم المشترك فالشركة لا تفترض فقط مشاركة كل طرف في عقد الشركة في اقتسام الأرباح، لكن تفترض أيضا مشاركة كل طرف في تسيير أعمال الشركة، وهذه المشاركة يمكن أن تحدّد لكن يجب الاعتراف بها لكل شريك، بحيث لا يمكن إلغاؤها، كما يجب ممارستها بطريقة متساوية لاسيما فيما يتعلق بالقرارات المهمة التي تخص الشركة³.

ليعتمد بذلك أنصار هذا الإتجاه على معيار آخر في وضع تعريف موحد لنية الاشتراك فهي حسبه تتمثل في إرادة المشاركة الجماعية في تسيير أعمال الشركة.

¹ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص 299.

² - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°09.

³ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°09.

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنه إذا كانت المشاركة في تسيير أمور الشركة ضرورية إلا أنها تبقى غير كافية لتمييز عقد الشركة¹، ومن جانبنا يمكن القول أن الاتجاهات السابقة كل منها اعتمد على مظهر واحد فقط من مظاهر نية الاشتراك لوضع تعريف موحد لها (التعاون الإرادي والمساواة من جهة، توازن المصالح من جهة، والمشاركة في التسيير من جهة أخرى) مما جعل هذه المفاهيم الموحدة غير كافية لتحديد تعريف جامع لنية الاشتراك.

لذلك يبدو أن البحث عن مفهوم موحد لنية الاشتراك ليس بالأمر السهل، خاصة أن الانتقادات السابقة الموجهة لنية الاشتراك كعنصر من عناصر عقد الشركة دفع بعض الفقه كما سبق وأشرنا إلى إنكار وجودها ودورها في وجود الشركة.

حيث ذهب بعض الفقه إلى اعتبار نية الاشتراك مفهوم تقليدي من غير اللائق والمجدي الاحتفاظ به في القوانين الحديثة، خاصة بالنسبة لشركات الأموال أين يغيب هذا العنصر النفسي لدى أغلب المساهمين، لاسيما وأن النظرية الرومانية التي كانت أصل نية الاشتراك تطرقت فقط لشركات الأشخاص في تلك الفترة².

والفقه الحديث تأثر بهذه الانتقادات، فالبعض كما سبق وأشرنا دمجها بعنصر التراضي في عقد الشركة (هي مجرد رضا وليست مفهوم قانوني مستقل)، ومن هذا المنطلق نفى دورها في وجود الشركة على أساس أن التراضي لا يمكن أن يعتبر عنصرا مميزا لعقد الشركة، وذلك نظرا لاشتراطه في جميع العقود³.

والبعض الآخر قال بأنها لا تعدو أن تكون مجرد مفهوم لاتيني تقليدي ليس له أي دور في قانون الشركات الحديث⁴.

لكن حتى هؤلاء الذين انتقدوا نية الاشتراك ونفوا دورها في تقرير وجود الشركة، عادوا واعترفوا بأن عقد الشركة يتميز عن العقود الأخرى بتوازن المصالح والرغبة في التعاون، وهو ما دفع بعضهم إلى الابتعاد عن هذه الانتقادات المفرطة، مؤكدين في نفس الوقت أن الاعتماد

¹- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°09.

²- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°10.

³- G.Rippret , R.Roblot, Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 2, les sociétés commerciales, 19^e, Edition L.G.D.J, Paris, 2009, p24.

⁴- Paul Didier; op.cit., n°77.

على تعريف موحد لنية الاشتراك لا يمكن إلا أن يبنى بالفشل، وهو ما دفعهم إلى اقتراح مفهوم تعددي لها يسمح بتدراك الانتقادات الواسعة التي تعرض لها المفهوم الموحد¹.

ثانيا - المفهوم التعددي لنية الاشتراك:

كما سبق وأشرنا تعرض الفقه الذي حاول تكريس مفهوم موحد لنية الاشتراك للعديد من الانتقادات التي كانت في بعض الأحيان مبنية على التطور المستمر والسريع لقانون الشركات التجارية، ومن أجل تدارك هذه الانتقادات، تبنى بعض الفقه² المفهوم التعددي، حيث اعتبروا أن مفهوم نية الاشتراك متعدد الأشكال، فهذه الأخيرة لا تلعب دورا فقط عند تأسيس الشركة ولكن تلعب دورا أيضا أثناء تنفيذها، أي أثناء حياتها الاجتماعية، كما تعتبر المعيار الذي يميز صفة الشريك عن وضعيات أخرى مشابهة، وهو ما عمل القضاء الفرنسي على تأكيده في العديد من أحكامه³.

وعليه فإن مفهوم نية الاشتراك يتميز بنوع من المرونة يجعلها تختلف في مفهومها حسب نوع الشركة، حيث أنها تتخذ أشكالا مختلفة حسب الدور الذي تلعبه، وهو العامل الذي دفع إلى الابتعاد عن المفهوم الموحد لنية الاشتراك، ولقد عمل القضاء الفرنسي على تأكيد هذا المعنى ففي قرار صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية⁴، قُدمت هذه الأخيرة تعريفها الخاص لنية الاشتراك، حيث اعتبرت أن نية الاشتراك تفترض تعاون الشركاء بشكل إيجابي (فعال) من أجل الاستثمار في مصلحة مشتركة وعلى قدم المساواة، مع مشاركة كل منهم في الأرباح والخسائر.

ومن خلال هذا التعريف أظهرت محكمة النقض الفرنسية نيتها في مراقبة مفهوم نية الاشتراك، وإن كان يبدو للوهلة الأولى بأن المحكمة من خلال هذا التعريف أرادت وضع حد لرفض القضاة وضع تعريف محدد لنية الاشتراك، فالحقيقة أنها لم تتعارض مع فكرة وجود

¹ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°10.

² - Lamy sociétés commerciales, L'affectiosocietatis, élément spécifique du contrat de société, Septembre 2005, n°309.

³ - Cass.1^{er} civ, 01-10-1996, CA Paris, 28-01-1999, cité sur l'article Incidences de l'affectiosocietatis sur l'existence même de la société, Lamy sociétés commerciales, n°312. CA Poitiers, 25-03-1992 cité sur l'article Incidences de l'affectiosocietatis sur la situation des associés, Lamy sociétés commerciales, op.cit., n°313.

⁴ - Cass.Com, 03-06-1986, voir dans le même sens Cass.Com, 09-04-1996 citées par Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°11.

أشكال مختلفة لنية الاشتراك، حيث أنها ساهمت في وضع تعريف أدنى قابل للتأويل إن صح التعبير بما يفهم منه أن نية الاشتراك تحمل مظاهرا مختلفة.

والمفهوم التعددي لنية الاشتراك أكد على المظاهر المختلفة لهذه الأخيرة، والتي تختلف باختلاف طبيعة الشركة، فالإرادة التي تدفع المساهم إلى الانضمام لشركة ضخمة مقيدة في البورصة تختلف عن تلك الإرادة التي تكون لدى الشركاء في شركة صغيرة، وكذلك عن تلك الإرادة التي يتحلى بها الشريك في الشركة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، وعليه فإن تطبيق المفهوم الذي قدمته محكمة النقض الفرنسية باعتبار نية الاشتراك تعاون ايجابي بغية الاستثمار في إطار تحقيق مصلحة مشتركة، وعلى قدم المساواة يكون صعب التطبيق في الشركات الضخمة المقيدة في البورصة والتي تتشكل من عدد معتبر من المساهمين، في حين أنه في المقابل يكون هذا المفهوم واضحا في الشركة الصغيرة¹.

كذلك فإن نية الاشتراك تحمل مفهوما مختلفا في الشركات ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة أين ينتفي عنصر تعدد الشركاء ليكون بذلك من الصعب تطبيق المفهوم السابق لنية الاشتراك، ولقد أكد الفقه² في هذا الخصوص أنه لا اعتبار نية الاشتراك قائمة لدى الشريك الوحيد يجب أن يتصرف هذا الأخير بما يتوافق ومفهوم نية الاشتراك، أي أن يكون عضوا حقيقيا ضمن شخص معنوي، ويتحقق ذلك خاصة من خلال امتناع هذا الشريك عن خلط الذمة المالية للشركة مع أمواله الخاصة.

واختلاف مفهوم نية الاشتراك باختلاف نوع الشركة يدفع إلى القول بأن هذا المفهوم متعدد الأشكال، لكنه يتضمن عنصرا مشتركا أدنى يتمثل في إرادة ورغبة الشركاء في التعاون معا، على قدم المساواة بهدف إنجاح المشروع المشترك الذي يجمعهم³.

ومما سبق يمكن أن نشير إلى وجود أشكال ومظاهر متعددة تسمح بالكشف عن وجود نية الاشتراك التي يجب أن توجد في كل شركة ولدى كل شريك، أي أن المسألة تتجاوز حدود مفهوم موحد لنية الاشتراك لتشمل بذلك مجموعة مظاهر تكشف عن هذه الأخيرة، الأمر الذي

¹-Lamy sociétés commerciales, L'affectiosociétatis, élément spécifique du contrat de société, septembre 2005, n°309.

²-Lamy sociétés commerciales, Associé unique personne physique, septembre 2005, n°3117.

³- Philippe Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, 14^e édition, Dalloz, Paris, 2010, p74.

يدفعنا إلى التطرق إلى هذه المظاهر المختلفة في المطلب الموالي بغية التفصيل أكثر في مفهوم نية الاشتراك.

المطلب الثاني

مظاهر نية الاشتراك

إن أنصار المفهوم التعددي يعتبرون أن نية الاشتراك يمكن أن تتخذ أشكالا متعددة تختلف باختلاف نوع الشركة والظروف المحيطة بها، تتمثل هذه الأشكال في التعاون الإرادي المشاركة في التسيير، توازن المصالح وانعدام رابطة التبعية بين الشركاء.

فالتعاون الإرادي يعكس الإرادة المشتركة للأطراف في إنشاء الشركة، كون هذه الأخيرة عبارة عن وضع مرغوب فيه من طرف الشركاء وليست مفروضة عليهم، أما المشاركة في التسيير فتعكس رغبة كل شريك في ممارسة نوع من السلطة المتعلقة بسير أعمال الشركة من خلال اتخاذ القرارات، مراقبة المسيرين... مع اختلاف هذه الرغبة لدى الشركاء من شركة إلى أخرى.

أما عن توازن المصالح بين الشركاء، فيعتبر أحد أهم المظاهر التي تعكسها نية الاشتراك والتي تميز عقد الشركة عن أغلب العقود الأخرى لاسيما العقود الملزمة للجانبين، أين تتعارض مصالح الأطراف، كذلك انعدام رابطة التبعية مظهر آخر من مظاهر نية الاشتراك يؤكد استقلالية كل شريك عن الآخر.

وسنتناول بالدراسة هذه المظاهر بشيء من التفصيل في هذا المطلب من خلال فرعين نخصص الفرع الأول لدراسة المظهرين، التعاون الإرادي والمشاركة في التسيير، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة المظهرين، توازن المصالح وانعدام رابطة التبعية، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول

التعاون الإرادي والمشاركة في التسيير

يعتبر كل من التعاون الإرادي والمشاركة في التسيير مظهرين من مظاهر نية الاشتراك، يعكسان قيامها في الشركة، وكل منهما يبرز في مختلف أنواع الشركات، إلا أنه يختلف باختلاف نوع الشركة، وهو ما نبينه فيما يلي.

أولاً - التعاون الإرادي

تعتبر الشركة بالنسبة للشركاء وضعاً قانونياً مرغوباً به وليس مفروضاً عليهم¹، عكس الشيوع فالغالب فيه أنه حالة مفروضة على المالكين الذين يسعى كل منهم إلى تحقيق مصلحته الخاصة، وليس تحقيق هدف مشترك².

وإرادة التعاون توجد في جميع أنواع الشركات حتى وإن اتخذت مظاهراً مختلفة بتغير نوع الشركة، فالشركة لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال وضعاً قانونياً مفروضاً على أشخاص لم يتفقوا على الاشتراك معاً، وتظهر إرادة التعاون بوضوح إذا كانت الشركة مؤسسة في إطار احترام الشروط القانونية، فجميع الشركاء المستقبليين يظهرون شخصياً موافقتهم من خلال التوقيع على شهادة الاكتتاب إذا تعلق الأمر بشركة مساهمة تم تأسيسها عن طريق اللجوء إلى الادخار العلني، أو من خلال التوقيع على العقد التأسيسي في الحالات الأخرى³.

ومما تجب الإشارة إليه أن الإرادة كذلك ضرورية ومطلوبة للقول بوجود شركة ناتجة من الواقع، أي تلك الشركة الغير مسجلة والتي تتحقق عندما يتصرف شخصان أو أكثر في الواقع كأنهم شركاء حقيقيون دون التعبير عن إرادة تأسيس الشركة⁴، وهو ما أكدته القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه⁵.

¹ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°15.

² - بيار اميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص16.

³ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°15.

⁴ - بيار اميل طوبيا، نفس المرجع، ص13.

⁵ - Cass.Com 15-05-1974 cité par Venzon Christophe, Op.Cit, p 12, Cass.Com. 22-02-2005, Bull. Joly 2005, n°201, note P.Scholer,

والإرادة في هذا النوع من الشركات تدفع إلى التمييز بين فرضيتين، الأولى تتمثل في أن الأطراف تكون لهم نية تكوين الشركة لكنهم لم يهتموا باختيار شكل معين لهذه الشركة، لكن حتى هذه الإرادة الناقصة كافية لوجود الشركة لأنها أساس جميع الشركات، أما الفرضية الثانية فتتمثل في كون أن الإرادة لا تُكتشف إلا في وقت لاحق، حيث يتم الاستدلال عليها بتصرفات معينة يقوم بها الأطراف وتوحي بأنهم قصدوا تكوين شركة، فالشركاء في الشركات الناتجة من الواقع لا يظهرون إرادتهم في الاشتراك بوضوح وإنما يتصرفون كشركاء بطريقة لا شعورية إن صح التعبير، وقياساً على ذلك أكد القضاء أن نية الاشتراك في هذا النوع من الشركات الناتجة من الواقع تتمثل في الإرادة اللاشعورية *la volonté inconsciente* بتكوين الشركة¹.

وكما تقوم إرادة التعاون عند تأسيس الشركة، فإنها تستمر في الوجود أثناء حياتها الاجتماعية، فنية الاشتراك هي إرادة التعاون الإيجابي التي تستمر طوال حياة الشركة².

فإذا فقد الشريك هذه الإرادة يكون عليه مغادرة الشركة من خلال التنازل عن حقوقه لشخص آخر يستخلفه، أما إذا رفض ذلك بأن اختار البقاء في الشركة دون أن تكون لديه إرادة التعاون الإيجابي، حيث يرفض تنفيذ التزاماته، كتخاذه الشريك بالعمل في القيام بالعمل الذي تعهد به، أو إهمال الشريك المدير لالتزاماته، أي القيام بتصرفات تعكس زوال الرغبة في التعاون مع بقية الشركاء، في حين أن نية الاشتراك التي تمثل إرادة التعاون أحد مظاهرها وإن كانت أمراً داخلياً في نفوس الشركاء إلا أنها تظهر عملياً من خلال التزام كل شريك بالقيام بما تعهد به، فهذه النية هي التي تدفع الشركاء نحو التعاون والعمل المشترك وترك مظاهر الأنانية لتسود بينهم روح العمل كفريق واحد لتحقيق هدف واحد³.

حيث يجب على كل شريك أن يعمل على تحقيق مصلحة الشركة ويدفعها نحو تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله دون أن يكون سبباً في تعطيل نشاطها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁴.

¹ - Venzon Christophe, Op.Cit, p 12.

² - Cass.Com.27-02-1996, Cass 1^{er}Civ, 01-10-1996 citées par Yves Guyon, Affectio Sociétatis, Juris- classeur, op.cit., n°18.

³ - عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج4، الشركات التجارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص77، 76.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص08.

وبذلك قد يكون الشريك برفضه مغادرة الشركة رغم زوال إرادته في التعاون سببا في إثارة المشاكل والخلافات مع بقية الشركاء والتي قد تصل إلى حد إعاقه نشاط الشركة¹، وهو ما يمثل سببا مبررا للمطالبة بحل الشركة قضاء من طرف أحد الشركاء الآخرين، طبقا لما أكدته المشرع الجزائري وكذلك جانب كبير من الفقه².

وكما سبق وأشرنا فإن إرادة التعاون تختلف باختلاف نوع الشركة، حيث تبرز بوضوح في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي أين يقل عدد الشركاء، وكل منهم يعرف الآخر ويعتمد على شخصه بدءا من تأسيس الشركة إلى غاية تسيير وإدارة أعمالها، لذلك فإن زوال إرادة التعاون يكون له الأثر البالغ بالنتيجة في هذا النوع من الشركات، فكلما زاد الاعتبار الشخصي بين الشركاء كلما كان الخلاف وعدم التفاهم بينهم (بمعنى زوال إرادة التعاون الايجابي) سببا مبررا لحل الشركة قضاء قبل انتهاء مدتها، وكلما قل وجود هذا الاعتبار، فإن الخلاف وعدم التفاهم لا يحدث نفس الأثر، ولا يعطل نشاط الشركة³.

ونظرا لقيام شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي، فإن غياب إرادة التعاون وأثرها في المطالبة بالحل القضائي للشركة يكون أكثر تطبيقا فيها مقارنة بشركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي أين يكثر عدد الشركاء.

لكن هذا لا ينفي أن هناك من شركات الأموال مثل شركات المساهمة ما يلعب فيها الاعتبار الشخصي دورا لا يقل عن دوره في شركات الأشخاص، حيث يؤدي الخلاف بين شركائها إلى تعطيل نشاط الشركة، ويظهر ذلك من خلال الشروط التي يضعها المساهمون في النظام الأساسي للشركة، والتي ينظمون بها حرية تداول الأسهم، ويحافظون بموجبها على التوازن بينهم في إدارة الشركة واتخاذ القرارات المتعلقة بنشاطها، ويتحقق ذلك في شركات

¹ - هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص207.

² - الفقرة الأولى من المادة 441 من القانون المدني، أما بالنسبة للفقهاء انظر:

- Yves Guyon, Droit des affaires, Op.Cit. p205, G.Ripert, R.Roblot, op.Cit., p97, Dominique Vidal, Manuel Droit des sociétés, 5^e édition, Edition L.G.D.J Paris, 2006, p166, Anne Charveriat, Alain Couret, Mémento Pratique, Sociétés Commerciales, Edition Francis Lefebvre, Paris, 2011. p147. Andrée Brunet, Dissolution, Rép. Sociétés Dalloz, avril 1988. p 87, Anne Bougnoux, Dissolution des sociétés, Fasc 30-10, Juris-Classeur numérique, 15 janvier 2002. n° 100.

³ - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص27.

المساهمة التي تؤسس بين عدد قليل من المساهمين الذين تربطهم علاقات معينة، كشركات المساهمة التي يؤسسها أفراد عائلة واحدة، أو الشركات التي تؤسس بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يمارسون نشاطا معيناً بغرض تنظيم المنافسة بينهم والتي تعرف باسم شركات الهولدنغ، حيث غالبا ما تكون هذه الشركات من شركات المساهمة التي تظهر فيها نية الاشتراك في أوضح صورها كما هو الشأن في شركات الأشخاص¹.

وعليه فإن نية الاشتراك بهذا الشكل هي أكثر من رضا عادي، ذلك أنها تلعب دورا مهما أثناء تأسيس الشركة، ويستمر دورها طوال فترة حياتها الاجتماعية، فهي بذلك تقترب كثيرا من ركن التراضي في عقد الزواج، الذي لا يمثل فقط الموافقة على الزواج، وإنما يمتد ليرافق الحياة الزوجية بأكملها².

وإن كان التعاون الإرادي مظهرا مهما من مظاهر نية الاشتراك، يجب أن يقوم وقت تأسيس الشركة، وأثناء حياتها الاجتماعية على حد سواء، فهو يمهد بدوره لمظهر آخر ونية أخرى تتمثل في المشاركة في التسيير.

ثانيا - المشاركة في التسيير:

تعتبر المشاركة في التسيير أحد أهم المظاهر التي تعكس نية الاشتراك في الشركة ولدى الشركاء، فمن الطبيعي أن يرغب الشريك في مراقبة سير أعمال الشركة وانتقاد طريقة التسيير واتخاذ القرارات المهمة بنفسه، غير أن هذه الرغبة لدى الشركاء تختلف باختلاف نوع الشركة حيث تبرز بوضوح في شركات الأشخاص وتقل في شركات الأموال، لذلك سنحاول تفصيل هذا العنصر من خلال التطرق لمضمون ونطاق المشاركة في التسيير، وذلك على النحو التالي.

1- مضمون المشاركة في التسيير

إن المشاركة في تسيير أعمال الشركة تنطلق أساسا من الإطلاع على سير مجريات الأمور في الشركة ليصل الأمر إلى اتخاذ القرار السليم المرتكز على المعلومات الدقيقة، أي أن

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص28.

² - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°18.

الإطلاع يسبق المشاركة في التسيير التي تتحقق من خلال الحضور والتمثيل والتصويت في الجمعيات العامة، لنصل إلى القول بأن المشاركة في التسيير بما تشتمله كذلك من مراقبة للتسيير تتضمن عموما التزام الشركة، وبالأخص المسيرين بإعلام الشركاء من جهة و مشاركة هؤلاء (أي الشركاء) في الجمعيات العامة والتصويت فيها من جهة أخرى، وهو ما انفصله فيما يلي.

أ- التزام المسيرين بإعلام الشركاء

الإعلام يمثل حقا مقررًا للشريك والالتزام يجب على المسيرين في الشركة تنفيذه حتى يتمكن الشركاء من المشاركة في التسيير بطريق فعالة، فقبل أن يتخذ الشريك أي قرارا وقبل أن يقوم بالتصويت يجب أن يكون على علم ودراية بما يجري في الشركة، وذلك حتى يكون القرار الذي يتخذه دقيقا ومعبرا عن رأيه، كما أن مراقبة التسيير في الشركة لا تتحقق إلا إذا كان الشركاء كذلك على علم بما يجري في الشركة، خاصة ما يتعلق بالمسيرين وكيفية تسييرهم، ويمكن القول أن هذا الحق يتمحور حول الإطلاع أو كما يسميه بعض الفقه¹ سلطة البحث أو التقصي عن الوثائق التي لم تقدمها الشركة للشركاء، لذلك اعترفت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري² بالحق في الإعلام الذي يكون إما عند نهاية النشاط، وإما دائما³.

فالحق في الإعلام عند نهاية النشاط أو كما يسميه بعض الفقه⁴ الحق في الإعلام السابق على انعقاد الجمعية العامة، يختلف بحسب ما إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص أو من شركات الأموال.

ففي شركات التضامن مثلا نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المديرين بعرض التقرير المتعلق بعمليات السنة المالية وإجراء الجرد على جمعية الشركاء للمصادقة عليها في أجل ستة أشهر ابتداء من قفل السنة المالية، وهذه الوثائق يجب أن تُبلّغ (تُؤجّه) للشركاء قبل خمسة

¹- Yves Guyon, Traité des contrats, Les sociétés, 3^{ème} édition, Edition Delta, Paris, 1998, P96.

²- انظر المواد 557 ، 677 ، 680 ، 683، من القانون التجاري الجزائري.

³- Nouredine Chadli, La protection des associés , Revues des sciences juridique n°12, Faculté de droit, Université Badji Mokhtar, Annaba, juin 2008, P 243.

⁴- DeenGibirila, Société en nom collectif, Répertoire de droit des société Dalloz, janvier 2003, n°200.

عشر (15) يوما من إجتماع الجمعية العامة¹، مع ملاحظة أن الحق في الإعلام السابق على انعقاد الجمعية العامة لا يقوم إذا كان جميع الشركاء مديرين²، فالمعنيون بحق الإعلام يشاركون جميعا في هذه الحالة في تسيير الشركة، وعليه لا يحتاجون إلى مراقبة أو معرفة طريقة التسيير وما يترتب عنها من نتائج، طالما أنهم جميعا يتمتعون بصفة المدير (المسير) في الشركة³.

أما في شركات المساهمة، فنجد أنّ المشرع الجزائري قد ألزم مجلس المديرين أو مجلس الإدارة حسب الحالة أن يبلغ المساهمين أو يضع تحت تصرفهم جميع الوثائق الضرورية التي تمكنهم من إبداء الرأي عن دراية، وإصدار قرار دقيق فيما يخص إدارة أعمال الشركة وسيرها وذلك قبل ثلاثين (30) يوما من إنعقاد الجمعية العامة⁴، والحق في الإعلام في هذه الحالة يقع خاصة على أسماء القائمين بالإدارة والمديرين العامين، نص مشاريع القرارات التي قدّمها مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي يقدم إلى الجمعية العامة...⁵، كما منح المشرع كذلك للمساهم الحق في الإطلاع خلال خمسة (15) عشر يوما السابقة على إنعقاد الجمعية العامة العادية على مجموعة من الوثائق، منها جرد جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة وقائمة المديرين، تقارير مندوبي الحسابات التي ترفع للجمعية، المبلغ الإجمالي المصادق على صحته من مندوبي الحسابات...⁶.

وفي حالة ما إذا كانت الأسهم مملوكة على الشيوع، فإنّ الحق في الإطلاع يثبت لكل مالك على الشيوع، أما إذا كانت الأسهم مثقلة بحق إنتفاع، فإنّ الحق في الإطلاع يثبت لكل من مالك الرقبة والمنتفع على حدّ سواء⁷.

والحق في الإعلام السابق على انعقاد الجمعية العامة قد يمتد ليشمل الإطلاع حتى على قائمة الشركاء الذين سيشركون في الجمعية، فالشريك من خلال إطلاعه على هذه القائمة يستطيع أن يتصل مع غيره من الشركاء، سواء من أجل الإتفاق على تشكيل أغلبية معينة أو

¹ - المادة 557 من القانون التجاري الجزائري.

² - الفقرة 03 من المادة 557 من القانون التجاري الجزائري.

³ - DeenGibirila, op.cit., n°201.

⁴ - المادة 677 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - المادة 678 من القانون التجاري الجزائري.

⁶ - المادة 680 من القانون التجاري الجزائري.

⁷ - المادة 682 من القانون التجاري الجزائري.

من أجل الإتفاق على معارضة الأغلبية المسيطرة، كما يشمل هذا الحق كذلك الحق في أخذ النسخ¹.

أما عن الحق في الإعلام الدائم، فيمكن القول أن المشرع الجزائري نظمته في إطار شركات التضامن، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، حيث منح للشركاء غير المديرين في شركات التضامن وكذا في الشركات ذات المسؤولية المحدودة الحق في الإطلاع على الوثائق المتعلقة بالشركة، وذلك أثناء النشاط أي قبل قفل السنة المالية، حيث استعمل مصطلح " في أي وقت كان"، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري أوجب أن يمارس الشريك هذا الحق في الإعلام الدائم شخصيا (بنفسه) وفي مركز الشركة²، مما يستبعد إمكانية توكيل أي شخص للقيام بهذا الحق سواء كان من الغير أو من بقية الشركاء³.

وبالرغم من تشابه الحقوق المنصوص عليها في كل من شركات التضامن والشركات ذات المسؤولية المحدودة، إلا أنه يلاحظ وجود بعض الفوارق بينهما، ففي شركات التضامن فقط الشريك غير المدير يستفيد من هذا الحق، في حين أنه في الشركات ذات المسؤولية المحدودة هذا الحق معترف به لجميع الشركاء دون تمييز، بالإضافة إلى ذلك في شركات التضامن لا يستطيع الشركاء غير المديرين ممارسة هذا الحق إلا مرتين في السنة، في حين أنه في الشركات ذات المسؤولية المحدودة نجد أن المشرع لم يحدد عدد المرات التي يستطيع فيها الشريك ممارسة هذا الحق⁴.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يمنح هذا الحق في الإعلام الدائم للمساهمين في شركات المساهمة، خاصة وأن هؤلاء يكونون أكثر عرضة لتعسف المسيرين مقارنة بالشركاء في شركات التضامن والشركات ذات المسؤولية المحدودة، لذلك دعا بعض الفقه الجزائري⁵ بضرورة توحيد الأحكام المتعلقة بالحق في الإعلام الدائم وتوسيعها لتشمل المساهمين في شركات المساهمة.

¹ - Nouredine Chadli, op.cit., p245.

² - المادتين 558، 585 من القانون التجاري الجزائري.

³ - DeenGibirila, op.cit., n°205.

⁴ - Nouredine Chadli, op.cit., p246.

⁵ - Nouredine Chadli, op.cit., p246.

ويتضح مما سبق أن الإعلام أو الإطلاع يتسم بطابع الإلزام بالنسبة للقائمين بالإدارة أو المسيرين، وطابع الإلزام يستمد شرعيته من مختلف النصوص القانونية، ففي شركات المساهمة مثلا لو حصل وامتنعت الشركة عن تمكين المساهمين من حقهم في الإعلام برفض تبليغهم الوثائق الضرورية، فإنه يجوز للجهة القضائية المختصة أن تأمر الشركة ببناء على طلب المساهم الذي رُفض طلبه بتبليغ هذه الوثائق تحت طائلة الإكراه المالي¹.

لكن وحسب بعض الفقه² بالإضافة إلى الإعلام الإلزامي، هناك إعلام تلقائي يركز على قواعد حسن السلوك وميثاق الشرف وآداب المهنة، فلم يعد يقتصر دور مدير الشركة على الالتزام حرفيا بالنصوص القانونية، بل يمتد إلى الالتزام الأخلاقي اتجاه الشركاء بموجب ميثاق الشرف، حتى أن القضاء أقر هذا الالتزام الأدبي، ففي حكم صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية³، ألغت هذه الأخيرة قرار مجلس إدارة الشركة لرفضه طلب حصول شريك على بعض المعلومات، ولم يكن الحكم مبنيا على عدم احترام مجلس الإدارة لنص أمر في القانون فالمحكمة وقفت على التحايل الذي استخدمه مجلس الإدارة لرفض إعطاء المعلومات، حيث أكد هذا الحكم بوضوح الالتزام الأدبي الذي يقع على عاتق المسيرين بإعطاء المعلومات الضرورية التي تمكن الشركاء من المشاركة في التسيير بنوع من الفعالية.

وبالرغم من أن الإعلام أو الإطلاع يمثل حقا مقررًا لكل شريك، إلا أنه لا بد من ضرورة وجود نوع من التوازن بين مصالح الشركاء ومصلحة الشركة المتمثلة في سرية الأعمال، التي يجب المحافظة عليها بالحد الأدنى لأن نشرها قد يلحق الضرر بالشركة، فالهدف من المعلومات التي يقدمها المسكرون للشركاء هو معرفة وضع الشركة، بحيث تسهل عليهم طريقة مناقشة القرارات وطرح الأسئلة والاستفسارات خلال المداولات، أما إذا كان من الممكن أن تلحق هذه المعلومات الضرر بمصالح الشركة عند نشرها، عندئذ يجوز حجبها عن الشركاء.

هذا التقييد لحق الإطلاع تبرره المصلحة الجماعية، خاصة إذا كانت الشركة من الشركات الصناعية والتجارية الكبرى التي تكون ميدانا للاختراعات، والتي توضع فيها دراسات علمية

¹ - المادة 683 من القانون التجاري.

² - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 264.

³ - Cass.Com, 02- 07-1985, Bull Joly n°03 de mars 1986, §100.

دقيقة، صعبة ومكلفة ماليا، بحيث تكون ثمرة جهد كبير، لذلك يكون من غير الجائز الإفصاح عنها تجنباً لتسريبها سواء عن جهل أو عن سوء نية إلى الشركات المنافسة¹.

وإذا كانت المصلحة الجماعية تشكل غطاء للمسيرين لحجب بعض المعلومات عن الشركاء، إلا أنها لا يجب أن تكون غطاء لمخالفاتهم، فسرية الأعمال لا تتناول إلا تلك التي يشكل الإفصاح عليها خطراً حقيقياً على سير أعمال الشركة، كما يجب ألا تترك لتقدير ومزاج المسيرين ليتخذونها غطاء لهم، فإذا كانت سرية الأعمال تقتضي احترامها لمصلحة الشركة، إلا أنها لا يجب أن تشكل حجة عامة ودائمة للمسيرين في رفضهم تزويد الشركاء بالمعلومات اللازمة عن الشركة².

والمشرع الجزائري كما سبق ورأينا كفل حق الإعلام في مختلف أنواع الشركات التجارية من خلال إلزام المسيرين بتقديم المعلومات اللازمة للشركاء، إلا أنه في نفس الوقت وفي بعض الحالات ألزم المسيرين بالاحتفاظ بسرية المعلومات وعدم إفشائها مثلاً نص في المادة 627 من القانون التجاري، حيث جاء فيها ما يلي: " يتعين على القائمين بالإدارة ومجموع الأشخاص المدعويين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك"، وهو تقريبا نفس ما نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الخامسة من المادة 225-37 من القانون التجاري.

لكن مع انتشار سياسة اقتصاد السوق ظهر ما يعرف بمبدأ الشفافية والإفصاح، الذي فُرض على شركات المساهمة لاسيما المقيدة البورصة، حيث أصبح المساهمون يطالبون المسيرين بالإفصاح عن كل المعلومات المالية والمحاسبية، لكن عبّر العديد من المسيرين لاسيما الفرنسيين عن رفضهم وانتقادهم لهذا المبدأ نظراً لأن الشفافية المطلقة ترتب مخاطر عديدة، وقالوا بضرورة الاحتفاظ ولو بحد أدنى من سرية الأعمال بما يحمي مصالح الشركة أي لا بد من وضع حد فاصل بين حق الشركة، وحقوق المساهمين، لذلك دعوا إلى ضرورة تنظيم

¹- وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص266.

²- نفس المرجع، ص266.

مسألة الإفصاح عن المعلومات بالشروط الشكلية والموضوعية التي لا تضر مصالح أي من الطرفين¹.

ب- المشاركة في مداولات الجمعيات العامة والتصويت فيها

يتميز عقد الشركة بطبيعة خاصة، حيث يمكن القول أنه عقد وتنظيم في نفس الوقت فمن خلال هذا العقد ينظم الشركاء كيفية التعاون في ما بينهم، حيث أن واجب التعاون يعبر عن نية الاشتراك التي تفترض بأن يكون لكل شريك الحق في المشاركة في تسيير أعمال ونشاطات الشركة، ومن ذلك الحق في المشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بها².

فكل شريك يملك الحق في اتخاذ القرار والتصويت، وقد أكد المشرع الفرنسي على عكس المشرع الجزائري ذلك صراحة في القانون المدني بالنص على: " tout associé a le droit de participer aux décisions collectives"³.

وبالرغم من أن هذه الصياغة تعبر عن المشاركة في المداولات الجماعية، إلا أنها تشير كذلك إلى ممارسة حق التصويت فيها⁴، فلقد أكد القضاء الفرنسي في أحد أهم القرارات الصادرة عنه في هذا الخصوص arrêt Château d'Yquem بأن لكل شريك الحق في المشاركة في المداولات الجماعية وفي التصويت، وبأن الأنظمة لا يمكنها مخالفة هذه الأحكام⁵.

فقد ورد في أحد القرارات السابقة الصادرة عن القضاء الفرنسي (l'arrêt de Gaste) ما يسمح بالإعتقاد بأن حق الشريك يقتصر فقط على المشاركة في المداولات الجماعية، مما يؤدي إلى إستبعاد حقه في التصويت (ميّز هذا القرار بين الحق في المشاركة في الجمعيات العامة وبين الحق في التصويت حيث منح الحق في التصويت للمنتفع بالحصص ومنح لمالك الرقبة (الشريك) الحق في المشاركة في الجمعيات العامة)⁶، غير أنه لاحقا صدر القرار الذي سبقت

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص269.

² - Renée Kaddouch, Le droit de vote de L'associé, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille, soutenue le 14 décembre 2001, p19.

³ - الفقرة الأولى من المادة 1844 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ - Lamy sociétés commerciales, Prérrogative fondamentale de l'associé, Septembre 2005, n°750.

⁵ - Cass.Com, 09-02-1999, Bull Joly, n°05 de mai 1999.

⁶ - Cass.Com, 04-01-1994, Bull Joly, n°03 de mars 1994.

الإشارة إليه l'arrêt Château d'Yquem ورفض التمييز بين الحق في المشاركة في الجمعيات العامة والحق في التصويت.

حيث أكد الفقه في هذا الخصوص أنهما حق واحد غير قابل للتجزئة، فهو حق ذو جانبيين المشاركة من جهة والتصويت من جهة أخرى، فكيف يمكن التمييز بين الحق في المشاركة والحق في التصويت، فالمشاركة دون تصويت لا تعتبر أصلا مشاركة، فما فائدة أن يُمنح الشريك الحق في المشاركة في المداولات الجماعية دون أن يُمنح الحق في المشاركة في إتخاذ القرار¹.

غير أن القانون التجاري الفرنسي يعرف ما يسمى بالأسهم ذات الأولوية في الحصول على الربح دون الحق في التصويت²، فحملة هذه الأسهم لا يتمتعون بالحق في التصويت إلا أنهم يستطيعون المشاركة في الجمعيات العامة، ويقدموا الملاحظات فيها³، لكن تبقى هذه المشاركة عديمة الفائدة لأنها لا تمكنهم من المشاركة في اتخاذ القرار، ويمكن القول أنها تعتبر استثناء عن المبدأ الذي كرسه القضاء الفرنسي والذي يقضي بعدم التمييز بين المشاركة في الجمعيات العامة وبين الحق في التصويت.

لذلك عرف الفقه التصويت بأنه تعبير الشريك عن رأيه بصدد قرار معين، ويتم ذلك من خلال المشاركة في الجمعيات العامة، فمن خلال ممارسة هذا الحق يستطيع الشريك أن يعبر عن إرادته فيما يتعلق بتسيير أعمال الشركة⁴.

والحق في التصويت يثبت لمالك الحصص أو الأسهم، فالملكية هي الأساس الذي يتم الاعتماد عليه في توزيع الحق في التصويت، فعدد الأصوات التي يملكها الشريك يكون متناسبا مع نسبة حصته أو أسهمه في رأس مال الشركة⁵، غير أنه توجد بعض الحالات الاستثنائية أين يملك الشريك مجموعة من الأصوات تفوق نسبة مساهمته في رأس مال الشركة مثلما هو مقرر في شركات المساهمة، حيث سمح المشرع الجزائري بإصدار الأسهم ذات الأصوات

¹ - Jean-Jacques Daigre, Note sous Cass. Com. 09 février 1999, n°122 .

² - الفقرة الأولى من المادة 11-228 من القانون التجاري الفرنسي.

³ - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p 688.

⁴ - Françoise Dieng, Le droit de vote des associés, UniversitéToulouse1, Sciences sociales, Droit écrit, Droit sénégalais, n°01, Septembre 2002, p09.

⁵ - Paul Le Cannu, Droit des sociétés, 2^{ème} édition, Edition Montch-Restien, Paris, 2003, p557.

المتعددة¹، وهي تلك الأسهم التي تمنح لأصحابها عددا من الأصوات يفوق تلك المقررة للسهم العادي².

والقاعدة العامة تتمثل في أن الشريك هو الذي يشارك في التسيير تعبيرا عن نيته في الاشتراك من خلال ممارسة حقه في التصويت، فحتى لو كانت الحصص أو الأسهم مرهونة تبقى المشاركة في التسيير من حق الشريك الراهن، وهو فعلا ما أكدته المشرع الجزائري فيما يتعلق برهن الأسهم، حيث أشار إلى أن الحق في التصويت يمارس من مالك الأسهم المرهونة³، كذلك إذا كانت الحصص أو الأسهم مملوكة على الشيوع، بحيث تكون ملكيتها لعدة أشخاص، فإن كل مالك في الشيوع يكون شريكا، ولقد نظم المشرع الجزائري الحق في التصويت في هذه الحالة أيضا، حيث يُمثّل المالكون للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد، فإذا لم يحصل اتفاق عُيّن الوكيل من القضاء بناء على طلب أحد المالكين الشركاء الذي يهمه الإستعجال⁴.

غير أن هذه القاعدة العامة تعرف استثناء، أين يتدخل في التسيير شخص من الغير لا يكون شريكا في الشركة، وهي حالة ترتيب حق انتفاع على الحصص أو الأسهم، حيث اعترف القانون للمنتفع بالأسهم بالحق في التصويت، غير أنه ميز في ذلك بين التصويت في الجمعية العامة العادية والجمعية العامة غير العادية، حيث يرجع حق التصويت المرتبط بالسهم إلى المنتفع في الجمعيات العامة العادية ولمالك الرقبة في الجمعيات العامة غير العادية⁵.

والملاحظ أن القانون التجاري الفرنسي تضمن وعلى عكس القانون التجاري الجزائري النص على أنه " يمكن أن يتضمن عقد الشركة ما يخالف هذه الأحكام"⁶، حيث يمكن أن يتم الإتفاق على أن يمنح الحق في التصويت في الجمعيات العامة مرة للمنتفع و مرة لمالك الرقبة لكن لا يمكن أن يتم الإتفاق على ما يتضمن حرمان مالك الرقبة من حقه في التصويت كليًا

¹ - المادة 715 مكرر 44 من القانون التجاري الجزائري.

² - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 200.

³ - الفقرة 03 من المادة 679 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ - الفقرة 02 من المادة 679 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - الفقرة 01 من المادة 679 من القانون التجاري الجزائري.

⁶ - الفقرة الرابعة من المادة 110-225 من القانون التجاري الفرنسي.

لأنه في النهاية هو الشريك وليس المنتفع¹، وعليه لا يمكن بأي حال من الأحوال حرمانه من المشاركة في تسيير أعمال الشركة.

ومن خلال استقراء مختلف نصوص القانون التجاري، يلاحظ أن ممارسة الحق في التصويت تختلف بحسب ما إذا كانت الشركة من شركات الأموال أو من شركات الأشخاص ففي شركات التضامن مثلاً، القاعدة العامة في إتخاذ القرارات هي الإجماع²، ويمكن القول أن المسؤولية الغير محدودة والتضامنية للشركاء في هذا النوع من الشركات هي التي تفرض قاعدة الإجماع في إتخاذ القرارات نظراً لما قد ترتبه هذه القرارات من مسؤولية تقع على الشركاء³ غير أنه يمكن النص في القانون الأساسي للشركة على أن تتخذ القرارات بأغلبية محددة⁴، كما أن القانون منح الشركاء كذلك في شركات التضامن إمكانية إتخاذ القرارات عن طريق ما يسمى بالإستشارة الكتابية متى تضمن القانون الأساسي للشركة النص على ذلك، وهذا في حالة ما إذا لم يطلب أحد الشركاء عقد إجتماع الشركاء⁵.

ويشترط لصحة القرارات المتخذة من طرف الشركاء، ضرورة إجتماعهم في جمعية عامة ويجب أن يتم هذا الإجتماع في أجل أقصاه ستة أشهر، إبتداء من قفل السنة المالية، ويلزم المديرون في هذه الحالة بغرض تمكين الشركاء من إتخاذ القرار عن دراية بتمكينهم من جميع الوثائق الضرورية⁶.

والقانون لم يحدد كيفيات وأشكال إستدعاء الجمعيات العامة للإنعقاد، غير أنه غالباً ما يتم تحديد هذه الإجراءات من طرف الشركاء في النظام الأساسي للشركة⁷.

وفي حالة ما إذا تم إتخاذ القرار بواسطة إستشارة كتابية، فإنه لا يمكن اللجوء إلى هذه الطريقة إلا إذا تم النص عليها في القانون الأساسي للشركة⁸.

¹ - F. Lemeunier, Société anonyme, Ed Dalloz, Paris, 2007, p174. Voir aussi Cass. Com 09 février 1999 , Bull Joly n° 05 de mai 1999.

² - الفقرة الأولى من المادة 556 من القانون التجاري الجزائري.

³ - Mohamed Salah, Les sociétés commerciales, Tome1, Les règles communes- la société en nom collectif – la société en commandite simple, Edition Edik, Alger, 2005, p282. Voir aussi Deen Gibirila, Société en nom collectif, Répertoire de droit des société Dalloz, janvier 2003, n°222.

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 556 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - الفقرة الثانية من المادة 556 من القانون التجاري الجزائري.

⁶ - الفقرة الأولى والثانية من المادة 557 من القانون التجاري الجزائري.

⁷ - Mohamed Salah, Op.Cit, p 281. Voir aussi Deen Gibirila, op.cit., n° 216.

⁸ - الفقرة الثانية من المادة 556 من القانون التجاري الجزائري.

أما في شركات الأموال كشركة المساهمة مثلا، فإن المساهم يمارس حقه في التصويت من خلال حضور الجمعيات العامة، حيث يملك كل مساهم في الأصل عددا من الأصوات يتناسب مع عدد الأسهم التي يملكها إلا إذا كان يملك أسهما ذات أصوات متعددة، ففي هذه الحالة، يضاعف حقه في التصويت بحسب عدد هذه الأسهم الممتازة التي يملكها، ويحق للمساهم أن يقوم بالتصويت بنفسه أو عن طريق غيره أي التصويت عن طريق التمثيل¹ فالمساهم الذي لا يستطيع حضور الجمعيات العامة لا يعني ذلك بالضرورة حرمانه من حقه في التصويت، لأنه يعبر عن رأيه من خلال ممثله الذي يحل محله في الجمعيات العامة، ولقد أجاز المشرع الجزائري إمكانية التصويت بواسطة التمثيل² دون أن يشترط أن يكون الممثل مساهما أو أن تكون الوكالة لمرة واحدة فقط، كل ما يمكن قوله أنه رفض التوكيل على بياض حيث اشترط أن يعين الوكيل باسمه ولقبه³.

والمشاركة في التسيير طبقا للتحليل السابق بما تتضمنه من حق في الإعلام وحق في التصويت تختلف باختلاف نوع الشركة وهو ما نبينه كما يلي.

2- نطاق المشاركة في التسيير:

إن الرغبة في المشاركة في التسيير يمكن أن تظهر بوضوح لدى الشركاء في شركات الأشخاص نظرا لالتزامهم بصفة شخصية وتضامنية عن ديون الشركة، وعليه ونظرا لأن مصيرهم مرتبط بالشركة تبرز لديهم بشدة الرغبة في المشاركة الايجابية في تسيير أعمال الشركة، أو على الأقل مراقبة التسيير عن قرب⁴.

كما أن القانون دعم بدوره هذه الفكرة من خلال النتائج التي رتبها عن الانضمام إلى شركة من شركات الأشخاص، بحيث يكتسب فيها الشريك صفة التاجر⁵ مما يزيد من مسؤوليته

¹ - Françoise Dieng, op.cit., p12.

² - الفقرة 01 من المادة 602 من القانون التجاري الجزائري.

³ - المادة 681 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°20.

⁵ - المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.

وبالتالي يقوي لديه رغبة الاهتمام بسير أعمال الشركة، كما أن جميع الشركاء بنص القانون يكونون مسيرين ما لم يشترط النظام الأساسي للشركة خلاف ذلك¹.

وفي المقابل تقل الرغبة في المشاركة في التسيير لدى المساهمين والشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، فهم غير مسؤولين إلا في حدود حصتهم، الأمر الذي لا يدفعهم إلى التصرف بحيلة إن صح التعبير.

ومن المعروف أنه في هذا النوع من الشركات أغلبية الأصوات هي التي تصنع القرار والمقصود هنا الأغلبية العينية (أغلبية رأس المال)، وليس الأغلبية الشخصية، لذلك من المتصور أن مساهما واحدا يملك أغلبية الأصوات بحكم امتلاكه الحصة الأكبر في الشركة قد يتمكن من إملاء وجهة نظره وفرضها على باقي المساهمين الذين يحضرون اجتماعات الجمعية العامة والذين يتغيبون عنها دون تمثيل على حد سواء، فنتائج المداولات تكون وفقا لأغلبية الأصوات الحاضرة أو الممثلة في الاجتماع.

وإذا كانت الجمعية العامة هي صاحبة السيادة والسلطة العليا في هذا النوع من الشركات من الناحية النظرية، فإن الواقع يدل على عكس ذلك، حيث أن ضخامة عدد المساهمين وتغلب ظاهرة الغياب عن حضور اجتماعات الجمعيات العامة وعدم اكتراث غالبية المساهمين بهذه الاجتماعات جعل مجلس الإدارة يمسك من الناحية العملية السلطة الرئيسية المهيمنة على نشاط الشركة، ويتخذ القرارات اللازمة لمباشرة نشاطها، وأصبحت الجمعيات العامة على حد تعبير بعض الفقه² كبرلمان غائب في إجازة مفتوحة، بحيث أصبحت الجهاز الأقل فعالية إن لم نقل أصبحت مجرد جهاز صوري، حيث أن ظاهرة الغياب وعدم اهتمام المساهمين الذين يملكون الجزء الأكبر من رأس المال جعلت صغار المساهمين الذين تقل مساهمتهم في رأس المال عن النصف هي التي تقوم بتوجيه وإدارة الجزء الأكبر.

إلا أن القول السابق لا ينفي في جميع الحالات وجود مساهمين يحوزون الأغلبية، يهتمون بحضور اجتماعات الجمعيات العامة، ويقومون باتخاذ القرارات البعيدة عن تحقيق أغراض

¹ - المادة 553 من القانون التجاري الجزائري.

² - فؤاد سعدون عبد الله، نقلا عن وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 356.

أنانية وشخصية، وإنما تخدم مصالح باقي الشركاء والشركة معا، بحيث يحترمون فكرة مبدأ الأغلبية التي يفترض فيها أن تقوم على فكرة أن مصالح الشركاء إنما هي في شركة واحدة بخلاف الأصل العام في كافة العقود أين تكون المصالح متناقضة ومتعارضة، حيث يكون العقد التأسيسي الذي يجمعهم وكأنه دستور ينظم نشاط الشركاء تحقيقا لهدفهم المشترك فمادامت مصالح الشركاء يفترض فيها أن تكون واحدة وليست متعارضة، فإن الأغلبية المالكة لرأس المال يفترض أن تصدر القرار بما يحقق مصالح كل الشركاء من خلال إعلاء المصلحة الجماعية، فمن المفروض أن تحكم الأغلبية طبقا للمصلحة الجماعية لكي يكون قرارها صحيحا¹.

فإذا تم اتخاذ القرار من طرف الأغلبية وفقا للتحليل السابق (أي في إطار ما تفترضه نية الاشتراك من ضرورة احترام المصلحة الجماعية)، فيمكن القول أن هذه الأغلبية تعكس نيتها في الاشتراك، أما إذا كان اتخاذ القرار بما يخدم المصلحة الفردية لمساهمي أو مساهم الأغلبية على حساب مصلحة الشركة مصلحة باقي الشركاء، فيمكن القول بغياب نية الاشتراك لديهم في هذه الحالة، لأن هذه الأخيرة تفترض تعاون جميع الشركاء في إطار تحقيق مصلحة مشتركة، كأن يحوز مثلا مساهم واحد لأغلبية الأصوات في الجمعية العامة ويكون له في نفس الوقت صفة المدير عند التصويت في الجمعية العامة على قرار الهدف منه إبراء ذمته وتنازل المساهمين عن حقهم في رفع دعاوى المسؤولية ضده²، فتصويته على هذا القرار فيه تعارض صريح مع مصلحة باقي الشركاء ومصلحة الشركة لأنه إنما يبحث عن مصلحته الفردية وهو ما يتعارض تمام مع نية الاشتراك.

لا ننسى كذلك أقلية المساهمين الذين يحضرون اجتماعات الجمعيات العامة، فهم يختلفون عن المساهمين غير الحاضرين وغير الممثلين في الجمعيات العامة والذين يمكن وصفهم بالمساهمين السلبيين، وإن كان صحيحا أن مساهمي الأقلية يخضعون تماما كالمساهمين الغائبين والسلبيين لقرارات الأغلبية، إلا أن الحضور والغياب ينطوي على معنى هام يميز مساهمي الأقلية عن المساهمين السلبيين، فمساهمو الأقلية كمساهمي الأغلبية الذين

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص354.

² - نفس المرجع، ص354.

يتخذون القرارات بما يخدم المصلحة الجماعية، تتوافر فيهم نية الاشتراك وتجمعهم الرغبة في التعاون والاتحاد، بعكس المساهم السلبي الذي تسيطر عليه صفة المضارب أكثر من صفة الشريك.

ويترتب على التفرقة السابقة أن مساهم الأقلية يبحث أولاً عن مصلحة الشركة والتي تشمل مصلحته في النهاية، أما المساهم السلبي الذي يتصرف باعتباره مدخراً أو دائناً أو مقرضاً للشركة، فإن مصلحة الشركة لا تهمه إلا بالقدر الذي يحصل فيه على أكبر عائد ممكن جراء توظيف أمواله¹.

إن لأقلية المساهمين دور في تسيير أعمال الشركة، حيث يمكن تقسيم دورها إلى وظيفتين، وظيفة مراقبة ووظيفة مشاركة، وإن كانت الوظيفة الأولى أكثر أهمية من الثانية على اعتبار أن أعمال الشركة تُسَير وفقاً لقاعدة الأغلبية كما سبق ورأينا، بحيث لا يمكن للأقلية أن تنافس سلطة الأغلبية لأنها لا يمكن أن تقوم بالمبادرة إلا عند غياب الأغلبية في ممارسة سلطاتها، فتتدخل الأقلية هنا وتشارك بفعالية في تسيير أعمال الشركة، وهي تمارس وظيفة المراقبة على إدارة الشركة من خلال استعمال حقوقها التي تخولها القيام بهذه المراقبة².

ومن خلال مقارنة نصوص القانون التجاري الجزائري بنصوص القانون التجاري الفرنسي فيما يتعلق بالحقوق الممنوحة لأقلية المساهمين، يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد أمن حماية أوسع من التي كفلها المشرع الجزائري، فمن خلال استقراء نصوص القانون التجاري الفرنسي نجده يتضمن النص صراحة على أن:

- للمساهم أو المساهمين الذين يملكون 05% من رأس مال الشركة حق المطالبة قضائياً بتعيين وكيل يتولى استدعاء الجمعية العامة في حالة عدم استدعائها من طرف مجلس الإدارة أو المديرين³، على عكس المشرع الجزائري الذي اقتصر على الإشارة فقط إلى أنه يجوز لكل معني بالأمر أن يطالب من القضاء تعيين وكيل يتولى استدعاء الجمعية العامة لإجراء

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 441.

² - نفس المرجع، ص 444.

³ - L'article 225-103: " L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas à défaut, l'assemblée peut également être convoquée par **un mandataire désigné en justice à la demande :**

- soit de tous intéressés en cas d'urgence

- soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5% du capital social... »

التعيينات (المعلقة بأعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة)¹، فهو لم يحدد المعنيين بالأمر وهل يمكن أن نعتبر أقلية المساهمين منهم، خاصة وأن النص الفرنسي المقابل (المادة 225-103) ميز بينهما، حيث تضمن الإشارة في المقام الأول إلى أن كل معني بالأمر يملك هذا الحق، ثم أشار في نفس النص إلى أن مساهمي الأقلية يملكون كذلك هذا الحق كما فسر بعض شراح القانون التجاري الفرنسي² أن صياغة " المعني بالأمر " الواردة في المادة 225-103 إنما يقصد بها خاصة دائني الشركة الذين تكون لهم مصلحة وأسباب مبررة لاستدعاء الجمعية العامة، خاصة وأن النص الفرنسي وعلى عكس النص الجزائري (المادتين 618 و665) كان عاما يشمل استدعاء الجمعية العامة لأي سبب وليس فقط في حالة إهمال مجلس الإدارة أو المراقبة القيام بالتعيينات المطلوبة لأعضائهم.

- كذلك المشرع الفرنسي وعلى عكس المشرع الجزائري منح الحق للمساهم أو المساهمين الذين يملكون 5% من رأس المال في طرح أسئلة كتابية على رئيس مجلس الإدارة أو المديرين حول أعمال تسيير الشركة، وفي حالة عدم الإجابة عليها في مدة شهر، أو تقديم إجابات غير مقنعة، يحق لهؤلاء المساهمين أن يطلبوا من القضاء تعيين خبير أو عدة خبراء لإعداد تقرير حول أعمال تسيير الشركة³.

وفي الحقيقة إن طلب تعيين خبير يعد من بين أهم الوسائل التي تمارس بموجبها الأقلية رقابتها على الشركة نظرا للدور الذي يلعبه الخبير، والذي لا ينحصر في مدى صحة الحسابات ومطابقة أعمال التسيير للنصوص القانونية، إنما يمتد لبحث في ما إذا كانت أعمال التسيير ملائمة أو غير ملائمة للسياسة العامة للشركة، بالإضافة إلى التقصي حول توافر المصلحة في هذه الأعمال، وهذا ما يشكل ضغطا على القائمين بتسيير شؤون الشركة (الأغلبية في

¹ - المادتين 618 و 665 من القانون التجاري الجزائري.

² - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p628.

³ - L'article 225-231: " ...ainsi que un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital social.... peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au des directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société....à défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opération de gestion... »

الجمعيات العامة، مجلس الإدارة، رئيس مجلس الإدارة) ليمارسوا وظائفهم بما يخدم مصلحة الشركة وليس لهدف آخر¹.

غير أن المشرع الجزائري وافق المشرع الفرنسي في منح أقلية المساهمين حقوقاً أخرى إلا أن هذا الأخير دائماً يسبق المشرع الجزائري بخطوة، حيث أنه اشترط لاستعمال هذه الحقوق أن تملك الأقلية نسبة 5% فقط من رأس المال، في حين أن المشرع الجزائري اشترط نسبة 10%، وأهم هذه الحقوق:

- المطالبة أمام القضاء بناء على سبب مبرر برفض مندوب أو مندوبي الحسابات الذين عينتهم الجمعية العامة²، وهذا الحق في العموم يمكن مساهمي الأقلية من تأمين رقابة فعالة ومفيدة على الأغلبية من خلال الحصول على معلومات أساسية متعلقة بسير عمل الشركة والتحقق منها عبر مندوبي الحسابات المعيّنين من قبلهم³.

- حق عزل مندوب الحسابات قبل الانتهاء العادي لوظائفه عن طريق الجهة القضائية المختصة⁴.

- حق رفع دعوى مسؤولية مدنية ضد القائمين بالإدارة، وكل شرط في القانون الأساسي للشركة يقضي بجعل ممارسة هذه الدعوى مشروطاً بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئياً العدول عن ممارسة هذه الدعوى يعد كأنه لم يكن⁵، فمثل هذه الدعوى تمثل وسيلة جيدة لمراقبة أعمال الإدارة، فهي لا تحافظ على الذمة المالية لمساهمي الأقلية فقط، بل تحافظ على الذمة المالية للشركة ككل، أي على مصلحتها الجماعية، لأن المساهم رافع الدعوى لا يستفيد منها بشكل مباشر، إنما تسمح له بالتدخل في إدارة الشركة بشكل غير مباشر مع المحافظة على المصلحة الجماعية ومصلحته في آن واحد⁶.

¹- وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص454.

²- المادة 715 مكرر 8 من القانون التجاري الجزائري، والمادة 823-6 من القانون التجاري الفرنسي.

³- وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع، ص454.

⁴- المادة 715 مكرر 9 من القانون التجاري الجزائري، والمادة 823-7 من القانون التجاري الفرنسي.

⁵- المادتين 715 مكرر 24، 715 مكرر 25 من القانون التجاري الجزائري والمادة 225-256 من القانون التجاري الفرنسي.

⁶- وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع، ص445.

وعليه وإن كان صحيحا أنه في شركات المساهمة الأغلبية هي التي تحكم في الجمعيات العامة للمساهمين، إلا أن تدخل الأقلية يمثل سلطة موازية تهدف هي الأخرى لكن بطريقة مختلفة إلى حماية مصالح الشركة، فالصلاحيات الممنوحة للأقلية تزيد من فرصة وجوب أن تكون قرارات الأغلبية غير مخالفة للمصلحة الجماعية، وعليه الاعتراف بمثل هذه الحقوق للأقلية تبرره ضرورة التعاون بين الأغلبية والأقلية فيما يتعلق بتسيير أمور الشركة حرصا على المصلحة الجماعية، بمعنى تبرره نية الاشتراك التي يجب أن يحملها كل مساهم، سواء من مساهمي الأغلبية أو من مساهمي الأقلية.

وكخلاصة لما سبق يمكن القول أن المساهمين في شركات الأموال نوعين، مساهمين سلبيين، يتصرفون باعتبارهم مدخرين أو دائنين أو مقرضين للشركة، ومساهمين حقيقيين يتصرفون باعتبارهم شركاء فعليين، ومعيار التفرقة بينهم يتمثل في الاهتمام بالحضور والمشاركة في التسيير من خلال اجتماعات الجمعيات العامة من جهة، واتخاذ القرارات التي تخدم المصلحة الجماعية وليس المصلحة الفردية من جهة أخرى وهو ما يعبر عن المشاركة في التسيير كمظهر من مظاهر نية الاشتراك.

بالإضافة إلى التعاون الإرادي والمشاركة في التسيير باعتبارهما مظاهرا لنية الاشتراك، هناك أيضا مظهرين آخرين يتمثلان في توازن المصالح وانعدام رابطة التبعية بين الشركاء، وهو ما نبينه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

توازن المصالح وانعدام رابطة التبعية بين الشركاء

تظهر نية الاشتراك كذلك من خلال توازن المصالح بين الشركاء، وإن كان يغيب أحيانا هذا المظهر في شركات المساهمة لاعتبارات معينة تخدم بدورها نية الاشتراك، ومن خلال انعدام رابطة التبعية بين الشركاء، فعلاقتهم لا تقتضي بأن يكون أحد الشركاء ملزما بتنفيذ أوامر شريك آخر مثلما هو معروف في العلاقات بين رب العمل وعامله، وهو ما انفصله في هذا

الفصل من خلال التطرق أولاً لتوازن المصالح بين الشركاء، ثم انعدام رابطة التبعية بينهم، وذلك على النحو التالي.

أولاً- توازن المصالح بين الشركاء

تكون مصالح الأطراف متعارضة في أغلب العقود، خاصة في العقود الملزمة للجانبين التي تكون إما تبادلية أو عقود غرر¹، فالعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين²، ففي عقد البيع مثلاً البائع يبحث عن البيع بأعلى ثمن ممكن، والمشتري في المقابل يرغب في الشراء بأقل ثمن ممكن، وعلى العكس من ذلك الشركاء تجمعهم نفس المصالح، فكل واحد منهم يستفيد من نجاح الشركة، ويتضرر من الصعوبات والخسائر التي تواجهها.

والقانون بدوره مهّد لهذا التوازن، ففي شركات المساهمة مثلاً ألزم المشرع مندوب الحسابات بالتحقق حول ما إذا تم احترام مبدأ المساواة بين المساهمين³، ومهمة الرقابة هذه التي يمارسها مندوبو الحسابات دقيقة جداً نظراً لأن المساواة التي هم مطالبون بالتحقق من احترامها بين المساهمين ليست مساواة حسابية، فالقانون في بعض الحالات ميز بين وضعيات ومراكز الشركاء في الشركة، فمثلاً في شركات التوصية سواء البسيطة أو بالأسهم الشركاء المتضامنون والشركاء الموصون يخضعون لأنظمة مختلفة⁴.

فبالرغم من أنّ كلا الطائفتين من الشركاء ترغب في تحقيق الأرباح، إلا أنّ الطائفة الأولى (الشركاء المتضامنين) يتحملون مسؤولية غير محدودة قد تمتد لأموالهم الخاصة، وهو ما يقوي لديهم دافع ورغبة المشاركة الايجابية في تسيير أعمال الشركة، في حين أنّ الطائفة الثانية (الشركاء الموصون) تقل لديها هذه الرغبة نظراً لمسؤوليتها المحدودة.

وفي حالات أخرى النظام الأساسي للشركة هو الذي يمنح حقوقاً مختلفة للشركاء، سواء تعلق الأمر بتوزيع الأرباح أو بالتصويت في الجمعيات العامة، ففي شركات المساهمة مثلاً

¹ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°24.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني التجاري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، د.م.ن، 2007، ص12.

³ - المادة 715 مكرر 4 من القانون التجاري.

⁴ - المادة 563 مكرر 1 والمادة 715 ثالثاً من القانون التجاري.

القاعدة العامة أنّ جميع الأسهم العادية تتمتع بنفس الحقوق والواجبات¹، إلا أنّ الجمعية العامة التأسيسية يمكنها تقسيم الأسهم العادية الإسمية إلى فئتين اثنتين حسب إرادتها، حيث تتمتع الفئة الأولى بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها، وتعرف باسم الأسهم ذات الأصوات المتعددة²، أما الفئة الثانية فتتمتع بامتياز الأولوية في الاكتتاب لأسهم أو سندات استحقاق جديدة³.

غير أن هذا الاختلاف في الحقوق بين الشركاء سواء كان بنص القانون أو بالاتفاق في النظام الأساسي للشركة لا يعني وجود تعارض للمصالح بينهم، فتمتع بعض الشركاء بحقوق أكثر من التي يملكها الشركاء الآخرون إنما هو مقابل طبيعي لمساهمتهم في رأس مال الشركة لأن حق الشريك يتناسب مع حصته في رأس مال الشركة، وعلى العموم أيا يكن مصدر الامتياز الذي يتمتع به الشريك (القانون أو النظام الأساسي) فإن كل شريك ينتمي لطائفة معينة يخضع لنفس النظام الذي يخضع له بقية الشركاء الذين ينتمون لنفس الطائفة⁴، فمثلا الشريك الموصي في شركات التوصية البسيطة أو التوصية بالأسهم تكون مسؤوليته عن ديون الشركة محدودة بقدر مساهمته في رأس مال الشركة مثله مثل أي شريك موصي في الشركة بحيث لا يمكن أن يُحمّل شريك موصي آخر مثلا مسؤولية غير محدودة مثل الشركاء المتضامنين، وحامل السهم الممتاز ذو الأصوات المتعددة يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها حامل آخر لسهم من نفس النوع.

فالإخلال بالمساواة في بعض الحالات لا يقوم على أساس اعتبار شخصي لأحد الشركاء على حساب شريك آخر، وإنما يكون نتيجة وضعيات خاصة يوجد فيها الشركاء ويترتب عليها بالنتيجة اختلاف التعامل معهم والحقوق الممنوحة لهم طبقا لهذه الوضعيات.

إن التحليل السابق يعبر عما يجب أن يكون (ضرورة توازن المصالح بين الشركاء)، لكن الواقع العملي في شركات المساهمة اتجه ولا يزال يتجه نحو العكس، فقانون الأغلبية الذي كرسه معظم التشريعات هو الذي يحكم هذا النوع من الشركات، ومنه قد تتخذ الأغلبية قرارات

¹ - المادة 715 مكرر 42 من القانون التجاري الجزائري.

² - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص200.

³ - المادة 715 مكرر 44 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°24.

يكون فيها هدر واضح لحقوق الأقلية، ومع ذلك لا يمكن وصفها بالقرارات التعسفية، وبالنتيجة عدم إمكانية المطالبة بإبطالها.

وذلك لأنه لا يكفي لاعتبار القرار الصادر عن الأغلبية تعسفيا الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء، بل لا بد أن يصاحبه شرط آخر وهو ضرورة الإخلال بالمصلحة الجماعية للشركة فبالرغم من أن هناك بعض الفقه¹ يركز على معيار واحد لاعتبار القرار الصادر عن الأغلبية تعسفيا وهو الإخلال العمدي بالمساواة بين الشركاء، إلا أن الرأي الراجح فقها وقضاء في فرنسا أكد على وجوب توافر شرطين ليكون قرار الجمعية العامة تعسفيا، وهما أن يكون هذا القرار مخالفا للمصلحة العامة للشركة (المصلحة الجماعية)، وأن يكون مخلا للمساواة بين الشركاء².

بمعنى أنه إذا كان قرار الأغلبية مضرا بمصالح الأقلية (أي يكون هناك تعارض للمصالح بين الأغلبية والأقلية) لكنه لا يمس المصلحة العامة للشركة يكون صحيحا ولا يمكن إبطاله فحتى ولو أثبتت الأقلية بطريقة حاسمة أن القرار أُتخذ بهدف انتفاع الأغلبية على حساب الأقلية، لكنه لا يلحق أي ضرر بالمصلحة العامة للشركة، فإنه لا يشكل قرارا تعسفيا وفق الاجتهاد الفرنسي الراجح، لأن هذا العنصر وإن كان ضروريا إلا أنه غير كاف لتحقيق التعسف، فإثبات الإخلال بالمساواة لا يشكل بحد ذاته انتهاكا للمصلحة الجماعية³.

وجدير بالذكر أن القرار الشهير المعروف بقرار Picard الصادر عن محكمة النقض الفرنسية⁴ هو الذي ثبت مفهوم تعسف الأغلبية في وجوب توافر شرطين لتكون القرارات المتخذة من الجمعيات العامة مشوبة بعيب تعسف الأغلبية، حيث أن هذا القرار صدر بخصوص شركة مساهمة تدعى Picard ، حققت أرباحا مهمة خلال عدة سنوات متتالية، وكانت الجمعية العامة في نهاية كل سنة مالية تتخذ قرارا بتحويل أغلبية هذه الأرباح إلى الاحتياطي، الأمر الذي جعل مساهمي الأقلية يستأثرون من هذه السياسة، وقالوا أنها تلحق بهم الأضرار من جهة

¹- C'est D.Schmidt, voir Jeans.Pierre Sortais, Abus de droit (Majorité, Minorité, Egalité), Rép. Sociétés Dalloz, mars 2003, n°08.

²- Jean.Pierre Sortais, op.cit., n°08.

³- وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص413.

⁴- Cass.Com 18 avril 1961, Bulletin des arrêts, n°172 sur le site : www.legifrance.gouv.fr , date de visite 10-08-2018, 19 :16.

لضعف الأرباح التي يتلقونها، ومن جهة أخرى اعتبروا أن تكديس الأرباح تخفي حقيقة ازدهار الشركة مما يمنع رواج الأسهم في البورصة، الأمر الذي دفع بالأقلية إلى رفع دعوى مطالبين بإبطال قرار تحويل الأرباح إلى الاحتياطي ليتم توزيعها على المساهمين، استجابت محكمة استئناف باريس لطلبهم معتبرة أنّ روح عقد الشركة هو توزيع الأرباح دوريا في نهاية كل سنة مالية، واعتبرت أيضا أن الاحتياطي الجديد الذي صوتت عليه الأغلبية لم يكون مبررا، من هذا المنطلق أعلنت محكمة استئناف باريس أن قرار الأغلبية كان تعسفيا¹.

وبعدها تم نقض الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي أعلنت عن مفهوم تعسف الأغلبية في قرارها مؤكدة بوضوح أن قرار الأغلبية لا يكون تعسفيا إلا إذا كان مخالفا للمصلحة العامة للشركة، ويتضمن الإخلال بالمساواة بين المساهمين في نفس الوقت، ومنذ هذا القرار توالى أحكام القضاء الفرنسي التي أكدت على الشرطين السابقين لاعتبار قرار الأغلبية تعسفيا².

والأمثلة على هذه القرارات عديدة، نذكر منها قرار زيادة رأس مال الشركة الذي يكون مفيدا للشركة ولاستثماراتها في وقت تكون فيه الأقلية غير قادرة على الاكتتاب في المبلغ الجديد، الأمر الذي سيضعف من نسبة مساهمتهم في الشركة، وهذا التقليل سوف يمنعهم من مباشرة بعض الحقوق التي يتطلب القانون لمباشرتها امتلاك نسبة معينة من المال كما سبق ورأينا ومع ذلك قرار زيادة رأس مال الشركة يبقى صحيحا وإن أحدث إخلال بالمساواة بين الشركاء.

ومثال ذلك أيضا عمليات إعادة هيكلة رأس المال التي يترتب عنها إبعاد بعض المساهمين، هذه العملية معروفة في فرنسا، وهي تقنية قانونية ومالية هدفها إعادة رسملة الشركات التي تمر بصعوبات مالية، ويتم ذلك من خلال تخفيض رأس المال إلى الصفر ثم زيادته مجددا، فالمرحلة الأولى تتيح تصفية الدين، أما المرحلة الثانية، فهدفها استقطاب رأس مال جديد، وأيا كانت الطريقة المتبعة في هذه العملية، فإن المساواة بين الشركاء يمكن أن يحصل فيها اختلال، ويمكن للجمعية العامة غير العادية في هذه العمليات إلغاء حق الأفضلية للمساهمين القدامى لتشجع دخول مساهمين جدد إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك والتصويت

¹- C.A Paris 28 février 1959, cité sur Jean.Pierre Sortais, op.cit., n°07.

²- Cass.Com 24 avril 1990, Bull Joly n°06 de juin 1990, §139, Cass.Com 06juin 1990, Bull Joly n°09 de septembre 1990, §233, Cass.Com, 24 janvier 1995, Bull Joly n°04 d'avril 1995, § 101.

يتم داخل الجمعية العامة وفق قاعدتي الأغلبية والنصاب القانونيين، هذا يعني أن الأقلية التي تمتلك قدرة تعطيل القرار في الجمعية العامة غير العادية قد يُضْحَى بها لإنقاذ الشركة¹.

وبالرغم من أنّ عدم الاكتفاء بشرط الإخلال بالمساواة بين الشركاء لاعتبار القرار الصادر عن الأغلبية تعسفيا فيه هدر إن صح التعبير لحقوق الأقلية، إلا أن هذه الطائفة من الشركاء يمكنها استغلال الشرط الثاني (الإخلال بالمصلحة الجماعية) للدفاع عن حقوقها، خاصة وأنه لا يشترط لقيام تعسف الأغلبية إثبات قصد ونية الإضرار بالأقلية، حيث يعتبر القرار تعسفيا إذا كان يرمي إلى تحقيق مصالح شخصية ويلحق الضرر بمصالح باقي الشركاء حتى ولو لم تكن لدى الأغلبية نية الإضرار².

وعليه يكفي لإبطال القرار التعسفي إثبات أن الغرض الذي يهدف إلى تحقيقه يتعارض مع مصالح الشركة ويرمي إلى تحقيق مصالح خاصة على حساب مصالح باقي الشركاء، كالقرار الصادر لمصلحة شركة منافسة يهيمن عليها أصحاب الأغلبية، والقرار الذي يمنح مديري الشركات مكافآت مرتفعة جدا من شأنها تخفيض أنصبة الأرباح التي توزع على الأقلية، والقرار القاضي بإبرام قروض مكلفة تحرم المساهمين من استيفاء نصيبهم في الأرباح³.

يلاحظ من التحليل السابق الذي يعكس واقع شركات المساهمة أن توازن المصالح بين الشركاء كمظهر من مظاهر نية الاشتراك قد يختفي في هذا النوع من الشركات في بعض الحالات، لكن هذا لا يعني غياب نية الاشتراك، لأن اختفاء هذا المظهر تبرره ضرورة أخرى تفرضها نية الاشتراك وهي المصلحة الجماعية التي تمثل أحد أهم النتائج المترتبة عن نية الاشتراك، كما سنرى في بحثنا لاحقا.

وعليه إذا خرج قرار الأغلبية عن حدود مراعاة المصلحة الجماعية، استطاع القاضي بعد التأكد من أن القرار يخدم مصالح أنانية وشخصية لمساهمي الأغلبية دون مراعاة لا لمصالح الأقلية ولا للمصلحة العامة للشركة أن يحكم ببطالان القرار التعسفي والتعويض عن الضرر اللاحق وذلك كحماية لأقلية المساهمين والشركة معا، ويتحقق ذلك بعد رفع دعوى تعسف

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص400، انظر في نفس المعنى كذلك Jean.Pierre Sortais, op.cit., n°14.

² - C.A Grenoble, 06 mai 1964, cité par Jean.Pierre Sortais, op.cit., n°07.

³ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج12، الجمعيات العمومية للمساهمين في شركات المساهمة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص266.

الأغلبية من طرف أقلية المساهمين، أما الشركة باعتبارها شخصا معنويا، فالقاعدة العامة أنها لا تستطيع أن ترفع دعوى التعسف للطعن في قرار صادر عن جهاز قانوني تابع لها (الجمعية العامة)، فلا يعقل أن تتقدم بدعوى ضد نفسها وتكون في نفس الوقت مدعية ومدعى عليها، باستثناء حالة واحدة ونادرة أين اعترفت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها¹ بحق الشركة في رفع دعوى تعسف الأغلبية.

لكن ما يجب الإشارة إليه في هذه الحالة أن القرار التعسفي كان عبارة عن عقد موقع بين الشركة ومساهم الأغلبية، وحق البطلان كان نتيجة طبيعية لكون الشركة طرف في العقد، لذلك ينتج حق إبطاله مباشرة من صفتها كمتعاقدة بغض النظر عن سبب البطلان².

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلى أن توازن المصالح بين الشركاء كمظهر من مظاهر نية الاشتراك لا يشترط إلا في العلاقات بين الشركاء وفي الشركة، فهذا المظهر لا يشترط في العلاقات بين الشركاء والغير، فإذا تنازل شريكين مثلا عن حصصهما في نفس الوقت ولنفس المشتري، فإنه لا يوجد أي مبدأ في قانون الشركات يلزم بحصول كلا الشريكين على نفس الثمن، وهو ما يبين أن عقد الشركة يحترم القواعد العامة للالتزامات، خاصة تلك المتعلقة بآثار العقد³.

فالقاعدة العامة أن الغير الذي لم يكن طرفا في العقد لا يتحمل أي التزام، وإن كان يجوز أن يكتسب حقا⁴، وعليه المشتري في المثال السابق غير ملزم بمراعاة مبدأ المساواة وتوازن المصالح بين الشركاء طالما أنه ليس طرفا في عقد الشركة، فهذا المبدأ إنما تفرضه نية الاشتراك التي تعتبر روح عقد الشركة، والتي تظهر من خلال عدة مظاهر كما سبق وقدمنا آخرها يتمثل في انعدام رابطة التبعية وهو ما نفصله فيما يلي.

¹ - Cass.Com 21 janvier 1997, Bull Joly n°04 d'avril 1997, §125.

² - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص422، 421.

³ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°26..

⁴ - المادة 113 من القانون المدني الجزائري: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

ثانيا - انعدام رابطة التبعية بين الشركاء

إن الشركاء في الشركات التجارية لا يخضع كل منهم للآخر (استقلالية الشركاء)، فنية الاشتراك تتعارض مع فكرة أن يتلقى أي شريك أوامر من شريك آخر، وهذا التعارض يمتد ليشمل مسائل أخرى أهمها الأوامر التي من شأنها أن تسبب أو تخلق رابطة تبعية، الأوامر التي تصدر عن شريك والتي يكون من شأنها أن تلزم أي شريك آخر بتقديم حساب مفصل له إجراء الفصل المتخذ ضد أي شريك، أي لا يمكن لشريك أن يفصل شريكا آخر¹.

غير أنه يجب عدم الخلط بين ما تفرضه نية الاشتراك من ضرورة انعدام رابطة تبعية بين الشركاء (أي عدم إمكانية توجيه أوامر من شريك لشريك آخر)، وبين ما تفرضه من ضرورة احترام المصلحة العامة للشركة (المصلحة الجماعية)، لأنه في بعض الحالات تفرض نية الاشتراك على أحد الشركاء ضرورة تقديم حساب مفصل ليس لشريك آخر، وإنما للشركة باعتبارها شخصا معنويا، وتفرض كذلك ضرورة فصل شريك لاستمرار الشركة ليس بناء على أمر صادر من أحد الشركاء وموجه للشريك المفصول لأن هذا الأخير ليس عاملا لديه، وإنما يكون ذلك في حالات محددة قانونا²، ووفقا لإجراءات قانونية محددة.

فالشريك الذي يقدم حصة بعمل يلتزم طبقا للنصوص القانونية³ بأن يقدم حسابا مفصلا عما يكون قد حققه من أرباح من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدم كحصة فيها، وهذا الالتزام الذي يقع على الشريك بعمل في مواجهة الشركة لا يعني وجود علاقة تبعية بينه وبينها مثل تلك المعروفة في عقود العمل، وإنما يمثل التزاما تفرضه نية الاشتراك من زاوية أخرى فهذه الأخيرة تفرض على كل شريك الالتزام بعدم منافسة الشركة، حيث يقع عليه العمل بما يحقق المصلحة العامة للشركة (المصلحة الجماعية)، وليس مصلحته الشخصية فقط، وهو ما يميز عقد الشركة عن عقد العمل كما سنرى في بحثنا لاحقا.

والشريك كذلك قد يفصل لأسباب معينة يكون هدفها دائما استمرار الشركة، بالرغم من أن حق البقاء في الشركة من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الشريك، لذلك استقر الرأي على أنه

¹ - Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°26.

² - المادة 442 من القانون المدني الجزائري، والمادة 563 من القانون التجاري الجزائري، والمادة 563 مكرر 10 من القانون التجاري الجزائري.

³ - المادة 423 من القانون المدني الجزائري.

لا يجوز فصل الشريك إلا إذا وجد نص قانوني يسمح بذلك باعتبار أن هذا الإجراء يعتبر استثناء¹.

ومن خلال استقراء مختلف نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد وضع مبدأ عاما أجاز بموجبه لكل شريك أن يطالب من القضاء الحكم بفصل شريك من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مقبولا لحل الشركة على أن تبقى الشركة قائمة بين الشركاء الباقين².

وتفاصيل فصل الشريك في هذه الحالة نرتئي تقديمها لاحقا في محطات قادمة من بحثنا نظرا لارتباطها بآثار فقدان نية الاشتراك لدى الشركاء، وهو ما نتناوله بالدراسة في الفصل الثاني من بحثنا.

وهناك حالات أخرى نص فيها المشرع كذلك على إمكانية فصل الشريك بالرغم من أن القاعدة العامة تقضي بحق الشريك في البقاء في الشركة، ففي شركات الأشخاص يمكن فصل الشريك في حالات محددة³ حتى تتمكن الشركة من الاستمرار، حيث أنه إذا تم الحكم بانعدام الأهلية أو المنع من ممارسة نشاط تجاري في مواجهة شريك في شركة تضامن أو شريك في شركة توصية بسيطة فإن الشركة تتحلل إلا إذا نص القانون الأساسي على استمرارها أو قرّر الشركاء ذلك بالإجماع، فإذا تحقق ذلك (النص على استمرار الشركة في القانون الأساسي أو تقرير ذلك بالإجماع)، فإن الشريك الذي تعلق به سبب الحل يفصل من الشركة، وفي هذه الحالة يجب تعويضه عن قيمة حصصه في الشركة.

وفي شركات التوصية البسيطة تتحلل الشركة في حالة إفلاس أحد الشركاء أو خضوعه للتسوية القضائية⁴، وكما هو الحال بالنسبة لانعدام الأهلية والمنع من ممارسة النشاط التجاري يمكن تفادي الحل بموجب نص في القانون الأساسي أو بإجماع بقية الشركاء وذلك عن طريق

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص288.

² - الفقرة الأولى من المادة 442 من القانون المدني الجزائري.

³ - المادة 563 من القانون التجاري الجزائري بالنسبة لشركات التضامن، والمادة 563 مكرر 10 بالنسبة لشركات التوصية البسيطة.

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 563 مكرر 10 من القانون التجاري الجزائري.

فصل الشريك المفلس أو الخاضع للتسوية القضائية مع تعويضه طبعا عن قيمة حقوقه في الشركة¹.

والملاحظ أن شركات التضامن تعرف نوعا من الاختلاف، وذلك لأن المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية حل الشركة في حالة خضوع أحد الشركاء للتسوية القضائية، وإنما نص فقط على حالة الإفلاس²، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي³، غير أن بعض الفقه الفرنسي⁴ يرى أن الشركاء يمكنهم اشتراط فصل الشريك الخاضع للتسوية القضائية في القانون الأساسي للشركة، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها⁵ صحة النظام الأساسي لشركة تضامن تم النص فيه على التنازل الجبري عن حصص الشريك الخاضع للتسوية القضائية فهذا الشرط يهدف من جهة إلى استمرار الشركة ومن جهة أخرى إلى حماية مصالح الشركاء من مخاطر توقف أحد الشركاء عن الدفع والتي قد تلحق بقية الشركاء نظرا للمسؤولية التضامنية والغير محدودة عن ديون الشركة.

وعليه ومما سبق يمكن القول أن نية الاشتراك التي تقتضي تعاون الشركاء في سبيل تحقيق مصلحة جماعية بعيدا عن خضوع أحدهم للآخر مثلما هو الحال في العلاقات بين رب العمل والعامل، تفرض في بعض الحالات فصل بعض الشركاء الذين يقفون أمام استمرار الشركة ونجاحها سواء لزوال نيتهم في الاشتراك أو حتى مع عدم زوالها كما رأينا في حالة فصل بعض الشركاء نتيجة التنازل الجبري عن حصصهم في شركات الأشخاص.

وخلاصة القول أن نية الاشتراك لم تكن محل تعريف قانوني محدد، الأمر الذي جعلها محل جدل فقهي واسع، حيث تعددت الآراء حول تعريفها، فمنهم من تبني مفهوما موحدا لها مركزا على جانب من جوانبها، حيث عُرِّفت بأنها تعاون إرادي وإيجابي بين الشركاء وعلى قدم المساواة، إرادة قبول مخاطر مشتركة، إرادة المشاركة الجماعية، إلا أن هذه التعاريف الموحدة لم تقف على حقيقة نية الاشتراك، لأن هذه الأخيرة لا تركز على جانب واحد مثلما يظهر في

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 563 مكرر 10 من القانون التجاري الجزائري والتي تتضمن إحالة إلى نص المادة 563 من القانون التجاري.

² - المادة 563 من القانون التجاري الجزائري.

³ - المادة 16-221 من القانون التجاري الفرنسي.

⁴ - Déborah Eskinazi, La qualité d'associé, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, Université de Cergy- Pontoise Soutenue le 1^{er} décembre 2005, p288.

⁵ - Cass.Com. 08 mars 2005 , cité par Déborah Eskinazi, op.cit., p288.

التعاريف الموحدة لها، وذلك نظرا لأن دورها في الشركة لا ينحصر في مرحلة واحدة من مراحلها، وإنما تلعب دورا مهما في الشركة، يبدأ من وقت تأسيسها و يستمر طوال حياتها الاجتماعية، الأمر الذي جعلها تتميز بتعريف يستند إلى مظاهر مختلفة (تعريف تعددي) تعكس وجود نية الاشتراك في الشركة خلال مراحلها المختلفة مع اختلافها من شركة إلى أخرى.

والواقع أن مفهوم نية الاشتراك يتداخل مع مفاهيم أخرى تشترك معها في نقاط معينة الأمر الذي دفع بنا إلى ضرورة التمييز بينها وبين هذه المفاهيم للوقوف على حقيقتها وتحديد علاقتها بنية الاشتراك، وهو ما نفضله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

تمييز مفهوم نية الاشتراك عن بعض المفاهيم المشابهة

يتداخل مفهوم نية الاشتراك مع بعض المفاهيم المتداولة بكثرة في إطار الشركات التجارية، والتي تلعب بدورها أدوارا مهمة في هذه الأخيرة، وأهم هذه المفاهيم المصلحة الجماعية (المصلحة العامة للشركة l'intérêt social)، والاعتبار الشخصي (l'intuitu personae)، وأساس التداخل يكمن في أن كل مفهوم من هذه المفاهيم الثلاثة يصب في هدف واحد وهو نجاح الشركة واستمرارها، فنية الاشتراك تقتضي تعاون الشركاء فيما بينهم من أجل تحقيق مصلحة الشركة التي تشمل مصالحهم، والمصلحة الجماعية تعتبر المرجع الأساسي الذي يجب احترامه ومراعاته من طرف الشركاء عند ممارسة حقوقهم، حيث لا يجب على الشريك أن يسعى إلى تفضيل مصالحه الشخصية على مصالح باقي الشركاء بصفة خاصة وعلى المصلحة العامة للشركة بصفة عامة، وحتى المسيرين يجب عليهم مراعاة المصلحة الجماعية عند ممارسة مهامهم المتعلقة بتسيير الشركة، كما أنّ الاعتبار الشخصي الذي يعرف مظاهرها مختلفة في شركات الأشخاص وفي شركات الأموال يلعب دورا كذلك في استمرار الشركات، فزواله في بعض الحالات قد يؤدي إلى زوال الشركة، وهو نفس الأثر الذي قد يحققه زوال نية الاشتراك في بعض الحالات مثل حل الشركة بسبب الخلاف بين الشركاء والذي يكون سببه في الغالب زوال نية الاشتراك لدى أحد الشركاء.

غير أن هذا التداخل بين مفهوم نية الاشتراك والمفاهيم السابقة لا يعني أنها تمثل مفهوما واحدا معها لأنها تتميز بكونها عنصرا معنويا يكمن في نفوس الشركاء، إلا أنه يظهر من خلال مظاهر مختلفة كما أشرنا سابقا، وهو ما دفعنا إلى التمييز بينها وبين هذه المفاهيم للوقوف أكثر على حقيقتها، وذلك من خلال مطلبين، ندرس في المطلب الأول التمييز بين نية الاشتراك والمصلحة الجماعية، أما المطلب الثاني، فنخصه لدراسة التمييز بين نية الاشتراك والاعتبار الشخصي.

المطلب الأول

تمييز نية الاشتراك عن المصلحة الجماعية

إن نية الاشتراك من جهة تمثل العنصر المعنوي في الشركات التجارية، فهي الرغبة والإرادة الكامنة في نفوس الشركاء والتي تظهر من خلال التعاون الإرادي والايجابي بينهم وعلى قدم المساواة، اهتمامهم بالمشاركة بايجابية في تسيير أعمال الشركة، توازن المصالح وانعدام رابطة التبعية بينهم، في حين أن المصلحة الجماعية هي مصلحة وظيفية وجدت لضمان دوام ونجاح الشركة باعتبارها شخصا معنويا مما يجعلها بذلك تشمل مصالح الشركاء فيها¹.

ونية الاشتراك من جهة أخرى تقتضي ألا يسعى الشريك إلى تفضيل مصلحته الخاصة على مصلحة الشركة في حدود الغرض الذي أنشئت من أجله، وأن يعمل دائما على دفعها إلى الأمام نحو تحقيق هذا الغرض، وألا يكون سببا في تعطيل نشاط الشركة، وهو ما يعني باختصار أن الشريك يجب عليه أن يسعى إلى تحقيق مصلحة الشركة قبل مصلحته الشخصية.

يتضح من خلال هذا التقديم وجود علاقة بين نية الاشتراك والمصلحة الجماعية، وهذه العلاقة تبرز بشدة من خلال التداخل بين ما تقتضيه نية الاشتراك وبين دور المصلحة الجماعية في الشركة، حيث يمكن استنادا لما سبق أن نوضح التداخل كما يلي:

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص141.

- نية الاشتراك تقتضي ضرورة اتحاد وتعاون الشركاء فيما بينهم من أجل تحقيق مصلحة الشركة¹ التي تشمل بدورها مصلحة هؤلاء الشركاء.

- نية الاشتراك تقتضي ضرورة منح كل شريك حد أدنى من الحقوق مثل الحق في الإعلام و الحق في التصويت لتمكينه من المشاركة بإيجابية في تسيير أعمال الشركة، بعيدا عن البحث عن تحقيق المصلحة الفردية فقط، لأنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة للشركة.

- نية الاشتراك تقتضي ضرورة وجود نوع من التوازن في المصالح بين الشركاء، مع ملاحظة أنه في بعض الحالات في شركات الأموال قد يختل هذا التوازن تبعا لمركز كل شريك في الشركة (تبعا لنسبة مساهمته في رأس المال وسيادة مبدأ الأغلبية)، إلا أن المصلحة الجماعية تتدخل في هذه الحالة لحماية حقوق الأقلية باعتبارها معيارا لا بد من مراعاته واحترامه عند اتخاذ القرار من طرف الأغلبية أو المسيرين.

وعليه يلاحظ ملازمة المصلحة الجماعية لنية الاشتراك في مختلف مظاهرها، غير أن هذا التلازم لا يعني أنهما مفهومان متماثلان، بل كل مفهوم منهما مستقل ويتميز عن الآخر والوقوف على الاختلاف بين المفهومين بدقة يستدعي منا ضرورة البحث في مفهوم المصلحة الجماعية وتحديد دورها في الشركة، وذلك من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم المصلحة الجماعية، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة دورها في الشركة، محاولين بذلك تحديد الفرق بينهما وفي نفس الوقت تفصيل طبيعة العلاقة بينهما.

¹ - المادة 432 من القانون المدني الجزائري: " على الشريك أن يمتنع من أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعاكس الغاية التي أنشئت لأجلها، وعليه أن يسهر ويحافظ على مصالح الشركة مثلما يفعل في تدبير مصالحه الخاصة.."

الفرع الأول

مفهوم المصلحة الجماعية

الواقع أن مفهوم المصلحة الجماعية هو مفهوم غامض، خاصة أمام عدم وجود تعريف قانوني دقيق لها، فالمشرع الجزائري وحتى الفرنسي، على حد تعبير بعض الفقه¹ بالكاد أشارا في نصوص متفرقة من القانون التجاري إلى مصلحة الشركة، معظمها تتعلق بتقييد سلطات المسيرين في الشركات، وعدّد هذا الجانب من الفقه هذه النصوص في أربعة وهي المواد 221-4 ، 233-3 ، 241-3 ، 242-6 من القانون التجاري الفرنسي وهي تتضمن نفس ما ورد في المواد 554 ، 731 ، 800 ، 811 على الترتيب من القانون التجاري الجزائري.

فالمادة 554 تتعلق بتسيير شركات التضامن وجاء فيها ما يلي: "يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة".

والمادة 731 المتعلقة بالشركات المراقبة جاء فيها ما يلي: "تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق أحكام هذا القسم:

- عندما تمتلك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، على ألا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة".

والمادة 800 تخص بالمخالفات المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة جاء فيها ما يلي: "يعاقب بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

¹- Stéphane Rousseau, Yvan Tchotourian, L'intérêt social en droit des sociétés, article faite partie d'un projet scientifique réalisé à la Chaire de droit des affaires et du commerce international, faculté de droit, Université de Montréal, p5.

- المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قوضا للشركة، استعمالا يعلمون انه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة".

المادة 811 تخص المخالفات المتعلقة بإدارة شركات المساهمة، جاء فيها ما يلي: " يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية وبهذه الصفة ما لهم من السلطة أو حق التصرف في الأصوات استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة".

وبالفعل هذه المواد تتضمن تقييد سلطات المسيرين في مختلف أنواع الشركات التجارية بضرورة مراعاة مصالح الشركة، دون تحديد لمفهوم أو نطاق مصلحة الشركة، وأمام غياب تعريف قانوني للمصلحة الجماعية، كانت مسألة تحديد مفهوم لها محل جدل فقهي واسع والملاحظ أن الفقه الفرنسي في هذا الخصوص اتخذ نفس الموقف المتخذ في تحديد مفهوم لنية الاشتراك، حيث انقسم إلى اتجاهين، اتجاه اعتمد مفهوما موحدا لها، واتجاه اعتمد مفهوما تعدديا، وهو ما نبينه فيما يلي.

أولا- المفهوم الموحد للمصلحة الجماعية:

أنصار المفهوم الموحد للمصلحة الجماعية لم يجمعوا على تعريف واحد، حيث انقسموا في ذلك إلى طائفتين، ففريق منهم أمثال الأستاذ Schmidt والأستاذ Bissara اعتبر أن المصلحة الجماعية هي المصلحة المشتركة للشركاء، والفريق الآخر رأى أنها تمتد لتشمل أكثر من مصلحة الشركاء، لتمثل بذلك مصلحة المشروع أمثال الأستاذ Despax والأستاذ Paillusau¹.

¹- Stéphane Rousseau, Yvan Tchotourian, op.cit., p 07.

1- المصلحة الجماعية هي المصلحة المشتركة للشركاء

انطلق أنصار هذا الاتجاه من تساؤل مفاده، لمصلحة من تنشأ وتسير الشركة؟ هل لمصلحة الشركاء أم لمصلحة أخرى؟ والجواب البديهي للوهلة الأولى على هذا التساؤل هو أن الشركة تنشأ لمصلحة الشركاء، لذلك المصلحة الجماعية تتحد مع مصلحة الشركاء، فغاية كل شريك في الشركة هي الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، ولم يكن يوماً ازدهار الشركة غاية في حد ذاتها بالنسبة للشريك، وإنما هو وسيلة لتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح فقط فالمساهم عند الاكتتاب أو عند شراء أسهم يستثمر جزءاً من أمواله في الشركة ويكتسب في المقابل حق التصويت للدفاع عن مصلحته بصفته مساهماً وليس عن أية مصلحة أخرى، ومن هذا المنطلق فإن المصلحة الجماعية هي مرادف لمصلحة الشريك¹.

وقد استندوا في تأسيس هذا المفهوم إلى نص المادتين 1832 و 1833 من القانون المدني الفرنسي²، فالمادة 1832 تنص على أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مشترك بتقديم حصة من مال أو عمل قصد اقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو اقتصاد، فهدف الشركة إذن هو تحقيق الأرباح وتقسيمها على الشركاء، أي أن هدف الشركة محصور فقط في تحقيق مصالح الشركاء، أما المادة 1833 فهي تنص على أنه يجب أن يكون لكل شركة موضوع مشروع، وأن تنشأ من أجل تحقيق المصلحة المشتركة للشركاء، ومن هذا المنطلق تم حصر مفهوم المصلحة الجماعية في مصلحة الشركاء³.

غير أن هذا الاتجاه تم نقده على أساس أن المصلحة الجماعية ليست هي المصلحة المشتركة للشركاء، فلكل من المصلحتين مجالها، حيث أن المصلحة الجماعية ذات مضمون متغير تشير إلى ما هو خير للشركة ككل، أما المصلحة المشتركة للشركاء فهي ذات مضمون محدد تشير إلى أن كل شريك له الحق في اقتسام الأرباح التي حققتها الشركة على قدم المساواة

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 88.

² - Art. 1832: « La société est instituer par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

- Art. 1833 : « Toute société doit avoir un objet licite et être constitué dans l'intérêt commun des associé ».

³ - Bruno Dondero et Alain Couret, L'intérêt social, article publié sur Plateforme France Université Numérique-Mooc Sorbonne Droit, Session mai- juin 2014, p 01.

تناسبا مع حصته في الشركة، بالإضافة إلى أن المصلحة الجماعية تُعنى بالعلاقة بين الشركاء والشركة الشخص المعنوي، في حين أن المصلحة المشتركة تُعنى بالعلاقة بين الشركاء أنفسهم¹.

والاجتهاد القضائي الفرنسي كذلك ميز بين المصلحة الجماعية والمصلحة المشتركة للشركاء²، ويظهر ذلك خاصة في القضايا التي يتمسك فيها أقلية المساهمين ببطان القرارات الصادرة عن الأغلبية، وكذلك القضايا المتعلقة بتعسف الأقلية، أين تمتنع هذه الأخيرة عن التصويت عن القرارات لتعطلها، حيث اعتبر أن المصلحة الجماعية ترتبط بنجاح واستمرار الشركة، وأقر بذلك صحة القرارات المتخذة من طرف الأغلبية بالرغم من أن الأقلية تمسكوا بأن الأغلبية أخلوا بنص المادة 1833 من القانون المدني الفرنسي والذي ينص على أن الشركة تنشأ لتحقيق المصلحة المشتركة للشركاء واستند في ذلك على أن القرار المتخذ من طرف الأغلبية وإن كان يخل بمبدأ المساواة بين الشركاء إلا أنه يخدم المصلحة الجماعية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى أكد بعض الفقه أن المصلحة الجماعية تتميز بوضوح عن المصلحة المشتركة للشركاء، على أساس أنه إذا كان الهدف الذي تسعى إليه الشركة هو الربح والنجاح، فإنه سوف يترجم عمليا في نهاية المطاف في الذمة المالية لكل شريك، لكن قد تفتقر مصلحة الشركاء ظرفيا في تحقيق هذا الهدف عن مصلحة الشركة، وخير دليل على ذلك يظهر في سياسة توزيع الأرباح أو إحالتها إلى الاحتياطي، فبينما يرى الشركاء مصلحتهم في توزيع الأرباح الحالية والفورية، فإن السياسة العامة للشركة ترى أن المصلحة تكمن في إحالة هذه الأرباح إلى الاحتياط والإستفادة منها بشكل أفضل من خلال توظيفها في عمليات تعود بالفائدة العامة في المستقبل أكثر من توزيعها الحالي³.

بالإضافة إلى الاتجاه السابق الذي يمنح للمصلحة الجماعية تعريفا موحدا على أساس أنها المصلحة المشتركة للشركاء، هناك اتجاه آخر يمنحها تعريفا موحدا لكن باعتبارها مصلحة المشروع وليس مصلحة الشركاء فقط.

¹ - Dominique Schmidt, Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décisions et le contrôle du juge, Petites affiches, 19 novembre 1997, n°139, p18.

² - Cass.Com 18juin 2002, Bull Joly, n° 11 de novembre 2002, § 256.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص120.

2- المصلحة الجماعية هي مصلحة المشروع

انطلق أنصار هذا الاتجاه في تأسيس وجهة نظرهم مما ارتكز عليه أنصار المصلحة الجماعية كمرادف لمصلحة الشركاء وطرحوا تساؤلا مفاده هل تسيير الشركة لمصلحة الشركاء فقط، وإجابتهم عن هذا التساؤل كانت واضحة وذلك بأن المسيرين عند تسييرهم للشركة لا بد من مراعاة المصلحة الجماعية التي تتميز عن مصلحة الشركاء، فالمصلحة الجماعية تمتد لتشمل إضافة إلى مصلحة الشركاء، مصلحة العمال، مصلحة دائني الشركة، مصلحة زبائنهم والمتعاملين معها، وحتى مصلحة الدولة المتمثلة في تحصيل الضرائب، فكل هذه المصالح تجمع تحت صيغة واحدة وهي المصلحة الجماعية التي تمثل مصلحة المشروع ككل والمتمثلة في نجاحه واستمراره، فهي بذلك تسمو على مصلحة الشركاء وما هذه الأخيرة إلا جزء منها وعليه يجب على المسيرين والأغلبية التي تتخذ القرار مراعاة التنظيم الاقتصادي الذي يمثل المشروع وليس مراعاة مصالح الشركاء فقط¹.

وأضاف أنصار هذا الاتجاه قائلين وبما أن الشركة " الشخص المعنوي " هي وعاء المشروع أي التنظيم القانوني له، فإن ما يصيب المشروع يصيب حكما الشركة الشخص المعنوي، ومن هنا تتضح العلاقة بين مصلحة الشخص المعنوي " مصلحة الشركة "، ومصلحة المشروع، وبهذا يمكن تعريف المصلحة الجماعية بأنها المصلحة العليا للشخص المعنوي نفسه أي المشروع المعتبر كشخص اقتصادي مستقل في غاياته عن غايات مساهمييه وموظفيه ودائنيه، وزبائنه، لكنها تتوافق مع مصلحتهم المشتركة المتمثلة في نجاح واستمرار المشروع لأنه إذا كانت جميع المصالح تشترك في هذه النقطة، إلا أنها قد تتعارض عند تخصيص الأرباح فالشركة ترى مصلحتها في إحالته إلى الاحتياط، والشركاء يرون مصلحتهم في توزيعها والعمال يرغبون في زيادة أجورهم، أما الدائنون فيفضلون بقاء هذه الأموال في المشروع لتضاف إلى رأس ماله لأن هذا الأخير يشكل الضمانة الوحيدة لهم².

غير أن هذه الاتجاه لم يسلم كذلك من النقد على أساس أن الفكرة التي تقوم عليها فكرة واسعة وغير مقبولة، فالشركاء عندما يدافعون عن مصالحهم في الشركة، إنما يدافعون عنها

¹- Dominique Schmidt, Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décisions et le contrôle du juge, op.cit., p18.

²- وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 60-65.

كونهم شركاء في شركة وليس في نطاق مشروع، بالإضافة إلى أنهم وحدهم من أسسوا الشركة ووفروا الأموال اللازمة لمباشرة نشاطها، ووحدهم من يكون لهم سلطة اتخاذ القرارات لاسيما تلك المتعلقة بتعيين وعزل المديرين، وكذا تعديل القوانين الأساسية، أما المتعاملين مع الشركة ودائنيها فلا يستطيعون التدخل في كيفية إدارتها بحجة أنها غير موافقة لمصلحة المشروع¹.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فكرة المشروع في حد ذاتها غير واضحة، وذلك أن مفهوم المشروع لم يكن محل اتفاق في الفقه، فقد يشمل هذا التعبير نشاط المؤسسة التجارية التي يملكها فرد، وقد يشمل نشاط حرفي، وقد يشمل نشاط زراعي إلى آخره، بالإضافة إلى أن مفهوم المشروع يتغير بحسب النص محل التطبيق، فنفس التعبير يصف أوضاعا غير متشابهة².

كما أن مصلحة المشروع لا تمثل مصلحة الشركة، فمصلحة المشروع باعتباره حقيقة اقتصادية بشرية ومالية، والذي تشكل الشركة غطاء قانونيا له لا يمكن أن تنقل إلى مصلحة الشركة الشخص المعنوي، والعكس صحيح على اعتبار أن الشركة شيء والمشروع شيء آخر فكل من الشركة والمشروع له مصلحته الخاصة ولو التقت هذه المصالح في بعض الأحيان كما هو الحال في صرف العمال لأسباب اقتصادية، كما أن فكرة فصل مصلحة أصحاب المشروع (الشركاء) عن مصلحة المشروع فكرة غير سليمة³.

أدت الانتقادات السابقة الموجهة لأنصار المفهوم الموحد للمصلحة الجماعية إلى ظهور مفهوم تعددي يرى أن المصلحة الجماعية عبارة عن معيار أو مقياس مختلط standard mixte وهو ما نبينه فيما يلي.

ثانيا - المفهوم التعددي للمصلحة الجماعية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المصلحة الجماعية ليس لها مفهوم واحد، إنما هي ذات مضمون متغير، فهي عبارة عن مقياس يُستعمل ليمنح القاعدة القانونية مزيدا من المرونة حيث

¹ - Dominique Schmidt, Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décisions et le contrôle du juge, op.cit., p18.

² - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص73.

³ - نفس المرجع، ص74.

يترك للقاضي مهمة وضع مفهوم للمصلحة الجماعية في كل حالة من النزاعات التي تعرض عليه¹.

وبالفعل لم يتردد القضاء الفرنسي في اللجوء إلى هذا المعيار في ظل غياب نص قانوني مثلما هو الحال تعسف الأغلبية وتعسف الأقلية، فمثلا فيما يتعلق بتعسف الأغلبية عبر القضاء عن المصلحة الجماعية بالمصلحة العامة للشركة *l'intérêt général de la société* حيث أن القرارات المتخذة في الجمعيات العمومية إذا كانت تمس بحقوق الشركاء إلا أنها تساهم في المحافظة على المصلحة العامة للشركة، لا تمثل قرارات تعسفية²، فالقاضي هنا يبحث عما إذا كان القرار قد أفاد الشركة أو أنه كبدها أضرارا على مستوى ذمتها المالية أو على مستوى صورتها وسمعتها وإئتمانها³.

وكذلك بالنسبة لتعسف الأقلية، أين تعترض هذه الأخيرة على بعض القرارات التي تطرحها الأغلبية (اعتراض تعسفي) عمل القضاء الفرنسي من أجل تقرير عدم مشروعية اعتراض الأقلية على معيار (مقياس) المصلحة الجماعية، حيث يعتبر اعتراض الأقلية تعسفيا إذا كان يعطل اتخاذ قرار يتبين للقاضي أنه ضروري لبقاء واستمرار الشركة، أي أن المصلحة الجماعية هنا تتمثل في عدم زوال الشركة⁴.

فالقضاء الفرنسي استعمل أمام غياب النص القانوني مفهوما مطاها للمصلحة الجماعية يتوافق مع الضرورات العملية، وقد شيد مبدأ احترام المصلحة الجماعية كمبدأ في قانون الشركات بغية تأمين حماية للشركة وللأجهزة المكونة لها، وذلك عبر مراقبة القرارات التي تصدر باسم الشركة وتهدد انتظام عملها أو بقائها واستمرارها⁵.

ولتأمين القضاء هذه الحماية الفعالة للشركة لم يعط تعريفا واضحا للمصلحة الجماعية الأمر الذي أتاح له تحديد إطارها في كل حالة بحالتها، أي أن تغيير مضمون هذا المعيار

¹ - Stéphane Rousseau, Yvan Tchotourian, op.cit., p09.

² - Cass.Com.18 avril 1961, préc, Cass.Com. 24avril 1994, préc, Cass.Com. 06juin 1990, préc, Cass.Com.24 janvier 1995, préc.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص468.
⁴ - C.A.Paris. 26 juin 1990, Bull Joly n°09 de septembre 1990 § 221. Cass.Com. 15 juillet 1992, Bull Joly n°10, d'octobre 1992, §353. Cass.Com. 09 mars 1993, Bull Joly n°05 de mai 1993, §152.

⁵ - وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع، ص114.

(المصلحة الجماعية) يرتبط بالحالات المعروضة أمام القضاء¹، ففي الحالات السابقة كما رأينا مرة قصد القضاء بالمصلحة الجماعية عدم الإضرار بالذمة المالية للشركة أو بسمعتها، ومرة قصد بها عدم زوال الشركة، لكن الملاحظ أن مفهوم المصلحة الجماعية في كل مرة تقريبا يصب في حماية الشركة بصفة عامة سواء تعلق الأمر بذمتها المالية أو بنجاحها أو باستمرارها وعدم زوالها.

وهناك من الفقه العربي² من استند إلى النظريات السابقة التي قمنا بعرضها وحاول وضع مفهوم شامل للمصلحة الجماعية، مفاده أن المصلحة الجماعية تمثل المصلحة العامة للشركة باعتبارها شخصا معنويا، فالشركاء بإرادتهم قرروا إنشاء الشركة، والقانون رتب على إرادتهم هذه أثرا قانونيا مميزا وهو إنشاء شخص معنوي³ له ذمة مالية مستقلة، ومصلحته تقتضي عدم قيام الشركاء بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بهذا الشخص المعنوي أو يهدد بقاءه، أو يؤدي إلى وقف الشركة عن أداء وظائفها⁴، وإذا ما تعارضت مصالح الشركاء ومصلحة الشركة باعتبارها شخصا معنويا في بعض الحالات يصبح تدخل القاضي ضروريا، فدور القاضي لا يظهر إلا في حالة النزاع حول تفضيل مصلحة على أخرى.

لكن المسألة هنا ليست متعلقة بتفضيل مصلحة الأغلبية على حساب مصلحة الأقلية أو العكس، وليس تفضيل مصلحة الشركاء على بقية المصالح التي يمكن أن تتواجد من جراء نشاط الشركة أو العكس، وإنما المسألة تنحصر في تفضيل سياسة مصلحة الشركاء فقط أم سياسة بقاء واستمرار الشركة ونجاحها، وهنا يطرح التساؤل عن المصلحة التي سيرجحها القاضي، غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن مصلحة الشركة دائما تشمل مصلحة الشركاء وبالمقابل مصلحة الشركاء لا تعكس دائما مصلحة الشركة، فاستمرار الشركة ونجاحها في نهاية المطاف سوف يصب في ذمم الشركاء، لأنه كلما زادت قدرة الشركة المالية ازدادت معها قدر الشركاء وهو ما يظهر فعلا في زيادة قيمة السهم، لكن العكس غير صحيح دائما، فمن الممكن

¹ - Bruno Dondero et Alain Couret, op.cit., p02.

² - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص من 124 إلى 141.
³ - المادة 417 من القانون المدني الجزائري: "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا..."، غير أن هذه المادة تمثل نصا عاما، يعرف استثناء واردا في نص خاص هو نص المادة 594 من القانون التجاري الجزائري: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري..."، انظر في هذا المعنى مؤلف بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، ج1، النظرية العامة وشركات الأشخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، غنابة، 2014، ص115.

⁴ - وهو فعلا ما فرضه المشرع الجزائري على الشركاء في نص عام يطبق على جميع أنواع الشركات التجارية وهو نص المادة 432 من القانون المدني الجزائري.

أن يخدم القرار مصالح الشركاء بالمدى القصير لكنه يضر بالشركة الشخص المعنوي على المدى الطويل، وعليه في حالة التنازع بين هاتين المصلحتين يجب ترجيح واحدة منهما، وهي المصلحة العامة للشركة التي تؤلف بين مختلف المصالح ومن بينها مصلحة الشركاء.

ومن هذا المنطلق قدم الاتجاه الفقهي المشار إليه حوصلة حول مفهوم المصلحة الجماعية، أشار من خلالها إلى أنها مصلحة وظيفية، وجدت لضمان استمرار ونجاح الشركة الشخص المعنوي، والتي تشمل مصلحة المساهمين، وهي وظيفية لأن تعريفها لا ينفصل عن هدفها ووظيفتها، فهي الحاجز الحامي لمشروعية اتخاذ القرار، حيث تظهر بمظهر الكاشف للتصرفات المخالفة للتوازن المالي في الشركة، ولأعمال المعطلة لانتظام وحسن سير عمل أجهزة الشركة.

بعد عرضنا لمختلف الاتجاهات الفقهية المعرفة للمصلحة الجماعية، وكذا موقف القضاء الذي اختلف في تحديد مفهوم للمصلحة الجماعية باختلاف النزاع المعروض عليه يمكن القول أنه رغم اختلافها في عدة نقاط، إلا أن معظمها يصب في نهاية المطاف في حماية المصلحة العامة للشركة باعتبارها شخصا معنويا، سواء تعلق الأمر بحماية ذمتها المالية، أو بحماية وجودها واستمرارها، أي في الإجمال تحقيق ما هو نافع للشركة، فالمصلحة تعني الفائدة أو المنفعة سواء كانت مادية أو معنوية، حالية أو مستقبلية.

وعليه مفهوم المصلحة الجماعية إنما يرتبط بتحقيق منفعة أو فائدة معينة للشركة باعتبارها شخصا معنويا، سواء كانت مادية ترتبط بنجاحها وزيادة أموالها، أو تحمل معنى الحماية، أي بما يضمن بقاءها واستمرارها (أي حمايتها من الزوال).

ومن هذا المنطلق يبرز الاختلاف الواضح بين مفهوم نية الاشتراك والمصلحة الجماعية، فهذه الأخيرة تحمل معنى النفع والفائدة بالنسبة للشركة، أما نية الاشتراك كما سبق وأشرنا في دراستنا إنما هي عنصر معنوي، وإرادة كامنة في نفوس الشركاء، وهو ما يجعل من الصعب جدا الوقوف على وجودها من عدمه لدى الشركاء، إلا أنها تظهر من خلال مظاهر مختلفة يمكن أن تعكس وجوها لدى الشركاء.

غير أن اختلاف المفهومين لا ينفي وجود علاقة بين نية الاشتراك والمصلحة الجماعية ويظهر ذلك من خلال الدور الذي تلعبه المصلحة الجماعية في حماية الشركة، فنية الاشتراك تعتبر ركنا ضروريا لوجود الشركة، وهي بذلك تلعب دورا في خلق كيان قانوني مستقل يتميز عن وضعيات قانونية أخرى مشابهة، وتفترض تعاون واتحاد كل من ساهم في خلق هذا الكيان في سبيل بقاءه، نجاحه واستمراره بعيدا عن مظاهر الأنانية والبحث عن المصلحة الشخصية.

فدور نية الاشتراك لا يقتصر على وجود الشركة، وإنما يستمر أثناء حياتها الاجتماعية فهي الضابط للحياة الاجتماعية للشركة، حيث تفترض التسيير الحسن لها الذي يتحقق من خلال وجود حد أدنى من التوافق بين الشركاء يضمن بقاءها، تمثل أساس حقوق والتزامات الشركاء، وتترجم هيمنة هدف الشركة على الأهداف الشخصية للشركاء¹.

ومن هذا المنطلق يبرز التداخل بين المصلحة الجماعية ونية الاشتراك، فوفقا للتحليل السابق هذه الأخيرة تلعب دورا في خلق كيان قانوني مستقل، ويستمر دورها في أنها تفترض ضرورة حماية هذا الكيان وتحقيق مصالحه التي تسمو على مصالح الأشخاص الذين ساهموا في خلقه بإراداتهم المشتركة، لتكون بذلك المصلحة الجماعية أحد أهم النتائج المترتبة عن نية الاشتراك، ونحاول إبراز هذه العلاقة أكثر من خلال البحث في دور المصلحة الجماعية في الشركة وعلاقته بنية الاشتراك وذلك في الفرع الموالي.

¹- Yves Guyon, Affectio Societatis, Juris-classeur, op.cit., n°30.

الفرع الثاني

دور المصلحة الجماعية في الشركة وعلاقتها بنية الاشتراك

من خلال دراستنا لمظاهر نية الاشتراك رأينا أننا نتجسد لدى الشركاء من خلال أربعة مظاهر تتمثل في التعاون الإرادي والايجابي بين الشركاء، المشاركة في التسيير، توازن المصالح بين الشركاء وانعدام رابطة التبعية، وبينا كيف ينعكس كل مظهر من هذه المظاهر لدى الشركاء وكيف يختلف باختلاف نوع الشركة، كما توصلنا إلى أن نية الاشتراك وإن كانت تظهر من خلال هذه المظاهر المختلفة، إلا أنها تفرض في كل مرة ضرورة حماية المصلحة الجماعية، وهو ما يؤكد علاقة هذه الأخيرة بنية الاشتراك.

ففيما يتعلق بالمشاركة في التسيير التي تتحقق من خلال حضور الجمعيات العامة وممارسة الحق في التصويت فيها، وذلك بعد الإطلاع على مختلف الوثائق المتعلقة بالشركة وجدنا أن نية الاشتراك تفرض ضرورة حماية المصلحة الجماعية وذلك من خلال الاحتفاظ ولو بحد أدنى من سرية الأعمال، أي أنه إذا كانت نية الاشتراك تظهر من خلال اهتمام الشركاء بالمشاركة في التسيير بما في ذلك الاهتمام بممارسة الحق في الإطلاع، إلا أنها تفرض في المقابل وحماية لمصالح الشركة ضرورة تقييد الحق في الإطلاع أو كما يسميها البعض الحق في الإعلام، ومن هنا تتأكد فكرة أن المصلحة الجماعية إنما هي نتيجة لوجود نية الاشتراك.

لا ننسى كذلك أن المشاركة في التسيير تتحقق من خلال ممارسة الحق في التصويت وحتى هذا الأخير وحماية للمصلحة الجماعية نادى بعض الفقه¹ بضرورة تقييده، وهو ما نبينه لاحقا في هذا الفرع.

أما بالنسبة لتوازن المصالح بين الشركاء خاصة في شركات المساهمة أين تُتخذ القرارات طبقا لمبدأ الأغلبية، توصلنا إلى أن نية الاشتراك وإن كانت تفترض ضرورة صدور القرارات بما يحقق مصالح كل الشركاء، إلا أنها في المقابل وحماية للمصلحة الجماعية تقيّد مبدأ المساواة بين الشركاء، حيث تبرر اختلال التوازن بين مصالحهم في بعض الحالات (بين الأقلية

¹- D.Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Ed Joly, Paris, 1999, p151.

والأغلبية)، وهذا الاختلال تبرره ضرورة حماية المصلحة الجماعية، بحيث لا يعتبر قرار الأغلبية تعسفيا إن كان يهدف إلى إعلاء المصلحة الجماعية حتى ولو تضمن إخلالا بمبدأ المساواة بين الشركاء.

وكذلك وفيما يتعلق بانعدام رابطة التبعية التي تنعكس من خلال حق كل شريك في البقاء في الشركة دون أن يكون باستطاعة شريك آخر فصله، قد تقيد نية الاشتراك أيضا هذا الحق لمقتضيات حماية مصلحة الشركة (بقاؤها واستمرارها)، حيث يحق لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل شريك من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا لحلها.

ومما تقدم تظهر العلاقة واضحة بين نية الاشتراك والمصلحة الجماعية، فهذه الأخيرة تعتبر من مقتضيات نية الاشتراك التي تمنح الحق في الأساس ثم تقيد لاعتبارات حماية المصلحة الجماعية (تقييد الحق في الإعلام، تقييد مبدأ المساواة بين الشركاء، تقييد حق البقاء في الشركة)، وهو ما يدفعنا للخروج بخلاصة مفادها أن دور المصلحة الجماعية ينحصر في حماية الشركة، وفيما يلي نحاول التطرق لبعض الحالات الأخرى التي لم نتطرق إليها سابقا والتي نبين من خلالها دور المصلحة الجماعية (باعتبارها أحد نتائج نية الاشتراك) في حماية الشركة، وهي حالة تقييد الحق في التصويت، وحالة تقييد حق اقتسام الأرباح.

أولا- تقييد الحق في التصويت

يعتبر الحق في التصويت من الحقوق الأساسية المقررة للشريك، والتي لا يمكن حرمانه منها، غير أن مصلحة الشركة في بعض الحالات تقتضي ضرورة تقييد هذا الحق، ويكون ذلك إما بنص القانون، أو عن طريق الاتفاق بين الشركاء من خلال ما يسمى باتفاقيات التصويت وهو ما نبينه فيما يلي.

1- تقييد حق التصويت بنص القانون

بعد استقراءنا لنصوص القانون التجاري الجزائري لا حظنا أن المشرع الجزائري قرر وقف الحق في التصويت في بعض الحالات المتعلقة بشركات المساهمة، أين تتعارض المصالح بين

الشركة والمساهم، وذلك لأن العبرة دائما تكمن في هيمنة مصالح الشركة على باقي المصالح الفردية للمساهمين، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي.

أ- حالة وقف حق التصويت في مجال الاتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيرها

أشار المشرع الجزائري في القانون التجاري إلى أنه لا يجوز تحت طائلة البطلان إبرام أي اتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إلا بعد استئذان الجمعية العامة مسبقا، و تقديم تقرير لها من مندوب الحسابات، لتتولى المصادقة على تلك الاتفاقية، وفي هذه الحالة يُمنع المعني من المشاركة في التصويت، ولا تؤخذ أسهمه بعين الاعتبار في حساب النصاب والأغلبية¹، وذلك من أجل حماية مصلحة الشركة من استغلال القائم على الإدارة لمنصبه لتغليب مصلحته على حساب مصلحتها².

ب- حالة تقدير الأموال العينية أو منح منافع خاصة

إذا دخل في رأس مال الشركة مقدمات عينية عند التأسيس أو تمت زيادة رأس المال أثناء حياة الشركة بإصدار أسهم عينية، فإنه يجب تقديرها دون مبالغة حتى لا يلحق ضرر بالشركة لأنها ستبدأ برأس مال يقل في الواقع عن الكافية، ولا بحملة الأسهم النقدية لأن أصحاب الأسهم العينية سيحصلون على جانب من الربح أو فائض التصفية يفوق في الواقع حصصهم³.

ودفعا لهذه الأضرار وضع المشرع الجزائري إجراءات معينة يجب اتباعها حتى يكون تقدير الحصص العينية صحيحا، أهمها ضرورة تعيين مندوب واحد للحصص أو أكثر بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو أحدهم إذا كان تقديم الحصة العينية عند التأسيس، وبناء على طلب رئيس مجلس الإدارة أو المديرين إذا كان تقديم الحصص العينية عند زيادة رأس مال

¹ - المادة 628 من القانون التجاري الجزائري: " لا يجوز تحت طائلة البطلان عقد أي اتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إلا بعد استئذان الجمعية العامة مسبقا، بعد تقديم تقرير من مندوب الحسابات.....وتتولى الجمعية العامة الفصل في تقرير مندوب الحسابات ، ولا يجوز الطعن في الاتفاقيات التي تصادق عليها إلا في حالة التدليس، ولا يجوز للقائم أو القائمين بالإدارة المعنيين أن يشتركوا في التصويت ولا تؤخذ في الاعتبار أسهمهم لحساب النصاب والأغلبية".

² - بن ويراد أسماء، حماية المساهم في شركة المساهمة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص157.

³ - نفس المرجع ، ص158.

الشركة، ليتولى تقدير الحصص العينية، ويعرض التقرير الذي أعده على الجمعية العامة المختصة حسب الحالة لتصادق عليه¹.

ويقتصر التصويت في هذه الحالة على المساهمين الآخرين دون المعني بالأمر (مقدم الحصة العينية)، بحيث لا يكون له صوت في المداولة لا لنفسه ولا بصفته وكيلا عن مساهم آخر²، وذلك خشية استغلال هذه الوكالة للتصويت لصالحه الخاص، ويجد منع أصحاب المقدمات العينية من التصويت مبرره في ارتباط المسألة المعروضة على الجمعية العامة بمصلحة خاصة بهم، لذلك لا يجوز لهم التصويت على القرار المتعلق بها لأنهم حتما سيرجعون مصالحهم على بقية المصالح.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر نفس الحكم في الحالة منح منافع خاصة لأحد المساهمين، حيث يحرم المستفيد منها من التصويت في المداولة المتعلقة بهذا القرار³.

2- تقييد حق التصويت بموجب اتفاقيات التصويت

إن نظام الشركة الذي يضعه المؤسسون عند إنشاء الشركة يضم كافة الأحكام المتفق عليها بين الشركاء، والمتعلقة بتنظيم الشركة أثناء مزاوله نشاطها، غير أنه أثناء حياة الشركة قد تستجد أوضاع لم تكن بالحسبان عند وضع النظام الأساسي، مما يدفع بالشركاء إلى تعديل أو إضافة بنود إليه، وقد دلت التجربة لاسيما في شركات المساهمة أن الأحكام والبنود الواردة في النظام الأساسي لا تكفي وحدها لتنظيم العلاقات الخاصة التي يرغب الشركاء في إقامتها بينهم، لذلك غالبا ما يلجأ المساهمون بعد تأسيس الشركة إلى إبرام اتفاقات أخرى (les pactes d'actionnaires) يضعون فيها الأحكام التي تنظم علاقاتهم، وهي تعرف بالاتفاقات غير النظامية (extra-statutaires) نظرا لأنها غير مدرجة في النظام الأساسي للشركة⁴.

¹ - المادتين 601 و 707 من القانون التجاري الجزائري.

² - المادة 603 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري: "وعندما تتداول الجمعية العامة حول الموافقة على حصة عينية، فلا تؤخذ في حساب الأغلبية أسهم مقدم الحصة وليس مقدم الحصة صوت في المداولة لا لنفسه ولا بصفته وكيلا".

³ - المادة 707 الفقرة 02: "ويتم تقدير الحصص العينية والامتيازات الخاصة تحت مسؤولية هؤلاء المندوبين ويوضع تقريرهم تحت تصرف المساهمين قبل ثمانية أيام على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية العامة، وتطبق أحكام المادة 603 على الجمعية العامة غير العادية".

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 160.

ومن بين المواضيع التي يمكن أن تتناولها هذه الاتفاقات تنظيم الحق في التصويت وأمام غياب نص قانوني صريح يجيز ويقر مشروعية هذه الاتفاقات، الاجتهاد القضائي الفرنسي هو الذي حدد شروط مشروعيتها، بحيث تعتبر صحيحة إذا اجتمعت فيها أربعة شروط يمكن إجمالها فيما يلي¹:

- اتفاقية التصويت يجب أن لا تحرم الشريك بصفة نهائية من حقه في التصويت، فالمادة 1844 من القانون المدني الفرنسي (لا يوجد نص يقابلها في القانون المدني الجزائري) تنص على أن لكل شريك الحق في المشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية، وعليه يمكن تنظيم الحق في التصويت بطريقة تعاقدية (في شكل اتفاقية)، لكن لا يمكن حذفه بصورة نهائية لأنه من النظام العام ولا يجوز التنازل عنه.

- يجب تحديد موضوع ومدة اتفاقية التصويت، بحيث لا يمكن إلزام الشريك بأن يصوت بطريقة تناسقية، أي أن يصوت في كل مرة بنفس الطريقة.

- يجب أن تكون اتفاقية التصويت خالية من أي غش.

- وأخيرا وما يهمنا يجب ألا تتضمن اتفاقية التصويت ما يتعارض مع المصلحة الجماعية لاسيما ما يتعلق ببقاء واستمرار الشركة حيث أكد الفقه² والقضاء الفرنسي في العديد من أحكامه³ أن المصلحة الجماعية معيار ضروري للتمييز بين اتفاقات التصويت المشروعة واتفاقات التصويت غير المشروعة، بحيث تعتبر مشروعة إذا لم تتضمن ما يتعارض مع استمرار الشركة، أو ما يعرقل سير عملها أو يشل نشاطها.

ولقد انطلق الفقه من كون أن المصلحة الجماعية تمثل شرطا ضروريا لصحة اتفاقات التصويت للبحث في مدى إمكانية تنظيم اتفاقية تصويت تتضمن مسبقا منع المساهم من

¹ - Pierre Cote, Les conventions de vote, Pages Juridiques, Le tout Lyon en Rhone-Alpes, du 13 au 19 novembre 2004, p87 cité sur le site : www.avocat-lyon-ratheaux.com, date de visite: 18-08-2018, 18 :55.

² - Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p309. Voir aussi Pierre Mousseron , Les convention sociétaires, Lextenso édition, Paris, 2010, p281.

³ - Cass.Com.02 juillet 1985, Bull Joly n°02 de février 1986, §53. CA.Paris 18juin 1986, Bull Joly n°09 de septembre 1986, §257.

التصويت عن قرار فيه تنازع بين المصلحة الجماعية (المصلحة العليا للشركة) ومصالحة الشخصية¹.

وللإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض، فبعضهم قال بأنه من غير المعقول حرمان المساهم من حقه في التصويت قصد تفضيل غيره من المساهمين، بل بالعكس من ذلك لا بد من تكريس حرية ممارسة حق التصويت، وعدم تقييده بأي شكل كان خارج الحالات المنصوص عليها قانوناً²، أما البعض الآخر فيرى أنه ومن أجل إصلاح مساوئ قانون الأغلبية لا بأس من تنازل المساهم عن حقه في التصويت تنازلاً مؤقتاً من أجل حماية المصلحة الجماعية، فحق التصويت هو الأداة التي بواسطتها تشارك إرادات المساهمين لتشكل إرادة الشركة، لذلك لا يجوز أن يكون أداة لعرقلة مصالح الشركة من أجل السعي وراء مصالح أنانية وشخصية للمساهم³، وهو فعلاً ما تقتضيه نية الاشتراك.

وعليه لا يوجد ما يمنع من وضع اتفاقية تصويت تتضمن تنازل المساهم مؤقتاً عن حقه في التصويت، وذلك من خلال منعه من المشاركة في اتخاذ قرار يتضمن تعارض مصالحته الشخصية مع مصلحة الشركة، لاسيما وأن مصير القرار المخالف للمصلحة الجماعية يتعرض للبطلان نتيجة تعسف الأغلبية أو الأقلية، وبالتالي استعمال التصويت بالمخالفة لهذه المصلحة يصبح غير مشروع لذلك لماذا لا يقبل مسبقاً وضع حد لذلك من خلال تنظيم اتفاقية تصويت تمنع المساهم من المشاركة في اتخاذ قرار يتعارض مع المصلحة الجماعية⁴.

ولقد أكد الفقه الفرنسي الحديث⁵ في إطار تقييد الحق في التصويت، صحة التنازل (التخلي) المؤقت عن هذا الحق، لكن شريطة أن يكون منظماً في شكل اتفاق غير نظامي (أي في شكل اتفاقية تصويت)، وليس كبند في النظام الأساسي للشركة، مدعماً بذلك إمكانية تقييد الحق في التصويت لاعتبارات حماية المصلحة الجماعية.

¹ D.Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op.cit., p50-52.

² Philipe Merle, op.cit., p334.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص266.

⁴ D.Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op.cit., p80-82.

⁵ - Pierre Mousseron, op.cit., p279. voir aussi Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p696.

خاصة أن جانبا منه¹ عرّف اتفاقيات التصويت بأنها تلك الاتفاقات التي من خلالها يلتزم المساهم بالتصويت وفق طريقة معينة، أو يلتزم بعدم المشاركة في التصويت، أي بمفهوم المخالفة يُمنع من المشاركة في التصويت، وأضاف بأن هذه الاتفاقات يمكن أن تنظم كل ما له علاقة باتخاذ القرارات الجماعية، ومنه يمكن أن نتصور أن تمنع هذه الاتفاقات مشاركة مساهم في اتخاذ قرار يتضمن تعارضا بين مصالحه الشخصية والمصلحة الجماعية، خاصة وأن المنع من التصويت هنا يتعلق بموضوع محدد (التعارض والمصلحة الجماعية) وليس منعاً مطلقاً يحرم المساهم من التصويت على جميع القرارات.

وبالرغم من أن هذه الاتفاقات، خاصة تلك التي تمنع المساهمين من التصويت كانت محل نقد العديد من الفقهاء، على أساس أن الحق في التصويت يجب أن يمارس بكل حرية ودون عرقلة أو تقييد اتفاقي أو نظامي، إلا أن القضاء الفرنسي أكد أن هذا المبدأ ليس مطلقاً لذلك لم يحكم ببطلان اتفاقات التصويت خاصة أمام عدم وجود نص قانوني صريح يمنع مثل هذه الاتفاقات²، فبالبطلان إنما يلحق تلك الاتفاقات التي يلتزم من خلالها المساهم بالتخلي الكامل والمطلق عن حقه في التصويت وبخصوص جميع القرارات³.

ولذلك وحتى يؤكد القضاء الفرنسي شرعية مثل هذه الاتفاقات اشترط ضرورة احترامها لمجموعة من الشروط كما سبق وأشرنا، والتي من بينها تحديد موضوع ومدة اتفاقية التصويت وعليه ووفقاً للتحليل السابق، يمكن القول أن اتفاقية التصويت التي تمنع المساهم من المشاركة في التصويت عن قرار يتضمن تعارضا بين مصالحه الشخصية والمصلحة الجماعية (تقييد الحق في التصويت لاعتبارات المصلحة الجماعية)، تعتبر مشروعة طالما أنها تستوفي الشروط التي وضعها القضاء الفرنسي، خاصة تلك المتعلقة بعدم المنع المطلق من ممارسة الحق في التصويت، فهي تتعلق فقط بنوع معين من القرارات، وضرورة مراعاة المصلحة الجماعية، فهي في الأصل إنما وجدت لحماية هذه المصلحة.

وحتى موقف المشرع الجزائري لا يتعارض مع ما سبق، فعندما جرّم اتفاقية التصويت كان ذلك في إطار ضيق، حيث ربط تحقق الجريمة بشرط مهم وهو أن تمنح الاتفاقية أحد

¹- Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p696.

²- C.A Paris 30 juin 1995, cité par Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p696.

³- Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p696.

المساهمين بشكل خاص ودون البقية مزايا الاستفادة من الامتناع عن التصويت¹، فالهدف من اتفاقية التصويت التي يكون مضمونها منع الساهم من التصويت على قرار يتضمن تعارضا بين مصالحه الشخصية والمصلحة الجماعية (المصلحة العليا للشركة) إنما يتمشى مع ما أقره المشرع من ضرورة هيمنة مصلحة الشركة على المصالح الفردية للمساهمين في تعارض مصالحهم في الحالات التي سبق وأشرنا إليها (حالات تقييد حق التصويت بنص القانون).

ثانيا - تقييد حق اقتسام الأرباح

من الطبيعي القول أن الهدف الأساسي من تكوين الشركات التجارية هو تحقيق الأرباح وتوزيعها على الشركاء، وهذا ما يتضح من تعريف الشركة في القانون المدني الجزائري والفرنسي على حد سواء²، ولا يمكن معرفة ما إذا كانت الشركة قد حققت أرباحا أو منيت بخسائر إلا بعد نهاية السنة المالية وتقييم حصيلة النشاط، فإذا كانت الحصيلة إيجابية كانت الشركة رابحة أما إذا كانت الحصيلة سلبية كانت الشركة خاسرة، وعليه لا يتم توزيع الأرباح إلا بعد إجراء عملية الجرد وإعداد الميزانية وحسابات الإستغلال العام وحساب الأرباح والخسائر مع وضع تقرير مكتوب عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة³، وإذا تبين للشركة من خلال هذه الحسابات أن أصولها أكبر من خصومها كانت الزيادة أرباحا تمثل الأرباح الإجمالية، وهي غير قابلة للتوزيع، إنما يتم توزيع الناتج الصافي من السنة المالية بعدما يطرح من الأرباح الإجمالية المصاريف العامة وتكاليف الشركة الأخرى، كما تطرح منها جميع الإستهلاكات الأخرى⁴.

غير أن مسيري الشركات التجارية لاسيما شركات الأموال وبهدف توسيع أعمال الشركة وتطويرها، قد ينتهجون استراتيجية التمويل الذاتي، وذلك عبر تخصيص الأرباح وإحالتها إلى

¹ - تنص المادة 814 من القانون التجاري الجزائري على: " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من حصل على منح أو ضمانات أو سمح له بمزايا الاستفادة من التصويت في اتجاه معين أو يتمتع عن المشاركة فيه، وكذلك الأشخاص الذين ضمنوا أو وعدوا بهذه المزايا".

² - المادة 416 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1832 من القانون المدني الفرنسي.

³ - تنص المادة 716 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " عند قفل كل سنة مالية يضع مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة جردا بمختلف عناصر الأصول والديون الموجودة في ذلك التاريخ، ويضعون أيضا حساب النتائج والميزانية ويضعون تقريرا مكتوبا عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة، وتوضع المستندات المشار إليها في هذه المادة تحت تصرف مندوبي الحسابات خلال الأربعة أشهر على الأكثر والتالية لقفل السنة المالية".

⁴ - تنص المادة 720 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " تشكل الأرباح الصافية من الناتج الصافي من السنة المالية بعد طرح المصاريف العامة وتكاليف الشركة الأخرى بإدراج جميع الإستهلاكات والمؤنات".

تكوين احتياطي اختياري بدلا من الاستعانة بمصادر تمويل أخرى عادة ما تكون مكلفة ومرهقة مثل الإقتراض إما من البنوك مباشرة وإما بطرح سندات الدين¹.

فهذه الأخيرة وإن كانت الشركة تستطيع من خلالها الحصول على المبالغ اللازمة لحاجاتها، إلا أنها في المقابل تمنح لحامليها فوائد ثابتة إضافة إلى حقوق أخرى بغض النظر عما إذا كانت الشركة قد حققت أرباحا أو منيت بخسائر²، وتقاضي هذه الفوائد يكون بالأولوية على أنصبة الأرباح وفائض التصفية الذي يؤول للمساهمين، وذلك لأن الفوائد تشكل دينا على الشركة يجب الوفاء به قبل أنصبة المساهمين سواء من الأرباح أو من رأس مال الشركة عند التصفية³.

لذلك فإن الوسيلة الأضمن والأسرع والأقل كلفة هي التمويل الذاتي، فهذه الوسيلة تسمح بالحفاظ على الاستقلال المالي للشركة وزيادة وتعزيز قدراتها الاقتصادية، ومن هذا المنطلق يطرح التساؤل حول مدى إمكانية معارضة الشريك لتكوين احتياطي حر هدفه تعزيز وضع الشركة وتطويرها، يستقطع من الأرباح المحققة على حساب توزيعها عليه، بمعنى مدى تبرير المصلحة الجماعية في تقييد حق الشريك في الحصول على نصيب من الأرباح المحققة⁴.

وقد اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، فبعضهم يرى أن الشركة أنشئت أصلا بهدف توزيع الأرباح، وبالتالي لا يجوز حرمان الشريك منها⁵.

والبعض الآخر يرى أن اقتضاء الأرباح يظل مرتبطا مثل غيره من الحقوق بمفهوم المصلحة الجماعية، خاصة وأنه مهما تكن اعتبارات المصلحة الجماعية، فإنها لا يمكن أن تعني حرمان الشريك من حقه في اقتسام الأرباح المحققة في الشركة، إلا أنها تقرض على الشريك في بعض الأحيان تأجيل توزيع الأرباح وإحالتها إلى الاحتياط، فمعظم أنظمة شركات

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 279.

² - المادة 715 مكرر 74 من القانون التجاري الجزائري: " تعتبر سندات المساهمة سندات دين تتكون أجرتها من جزء ثابت يتضمنه العقد وجزء متغير يحسب استنادا إلى عناصر تتعلق بنشاط الشركة أو نتائجها وتقوم على القيمة الاسمية للسهم". ولقد اتخذت كليات تطبيق هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر عدد 80 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 1995، حيث تنص المادة 36 من على: " يحتوي جزء أجره سند المساهمة السند الثابت على النسبة المئوية التي تحسب على أساس جزء من القيمة الاسمية، وتدفع مهما تكن نتائج الشركة".

³ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج9، الشركة المغفلة، سندات الدين وسندات التأسيس، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 11.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع، ص 280.

⁵ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°32.

المساهمة تتضمن بنودا تسمح بتكوين احتياطي نظامي، وهو ما يؤدي عمليا إلى حرمان المساهم مؤقتا من جزء من حقه في الأرباح¹.

وذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك، حيث يرى أنه حتى في ظل عدم وجود بند في النظام الأساسي للشركة ينص على تكوين احتياطي من الأرباح، فلجمعية العامة غير العادية أن تعدّله ضمنا، وذلك من خلال تقرير تأجيل توزيع الأرباح لتكوّن بذلك احتياطي حر إذا كان هدفه تعزيز القوة الاقتصادية للشركة وتطويرها².

خاصة وأن المصلحة الجماعية ليست مجموعا حسابيا لمصالح المساهمين الفردية فالشريك وإن حرم من حقه في اقتضاء الأرباح، فإن هذا الحرمان ليس إلا مؤقتا لأن ازدهار الشركة وتطويرها سيؤول في نهاية المطاف إلى زيادة قيمة حقوق الشريك، لذلك فإن الحق الفردي للشريك لا يتحقق على الوجه الأكمل إلا ضمن اعتبارات المصلحة الجماعية³.

وقد أقر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه⁴ أن تقرير الجمعية العامة إحالة الأرباح إلى الاحتياط لا يشكل قرار تعسفيا طالما أن المصلحة العليا للشركة تقتضي ذلك، حيث أوجبت على مساهمي الأقلية المتضررين من هذا القرار أن يثبتوا تعسف الأغلبية في استعمال سلطاتها من خلال إثبات أن قرار تكوين الاحتياطي شكل مخالفة للمصلحة الجماعية وأخل بالمساواة بين المساهمين.

وعليه فإن المشاركة في اقتسام الأرباح وإن كانت تمثل حقا مقorra لكل شريك، إلا أن هذا الحق قد يُفقد ولا يحذف نهائيا وذلك لاعتبارات المصلحة الجماعية، خاصة وأن نجاح وتطور الشركة سيعود بالنفع المؤكد على جميع الشركاء.

وكخلاصة لما سبق يمكن القول أن نية الاشتراك وإن كانت تفترض ضرورة تمتع الشريك بمجموعة من الحقوق إلا أنها في المقابل تفترض ضرورة تعاون جميع الشركاء في سبيل إعلاء المصلحة الجماعية وهيمنة هدفها على باقي المصالح والأهداف الفردية للشركاء، فهي من جهة

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص280.

² - Anne Charveriat, Alain Couret op.cit., p1251.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع نفسه، ص281.

⁴ - Cass.Com. 22 janvier 1991, Bull Joly, n°04 d'avril 1991, §123. Cass.Com. 03 juin 2003, Bull Joly, n°10 d'octobre 2003, §222. CA Versailles 01février 2001, Bull Joly, n° 10 d'octobre 2001, §229.

تمنح الحق، وتقيد من جهة أخرى بهدف حماية المصالح العليا للشركة، لتكون بذلك هذه الأخيرة أهم نتيجة تترتب على قيام نية الاشتراك في الشركة.

والملاحظ أن نية الاشتراك لا تتداخل فقط مع المصلحة الجماعية، وإنما تتداخل مع مفهوم آخر وهو الاعتبار الشخصي، لأن هذا الأخير يختلف مظهره باختلاف نوع الشركة، ويلعب دورا مهما في بقائها واستمرارها، غير أن ذلك لا يعني أنهما مفهومان متماثلان، فكل مفهوم منهما مستقل عن الآخر وإن كانت هناك علاقة بينهما، وهو ما نوضحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تمييز نية الاشتراك عن الاعتبار الشخصي

سبق وأشرنا في محطات سابقة من بحثنا أن نية الاشتراك تمثل العنصر المعنوي في الشركات التجارية، فهي الإرادة الكامنة في نفوس الشركاء والتي تترجم في الواقع من خلال مظاهر خارجية تدل على وجودها، والواقع أن ظهورها وتأثيرها على سلوك الشركاء يختلف حسب طبيعة الشركة، ولكن رغم الاعتراف بوجود هذا التباين، فإن ذلك لا ينفي ضرورة وجود هذه النية لدى الشركاء بصرف النظر عن نوع الشركة.

فوجود هذا العنصر وظهوره في الواقع يتناسب عكسيا مع عدد الشركاء في الشركة، أي أنه كلما قل عدد الشركاء، كلما زاد الشعور بنية الاشتراك من خلال المساهمة الفعالة على قدم المساواة في تسيير أمور الشركة، والعمل المشترك على تحقيق وإنجاح هدفها، والعكس كلما زاد عدد الشركاء تقل درجة الرغبة في المشاركة الفعالة في تسيير أمور الشركة رغم وجودها¹.

لذلك تظهر نية الاشتراك بصورة واضحة وجلية في شركات الأشخاص لاسيما شركات التضامن التي تقوم على الاعتبار الشخصي الذي يجمع بين العدد القليل من الشركاء الذين تتكون منهم هذه الشركات، أما بالنسبة لشركات الأموال ومثالها النموذجي شركات المساهمة

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص 06.

فإنها تقوم على الاعتبار المالي حيث يكثر عدد المساهمين، ومن ثم لا يؤخذ في الاعتبار شخص المساهم، وإنا العبرة بما يقدمه هذا المساهم من مال¹.

حيث غالبا ما تظل هذه الشركات مفتوحة الباب لمن أراد أن يخرج منها أو ينضم إليها وذلك عن طريق بيع أو شراء الأسهم في بورصة الأوراق المالية ونتيجة ذلك أن الشركاء في هذا النوع من الشركات يتغيرون بصورة قد تكون كلية لدرجة أن غالبيتهم لا يعرفون بعضهم بعضا، وهذه المقدمات تجعل نية الاشتراك أقل وضوحا وظهورا في هذه الشركات مقارنة بشركات الأشخاص².

ومن هذا المنطلق تبرز العلاقة بين نية الاشتراك والاعتبار الشخصي، فهذا الأخير الذي يعبر عن الثقة المتبادلة بين الشركاء يكون سببا ونتيجة لظهور نية الاشتراك بشدة في الشركة ففي شركات الأشخاص أين يعرف كل شريك الآخر ويمنحه ثقته ويعتمد على مشاركته تظهر نية الاشتراك بأوضح صورها، بحيث يتعاون جميع الشركاء في إنشاء الشركة أولا، ثم يتشاركون في تسييرها بطريقة فعالة بما يحقق مصلحة الشركة ويضمن توازن المصالح بينهم جميعا وأساس ذلك يكمن في ما تقوم عليه هذه الشركات من اعتبار شخصي.

غير أن هذا التناسب بين نية الاشتراك والاعتبار الشخصي (أين يوجد اعتبار شخصي تبرز نية الاشتراك بشدة)، يبقى مجرد علاقة وليس تماثلا للمفهومين، فالفرق بينهما يظهر واضحا من خلال اختلاف مفهوم ومظاهر كل منهما، وهو ما نبينه في هذا المطلب من خلال التطرق لمفهوم ومظاهر الاعتبار الشخصي، خاصة وأننا سبق وتطرقنا لمفهوم ومظاهر نية الاشتراك في المبحث الأول من بحثنا مما يسهل إبراز الفرق بينهما.

¹- Gilbert Jean-Baptiste, op.cit., p03.

²- عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص08، 07.

الفرع الأول

مفهوم الاعتبار الشخصي

مصطلح الاعتبار الشخصي هو ترجمة للمصطلح اللاتيني « intuitus personae » وتمت ترجمته إلى اللغة الفرنسية بمصطلح « en fonction de la personne », وهو ما يقابله باللغة العربية " وفقا (اعتبارا) للشخص"، وهذا المصطلح بصفة عامة يعني في مجال التعاقد بأن شخص المتعاقد أو صفة من صفاته تكون شرطا لإبرام العقد ولا استمراره¹.

استعمل هذا المصطلح في تكييف وتمييز العمليات التعاقدية التي تكون فيها شخصية أحد الأطراف المتعاقدة، أو كفاءاته ومهاراته، أو طبيعة الخدمات التي يقدمها محل اعتبار، ومن هذا المنطلق اصطلح على تسميته بالاعتبار الشخصي².

حيث يعد الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة، أين تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما، أو صفة جوهرية فيهما تمثل عنصرا جوهريا في التعاقد، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر³.

والواقع أن الفقهاء اختلفوا في تعريف الاعتبار الشخصي، فمنهم من يركز في تحديده لمفهوم الاعتبار الشخصي على الباعث الدافع إلى إبرام العقد، ويذهب إلى أن شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار إذا كانت ذات المتعاقد أو صفة من صفاته هي الباعث الدافع للتعاقد، وأن العقد يتصف بالاعتبار الشخصي عندما يكون الاعتراف بشخص أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته باعثا دافعا لرضا الطرف الآخر بالتعاقد⁴.

¹- Gilbert Jean-Baptiste, op.cit., p02.

²- Gilbert Jean-Baptiste, op.cit., p02.

³- رفح رزوقي كربال، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد 03، السنة الثامنة، 2016، ص 584 مقال متاح على موقع العراقية للمجلات الأكاديمية العلمية www.iasj.net تاريخ الإطلاع: 2018-08-23 على الساعة: 16:25.

⁴- سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1975، ص 15.

ويرى بعض الفقه¹ أن هذا التحليل ينطبق في جانب كبير منه على عقد الشركة بصفة عامة، فالشريك عندما يقدم على التعاقد والمساهمة مع غيره يراعي شخصية الشركاء الآخرين وما يحظون به من ثقة وائتمان وكفاءة مالية لتكون بذلك هذه العناصر باعثاً دافعاً للتعاقد.

غير أن هناك من الفقه² يرى بعدم إمكانية الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه لما فيه من مغالاة، لأن القول بأن الاعتبار الشخصي هو السبب الوحيد دائماً في التعاقد قول فيه مبالغة لأنه في الغالب يكون للشخص بواعث وأسباب عديدة تدفعه لإبرام العقد، إلا أنه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي يكون لهذا الاعتبار المقام الأول والجوهري بين هذه البواعث فهو يعد الباعث الرئيسي لإبرام العقد مع المتعاقد محل الاعتبار إلا أنه ليس السبب الوحيد.

ومن جانبنا نرى أن هذا التحليل ينطبق أكثر من التحليل السابق على عقد الشركة، فهذا الأخير كبقية العقود يقوم على مجموعة من الأركان الموضوعية العامة التي تشمل السبب، ولا يمكن أن ننفي أن سبب إبرام الشركاء لعقد الشركة وهو الباعث الدافع إلى التعاقد يكمن في رغبة الشركاء في تحقيق الربح من خلال اقتسام ما قد ينشأ عن نشاط الشركة من أرباح ليندمج بذلك السبب مع محل الشركة والمتمثل في إدارة المشروع الاقتصادي لتحقيق الربح.

مع ملاحظة أن محل الشركة يحتمل فرضين، الفرض الأول تأسيس الشركة في حد ذاتها وهو ما ينطبق مع الرأي المشار إليه، والذي يربط الدافع للتعاقد بالاعتبار الشخصي وبالعقد الشركة، أما الفرض الثاني فيتمثل في المشروع الاقتصادي الذي تقوم عليه الشركة.

وعليه ففي الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي مثل شركات التضامن، حتى ولو كان سبب الإقبال على تأسيسها يتمثل في المحافظة على المؤسسات العائلية حيث يشترك الأب مع ابنه، والأخ مع إخوته من أجل المحافظة على المشاريع العائلية، أو حتى المحافظة على الصلات الشخصية بين الشركاء، فضلاً عن الصلات بين الأب وابن أخوته، قد تقوم صلات وثيقة بين أصدقاء يجمعهم مصير مشترك ويثق بعضهم ببعض ثقة متبادلة³، فإن

¹ - علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة، دراسة في قانون الشركات العراقي، ص 311، مقال متاح على موقع العراقية للمجلات الأكاديمية العلمية www.iasj.net تاريخ الإطلاع: 23-08-2018، على الساعة 18:17.

² - رفح رزوقيكربال، المرجع السابق، ص 585.

³ - د. إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج 2، شركة التضامن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 16.

ذلك لا ينفي أن هؤلاء قد تضامنوا بغية استثمار مشاريعهم وتحقيق طموحهم وآمالهم في ميادين التجارة والعمل، ليشمل بذلك الدافع الباعث للتعاقد تحقيق الربح والاعتبار الشخصي معا فاعتبار شركة التضامن من شركات الأشخاص لا يعني أنها قائمة فقط على الاعتبار الشخصي ولا أهمية فيها للمال.

والبعض الآخر يذهب إلى أن المقصود بالاعتبار الشخصي أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته عنصرا جوهريا في التعاقد، وليست بالباعث الدافع إليه، فمتى كانت شخصية أحد المتعاقدين أو صفة فيه عنصرا جوهريا في التعاقد يقوم الاعتبار الشخصي سواء كانت هذه الشخصية أو الصفة هي الباعث الدافع إلى التعاقد أم لا، أما إذا كانت شخصية أحد المتعاقدين أو صفة فيه عنصرا ثانويا في التعاقد فلا نكون بصدد اعتبار شخصي¹.

لكن يؤخذ على هذا الرأي أنه ينكر ارتباط فكرة الاعتبار الشخصي بالباعث الدافع إلى التعاقد، فكيف يكون عنصرا جوهريا في التعاقد دون أن يكون هذا الاعتبار هو الباعث الدافع للتعاقد أو ضمن البواعث الرئيسية في التعاقد، وذلك لأنه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي تكون ذات التعاقد أو صفة من صفاته هي سبب رضا التعاقد الآخر إبرام العقد².

وبالنسبة للشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي لا يمكن أن ننفي أن هذا الأخير يمثل أحد أهم أسباب تأسيسها، بحيث يعتمد كل شريك على وجود غيره من الشركاء واستمراره في الشركة، وعليه فجوهر هذه الشركات يقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء.

وكما أشرنا الاعتبار الشخصي قد يرتبط بذات التعاقد، أو بصفة جوهرية فيه يراعيها التعاقد الآخر معه، ومن بين أهم الصفات الجوهرية التي تؤخذ في الاعتبار عند إبرام عقد الشركة نذكر:

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2007، ص 543.

² - رفح رزوقي كربال، المرجع السابق، ص 585.

- السمعة، حيث تعد من الصفات الشخصية التي يراعيها بقية الشركاء عند إبرام عقد الشركة فالسمعة التجارية تمثل ما يتمتع به الشخص من ثقة في الوسط التجاري، تحدد مدى انتمائه عند التعامل في هذا الوسط، لذلك جرت تسميتها بالثقة المالية، والبعض يجيز تقديمها كحصة في الشركة، وصيغة تقديمها تتمثل بإضافة الاسم المدني لاسم أو عنوان الشركة التجاري¹ والبعض الآخر يرى بأنه لا مجال لاعتمادها كحصة في الشركة خشية تدخل ما يتمتع به الشخص من نفوذ اجتماعي أو سياسي²، والملاحظ أن المشرع الجزائري لا يمنع تقديمها كحصة في الشركة، لكن شريطة ألا تكون الحصة الوحيدة التي يساهم بها الشريك³.

كما قد تعد المهنة من الصفات الشخصية المعتبرة في التعاقد، فالمهنة تمثل حصة العمل وهذه الأخيرة تتميز بالاعتبار الشخصي، حيث يقبل الشريك بعمل في الشركة نظرا للخبرات والمهارات والقدرات التي يتمتع بها⁴.

كذلك الكفاءة أو الشهادة العلمية قد تكون من الصفات الجوهرية في إبرام عقد الشركة مثلما هو الحال في شركات المحاماة، حيث يمكن للمحامين أن يمارسوا مهامهم جماعيا في شكل شركة محامين⁵، والممارسة الجماعية بهذا الشكل يفهم منها أن جميع الحصص هي حصص بعمل تعتمد على كفاءة كل شخص في مهنة المحاماة، حيث أجاز المشرع الجزائري لمحامين (02) أو أكثر بموجب اتفاقية مكتوبة إنشاء شركة تتمتع بالشخصية المعنوية تدعى "شركة محامين" وتهدف للممارسة المشتركة لمهنة المحاماة⁶، خاصة وأن الشركاء في هذه الشركات يكونون مسؤولين شخصيا على التزامات الشركة في مواجهة الغير⁷.

وبعد عرضنا لمفهوم الاعتبار الشخصي يتضح الفرق بينه وبين مفهوم نية الاشتراك، فإذا كان الاعتبار الشخصي يرتبط بشخصية الشريك أو بصفة من صفاته، والتي تعكس ارتباط الشركاء بروابط خاصة من القرابة أو الصداقة، أو حتى العمل المشترك، ويجعل جوهر الشركة

¹ - علي فوزي إبراهيم الموسوي، المرجع السابق، ص312.

² - لطيف جبر كومان، الشركات التجارية، بغداد، 2006، ص44.

³ - المادة 420 من القانون المدني الجزائري: " لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية".

⁴ - بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص35.

⁵ - المادة 52 من القانون رقم 07-13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر عدد 55 الصادرة بتاريخ 30 أكتوبر 2013، تنص على: " يمكن المحامين المسجلين في الجدول وفقا لأحكام هذا القانون أن يمارسوا مهامهم جماعيا في شكل شركة محامين"

⁶ - المادة 53 من نفس القانون.

⁷ - المادة 62 من نفس القانون.

يقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء، فإن مفهوم نية الاشتراك يختلف تماما، لأنها تبقى تلك الإرادة والنية الكامنة في نفوس هؤلاء الشركاء الذين كانت لشخصيتهم أو صفة فيهم اعتبار عند إبرام عقد الشركة، والتي يظهرونها من خلال اتحادهم وتعاونهم في سبيل تسيير أمور الشركة و تحقيق مصالحها، بعيدا عن مصالحهم الفردية والأنانية، إلا أن اختلاف المفهومين لا ينفي وجود العلاقة بينهما، فقيام الشركة على الاعتبار الشخصي الذي يولد ويعزز الاتحاد والتعاون بين الشركاء يكون سببا في بروز نية الاشتراك بشدة، و بأوضح صورها في هذا النوع من الشركات.

وما يبرز الفرق كذلك بين نية الاشتراك والاعتبار الشخصي مظاهر هذا الأخير التي تتميز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، وتختلف تماما عن مظاهر نية الاشتراك، غير أنها تعبر عن بروز هذه النية، خاصة وأنها تعكس حماية المصلحة العامة للشركة، وهو ما نبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مظاهر الاعتبار الشخصي وعلاقتها بنية الاشتراك

إن تصنيف الشركات إلى شركات أشخاص وشركات أموال لا يعبر إلا عن غلبة العنصر الشخصي على العنصر المالي بنسب متفاوتة في شركات الأشخاص، وغلبة العنصر المالي على العنصر الشخصي في شركات الأموال، أي أن هذا التصنيف لا يعني أن شركات الأشخاص قائمة فقط على الاعتبار الشخصي أو أن شركات الأموال لا أهمية فيها لغير المال¹، فكما يظهر الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص من خلال مظاهر معينة، فإنه يظهر كذلك في شركات الأموال من خلال مظاهر أخرى مختلفة، وهو ما نكشف عنه في هذا الفرع من خلال التطرق إلى مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص، مع الاستعانة بشركة التضامن كنموذج، ومظاهر الاعتبار الشخصي في شركات الأموال مع الاستعانة بشركة المساهمة كنموذج.

¹ - علي فوزي إبراهيم الموسوي، المرجع السابق، ص 306.

أولاً- مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص

تعد شركة التضامن النموذج الأمثل لشركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي بما يعني أن شخصية كل شريك تلعب دوراً مهماً في تأسيس الشركة، والقيام بوظائفها وحتى في انقضاءها¹، حيث ينعكس هذا الاعتبار في جميع مراحل الشركة بدءاً من تأسيسها وإلى غاية انقضاءها ويظهر ذلك خاصة من خلال عدة مظاهر أهمها عدم قابلية حصة الشريك فيها للتداول، مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية، اكتساب الشريك صفة التاجر، ارتباط تسمية أو عنوان الشركة بأسماء شركائها، ارتباط انقضاء الشركة بالاعتبار الشخصي، وهو ما نبينه فيما يلي.

1- عدم قابلية حصة الشريك للتداول

وضع المشرع الجزائري بموجب المادة 560 من القانون التجاري الجزائري، وبغرض تكريس مبدأ الاعتبار الشخصي والمحافظة عليه قاعدة عدم قابلية حصص الشركاء للتداول بكل حرية²، حيث تنص هذه المادة على أنه: " لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول، ولا يمكن إحالتها إلا برضاء جميع الشركاء، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن"، تؤكد هذه المادة مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يقوم بين الشركاء لدى تكوين شركة التضامن، ويحتم استمرار أثره فيما بينهم طيلة حياة الشركة، وبالتالي لا يجوز لأي من الشركاء أن يتنازل عن حصصه للغير³.

غير أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، لذلك يجوز مخالفتها بإمكانية تنازل أحد الشركاء عن حصصه، لكن وتكريساً لمبدأ الاعتبار الشخصي فإن التنازل لا يكون حراً، بل مقيداً بضرورة إجماع بقية الشركاء وموافقتهم على التنازل له، بحيث يعتبر كل شرط مخالف وكأنه لم يكن⁴، وعليه فهي تعتبر قاعدة من النظام العام⁵ تجعل كل الشروط والبنود الواردة في

¹ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p 319.

² - بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص 191.

³ - حورية لشهب، تحديد الطبيعة القانونية لشركة التضامن، مجلة المفكر، العدد الخامس، المجلد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2010-03-17، ص 299.

⁴ - المادة 560 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - Mohamed Salah, op.cit., p278.

القانون الأساسي والتي تقضي بحرية التنازل عن حصص الشركاء المتضامنين باطلة وليس لها أي أثر سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير¹.

وعليه لا يجوز الاتفاق على مخالفة قاعدة الإجماع حتى بوضع أغلبية مشددة بغرض إحالة حصص الشركاء المتضامنين، ذلك أن قاعدة الإجماع فضلا عن كونها تكرر الاعتبار الشخصي للشركاء في شركات الأشخاص، فهي مرتبطة كذلك وبشكل مباشر بضمان استقرار وبقاء هؤلاء الشركاء في الشركة، ومن ثم فهي موضوعة لحماية الانتماء التجاري المجسد في المسؤولية التضامنية وغير المحدودة لأولئك الشركاء².

2- مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية

تعكس المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركة التضامن، حيث ترتبط هذه المسؤولية بصفة الشريك المتضامن، فلو كانت حصة أحد الشركاء مثلاً مثقلة بحق انتفاع، فإن المسؤولية تقع على مالك الرقبة فقط، لأن المنتفع لا يكتسب صفة الشريك³.

وتعتبر هذه المسؤولية، بشقيها الشخصية والتضامنية الميزة الأساسية في شركات الأشخاص بصفة عامة، والمعيار الذي يميزها عن شركات الأموال نظرا لما تعكسه من اعتبار شخصي للشركاء فيها.

أ- المسؤولية الشخصية

تعكس هذه المسؤولية الاعتبار الشخصي بشدة نظرا لكونها تعبّر عن ارتباط شخصية الشركة بشخصية الشركاء فيها⁴، فعلى أساس هذه المسؤولية الشخصية يحق لدائني الشركة مطالبة الشريك بأمواله الخاصة ولا يجوز استبعاد هذه المسؤولية أو تضيق نطاقها في النظام الأساسي للشركة، حيث لا يجوز للشريك أن يتخلص من هذه المسؤولية باتفاق يجريه مع بقية الشركاء، يتضمن عدم مسؤوليته الشخصية عن ديون الشركة أو تحديد هذه المسؤولية بمقدار

¹ - Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p253.

² - بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص191.

³ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p346.

⁴ - Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p249.

حصته مثلا، وكل اتفاق من هذا النوع يكون عديم الأثر في مواجهة دائني الشركة، ويظل الشريك مسؤولا اتجاههم بجميع أمواله الشخصية، وينتج عن كون مسؤولية الشركاء في شركة التضامن شخصية وغير محددة عن ديون الشركة أن يظل الشريك مسؤولا عن هذه الديون حتى بعد حل الشركة وتصفيته طالما أن الدين لم يسقط بمرور الزمن¹.

كذلك الشريك السابق الذي ينسحب من الشركة يبقى مسؤولا أمام دائني الشركة عن تلك الديون التي نشأت قبل انسحابه، ومهما كانت أسباب وظروف هذا الانسحاب²، ونظرا لارتباط هذه المسؤولية الشخصية بصفة الشريك المتضامن، فإن الشريك الجديد الذي ينضم إلى شركة التضامن أثناء حياتها يكون مسؤولا عن جميع ديونها حتى تلك التي نشأت قبل انضمامه إليها³، إلا إذا تضمن النظام الأساسي للشركة بندا يقضي بإعفاء هذا الشريك الجديد من الديون الناشئة قبل انضمامه، لكن شريطة أن يتم نشر وإعلان هذا الشرط بالطرق القانونية⁴.

ب- المسؤولية التضامنية

يكون التضامن قائما بين الشركاء الذين تتألف منهم الشركة وقت التعاقد، وهو يتناول جميع الشركاء مهما كانت أوضاعهم، فلا يقتصر على المكلفين بالإدارة منهم، أو الذين يظهر اسمهم في العنوان، فالعبرة هي بصفة الشريك وقت التعاقد دون استثناء لأي منهم⁵، وهو ما يؤكد فكرة الاعتبار الشخصي، لذلك يكون لدائني الشركة مطالبة أيا من الشركاء منفردا بكل الدين، كما يجوز له أيضا أن يطالبهم مجتمعين، فإذا أوفى أحدهم بكل الدين، يحق له أن يطالب الآخرين كل بقدر حصته في الدين، وإذا كان أحد الشركاء معسرا تحمل تبعة هذا الإعسار الشريك الموفي وبقية الشركاء كل بقدر حصته⁶.

والملاحظ أنه لا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بالوفاء بديون الشركة إلا بعد إنذار الشركة بعقد غير قضائي⁷، والغرض من هذا الاشتراط هو رغبة المشرع في حماية

¹ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، المرجع السابق، ص30.

² - Cass.Com 04janvier 1994, CA Paris 29 octobre 1999, cité par Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p346.

³ - Cass.Com 21 octobre 2008, cité par Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p347.

⁴ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p347.

⁵ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، نفس المرجع، ص37.

⁶ - حورية لشهب، المرجع السابق، ص231.

⁷ - تنص المادة 551 من القانون التجاري الجزائري على: " ولا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور 15 يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي".

الشريك من دائني الشركة إذا تعمدوا التنفيذ على أموال الشريك الخاصة بالرغم من كفاية أموال الشركة للوفاء بالديون¹.

ويظل الإنذار المسبق واجبا مادامت الشركة قائمة ومتمتعة بشخصيتها المعنوية، ويستمر وجوبه بعد انحلال الشركة أثناء مدة تصفيتها لأنها تظل في هذه المرحلة متمتعة بشخصيتها المعنوية من أجل حاجات التصفية، وكذلك الأمر إذا أعلن إفلاسها، أما إذا انتهت تصفيتها وتمت قسمتها فلا يظل من مجال للإنذار، وترتد المطالبة عندئذ إلى الشركاء مباشرة الذين يصبحون بانتهاء الشركة المدينين الأصليين، وتصح مطالبتهم على وجه التضامن، ليكون بذلك التضامن قائما بكافة آثاره بين الشركاء عند تخلف الشركة عن الدفع، لكن قواعده لا تطبق على إطلاقها فيما بين الشركاء والشركة².

3- اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر

يكتسب كل شريك في شركة التضامن صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى الشركة³، وذلك لأنه يسأل عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية، فإذا لم تكن له هذه الصفة قبل انضمامه إلى الشركة اكتسبها بمجرد التوقيع على العقد التأسيسي للشركة، والصفة التجارية التي منحها المشرع للشريك المتضامن بمجرد انضمامه إلى شركة التضامن تقوم على اعتبارات أهمها أن الشريك يغامر بكل ما في ذمته من أموال في نشاط الشركة، ويكون مسؤولا عن ديونها مسؤولية شخصية وتضامنية تجعله ضامنا لجميع أعمال الشركة والتزاماتها، فالاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه الشركات يرتب على الشريك تلازما بين شخصيته وشخصية الشركة في تنفيذ المشاريع التي قامت من أجلها وما يترتب عليها من آثار قانونية⁴، وبما أن شركة التضامن تعد تجارية بحكم شكلها ومهما كان موضوعها⁵، فإن هذا التلازم يفرض بالنتيجة انتقال الصفة التجارية إلى الشركاء المكونين لها.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، 162.

² - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، المرجع السابق، ص44.

³ - المادة 551 الفقرة 01 من القانون التجاري الجزائري: " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة".

⁴ - حورية لشهب، المرجع السابق، ص232.

⁵ - المادة 544 الفقرة 02 من القانون التجاري الجزائري: " تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

وعليه لا ترتبط هذه الصفة بضرورة قيام الشركة بنشاط تجاري، بل يكتسبها الشريك حتى قبل قيام الشركة بأي نشاط من هذا النوع، طالما أنها تعتبر تجارية بحكم شكلها، وكذلك الأمر إذا لم يشترك الشريك في إدارة الشركة، أو لم يقيم بممارسة الأعمال التجارية ممارسة فعلية وربما اعتبر البعض¹ هذا الأمر استثناء من المبدأ العام الذي يوجب لاكتساب صفة التاجر الممارسة الفعلية للأعمال التجارية.

وتبعاً لاكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر، يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة لممارسة التجارة، أي أن يكون راشداً، بالغا من العمر تسعة عشر (19) سنة كاملة، وغير محجور عليه، ويترتب على ذلك أن القاصر لا يحق له أن يكون شريكاً في شركات التضامن إلا إذا كان مؤهلاً لممارسة التجارة، أي بعد بلوغه ثمانية عشر (18) سنة كاملة، وحصوله على إذن مسبق من والده أو أمه أو مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة²، أو في الحالة التي يتوفى فيها أحد الشركاء ويتضمن النظام الأساسي للشركة شرطاً يقضي باستمرار الشركة مع ورثته القصر، لكن المشرع يحميهم في هذه الحالة بتحديد مسؤوليتهم عن ديون الشركة مدة قصورهم بقدر أموال تركة مورثهم³.

كما يكتسب الشخص المعنوي الشريك في شركات التضامن صفة التاجر، لكن في هذه الحالة لا تنسب هذه الصفة للشركاء المكونين لهذا الشخص المعنوي إلا إذا كان هذا الأخير شركة تضامن كذلك⁴، فالاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركة التضامن هو الذي يفرض التلازم بين شخصية الشركة وشخصية الشركاء، فيها مما يترتب عنه انتقال هذه الصفة بالضرورة من الشركة إلى الشركاء.

والشريك المتضامن بالرغم من اكتسابه صفة التاجر، إلا أنه لا يكون ملزماً بالتزامات التاجر من ضرورة مسك الدفاتر التجارية، وقيد في السجل التجاري إلا إذا كانت له تجارة

¹ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، المرجع السابق، ص45.

² - المادة 05 من القانون التجاري الجزائري.

³ - المادة 562 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ - بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص163.

مستقلة عن انضمامه إلى الشركة، حيث أن التزاماته في مواجهة الغير يمكن إثباتها بكافة الوسائل¹.

ويستتبع اكتساب الشريك المتضامن لصفة التاجر خضوعه لأحكام الإفلاس في حالة إفلاس الشركة، وذلك لأنه يكون مسؤولاً بأمواله الخاصة مسؤولية شخصية وتضامنية، إفلاس الشركة يؤدي حتماً إلى إفلاس جميع الشركاء المتضامين، حيث أن توقف الشركة عن الدفع يعني أن الشركاء قد عجزوا عن الوفاء بديونها²، غير أن إفلاس أحد الشركاء لا يستتبع إفلاس الشركة، لأن ديون الشريك الشخصية ليست ديون الشركة، وإن كان يترتب على هذا حل الشركة وانقضاؤها، وذلك نظراً لقيامها على الاعتبار الشخصي للشركاء فيها، إفلاس أحد شركائها فيه هدم لهذا الاعتبار، إلا إذا أجمع بقية الشركاء على استمرارها فيما بينهم أو وجد بند في النظام الأساسي للشركة ينص على ذلك³.

4-ارتباط تسمية أو عنوان الشركة بأسماء شركائها

ما يعكس الاعتبار الشخصي في شركة التضامن ظهور أسماء شركائها في عنوانها حيث تسمى بأسماء جميع الشركاء كأصل عام، وكاستثناء تسمى باسم أحدهم أو أكثر متبوع بكلمة "وشركاؤهم"⁴، وذلك حتى يتسنى للغير معرفة الشركة والائتمان إليها كشخص معنوي غير أن الاكتفاء بذكر اسم أحد الشركاء فقط متبوع بكلمة "وشركاؤه" وإن كان من شأنه أن يسهل استعمال هذا العنوان من الناحية العملية، إلا أنه لا يخلو من مساوئ قد تنتج عن عدم إعلام الغير عن طريق العنوان بالوضع القانوني للشركاء الآخرين الذين أغفل العنوان ذكر أسمائهم، حيث قد يؤدي ذلك إلى إضعاف الثقة بأشخاص الشركاء الغير مدرجة أسمائهم في العنوان⁵.

ويجب ألا يتضمن عنوان الشركة اسم شخص غير شريك فيها، والحكمة من ذلك أن الغير يعول على وجود الشركاء بالعنوان ويمنح ائتمانه بالنظر إلى شخصية الشركاء (انعكاس

¹ - Cass.Com.12 juin 1990, Bull Joly n°09 de septembre 1990, §235.

² - حورية لشهب، المرجع السابق، ص233.

³ - المادة 563 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ - المادة 552 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - حورية لشهب، نفس المرجع، ص234.

الاعتبار الشخصي في العنوان)، حيث لا يتوقف انتمان الشركة على رأس مالها بقدر توقفه على مركز الشركاء وانتمانهم¹.

ويترتب على ظهور أسماء الشركاء في العنوان ما يأتي:

أ- يجب أن يشمل عنوان الشركة على أسماء جميع الشركاء صراحة أو ضمنا

فإذا كان عدد الشركاء قليلا مثلا وجب ذكرهم، أما إذا كان عدد الشركاء كبيرا فإنه يُذكر اسم أحد الشركاء فقط، مع إضافة لفظ "وشركاؤه"².

وإذا دخل شريك جديد في الشركة، يمكن أن يضاف اسمه إلى العنوان، وعند تعديل عنوان الشركة يجب نشر العنوان الجديد في السجل التجاري، لأنه يشكل تعديلا لعقد الشركة نفسه³.

ب- يجب أن يكون العنوان مطابقا لحقيقة الواقع

هذا التطابق لا يشترط فقط عند تكوين الشركة، ولكن أيضا أثناء حياتها، وعلى ذلك إذا ترك أحد الشركاء الشركة أو توفي أثناء حياتها وجب تعديل العنوان بحذف اسم الشريك المنسحب أو المتوفى وشهر ذلك، أما إذا تم الاتفاق في النظام الأساسي للشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفى، جاز الإبقاء على اسم الشريك المتوفى مع إضافة عبارة "خلفاء أو ورثة"، ذلك لأن بقاء اسم الشريك بالعنوان يرتبط بتمتعه بهذا الوصف، فإذا زال عنه وصف الشريك وجب حذف اسمه من العنوان حتى لا يؤدي ذلك إلى خلق انتمان وهمي للشركة اتجاه الغير⁴ نظرا لما تقوم عليه من اعتبار شخصي لشركائها ينعكس حتى في عنوانها.

كما لا يجوز أن يتضمن عنوان الشركة اسم شخص أجنبي عن الشركاء، وعلى ذلك إذا تضمن العنوان اسم شخص من غير الشركاء بهدف خلق انتمان وهمي للشركة وللشركاء، وكان هذا الشخص يعلم ذلك، أعتبر ذلك نصبا، وللغير الرجوع على هذا الشخص بالتعويض

¹- مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص369.

²- نفس المرجع، ص369.

³- الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، المرجع السابق، ص51.

⁴- مصطفى البنداري، نفس المرجع، ص370.

متضامنا مع الشركاء الحقيقيين، أما إذا أضيف اسم الغير بغير علمه في العنوان، كان ذلك من قبيل النصب أيضا يعطي للغير حق الرجوع على الشركاء بالتعويض¹.

ج- يجب أن يتم التوقيع على معاملات الشركة بالعنوان الذي يتركب من أسماء الشركاء

تبرز أهمية عنوان الشركة في استعماله للتوقيع عنها، فحتى تلتزم الشركة بتوقيع مديرها يجب أن يقتصر هذا التوقيع بذكر عنوان الشركة، أما إذا قام المدير بالتوقيع جون ذكر العنوان فقد يفهم هذا التصرف على أنه التزام من المدير لحسابه الخاص، لكن القرينة الناتجة عن هذا التوقيع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، أي لإثبات أن التوقيع كان لحساب الشركة وليس لحساب المدير شخصيا، ويكون ذلك بجميع طرق الإثبات مادام الأمر متعلقا بإثبات مسألة تجارية².

5- ارتباط انقضاء الشركة بالاعتبار الشخصي

لا ريب أن الاعتبار الشخصي يؤثر على تحديد أسباب انقضاء شركات الأشخاص بصفة عامة وشركة التضامن بصفة خاصة، فإذا طرأ على شخصية احد الشركاء ما يؤثر على قيام الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، كان ذلك سببا لانتهيار الأساس الذي بنيت عليه الشركة، ومن ثم انحلالها تبعا لذلك³.

والأسباب الخاصة لانقضاء شركة التضامن تقوم بمجملها على الاعتبار الشخصي، ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ- فقد الأهلية أو الإفلاس أو المنع من ممارسة المهنة التجارية

تنص المادة 563 من القانون التجاري الجزائري على: " في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان أهليته تتحل الشركة..."، يتبين من نص هذه المادة أن شركة التضامن تتقضي بسبب المساس بالاعتبار الشخصي للشركاء، ففقد الأهلية لا يعني

¹ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، المرجع السابق، ص55.

² - Cass.Com 22 février 2005, Bull Joly n°07 de juillet 2005, §197.

³ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص360.

عدم قدرة الشريك المتضامن على القيام بالتصرفات القانونية فقط، بل يتعداه إلى المساس بالأهلية التجارية، خاصة وأن الشريك يكتسب صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى شركة التضامن، مما يفترض فيه ضرورة توافر أهلية الالتزام بوجه عام والأهلية الخاصة بممارسة التجارة، فإذا فقد الشريك هذه الأهلية تعذر عليه البقاء كشريك متضامن وأدى ذلك مبدئياً إلى حل الشركة.

وكذلك المنع من ممارسة المهنة التجارية يستتبع بالضرورة المنع من ممارسة المهنة التجارية يستتبع بالضرورة المنع من الانتماء إلى شركة التضامن، لأن الانتماء إلى هذه الأخيرة يضيفي بقوة القانون صفة التاجر¹.

وتتقضي الشركة أيضاً بإعلان إفلاس أحد الشركاء، لأن هذا الحدث من شأنه تجريد الشريك من الثقة الضرورية لاستمرار التعامل مع الشركة²، وهو ما يعكس فعلاً قيام هذا النوع من الشركات على الاعتبار الشخصي.

ب- وفاة أحد الشركاء المتضامين

تنص المادة 562 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي"، وعليه فالقاعدة العامة أن وفاة الشريك تؤدي إلى انقضاء الشركة، وأساس هذا الحكم أن شخصية الشريك محل اعتبار والشركاء عندما وافقوا على تكوين الشركة واختيار الشريك إنما كان ذلك لاعتبارات وصفات تتعلق بشخص الشريك لا بالورثة، وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تفسيراً لإرادة الشركاء³.

غير أن وفاة الشريك فجأة و ما يستتبعه من انقضاء للشركة وهي في أوج ازدهارها قد يسبب خسارة فادحة للشركاء، لذلك منحهم المشرع فرصة للمحافظة على بقاء الشركة واستمرارها، وذلك بتقاضي انحلال الشركة عند وفاة أحد الشركاء من خلال الاتفاق في القانون الأساسي للشركة بأن وفاة أحد الشركاء لا تؤثر على استمرار الشركة⁴.

¹ - المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.

² - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، المرجع السابق، ص184.

³ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص462.

⁴ - المادة 562 من القانون التجاري الجزائري.

ج- عزل الشريك المدير

تنص المادة 559 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "إذا كان جميع الشركاء مديرين أو كان عين مدير واحد أو عدة مديرين مختارين من بين الشركاء في القانون الأساسي، فإنه لا يجوز عزل أحدهم من مهامه إلا بإجماع آراء الشركاء الآخرين، ويترتب على هذا العزل حل الشركة، ما لم ينص على استمرارها في القانون الأساسي..."، وعليه فالقاعدة العامة كذلك في هذه الحالة أن عزل الشريك المدير يؤدي إلى انقضاء الشركة.

فبما أن الاعتبار الشخصي يعبر عن دور شخصية كل شريك في جميع مراحل الشركة اعترف المشرع كمبدأ عام لكل شريك متضامن بصفة المدير فيها¹، ولذلك عزل أي شريك من مهامه الإدارية في الشركة فيه مساس باعتباره الشخصي ويعكس زوال تلك الثقة والصلة المتبادلة بينه وبين بقية الشركاء، وهو ما يتناقض مع الأساس الذي تقوم عليه هذه الشركات مما يستوجب حلها.

إلا أن المشرع دائماً ويهدف حماية مصالح الشركة بالدرجة الأولى والتي تشمل مصالح الشركاء فيها، منحهم فرصة المحافظة على استمرارها من خلال الاتفاق في القانون الأساسي على استمرارها² لاسيما إذا كانت من الشركات الناجحة.

ومن بين الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى انقضاء شركة التضامن، والتي ترتبط بالاعتبار الشخصي انسحاب الشريك منها، غير أننا نرتئي التطرق لهذه الحالة في محطات لاحقة من بحثنا نظراً لارتباطها بنتائج زوال نية الاشتراك لدى الشركاء، وهو ما نعالجه في الفصل الثاني من بحثنا.

¹ - المادة 553 من القانون التجاري الجزائري.

² - المادة 559 من القانون التجاري الجزائري.

ثانيا- مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات الأموال

بالرغم من أن شركات المساهمة تعد النموذج الأمثل لشركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي، إلا أن ذلك لا يعني الغياب الكلي للاعتبار الشخصي في هذا النوع من الشركات، فقد تعتبر الصفات الجوهرية التي يتمتع بها المؤسسون أحد أهم البواعث التي تدفع إلى الانضمام للشركة، مما يخلق بعضا من مظاهر الاعتبار الشخصي، فالمساهم عندما يقدم على المساهمة قد يراعي شخصية المؤسسين وما يحظون به من ثقة، وحسن تفاهم وقدرة مالية، ومعرفة بالأمور التجارية¹.

غير أنه لا يمكن الأخذ بهذه الفكرة على إطلاقها، وذلك نظرا لما يعكسه الواقع العملي من عدد كبير للمساهمين، وطغيان رغبة المضاربة لدى أغلبهم على باقي الاعتبارات، لاسيما تلك الشخصية المتعلقة بباقي الشركاء معهم، فغالبا ما يجهل هؤلاء بعضهم البعض نظرا لعددهم الكبير.

ومع ذلك هذا الواقع لا ينفي الغياب الكلي للاعتبار الشخصي في هذا النوع من الشركات فقد يفرضه المساهمون أنفسهم من خلال الشروط التي يضعونها في القانون الأساسي للشركة والتي يقيدون بموجبها حرية تداول الأسهم، فهذه الخاصية (حرية تداول الأسهم) تعتبر من أهم خصائص شركة المساهمة، إلا أن القانون الأساسي للشركة قد يضع قيودا على التصرف في الأسهم، وهو ما يمثل استثناء من الأصل العام المتمثل في حرية التداول، فبين الأصل والاستثناء توجد موازنة تعكس مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات المساهمة.

إن قابلية السهم للتداول تعد أهم خصائصه، بحيث لا يجوز تجريده من هذه الخاصية وإلا فقدت الشركة شكلها كشركة مساهمة²، وتمتد هذه الحرية المقررة لتداول الأسهم حتى بعد حل شركة المساهمة وإلى غاية اختتام التصفية³، غير أنه يجوز للمساهمين بمقتضى بنود

¹ - علي فوزي إبراهيم الموسوي، المرجع السابق، ص315.

² - G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p345.

³ - المادة 715 مكرر 53 من القانون التجاري الجزائري: "تبقى الأسهم قابلة للتداول بعد حل الشركة ولغاية اختتام التصفية".

القانون الأساسي ومن أجل تنظيم التصرف في القيم المنقولة وتكريس الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة تقييد هذه الحرية¹.

فالشروط الواردة في القانون الأساسي لشركات المساهمة، والتي تقلص من حرية التصرف في الأسهم تعيد للاعتبار الشخصي مكانته في هذا النوع من الشركات، ويمكن تقسيمها إلى شروط تتعلق باكتساب الأسهم، وشروط تتعلق بالتخلي عن الأسهم، وهو ما فصله فيما يلي.

1- أهم الشروط المتعلقة باكتساب الأسهم

من أجل تجسيد الاعتبار الشخصي للمساهم في شركة المساهمة، قد تهدف الشروط الواردة في القانون الأساسي للشركة إلى الحصول على الموافقة المسبقة للمساهمين على شخص المتنازل إليه (شرط الموافقة)، أو تهدف إلى تقرير أولوية المساهمين في الحصول على الأسهم التي يريد صاحبها التنازل عنها لمنع بذلك دخول شخص أجنبي إلى الشركة (شرط الأفضلية)، وهو ما نبينه فيما يلي.

أ- شرط الموافقة على إحالة الأسهم

يعرف شرط الموافقة على أنه ذلك الشرط الذي يمنح لمجلس الإدارة أو الجمعية العامة الحق في قبول شخص المتنازل إليه²، والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز النص على مثل هذا الشرط في القانون الأساسي للشركة³، لكن مع اشتراط أن تكون الأسهم المرتبطة بالموافقة أسهما إسمية⁴، وبالتالي لا يسري هذا الشرط على الأسهم لحاملها لأن تداولها يتم خارج نطاق الشركة، أي دون الرجوع إليها، أما الأسهم الاسمية فإن التنازل عنها ينبغي معه الرجوع إلى الشركة وتقييد عملية التنازل في سجل الشركة المخصص لذلك⁵.

والملاحظ أن القانون التجاري الفرنسي، وعلى عكس القانون التجاري الجزائري نص صراحة على أن إدراج هذا النوع من الشروط لا يكون إلا في القانون الأساسي للشركات الغير

¹ - Philippe Merle, op.cit., p320.

² - G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p418.

³ - المادة 715 مكرر 55 الفقرة 01.

⁴ - المادة 715 مكرر 55 الفقرة 02.

⁵ - عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتاب القانونية، مصر، 2008، ص382.

مسعرة أسهمها في البورصة¹، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الشركات المسعرة أسهمها في البورصة تخضع لقواعد خاصة تكفل حماية المساهمين خاصة أولئك الذين يمثلون الأقلية في حالة العرض العلني للشراء أو البيع².

كما أن بعض الفقه الفرنسي³ يرى بأنه لا يمكن إدراج هذا الشرط في القانون الأساسي لشركات المساهمة التي تلجأ إلى الإدخار العلني، لأن عرض أسهم الشركة يتعارض مع الطابع المغلق الذي يكرسه شرط الموافقة، غير أن هناك من الفقه⁴ من يرى إمكانية البحث عن الاعتبار الشخصي حتى في إطار الشركات المفتوحة على الجمهور من أجل المحافظة على نوع من التوازن بين المساهمين ضمانا لاستمرار سياسة صناعية أو تجارية أو مالية معينة.

والقانون التجاري الفرنسي ينص صراحة على أن شرط الموافقة يمتد إلى إحالة الأسهم بين المساهمين⁵، على عكس القانون التجاري الفرنسي الذي يتضمن النص على أن شرط الموافقة يكون فقط في حالة إحالة الأسهم إلى الغير⁶.

وحتى يعتبر شرط الموافقة صحيحا لا بد من النص عليه صراحة في القانون الأساسي للشركة⁷، بحيث لا يكفي مجرد إدراجه في وثيقة أخرى كاتفاقية غير نظامية أو غير تأسيسية (أي واردة خارج القانون الأساسي للشركة) مثلا، غير أنه لا يشترط لصحته ضرورة وضعه عند تأسيس الشركة، بل يمكن إضافته في القانون الأساسي أثناء حياة الشركة بموجب قرار من الجمعية العامة غير العادية نظرا لكونها المختصة بتعديل القانون الأساسي للشركة⁸.

¹- Art.L.228-23 al 1: "dans une société dont les titres de capital ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, la cession de titre de capital ou de valeur mobilière donnant accès au capital, à quelque titre que se soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts ».

²- بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص300.

³- Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p767.

⁴- بوجلال مفتاح، نفس المرجع، ص301.

⁵- Art.L.228-23 al 1: "dans une société dont les titres de capital ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, la cession de titre de capital ou de valeur mobilière donnant accès au capital, à quelque titre que se soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts ».

⁶- المادة 715 مكرر 55 الفقرة 01: " يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافق <بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، مهما تكن طريقة النقل...>".

⁷- المادة 715 مكرر 55 الفقرة 01 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها المادة 228-23 الفقرة 01 من القانون التجاري الفرنسي.

⁸- Cass.Com 22 octobre 1956, cité par Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1112.

ولا يكون هذا الشرط صحيحا كذلك إلا إذا تعلق الأمر بأسهم إسمية بموجب القانون أو القانون الأساسي¹.

أما عن إجراءات تطبيقه، فإذا ما تضمن القانون الأساسي لشركة المساهمة شرط الموافقة على إحالة الأسهم، ينبغي اتباع إجراءات معينة حتى تكون الإحالة سليمة قانونا، بحيث يتعين طبقا للنصوص القانونية² إبلاغ الشركة بطلب الاعتماد، أو بمشروع التنازل (الإحالة) عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، يرسلها المساهم مع ذكر اسم المحال إليه ولقبه وعنوانه، وعدد الأسهم المقرر إحالتها والثلث المعروض، مع الإشارة إلى أن هذه الإجراءات تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها³.

ويجب أن يقدم هذا الطلب قبل تحقق عملية الإحالة، فإذا تم تقديمه لاحقا بعد الإحالة يكون عديم الأثر⁴، كما يجب أن يحدد هوية المحال إليه بالقدر الكافي، فلو كان هذا الأخير شخصا معنويا يجب أن يتضمن الطلب شكله واسمه ومقره الاجتماعي⁵.

وبالنسبة للجهاز المختص بإصدار القرار المتعلق بالموافقة، فإنه أمام غياب نص قانوني صريح يحدد هذا الجهاز، القانون الأساسي للشركة هو الذي يحدده، فقد يكون الجمعية العامة العادية، أو الجمعية العامة غير العادية، إلا أنه من الناحية العملية غالبا ما يؤول هذا الاختصاص لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة⁶.

وفيما يتعلق بالأجل المخصص لاتخاذ القرار، يمكن القول أن قرار الموافقة أو الرفض يجب أن يتخذ في أجل شهرين اعتبارا من تاريخ الطلب، وفي حالة ما إذا لم تقدم الشركة خلال هذا الأجل إجابة صريحة تعتبر الموافقة على التنازل محققة (موافقة ضمنية)⁷.

أما إذا رفضت الشركة الطلب الذي قدمه المساهم، فيتعين في هذه الحالة على الهيئات المؤهلة في الشركة وفي أجل شهرين ابتداء من تاريخ إبلاغ الرفض العمل على أن يشتري

¹ - المادة 715 مكرر 55 الفقرة 02 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها المادة 228-23 الفقرة 02 من القانون التجاري الفرنسي.

² - المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها المادة 228-24 من القانون التجاري الفرنسي.

³ - Cass.Com 08 avril 2008, cité par Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1112.

⁴ - Cass.Com 06 mai 2003, Bull Joly n°07 de juillet 2003, §173.

⁵ - Cass.Com 26 avril 1994, Bull Joly n°07-08 de juillet-aout 1994, §218.

⁶ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1113.

⁷ - المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري الجزائري.

الأسهم أحد المساهمين أو يشتريها شخص من الغير أو تشتريها الشركة قصد تخفيض رأس مالها وذلك بموافقة المحيل¹، وفي حالة ما إذا لم يتحقق الشركاء عند انقضاء الأجل المحدد تعتبر الموافقة كأنها صادرة، مع الإشارة إلى أنه يمكن تمديد هذا الأجل بقرار من رئيس المحكمة بناء على طلب الشركة، وفي حالة عدم الاتفاق على سعر الأسهم تبت الجهة القضائية المختصة في هذا الشأن².

وأخيرا يلاحظ أن المشرع الفرنسي رتب بطلان كل إحالة للأسهم تتم بالمخالفة لشرط الموافقة المنصوص عليه في القانون الأساسي للشركة³، في حين أن المشرع الجزائري التزم الصمت بخصوص هذه النقطة نظرا لأنه أخذ عن أحكام القانون التجاري الفرنسي، القانون رقم 66-537 قبل تعديله⁴.

ب- شرط الأفضلية عند إحالة الأسهم

يهدف هذا الشرط كذلك إلى تكريس الاعتبار الشخصي في شركات المساهمة⁵، نظرا لأنه يضمن عدم دخول مساهمين جدد إلى الشركة في حالة رغبة أحدهم في التنازل عن أسهمه.

فكما أشرنا فيما يتعلق بشرط الموافقة، وبالرجوع إلى صياغة نص المادة 715 مكرر 57 من القانون التجاري الجزائري، يلاحظ أن المشرع قد منح الأولوية للمساهمين في شراء الأسهم التي يرغب أحد المساهمين في التنازل عنها⁶، وعليه ومن هذا المنطلق، وفي ظل غياب تنظيم قانوني صريح مثلما هو الوضع بالنسبة لشرط الموافقة، لا يوجد ما يمنع من إدراج شرط الأفضلية عند إحالة الأسهم في القانون الأساسي للشركة، يمنح المساهمين حق الأفضلية في شراء الأسهم التي تكون محل إحالة من طرف المساهم الذي يرغب في مغادرة الشركة، وهو

¹ - المادة 715 مكرر 57 الفقرة 01 من القانون التجاري الجزائري.

² - المادة 715 مكرر 57 الفقرة 02 من القانون التجاري الجزائري.

³ - Art. L 228-23 al 04: " Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle ».

⁴ - Ord. n°2004-604 du 24 juin 2004, portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre mer de disposition ayant modifié la législation commerciale, Journal officiel de la République française, n°147 du 26 juin 2004.

⁵ - Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit.,p764.

⁶ - المادة 715 مكرر 57: " وإذا لم تقبل الشركة المحال إليها المقترح يتعين على الهيئات المؤهلة في الشركة... العمل على أن يشتري الأسهم أحد المساهمين أو يشتريها من الغير..."، يلاحظ من الصياغة أن المشرع قد أسبق المساهمين على الغير في شراء الأسهم.

فعلا ما أقره القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه¹ أمام غياب نص قانوني صريح في التشريع الفرنسي.

وكما هو الحال بالنسبة لشرط الموافقة، فإن شرط الأفضلية يمكن أن يدرج في القانون الأساسي للشركة عند تأسيسها، ويمكن أن يضاف إليه أثناء حياة الشركة بموجب قرار صادر عن الجمعية العامة غير العادية، وأمام غياب نص قانوني صريح يرى بعض الفقه الفرنسي² وقياسا على شرط الموافقة عدم إمكانية إدراج شرط الأفضلية في القانون الأساسي للشركات المسعرة في البورصة.

وعليه إذا أدرج في القانون الأساسي للشركة شرط الأفضلية، فإن المساهم الذي يرغب في إحالة أسهمه يكون ملزما بأن يخطر الشركة والمساهمين بذلك³، فإذا ما رفض هؤلاء المساهمون ممارسة حقهم في الأفضلية، عندئذ يحق للمساهم الذي يرغب في إحالة أسهمه أن يبيعها إلى مشترٍ آخر يختاره هو⁴، لكن بنفس الثمن والشروط التي كان سيبيع بها إلى أحد المساهمين، فالمساهم الذي يرغب في التنازل عن أسهمه يكون ملزما في حالة وجود شرط أفضلية بأن يقدم لبقية المساهمين مشروع التنازل الذي يتضمن عدد الأسهم، ثمنها، اسم المتنازل إليه، ويحق لبقية المساهمين التأكد من جدية وكيفية التنازل⁵.

ويكون للمساهمين حرية تحديد الأجل الذي يتم فيه ممارسة حق الأفضلية في القانون الأساسي للشركة، غير أنه يجب ألا يتجاوز هذا الأجل الحد المعقول، ليقود بذلك إلى المنع المطلق من ممارسة حق التنازل عن الأسهم.

وأمام غياب نص قانوني صريح يرى بعض الفقه الفرنسي⁶ أن كل إحالة للأسهم تتم بالمخالفة لشرط الأفضلية الوارد في القانون الأساسي للشركة لا يحتج به في مواجهة الشركة وبقية المساهمين، بحيث يحق للشركة أن ترفض قيد المحال إليه في حساباتها، ولقد أقر

¹ - C.A Paris 14 mars 1990, Bull Joly n°04 d'avril 1990, §110, Cass.Com 15 février 1994, Bull Joly n°05 de mai 1994, §152.

² - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1118.

³ - عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص110.

⁴ - Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p771.

⁵ - C.A Paris 14 mars 1990, Bull Joly n°04 d'avril 1990, §110.

⁶ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1119.

القضاء الفرنسي في قرار سابق له¹ عدم الحجية حتى في مرحلة تصفية الشركة، أين قام المصفي ببيع الأسهم دون احترام شرط الأفضلية الوارد في القانون الأساسي للشركة.

2- أهم الشروط المتعلقة بالتخلي عن الأسهم

لا يقتصر الأمر بخصوص المحافظة على الاعتبار الشخصي في شركات المساهمة بوضع شرط الموافقة على المكتسبين الجدد للأسهم، أو شرط الأفضلية، إنما يمتد أيضا تنظيم تنازل المساهمين عن أسهمهم إلى درجة منع هذه العملية (شرط عدم التنازل)، أو فرضها وفق شروط معينة (شرط الاسترداد الجبري).

أ- شرط عدم التنازل عن الأسهم

يعرف كذلك باسم شرط المنع المؤقت من التنازل، وهو شرط يقضي بالمحافظة على أسهم شركة المساهمة خلال مدة زمنية معينة يتم تحديدها بناء على أسباب جدية ومشروعة، بحيث يجد تبريره في المحافظة على مصالح الشركة التي تستدعي المحافظة على توازن القوى المالية في الشركة، والبحث على نوع من التوازن أو الثبات لرأس المال خاصة بالنسبة للشركات التي تتولى إتمام نشاطها على المدى البعيد².

والملاحظ أن المشرع الفرنسي نص على هذا الشرط صراحة لكن بخصوص شركات المساهمة المبسطة فقط³ (SAS)، وهو ما لم يتناوله المشرع الجزائري بالتنظيم بعد.

غير أن هناك من الفقه الفرنسي⁴ من يعترف بشرعيته في حال ما إذا تم النص عليه في القانون الأساسي لشركة المساهمة، لكن شريطة أن يرتبط فقط بالأسهم الاسمية، وأن يكون محددا من حيث الوقت ومبررا بمصلحة مشروعة.

¹ - Cass.Com 23 janvier 1996, Bull Joly n°06 de juin 1996, §165.

² - بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص308.

³ - Art .L 227-13: “les statuts de la société peuvent prévoir l’inaliénabilité des actions pour une durée n’excédant pas dix ans ».

⁴ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1120.

ب- شرط الاسترداد الجبري للأسهم

عادة ما يوضع هذا الشرط من أجل المحافظة على نوع من التناسق بين السلطة ورأس المال في شركات المساهمة، وهو يعرف كذلك بشرط الفصل نظرا لما يترتب عليه من آثار حيث يسمح بشراء أسهم المساهم الذي تنتهي مهامه ضمن هيئات الشركة، أو شراء أسهم الشخص الاعتباري عندما تنتقل مراقبته إلى الغير الأجنبي عن الشركة، فيُجبر المساهم في هذه الحالة بموجب شرط الاسترداد الجبري على التنازل عن أسهمه لأحد المساهمين¹.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي نص على هذا الشرط كذلك في إطار شركات المساهمة المبسطة، ومنح للشركاء الحق في النص ضمن القانون الأساسي للشركة على حرمان الشريك المعني بتطبيق هذا الشرط (البيع الجبري لأسهمه) من حقوقه الغير مالية في الشركة في حال مخالفته لهذا الشرط² مثل الحق في المشاركة في الجمعيات العامة، والتصويت فيها، الحق في الإعلام...

وبما أن هذا الشرط يستتبع فصل الشريك من الشركة، فإنه يُشترط لصحته أن يكون نظاميا أي واردا في القانون الأساسي للشركة سواء عند تأسيس الشركة أو في وقت لاحق أثناء حياتها مع ضرورة أن تكون الموافقة عليه بالإجماع³، ولا بد أن يرتبط بأسباب معينة وإجراءات محددة مسبقا يقع على رأسها كيفية تقدير المقابل المالي، أو كيفية تعيين الخبير المكلف بتقدير الأسهم⁴.

ثالثا- إبراز العلاقة بين الاعتبار الشخصي ونية الاشتراك

مما سبق وبعد دراستنا لمظاهر الاعتبار الشخصي في كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال، يتضح لنا الفرق الواسع بين نية الاشتراك والاعتبار الشخصي، فإذا كان هذا الأخير يعكس دور وأهمية شخصية الشريك أو صفة جوهرية فيه (قدرته المالية، خبرته،

¹ - بوجلال مفتاح، المرجع السابق، ص311.

² - Art. L 227-16: " dans les conditions qu'ils déterminent les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses action, ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ».

³ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p1120.

⁴ - بوجلال مفتاح، نفس المرجع، ص311.

مهارته، كفاءته العلمية...) في الشركة في مختلف مراحلها من تأسيسها وإلى غاية انقضائها ويعبر عن ارتباط شخصية الشركة بشخصية الشركاء فيها، فإن نية الاشتراك تعكس دور إرادة ذلك الشخص في الشركة، بحيث يعبر من خلال هذه الإرادة عن جدية تأسيسها، ويعكس رغبته في نجاحها واستمرارها، أي يتعاون مع بقية الشركاء من أجل تحقيق مصلحتها كشخص معنوي، وليس من أجل تحقيق مصالحه الفردية فقط.

غير أن هذا الاختلاف لا ينفي وجود العلاقة بينهما، فكلما زاد الاعتبار الشخصي في الشركة كما هو الحال في شركات الأشخاص، كلما ظهرت نية الاشتراك بشدة، فالاعتبار الشخصي يخلق نوعا من الثقة والعلاقات الوطيدة بين الشركاء مما يجعل اتحاد إراداتهم وتعاونهم في سبيل تحقيق مصلحة الشركة بارزا وحقيقيا، لنصل بذلك إلى نتيجة مفادها أن نية الاشتراك إنما تمثل نتيجة أو ضرورة يفرضها الاعتبار الشخصي في الشركة.

كما أن دراستنا لمظاهر الاعتبار الشخصي كشفت ارتباط هذا الأخير بمصالح الشركة ففي شركات الأشخاص، أين يعكس الاعتبار الشخصي خاصة المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء، وارتباط تسمية الشركة بأسماء الشركاء فيها، كلما كان لشخصية هؤلاء الشركاء الوزن الكافي سواء على مستوى القدرة المالية أو على مستوى السمعة التجارية، كان ذلك سببا في دعم الائتمان، مما يشجع زيادة إقبال المتعاملين مع الشركة، وهو ما يساعدها في تطوير علاقاتها وأعمالها على المدى البعيد وتحقيق أهدافها.

وحتى في شركات الأموال، عندما يسعى المساهمون في بعض الحالات إلى تنظيم التنازل عن الأسهم لمنع دخول مساهمين جدد لا يعرفونهم، أو حتى لمنع التنازل عن الأسهم في حالات أخرى تكريسا للاعتبار الشخصي، فإن الهدف الأساسي من ذلك يكون تحقيق غاية مشروعة تستمد من مصلحة الشركة كالمحافظة على توازن وثبات رأس مالها و ضمان تحقيق أهدافها.

وبذلك تشترك كل من نية الاشتراك والمصلحة الجماعية والاعتبار الشخصي كمفاهيم مستقلة في نقطة واحدة وهي تحقيق المصلحة العليا للشركة.

فالمصلحة الجماعية وبالرغم من اختلاف الفقه في تحديد مفهومها، إلا أن القضاء الفرنسي استقر على منحها مفهوما مرنا، يختلف باختلاف الحالة المعروضة عليه، حيث استخدمها في كل مرة لقياس مدى تحقق المصلحة العليا للشركة، وهي بذلك تمثل نتيجة أو أثرا حتميا لتوافر نية الاشتراك في الشركة، وهذه الأخيرة تعتبر بدورها نتيجة كذلك يفرضها الاعتبار الشخصي.

خلاصة الفصل الأول

كخلاصة لما سبق يمكن القول أن نية الاشتراك باعتبارها العنصر المعنوي في الشركة كانت محلا للعديد من التعاريف الفقهية التي تنوعت بين متبنٍ لتعريف موحد، ومتبنٍ لتعريف متعدد، غير أن هذا الأخير يمثل التعريف الذي يعبر عنها فعلا نظرا لعدم تركيزه على جانب واحد من جوانبها كما فعلت التعاريف الموحدة لها، فهذه الأخيرة كانت في كل مرة تبرز نية الاشتراك باعتبارها إرادة تعبر عن التعاون الإرادي والفعال أو إرادة تعبر عن اتحاد وقبول المخاطر المشتركة أو إرادة تعبر عن المشاركة الجماعية.

في حين أن التعريف المتعدد فهو يتناول الإشارة إلى كافة المظاهر التي يمكن الاستناد إليها للقول بوجود نية الاشتراك في الشركة، وإن كانت تختلف باختلاف نوع الشركة، والمتمثلة في التعاون الإرادي بين الشركاء، المشاركة في التسيير، توازن المصالح بين الشركاء وانعدام رابطة التبعية بينهم.

ونظرا لما تقتضيه نية الاشتراك من ضرورة تحقيق المصلحة العامة للشركة، فهي تتداخل مع مفاهيم أخرى تشترك معها في نفس المسألة (تحقيق المصلحة العامة للشركة)، والمتمثلة في المصلحة الجماعية والاعتبار الشخصي.

فالمصلحة الجماعية تعتبر أحد أهم النتائج المترتبة على نية الاشتراك، فهذه الأخيرة تفترض ضرورة تحقيق المصلحة العامة للشركة واستبعاد المصالح الفردية والأنانية للشركاء والاعتبار الشخصي كذلك يرتبط بنية الاشتراك وبالتالي يرتبط بمصالح الشركة، فكلما زاد الاعتبار الشخصي في الشركة كلما ظهرت نية الاشتراك بشدة، مما يجعل هذه الأخيرة نتيجة يفرضها الاعتبار الشخصي.

إلا أن هذا التداخل والاشتراك في نفس الهدف لا يعني التماثل بين هذه المفاهيم، فلكل منها مفهوم مستقل تماما عن الآخر، وما يؤكد ذلك اختلاف تعاريفها ومظاهرها في الشركة.

فإن كانت نية الاشتراك تظهر من خلال التعاون الإرادي، المشاركة في التسيير، توازن المصالح بين الشركاء وانعدام رابطة التبعية، فإن المصلحة الجماعية تظهر من خلال دورها

الذي تلعبه في الشركة والمتمثل في تقييد حقوق الشركاء التي تعتبر نية الاشتراك أساسا لها كذلك الاعتبار الشخصي تختلف مظاهره تماما، حيث يظهر في شركات الأشخاص من خلال عدم قابلية الحصة للتداول، المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء، اكتساب صفة التاجر ارتباط تسمية الشركة بأسماء شركائها ارتباط انقضاء الشركة بالاعتبار الشخصي، بينما يظهر في شركات الأموال من خلال الشروط الواردة في القانون الأساسي للشركة والمقيدة لحرية التصرف في الأسهم مثل شرط الموافقة على إحالة الأسهم، شرط الأفضلية عند إحالة الأسهم شرط عدم التنازل عن الأسهم وشرط الاسترداد الجبري للأسهم.

وبالرغم من اختلاف الفقه في تحديد مفهوم لنية الاشتراك، إلا أن ذلك لا ينفي استقراره على الدور الذي تلعبه في الشركة في جميع مراحلها، وهو ما سنتناوله فيما يلي من خلال الفصل الثاني من دراستنا.

الفصل الثاني

دور نية الاشتراك في الشركة

يبدأ دور نية الاشتراك في الشركة منذ تأسيسها ويستمر طوال حياتها الإجتماعية، وهذا لأنها تمثل أكثر من مجرد تراضي عادي.

فنية الاشتراك بمختلف مظاهرها تمثل العنصر المميز بين عقد الشركة وعقود أخرى مشابهة، خاصة تلك التي تتوافر فيها بقية أركان عقد الشركة (تقديم الحصص واقتسام الأرباح والخسائر) حيث يؤكد توافر هذا العنصر المعنوي وجود عقد الشركة، لينفي قيام أي عقد آخر ليزر دورها بذلك في تقرير وجود الشركة حتى ولو كانت مجردة من الشخصية المعنوية، مثلما هو الحال بالنسبة لشركات المحاصة، والشركات الناتجة من الواقع، والشركة في طور التأسيس.

ونية الاشتراك لا تلعب دورا فقط في تقرير وجود الشركة، بل تتدخل كعنصر معنوي أثناء حياتها الإجتماعية، لتفرض ضرورة إلتزام الشركاء في الشركة بمجموعة من الإلتزامات التي تحقق في مجموعها المصلحة العامة للشركة التي تفرضها نية الاشتراك، غير أن هذا العنصر المعنوي لا يفرض فقط إلتزامات على الشركاء، وإنما يقرر لهم مجموعة من الحقوق، تعبر عن انتمائهم للشخص المعنوي الذي اختاروا كأصل عام ومن خلال نيتهم في الاشتراك أن يكونوا أعضاء فيه.

ودور نية الاشتراك لا يتوقف عند هذا الحد، بل يمتد ليميز بين هؤلاء الأعضاء، فقد أثبت الواقع أن الهدف من الإنضمام إلى الشركة لاسيما إذا كانت من شركات الأموال يختلف من شريك إلى آخر، فمنهم من يهتم فقط بالجانب المالي للشركة، وقيمة الأرباح المحققة، ومنهم من يهتم فعلا بالشركة باعتبارها شخصا معنويا، ونية الاشتراك التي يعبر من خلالها الشريك الحقيقي عن اهتمامه بحضور الجمعيات العامة والتصويت فيها، وبصفة عامة الإهتمام بالجانب الإداري للشركة، هي العنصر المميز بين هذا الأخير وبين الشريك المستثمر.

وآثار انعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة تختلف عن آثار انعدامها عند إبرام العقد فبينما يرتب في الحالة الأخيرة بطلان عقد الشركة، فإنه في الحالة الأولى يرتب حل الشركة في

بعض الحالات، هذا بالنسبة للشركة، أما بالنسبة للشركاء، فانعدام نية الاشتراك لديهم يترتب عليه اعتبارهم مجرد مستثمرين، هذا إن اختاروا البقاء في الشركة، لكن قد يدفعهم زوال نية الاشتراك لديهم إلى مغادرة الشركة، وذلك هن طريق الإنسحاب منها، أو التنازل عن حصصهم أو أسهمهم فيها، وفي بعض الحالات بقاؤهم في الشركة بالرغم من زوال نية الاشتراك لديهم يترتب عليه إلحاق الضرر بالشركة إلى درجة قد تؤدي إلى حلها، مما يبرر للشركاء الآخرين المطالبة أمام القضاء بفصلهم.

وهو ما نفصله في هذا الفصل من خلال مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة دور نية الاشتراك في تقرير وجود الشركة، أما المبحث الثاني، فنخصصه لدراسة دور نية الاشتراك أثناء حياة الشركة.

المبحث الأول

دور نية الاشتراك في تقرير وجود الشركة

تعتبر نية الاشتراك ركنا ضروريا لا بد من توافره في عقد الشركة مثله مثل ركني تقديم الحصص واقتسام الأرباح والخسائر المنصوص عليهما صراحة في النص المُعرّف للشركة¹ وهو ما أكدته القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه²، فوجود الشركة يرتكز على إظهار الشركاء إرادتهم و رغبتهم في التعاون في استثمار مشترك، حيث أن تقديم الحصص والمشاركة في اقتسام الأرباح والخسائر لا تكفي وحدها لتكييف الشركة³.

غير أن إرادة الأطراف ورغبتهم في إنشاء الشركة لا تكون دائما واضحة وصريحة فعندما تعجز ظروف الحال عن الكشف عن جميع العناصر المكونة لعقد الشركة، يظهر دور القضاء في تقرير وجود الشركة من عدمه، ولقد كشف الواقع أن قاضي الموضوع لا يستطيع أن يحكم بوجود الشركة دون البحث في حقيقة الاتفاق المبرم بين الأطراف وتفسير تصرفاتهم

¹ - المادة 416 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1832 من القانون المدني الفرنسي.

² - Cass.Com 25 juillet 1949, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale, n°307, p784, Cass. 1^{er} civ 28 juin 1972, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, n°434, p314, sur le site : www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 11-08-2018, 19 :34, Cass.Com 04 novembre 1978, cités par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°31.

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°31.

التي تعكس هذا الاتفاق¹، وإن كان يقع على القاضي الأخذ في الاعتبار إرادة الأطراف، إلا أن ذلك لا يعني أنه ملزم بالوصف الذي يمنحه الأطراف لاتفاقهم، بحيث يمكنه استبعاد هذا الوصف، والبحث في المقابل استنادا إلى الظروف المحيطة عن الوصف الحقيقي للعقد، وهنا تتدخل نية الاشتراك لتلعب دورا مهما في تحديد هذا الوصف والتكييف السليم للعقد، حيث يمكن للقاضي أثناء البحث عن التكييف السليم للعقد، ومن أجل الكشف عن النية الحقيقية للأطراف الأخذ في الاعتبار التصرفات الصادرة عنهم والتي يمكن أن تُعبّر عن النية الحقيقية لهم².

وعليه فللقاضي الموضوع سلطة واسعة في تفسير إرادة الأطراف وتحديد ما إذا كانت نية الاشتراك متوافرة أم لا³.

وبما أن القضاء استقر على اعتبار نية الاشتراك شرطا وركنا ضروريا لوجود الشركة اعتمد عليها كمعيار في العديد من الحالات لتقرير وجود الشركة الناتجة من الواقع، وشركة المحاصة والشركة في طور التأسيس، وهي شركات غير مقيدة في السجل التجاري ولا تتمتع بالشخصية المعنوية، لتتمتع نية الاشتراك بذلك حسب تعبير بعض الفقه الفرنسي⁴ بقوة خلق الشركات *la force créatrice*.

فالقاضي يعتمد عليها في هذه الحالات لتقرير وجود الشركة نظرا لأن إرادة الشركاء لم تظهر بوضوح من خلال تصرفات ظاهرية أو خارجية كما هو الحال بالنسبة للشركات المقيدة في السجل التجاري، أين يعكس الشركاء رغبتهم في إنشاء الشركة من خلال قيدها، لذلك يسعى القاضي من أجل تقرير وجود الشركة في الحالة العكسية (عدم قيد الشركة في السجل التجاري) إلى جمع مختلف العناصر المكونة لعقد الشركة والبحث لاسيما عن نية الاشتراك⁵، خاصة وأنها العنصر المميز لعقد الشركة عن بعض العقود والوضعيات القانونية المشابهة.

لذلك نسعى من خلال هذا المبحث إلى تفصيل دور نية الاشتراك في تقرير وجود الشركة من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول دور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة

¹- Cass.Com 16 juin 1998, Bull Joly n° 12 de décembre 1998, § 382.

²- Cass.Com 12 octobre 1993, Bull Joly n° 12 de décembre 1993, § 381.

³- Cass. 1^{re} civ. 13 octobre 1987, Bull Joly, n° 10 d'octobre 1987, §329.

⁴- Ivan Tchotourian, Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société, Lextenso édition, Paris, 2011, p 283.

⁵- Ivan Tchotourian, op.cit., p 283.

أما المطلب الثاني فنخصه لدراسة دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركات الغير متمتعة بالشخصية المعنوية.

المطلب الأول

دور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة

تلعب نية الاشتراك دورا مهما في تحديد وجود الشركة من عدمه، خاصة في الحالات المعقدة أين تتوافر أركان الشركة الأخرى، حيث يُجْمَع الأطراف الحصص، ويبحثون عن تحقيق الأرباح، لكنهم لا يعبرون بوضوح عن إرادتهم حول تكييف العلاقة بينهم، لتتدخل نية الاشتراك في هذه الحالة بمختلف مظاهرها وتكشف عن وجود الشركة، حيث يمكن الاستعانة بأحد المظاهر التي تدل على وجود نية الاشتراك (التعاون الإرادي، المشاركة في التسيير، توازن المصالح بين الشركاء، وانعدام رابطة التبعية بينهم) لتقرير وجود الشركة¹، فنية الاشتراك إذن تمثل المعيار الذي يميز الشركة عن العديد من العقود والوضعيات القانونية المشابهة لها مثل حالة الشيوخ، عقد البيع، عقد القرض، عقد العمل...

وبما أنها تمثل شرطا ضروريا لوجود الشركة، فإن انعدامها وغيابها يترتب عليه بطلان الشركة، فالفقه والقضاء استقر على هذه النتيجة بالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يقضي ببطلان الشركة في حالة انعدام وغياب نية الاشتراك، وذلك لأن غيابها يتعارض مع فكرة وجود الشركة، فالملاحظ أن المشرع الجزائري، وحتى الفرنسي حصر نطاق بطلان الشركات التجارية، وربطه بحالات ضيقة ومحددة²، إلا أن ذلك لم يمنع من إقرار أغلب الفقه والقضاء ببطلان الشركة بسبب غياب نية الاشتراك³.

وهو ما دفعنا إلى تفصيل دور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة في هذا المطلب من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول دور نية الاشتراك في تمييز الشركة عن بعض العقود

¹ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°37.

² - المادة 426 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري، المادة 10-1844 من القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى أنه لا يوجد نص يقابلها في القانون المدني الجزائري، المادة 733 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها تقريبا المادة 1-235 من القانون التجاري الفرنسي، المادة 734 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها المادة 2-235 من القانون التجاري الفرنسي، وستتم الإشارة إلى مضمون هذه النصوص بالتفصيل لاحقا في الفرع الثاني من بحثنا المتعلق ببطلان الشركة بسبب انعدام نية الاشتراك.

³ - Ivan Tchotourian, op.cit., p84.

والوضعيات القانونية المشابهة، أما الفرع الثاني فنخصه لدراسة أثر انعدام نية الاشتراك عند إبرام عقد الشركة.

الفرع الأول

دور نية الاشتراك في تمييز الشركة عن بعض العقود والوضعيات القانونية المشابهة

من أجل تمييز عقد الشركة عن بعض العقود، والوضعيات القانونية المشابهة يمكن الاستعانة بمختلف المظاهر التي تدل على وجود نية الاشتراك والتي سبق وتطرقنا إليها في الفصل الأول من دراستنا، لإبراز دورها في تحديد الفرق بدقة بين الشركة وبين ما قد يشبهها من عقود أو وضعيات قانونية أخرى.

حيث يمكن الاستعانة بمظهر التعاون الإرادي لتمييز الشركة عن حالة الشيوخ، ومظهر المشاركة في التسيير لتمييز الشركة عن عقد القرض مع المشاركة في الفوائد أو الأرباح ومظهر توازن المصالح بين الشركاء لتمييز الشركة عن عقد البيع، وعن عقد الإيجار مع اشتراك الدائن في الأرباح، وكذلك عن عقد النشر، ومظهر انعدام رابطة التبعية بين الشركاء لتمييز الشركة عن عقد العمل، وعن عقد الوكالة، وهو ما نفصله فيما يلي.

أولاً - الاستعانة بمظهر التعاون الإرادي

يمكن الاستعانة بهذا المظهر للتمييز بين عقد الشركة و حالة الشيوخ سواء الإجمالي أو الاختياري (الإتفاقي)، مع الإشارة إلى أنه غالباً ما تكون حالة الشيوخ إجبارية مفروضة على الشركاء في الشيوخ كملكية الورثة لركة المورث قبل توزيعها¹، لكن قد تنشأ حالة الشيوخ اختياريًا بموجب الاتفاق، كما لو اشترى عدة أشخاص عقاراً مشتركاً، لتكون ملكيته بذلك بينهم على الشيوخ².

¹ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص305.

² - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص146.

لذلك يجب التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإجباري والإتفاقي، وذلك على النحو التالي:

1- التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإجباري

إن التعاون الإرادي باعتباره مظهرا من مظاهر نية الاشتراك يساعد في التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإجباري، فالشركة تنشأ بموجب اتفاق إرادي بين الأطراف¹، يعبر من خلاله هؤلاء على التعاون الإرادي والإيجابي بهدف استثمار حصصهم في مشروع يعود عليهم بالنفع، في حين أن حالة الشيوخ الإجباري كانتقال الملكية بالإرث إلى شخصين أو أكثر هي حالة مفروضة على الأطراف، غير منظمة وغير ثابتة، بحيث يجوز لكل مالك في الشيوخ طلب إنهاؤها².

فالشيوخ الإجباري يعتبر حالة مؤقتة يجوز لكل الشركاء الخروج منها في أي وقت بطلب القسمة، خلافا للشركة التي يتم تأسيسها كمشروع دائم تُحدّد مدته عادة في العقد التأسيسي على وجه يتفق مع طبيعة الاستثمار المشترك³.

2- التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإتفاقي

إلى جانب الشيوخ الإجباري الذي يفرض على الشركاء فيه، ظهر ما يسمى بالشيوخ الإختياري أو الإتفاقي⁴، أين يتفق الأطراف على إنشاء الملكية المشتركة.

وبعد ظهور هذا النوع من حالة الشيوخ، أصبح معيار التعاقد وحده غير كافٍ للتمييز بين عقد الشركة وحالة الشيوخ هذه، نظرا لدور الإرادة في إحداث كل منهما (كلاهما وضع مرغوب به)، لذلك كان لا بد من الاستعانة بعنصر نفسي من أجل تحديد الطبيعة القانونية لكل منهما

¹- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°39.

² - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص306.

³ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص146.

⁴ - المادة 739 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإنزله في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك، وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك". والملاحظ هنا اختلاف النص الفرنسي الوارد في القانون المدني، حيث تضمنت المادة 1873-2 منه النص على الشيوخ الإتفاقي وورد فيها ما يلي: « les indivisaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision. A peine de nullité, la convention doit être établie par un écrit comportant la désignation des biens indivis et l'indication des quotes-parts appartenant à chaque indivisaire ».

وهذا العنصر يمثل نية الاشتراك، فهذه الأخيرة تلعب دورا مهما في تكييف العلاقة القائمة بين الأطراف على أنها عقد شركة وليست شيوخ اتفاقي، وذلك متى ارتبط الأطراف بالقدر الكافي في سبيل تحقيق مصلحة مشتركة من خلال تجميع أموالهم وتخصيصها في مشروع مشترك¹.

ومن هنا يقوم الفرق بين عقد الشركة وحالة الشيوخ الإتفاقي، ففي هذه الحالة الأخيرة لا تقوم نية الاشتراك في مشروع معين بهدف تحقيق مصلحة مشتركة، نظرا لأن كل شريك في الشيوخ يتعاون مع غيره بدافع تحقيق مصالحه الخاصة²، فبالرغم من أنه في حالة الشيوخ الإتفاقي تقوم رغبة الاتحاد في سبيل هدف مشترك، إلا أن كل طرف يعمل من أجل تحقيق مصلحته الشخصية، وإن كان مضطرا للقيام بعمله بالاشتراك مع بقية الشركاء بسبب وحدة الشيء المشترك، واختلاط الحصص الشائعة، الأمر الذي لا يتيح له الانفراد في استثمار حصته، مما يعني أن الشريك في الشيوخ يعمل لمصلحته الشخصية، ولو أدى ذلك إلى تحقيق المصلحة المشتركة، بينما في الشركة يكون الغرض الأساسي تحقيق المصلحة الجماعية، وإن استتبع تحقيقها تحقيق مصلحة كل من الشركاء، فالمصلحة الجماعية هي الأساس في عقد الشركة، بينما المصلحة الخاصة هي الأساس في حالة الشيوخ³.

لذلك وبغية تحديد الفرق بين عقد الشركة وحالة الشيوخ الإتفاقي، لا بد من التقصي عن النية الحقيقية للأطراف وتحليل إرادتهم، وهو ما جعل مسألة التمييز بين الوضعيتين تصبح أكثر دقة مما كانت عليه قبل ظهور هذا النوع من الشيوخ، إلا أن الفرق بينهما يبقى قائما حتى ولو كان يتميز بهذه الدقة، فالشركة تظهر من خلال تجميع الأموال واستعمالها في مشروع مشترك لتمثل بذلك تجمعاً نشيطاً وفعالاً، في حين أن الشيوخ حتى ولو كان اتفاقي يبقى مجرد انتفاع بسيط بالأموال، حيث أنه ذو طبيعة ثابتة، ويمثل في جميع الحالات وسيلة للملكية المشتركة وليس وسيلة للاستثمار المشترك⁴.

والملاحظ أن القضاء الفرنسي لم يتردد في الأخذ بهذا المعيار من أجل التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإتفاقي، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها⁵ أن

¹ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur , op.cit., n°40.

² - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص306

³ - الياس ناصيف، موسوعة الشكات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص147.

⁴ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°40.

⁵ - Cass.Com 18 novembre 1997, Bull Joly, n°02 de février 1998, §52.

تخصيص الأموال الشائعة من أجل استعمالها في مشروع مشترك يشكل شركة محاصة وليس حالة شيوع اتفاقي.

وبالنتيجة المعيار الذي يسمح بالتمييز بين الشركة وحالة الشيوع الإتفاقي يتمثل إذن في الإرادة المشتركة للأطراف و التي تتجه نحو تخصيص المال في استثمار مشترك.

فحالة الشيوع تركز على وجود أموال مشتركة، بينما يركز عقد الشركة على وجود مشروع مشترك يتعاون الشركاء على استثماره ويكون مستقلا عن الأموال التي تساعد على هذا الاستثمار، حيث أن هذه الأموال لا تكون إلا وسيلة لتنفيذ المشروع، وحتى أنه قد يُستغنى عنها في بعض الحالات كتلك التي يتكون فيها رأس مال الشركة من حصص بعمل دون الحصص النقدية أو العينية، ولذلك تتمتع بالشخصية المعنوية، بينما لا تنشأ هذه الشخصية في حالة الشيوع نظرا لأن كل شريك يملك حصته ملكا تاما¹.

كما أن شريك الشيوع يمكنه التصرف بحقوقه على الوجه الذي يشاء، ودون اشتراط موافقة سائر شركائه، وتنتقل حصته بالإرث إلى ورثته دون أن يحق للشركاء الآخرين الاعتراض على هذا الانتقال، بينما في الشركة لاسيما شركات الأشخاص لا يحق للشريك أن يتنازل عن حصته للغير دون موافقة بقية الشركاء، كما أنه إذا انتقلت حصته بالإرث إلى الورثة لا يحق لهؤلاء الدخول بصفة شركاء في الشركة دون موافقة بقية الشركاء².

إضافة إلى ما تقدم فإن طبيعة المال المملوك على الشيوع هي التي تحدد نشاط وسلوك الشركاء، أي أن الشيوع مال يتم استغلاله حسب طبيعته، أما في الشركة فيهدف الشركاء إلى مباشرة نشاط ذي تبعة بغية الحصول على الربح مع المساهمة في الخسارة إن تحققت، وعلى ذلك فقد تنقلب حالة الشيوع إلى شركة متى كانت طبيعة المال المشاع تسمح بممارسة نشاط له مخاطره وتبعاته³.

1 - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص147.

2 - نفس المرجع، ص147.

3 - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص307.

ثانيا - الاستعانة بمظهر المشاركة في التسيير

تعرف المادة 450 من القانون المدني الجزائري عقد القرض على أنه عقد يلتزم من خلاله المقرض بأن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة.

غير أن عقد القرض قد يختلط بعقد الشركة في الحالة التي يتفق فيها المقرض والمقرض على أن يحصل الأول على نسبة من الأرباح الناتجة عن استثمار مبلغ القرض¹.

وفي هذه الحالة يمكن الإستعانة بالمشاركة في التسيير باعتبارها مظهر من مظاهر نية الاشتراك للتمييز بين الشركة وعقد القرض مع اشتراك الدائن في الأرباح.

فمن الناحية النظرية الفرق بين عقد الشركة وعقد القرض البسيط (أي دون مشاركة المقرض في الحصول على نصيب من الأرباح التي يحققها المقرض نتيجة استثمار المال محل القرض) يبدو واضحا، فكل من العقدين له مزايا خاصة به، تميزه عن الآخر خاصة فيما يتعلق بعنصر الأرباح، فهذا الأخير يقوم عليه كلا العقدين، إلا أنه في إطار عقد الشركة الربح يكون محتملا، غير محقق، في حين أنه في إطار عقد القرض الربح يكون محددا (التحديد القانوني لنسبة الفوائد)².

لكن وكما أشرنا صعوبة التمييز بين العقدين تطرح في حالة ما إذا اقترن عقد القرض باشتراط المقرض حصوله على نصيب من الأرباح، ولقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا الخصوص للقول بأن المعايير المادية المتمثلة في تقديم المال والمشاركة في الأرباح لا تكفي وحدها للتمييز بين العقدين لأنها تقوم في كليهما، وهو ما دفع إلى الاعتماد على معيار آخر وهو نية الاشتراك³.

¹ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص304.

² - Ivan Tchotourian, op.cit., p573.

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°44.

حيث رفضت محكمة استئناف باريس منح صفة الشريك لمقرض أموال في إحدى القضايا المعروضة عليها، مؤسسة قرارها¹ على سببين، الأول انعدام نية الاشتراك، والثاني استبعاد تحمل المخاطر الناتجة عن المشروع، فمن جهة مقرض المال لا يساهم في التسيير ولا يملك أي سلطة في المراقبة أو حتى نقد أعمال التسيير، ولا يشارك في الإدارة، وهي جميعها تصرفات تعكس وتجسد نية الاشتراك حسب ما جاء في القرار، ومن جهة أخرى كل مساهمة في الأرباح دون مساهمة في الخسائر لا يمكن الاعتماد بها.

وبالتالي ربطت المحكمة في هذا القرار تكييف صفة الشريك، وبالنتيجة تكييف عقد الشركة بعنصر نية الاشتراك معبرة عنه بسلطة المراقبة والمشاركة في تسيير المشروع².

وبعد هذا الحكم توالى الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي، والتي تؤكد ضرورة التحقق من وجود عنصر نية الاشتراك أثناء البحث في تكييف العقد على أنه عقد شركة، حيث أكدت محكمة استئناف بو (Pau) في إحدى القضايا المعروضة عليها بأن نية الاشتراك تمثل عنصرا ضروريا من أجل تكييف عقد الشركة³، وتتلخص وقائع هذه القضية في اقتراض شخص مبلغ من المال من شخص آخر بموجب عقد أظهر فيه الطرفان رغبتهما في اقتسام الأرباح الناتجة عن استعمال المبلغ المقدم في شراء شقة واستغلالها، غير أن هذا العقد لا يتضمن أي شرط يفتح المجال للافتراض بأن الأطراف يهدفون إلى الشراكة من خلال استثمار المال المقدم فلو اشترط مقرض المال في العقد أنه يحق له أن يتدخل شخصيا في شؤون المقرض ويضع تحت تصرفه الوسائل اللازمة لتنفيذ أعماله وأن يراقب الأعمال الجارية وينقدها، فلا يمكن اعتباره عندئذ دائنا عاديا بل شريكا⁴، فنية إنشاء الشركة لم يتم النص عليها صراحة في العقد و أثبتت الوقائع أن المقرض لم يشارك في تسيير استثمار المال الذي أقرضه، مما دفع إلى تكييف العلاقة بين الأطراف على أنها عقد قرض وليست عقد شركة.

وكذلك محكمة استئناف باريس في قرار حديث لها⁵، اعتبرت أن اهتمام المقرض بالمشاركة في تسيير المشروع القائم على الأموال محل القرض ليس مجرد اهتمام مقرض

¹- C.A Paris 11 juillet 1951, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p 575.

²- Ivan Tchotourian, op.cit., p575.

³- C.A Pau, 16 décembre 1999, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p 575.

⁴ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص148.

⁵- C.A Paris 29 mars 2002, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p576.

بسيط، فمن خلال هذا الاهتمام عكس نيته في مراقبة استثمار واستعمال الأموال محل القرض وأقرت المحكمة بذلك أن ما يجب أخذه في الاعتبار ليس المشاركة الفعلية في التسيير فقط وإنما يمكن الأخذ في الاعتبار كذلك إرادة ونية المشاركة في التسيير والتي يعكسها اهتمام المقرض بسير الأعمال حتى وإن لم تتجسد من خلال أعمال مادية، حيث عبرت المحكمة من خلال هذا القرار عن مرونة في تقدير وجود عنصر نية الاشتراك.

ومهما تعددت وتتنوع القرارات التي تعتمد على نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة فكلها تقريبا أجمعت على أن المشاركة الفعالة في الاستثمار وتسيير الأعمال هي المعيار الذي يسمح بالتمييز بين الشريك الحقيقي ومجرد المقرض البسيط حتى ولو شارك في الحصول على نصيب من الأرباح، وهذا المعيار هو الذي يمنح لنية الاشتراك مضمونها المادي، وهو أكثر استعمالا وقبولا من معيار قبول المخاطر الناتجة عن استثمار الأموال بالرغم من إقرار هذا الأخير كذلك من طرف القضاء الفرنسي¹.

فالمقرض يظل بعيدا عن التدخل في استثمار المشروع، كما أنه لا يساهم في الخسائر² وعليه نكون أمام عقد قرض وليس عقد شركة عندما لا يمارس المتعاقد أي رقابة على النشاط أو طريقة استثمار الأموال، أو يتفق مع المتعاقد معه على إعفائه من المشاركة في الخسائر المحتملة عن المشروع، بحيث يسعى إلى استعادة أمواله مع رفض تحمل النتائج السلبية للمشروع³.

وفي المقابل نكون أمام عقد شركة إذا شارك المتعاقد الذي قدم المال بطريقة ايجابية وفعالة في تسيير وإدارة المشروع، لكن قد يلتبس وضع مقدم النقود أحيانا، فلا يظهر كمجرد مقرض بل كشريك حقيقي، فيعود للمحاكم عندئذ تحديد صفته الحقيقية ونوع العقد انطلاقا من نية المتعاقدين دون الاعتداد بعبارات العقد أو تسميته أو وصف المتعاقدين له، بل يتم البحث قبل كل شيء عما إذا كان مقدم النقود يحتفظ بدور سلبي اتجاه المشروع، وهذا ما يكشف عن دوره كمقرض حتى وإن تحصل على جزء من الأرباح، أم أنه يتدخل في كيفية استثمار النقود

¹ - Ivan Tchotourian, op.cit., p577.

² - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص148.

³ - Cass.Com 15 juin 1993, Bull Joly, n°12 de décembre 1993, §380.

وإدارة المشروع كما لو وقع على كشوف الأجور أو راقب الحسابات، أو تناقش وتفاوض مع الموردين¹، وهذا ما يعبر عن موقف ايجابي يكشف عن صفته كشريك².

ولقد أقر القضاء الفرنسي في قرار صادر له³ أن تقديم بنكٍ لقرضٍ للشركة لا يخرج عن إطار وظيفته كمقرض، فمشاركة مدير البنك باعتباره ممثلاً له في الجمعية العامة للشركة لا يعني أن البنك شريك، فهو لم يقدم أي حصة و لم يساهم في تسيير وإدارة الشركة، حسب ما ورد في القرار، وعليه البنك لا يلعب إلا دور المقرض، وتدخله في بعض المسائل له هدف واحد وهو حماية مصالحه، ومن خلال هذا الحكم دعم القضاء الفرنسي فكرة الاعتماد على عنصر نية الاشتراك من خلال مظهر المشاركة في التسيير لتكييف صفة الشريك وبالتالي تكييف عقد الشركة.

كما أن قرار محكمة استئناف باريس الصادر حديثاً⁴ ساهم في تثبيت الفرق بين عقد الشركة وعقد القرض استناداً إلى معيار المشاركة في التسيير، حيث استبعدت المحكمة تكييف العلاقة على أنها عقد شركة بين البنوك والشركات المقترضة، وأقرت أن اهتمام البنوك وبحثها عن إيجاد حلول للمشاكل المالية للشركات المقترضة لا يمكن اعتباره تعبيراً عن التدخل في التسيير الذي يكفي للدلالة على نية الاشتراك.

وعليه فالفقه والقضاء أسسا التمييز بين عقد الشركة وعقد القرض مع اشتراك الدائن في الأرباح على نية الاشتراك التي تتجسد من خلال المشاركة في تسيير الأعمال، وسلطة نقد طريقة التسيير، وحتى وإن تم حذف هذه المشاركة في بعض الشركات مثلما هو الوضع بالنسبة للشريك الموصي، إلا أن ذلك لا ينفي تمتع هذا الأخير بحق المراقبة والإشراف على أعمال الشركة مثله مثل الشريك المتضامن، وإمكانية إقامة دعوى مسؤولية المسير إذا ارتكب خطأ في التسيير، وهو ما لا يملكه المقرض حتى وإن شارك في الأرباح⁵.

¹ - C.A Rennes 10 mai 1961, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°44.

² - الياس ناصيف، الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص148.

³ - Cass 1^{re} civ, 26 janvier 1988, Bull Joly, n°02 de février 1988, §43.

⁴ - C.A Paris, 28 septembre 1999, Bull Joly, n°01 de janvier 2000, §17.

⁵ - Ivan Tchotourian, op.cit., p579.

لذلك يجب عدم الخلط بين وضعتي الشريك والمقرض، فالأول يساهم في التسيير وينتمي إلى الشركة، في حين أنّ الثاني يَهْمُهُ بأن تخصص أمواله للغرض المنصوص عليه في العقد ليضمن بذلك استرجاعها والحصول على الأرباح المحققة نتيجة استثمارها¹.

وإن كان كل من عقد الشركة وعقد القرض يختلفان عن بعضهما البعض، إلا أنهما قد يجتمعان معاً، أين يحمل نفس الأطراف صفة الشريك وصفة المقرض أو المقرض، وتتحقق هذه الحالة خاصة بالنسبة للشركاء الذين يكون لديهم حساب جاري دائن مقيد في دفاتر الشركة².

ثالثاً - الاستعانة بمظهر توازن المصالح بين الشركاء

إن التمييز بين عقد الشركة والعديد من العقود والوضعيات الأخرى مثل عقد البيع، عقد الإيجار، عقد النشر، مجموع المقاولات... يمكن أن يتحقق استناداً إلى شكل آخر من أشكال نية الاشتراك وهو توازن المصالح بين الشركاء، فإذا تحقق هذا المظهر في العقد يمكن القول بوجود الشركة متى توافرت بطبيعة الحال بقية العناصر المكونة لها والمنصوص عليها في المادة المعرفة للشركة (المادة 416 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي)، أما إذا لم يتوافر هذا المظهر، فإن العلاقات بين الأطراف يجب تكييفها بطريقة أخرى.

1- التمييز بين عقد الشركة وعقد البيع

إن مسألة التمييز بين عقد الشركة وعقد البيع بصفة عامة لا تطرح أي صعوبة، نظراً لاختلاف النظام القانوني والعناصر المكونة للعقدين، ففي عقد البيع لا توجد حصة، ولا يوجد كذلك البحث المشترك عن تحقيق الأرباح، ولا نية اشتراك التي يعكسها توازن المصالح بين الشركاء، فمصالح الأطراف في عقد البيع تكون متعارضة، حيث يبحث أحدهما عن البيع بأعلى ثمن، و يبحث الآخر عن الشراء بأقل سعر³.

¹- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°46.

²- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°46.

³- Ivan Tchotourian, op.cit., p581.

إضافة إلى هذا القاعدة العامة في البيع باستثناء بعض الحالات أنه عقد فوري، نظرا لأن الالتزامات فيه تنفذ فور انعقاده، فالأصل فيه أن ينقل البائع ملكية المبيع ويدفع المشتري الثمن فور انعقاد العقد، وإذا كان تسليم المبيع أو دفع الثمن مؤجلا، فإن ذلك يعتبر استثناء، فليس في العقد الفوري اعتبار للزمن ولا تقاس الالتزامات فيه بمعيار الزمن، وإذا دخل الزمن فيه كان عنصرا عارضا¹، وعلى العكس من ذلك الشركاء في عقد الشركة تجمعهم مصالح مشتركة ويرغبون في استمرار حياة الشركة أطول مدة ممكنة².

غير أن هذه الاختلافات تتلاشى، لتطرح بذلك إشكالية التمييز بين العقدين عندما يكون الثمن الذي يحصل عليه البائع عبارة عن نصيب من الأرباح التي يحققها المشتري نتيجة استغلال المبيع³.

وهذا الإشكال يطرح خاصة في حالة بيع المحل التجاري، أين يتفق الطرفان على أن يكون ثمن البيع الذي يحصل عليه البائع نصيبا في الأرباح التي يحققها المشتري نتيجة استغلال المحل التجاري⁴، غير أن هذا الاتفاق لا يكفي لإنشاء الشركة، وذلك نظرا لأن البائع لا يساهم في الخسائر وليس له الحق في التدخل في كيفية استثمار المحل، أو حق الإشراف والرقابة على سير العمل وذلك بسبب اختلال توازن المصالح بينهما⁵.

ولقد أقر القضاء الفرنسي في قرار صادر له⁶ بأن العقد المبرم بين ورثة شريك وباقي الشركاء والذي تنازلوا من خلاله عن حقوقهم لبقية الشركاء مقابل ثمن يدفع عن طريق مشاركتهم في الأرباح يمثل عقد بيع وليس عقد شركة، وذلك نظرا لأن الأطراف لم يتفقوا على أن الورثة المتنازلين عن حقوقهم يشاركون في الخسائر أو يكون لديهم الحق في التدخل في تسيير الشركة.

¹ - علي علي سلميان، المرجع السابق، ص19.

² - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°48.

³ - Cass. Com 01 décembre 1981, C.A Paris 17 mars 1999, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°48.

⁴ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص194.

⁵ - Yves Guyon, Affectio societatis, op.cit., n°48.

⁶ - Cass.Com 29 mars 1949, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p582.

فالمعيار المعتمد في التمييز بين عقد الشركة وعقد البيع البسيط هو توازن المصالح بين الأطراف الذي يظهر في عقد الشركة ليعكس نية الاشتراك، ويختفي في عقد البيع الذي يقوم على تعارض المصالح بين أطرافه، غير أنه إذا خرج الثمن عن المتداول والشائع في عقد البيع (مبلغ نقدي)، وتحول إلى مساهمة في الأرباح التي يحققها المشتري نتيجة استثمار المبيع يتم الاعتماد على مظاهر أخرى من مظاهر نية الاشتراك من أجل التكيف الدقيق للعقد، مثلما فعل القضاء الفرنسي، حيث اعتمد في الحالة السابقة على عنصر آخر يعكس نية الاشتراك ويعبر عنها وهو المشاركة في التسيير.

كما أكد القضاء الفرنسي كذلك في حكم آخر¹ دور نية الاشتراك في التمييز بين عقد الشركة وعقد البيع، مدعما بذلك موقف الفقه² الذي يرى أن نية الاشتراك تمثل دائما المعيار الذي يستند عليه القاضي للكشف على العقد الحقيقي وتقرير ما إذا كان يشكل عقد شركة أو عقد بيع، ففي حالة عدم وجود شروط خاصة وصريحة تكشف عن نية الاشتراك لدى الأطراف ورغبة كل منهم في المساهمة في الخسائر، فإن الاتفاق المبرم بينهم يجب اعتباره بيعا وليس عقد شركة.

حيث أقر القضاء الفرنسي في هذا الحكم أنه يعتبر بيعا وليس شركة، العملية التي يقوم من خلالها مالك عقار بتقديمه كحصة في الشركة، ثم يتنازل مباشرة عن حقوقه لشريك آخر أو شخص من الغير، وذلك نظرا لأن هذا المقدم ليست لديه نية الشراكة وإنما يبحث فقط عن إخفاء عملية بيع العقار وراء مظهر الحصة في الشركة، وهذا غالبا ما يكون لأسباب إما عائلية أو ضريبية، وبما أن مالك العقار في هذه الحالة يعتبر بائعا وليس شريكا يمكنه المطالبة بفسخ العقد إذا لحقه ضرر كما لو كان باع العقار مباشرة للمحال إليه³.

كما أشار بعض الفقه⁴ إلى أن إشكال التمييز بين عقد الشركة وعقد البيع قد يطرح كذلك في حالة الحصة العينية المقدمة على سبيل التملك في الشركة، خاصة وأن القانون قد رتب

¹- Cass.Com 10 juin 1953, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°48.

²- Ivan Tchotourian, op.cit., p581.

³- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°48.

⁴- Ivan Tchotourian, op.cit., p583.

هذه المقاربة بين العقدين عندما نص على تطبيق أحكام عقد البيع¹، حيث يلتزم مقدم الحصة العينية بنفس ضمانات البائع، واستند هذا الاتجاه الفقهي في التمييز بين العقدين على نية الاشتراك كذلك، حيث يرى أنه بالرغم من تطبيق أحكام عقد البيع إلا أن العقد يبقى شركة وذلك نظرا لأن مقدم الحصة لا يحصل على ثمن مقابل الحصة التي قدمها وإنما يتلقى حقوقا تتمثل في حصص أو أسهم تبعا لنوع الشركة، ويقبل المشاركة في النتائج المترتبة عن المشروع سواء كانت أرباحا أو خسائر، فالمخاطر الناتجة عن المشروع والتي قبلها مقدم الحصة هي التي تحدد قيمة حقوقه، وبذلك يمثل قبول المخاطر المحتملة معيارا للتمييز بين عقد الشركة وعقد البيع، فهذا المعيار بالرغم من عدم كفايته وحده لتعريف نية الاشتراك، إلا أنه يمكن الاستناد إليه للدلالة على وجودها لدى المتعاقدين.

2- التمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار

عرفت المادة 467 من القانون المدني الجزائري عقد الإيجار بأنه العقد الذي يُمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.

وقياسا على عقد البيع، فإن مسألة التمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار تبدو كذلك واضحة، وذلك تقريبا لنفس الأسباب المتمثلة في اختلاف النظام القانوني والعناصر المكونة للعقدين، ففي عقد الإيجار كذلك لا توجد حصص، وإنما شيء مؤجر (قد يكون محل تجاري أو عقار، أو حتى حيوان)، ولا يوجد كذلك البحث المشترك عن تحقيق الأرباح، ولا نية الاشتراك التي يعكسها توازن المصالح بين الشركاء نظرا لتعارض المصالح بين الأطراف المتعاقدة في عقد الإيجار، فالمؤجر يرغب في تمكين المستأجر من الانتفاع بأعلى بدل إيجار ممكن، والمستأجر يرغب في الانتفاع بالشئ بأقل بدل إيجار ممكن، إلا أن العقدين، وعلى عكس عقد البيع يشتركان في مسألة الاستمرارية، نظرا لأن عقد الإيجار من العقود المستمرة أو الزمنية، و في عقد الشركة نظرا للمصالح المشتركة التي تجمع الأطراف فهم يرغبون في استمرار حياة الشركة أطول مدة ممكنة.

¹ - المادة 422 من القانون المدني الجزائري: " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلك أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص..."، وبالمقارنة مع القانون المدني الفرنسي يلاحظ اختلاف صياغة نص المادة 1843-3 الفقرة الثالثة منه، إلا أنها تصب في نفس المضمون، حيث تنص على: « lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur ».

لذلك فمسألة التمييز بين عقد الإيجار وعقد الشركة لا تطرح إلا في حالة واحدة، وهي الحالة التي يكون فيها بدل الإيجار عبارة عن مساهمة المؤجر في الأرباح التي يحققها المستأجر نتيجة استثمار الشيء المؤجر¹، أي إيجار مع اشتراك المؤجر في الأرباح.

وهذا الإشكال يطرح في الواقع خاصة بالنسبة للمسائل المتعلقة بالزراعة، عندما يقوم مالك أرض زراعية بوضعها تحت تصرف شخص آخر يستثمرها زراعيًا مقابل مشاركته في الأرباح، فقد يدفع هذا الوضع إلى القول بإمكانية وجود شركة بين مالك الأرض والمزارع المستثمر، فإن كشف القاضي على وجود هذه الشركة، استنادًا إلى معايير معينة، فالعلاقة بين الطرفين إذن لا تخضع لنظام بدل إيجار الأراضي الزراعية (statut du fermage) الذي يطبق فقط في حال ما إذا كان الاتفاق المبرم بين الطرفين يشكل إيجارًا زراعيًا أو ريفيًا (un bail rural)²، وهو ما قام المشرع الفرنسي بتنظيمه في القانون الريفي، على عكس المشرع الجزائري بالرغم من انتشار هذه الحالة في الجزائر فالعديد من أصحاب الأراضي الزراعية الذين لا يرغبون في ممارسة الزراعة أو لا يجيدونها يقومون بتأجيرها للمزارعين الذين لا يملكون الأراضي مقابل الحصول على نسبة من الأرباح المحققة نتيجة استغلال الأرض.

ولقد عالج القضاء الفرنسي هذا الإشكال من خلال بعض الأحكام القضائية التي يمكن الإستناد إليها للتمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار مع اشتراك المؤجر في الأرباح، حيث حددت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها³ عناصر عقد الإيجار مؤكدة أن الاتفاق المسبق على تحديد قيمة بدل الإيجار يشكل ركنًا ضروريًا في عقد الإيجار مهما كانت طريقة تحديد هذه القيمة، واختلاف طرق دفع بدل الإيجار لا تنزع عن العقد صفته كعقد إيجار، وعليه فالإتفاق الذي يتضمن تحديد بدل الإيجار في شكل مساهمة في الأرباح لا يكفي لتحويل عقد الإيجار إلى شركة، حسب ما ورد في هذا القرار.

وحتى القضاء الإداري الفرنسي ساهم في وضع معيار للتمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار، فمجلس الدولة الفرنسي ميز بين العقدين في قضية تتعلق بالضرائب على الدخل، أين تمسك الأطراف بعقد الإيجار، حيث اعتمد القضاة في ذلك على معيارين، وهما المساهمة في

¹- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°49.

²- Ivan Tchotourian, op.cit., p58

³- Cass.Com 19 novembre 1956, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p589.

الأرباح والخسائر من جهة، ومشاركة كلا الطرفين في تسيير وإدارة الأعمال من جهة أخرى¹ وبذلك يكون مجلس الدولة قد اعتمد معيارا أكثر دقة من المعيار الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية، وذلك لأنه اعتمد على عنصر آخر للتمييز بين العقدين وهو المشاركة في التسيير التي تمثل أحد المظاهر التي تعكس نية الاشتراك .

وعمل القضاء الفرنسي بعد هذا القرار على تثبيت وترسيخ موقف القضاء الإداري متجها بذلك نحو الإقرار بدور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة، فالقرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية² تضمن معيارا آخر يرتبط بنية الاشتراك، يمكن الإستناد إليه من أجل التمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار، حيث أقرت محكمة النقض في هذا القرار أن محكمة الاستئناف كانت محقة فيما توصلت إليه، وكشفت أن المتعاقدين قدما حصصا متبادلة واتفقا على اقتسام الأرباح الناتجة عن النشاط بعد تصفية وطرح المصاريف والنفقات مؤكدة بذلك قيام التزام كل منهما بالمساهمة في الخسائر الناتجة عن نشاطهما، وهو ما يستتبع بالنتيجة وجود نية الاشتراك وبالتالي وجود شركة ناتجة من الواقع، فالالتزام بالمساهمة في الخسائر يدخل في نطاق نية الاشتراك لأن هذه الأخيرة تمثل أساس إلتزامات الشركاء في الشركة.

إضافة إلى ما تقدم أشار بعض الفقه³ إلى أن إشكال التمييز بين عقدي الشركة والإيجار قد يثار كذلك في حالة الحصة المقدمة على سبيل الانتفاع إلى شركة تتمتع بالشخصية المعنوية، فالشريك مقدم الحصة على سبيل الانتفاع تقع عليه نفس التزامات المؤجر⁴، حيث يبقى الشريك مالكا للحصة لكنه يتحمل في نفس الوقت المخاطر المحتملة، ويضمن للشركة الامتناع عن كل ما يحول دون انتفاعها بالمال (أي يضمن الانتفاع الهادئ لها).

والفرق بين الحصة المقدمة على سبيل الانتفاع في الشركة وعقد الإيجار يكمن في أن الشركة لا تدفع بدل إيجار لمقدم الحصة، فالمقابل الذي يتحصل عليه هذا الأخير هو حصص

¹ - C.E 30 octobre 1957, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p589.

² - Cass.Civ 1^{re}, 21 janvier 1975, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p589.

³ - Ivan Tchotourian, op.cit., p589.

⁴ - المادة 422 من القانون المدني الجزائري: "...أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك"، أما المادة 1843-3 الفقرة 04 من القانون المدني الفرنسي فتتص على ما يلي: "l'orsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur".

في الشركة، غير أن هذه الحصص ترتبط بدورها بمفهوم الأرباح، فعلى أساسها يحصل الشريك على نصيبه في الربح، وبالتالي يتداخل الوضع هنا مع حالة الإيجار مقابل نصيب من الأرباح خاصة أنه يكون من الصعب الكشف عن وجود إرادة الاتحاد و التعاون التي تعزز توازن المصالح بين الأطراف، لذلك أكد الفقه¹ في هذا الخصوص تماشياً مع موقف القضاء الفرنسي أن نية الاشتراك تتدخل لتلعب دوراً مهماً في التمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار من خلال مظهر آخر من مظاهرها وهو المشاركة في التسيير.

وعليه وحتى ولو وجد عقد شركة يستوفي جميع الشروط الشكلية، فالطرف الذي يقدم حصة فيها على سبيل الانتفاع ويكون هدفه الوحيد الحصول على نصيب من الأرباح دون أن تكون لديه نية اشتراك، يعكسها اهتمامه بالشركة كشخص معنوي من خلال الاهتمام بالمشاركة في التسيير أو الإدارة أو المراقبة، لا يكون شريكاً حقيقياً وإنما مجرد مؤجر، فالعلاقة التي تجمعها بالشركة باعتبارها شخص معنوي إنما تمثل في الواقع عقد إيجار.

ولتوضيح الفرق أكثر بين عقد الشركة وعقد الإيجار عرض الفقه الفرنسي² دراسة حالة الإيجار الزراعي *le métayage* نظراً لوجود تداخل بين عقد الشركة وعقد الإيجار الزراعي وهذا التداخل يظهر نظراً لتقارب الوضع القانوني للأطراف في العقدين، فمالك الأرض في الإيجار الزراعي يقوم بوضعها تحت تصرف مزارع يقوم باستثمارها زراعياً مقابل اقتسام الطرفين المحصول الناتج³.

لذلك يبدو الفرق بين عقد الشركة وعقد الإيجار الزراعي دقيقاً جداً، ففي كل من الوضعيتين يوجد عنصر الحصص (حصة عينية وحصة بعمل)، وعنصر اقتسام الأرباح والخسائر، خاصة أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع من إفراغ العلاقة بين مالك الأرض والمزارع في شكل شركة من أجل تفادي الخضوع لنظام الإيجارات الريفية الذي يخضع الإيجار الزراعي لقواعد أمرة تتعلق ببديل إيجار الأرض الزراعية، فالمشرع الفرنسي وعلى عكس المشرع الجزائري قام بتنظيم هذا العقد في القانون الريفي⁴، حيث يخضع للأحكام المشتركة المطبقة

¹ Ivan, tchotourian, op.cit., p592.

² Ivan Tchotourian, op.cit., p592. Voir aussi Yves Guyon, Affectio societatis, op.cit., n°50.

³ Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°50.

⁴ Code Rural et de la pêche maritime, version consolidé au 09 septembre 2018, sur le site www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 21-09-2018, 17 :45.

على الإيجارات الريفية المنظمة بالمواد 1-411 وما بعدها، وكذلك الأحكام الخاصة بالإيجار الزراعي في المواد 1-417 وما بعدها، لذلك فإضافة وصف الشركة على العلاقة بين الأطراف يتيح لهم حرية تنظيم العلاقات بينهم بعيدا عن نظام الإيجار الريفي الذي يقلص هذه الحرية¹.

ولقد اختلف الفقه حول معايير التمييز بين العقدين²، فبعضهم ركز على طبيعة الأرباح التي يقتسمها الأطراف في العقدين، حيث أن الأرباح في الشركة تكون في شكل مبالغ نقدية توزع على الشركاء بعد تصفية الحسابات المتعلقة في الشركة، في حين أن الإيجار الزراعي يقوم على القسمة العينية (يقتسم الأطراف المحصول الناتج)، غير أن هذا المعيار ليس مطلقا، لأنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم بأن يُقدّر الربح في الشركة بالنقد، فقد تكون الأرباح عينية وتوزيع الأرباح بهذا الشكل لا ينفي وصف الشركة عن العقد، و كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون بدل الإيجار في عقد الإيجار الزراعي مبلغا من النقد، فقد يبيع المزارع المحصول ويقدم للمؤجر نصيبه في شكل مبلغ من النقود³، وهو ما أيده القضاء الفرنسي، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها⁴ أن القسمة العينية هي التي تميز عقد الإيجار الزراعي، غير أن الشرط الذي يتنازل بموجبه صاحب الأرض عن نصيبه في الثمار لصالح المزارع مقابل ثمن محدد لا يزيل عن العقد صفته كعقد إيجار زراعي.

والبعض الآخر ركز على معيار تسجيل الشركة، فالشركة المقيدة في السجل التجاري تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها، في حين أن الإيجار الزراعي لا يتمتع بالشخصية المعنوية، غير أن هذا المعيار غير كافٍ لأنه يعجز عن التمييز بين عقد الإيجار والشركات المجردة من الشخصية المعنوية مثل الشركة الناتجة من الواقع وشركة المحاصة، فقد تكيف في بعض الحالات العلاقة بين مالك الأرض الزراعية والمزارع على أنها شركة ناتجة من الواقع أو شركة محاصة وليست عقد إيجار زراعي إذا ما توافرت عناصر معينة⁵.

¹ - Ivan Tchotourian, op.cit., p592.

² - Voir la doctrine citée par Ivan Tchotourian , op.cit., p593.

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°50, Voir aussi Ivan Tchotourian, op.cit., p593.

⁴ - Cass.Soc 02 juillet 1948, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p595.

⁵ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°50, Voir aussi Ivan Tchotourian, op.cit., p593.

وهو الأمر الذي دفع إلى الإعتماد على نية الاشتراك للتمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار الزراعي، فأمام غياب معيار قاطع أصبح المجال مناسباً لاعتبار نية الاشتراك العنصر الذي يميز العقدين¹، فهي تقوم في عقد الشركة وتغيب في عقد الإيجار الزراعي، فمن جهة المزارع مستأجر الأرض الزراعية لا يُعتبر مقدم حصة بعمل نظراً لكونه مستقل باستثمار الأرض، فتسيير الاستثمار من طرف المزارع المستأجر يعتبر عنصراً ضرورياً في عقد الإيجار الزراعي²، وعلى العكس من ذلك مقدم الحصة بعمل في الشركة يخضع لرقابة هذه الأخيرة.

ولقد أصبح معيار حصر سلطة إدارة وتسيير المشروع في يد المزارع هو المعيار المعتمد في تكييف عقد الإيجار الزراعي وتمييزه عن عقد الشركة³، ومن جهة أخرى مصالح الأطراف في الإيجار الزراعي إن لم تكن متعارضة، فهي كذلك غير متوازنة، فالمزارع يرغب في الحصول على أعلى إيراد و خلال أقصر وقت ممكن، ليغادر الأرض بعد استنفاد خيراتها، في حين أن مالك الأرض يرغب في استصلاح أرضه والحصول على مردودها أطول مدة ممكنة⁴.

ولقد عمل القضاء الفرنسي على إبراز دور نية الاشتراك في التمييز بين العقدين، مؤكداً أن تكييف العقد كشركة لا يتحقق إلا من خلال الكشف عن وجود إرادة مشتركة للأطراف تعكس وجود شركة، يجمعها عقد واحد، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها⁵ أن وضع الأطراف في القضية المعروضة عليها هو وضع شركاء وذلك نظراً لاتحاد مصالحهم وتعاون كل طرف مع الآخر في الاستثمار من خلال المشاركة في التسيير ومراقبة الأعمال، وبذلك يكون القضاء قد استعملوا مختلف مظاهر نية الاشتراك للكشف عن وجودها ليقرروا بذلك أن العقد الحقيقي المبرم بين المزارع وصاحب الأرض إنما هو عقد شركة وليس إيجار زراعي.

وكذلك نفت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر لها⁶ صفة الإيجار الزراعي عن العقد ليس بسبب اقتسام المحصول في شكل أرباح نقدية بعد بيعه لأن هذه المسألة لا تؤثر في

¹ Ivan Tchotourian, op.cit., p594.

² Cass.3^e Civ, 06 novembre 1974, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, n°283, p234, sur le site : www.lefifrance.gouv.fr date de visie : 11-09-2018, 13 :10.

³ Ivan Tchotourian, op.cit., p595.

⁴ Yves Gyuon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°50.

⁵ Cass.Soc 4 juin 1956, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p595.

⁶ Cass.Soc 24 février 1960, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, n°215, sur le site : www.lefifrance.gouv.fr date de visie : 11-09-2018, 13 :10.

طبيعة عقد الإيجار الزراعي، وإنما بسبب قيام المزارع بإعداد كشف سنوي يتضمن توزيع الأرباح بينه وبين صاحب الأرض بالإضافة إلى تواصله المستمر مع هذا الأخير عن طريق مراسلات تتضمن مختلف الحسابات المتعلقة باستثمار الأرض، وهو ما يدل على وجود شركة بينهما وليس عقد إيجار زراعي حسب ما ورد في القرار.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد دعم موقف الفقه، واعتمد على معايير مختلفة للتمييز بين العقدين، لكن الملاحظ أن معظم هذه المعايير ترتبط بنية الاشتراك وهو ما يؤكد دورها في تكيف عقد الشركة.

3- التمييز بين عقد الشركة وعقد النشر

إن توازن المصالح بين الأطراف باعتباره مظهرًا من مظاهر نية الاشتراك هو الذي يسمح في الأساس بالتمييز بين عقد الشركة وعقد النشر عندما يكون المقابل الذي يتحصل عليه المؤلف عبارة عن نسبة من الأرباح الناتجة عن بيع مؤلفه من طرف الناشر.

فبالرغم من أن كل من المؤلف والناشر يرغبان في نجاح المؤلف، إلا أن مفهوم ونطاق هذه الرغبة يختلف لدى كليهما، فالمؤلف يفضل تقدير المتخصصين لعمله ورواجه بينهم، في حين أن الناشر يبحث عن النجاح التجاري للعمل دون الاهتمام بمضمونه، وبذلك لا يمكن القول بوجود شركة بينهما نظرًا لغياب ركن نية الاشتراك¹، خاصة وأن الناشر يتحمل وحده مخاطر العمل والخسائر الناتجة عنه، كما يتولى إدارته بما في ذلك عمليات التوزيع والتعامل مع المطابع، وتحمل النفقات كثمن الورق وأجرة الطبع والخط ونفقات النقل وغيرها، فتقديم المؤلف لحقه الفكري مقابل حصوله على نسبة من الأرباح المحققة عند بيعه لا يُحوّل هذا التقديم إلى حصة في رأس مال شركة ولا النسبة المذكورة إلى اشتراك في الأرباح².

¹ - Yves Guyon, 1ffectio sociétatis, Juris-classeur, op.cit., n°52.

² - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص149.

غير أن تكييف العلاقة بين الناشر والمؤلف يختلف في الحالة التي يشارك فيها هذا الأخير الناشر تكاليف النشر، حيث تكييف هذه العلاقة على أنها شركة محاصة وليست مجرد عقد نشر، وهذا ما أكدته قانون الملكية الفكرية الفرنسي¹.

كذلك تطرح إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين شخصين يتعاونان في إعداد مؤلف واحد، وهو ما يسمى بالتعاون الأدبي *la collaboration littéraire*، فهل يمكن تكييف العلاقة بينهما على أنها شركة نظرا لوجود حصص متبادلة (حصص بعمل)، ونية اقتسام الأرباح وتحمل المخاطر في حالة عدم النشر، كما أن التعاون في إعداد مؤلف يفترض المساواة بين الأطراف الذين ساهموا في إعداده².

غير أن قانون الملكية الفرنسي حسم المسألة عندما نص على أن المؤلف الجماعي أو المشترك يمنح ملكية أدبية مشتركة بين المؤلفين الذين ساهموا في إعداده³، وهو تقريبا نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁴ حيث أشارت الفقرة الثالثة من المادة 15 منه إلى أن حقوق المصنف المشترك تعود إلى جميع مؤلفيه، وتمارس هذه الحقوق وفق الشروط المتفق عليها فيما بينهم، وإذا لم يتم الاتفاق، تطبق الأحكام المتعلقة بحالة الشيوخ.

رابعا - الإستعانة بمظهر انعدام رابطة التبعية بين الشركاء

يتعارض عقد الشركة مع فكرة التبعية، أي خضوع أحد المتعاقدين للآخر مثلما هو معروف في بعض العقود الأخرى التي تمثل فيها التبعية ركنا أساسيا مثل عقد العمل وعقد الوكالة، غير أن هذه العقود قد تتداخل في بعض الحالات مع عقد الشركة، لذلك تتدخل نية الاشتراك من خلال مظهرها انعدام رابطة التبعية بين الشركاء لتكشف عن عقد الشركة إن وجدت، أو تنفي وجوده إن انعدمت، وهو ما نبينه فيما يلي.

¹ - L'article L. 132-3 du code de la propriété intellectuelle, Loi 92-597, 01-07-1992 annexe JORF 3 juillet 1992, sur le site : www.legifrance.gouv.fr date de visite : 11-09-2018, 13 :10.

² - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n52.

³ - L'article L. 113-3 du code de la propriété intellectuelle: " L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs".

⁴ - الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج.ر. عدد 44 الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2003.

1- تمييز عقد الشركة عن عقد العمل

إن مسألة التمييز بين عقد الشركة وعقد العمل في الأصل لا تطرح أي إشكال نظرا لاختلاف النظام القانوني لكل منهما، فبالإضافة إلى حالة التبعية التي يخضع لها العامل يمثل المقابل الذي يتحصل عليه أجرا محددا، وليس مساهمة في الأرباح، كما أنه معفى من أي مساهمة في الخسائر، وهو ما يتعارض مع التعريف القانوني للشركة¹.

كما أن تكييف العقد على أنه عقد عمل يفرض كذلك في حالة ما إذا تم حساب مقابل العمل استنادا إلى رقم الأعمال وليس استنادا إلى الأرباح المحققة أو في حالة ما إذا اشتمل على تخفيضات أو علاوات تمنح كمقابل للأعمال الإضافية التي قام بها العامل².

غير أن سهولة التمييز بين العقدين تتحول إلى صعوبة عندما يتفق رب العمل مع عماله على مساهمتهم في الأرباح الناتجة عن العمل كمقابل لعملهم بدلا من حصولهم على أجر محدد، فهذا الاتفاق يجعل العلاقة بينهم تقترب إلى حد كبير من عقد الشركة نظرا لما تشتمل عليه من خصائص تتعلق بالشركة، خاصة وأن تقديم خدمات معينة يمكن أن يكون حصة في شركة كما يمكن أن يكون تنفيذا للأعمال المنصوص عليها في عقد العمل، وكذلك الحصول على نسبة من الأرباح يمكن أن يعبر عن المساهمة في الأرباح (كركن من أركان عقد الشركة)، كما يمكن أن يكون طريقة لدفع مرتب العامل، وأكثر من ذلك حق العامل في الحصول على نسبة من الأرباح يمنحه بالتبعية حق مراقبة على الأقل تحديد الأرباح السنوية القابلة للتوزيع³.

ونظرا لهذا التداخل بين العقدين اعترف الفقه والقضاء، لاسيما الفرنسي بدور نية الاشتراك في التمييز بينهما، وركزوا في ذلك على العلاقة التي تربط رب العمل بعماله، فهي تختلف كليا عن تلك التي تجمع بين الشركاء، ليعتمد بذلك الفقه المتخصص في القانون التجاري والقضاء على نية الاشتراك كمعيار للتمييز بين عقد الشركة وعقد العمل.

¹ - المادة 416 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1832 من القانون المدني الفرنسي.

² - Cass.Com 08 juin 1953, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°58, voir aussi Ivan Tchotourian, op.cit., p552.

³ - Ivan Tchotourian, op.cit., p553.

حيث أشار بعض الفقه¹ إلى أن العامل الذي يحصل على أجر في شكل نصيب من الأرباح لا يعتبر شريكا بحصة عمل إذا كانت العلاقة بينه وبين صاحب العمل تقوم على التبعية والخضوع لهذا الأخير، فالعامل حتى ولو كان يحصل على أجره في شكل نصيب من الأرباح لكنه يخضع في تنفيذ أعماله لإرادة صاحب العمل التي تظهر في شكل توجيهات وأوامر يعتبر تماما كالعامل الذي يكون أجره محددا، ولقد لاقى هذا الطرح الفقهي قبولا واسعا لدى فقهاء قانون العمل الذين أسسوا النظام القانوني لعقد العمل على علاقة التبعية بين العامل ورب العمل².

غير أن بعض الفقه³ اقترح عدم الاكتفاء بمظهر انعدام رابطة التبعية للتمييز بين عقد العمل وعقد الشركة، فمن الممكن حسب هذا الإتجاه الفقهي الاعتماد على عناصر أخرى تعبّر على نية الاشتراك، تتمثل في المشاركة في التسيير وقبول المخاطر المحتملة، حيث لا يمكن القول بوجود عقد شركة دون مساهمة كل شريك في إدارة وتسيير أعمال الشركة، وحتى ولو تم تقليص هذه المساهمة إلا أنه لا يمكن حذفها بصورة مطلقة، فإذا تم حذفها بهذا الشكل في العلاقة بين الأطراف يكون العقد بينهم عبارة عن عقد عمل.

وكذلك ما يميز عقد الشركة هو قبول المخاطر المشتركة، فإذا أظهر رب العمل والعامل رغبتهما وإرادتهما في الإتحاد وقبول المخاطر بصفة مشتركة يكون العقد شركة وليس عملا.

وبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، فقد أكد هو الآخر دور نية الاشتراك في التمييز بين عقد الشركة وعقد العمل، حيث استند على غيابها في العلاقة بين الأطراف ليقرر وجود عقد العمل وينفي وجود عقد الشركة.

ففي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية⁴، أيدت هذه الأخيرة ما توصلت إليه محكمة استئناف Montpellier بخصوص استبعاد تكييف العلاقة بين الأطراف على أنها عقد شركة، حيث تضمن حكمها النص على أنّ الإرادة والرغبة المشتركة في الشراكة والتي تتعارض

1- A.Jauffret, droit commercial, T1, 2^{ème} vol, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1980, p52.

2- Ivan Tchotourian, op.cit., p555.

3- P.Didier et C. Saint - Alary, Sociétés, Répertoire Dalloz Sociétés, 1985, p13.

4- Cass.Com 19 novembre 1962, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale, n°181, sur le site : www.legifrance.gouv.fr date de visie : 11-09-2018, 17 :23.

مع كل ما من شأنه أن يخلق رابطة تبعية بين أطراف العقد تعتبر شرطا ضروريا لوجود الشركة، لهذا أكد القضاة عدم وجود عقد الشركة نظرا لقيام علاقة تبعية بين الأطراف.

وتأكيدا للحكم السابق، كيّفت محكمة النقض الفرنسية في حكم لاحق لها¹ الإتفاق المبرم بين شركة إنتاج ومخرج سينمائي على أنه عقد عمل وليس شركة، وذلك نظرا لكون العقد يُخضع اتخاذ جميع القرارات المهمة للموافقة المسبقة للشركة، كما تأكدت المحكمة من خضوع وتبعية المخرج فيما يتعلق بالتنظيم العام والإداري للعمل للشركة، مستنتجة بذلك أن هذه الرقابة التقنية والفنية التي تمارسها الشركة تتعارض قطعا مع استقلالية المخرج وهو ما يعني أن العلاقة بينهما تتميز بوجود رابطة تبعية، ليُكيّف بذلك العقد بينهما على أنه عقد عمل.

وكذلك رفضت محكمة استئناف Limoges تكييف العلاقة بين مُصنّع سياج وعامله على أنها شركة، حيث جاء في حكمها أنه لا يمكن الحكم بوجود شركة ناتجة من الواقع وذلك بسبب عدم وجود العناصر المميزة لعقد الشركة، كما أن تلقي العامل لأجر محدد ووجود رابطة تبعية بينه وبين رب العمل تتعارض مع ما تقتضيه الشركة من ضرورة اقتسام الأرباح والخسائر ونية اشتراك².

كما أكدت محكمة استئناف Paris في حكم صادر لها³ أن الاتفاق المبرم بين وكالات للإعلانات يمثل عقد عمل وليس عقد شركة، حيث أسست حكمها على غياب نية الاشتراك في العلاقة بين الأطراف مؤكدة أنها كركن من أركان الشركة تعبر عن الإرادة المشتركة للتعاون من أجل تحقيق الاستثمار على قدم المساواة، والتي تتعارض مع كل ما من شأنه أن يخلق رابطة تبعية بين الأطراف، وبذلك تكون محكمة الاستئناف من خلال هذا الحكم قد طرحت بعض العناصر المكونة لنية الاشتراك والمتمثلة في الإرادة أو الرغبة أو النية، التعاون أو الاستثمار المشترك، المساواة وانعدام رابطة التبعية بين الأطراف⁴.

وفي المقابل استند القضاء الفرنسي على وجود وقيام نية الاشتراك في العلاقة بين الأطراف ليقرر وجود عقد الشركة وينفي عقد العمل.

¹- Cass.Soc 01 mars 1967, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p558.

²- C.A Limoges 05 juillet 1976, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p559.

³- C.A Paris 16 mars 1988, Bull Joly, n° 05 de mai 1988, §168.

⁴- Ivan Tchotourian, op.cit., p559.

حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها¹ وجود عقد شركة، مبينة أن وجود الحصص، اقتسام الأرباح والتعاون بين الأطراف على قدم المساواة ودون تبعية أحدهم للآخر عناصر تكفي لاستنتاج نية الاشتراك، وهي تمثل قرائن مهمة و دقيقة ومترابطة تدل على وجود عقد شركة، ولقد أسس القضاة حكمهم في هذه القضية على مسألتين، فمن جهة العامل ساعد رب العمل في إعداد الدفاتر وضبط حسابات العمل، ومن جهة أخرى كان للعامل استقلالية في أداء مهامه دعمتها سلطة التصرف في دفاتر الشيكات المتعلقة بالمشروع والتوقيع أمام البنوك.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية كذلك في حكم آخر لها² وجود عقد شركة نظرا لأن العمال ساهموا في الأرباح والخسائر بنسبة محددة، كما شاركوا في الجمعيات العامة، بحيث لم يتركوا التسيير الكامل لمصالحهم المشتركة في يد المسيرين، كما كان كلٌ منهم يتمتع باستقلالية في أداء مهامه، بالإضافة إلى عدم وجود سلطة تأديبية على مستوى المؤسسة.

وانطلاقا مما تقدم يتضح أنّ الفقه والقضاء اعتمد على نية الاشتراك كمعيار يكشف على وجود الشركة، فالاستقلالية في أداء المهام، وفي التسيير والمساهمة في لعب دور فعال في حياة الشركة تعكس وضع الشريك وليس وضع العامل.

وعليه فانعدام رابطة التبعية يعتبر مؤشرا على وجود نية الاشتراك وعنصرا يساعد على التمييز بين عقد الشركة وعقد العمل، فالالتزام بتنفيذ التوجيهات والتعليمات³، إجراء التسريح المتخذ في مواجهة العامل⁴، اعتياد العامل على تقديم حساب مفصل لرب العمل⁵، عدم إمكانية المبادرة أو الإقتراح من طرف العامل⁶، كلها مظاهر تعكس رابطة التبعية وتدل بالتالي على وجود عقد العمل، وفي المقابل الاستقلالية في أداء المهام وتسيير الأعمال، عدم تلقي توجيهات

¹ - Cass.Com 01 mars 1971, , cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p560.

² - Cass.Soc 13 janvier 1994, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p561.

³ - Cass.Soc 20 novembre 1974, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°60.

⁴ - C.A Paris 16 mars 1988, Bull Joly, n°05 de mai 1988, §168.

⁵ - Cass.Com 19 novembre 1962, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, op.cit., n°61.

⁶ - Cass.Soc 22 février 1967, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p563.

دقيقة تتعلق بتنفيذ المهام¹ مظاهر تعكس انعدام رابطة التبعية وبالتالي تدل على وجود عقد الشركة.

فالمعيار الذي اعتمد عليه القضاء الفرنسي في التمييز بين العقدين هو علاقة التبعية التي تُعرّف في فقه قانون العمل² بأنها تلك العلاقات القائمة بين العامل وصاحب العمل، والتي تحددها أحكام وشروط العقد المبرم بينهما، والذي يمنح لصاحب العمل الحق في توجيه ومراقبة العامل أثناء أدائه لعمله، وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة له قصد أداء العمل وفق ما يراه صاحب العمل، كما تُعبّر هذه العلاقة عن التزام العامل بتنفيذ وطاعة هذه الأوامر والتعليمات والتوجيهات الصادرة له من صاحب العمل في الحدود التي يسمح بها القانون والأعراف المهنية، وفي حدود ممارسة وتنفيذ العمل المتفق عليه في عقد العمل وكذا في الحدود التي تقتضيها طبيعة العمل ومستلزماته.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد ربط بين قانون العمل وقانون الشركات مبرزا في نفس الوقت دور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة، فعلاقة التبعية تمثل ركنا من أركان عقد العمل وتغيب وتندم في عقد الشركة³.

2- التمييز بين عقد الشركة وعقد الوكالة

يُعرّف عقد الوكالة أو الإنابة بأنه ذلك العقد الذي بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه⁴، ومن خلال هذا التعريف القانوني يبدو الفرق واضحا بين عقد الشركة وعقد الوكالة، نظرا لما يعكسه من اختلاف في النظام القانوني للعقدين.

¹ - C.A Paris 02 décembre 1987, Bull Joly, n°04 d'avril 1988, §121.

² - أحمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، ج1، علاقة العمل الفردية، الجزائر، 2003، ص14.

³ - Ivan Tchotourian, op.cit., p564.

⁴ - المادة 571 من القانون المدني الجزائري.

غير أن عقد الشركة قد يتداخل مع عقد الوكالة إذا كانت هذه الأخيرة بأجر، وكان هذا الأجر عبارة عن نسبة من الأعمال التي يقوم الوكيل بتنفيذها، أو مساهمة في الأرباح المحققة نتيجة تنفيذ العمل¹.

ويمكن أن تتحقق هذه الفرضية في الحالة التي يمنح فيها شخص وكالة لشخص آخر تتعلق ببيع شيء معين مقابل ثمن محدد، مع الاتفاق على أنه في حال ما إذا قام الوكيل بالبيع بأعلى من الثمن المحدد، فإن تلك الزيادة في ثمن المبيع تكون من نصيبه كمقابل لتنفيذه الوكالة، في هذه الحالة الاتفاق المبرم بين الطرفين يتضمن عناصر الشركة، فمالك الشيء المبيع حدد ثمن البيع ويرغب في تحقيق الربح الذي يمثل هذه القيمة المحددة، وعمل الوكيل يتمثل في تحقيق البيع بهذا الثمن أو بثمان أعلى منه، أي أنه يرغب في الحصول على ربح ممكن، الإشكال الذي يطرح إذن يتعلق بمدى إمكانية اعتبار العلاقة بينهما عقد شركة، خاصة وأن الوكيل يعتبر مقدم حصة بعمل (تنفيذ الوكالة) والموكل مقدم حصة عينية (مال معروض للبيع)².

وتمتد جذور هذه الإشكالية والتداخل بين العقدين إلى الفقه الروماني الذي رفض اعتبار مثل هذه العلاقة بين الطرفين عقد شركة، وذلك نظرا لعدم وجود نية إنشاء الشركة، مؤكدا أن نية الاشتراك *animo contrahendae societatis* وحدها تحدد طبيعة عقد الشركة وحتى فقهاء بداية القرن الحالي اعترفوا بدور نية الاشتراك في التمييز بين العقدين، حيث أشاروا إلى أنه يجب تقرير وجود الشركة إذا ظهرت نية الاشتراك، وفي الحالة العكسية إذا انعدمت يكون العقد مجرد وكالة بسيطة³.

أما بالنسبة للفقه الحديث فلم يكتف بالإشارة إلى دور نية الاشتراك في التمييز بين العقدين بصفة عامة، بل أشار إلى أن انعدام رابطة التبعية بين الأطراف باعتباره مظهرا من مظاهرها هو بالتحديد العنصر المميز بين العقدين، فالشخص الذي يوكل شخصا آخر لإدارة

¹- Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°61.

²- Ivan Tchotourian, op.cit., p584.

³- Ivan Tchotourian, op.cit., p584.

أمواله أو تسيير مشروعه لا يترك له أي حرية فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال المتعلقة بالوكالة¹، فما يميز الوكالة أن الوكيل يكون ملزماً بتنفيذها دون أن يتجاوز الحدود المرسومة له².

وبالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، فقد أصدر بعض الأحكام التي تنوعت بين تكييف العلاقة على أساس أنها عقد وكالة في حالات معينة³، وكعقد شركة في حالات أخرى⁴، لكن دون الإشارة إلى نية الاشتراك كعنصر مميز بين العقدين سواء بصفة صريحة أو حتى ضمنية باستثناء القرار الصادر عن محكمة استئناف Lyon⁵ الذي أقر أن العقد المبرم بين شركة ومالك أراضي ذات طبيعة غابية والمتعلق باستثمار هذه الأراضي لا يشكل عقد وكالة بأجر، وذلك نظراً لأن ملاسبات القضية والظروف المحيطة كشفت أن النية الحقيقية للأطراف اتجهت نحو إنشاء شركة، حيث أشار القضاء في هذه القضية أن الشرط الذي يُصرّح من خلاله الأطراف عن عدم الرغبة في إنشاء الشركة لا يعبر بالضرورة عن النية الحقيقية لهم، ولا يستبعد إمكانية ارتباطهم بشركة محاصة.

ليكون بذلك الفقه الفرنسي قد أبدى اهتماماً أكبر من القضاء بدور نية الاشتراك في التمييز بين عقد الشركة وعقد الوكالة مقابل حصول الوكيل على نسبة من الأرباح.

وإضافة إلى الدور الذي تلعبه نية الاشتراك في تمييز عقد الشركة عن بعض العقود المشابهة وتقرير وجوده، تمتد أهميتها إلى درجة تقرير بطلان عقد الشركة إذا تخلفت عند إبرامه، وهو ما فصله في الفرع الموالي.

¹ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°61.

² - المادة 575 من القانون المدني الجزائري.

³ - C.A Bordeaux, 07 juin 1836, C.A Poitiers, 06 juin 1871, C.A Versailles, 13 février 1992, cités par Ivan Tchotourian, op.cit., p586.

⁴ - Civ, 04 juin 1860, Civ, 21 mars 1876, cités par Ivan Tchotourian, op.cit., p586.

⁵ - C.A Lyon, 13 janvier 1943, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p587.

الفرع الثاني

أثر انعدام نية الاشتراك عند إبرام عقد الشركة

تقاديا للآثار الناتجة عن بطلان الشركات، يلاحظ أن كلّ من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي حدّدا الحالات التي يتقرر فيها البطلان، ليفضلا بذلك إصلاح الوضع في الحالات التي لم يتقرر فيها البطلان.

وحالات بطلان الشركات في القانون الفرنسي منصوص عليها في المادتين 10-1844 من القانون المدني¹، والمادة 235-1 الفقرة الأولى من القانون التجاري²، والملاحظ بالنسبة للقانون الجزائري أن القانون المدني لا يتضمن نصا مماثلا لنص المادة 10-1844 من القانون المدني الفرنسي، حيث تضمنت هذه المادة النص على أنّ بطلان الشركة لا يمكن أن يتحقق إلا في حالة مخالفة نصوص المواد 1832، 1-1832 الفقرة الأولى والمادة 1833 من القانون المدني، أو إذا تحقق سبب من أسباب بطلان العقود بصفة عامة، أما المادة 235-1 الفقرة الأولى من القانون التجاري الفرنسي فهي مطابقة تقريبا لنص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري التي تتضمن النص على: " لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود، وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة، فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشتمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني".

والملاحظ من خلال هذه النصوص أنه لا توجد أي إشارة صريحة إلى أنّ تخلف ركن نية الاشتراك يمثل سببا لبطلان عقد الشركة، فبالرغم من أن القانون المدني الفرنسي أشار إلى أن

¹ - Art. 1844-10: " La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1 alinéa 1^{er} et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général... »

² - Art. L 235-1: " La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement, ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil ».

البطلان يترتب في حالة مخالفة نص المادة 1832 المعرفة لعقد الشركة، إلا أنه وكما رأينا سابقا لم تتم الإشارة صراحة إلى ركن نية الاشتراك في هذه المادة.

وهو ما جعل هذه المسألة محل نقاش فقهي، فبالرغم من استقرار الفقه على اعتبار انعدام ركن نية الاشتراك يمثل سببا من أسباب بطلان عقد الشركة، إلا أن ذلك لم يتحقق إلا بعد جدل فقهي وقضائي واسع لاسيما في فرنسا، وذلك بسبب ارتباط مفهوم كل من البطلان والوهمية والإنعدام (عدم الوجود)¹.

فبداية ربط الفقه² بين انعدام نية الاشتراك واعتبار الشركة وهمية لتقرير بطلانها، حيث أقر أن غياب ركن نية الاشتراك يكفي لاعتبار أي شركة وهمية³، مما يؤدي إلى بطلانها فالشركة التي لا يكون للشركاء فيها نية التصرف كشركاء حقيقيين تكون شركة وهمية، وبالنتيجة شركة باطلة، ليمثل بذلك ركن انعدام نية الاشتراك سببا من أسباب البطلان⁴.

فالفقه ركز في تعريفه للشركة الوهمية على انعدام ركن نية الاشتراك، بحيث تعتبر الشركة وهمية إذا لم تتوافر في الأشخاص الذين يظهرون كشركاء فيها المعايير المميزة لصفة الشريك خاصة الرغبة في التصرف كشركاء (أي نية الاشتراك)، وتتحقق هذه الحالة خاصة إذا كان جميع الشركاء مستعارين، أي يعملون لحساب أشخاص آخرين يستترون خلفهم⁵.

كما أقر القضاء الفرنسي⁶ كذلك أن اعتبار الشركة وهمية يرتبط في جميع الحالات تقريبا بانعدام نية الاشتراك أو بعدم تقديم الحصص، فغياب الإرادة المشتركة للشراكة، والتقديم المشترك للحصص يجعل الشركة وهمية، وبالنتيجة يكون سببا في بطلانها، ليؤكد القضاء الفرنسي بذلك أن بطلان الشركة بسبب انعدام نية الاشتراك لا يتحقق إلا بعد تقرير أن الشركة وهمية.

¹ - Ivan Tchotourian, op.cit., p84.

² - M.Coizan, A.Viandier et F.Deboissy, Droit des sociétés, 14^{ème} éd, Litec, Paris, 2001, p69. Voir aussi J-P Legros, Nullité des sociétés- Présentation général, Juris-Classeur, Sociétés, Fasc10-32, 2000, n°134.

³ - Arlette Martin-Serf, Sociétés fictives et frauduleuses, Juris-Classeur, Sociétés, fasc7-40, 1998, n°04

⁴ - Paul Le Cannu, op.cit., p95.

⁵ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p52.

⁶ - C.A Rouen 06 juin 1973, C.A Aix-En-Provence 07 avril 1971, citées par Ivan Tchotourian, op.cit., p85.

وهو ما دفع جانبا من الفقه¹ إلى القول بأنه إذا كان انعدام نية الاشتراك يجعل الشركة وهمية تماما كما يفعل عدم تقديم الحصص، فإن ذلك يجعله (أي انعدام نية الاشتراك) يمثل أحد أسباب البطلان في جميع أنواع الشركات.

غير أن إدماج مفهوم انعدام نية الاشتراك ومفهوم وهمية الشركة، جعل الفقه يطرح إشكالا آخر يتعلق بطبيعة الجزاء المترتب عن انعدام نية الاشتراك هل هو بطلان أو انعدام (عدم وجود inexistence)، خاصة أن النقاش الفقهي المتعلق بانعدام الشركة ارتبط في أغلب الأحيان بالوهمية، على أساس أنّ انعدام الشركة يتحقق بسبب وهميتها².

وانعدام الشركة يتقرر كجزاء بديل للبطلان في الحالات التي لا يوجد فيها نص قانوني يشير صراحة إلى الجزاء المترتب، أو في الحالات التي ينعدم فيها ركن أساسي من أركان العقد دون وجود نص قانوني كذلك يشير إلى الجزاء المترتب، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يمكن للعقد أن يقوم³، وعليه فالأمر الذي دفع إلى تبني نظرية انعدام الشركة كجزاء يترتب عن انعدام ركن نية الاشتراك هو غياب نص قانوني صريح يشير إلى الجزاء المترتب عن انعدام هذا الركن الجوهري في عقد الشركة.

لكن ما تجب الإشارة إليه أن الفقه، خاصة الفرنسي لم يجمع على تطبيق هذه النظرية، حيث انقسم إلى اتجاهين، اتجاه اعترف بنظرية الانعدام في قانون الشركات، واتجاه آخر رفض هذا المفهوم ووجه له العديد من الانتقادات.

وبالنسبة للفقه المؤيد لنظرية انعدام الشركة⁴، انقسم بدوره إلى اتجاهين، اتجاه اعترف لها بمجال تطبيق واسع، حيث تطبق في حالة تخلف أي ركن من الأركان الضرورية لعقد الشركة

¹ - V.Magnier, Droit des sociétés, 1^{ère} éd, Dalloz, Paris, 2002, p18, Voir aussi G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p24.

² - Ivan Tchotourian, op.cit., p85.

³ - IvqnTchotourian, op.cit., p86.

⁴ - P.Malaurie, L.Aynèse, Droit civil, Obligations, T 06, 9^{ème} éd, Gujas, 1999. F.Terré, P.Simler et Y.Lequette, Droit civil, Les obligations, 8^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2002. M.De Juglart, B.Ippolito, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, Vol 02, 8^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 1988. E. Thaller, Traité général théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, T01, Rousseau, 1988.

دون نص القانون على بطلان العقد في هذه الحالة، ليمثل بذلك انعدام نية الاشتراك جزء من مجال التطبيق هذا¹.

أما الإتجاه الآخر المؤيد لهذه النظرية، فقد ضيق من نطاق تطبيقها وحصره فقط في نطاق الشركة الوهمية، حيث تكون هذه الأخيرة منعدمة وليست باطلة، وذلك نظرا لأن الإشكال الذي تطرحه هذه الشركة لا يتعلق بمدى صحتها وإنما بمدى وجودها².

وبعض الفقه³ ذهب إلى أبعد من ذلك فيما يتعلق بتضييق نطاق تطبيق نظرية انعدام الشركة و قام بحصره فقط في حالة انعدام نية الاشتراك، حيث يكون عقد الشركة وهميا وبالتالي منعدما في الحالة التي لا يكون فيها للشركاء أي رغبة في الشراكة، لذلك أقر هذا الاتجاه الفقهي أن الدعوى التي ترفع في هذه الحالة هي دعوى تقرير الوهمية أو دعوى تقرير انعدام الشركة وليست دعوى البطلان، غير أن هناك جانبا آخر من الفقه⁴ ربط الوهمية بالصورية ليقر بذلك أن دعوى الصورية هي التي تقرر انعدام الشركة، فالانعدام كجزء يلحق عقد الشركة يمكن إدماجه في قانون الشركات التجارية من خلال دعوى الصورية.

وإضافة لما سبق عرض جانب من الفقه⁵ بعض المزايا التي تقدمها نظرية انعدام الشركة مشجعا على العمل بها، ومن أهم هذه المزايا أنه عند تقرير انعدام الشركة لا يكون هناك أي مجال للحديث عن شخصية معنوية، حيث ينقضي العقد وكأنه لم يتم إبرامه أصلا ولذلك فالشركة المنعدمة لا يمكن أن تكون محل إجراءات جماعية، كما لا يمكن تطبيق نظام التصفية أو أحكام القانون الأساسي للشركة المنعدمة، أي أن هذه النظرية تتماشى مع الأثر الرجعي الذي يرتبه البطلان المعروف في النظرية العامة للعقود والالتزامات.

ولقد لاقى هذا الرأي بعض التأييد من جانب فقهي آخر⁶ ينتقد الأثر الرجعي للبطلان في حالة انعدام نية الاشتراك مشيرا إلى أن عدم الاعتراف بالأثر الرجعي للبطلان في حالة انعدام

¹ - P.Malaurie, L.Aynèse, Ibid, p316. Voir aussi F.Terré, P.Simler et Y.Lequette, op.cit., p100.

² - J.Calais-Auloy, Sociétés fictives, Répertoire Dalloz, Sociétés, 1971, n°03. Voir aussi M.De Juglart, B.Ippolito, op.cit., p182.

³ - E. Thaller, op.cit., p182.

⁴ - Ivan Tchotourian, op.cit., p94.

⁵ - Ivan Tchotourian, op.cit., p98.

⁶ - Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p160.

نية الاشتراك يطرح إشكالا، وذلك نظرا لأن تصفية الشركة نتيجة تقرير بطلانها ستنتم وفقا لما هو منصوص عليه في نظامها الأساسي، حيث يطرح التساؤل في هذه الحالة عن كيفية تطبيق القاضي لنظام أساسي لشركة لم يرغب الأطراف أصلا في إنشائها نظرا لانعدام نية الاشتراك لديهم.

غير أنه من جانبنا يمكن أن نعقب على ما سبق ونشير إلى أنه إذا كان العرض السابق يشكل مزايا، فكيف يمكن تبرير موقف القضاء الذي رسخ نظرية الشركة الفعلية، والتي جعلت من بطلان الشركة بطلانا من نوع خاص، هدفه حماية الغير والمحافظة على استقرار المعاملات والمراكز القانونية المكتسبة.

ولم يكتف الاتجاه الفقهي السابق بما عرضه من مزايا، حيث أضاف أن تطبيق نظرية انعدام الشركة يسمح بتفادي الصعوبة التي تطرحها المادة 235-3 من القانون التجاري الفرنسي (تقابلها المادة 735 من القانون التجاري الجزائري، والتي تنص على أن دعوى البطلان تنقضي إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان هذا البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة)، وعليه إذا كان سبب البطلان هو انعدام نية الاشتراك، فكيف يتم إصلاح هذا العيب، فمثل هذا القول (إصلاح انعدام نية الاشتراك) يعتبر مبالغا فيه¹.

لكن وبالرغم من المزايا التي عرضها الفقه المؤيد لنظرية انعدام الشركة، إلا أن هذه الأخيرة تعرضت للعديد من الانتقادات وواجهت معارضة شديدة، على أساس أنه لا يوجد أي اختلاف بين نظام الانعدام والبطلان، فالبطلان المطلق لأي عقد حتى وإن لم يكن منظما قانونا يعني عدم وجوده، خاصة وأن بعض مؤيدي نظرية انعدام الشركة أقروا أن دعوى تقرير الانعدام تخضع لنفس نظام التقادم الذي تخضع له دعوى البطلان المطلق، وهو ما دفع إلى التشكيك في تطبيق هذه النظرية².

¹- Ivan Tchotourian, op.cit., p97.

²- J.Flour, J-L.Aubert, Les obligations, 8^{ème} éd, Armand Colin, 1998, p234.

وإضافة لما سبق، تم نقد هذه النظرية كذلك على أساس أن صياغة المواد 1-235 من القانون التجاري الفرنسي، 10-1844 من القانون المدني (التي تضمنت الإشارة إلى حالات بطلان الشركات) لم تتضمن أي إشارة إلى انعدام الشركة¹.

وبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي حول نظرية انعدام الشركة، فقد عرف صدور بعض القرارات القليلة التي عكست الموقف المتذبذب له حول تبني هذه النظرية، مقارنة مع تمسكه الشديد بنظرية بطلان الشركة خاصة بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية في 16 جوان 1992² والذي أكدت من خلاله أن البطلان يمثل الجزاء الوحيد المترتب عن انعدام نية الاشتراك.

لكن وقبل صدور هذا القرار طبق القضاء الفرنسي في بعض الحالات نظرية انعدام الشركة، حيث لم يستعملها فقط كبديل لنظرية البطلان، وإنما قرر انعدام الشركة حتى في الحالات التي كان فيها البطلان قابلاً للتطبيق³.

وفي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية⁴ اعتبرت هذه الأخيرة أن الشركة التي لا يحمل فيها الشركاء المؤسسين أي نية في الاشتراك لا يكون لها بأي حال من الأحوال وجود قانوني، حيث استعملت المحكمة في هذا القرار صياغة تدل على الانعدام وليس البطلان "juridique d'existence eu jamais n'a..."

وفي قرار آخر صادر عنها⁵ طبقت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى نظرية الانعدام أين أقرت بطلان عملية التنازل عن الحصص وألزمت المتنازل بالتعويض لصالح المتنازل له ليس استناداً إلى بطلان الشركة، لأن القضاة لم ينطقوا بذلك، وإنما استناداً إلى انعدامها.

بالإضافة إلى موقف محكمة النقض الفرنسية، عرف القضاء الفرنسي صدور قرارات أخرى عن محكمة استئناف باريس، طبقت هي الأخرى من خلالها نظرية انعدام الشركة، ففي حكم

¹- Philippe Merle, op.cit., p95.

²- Cass.Com 16 juin 1992, Bull Joly n°09 de septembre 1992, §313.

³- Cass.Civ 1^{ère} 05 mars 1991, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p87.

⁴- Cass.Civ 3^{ème} 22 juin 1976, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p88.

⁵- Cass.Com 19 décembre 1983, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p89.

صادر لها¹ أشارت إلى الاختلاف بين الشركة الوهمية والشركة الباطلة، فالأولى تكون منعدمة لذلك أقرت عدم إمكانية تطبيق الأحكام المتعلقة بدعوى البطلان خاصة ما يتعلق منها بالتقادم على الشركة محل الدعوى، مؤكدة أن الشركة الظاهرة (الصورية) لا تتمتع بالشخصية المعنوية وذلك نظرا لعدم وجود أي دلالة، لا على ركن نية الاشتراك، ولا على تقديم حصص أو توزيع أرباح.

وفي حكم آخر صادر لها² أشارت المحكمة إلى العلاقة الأكيدة والثابتة بين انعدام ركن نية الاشتراك والانعدام كجزاء يلحق عقد الشركة، حيث رفض القضاة طلب انعدام الشركة المقدم من قبل الأطراف، وذلك لأنهم توصلوا إلى وجود نية اشتراك بين أطراف العقد، نظرا لأن أغلبية الأطراف كانوا متعاونين بطريقة ايجابية وفعالة وعلى قدم المساواة في إطار تحقيق مصلحة مشتركة، بالإضافة إلى تعاونهم في إدارة الشركة حيث كان كل منهم يمارس سلطة المراقبة، نقد طريقة التسيير، يشارك في سير أعمال الشركة بكل حرية من خلال الجمعيات العامة، وهو ما دفع القضاة إلى تقرير أن الاهتمام بأعمال الشركة وتسييرها والذي يعكس إرادة التصرف كشريك يعبر عن نية الاشتراك، وبالتالي رفض طلب انعدام الشركة.

أما بالنسبة للإجتihad القضائي الفرنسي الحالي، فقد تخلص عن هذا الموقف المتعلق بتقرير انعدام الشركة، لنتجه بقوة نحو تبني موقف مغاير، عكس من خلاله تطبيق نظرية البطلان فانطلاقا من سنة 1992، أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها³ أن الشركة الوهمية شركة باطلة وليست منعدمة حسب ما ورد في القرار بصريح العبارة *une société fictive est une société nulle et non inexistante*.

وبعد هذا القرار تبنت محكمة استئناف باريس موقفا مماثلا تماما في حكم صادر لها⁴ حيث أقرت كذلك وبصريح العبارة أن الشركة الوهمية بسبب انعدام ركني نية الاشتراك وتقديم الحصص، شركة باطلة وليست منعدمة.

¹- C.A Paris, 23 décembre 1975, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p89.

²- C.A Paris, 10mai 1995, Bull Joly, n°09 de septembre 1995, §256.

³- Cass.Com 16 juin 1992, Bull Joly, op.cit., §313.

⁴- C.A Paris, 12 décembre 1992, Bull Joly, n°03 de mars 1993, §88.

وبذلك لم يترك القضاء الفرنسي أي مجال للشك حول الجزاء المترتب عن انعدام نية الاشتراك من خلال مختلف الصياغات التي وردت بها أحكامه، مؤكداً أن انعدام نية الاشتراك يمثل سببا مستقلا من أسباب بطلان الشركات، مشيرا إلى أنه بطلان مطلق يختلف عن ذلك المعروف في مجال العقود بصفة عامة نظرا لاختلاف نية الاشتراك عن ركن التراضي في العقد¹.

وبالنسبة للفقهاء استقر هو الآخر على أن البطلان هو الجزاء الذي يفرض في حال وجود عيب من عيوب تأسيس أي شركة، وهو ما دفع إلى استبعاد الانعدام كجزاء يلحق الشركة خاصة بعد موقف محكمة النقض الفرنسية عام 1992²، لذلك فإن أغلب الفقهاء³ حاليا يقر بأن انعدام ركن نية الاشتراك يمثل سببا من أسباب البطلان.

لكن وبعد استقرار الفقه على هذا الرأي، يُمكن أن نطرح إشكالا يتعلق بشروط تطبيق هذا الجزاء، فهل يفرض بطلان الشركة بسبب انعدام نية الاشتراك في جميع مراحل الشركة، أم أن هناك مرحلة محددة فقط، يؤدي غياب نية الاشتراك أثناءها إلى بطلان الشركة.

أكد العديد من الفقهاء⁴ في هذا الخصوص على الدور الذي تلعبه نية الاشتراك أثناء حياة الشركة، لذلك لا بد من استمرارها خلال هذه المرحلة، غير أنهم في المقابل أقرّوا أن غيابها أثناء حياة الشركة لا يترتب عليه بطلان الشركة وإنما حلّها، خاصة إذا قام خلاف بين الشركاء.

لذلك استقر الفقه على أن بطلان الشركة بسبب انعدام نية الاشتراك يتحقق فقط في حالة غياب هذا الركن عند تأسيس الشركة، أي وقت إبرام العقد، خاصة وأن القضاء الفرنسي قد دعم هذا الرأي⁵ مؤكداً أن انعدام نية الاشتراك عند تأسيس الشركة فقط يجعلها باطلة، أما غيابها أثناء حياة الشركة فلا يسبب بطلانها، وإنما قد يترتب عنه حلّها.

¹ - Bernard Saintourens, Note sous C.A paris, 03 novembre 1998, Bull Joly, n°02 de février 1999, §52.

² - Ivan Tchotourian, Op.Cit, p99.

³ - بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص136، مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص 318، الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركة، المرجع السابق، ص 344. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص176.

⁴ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°63, Venzon Christophe, op.cit., p38, Deborah Eskinazi, op.cit., p15.

⁵ - Cass.Com 06 octobre 1953, Cass.Com 19 mai 1969, Cass.Civ.1^{ère} 24 octobre 1978, citées par Ivan Tchotourian, op.cit., p119.

فما يجب تأكيده عند الحديث عن البطلان، أن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط والأركان عند إبرامه، فإذا تخلف أحد هذه الشروط أو الأركان فإن العقد لا ينعقد، لذلك فالبطلان هو الجزاء المترتب عن تخلف شرط أو ركن من أركان العقد، بمعنى أن البطلان لا يرتبط إلا بتخلف شرط أو ركن من أركان العقد¹، ونتيجة لهذا فإن انعدام نية الاشتراك لا يمكن أن يسبب بطلان الشركة إلا إذا تحقق ذلك وقت إبرام عقد الشركة، وعليه فزوال نية الاشتراك أثناء حياة الشركة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب بطلان الشركة².

وإذا كان انعدام نية الاشتراك لدى جميع الشركاء عند إبرام عقد الشركة لا يطرح أي إشكال لأنه يؤدي حتما إلى بطلان الشركة، فإن انعدامها لدى أحد أو بعض الشركاء هو ما يطرح الإشكال، وهو ما دفع بالأستاذ Le Cannu إلى التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظرية البطلان الجزئي في حالة انعدام نية الاشتراك لدى أحد الشركاء أو أقلية منهم عند إبرام عقد الشركة، أين يكون العقد بالنسبة لهم باطلا وصحيحا بالنسبة لبقية الشركاء الذين تكون لديهم نية في الاشتراك، وذلك قياسا على البطلان الجزئي المطبق في حالة الشروط الأسدية أين يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا بالنسبة لشركات الأموال³.

غير أن هذا الإشكال يطرح فقط بالنسبة للشركات التي تقوم على ركن تعدد الشركاء ففي الشركات ذات الشخص الوحيد أين يوجد شريك واحد، لا تطرح إشكالية البطلان الجزئي لأنه إذا تحقق انعدام نية الاشتراك لدى هذا الشريك الوحيد كانت الشركة باطلة⁴.

وقبل التطرق إلى موقف الفقه في هذا الخصوص لا بد من الإشارة إلى أن البطلان الجزئي للعقد يقصد به بطلان شرط من شروطه دون أن يتأثر العقد بهذا البطلان⁵، بحيث يستمر العقد (أي يبقى قائما)، أما الشرط الباطل فيعتبر وكأنه لم يكن⁶.

وعليه يبدو أن نظرية البطلان الجزئي تتعلق بالشروط الواردة في العقود، لذلك فإن تطبيقها في حالة انعدام ركن نية الاشتراك لدى بعض الشركاء فقط كان محل انتقاد، فمن جهة

¹ J.Flour, J.L- Aubert, op.cit., p230.

² Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p83.

³ Paul Le Cannu, op.cit., p99.

⁴ Ivan Tchotourian, op.cit., p123.

⁵ J.Flour, J.L-Aubert, op.cit., p263. Voir aussi P.Malaurie, L.Aynès, op.cit., p332.

⁶ J.Carbonnier, Les obligation, T04, 22^{ème} éd, P.U.F, 2000, p204.

نية الاشتراك لا تمثل شرطا من الشروط المتضمنة في العقد، إلا إذا تضمن النظام الأساسي للشركة شرطا يشير صراحة أو ضمنا إلى قيام نية الاشتراك لدى الشركاء، ومن جهة أخرى حتى ولو تم اعتبارها تتعلق بشرط من شروط العقد، فإن ذلك يجعل منها عنصرا ثانويا، وهو ما يتعارض مع اعتبارها جوهر وأساس كل شركة¹.

وبالرغم من أن الرأي استقر على عدم إمكانية تطبيق البطلان الجزئي في حالة انعدام نية الاشتراك لدى أحد أو بعض الشركاء عند إبرام عقد الشركة، إلا أن ذلك لم يمنع بعض الفقه² من الاستناد إلى البطلان الجزئي الذي يتحقق في حالة الشروط الأسدية للقول بإمكانية تطبيقه في حالة انعدام نية الاشتراك، نظرا لأن هذه الأخيرة تمثل أساس منع إدراج الشروط الأسدية في عقد الشركة، فوجود مثل هذه الشروط التي تسمح لأحد الشركاء أو بعضهم بحصة الأسد في الأرباح أو تعفيه تماما من الخسارة يعني غياب نية الاشتراك لدى هؤلاء الشركاء.

غير أن استقرار الرأي على النحو السابق عرضه، أدى إلى طرح إشكال آخر يتعلق بمدى تأثير انعدام نية الاشتراك لدى أحد الشركاء أو بعضهم عند إبرام العقد على شركة تتكون من العديد من الشركاء، هل يكون العقد صحيحا، أم أنه يكون باطلا، أو بمعنى آخر هل نية الاشتراك باعتبارها ركن من أركان الشركة تمثل عنصرا معنويا ينعكس بصفة انفرادية لدى كل شريك، أم أنها تمثل وحدة مشتركة بينهم³.

الآراء الفقهية التي قامت بتحليل ما إذا كان انعدام نية الاشتراك لدى أحد أو بعض الشركاء كافيا لبطلان الشركة ككل كانت نادرة جدا ومتعارضة، فبعضها أشار إلى أن انعدام نية الاشتراك لدى شريك واحد عند إبرام عقد الشركة يؤخذ في الاعتبار ويكون سببا كافيا لبطلان الشركة⁴.

والبعض الآخر أشار إلى ضرورة حساب عدد الشركاء الذين يحملون نية الاشتراك، فإذا كانوا أغلبية، لا بد من اعتبار العقد صحيحا، غير أن هذا الرأي طرح إشكالا آخر، فهل يؤخذ في الاعتبار عدد الشركاء أو نسبة مساهمتهم في الشركة، فإذا كانت تحسب بعددهم، فيمكن أن

¹- Ivan Tchotourian, op.cit., p127.

²- J.Escarra, E.Escarra, et J.Raulaut, citées par Ivan Tchotourian, op.cit., p128.

³- Ivan Tchotourian, op.cit., p128.

⁴- E.Thaller, op.cit., p532.

يكون مالك الأغلبية لا يحمل أي نية في الاشتراك، فهل تكون الشركة في هذه الحالة باطلة وكذلك هل تكون باطلة أو صحيحة إذا تساوى عدد الشركاء (نصف منهم له نية في الاشتراك والنصف الآخر لا نية اشتراك لديه)¹.

والبعض الآخر ربط أثر انعدام نية الاشتراك بنوع الشركة، فإذا انعدمت لدى شريك واحد في شركة من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي كان ذلك سببا كافيا لبطلان الشركة، أما إذا تحقق ذلك في شركة من شركات الأموال، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الشركة².

غير أن هذا الرأي تعرض كذلك للنقد على أساس أن نية الاشتراك والاعتبار الشخصي لا ينعلمان تماما في شركات الأموال³ كما سبق ورأينا في دراستنا من خلال الفصل الأول.

وما زاد المسألة تعقيدا اختلاف موقف القضاء الفرنسي، حيث تباينت أحكامه وتعارضت دون أن يقدم حججا قاطعة، ففي حالات أقر بطلان الشركة بسبب انعدام نية الاشتراك لدى شريك واحد⁴، وفي حالات أخرى رفض تقرير بطلان الشركة بالرغم من انعدامها لدى عدة شركاء⁵، ولذلك بقي تقرير هذه المسألة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومن جهتنا يمكن أن نشير في هذا الخصوص إلى أن عدم التنظيم القانوني لبطلان الشركة بسبب انعدام نية الاشتراك هو الذي سبب هذا الاختلاف بين المواقف الفقهية والقضائية المتعلقة بهذه المسألة، فلو تم ضبطها قانونا من خلال إحاطتها بالتنظيم الكافي، لتفادى الفقه وخاصة القضاء الخوض في إيجاد حل لها.

ومما سبق يمكن القول أن الفقه والقضاء اعتمد بشدة على نية الاشتراك للكشف عن عقد الشركة في الحالات التي يتداخل فيها مع غيره من العقود المشابهة، مؤكدا أن انعدامها عند إبرام العقد يترتب عليه بطلان الشركة، ولم يكتف الفقه والقضاء بالإعتماد عليها في هذه

¹- Ivan Tchotourian, op.cit., p129.

²- Paul Le Cannu, op.cit., p95.

³- Ivan Tchotourian, op.cit., p131.

⁴- Cass.Com 06 octobre 1953, C.A Paris 05février 1979, citées par Ivan Tchotourian, op.cit., p133.

⁵- C.A Paris 03 novembre 1998, Bull Joly n°03 de mars 1999, §69. C.A Paris 10 mai 1995, Bull Joly n°09 de septembre 1995, §256.

المسألة فقط، وإنما اعتمد عليها كذلك للكشف عن وجود الشركات التي لا تمتع بالشخصية المعنوية، وهو ما فصله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركات المجردة من الشخصية المعنوية

تعتبر نية الاشتراك أهم عنصر يساعد في الكشف عن الشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، أي تلك الشركات الغير مقيد في السجل التجاري¹.

فحتى يستطيع القاضي الكشف على مثل هذه الشركات، يجب عليه البحث في مختلف العناصر المكونة للشركة والضرورية لتكييفها لاسيما نية الاشتراك، فالتحقق من وجود هذا العنصر يكتسي أهمية كبيرة، خاصة في الحالات التي لا تظهر فيها الشركة صراحة، كما هو الحال بالنسبة لشركة المحاصة التي تُعرّف على أنها شركة مستترة ليس لها شخصية معنوية بالرغم من أنها تقوم على فكرة العقد نظرا لاتفاق الأطراف على التزام كل منهم بالمساهمة في مشروع مشترك قصد اقتسام الأرباح والخسائر الناتجة عنه².

وهذا الوضع المستتر لعقد الشركة جعلها تتداخل في كثير من الأحيان مع عقود أخرى مشابهة مثل عقد القرض مع المشاركة في الأرباح، وعقد العمل مع المشاركة في الأرباح، لذلك يظهر دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة وتمييزها عن تلك العقود المشابهة.

وكذلك الشركة الناتجة من الواقع التي تُستنتج من تصرفات الشركاء الفعليين ولا تستند إلى عقد، فهذا النوع من الشركات أوجده الاجتهاد القضائي، خاصة الفرنسي الذي اشترط لقيام الشركة الناتجة من الواقع ضرورة اجتماع العناصر المميزة لعقد الشركة، بما فيها نية الاشتراك التي اعتبرها العنصر الحاسم في تحديد وجود هذا النوع من الشركات، بحيث لا يكفي مجرد تقديم الحصص والمساهمة في الأرباح والخسائر للقول بوجود شركة ناتجة من الواقع³.

¹ - Lamy, Sociétés commerciales, L'affectio societatis, n°4790.

² - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص 481.

³ - Cass.Civ 1^{ère} 12 mai 2004, Bull Joly n°10 d'octobre 2004, §260. Voir aussi Cass.Com 22février 2005, Bull Joly n°07 de juillet 2005, §201.

وأیضا یمتد دور نية الاشتراك للكشف عن الشركة في طور التأسيس، التي ینحصر نشاطها إجمالاً قبل قیدها في السجل التجاري بإبرام التصرفات وإنجاز الأعمال الضرورية لتمكين الشركة من مباشرة النشاط الذي أنشئت من أجله¹، حيث تتدخل نية الاشتراك هنا لتمييز الشركة في طور التأسيس عن ما یسمى بمشروع الشركة، وكذلك عن الوعد بالشركة.

وهو ما نفصله في هذا المطلب من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة والشركة الناتجة من الواقع، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركة في طور التأسيس.

الفرع الأول

دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة والشركة الناتجة من الواقع

تعتبر كل من شركة المحاصة والشركة الناتجة من الواقع شركات لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وهو الأمر الذي جعل من الصعب جدا الكشف عن وجودها، لكن كون كلا الشركتين لا تتمتعان بالشخصية المعنوية لا يعني أنهما متماثلتان، فكل منهما تتميز عن الأخرى، ومعیار التمييز بينهما یستند بصورة رئيسية إلى كون شركة المحاصة تنشأ بإرادة الشركاء الذين یقصدون منذ تأسيسها إبقاءها مستترة (أي أنها تقوم عل عقد)، أما الشركة الناتجة من الواقع فتنشأ من الواقع من خلال تصرفات الشركاء الفعليين الذين لم یعبروا عن إرادة تأسيس الشركة² وبالرغم من أن المشرع الفرنسي أخضعهما لنفس النظام³، إلا أن ذلك كان محل نقد شديد من الفقه⁴ الذي اعتبر أن خضوع الشركة الناتجة من الواقع لنظام شركة المحاصة یمثل تنظيماً خطيراً ووهمياً في آن واحد.

والواقع أن القضاء الفرنسي هو الذي عمل على إبراز دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركتين من خلال مختلف الأحكام الصادرة عنه، وهو ما نفصله فيما يلي.

¹ - بياراميل طوبيا، المرجع السابق، ص18.

² - Philippe Merle, op.cit., p 777.

³ - L'art 1873 du code civil: " Les disposition du présent chapitre (chapitre 3 de la société en participation) sont applicable aux sociétés créée de fait ».

⁴ - Philippe Merle, op.cit., p777.

أولاً - دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة

شركة المحاصة تمثل في الواقع عقد شركة، لكن ما يميزها عن بقية الشركات عدم تقييدها في السجل التجاري، وبالنتيجة عدم تمتعها بالشخصية المعنوية وما يترتب عنها من آثار¹.

فهي تمثل طريقة من طرق التعاون الاقتصادي الذي يؤدي إلى خلق شركة دون شخصية قانونية نظراً لكونها مستترة لا تخضع لإجراءات التسجيل والإشهار القانوني².

فمن المقرر قانوناً أن الشركة عبارة عن عقد بين شخصين أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع معين بهدف اقتسام الأرباح والخسائر الناتجة عن هذا المشروع³، وعلى ذلك فالشركة تتكون من عنصرين أساسيين هما التصرف القانوني المنشئ للشركة وهو العقد، والشخص المعنوي الناشئ عن العقد، وإن كانت الشركات المقيدة في السجل التجاري لا تخرج عن المعنى السابق للشركة، فإن شركة المحاصة وإن كانت من شركات الأشخاص⁴، إلا أنها تختلف عنها في عدم تمتعها بالشخصية المعنوية وما يترتب عنها من آثار، أي أن شركة المحاصة تقتصر على العنصر الأول للشركة فقط وهو العقد⁵.

لذلك يمكن تعريفها على أنها عقد بين شخصين أو أكثر يلتزم كل منهم بالمساهمة في مشروع معين بغية اقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، وعليه تتعقد شركة المحاصة بين شخص يتعامل باسمه مع الغير ويطلق عليه الشريك الظاهر أو مدير المحاصة وشخص آخر أو أكثر يطلق عليه الشريك المستتر، على أن يتم توزيع الأرباح والخسائر بين جميع الشركاء⁶، وتبعا لذلك فإن شركة المحاصة تكون قائمة فقط بين الشركاء، أي أنها غير موجودة بالنسبة للغير⁷.

¹- Jean Derrupé, Sociétés en participation et sociétés créées de fait, Juris-Classeur, Fasc 47-10, 20 juillet 2000, n°42.

²- Ivan Tchotourian, op.cit., p291.

³ - المادة 416 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1832 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ - المادة 795 مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري تنص على: " لا يمكن تمثيل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول".

⁵ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج4، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 233.

⁶ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص482.

⁷ - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج4، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، نفس المرجع، ص234. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع في المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري التي تنص على: " لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير".

وأهم ما يميز شركة المحاصة أنها شركة مستترة (خفية) نظرا لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية، بحيث يجهل الغير بوجود الشركة من الناحية القانونية، وخفاء الشركة يتميز بأنه خفاء إرادي وقانوني في نفس الوقت، والخفاء الإرادي معناه استمرار وجود الشركة بين الشركاء فقط كعقد ينظم علاقاتهم دون أن يمتد علم الغير إلى وجود الشركة قانونا، فصفة الاستتار هنا ليست جبرية مفروضة على الشركاء وإنما على العكس من ذلك قصد الشركاء إخفاء الشركة عن الغير¹.

أما عن الخفاء القانوني، فالمشرع اشترط لصحتها أن تكون مستترة وخفية² كميز لها عن غيرها من الشركات، فإذا زال الخفاء وكشف الشركاء عن حقيقة الشركة فقدت وصفها القانوني كشركة محاصة وتحولت إلى شركة أخرى³.

ونظرا لعدم وجود شركة المحاصة من الناحية القانونية في مواجهة الغير، فإنه يصعب التعرف على وجود هذه الشركات، وهو ما دفع إلى ضرورة الاعتماد على معيار يساعد في الكشف على وجودها، ولقد اعترف الفقه في هذا الخصوص بدور نية الاشتراك في ذلك، حيث اعتمد عليها لتمييز شركة المحاصة عن صور أخرى من صور التعاون، ففي حالة وجود تداخل بين شركة المحاصة باعتبارها عقد وعقود أخرى مشابهة لها مثل عقد القرض مع مشاركة المقرض في الأرباح، أو عقد العمل مع مشاركة العامل في الأرباح أين يقوم ركني تقديم الحصص والمساهمة في الأرباح، يتعين على القاضي من أجل الكشف عن وجود شركة محاصة ونفي الحالات المشابهة أن يبحث فيما إذا كانت نية الأطراف قد اتجهت إلى تأسيس شركة حقيقية أو أنها فقط اتجهت إلى إبرام عقد يمنحهم حق اقتسام الأرباح دون أن تكون لديهم أي نية في الاشتراك⁴.

ولقد عمل القضاء الفرنسي على توضيح دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة من خلال مختلف الأحكام الصادرة عنه مؤكدا أنها المعيار الذي يتم الاستناد إليه

¹ - Jean Derruppé, op.cit., n°15.

² - المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري تنص على: " لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار".

³ - مصطفى البنداري، المرجع السابق، ص488.

⁴ - Ivan Tchotourian, op.cit., p304.

للكشف عن هذا النوع من الشركات، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية¹ أكدت هذه الأخيرة أن قضاة الموضوع قد أخطؤوا في تكييف العلاقة بين زوجين على أنها شركة محاصة وذلك لأنهم اعتمدوا في ذلك فقط على التحقق من اقتسام الأرباح، حيث أشارت المحكمة أن جهة الاستئناف لم تتحقق من الإرادة والرغبة المتبادلة في الشراكة (...elle ne constate qu'il y a eu volonté réciproque de s'associer...).

فهذا القرار لم يبين فقط دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة، وإنما أكد على أهميتها باعتبارها ركن من أركان عقد الشركة، من خلال الإشارة إلى أن تكييف شركة المحاصة يفترض البحث عن وجود نية الاشتراك التي تتميز باعتبارها ركنا مستقلا عن اقتسام الأرباح والخسائر².

وفي قرار حديث لها كذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية وجود شركة محاصة بين شخصين اشتركا معا في شراء بطاقة يانصيب، استنادا إلى استنتاج وجود نية الاشتراك بينهما من الوقائع المحيطة³.

ويظهر دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة خاصة في حالة التداخل مع عقود مشابهة مثل عقد القرض مع اشتراك المقرض في الأرباح، أو عقد العمل مع مشاركة العامل في الأرباح، أين يدق التمييز بين العقدين نظرا لاشتراكهما في عدة عناصر (تقديم الحصص والمساهمة في الأرباح) تدخل في تكوين أي شركة، لذلك تتدخل نية الاشتراك كعنصر حاسم يميز عقد الشركة عن بقية العقود.

ففي حالة وقوع إشكال حول تحديد طبيعة العقد، هل يمثل عقد شركة أو عقد قرض، خاصة مع الطبيعة المستترة لعقد شركة المحاصة، يمكن للقاضي أن يستعين بنية الاشتراك التي

¹- Cass.Com 27 juin 1966, cité par Ivan Tchotourian, op.cit., p308.

²- Ivan Tchotourian, op.cit., p308.

³- Cass. Civ 1^{ère} 14 janvier 2003, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, 2003, n°13, p8 sur le site : www.legifrance.gouv.fr, date de visite 25-09-2018, 15 :34.

تؤكد أو تنفي وجود عقد شركة المحاصة استنادا إلى التعاون الإيجابي والمستمر في تسيير الأعمال الذي يغيب في عقد القرض مع المشاركة في الأرباح¹.

وفي حالة التداخل كذلك مع عقد العمل مع مشاركة العامل في الأرباح، يمكن الاستعانة بنية الاشتراك التي تؤكد أو تنفي وجود شركة المحاصة استنادا إلى انعدام رابطة التبعية بين الأطراف التي تقوم في عقود العمل².

ثانيا - دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركة الناتجة من الواقع

تُعرّف الشركة الناتجة من الواقع أنها شركة غير مسجلة، تتحقق عندما يتصرف شخصان أو أكثر في الواقع كأنهم شركاء دون التعبير عن إرادة تأسيس شركة³، والحقيقة أن الشركة الناتجة من الواقع كانت من صنع الاجتهاد القضائي خاصة الفرنسي، الذي أعلن في العديد من الحالات وجود الشركة، وذلك بغية إعلان نهايتها وتصفيتها⁴.

فإذا كان الغالب في الشركة التي تنشأ باتفاق الأطراف أن يتضمن العقد المنشئ لها تنظيم مختلف المسائل المتعلقة بعملها وإدارتها وانتهائها وتصفيتها، فإن الوضع بالنسبة للشركة الناتجة من الواقع مختلف تماما، لأنها لا تنشأ ولا تعلن بإرادة شركائها، بل بحكم القضاء الذي يقرر تصفيتها لذلك تنتهي الشركة غالبا لحظة إعلانها⁵، فالشركة الناتجة من الواقع لا تدخل مرحلة الحياة القانونية إلا من أجل الإعلان عن زوالها⁶.

وتختلف الشركة الناتجة من الواقع *société créée de fait* عن الشركة الفعلية *société de fait* في كون أن هذه الأخيرة كسائر الشركات يتم تأسيسها بإرادة الشركاء، غير أن العقد يلحقه عيب يبطله، حيث تطرح مسألة البطلان بعد أن تكون الشركة قد مارست

¹ - راجع تفاصيل التميز بين عقد الشركة وعقد القرض مع المشاركة في الأرباح المبينة في المبحث الأول من الفصل الثاني، المطلب الأول بعنوان دور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة ص من 118 إلى 122 من دراستنا.

² - راجع تفاصيل التميز بين عقد الشركة وعقد العمل المبينة في المبحث الأول من الفصل الثاني، المطلب الأول بعنوان دور نية الاشتراك في تكييف عقد الشركة، ص من 133 إلى 137 من دراستنا.

³ - G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p51.

⁴ - بياراميل طوبيا، المرجع السابق، ص14.

⁵ - نفس المرجع، ص65.

⁶ - Philippe Merle, op.cit., p777.

نشاطها فترة من الزمن، في حين أن الشركة الناتجة من الواقع مبنية على الواقع، لم ينظمها عقد ولم تكن لدى أطرافها نية تأسيس شركة أو اعتماد نوع معين من الشركات¹.

وبالرغم من أن الشركة الناتجة من الواقع تعتمد على واقع ظاهر، إلا أنه لا يمكن الاكتفاء بمجرد هذا الواقع الظاهر، والإنطلاق منه لإعلان قيام شركة ناتجة من الواقع، حيث اشترط القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام² الصادرة عنه لقيام الشركة الناتجة من الواقع ضرورة اجتماع العناصر التي تميز عقد الشركة، مركزا على نية الاشتراك لأنه اعتبرها العنصر الحاسم الذي يستند إليه في إعلان وجود الشركة الناتجة من الواقع نظرا لأن ركني تقديم الحصص والمساهمة في الأرباح والخسائر في هذا النوع من الشركات لا يطرحان إشكالا كبيرا³.

ومن أكثر الحالات شيوعا التي عالج فيها القضاء الفرنسي مسألة البحث عن وجود شركة ناتجة من الواقع، العلاقة بين الزوجين أو الخيلين (concubins)، والتي عادة ما تكون مسألة إثبات نية الاشتراك فيها صعبة جدا نظرا لكون طبيعة العلاقة الزوجية أو العلاقة بين الخيلين تفترض العيش معا والمشاركة في مختلف الأعباء العائلية⁴.

فالعلاقة الزوجين أو الخيلين قد لا تقتصر على مجرد الاشتراك في شراء مبنى للسكن بل قد يشتركان معا في استثمار مشروع تجاري يعيشان من أرباحه ويتحملان خسائره سويا ولكن يوم يقطع الزوج علاقته بزوجه، أو الخيل بخيلته (وهي أكثر القضايا شيوعا في مجال الشركات الناتجة من الواقع المعروضة على القضاء الفرنسي) تُطرح مسألة تصفية الحسابات المالية، وعادة ما يتمسك الأطراف أمام القضاء (خاصة الخيلة) بفكرة الشركة الناتجة من الواقع للحصول على الأموال الناتجة من تصفيتها إن قرر القاضي وجودها⁵.

¹ - Philippe Merle, op.cit., p777.

² - Cass.Com 20 janvier 1987, Bull Joly n°02 de février 1987, §43, Cass.Com 18 décembre 1990, Bull Joly n°03 de mars 1991, §101, Cass.Civ 1^{ère} 11 février 1997, Bull Joly n°05 de mai 1997, §189.

³ - بياراميل طوبياء، المرجع السابق، ص30.

⁴ - نفس المرجع، ص31.

⁵ - نفس المرجع، ص49.

والملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية لم تتساهل في هذه المسألة، ففي قرار صادر لها¹ قضت صراحة بنقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف لافتقاده للأساس القانوني، نظرا لأن المحكمة قررت وجود شركة ناتجة من الواقع بين خليلين، وأقرت لأحدهما تبعا لذلك حق المطالبة بنصف قيمة المنزل والأموال الثابتة المكتسبة خلال فترة عيشهما معا، مستندة في ذلك إلى اشتراكهما في الأرباح والإنفاق المشترك لتحقيق أعمال مختلفة في المبنى موضوع النزاع والكفالة الموقعة من أحدهما لتمكين الآخر من اكتساب المبنى²، دون أن تبين محكمة الاستئناف أي عنصر من شأنه إثبات نية الاشتراك التي تتميز عن مجرد الاشتراك في المصالح المتصلة بالحياة المشتركة (الحياة كزوجين) حسب ما ورد في القرار.

حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية من خلال هذا القرار أن الاستناد إلى ركني تقديم الحصص والمساهمة في الأرباح والخسائر لا يكفي للقول بوجود شركة ناتجة من الواقع، مؤكدة دور نية الاشتراك في هذا الخصوص.

وتأكيدا لهذا الدور الذي تلعبه نية الاشتراك، قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها³ وفيما يتعلق بالبحث عن شركة ناتجة من الواقع بين خليلين، أنه يجب إثبات ركن نية الاشتراك بصورة مستقلة، بحيث لا مجال لاستنتاجها بالقرينة من ركن آخر، مؤكدة من خلال هذا القرار أن وجود شركة ناتجة من الواقع بين خليلين يستلزم اجتماع عناصر عقد أي شركة، فهي تتطلب وجود الحصص، نية التعاون على قدم المساواة من أجل تحقيق مشروع مشترك ونية اقتسام الأرباح والخسائر، ويجب إثبات كل ركن من هذه الأركان بصفة مستقلة بحيث لا يمكن استنتاج أي منها من الآخر، فمجرد المشاركة في الأعباء المشتركة لا يمكن أن يُستخلص منها نية الاشتراك، وبناء عليه لا يمكن للخليلة أن تتمسك بمجرد المساهمة في تسديد قرض لاكتساب مبنى سكني للقول بوجود شركة ناتجة من الواقع، والمطالبة على أساسها بحقوق مالية، حسب ما ورد في القرار.

¹ - Cass.Civ 1^{ère} 12 mai 2004, Bull Joly n°10 d'octobre 2004, §260.

² - استخلص الاجتهاد القضائي الفرنسي السابق على هذا القرار ركن المساهمة في الخسائر من التعهد بالكفالة الموقعة من أحد الخليلين ، انظر في هذا الخصوص الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية والمشار إليه سابقا Cass.Civ 1^{ère} 11 février 1997

³ - Cass.Com 22février 2005, Bull Joly n°07 de juillet 2005, §201.

ولقد رحب الفقه بهذا الموقف الذي اتخذته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية معتبرا أنه من الخطورة أن يُعتبر كل عمل تعاوني غير واضح الصفات، شركة ناتجة من الواقع مع كل ما ترتبه من نتائج سواء بالنسبة للشركاء أو بالنسبة للغير¹.

إن التحليل السابق لا يعني استحالة قيام شركة ناتجة من الواقع بين خليلين، حيث أقرها القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة، ولكنها حالات تعتبر نادرة مقارنة بالحالات التي نفى فيها قيام تلك الشركة، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية² أقرت قيام شركة فعلية بين خليلين عاشا خلال الفترة الممتدة من 1985 إلى غاية 1992، وساهما خلال تلك الفترة في تأسيس وتسيير مؤسسة تجارية تتمثل في محل لصنع الخبز والحلويات.

حيث تمسكت الخلية بالشركة الناتجة من الواقع للمطالبة بتصفية المؤسسة التجارية وقضت لها محكمة الاستئناف بمطالبها، ولقد أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف الذي أورد أن العقار الذي انشئت عليه المؤسسة التجارية تم شراؤه من قبل الخليلين، ولم ينازع الخليل في كون العقار المذكور هو ملك شائع بينهما، والخليلة بقبولها أن يمارس النشاط التجاري ويتطور في عقار تملكه في الشيوخ مع الخليل تكون قد ساهمت بتقديم حصة، وقبولها أن تكون الكفيلة العينية لتسديد القرض الممنوح للخليل لشراء محل المعجنات والحلويات القائم على نفس العقار تعكس إرادتها بالمساهمة الايجابية في تسيير وتطوير النشاط المشترك، كما أنه ثبت من ملف القضية أن الخلية ساهمت في تسيير مختلف النشاطات المتعلقة بالمؤسسة التجارية لاسيما محلات البيع التابعة للمحل التجاري، حيث خلصت محكمة الاستئناف إلى اعتبار أن الخليلين عملا سويا وساهما في تأسيس وتطوير وتسيير نشاط مشترك، وهو ما يظهر وجود نية اشتراك حقيقية، حسب ما ورد في القرار.

ويتضح من خلال هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية قررت وجود شركة ناتجة من الواقع نظرا لاجتماع جميع أركان عقد الشركة، وخاصة نية الاشتراك التي أثبتت وجودها من خلال تدخل الخلية الإيجابي في تسيير وتطوير العمل المشترك، مشيرة بذلك إلى أحد أهم مظاهر نية الاشتراك والذي ساعد في الكشف عن وجود شركة ناتجة من الواقع، فالتدخل في

¹ - بياراميل طوبيا، المرجع السابق، ص38.

² - Cass.Com 23 juin 2004, Bull Joly n°02 de février 2005, §52.

تسيير الأعمال المشتركة الذي يعبر عن نية الاشتراك حسب ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، يجاوز مجرد العيش المشترك ليسمح بذلك بتقرير وجود شركة ناتجة من الواقع خاصة في الحالات التي يصعب فيها إثبات وجود نية الاشتراك، أين يشترك الطرفان في العيش معا ويساهمان في مختلف الأعباء الناتجة عن مثل هذه العلاقات.

وفكرة الشركة الناتجة من الواقع لا تقتصر على مثل هذه العلاقات السابقة، وإن كانت الأكثر شيوعا، فمن الحالات الأخرى التي عالج من خلالها القضاء الفرنسي هذه الفكرة مستندا على نية الاشتراك من خلال مختلف مظاهرها، العلاقات بين أفراد العائلة الواحدة، والعلاقات بين مجموعات الشركات les groupes de sociétés .

فليس مستبعدا أن يعمل أفراد العائلة الواحدة ضمن مشروع مشترك خارج حالة المؤسسات التي قد توّول إليهم عن طريق الإرث، فمجرد انتقال المؤسسة التجارية إلى الورثة ليس بحد ذاته منشئا لشركة فعلية بينهم، إذ لا بد أن تتحقق الأركان الأساسية لعقد الشركة وأن تظهر خاصة نية الاشتراك لتحقيق موضوع النشاط التجاري، فإذا لم تتحقق هذه الأركان تبقى المؤسسة ملكا شائعا بين الورثة¹.

وفي قضية عُرِضت حديثا على محكمة النقض الفرنسية تمسك فيها الإبن بقيام شركة ناتجة من الواقع بينه وبين والديه معتبرا أنه قدم حصته بالعمل في المحل التجاري لمدة خمس سنوات، قررت المحكمة² أن المدعي في القضية شارك لمدة خمس سنوات في نشاط المحل التجاري الذي يستثمره والديه ليُعَيّن لاحقا كمدير تقني له، وعند توقف الوالدين عن متابعة النشاط التجاري تمسك الإبن بالشركة الناتجة من الواقع ليستفيد من قسمة أموال المحل التجاري، ولكن طلبه رُفِض لأنه لم تكن هناك فعلا حصة بالعمل من قبله خلال الخمس سنوات التي شارك خلالها في نشاط المحل التجاري، حيث تبين أن هذه المرحلة كانت بمثابة تكوين مهني تحت إشراف والده (أي وجود علاقة تبعية قانونية بينهما)، ودون أن يستقل بسلطة الإدارة المستقلة حسب ما ورد في القرار.

¹ - بياراميل طوبيا، المرجع السابق، ص55.

² - Cass.Com 05 avril 2005, Bull Joly, n°10 d'octobre 2005, §251.

يلاحظ من خلال هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية اعتمدت على نية الاشتراك لتقرير وجود الشركة، فانتفاء هذا العنصر يعني بالنتيجة انتفاء الشركة، وقد استندت من خلال هذه القضية على مظهر آخر من مظاهرها وهو انعدام رابطة التبعية بين الشركاء، فوجود علاقة تبعية بين الأطراف في القضية المعروضة يعني انعدام نية الاشتراك، لذلك قررت المحكمة تبعا لذلك انتفاء وجود شركة ناتجة من الواقع.

إضافة إلى ما سبق تطرح فكرة الشركة الناتجة من الواقع إشكالا بالنسبة للأشخاص المعنويين، حيث يكون من الصعب جدا تطبيق هذه الفكرة بالنسبة لهؤلاء الأشخاص فمجموعات الشركات تثير صعوبة تتعلق بنية الاشتراك، أي العنصر الإرادي الذي يكون صعب التحديد في هذه الحالة، فسيطرة أو هيمنة شركة على أخرى يعني استبعاد نية الاشتراك التي تفترض إرادة التعاون على قدم المساواة، لهذا السبب فإن نظرية الشركة الناتجة من الواقع مستبعدة من التطبيق بشكل عام من هذا الإطار¹.

غير أن هذا المبدأ العام لا يمنع عمليا أن تعمل مجموعة من الشركات النظامية في إطار شركة ناتجة من الواقع خارج إطار الهيمنة أو علاقة التبعية والخضوع التي تتحقق في علاقة الشركة الأم بالفرع².

وكما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، لا بد أن تتحقق في نشاط مجموعة الشركات الأركان الخاصة لعقد الشركة، ويكتسي ركن نية الاشتراك في هذه الحالة طابعا خاصا أوضحته محكمة النقض الفرنسية في قرار شهير لها³ جاء فيه أن محكمة الاستئناف قد توصلت إلى الأدلة الكافية لإثبات نية الاشتراك، حيث اكتشفت أن مجموعة الشركات المعروضة في القضية وحدت مجهوداتها من أجل تحقيق هدف مشترك، وظهر ذلك من خلال التعاون و توزيع العمل بينها، حيث تم منح الجانب التقني لشركة، والجانب الإداري لشركة أخرى، إضافة إلى هذا شاركت كل شركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بشراء المعدات اللازمة للنشاط، تعيين الأشخاص الذين يتولون تسيير هذا النشاط، تنظيم الشروط المتعلقة بتوزيع

¹-Ch.Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, Paris, 1991, p60.

²- Ch.Hannoun, op.cit., p62.

³- Cass.Com 17 novembre 1970, Bulletin des arrêts Cours de cassation Chambre commerciale, n°308, p270, publié sur le site www.legifrance.gouv.fr date de visite 1-10-2018 , 14 :42.

الأرباح والخسائر، ليست تلك الخاصة بكل شركة على حدى، وإنما تلك الأرباح والخسائر التي قد تحققها الشركات ككل باعتبارها مجموعة واحدة، وذلك نظرا لاتحاد نشاطها، وهو ما يؤكد وجود نية الاشتراك، حسب ما ورد في القرار.

وعليه يقتضي لتحقيق نية الاشتراك في مجموعات الشركات أن تتحقق الوحدة الداخلية بين أفراد المجموعة، وهذه الوحدة تترجم بتقسيم وتوزيع النشاطات بغية تحقيق هدف المجموعة لذلك فتطبيق نظرية الشركة الناتجة من الواقع بالنسبة لمجموعات الأشخاص المعنوية يبقى مرهونا بمدى وجود نشاطات وأعمال تكمل بعضها البعض، ولذلك فهي قد لا تتحقق إلا بالنسبة للمجموعات قوية الاندماج¹.

ومما سبق يمكن القول أن الشركة الناتجة من الواقع لا يمكن أن تظهر للعلن إلا عن طريق القضاء، والملاحظ أن الإجهاد الذي كرس هذه النظرية كان متشددا وواعيا لمخاطرها فأوجب على حد تعبير بعض الفقه² أن تتوفر في شركة الواقع الأركان ذاتها الواجب توافرها في شركة القانون، ليكون بذلك قد راعى تطبيق أحكام القانون التجاري، نظرا لأنه لم يسمح بأن تشذ الشركة الناتجة من الواقع عن إطار قانون الشركات.

وكما تلعب نية الاشتراك دورا في الكشف عن شركة المحاصة والشركة الناتجة من الواقع، فإنها تلعب نفس الدور بالنسبة للشركة في طور التأسيس، وهو ما نبينه في الفرع الموالي.

¹ - Ch.Hannoun, op.cit., p64.

² - باراميل طوبيا، المرجع السابق، ص62.

الفرع الثاني

دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركة في طور التأسيس

أمام غياب نص قانوني يعرف الشركة في طور التأسيس، حاول الفقه وضع تعريف لها من خلال عرض مختلف العناصر التي تميزها، فهي تلك الشركة التي تنشأ من الوقت الذي يقوم فيه المؤسسون بإبرام التصرفات التي تعبر عن إرادتهم في إنشاء شركة، لها مدة وجود محددة، فالوقت الذي يتحقق فيه زوالها يكون بتاريخ قيدها في السجل التجاري¹.

وينحصر نشاط الشركة في طور التأسيس إجمالاً في إبرام التصرفات وإنجاز الأعمال الضرورية لتمكين الشركة من مباشرة النشاط الذي انشئت من أجله، كاستئجار المبنى المراد إقامة مقر الشركة فيه، إبرام عقود العمل مع العمال، فتح الحسابات البنكية... بحيث لا يكون هناك بداية لاستثمار تجاري في الشركة في طور التأسيس، فمعيار مباشرة النشاط التجاري الذي كرسه القضاء الفرنسي² هو الذي يميز بين الشركة في طور التأسيس والشركة الناتجة من الواقع، فكل تجمع يمارس فعلياً أعمال الشركة قبل قيدها في السجل التجاري يجب أن يكيف على أنه شركة ناتجة من الواقع³.

ومع ذلك تبقى الشركة في طور التأسيس شركة بالمعنى القانوني، يجب أن تحترم الشروط الواجب توافرها في كل شركة، فهي لا تمثل مجرد مرحلة من مراحل تأسيس الشركة وإنما هي شركة حقيقية، فقبل قيدها في السجل التجاري، يوجد عقد (عقد الشركة) يحكم العلاقات بين الأطراف وهو فعلاً ما أكدته المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1842⁴ من القانون المدني، مع الإشارة إلى أنه لا يوجد نص يقابله في القانون المدني الجزائري.

وعليه وبما أن الشركة في طور التأسيس تمثل عقد شركة بالمعنى القانوني، فلا بد إذن من توافر جميع الأركان الضرورية في عقد كل شركة ومن بينها نية الاشتراك، التي تلعب دوراً

¹ - Ivan Tchotourian, op.cit., p418.

² - Cass.Com 09 novembre 1987, Bull Joly, n°11 de novembre 1987, §352.

³ - بياراميل طوبيا، المرجع السابق، ص19.

⁴ - L'article 1842 al. 2: " ... jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».

في الكشف عن الشركة حتى ولو كانت في طور التأسيس، فهذا العنصر المعنوي يميز بين الشركة في طور التأسيس ووضعيّات قانونية أخرى مثل مشروع الشركة والوعد بالشركة¹.

أولاً - التمييز بين الشركة في طور التأسيس ومشروع الشركة

استقر الرأي² على أنه لا يمكن إبرام عقد الشركة بصفة فورية، حيث أن تجسيد إرادة أكيدة ونهائية في شكل عقد شركة غالبا ما يسبقه مفاوضات ومناقشات، فتصور إبرام عقد شركة بصفة فورية من خلال تطابق إيجاب وقبول فوريين بعيد عن المنطق إن صح التعبير.

ومرحلة المفاوضات التي عادة ما تسبق إبرام عقد الشركة تتضمن الإشارة إلى مختلف الأسس التي تقوم عليها الشركة المستقبلية، والتي يمكن إعدادها في شكل مشروع شركة³، فهو عبارة عن اتفاق بين الأطراف حول إنشاء الشركة، عادة ما يكون ضمنيا، غير أنه قد يكون مكتوبا، وهو الأمر الذي يجعله يتداخل مع الشركة في طور التأسيس، وفي هذه الحالة جرت تسميته ببروتوكول الاتفاق *protocole d'accord* ، الذي يتضمن الإشارة إلى أهم القواعد المتعلقة بإنشاء الشركة مثل شكلها، مدتها، موضوعها، قيمة رأس مالها، الحصص المكونة لرأس المال، كما قد يتضمن في بعض الحالات توزيع المهام على المؤسسين، والتي يتعين إتمامها من أجل تأسيس الشركة، كذلك قد يتضمن البروتوكول الاتفاق على قواعد خاصة تتعلق بأشكال وكيفيات تعويض النفقات التي قد يتحملها المؤسسون من أجل تأسيس الشركة⁴.

ويختلف مشروع الشركة عن عقد الشركة في كون أن مشروع الشركة لا يتضمن جميع أركان الشركة، فإذا كان الأطراف قد قبلوا مبدئيا فكرة الشراكة إلا أن ذلك لا يمثل سوى رسم أو تخطيط أولي ومبدئي للشركة المستقبلية، بحيث يحتفظون بحرية عدم إتمام المشروع⁵، ولا يمكن أن يترتب في هذه الحالة أي أثر سوى حق المطالبة بالتعويض⁶.

¹ - Ivan Tchotourian, op.cit., p419.

² - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p87, Ivan Tchotourian, op.cit., p439.

³ - Ivan Tchotourian, op.cit., p440.

⁴ - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p87.

⁵ - C.A Paris 19 mai 2000, Bull Joly, n°11 de novembre 2000, §265, C.A Versailles, 05 mars 1992, Bull Joly n°06 de juin 1992, §209. Voir aussi P.Malaurie, L.Aynès, op.cit., p233.

⁶ - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p87.

فما يميز الشركة في طور التأسيس الدور الايجابي الذي يلعبه المؤسسون، فدورهم في هذه المرحلة لا يقتصر على مجرد التفاوض والتخطيط لإنشاء الشركة من خلال رسم وتنظيم مختلف القواعد في شكل مشروع، وإنما يتعداه إلى مساهمة ومشاركة فعلية في مختلف المهام لإتمام عملية التأسيس، فتأسيس الشركة يفترض تعاون المؤسسين على قدم المساواة من خلال تنظيم المهام الأولية وتوزيعها فيما بينهم بغية تنفيذها وتحقيقها من أجل إتمام عملية التأسيس¹ وهو الأمر الذي يعبر عن المشاركة في تسيير الأعمال المتعلقة بالتأسيس، وبالتالي يعكس وجود نية الاشتراك في هذه المرحلة.

فما يميز المؤسس الحقيقي هو التعاون المباشر والمتواصل، والجهد المبذول في سبيل إنشاء الشركة من خلال المبادرة والمساهمة في إنجاز الأعمال وإبرام التصرفات التي تؤدي إلى تأسيس الشركة، فالشخص الذي يكون له مجرد دور سلبي مثل ذلك الذي يعد فقط بالاكنتاب خلال مرحلة المفاوضات والتخطيط لا يمكن اعتباره مؤسساً²، وبالنتيجة لا مجال للحديث عن شركة في طور التأسيس إذا اقتصر الأمر على مجرد التفاوض والتخطيط، لأن هذا الأمر يتعارض مع نية الاشتراك التي تمثل تعاوناً إيجابياً وفعالاً وعلى قدم المساواة في إطار تحقيق الهدف الذي انشئت من أجله الشركة³.

وعليه يمكن القول أن مشروع الشركة قد يتحول إلى عقد شركة، متى تجسدت إرادة الأطراف في شكل تعاون ومشاركة، قصد إتمام عمليات التأسيس، خاصة أن شراح القانون المدني⁴ أشاروا إلى أنه في حالة الاتفاق على العناصر الأساسية يعتبر العقد مبرماً، ولقد تم تعريف العناصر الأساسية للعقد على أنها تلك العناصر التي تمنح للعقد صفته الخاصة، ففي حالة تخلفها لا يمكن تكييف العقد⁵، وبالنسبة لعقد الشركة تعتبر نية الاشتراك أحد أهم العناصر التي تكييف العقد، فإذا ما اشتمل مشروع الشركة على تعيين مختلف العناصر المتعلقة بالشركة من حصص وقواعد تتعلق بتوزيع الأرباح والخسائر، وقيمة رأس المال، ومدة الشركة وموضوعها، وتجسدت نية الاشتراك بعد ذلك من خلال التعاون الايجابي والفعال وعلى قدم

¹ - C.A Paris 24 septembre 1991, Bull Joly n°05 de mai 1992, §168.

² - Jean-François Barbiéri, note sous C.A Paris 24 septembre 1991, préc.

³ - راجع الفصل الأول من الدراسة حول تفاصيل تعريف نية الاشتراك ص من 11 إلى 27.

⁴ - F.Terré, P.Simler, Y.Lequette, op.cit., p186.

⁵ - J.flour, J.L Aubert, op.cit., p88.

المساواة بين المؤسسين في القيام بمختلف الأعمال التحضيرية حتى تتمكن الشركة من مباشرة نشاطها مثل استئجار المباني، شراء المعدات اللازمة لمباشرة النشاط، فتح الحسابات البنكية... يخرج الاتفاق عن مجرد مشروع شركة، ليتحول إلى عقد شركة.

ثانيا - التمييز بين الشركة في طور التأسيس والوعد بالشركة

قد يحدث في بعض الحالات أن الأطراف المشاركين في إعداد مشروع الشركة¹ لا يستطيعون أو لا يرغبون في إنشاء الشركة مباشرة بعد الاتفاق على مختلف القواعد المنظمة لها في شكل مشروع، فيقومون بتجسيد ذلك الاتفاق في شكل وعد بالشركة، فعادة ما يستعمل الوعد بالشركة في الحالات التي يكون فيها من غير الممكن التأسيس الفوري للشركة التي تم الاتفاق مبدئيا على إنشائها في شكل مشروع، حيث يقوم الأطراف بإفراغ هذا المشروع في شكل عقد وعد بالشركة، وذلك حماية لهذا المشروع من أي مخالفة أو عدول من جانب الأطراف².

وفيما يتعلق بشكل ومضمون عقد الوعد بالشركة، فلا بد من إبرامه في شكل مكتوب وذلك حتى يتم تحديد التزامات الشركاء المستقبليين بدقة، ويجب أن يتضمن هذا العقد العناصر الضرورية للعقد الموعود به (عقد الشركة)، حيث يجب أن يتضمن على الأقل شكل الشركة المستقبلية، مدتها، موضوعها، قيمة الحصص، قواعد توزيع الحقوق والخسائر في الشركة³.

ولقد أكد القضاء الفرنسي أنه لا يعتبر عقد وعد بالشركة الاتفاق الذي لا يتضمن تحديد الحصص الواجب تقديمها من طرف الشركاء المستقبليين⁴، وهو فعلا ما يتماشى مع ما تقتضيه القواعد العامة الواردة في القانون المدني، حيث يُشترط أن يرد عقد الوعد في شكل مكتوب متى كان القانون يشترط لتمام العقد النهائي الكتابة، كما أن عقد الوعد لا يكون له أي أثر إذا لم تُعين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به⁵.

¹ - لا يصح في هذه المرحلة إطلاق تسمية مؤسس لأنه وكما أشرنا ما يميز المؤسس الحقيقي التعاون المباشر والجهد المبذول في سبيل إنشاء الشركة.

² - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p90.

³ - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p90.

⁴ - Cass. Req, 15 décembre 1920, cité par Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p90.

⁵ - تنص المادة 71 من القانون المدني الجزائري على: " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وعقد الوعد بالشركة قد يكون ملزما لجانب واحد، وقد يكون ملزما لجانبين، فبموجب عقد الوعد الملزم لجانب واحد يلتزم أحد الأطراف بإبرام عقد الشركة وفقا للشروط المحددة في العقد وذلك في اليوم الذي يقدم فيه الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى (إذا تعددوا) موافقتهم على تأسيس الشركة، مع الإشارة إلى أنه يحق لهم الرفض طالما أن عقد الوعد ملزم لجانب واحد فقط¹.

في حين أنه إذا كان عقد الوعد بالشركة ملزما للجانبين، يكون كل طرف ملزم في مواجهة الطرف الآخر بإبرام عقد الشركة متى أبدى الطرف الآخر رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة، وعليه يعتبر كل الشركاء المستقبليين موافقين على تأسيس الشركة².

ويمثل عقد الوعد بالشركة أكثر من مجرد مشروع بسيط يرسم ويسطر الخطوط العريضة للشركة المستقبلية، فعلى عكس الوعد بالشركة، لا يرتب مشروع الشركة الالتزام بإبرام عقد الشركة³، وما يميز الوعد بالشركة عن مشروع الشركة أن عقد الوعد يتضمن تحديد العناصر الأساسية لعقد الشركة⁴، وقد قضى القضاء الفرنسي أن الاتفاق على العناصر الأساسية في الشركة مثل شكلها، موضوعها، طبيعة الحصص المقدمة، يمثل وعدا بالشركة وليس مجرد مفاوضات بسيطة⁵، وفي المقابل قضى بأن تخلف أي عنصر من العناصر الأساسية في عقد الشركة يجعل من الاتفاق المبرم مجرد مشروع شركة وليس وعدا بها⁶.

ومن هذا المنطلق ونظرا للالتزام الذي يترتبه عقد الوعد بالشركة لاسيما إذا كان ملزما للجانبين والمتمثل في ضرورة إبرام عقد الشركة والمباشرة في تأسيسها، إضافة إلى اشتماله على جميع العناصر الأساسية لعقد الشركة، ذهب بعض الفقه⁷ إلى القول بأن نية الاشتراك تمثل عنصرا مشتركا بين الشركة في طور التأسيس والوعد بالشركة، بحيث لا وجود لهذا الأخير (عقد الوعد) إذا تخلفت نية الاشتراك بين الأطراف، ليخرج بذلك عن موقف القضاء الفرنسي

¹- P.Malaurie, L.Aynès, op.cit., p213.

²- F.Terré, P.Simler, Y.Lequette, op.cit., p193.

³- Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p90.

⁴- G.Rippert, R.roblot, Op.Cit, p22. Voir aussi Paul Le Cannu, op.cit., p188.

⁵- Cass.Com 28avril 1987, Bull Joly n°11 de novembre 1987, §352. C.A Paris 13 novembre 1998, Bull Joly n°02 de février 1999, §47.

⁶- C.A Versailles 05 mars 1992, Bull Joly n°06 de juin 1992, §209. C.A Paris 21 mars 1989, Bull Joly n°05 de mai 1989, §160.

⁷- J.P Sortais, Constitution des sociétés, Répertoire Dalloz, Sociétés, 2004, n°20.

ويؤكد أن اجتماع جميع العناصر الأساسية لعقد الشركة لا يكفي لتكييف الاتفاق على أنه وعد بالشركة، فحسب ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي، وجود بعض الإشارات أو المظاهر التي تعكس عدم استقرار العلاقات بين الأطراف (أي انعدام نية الاشتراك بينهم) تتعارض مع صحة ما يتضمنه الاتفاق من قواعد تنظيمية مختلفة تتعلق بالشركة المستقبلية، ونظرا لذلك لا يمكن تكييف الاتفاق على أنه وعد بالشركة، وبالتالي عدم إمكانية إلزام الأطراف بإنشاء الشركة بوجود هذا النوع من عدم الاستقرار والثبات في العلاقات بين الأطراف.

ولذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي أن نية الاشتراك تمثل عنصرا أساسيا في عقد الوعد بالشركة خاصة الملزم لجانبين، فتمتع الأطراف بنية التعاون بطريقة فعالة و ايجابية وعلى قدم المساواة مستقبلا هو المبرر الوحيد للالتزام بموجب عقد الوعد بإنشاء شركة مستقبلية، فكيف يمكن تصور بأن تلك الأطراف التي التزمت صراحة بموجب عقد الوعد، وافقت على إبرام عقد شركة مستقبلا دون أن تكون لديها في تلك اللحظة نية التعاون بطريقة ايجابية وفعالة وعلى قدم المساواة عندما يحل عقد الشركة محل عقد الوعد، أي عندما يعبرون عن موافقتهم على إبرام عقد الشركة¹.

غير أن هذا الرأي لم يلق تأييدا فقهيًا واسعًا، فباستثناء بعض الفقه²، استقر الرأي على أن اجتماع العناصر الأساسية لعقد الشركة مع نية الاشتراك تمثل المعيار المميز لعقد الشركة وليس للوعد بالشركة، وذلك لعدم وجود أي تعاون فعلي من قبل الأطراف خلال هذه المرحلة فالوعد بالشركة لا يمثل عقد شركة، وإنما مجرد مرحلة من مراحل إنشاء الشركة، هذا في حالة ما إذا عبر الأطراف عن قبولهم إبرام عقد الشركة خلال الفترة المحددة³، على عكس الشركة في طور التأسيس التي تمثل شركة حقيقية تتوافر فيها جميع الأركان الضرورية لقيام كل شركة، بما فيها نية الاشتراك التي تظهر في هذه المرحلة من خلال التعاون الفعال والايجابي بين المؤسسين في القيام بكل الأعمال والتصرفات التي تؤدي إلى إتمام عمليات التأسيس.

¹ - J.P Sortais , op.cit., n°21.

² - Ivan Tchotourian, op.cit., p451. Voir aussi Raphaella Bernard Goudet, Juris-Classeur, Fasc 7-30, consentement des parties-Promesse de société, 15 juillet 2001, n°30.

³ - Alain Couret, Anne Charveriat, op.cit., p90. Voir aussi G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p22.

ومن جهتنا نؤيد الرأي الأخير، فعقد الوعد بالشركة لا يمكن اعتباره عقد شركة حتى وإن تضمن الإشارة إلى جميع العناصر الأساسية لعقد الشركة، وذلك لعدم إمكانية الوقوف على نية الاشتراك، فهي تبقى عنصرا نفسيا يكون من الصعب جدا اكتشافه، لذلك لا بد من الاستناد إلى مظاهر خارجية تدل على وجوده، وأمام غياب أي تعاون فعلي خلال هذه المرحلة لا يمكن الجزم بوجود نية الاشتراك، خاصة أنه من المتصور ألا يعبر أي من الأطراف خلال المدة المحددة للوعد عن موافقتهم على إبرام العقد النهائي (عقد الشركة)، وبذلك تزول تماما فكرة إنشاء الشركة، فكون الوعد ملزم لجميع الأطراف لا يعني بالضرورة تحقق انعقاد العقد النهائي فكيف يمكن الجزم إذن بوجود نية الاشتراك.

ومما سبق يمكن القول أن نية الاشتراك بالرغم من كونها عنصرا نفسيا، إلا أنها تلعب دورا مهما من خلال مختلف مظاهرها المادية في تقرير وجود الشركة، وذلك من خلال تكيف عقد الشركة وتمييزه عن العديد من العقود والوضعيات القانونية المختلفة، وكذلك الكشف عن وجود الشركة حتى وإن كانت مجردة من الشخصية المعنوية.

ودورها لا يقتصر عند هذا الحد فقط، فباعتبارها ركن يُشترط استمراره طوال حياة الشركة يمتد دورها ليظهر كذلك أثناء حياة الشركة، وهو ما نفصله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

دور نية الاشتراك أثناء حياة الشركة

تمثل نية الاشتراك العنصر المعنوي في الشركات التجارية، وهي تختلف عن ركن التراضي نظرا لأنه لا يكفي توافرها عند إبرام العقد فقط، بل لا بد من استمرارها طيلة حياة الشركة، ومن هذا المنطلق فهي تلعب دورا هاما يرتبط أساسا بتنظيم حياة الشركة.

وتعتبر نية الاشتراك المنظم الأساسي لحياة الشركة كونها تمثل المرجع الذي يتم الاستناد إليه في حالة القيام بأي تصرف أو اتخاذ أي قرار يتعارض مع روح الشراكة التي تقوم عليها الشركة، فوجود نية الاشتراك يسمح بالتمييز بين الشريك الحقيقي والشريك المستثمر من جهة ويسمح بالسير الحسن لأعمال الشركة من جهة أخرى، خاصة إذا احترمت الشركاء ضوابط هذه النية، سواء تعلق الأمر بحقوقهم أو بالتزاماتهم.

فممارسة الشركاء لحقوقهم خاصة تلك المتعلقة بالمشاركة في الجمعيات العامة والمساهمة في اتخاذ القرار عن طريق ممارسة حق التصويت، أي الانتماء إلى الشركة بالمعنى الحقيقي يعكس المشاركة الإيجابية والفعالة في حياة الشركة ويساهم في حسن سيرها، كما أن تقيدهم بالتزاماتهم خاصة ما يتعلق منها باحترام القرارات التي تخدم مصلحة الشركة وعدم معارضتها بحثا عن تحقيق المصالح الشخصية، عدم منافسة الشركة، كلها التزامات تفرضها نية الاشتراك تحقيقا للمصلحة العامة للشركة، والتقيدها بها يسمح بالسير الحسن لأعمالها.

أما انعدام نية الاشتراك، فيتعارض مع وجود الشركة من جهة، وصفة الشريك من جهة أخرى، فإذا تحقق انعدامها أثناء حياة الشركة لا يترتب على ذلك بطلانها لأن البطلان يترتب إذا تم التأكد من انعدام نية الاشتراك أثناء إبرام عقد الشركة، وإنما يترتب على ذلك نتائج أخرى منها ما ترتبط بالشركاء، ومنها ما ترتبط بالشركة في حد ذاتها، وتتمثل أهم هذا النتائج في انسحاب الشريك الذي فقد نيته في الاشتراك، تنازله عن حصصه أو أسهمه، أما إذا اختار البقاء في الشركة مع عدم تمتعه بأي نية في الاشتراك، فقد يصل الأمر إلى درجة فصله خاصة إذا كان وجوده سببا في شل نشاطها وسير أعمالها، وقد لا يتوقف الأمر عند هذا الحد

لأنه قد يصل إلى درجة حل الشركة بحكم قضائي وذلك متى أدى الخلاف بين الشركاء بسبب زوال نية الاشتراك بينهم إلى شل أعمال الشركة.

وهو ما نفضله في هذا المبحث من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول دور نية الاشتراك في ضبط حياة الشركة، أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة آثار انعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة.

المطلب الأول

دور نية الاشتراك في ضبط حياة الشركة

تقتضي نية الاشتراك أن يساهم كل شريك في تحقيق الغرض الذي انشئت من أجله الشركة وذلك من خلال المشاركة بطريقة ايجابية وفعالة في تسيير أعمالها بغية تحقيق مصلحتها بعيدا عن البحث عن المصلحة الشخصية فقط، كما تقتضي كذلك ألا يكون سببا في تعطيل نشاطها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وفي الواقع لا تتحقق المصلحة العامة للشركة إلا إذا قام كل شريك بممارسة حقوقه في الشركة ممارسة فعلية، خاصة الحقوق الغير مالية أو كما تسمى بالحقوق السياسية، والتي تعكس تدخل الشريك في حياة الشركة بما يحقق مصالحها مثل الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها، كما لا تتحقق مصلحة الشركة كذلك إلا إذا تقيد الشريك بالالتزامات المفروضة عليه خاصة الالتزام بعدم معارضة القرارات التي تخدم مصالحها والالتزام بعدم منافستها، وبالتالي تمثل نية الاشتراك أساس حقوق والتزامات الشركاء.

وبحث الشركاء عن الحقوق المالية فقط دون أي اهتمام بالحقوق الغير مالية التي تجمع في الواقع بين مصلحة الشركة ومصلحة الشركاء يعتبر مؤشرا على انعدام نية الاشتراك لديهم وبالنتيجة عدم إمكانية اعتبارهم شركاء حقيقيين، نظرا لأن هدفهم الوحيد من الانضمام إلى الشركة يتمثل فقط في تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، ومن هذا المنطلق يبرز دور نية الاشتراك في التمييز بين طائفتين من الشركاء، شركاء حقيقيين يتمتعون بنية الاشتراك ويهتمون

بالشركة كشخص معنوي، وشركاء مستثمرين لا يحملون أي نية في الاشتراك ويكون هدفهم الوحيد المضاربة على أسهمهم وتحقيق أرباح معتبرة دون أي اهتمام بالشركة في حد ذاتها.

وهو ما نتناوله بالدراسة في هذا المطلب من خلال فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة نية الاشتراك كأساس للالتزامات وحقوق الشركاء، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة نية الاشتراك كأساس لصفة الشريك.

الفرع الأول

نية الاشتراك كأساس للالتزامات وحقوق الشركاء

تلعب نية الاشتراك دورا مهما أثناء حياة الشركة، فهي المنظم والضابط لأعمالها نظرا لكونها تعتبر أساس التزامات وحقوق الشركاء فيها، فأهم أثر ترتبه نية الاشتراك يتمثل في ضرورة العمل في إطار تحقيق المصلحة العامة للشركة، بعيدا عن البحث عن المصالح الفردية والأنانية، فالمرجع الذي يتم الاستناد إليه عند فرض مجموعة من الالتزامات على الشركاء إنما يتمثل في نية الاشتراك، غير أن هذا العنصر المعنوي لا يفرض فقط على الشركاء ضرورة التقيد بمجموعة من الالتزامات، وإنما تفرض في المقابل ضرورة حصول كل شريك في الشركة على مجموعة من الحقوق، لتترجم بذلك الانتماء الفعلي لهؤلاء الشركاء للشركة، وهو ما نبينه من خلال هذا الفرع كما يلي.

أولا- نية الاشتراك سبب التزامات الشركاء

تفرض نية الاشتراك على الشركاء عدة التزامات، تتمثل أهمها في ضرورة الالتزام بقبول القرارات التي تخدم المصلحة العامة للشركة وعدم معارضتها، والالتزام بعدم منافسة الشركة وهو ما نفصله فيما يلي.

1- نية الاشتراك وقبول قرارات الأغلبية

يقع على شركاء الأقلية الالتزام بقبول القرارات المتخذة من طرف الأغلبية وعدم معارضتها¹، غير أن طرح الفكرة بهذا الشكل يبدو غير كاف، إذ لا بد من توضيح أن القرارات التي يتعين على الأقلية عدم معارضتها هي تلك القرارات التي تخدم مصالح الشركة.

وبداية لا بد من الإشارة إلى أن المفهوم المادي للأقلية يقصد به مجموعة المساهمين الذين يملكون النصيب الأقل في رأس مال الشركة، غير أن معنى الأقلية في الجمعيات العامة للمساهمين ليس له هذا المعنى المادي السابق، فالأقلية تتحدد بالنظر إلى عدد الشركاء الحاضرين اجتماعات الجمعيات العامة، وبصفة أدق بالنظر إلى عدد الأسهم الممثلة في كل اجتماع².

فالأقلية إذن هي مجموعة المساهمين الذين تفرض عليهم قرارات الأغلبية الحاضرة أو الممثلة في اجتماع الجمعية العامة، وعليه يمكن تعريف الأقلية بأنها المساهم أو مجموعة المساهمين الذين يمثلون في الجمعيات العامة نسبة من رأس المال أقل مما تمثله المجموعة الأخرى، وبعبارة أكثر تحديداً، الأقلية هي المساهم أو مجموعة المساهمين الذين لم يصوتوا للقرار الذي اقترحته المجموعة التي تملك المساهمة الأكبر في رأس مال الشركة³.

وما يميز الأقلية في شركات الأموال عدم قدرتها على اتخاذ القرار، فهذه السلطة هي ملك للأغلبية طبقاً لمبدأ سيادة قانون الأغلبية، لكن هذا القول لا يعني أن الأقلية لا تمتلك أي سلطة في الشركة، فمن الصور الواضحة لسلطتها، سلطة تعطيل القرارات *pouvoir de blocage* متى رأت أن هذه القرارات مخالفة للمصلحة الجماعية، فهذه الأخيرة تمثل حدود سلطة الأقلية.

لكن في بعض الحالات قد تتحول هذه السلطة إلى سلاح ضد المصلحة الجماعية حيث أن هناك أسباب عديدة تقود الأقلية إلى استعمال سلطتها لأهداف أنانية ودون مراعاة المصلحة الجماعية وهو ما يتعارض مع نية الاشتراك، ومن هذه الأسباب الاختلاف مع

¹ - Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°75.

² - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص439.

³ - نفس المرجع، ص440.

الأكثرية، كعزل صاحب الأقلية مثلا من منصب إداري في الشركة، أو التحايل لإكراه الأغلبية على شراء أسهمهم بسعر مرتفع إلى غير ذلك من الأسباب.

وفي الواقع حصول تعطيل القرار الصادر عن الجمعية العامة العادية لا يمكن أن يكون في متناول مساهمي الأقلية في أغلب الأحيان نظرا لقواعد حساب الأغلبية والنصاب، لكن يمكن أن يتحقق هذا التعطيل في الحالات التي تُشترط فيها أغلبية مرتفعة لاتخاذ القرار¹.

أما القرارات الصادرة عن الجمعية العامة غير العادية، فإنها على العكس من ذلك قابلة دائما أن تكون محل تعطيل من قبل مساهمي الأقلية نظرا لأن هذه القرارات لا يمكن أن تؤخذ إلا بأغلبية موصوفة (أغلبية الثلثين بالنسبة لشركات المساهمة وأغلبية ثلاثة أرباع بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة)².

وقد يكون القرار المعترض عليه أو المعطل من قبل الأقلية مفيدا للشركة وضروريا لها نظرا لكونه يصب في مصلحتها الجماعية كقرار زيادة رأس المال الضروري لنمو وتطوير الشركة، لكن الأقلية تعترض عليه نظرا لأنه لا يتماشى مع مصالحها الخاصة، فمثل هذا الاعتراض يعتبر تعسفيا لأنه لا يتوافق مع المصلحة الجماعية.

ولقد عمل القضاء الفرنسي على تحديد معالم الاعتراض التعسفي للأقلية مؤكدا أن المصلحة الجماعية تمثل الحدود التي يجب على الأقلية عدم تجاوزها، وهو ما تقتضيه نية الاشتراك.

ففي قرار حديث صادر عن محكمة النقض الفرنسية³ حددت هذه الأخيرة عناصر الاعتراض التعسفي مشيرة إلى أن اعتراض الأقلية يشكل تعسفا إذا كان مخالفا للمصلحة العامة للشركة بهدف تفضيل مصلحة الأقلية الخاصة على حساب مصلحة باقي المساهمين، وما لبثت محكمة النقض أن أضافت في نفس العام عنصرا جديدا لتكوين الاعتراض التعسفي فاشتترطت أن يكون موقف الأقلية الراض مانعا من تحقيق عملية جوهرية وضرورية للشركة

¹ - D.Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op.cit., p379,380.

² - المادة 586 من القانون التجاري الجزائري والمتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة: "لا يجوز إدخال أي تعديل على القانون الأساسي إلا بموافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ثلاثة أرباع رأس مال الشركة ما لم يقض عقد التأسيس على خلاف ذلك" والمادة 674 الفقرة 03 والمتعلقة بشركات المساهمة: "وتبت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها..".

³ - Cass.Com 14 janvier 1992, Bull Joly, n°03 de mars 1992, §81.

فاعتبرت أن تعسف الأقلية يتحقق في حالة اتخاذها لموقف يكون مخالفا للمصلحة العامة للشركة مانعا من تحقيق عملية جوهرية لها بهدف تفضيل مصلحة الأقلية الخاصة على حساب مصلحة باقي الشركاء¹.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية² اعتبرت هذه الأخيرة أنه عندما تواجه الشركة وضعاً خطراً يتحول الرفض المتكرر للأقلية على زيادة رأس المال إلى رفض تعسفي، فالاعتراض لا يعتبر غير مشروع في حد ذاته، لكنه يتحول كذلك عندما يكون الهدف من تعطيل القرار مخالفة المصلحة الجماعية، فإذا كانت الأقلية تتمتع بحق مشروع في الدفاع عن مصالحها لاسيما في الحفاظ على أقليتها المعطلة، إلا أنه لا يجوز أن تتصرف على هذا النحو عندما يكون وجود الشركة في خطر، في الوقت الذي يكون فيه القرار المعترض عليه هو الذي سيزيل عنها هذا الخطر، حسب ما ورد في القرار.

فالمبدأ أن اعتراض الأقلية على أي قرار تطرحه الأغلبية يكون مشروعاً، لكنه يتحول إلى اعتراض تعسفي إذا كان يعطل اتخاذ قرار يتبين أنه ضروري لبقاء الشركة، وهذا ما حاول القضاء الفرنسي الإشارة إليه عندما فرض أن يكون موقف الأقلية مانعاً من تحقيق عملية جوهرية³.

وفي الواقع أصدر القضاء الفرنسي العديد من الأحكام القضائية⁴ في مادة تعسف الأقلية، عالج من خلالها حالات رفض فيها مساهم الأقلية التصويت على قرار زيادة رأس المال الذي طرحته الأغلبية، ووصفته بأنه ضروري لبقاء واستمرار الشركة.

ويستنتج من هذه القرارات بشكل عام أن رفض الأقلية زيادة رأس المال لجعله متساوياً على الأقل مع الحد الأدنى الذي فرضه القانون هو رفض تعسفي، فعدم زيادة رأس المال سوف يؤدي إلى حل الشركة حكماً، وهو ما دفع القضاء الفرنسي إلى وصف زيادة رأس المال في مثل هذه الحالات بالعملية الجوهرية للشركة.

¹ - Cass.Com 15 juillet 1992, Bull Joly, n10 d'octobre 1992, §353.

² - Cass.Com 09 mars 1993, Bull Joly, n 05 de mai 1993, §152.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص467.

⁴ - Cass.Com 09 mars 1993, préc, Cass.Com 14 janvier 1992, préc, C.A Paris 26 juin 1990, Bull Joly, n°09 de septembre 1990, §221, Cass.Com 27 mai 1997, Bull Joly, n°09 de septembre 1997, Cass.Com 18 juin 2002, Bull Joly, n°11 de novembre 2002, §256.

وفي المقابل رفض زيادة رأس المال في غير حالة الوصول إلى الحد الأدنى المطلوب قانونا غير تعسفي، إلا إذا كانت الزيادة ضرورية لبقاء الشركة، ومثل هذه الحالة تقوم إذا حلت بالشركة خسارة تصل إلى أكثر من نصف رأس مالها¹.

وفي قرار حديث كذلك صادر عن محكمة النقض الفرنسية²، أكدت هذه الأخيرة ضرورة مراعاة الأقلية للمصلحة العامة للشركة وعدم تغليب مصالحها الشخصية، ففي هذه القضية المعروضة عليها تكبدت إحدى شركات المساهمة خسائر كبيرة، حيث أصبح رأس مالها الحقيقي أقل من نصف رأس المال المعين في نظامها الأساسي، انعقدت جمعية عامة غير عادية لتسوية الأوضاع، فطرحت مسألة حل الشركة على التصويت، صوت مساهم الأقلية (السيد Couvaud) الذي يملك 40% من قيمة رأس المال مع قرار الحل، لكن الأغلبية صوتت ضد هذا القرار، ثم طرحت بعد ذلك مسألة زيادة رأس المال، رفض مساهم الأقلية نفسه التصويت، وبالتالي عطل اتخاذ القرار بزيادة رأس المال، مما دفع الشركة إلى الإدعاء عليه على أساس تعسف الأقلية، استجابت محكمة الاستئناف لطلب الشركة، وعللت حكمها بأن هذه الزيادة جوهرية، ولا غنى عنها للحفاظ على مصالح الشركة، حيث أنها تهدف إلى إبعاد خسارة كاملة قيمة الأسهم، وبأنه لا يوجد سبب مشروع للرفض، وبأن هذا التصرف الصادر عن مساهم الأقلية ليس له هدف سوى عرقلة سير عمل الشركة والذي بدا أنه تمليه اعتبارات شخصية محضة، وأن التصرف السلبي من قبل الأقلية غير مبرر باعتبارات اقتصادية، وأن هذا المساهم له مصالح شخصية مع شركة أخرى منافسة.

تم الطعن بقرار محكمة الاستئناف هذا، لكن محكمة النقض ردت أسباب الطعن وأيدت الحكم الاستئنافي معللة حكمها كالآتي: " حيث أن الحكم الاستئنافي تطرق إلى اعتراض السيد Couvaud على التصويت على زيادة رأس المال الضروري لبقاء الشركة، والذي كان له هدف وحيد وهو إعاقة سير عمل الشركة وكانت تمليه اعتبارات شخصية محضة لاسيما بعد إبعاده من مجلس الإدارة ووجود مصالح له في شركة منافسة، لكل هذه الأسباب فإن قرار محكمة الاستئناف يكون مبررا قانونا"، حسب ما ورد في القرار.

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 469.

² - Cass.Com 05 mai 1998, Bull Joly, n°7-8 de juillet-aout 1998, §245.

إن هذا التعليل يركز على تنازع المصالح الذي يقود الأقلية إلى تفضيل مصالحها الشخصية بصفقتها من الغير على مصالحها بصفقتها من المساهمين، فالتعسف الناتج عن تنازع المصالح بين المساهمين لا يكمن في الدفاع عن حقوق ومصالح المساهم بصفته مساهما، إنما يكمن في السعي وراء مصلحة خارجية بصفته من الغير، أي مصلحة أنانية مخالفة تماما لنية الاشتراك¹.

ومما سبق تبدو العلاقة واضحة بين هذا الالتزام المفروض على الأقلية ونية الاشتراك فبسبب هذا العنصر المعنوي يكون كل شريك ملزم بالتخلي عن مصلحته الفردية لصالح المصلحة العامة للشركة، وذلك في الحدود التي يبينها النظام الأساسي للشركة.

وعليه فنية الاشتراك تترجم سمو المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية، لكن الواقع يختلف حيث يوجد العديد من الشركاء الذين يفضلون مصالحهم الفردية، وغالبا ما يعارضون القرارات التي لا تخدم هذه المصالح الفردية متجاهلين بذلك المصلحة العامة للشركة، فمثل هذه التصرفات تتعارض مع نية الاشتراك².

وما يجب الإشارة إليه أن قانون الأغلبية لم يتم وضعه للسيطرة على الأقلية، وإنما بغية اتخاذ القرارات المناسبة لتحقيق الهدف الذي انشئت من أجله الشركة، فنية الاشتراك تمثل العنصر الفاصل بين مصلحة الشركاء (سواء كانوا أقلية أو أغلبية) ومصلحة الشركة، حيث يجب على كل شريك أن يلتزم بما تقتضيه نية الاشتراك، وهو العمل من أجل تحقيق المصلحة العامة للشركة وليس فقط المصلحة الفردية.

2- نية الاشتراك والالتزام بعدم منافسة الشركة

يربط أغلب الفقه مفهوم الالتزام بعدم المنافسة الذي يقع على الشريك بمنع هذا الأخير من ممارسة نشاط يشبه أو يماثل النشاط الذي تقوم به الشركة³، مع الإشارة إلى أن هذا الالتزام

¹- Laurent Godon, note sous Cass.Com 05 mai 1998, préc.

²- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°75.

³- William Dross, Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, 2^{ème} édition, Lexis Nexis, Paris, 2011, p418.

لا يمنع حرية المنافسة بصفة مطلقة وإنما يقيد¹.

غير أن بعض الفقه² يوسع من نطاق هذا الالتزام ليشمل كذلك منع الشريك من إفشاء المعلومات المتعلقة بالشركة للغير المنافس لها، لاسيما تلك المعلومات المتعلقة بنشاطها، حيث اعتبر مثل هذا التصرف الصادر عن الشريك منافسة غير مشروعة للشركة.

والواقع أن الالتزام بعدم المنافسة لا يطرح أي إشكال في حال ما إذا تم النص عليه كشرط سواء في النظام الأساسي للشركة، أو بموجب إتفاقية غير نظامية (أي في اتفاق لاحق) ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا متى كان له سبب مشروع، وكان محددا من حيث المحل والزمان والمكان³.

والتقييد من حيث الزمان يعني أن تكون المدة التي تُمنع خلالها المنافسة محددة غير مؤبدة، أما التقييد من حيث المكان، فيقصد به منع المنافسة ضمن منطقة جغرافية معينة، حيث يمكن أن يكون المنع في نفس المنطقة التي تمارس فيها الشركة نشاطها فقط، كما يمكن أن يمتد إلى مناطق أخرى⁴.

وبالنسبة لتقييد محل المنافسة، فهو يتعلق بنوع وطبيعة النشاط الذي يتعين على الشريك الامتناع عن القيام به، وهو ذلك النشاط الذي تمارسه الشركة، دون أن يمتد المنع إلى نشاطات أخرى تختلف تماما عن نشاط الشركة، حيث يمكن للشريك أن يمارس ما يشاء من نشاطات.

وتخلف أي شرط من الشروط السابقة المتعلقة بتقييد شرط عدم المنافسة يجعل من هذا الأخير باطلا⁵.

ويرى بعض الفقه الفرنسي⁶ أن إضافة شرط عدم المنافسة أثناء حياة الشركة ليس بالمسألة السهلة، لأنها تحتاج وتطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة 1836 من القانون المدني

¹ - فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص85.

² - Gilbert Jean-Baptiste, op.cit., p74.

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°76.

⁴ - William Dross, op.cit., p425.

⁵ - William Dross, op.cit., p426.

⁶ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°76.

الفرنسي¹ ضرورة موافقة الشركاء بالإجماع، وهو فعلا ما أكده القضاء الفرنسي، حيث أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها² أنه في حالة إضافة شرط يمنع المساهمين القدامى من أي شكل من أشكال المنافسة في مواجهة الشركة، مما يترتب عليه تقييد حرية ممارسة التجارة والزيادة في التزامات المساهمين، فإنه لا يمكن إدراج مثل هذا الشرط إلا بإجماع المساهمين، حسب ما ورد في القرار.

والإشكال الذي يطرح حول التزام الشريك بعدم منافسة الشركة يتعلق بمدى إمكانية قيام هذا الالتزام في حالة عدم إدراجه كشرط في النظام الأساسي للشركة أو في اتفاق لاحق.

لذلك اتجه بعض الفقه³ للقول أن الشريك في بعض الحالات يفرض عليه وبقوة القانون الالتزام بعدم المنافسة، وذلك متى جمع بين صفته كشريك وصفة العامل (الأجير في الشركة) وبالمثل يفرض هذا الالتزام على الشريك الذي يقدم حصة بعمل، خاصة أن القانون ألزم هذا الأخير بضرورة تقديم حساب للشركة عما يكون قد كسبه من أرباح ناتجة عن النشاط الذي يمثل حصته في الشركة، وذلك من وقت قيام الشركة بمزاولة هذا العمل الذي قدم كحصة فيها⁴.

وكذلك الوضع بالنسبة للشريك الذي تمثل حصته محلا تجاريا، حيث يقع عليه نفس الالتزام الذي يقع على بائع المحل التجاري، فهذا الأخير يقع عليه الالتزام بالامتناع عن ممارسة أي منافسة يكون من شأنها تحويل زبائن المحل التجاري المقدم كحصة في الشركة⁵.

كما يقع هذا الالتزام كذلك على مسيري الشركة، فبصفتهم ممثلين لها يلتزمون وبقوة القانون بعدم القيام بأي نشاط منافس لها⁶.

¹ - L'article 1836 dispose que: " Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associé ».

² - Cass.Com 26 mars 1996, Bull Joly, n°7-8 de juillet-aout 1996, §213.

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°76-77.

⁴ - المادة 423 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1843 من القانون المدني الفرنسي.

⁵ - يجد هذا الالتزام أساسه في المادة 371 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص على: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير..."، وكذلك في المادة 432 من القانون التجاري الجزائري، حيث تنص على: " على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعاكس الغاية التي انشئت لأجلها، وعليه أن يسهر ويحافظ على مصالح الشركة مثملا يفعل في تدبير مصالحه الخاصة".

⁶ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°77.

وفي جميع الحالات السابقة يلاحظ أن الالتزام بعدم المنافسة يجد أساسه في القانون أو في الجمع بين الصفات (صفة الشريك والعامل، صفة الشريك والمسير)، وكذلك في عقد الحصة مثل حالة المحل التجاري، فالالتزام مقدم المحل التجاري بعدم إنشاء تجارة مماثلة يعتبر التزاما تعاقديا، مخالفته تمثل أعمال منافسة ممنوعة بموجب عقد الحصة concurrence interdite par le contrat d'apport¹.

غير أن الوضع يختلف بالنسبة للشريك الذي لا يكون عاملا في الشركة ولا يكون مسيرا وإنما يكون شريكا بحصة نقدية أو عينية من غير المحل التجاري، فقيام الالتزام بعدم المنافسة بالنسبة لهذا الشريك كان محل جدل ونقاش فقهي، حيث اتجه أغلب الفقه إلى القول بإمكانية ممارسة الشريك لنشاط مماثل للنشاط الذي تقوم به الشركة²، بينما يرى البعض³ أن هذا الالتزام يقوم فقط في شركات الأشخاص دون شركات الأموال نظرا لقيام هذا النوع من الشركات على الاعتبار الشخصي، حيث ذهب هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك فهو يرى منع الشريك في شركات الأشخاص من ممارسة أي نشاط آخر حتى ولو كان يختلف عن ذلك الذي تمارسه الشركة نظرا لأنه يكتسب صفة التاجر وممارسته لنشاط تجاري قد يؤدي إلى إفلاسه وبالنتيجة يؤثر سلبا على الشركة.

وأمام هذه المواقف المختلفة تبني الأستاذ Guyon موقفا مغايرا، حيث يرى أن التزام الشريك بعدم المنافسة يقوم في شركات الأشخاص، وكذلك في الشركات التي يكون فيها للشريك دور مهم بصرف النظر عن نوعها، ويجد هذا الالتزام أساسه في عقد الشركة، وبصفة أدق في نية الاشتراك باعتبارها أحد أهم أركان عقد الشركة، ففي الواقع تصرف الشريك الذي يتضمن منافسة للشركة كإلزامه مثلا لشركة منافسة، يعتبر ممارسة تتعارض مع نية الاشتراك⁴.

والملاحظ أن موقف القضاء الفرنسي فيما يتعلق بهذا الالتزام كان متذبذبا، ففي بعض الأحكام⁵ أكد ضرورة التزام الشركاء بعدم منافسة الشركة، حيث اعتبر أن التصرف الصادر عن بعض الشركاء الذين قاموا بإنشاء شركة أخرى تمارس نشاطا مماثلا لنشاط الشركة التي ينتمون

¹- G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p427.

²- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°77.

³- Gilbert Jean-Baptiste, op.cit.,p76.

⁴- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°77.

⁵- C.A Aix-en- Provence, 25 septembre 1997, cité par Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°77.

إليها مما خلق نوعا من الخلط في ذهن الجمهور، وأدى إلى تحويل زبائن وعملاء الشركة التي ينتمون إليها، تصرفا غير مشروع ومخالف للالتزامات التي يفرضها عقد الشركة.

أما في حالات أخرى فقد رفض الأخذ في الاعتبار وجود هذا الإلتزام، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها¹ اعتبار التصرف الصادر عن أحد المساهمين والمتمثل في انضمامه إلى شركة منافسة أخرى، منافسة غير مشروعة، خاصة بعد استقالته من منصبه كمسير في الشركة الأولى، وبررت انضمامه إلى الشركة المنافسة بضرورة البحث عن نشاط مهني يمارسه ذلك المساهم، حسب ما ورد في القرار.

ثانيا - نية الاشتراك أساس حقوق الشركاء

يتمتع الشركاء في جميع أنواع الشركات وبصرف النظر عن نوعها بمجموعة من الحقوق التي تجد أساسها في نية الاشتراك، ويمكن تقسيم هذه الحقوق إلى حقوق مالية، وأخرى غير مالية.

بالنسبة للحقوق المالية، فهي تتمثل في حصول كل شريك على نصيب من الأرباح، وكذا الحصول على نصيب من نتائج تصفية الشركة وقسمتها، أما الحقوق غير المالية، فتتمثل في الحق في الإنتماء إلى الشركة، إضافة إلى ما يسمى بالحقوق السياسية والمتمثلة في المشاركة في اجتماعات الجمعيات العامة والتصويت فيها بعد الحصول على مختلف المعلومات الضرورية المتعلقة بأعمال ونشاط الشركة (الحق في الإعلام)، والتي تعكس فعلا اهتمام الشريك بالشركة وانتماءه إليها، وهو ما سبق لنا تفصيله في الفصل الأول من خلال دراسة المشاركة في التسيير باعتباره مظهرا من مظاهر نية الاشتراك².

لذلك ستقتصر دراستنا في هذه الجزئية على الحقوق المالية، وكذا الحق في الانتماء إلى الشركة باعتباره أحد الحقوق غير المالية.

¹ - Cass.Com 26 novembre 1996, Bull Joly n° 02 de février 1997, §45.

² - راجع المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول حول تفاصيل المشاركة في التسيير ص من 32 إلى 48.

1- الحقوق المالية

تفرض نية الاشتراك ضرورة حصول كل شريك على نصيب من الأرباح أثناء حياة الشركة، أما عند تصفيتها فتفرض ضرورة استرداد كل شريك الحصة التي قدمها، إضافة إلى حصوله على نصيب من فائض التصفية، وهو ما انفصله فيما يلي.

أ- الحق في الحصول على نصيب من الأرباح

الأرباح التي يكون للشريك الحق في الحصول على نصيب منها هي تلك الأرباح النقدية أو المادية، حيث لا تشمل المنافع المعنوية التي لا تقدر بثمن نقدي، وهو ما يميز الشركة عن الجمعية، فالشركة تهدف إلى تحقيق الأرباح، أما الجمعية فتهدف إلى تحقيق أغراض اجتماعية أو أدبية أو غيرها من الأغراض العامة التي لا شأن لها بالكسب المادي كالجمعيات الخيرية والفنية والدينية والعلمية والرياضية وغيرها¹.

والأرباح المقصودة، أي التي يكون للشركاء حق في الحصول على نصيب منها لا تعني كل كسب قابل للتقويم بالنقد سواء كان ايجابيا أو اقتصادا في النفقة، بل تقتصر على الكسب المادي أو النقدي الذي يؤدي إلى زيادة تُضاف إلى ذمم الشركاء².

والأصل أن يتم توزيع الأرباح الصافية (الأرباح القابلة للتوزيع) على الشركاء بالطريقة التي نصت عليها أحكام العقد التأسيسي للشركة، ولا يتدخل القانون إلا لمنع وجود شرط الأسد لكن إذا لم يتم التعرض في العقد التأسيسي لتنظيم طريقة توزيع الأرباح يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني³، أي حسب ما نصت عليه المادة 425 : " فإذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال، فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضا وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة

1 - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة، المرجع السابق، ص131.

2 - نفس المرجع، ص131.

3 - Nouredine Chadli, op.cit., p236.

حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل ، فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل و آخر عما قدمه فوقه " .

وفي حالة ما إذا تم الإتفاق على أنّ توزيع الأرباح يكون عند نهاية كل سنة مالية، فإنّه يجب أن يتحقق التوزيع في أجل أقصاه تسعة أشهر، غير أنّه يمكن مدّ هذا الأجل بقرار قضائي¹.

لكن قد يحدث وتوزع أرباح صورية على الشركاء، والأرباح الصورية هي تلك الأرباح التي يتم توزيعها بالمخالفة لنص المادة 723 من القانون التجاري الجزائري²، أي تلك الأرباح التي توزع دون أن تحدد الجمعية العامة نصيب كل شريك في الربح، ودون أن توافق على الحسابات وتتحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع، فلا يكون توزيع الأرباح صحيحا إذا لم تكن الشركة قد حققت أرباحا فعلا ووزعت شيئا من أموالها على الشركاء، ففي هذه الحالة الأرباح التي تكون قد وزعتها ما هي في حقيقة الأمر إلا أرباح صورية أي غير حقيقية، كأن يتبين بعد مراجعة الحسابات أنّ خصوم الشركة أكبر من أصولها وبالرغم من ذلك تم توزيع الأرباح على الشركاء مما يعني أنّ تلك الأرباح قد أقتطعت من رأس مال الشركة الذي يعد الضمان العام لدائنيها.

لذلك فتوزيع الأرباح الصورية يشكل خرقا لمبدأ ثبات رأس المال لأنه يمس برأس المال كما أشار جانب من الفقه³ إلى أنّ الأرباح تكون صورية وغير مشروعة إذا أخذت من الإحتياطي القانوني.

وعليه فوجود مبالغ أرباح قابلة للتوزيع يقتضي⁴ :

- إجراء حسابات سنوية تعطي صورة واضحة ودقيقة عن نتائج النشاط وعن وضعية الشركة ويجب في هذه الحالة أن تكشف الحسابات على أنّ الأصول أكبر من الخصوم.

1 - الفقرة الثانية من المادة 724 من القانون التجاري الجزائري.

2 - الفقرة الأولى من المادة 723 من القانون التجاري الجزائري.

3 - إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الجزء الثاني ، الشركات التجارية ، الطبعة الثانية ، منشورات البحر المتوسط وعويدات ، بيروت، 1992، ص246.

4 - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p 1271.

- تعيين الإحتياطي القانوني.

- تعيين الإحتياطي الإختياري بالطريقة التي تم الإتفاق عليها في عقد الشركة.

كما قد يحدث أن يتضمن عقد الشركة شرطا يقضي حصول أحد الشركاء على فائدة ثابتة سنويا سواء حققت الشركة أرباحا أو خسائر وعليه يقضي تنفيذ هذا الشرط في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحا إستقطاع جزء من رأس المال، لذا نجد أن المشرع الجزائري يمنع توزيع مثل هذه الفوائد والأرباح حتى يحافظ على ثبات رأس مال الشركة¹.

لكن الحق في الحصول على نصيب من الأرباح وإن كان من الحقوق المقررة قانونا للشريك، إلا أن ذلك لا ينفي إمكانية تقييده وليس حذفه نهائيا، فتقييد هذا الحق لاعتبارات المصلحة العامة للشركة لا يعد خرقا له، ففي بعض الحالات قد تقرر الجمعية العامة إحالة الأرباح إلى الإحتياطي طالما كانت المصلحة العليا للشركة تقتضي ذلك².

ب- الحقوق المالية المترتبة عن حل الشركة وتصفيتها

إنّ حلّ الشركة يرتب مباشرة وبطريقة آلية تصفيتها³، غير أن شخصيتها المعنوية تستمر وتبقى قائمة لإحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها⁴، وترتب تصفية الشركة وقسمتها حق كل شريك في إسترداد الحصص التي قدمها⁵، وكذلك الحق في الحصول على نصيب من الأرباح الناتجة عن نشاط الشركة، والتي لم يتم توزيعها من قبل على الشركاء، غير أنّه لا تتم قسمة أموال الشركة بين الشركاء إلاّ بعد تسديد ديون دائني الشركة المستحقة، وبعد طرح المبالغ اللازمة لقضاء الديون التي لم يحل أجلها أو الديون المتنازع فيها، وبعد ردّ المصاريف أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة⁶.

1 - الفقرة الأولى من المادة 725 من القانون التجاري الجزائري.

2 - راجع تفاصيل تقييد الحق في الأرباح في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول ص من 78 إلى 80.

3 - المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

4 - المادة 444 من القانون المدني الجزائري والفقرة الثانية من المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

5 - Nouredine Chadli, op.cit., p 237.

6 - المادة 447 من القانون المدني الجزائري.

ب-1 استرداد الحصة

عندما يقدم الشريك حصة عينية أو نقدية يترتب له دين في مواجهة الشركة، ويتمثل ذلك الدين في القيمة الإسمية للحصة أو السهم، فالحصة ترتب حقا عينيا للشركة وحقا شخصيا لفائدة المقدم¹ واسترداد الحصة غالبا ما يتحقق من خلال حصول الشريك على مبلغ من النقود يعادل القيمة الإسمية للحصة أو الأسهم، باستثناء الحالة التي تكون فيها الحصة مقدمة على سبيل الإنتفاع، لأنها يجب أن تُسترد بعينها².

ب-2 الحق في الحصول على نصيب من فائض التصفية

من خلال إستقراء نصوص القانون المدني والتجاري الجزائري المتعلقة بتوزيع فائض التصفية بين الشركاء يلاحظ أن هناك إختلاف بينهما، فالقاعدة الواردة في القانون المدني³ تشير إلى أنّ التوزيع يكون بحسب نسبة كل شريك في الأرباح، في حين أنّ القاعدة الواردة في القانون التجاري⁴ تشير إلى التوزيع يكون بحسب نسبة مساهمة كل شريك في رأس مال الشركة، وعليه وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام يتم اللجوء إلى القاعدة الواردة في القانون التجاري.

إلا أنّ جانبا من الفقه الجزائري⁵ يؤكد أنّ القاعدتين تبدوان مختلفتين ظاهريا، لكنهما في الواقع تشيران إلى طريقة توزيع واحدة، ففي حالة سكوت عقد الشركة عن تحديد طريقة لتوزيع الأرباح، يتم توزيعها بحسب نسبة حصة كل شريك في رأسمال الشركة⁶، والقاعدة الواردة في القانون المدني والمتعلقة بتوزيع فائض التصفية تشير إلى أنّ التوزيع يكون بحسب نسبة كل شريك في الأرباح، مع العلم أنّه يتم اللجوء إليها في حالة سكوت عقد الشركة عن تحديد طريقة لتوزيع فائض التصفية⁷، لذلك يتم اللجوء إلى هذه القاعدة نظرا لأن فائض التصفية يمثل ربحا لم يتم توزيعه بعد.

¹ - Nouredine Chadli, op.cit., p 237

² - Nouredine Chadli, op.cit.,p 237.

⁵ - Nouredine Chadli, op.cit., p239.

³ - الفقرة الثالثة من المادة 447 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - المادة 793 من القانون التجاري الجزائري.

⁶ - الفقرة الأولى من المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

⁷ - الفقرة الأولى من المادة 443 من القانون المدني الجزائري.

2- الحقوق غير المالية

سبق وأشرنا إلى أننا سنتطرق بالدراسة للحق في الانتماء إلى الشركة فقط، نظرا لأن أهم الحقوق الأخرى (الحق في حضور اجتماعات الجمعيات العامة والتصويت فيها، والحق في الإعلام) تناولناها بالتفصيل في الفصل الأول من الدراسة.

يعترف الفقه القانوني بحق الشريك في الانتماء إلى الشركة، وعدم فصله منها دون إرادته، وقد صُنِّف هذا الحق بأنه من الحقوق الأساسية المقررة للشريك¹، يجد أساسه في المفهوم التعاقدية للشركة ببساطة للشريك الحق في الإنقاذ من العقد المبرم²، وعليه يكون له الحق في الانتماء إلى الشركة أو كما يسميه بعض الفقه³ الحق في عدم الفصل من الشركة.

ويعتبر هذا الحق من الحقوق الفردية والخاصة التي شددت القوانين على حمايتها، فدعمته وعززته بأن منعت كل ما من شأنه دفع الشريك إلى التخلي عن حصصه أو أسهمه والخروج من الشركة، كزيادة التزاماته والإضرار بحقوقه الأساسية⁴.

واعتبارا لما سبق لا يمكن استبعاد الشريك من الشركة من الوقت الذي يحرر فيه حصته حتى ولو كان مخطئا، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة لأنه توجد بعض الحالات التي يتعرض فيها الشريك للفصل⁵، لكن وبالرغم من ذلك يبقى إخراج الشريك من الشركة قيذا خطيرا ومساسا بحق أساسي من حقوق الشريك، وهو حقه في البقاء في الشركة، لذلك لا يجب الحكم به (أي بإخراج الشريك من الشركة) إلا في أضيق الحدود باعتباره ملجأ أخيرا وبديلا عن حل الشركة إعمالا بمبدأ الضرر الأكبر (وهو حل الشركة) يُدفع بالضرر الأقل (وهو إخراج أحد الشركاء)⁶.

ويتم إخراج الشريك من الشركة في حالات متعددة، منها ما يكون كنتيجة لزوال نيته في الاشتراك، وهو ما نحاول تفصيله لاحقا في المطلب الثاني من هذا المبحث المتعلق بنتائج زوال

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص228.

² - G.Rippert, R.Roblot, op.cit., p406.

³ - Mohamed Salah, op.cit., p275.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع ، ص 229.

⁵ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°78.

⁶ - وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع، ص229.

نية الاشتراك أثناء حياة الشركة، ومنها يكون لأسباب أخرى منصوص عليها قانونا، فالمشرع الجزائري نص على بعض الحالات¹ التي يتم فيها فصل الشريك في شركات الأشخاص بالرغم من عدم زوال نيته في الاشتراك.

ففي شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة، إذا تم الحكم بانعدام أهلية أحد الشركاء، أو بمنعه من ممارسة نشاط تجاري، فإن الشركة تتحلل إلا إذا نص القانون على استمرارها أو قرر الشركاء ذلك بالإجماع، فإذا تحقق ذلك (النص على استمرار الشركة في النظام الأساسي لها أو تقرير ذلك بالإجماع)، فإن الشريك الذي تعلق به سبب الحل يفقد صفته كشريك وذلك بفصله من الشركة، وفي هذه الحالة يجب تعويضه عن قيمة حصصه في الشركة.

وكذلك تتحلل شركة التضامن والتوصية البسيطة في حالة إفلاس أحد الشركاء، وتماثلا كحالة فقد الأهلية أو المنع من ممارسة نشاط تجاري، يمكن تقاضي الحل بموجب نص في القانون الأساسي للشركة أو إجماع بقية الشركاء، وذلك عن طريق فصل الشريك المفلس، وهذا الأخير تم كذلك تعويضه عن قيمة حقوقه في الشركة.

غير أنه يوجد بعض الاختلاف بين الشريكتين، ففي شركات التوصية البسيطة، وعلى عكس شركات التضامن أضاف المشرع الجزائري حالة خضوع الشريك للتسوية القضائية، حيث يمكن تقاضي حل الشركة في هذه الحالة من خلال فصل الشريك الذي يكون محل تسوية قضائية².

لذلك يرى بعض الفقه³ إمكانية وضع شرط في النظام الأساسي لشركة التضامن، يتفق من خلاله الشركاء على فصل الشريك الخاضع للتسوية القضائية، فمثل هذا الشرط يهدف من

¹ - المادة 563 من القانون التجاري الجزائري (بالنسبة لشركات التضامن)، والمادة 563 مكرر 10 من القانون التجاري الجزائري (بالنسبة لشركات التوصية البسيطة)، والمتعلقة بفصل الشريك الذي انعدمت أهليته أو تم منعه من ممارسة التجارة تقاديا لحل الشركة، وكذلك الشريك الذي يكون محل إفلاس أو تسوية قضائية.

² - تنص المادة 563 من القانون التجاري الجزائري، والمتعلقة بشركات التضامن على: "في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنة التجاري، أو فقدان أهليته، تتحلل الشركة ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء، وفي حالة الاستمرار تعين حقوق الشريك الفاقدة لهذه الصفة والواجب أدائها له طبقا للفقرة الأولى من المادة 559"، أما المادة 563 مكرر 10 والمتعلقة بشركات التوصية البسيطة، فتتضمن على: "تحل الشركة في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية لأحد الشركاء المتضامنين أو المنع من ممارسة مهنة تجارية أو عدم قدرة أحد الشركاء المتضامنين، غير أنه عند وجود شريك متضامن أو أكثر يمكن للشركاء أن يقرروا في هذه الحالة بالإجماع استمرار الشركة فيما بينهم وتطبق أحكام المادة 563 أعلاه عليهم".

³ - Déborah Eskinazi, op.cit., p288.

جهة إلى استمرار الشركة، ومن جهة أخرى إلى حماية بقية الشركاء من مخاطر توقف أحد الشركاء عن الدفع الذي قد يلحق بقية الشركاء نظرا للمسؤولية التضامنية والغير محدودة عن ديون الشركة.

وترتibia للرأي السابق يمكن أن يكون فصل الشريك من الشركة تطبيقا لشرط وارد في النظام الأساسي للشركة، أو لاتفاق لاحق بين الشركاء، وفي هذه الحالة لا يشكل الفصل إلا تطبيقا لقانون الأطراف، لكن مثل هذه الاتفاقات لا بد من تقييدها بالمصلحة الجماعية، فهذه الأخيرة تلعب دورا في وضعها.

فعندما تكون حياة الشركة على المحك، ويكون فصل أحد الشركاء قادرا على أن يشكل فعلا الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشركة وإبعاد الخطر عنها، عندها تقتضي مراعاة المصلحة الجماعية للشخص المعنوي فصل الشريك، فمصلحة الشركة تسمو على جميع الاعتبارات¹.

إضافة إلى الدور الذي تلعبه نية الاشتراك باعتبارها أساس إلزامات وحقوق الشركاء في الشركة، فإنها تلعب دورا مهما آخر يتعلق بإضفاء صفة الشريك على أطراف عقد الشركة، وهو ما نتناوله فيما يلي.

الفرع الثاني

نية الاشتراك كأساس لصفة الشريك

تُعبّر نية الاشتراك عن روح الشراكة التي تظهر من خلال بروز إرادة التعاون من أجل تسيير أعمال الشركة، وذلك من خلال المشاركة الإيجابية والمراقبة الحقيقية للتسيير، وكذلك من خلال توازن المصالح بين الشركاء، وانعدام رابطة التبعية بينهم، غير أن السؤال المطروح يتعلق بما إذا كان لجميع الأطراف في عقد الشركة هذه الروح.

إن مجرد امتلاك الشخص لحصص أو أسهم في الشركة غير كاف لاعتباره شريكا حقيقيا²، فلا بد أن يتمتع بنية الاشتراك التي تعتبر شرطا ضروريا لاكتساب صفة الشريك، فهي

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص229.

² - Pascale Etain, Affectio sociétatis, Fraude et catégories d'associés, Petites affiches, 11février 1999, n°30, p15.

تسمح بالتمييز بين الشريك الحقيقي والشخص الذي يرتبط بالشركة دون أن تكون له أي رغبة أو إرادة في الشراكة، فيكون هذا الأخير شريكا وهميا لا يتمتع في الحقيقة بأي نية في الاشتراك¹.

ومعروف أن نية الاشتراك تبرز بشدة في شركات الأشخاص نظرا لقيامها على الاعتبار الشخصي، أين يعتمد كل شريك على الآخر ويمنحه ثقته، في حين تضعف في شركات الأموال التي يغلب فيها الاعتبار المالي، لذلك اعتمد البعض على نوع الشركة إن كانت من شركات الأشخاص أو من شركات الأموال للقول بوجود نية الاشتراك، وبالتالي اعتبار الشركاء في شركات الأشخاص شركاء حقيقيين، أما الشركاء في شركات الأموال فيختلف الوضع بالنسبة لهم.

غير أن الإعتماد على نوع الشركة للوقوف على الشريك الحقيقي وتمييزه عن ذلك الذي لا يتمتع بأي نية في الاشتراك كان محل نقد على أساس أن شركات الأموال لا تخلو تماما من نية الاشتراك، حيث يوجد فيها شركاء يتمتعون بهذه النية، فكيف يمكن إنكار صفة الشريك الحقيقي عنهم لمجرد أنهم شركاء في شركة أموال².

وحتى في شركات الأشخاص هناك إمكانية لوجود بعض الشركاء الذين تتعدم لديهم نية الاشتراك تماما كما هو الوضع في شركات الأموال، وقد استند الفقه³ الذي طرح هذه الفكرة على نص الفقرة 05 من المادة 1844-7⁴ من القانون المدني الفرنسي، حيث تتضمن النص على أن الشركة تنتهي عن طريق الحكم بحلها قضائيا (أي بموجب حكم قضائي) بناء على طلب أحد الشركاء في حالة ما إذا ثار خلاف بينهم، وأدى هذا الخلاف إلى شل نشاط الشركة⁵، وهذا النص وارد ضمن القواعد العامة التي تطبق على جميع أنواع الشركات سواء كانت من شركات الأشخاص أو من شركات الأموال، بمعنى أنه حتى في شركات الأشخاص

¹ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°27.

² - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°27.

³ - Pascale Etain, op.cit., p15.

⁴ - L'article 1844-7 al 5: " la société prend fin par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ».

⁵ - وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 441 من القانون المدني.

يمكن أن تتعدم نية الاشتراك لدى الشركاء، أين يؤدي هذا الانعدام إلى حدوث خلاف بين الشركاء إلى درجة يصل معها إلى شل نشاط الشركة مما يستوجب حلها.

ولذلك أصبح الإعتماد على نوع الشركة لتقرير وجود نية الاشتراك من عدمه عقيما بلا جدوى، وعليه وأمام إمكانية وجود طائفتين من الشركاء في كلا النوعين من الشركات التجارية كان لا بد من الاستناد إلى الشركاء في حد ذاتهم بصرف النظر عن نوع الشركة لتحديد ما إذا كانوا يتمتعون بنية الاشتراك أو لا يتمتعون بها، وذلك للوقوف على تحديد الشريك الحقيقي من عدمه¹.

إلا أنه وبالرغم من التحليل السابق، فإن فكرة التمييز بين طائفتين من الشركاء (الحقيقيين والمستثمرين) تطرح إشكالا في شركات المساهمة أكبر منه في شركات التضامن، وذلك نظرا لاختلاف النظام القانوني لكل منهما، خاصة ما يتعلق بنظام البورصة، حرية تداول القيم المنقولة، نظام الادخار العلني، واستيعاب هذا النوع من الشركات (أي شركات المساهمة) لعدد كبير من المساهمين قد يصل إلى الملايين، كل هذه العوامل أدت إلى دخول أشخاص إلى شركات المساهمة ليس لأن لديهم روح الشراكة التي تعبر عنها نية الاشتراك، ولكن لغايات أخرى يمكن الجزم بأنها مالية².

غير أن جميع هؤلاء المساهمين في الأصل هم شركاء، فنظريا المساهم شريك في شركة المساهمة، لكن مصطلح شريك يعبر عن نظام خاص يعكس أساسا روح الشراكة، أي نية الاشتراك، فعقد الشركة على عكس العقود الأخرى لا يحتاج لانعقاده صحيحا مجرد توافر ركن التراضي، ولكن يحتاج أيضا أن تكون لدى أطرافه النية في أن يكونوا شركاء حقيقيين³.

لذلك ونظرا للمعطيات الإقتصادية الجديدة استند الفقه إلى نية الاشتراك للتمييز بين طائفتين من المساهمين، المساهم كشريك حقيقي، والمساهم كشريك مستثمر.

¹- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°27. Voir aussi Pascale Etain, op.cit., p15.

²- Venzon Christophe, op.cit., p35.

³- Venzon Christophe, op.cit., p35.

أولاً- الشريك الحقيقي

أطلق عليه بعض الفقه¹ تسمية الشريك السياسي *l'associé politique*، و هو ذلك الشريك الذي يتمتع بنية الاشتراك، والتي يظهرها من خلال المشاركة بطريقة ايجابية وفعالة في أعمال الشركة من أجل تحقيق مصلحتها باعتبارها شخصا معنويا²، ومن ذلك المشاركة في التسيير، وممارسة حق التصويت والرقابة على التسيير بفعالية بهدف تحقيق المصلحة الجماعية بعيدا عن البحث عن المصلحة الفردية فقط، والمشاركة بايجابية في المهام الجماعية أين تبرز لدى الشريك روح الشراكة والتعاون.

ومما تجب الإشارة إليه أن الشركاء عند تدخلهم في الحياة الاجتماعية للشركة لا يتمتعون بنفس الحقوق، فشركاء الأغلبية يتمتعون بحقوق ومزايا أكبر من تلك المقررة لشركاء الأقلية وهو ما دفع بعض الفقه³ إلى القول أن شريك الأغلبية وحده من يتمتع بنية الاشتراك، في حين أن بقية الشركاء لا يحملون هذه النية، بحيث ينحصر دورهم فقط في مطابقة الإجراءات القانونية والمتعلقة بتوافر عدد الشركاء المشترط قانونا.

غير أن هذا الرأي تم رفضه بشدة، لأن الجزم به قد يؤدي إلى بطلان معظم شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية، لأن هذه الشركات غالبا ما يحوز فيها شريك أو شريكين فقط أغلبية رأس المال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اعترف القانون لأقلية المساهمين بمجموعة من الحقوق التي تمكنهم من التدخل في الحياة الاجتماعية للشركة⁴، ويتحقق ذلك خاصة من خلال وظيفة المراقبة على أعمال التسيير، فالأقلية لا يمكن أن تقوم بالمبادرة في التسيير إلا عند غياب الأغلبية عن ممارسة سلطتها.

¹ - Pascale Etain, op.cit., p15.

² - Yves Guyon, *Affectio societatis*, Juris-classeur, op.cit., n°28.

³ - Philippe Merle, op.cit., p242.

⁴ - فيما يتعلق بتفاصيل حقوق أقلية المساهمين راجع تفاصيل التعاون الإرادي والمشاركة في التسيير من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول ص من 29 إلى 48.

هذا الاعتراف القانوني للأقلية بمجموعة من الحقوق دفع إلى وجود مساهمي أقلية يتمتعون بنية اشتراك حقيقية تظهر من خلال ممارستهم لمختلف هذه الحقوق التي تحقق في مجموعها المصلحة العامة للشركة¹.

كما أن القضاء الفرنسي عرف العديد من الدعاوى التي رفعها مساهمو الأقلية متمسكين فيها بتعسف الأغلبية، وهو ما يؤكد اهتمام هذه الفئة من المساهمين بالشركة باعتبارها شخصا معنويا، وذلك نظرا لأن تعسف الأغلبية يقوم في الحالات التي تتخذ فيها هذه الأخيرة قرارا يتعارض مع المصلحة العامة للشركة، بحيث يخدم مصالحهم كأغلبية فقط ويلحق الضرر بمصالح الأقلية والشركة معا².

وهو ما يعني أن فكرة تمتع شريك الأغلبية وحده بنية الاشتراك دون شريك الأقلية فكرة غير سليمة وغير منطقية، فشريك الأقلية الذي يمارس الصلاحيات المخولة له قانونا بهدف حماية مصلحة الشركة والدفاع عنها من تعسف الأغلبية هو شريك يتمتع دون أدنى شك بنية الاشتراك³.

وعليه التمييز بين الأقلية والأغلبية للكشف عن نية الاشتراك وتحديد الشريك الحقيقي من عدمه لا يمكن اعتماده كمعيار، فالمعيار الحقيقي هو الشريك في حد ذاته بصرف النظر عما إذا كان شريك أغلبية أو شريك أقلية، فإن كانت تصرفاته تعكس روح التعاون والمشاركة في الحياة الاجتماعية للشركة بما يحقق مصلحتها فهو شريك حقيقي يتمتع فعلا بنية الاشتراك.

ثانيا - الشريك المستثمر

هو ذلك الشريك الذي تتجه إرادته فقط نحو تحقيق الأرباح دون أن يهتم بالمشاركة في حياة الشركة، بحيث يعتبر هذا الشريك مجرد دائن أو مقرض للشركة، لا يحمل أي نية في التعاون أو تحمل المخاطر، هدفه الوحيد هو تحقيق أرباح معتبرة وفي أقل وقت ممكن دون أن تكون لديه أي نية في الاشتراك، بحيث لا يهتم بالشركة كشخص معنوي نظرا لكونه لا يشارك

¹- Venzon Christophe, op.cit., p36.

²- Pascale Etain, op.cit., p15.

³-Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°28.

في الجمعيات العامة، ولا تكون له الرغبة مطلقا في المشاركة في أعمال الشركة، ليكون بذلك عنصرا أجنبيا عن الشركة لا ينتمي إليها¹.

ولقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه، حيث استخدمت محكمة استئناف باريس في قرار حديث لها² مصطلح مقرض أموال bailleur de fonds لتؤكد صفة المساهم المستثمر العابر actionnaire de passage، أي ذلك الذي لا يرغب في البقاء والاستمرار في الشركة.

غير أن اعتبار الشريك المستثمر مجرد مقرض أموال تم نقده على أساس أن المقرض يتحمل مخاطرا أقل من تلك التي يتحملها الشريك حتى ولو كان مستثمرا لا نية اشتراك لديه إضافة إلى أن المقرض يحصل على فائدة ثابتة، في حين أن الشريك حتى ولو انعدمت نية الاشتراك لديه لا يحصل على فائدة ثابتة وقد يتعرض لخطر عدم الاسترجاع الكلي للأموال التي قدمها كحصة وذلك متى انخفضت قيمة الحقوق في الشركة (الأسهم)، لذلك يبدو أن حملة السندات في الشركة هم الذين يقتربون كثيرا من صفة مقرض الأموال وليس الشريك المستثمر الذي لا يتمتع بنية الاشتراك، وهو ما دفع إلى ضرورة التخلي عن فكرة أن هذا الأخير يعتبر مجرد مقرض أموال لأنه من الناحية النظرية يحمل صفة الشريك التي يمنحها له القانون بالرغم من أنه في الواقع لا يتمتع بنية الاشتراك³.

لكن وبالرغم من هذا الاعتراف القانوني بصفة الشريك، إلا أن المركز الواقعي لكثير من المساهمين يختلف عن المركز القانوني الذي ميزه المشرع عن جميع المراكز القانونية لأصحاب السندات المختلفة، حيث منحه كل الحقوق التي من شأنها أن تمكنه من ممارسة دور هام وفعال في الشركة⁴، مثل الحق في الإعلام⁵ بما يشمل من حق في الإطلاع على مختلف الوثائق والمستندات المتعلقة بالشركة، وحق في الإخطار بكل ما يجري في الشركة و الحق في التصويت⁶.

¹ - Venzon Christophe, op.cit., p36.

² - C.A Paris 21 décembre 2001, Bull Joly, n°04 d'avril 2002, §109.

³ - Pascale Etain, op.cit., p15.

⁴ - بن ويراد أسماء، حماية المساهم في شركة المساهمة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص19.

⁵ - المواد 677، 678، 680 من القانون التجاري الجزائري.

⁶ - المادة 602 من القانون التجاري الجزائري.

وممارسة المساهم لهذه الحقوق تمكنه من المشاركة بطريقة ايجابية وفعالة في تسيير ومراقبة أعمال الشركة، ويعكس لديه روح الشراكة، لكن وإن كان هذا المركز القانوني للمساهم الذي منحه إياه المشرع، إلا أن الواقع العملي مختلف كثيرا عن ما هو قانوني نظري، فأغلبية المساهمين في شركة المساهمة نادرا ما يهتمون بالشركة ويشاركون في حياتها، ذلك أن معظم المساهمين في مثل هذه الشركات هم من المضاربين، همهم الوحيد هو الأرباح التي يحصلون عليها، ويظهر هذا الوضع خاصة في الشركات المقيدة في البورصة، أين يهتم المساهمون بمراقبة حركة الأسهم، فعلى هذا الأساس يتم التصرف في هذه الأسهم ببيعها دون أي اهتمام بمصلحة الشركة أو بما يجري فيها، فهؤلاء المساهمون يتخلون عن حقوقهم مهتمين فقط بالجانب المالي منها¹.

ويمكن القول أن هذا الواقع نتج عن ظاهرة غياب المساهمين عن حضور الجمعيات العامة وطغيان سيكولوجية المضاربة عليهم، فالجمعية العامة تعتبر فرصة متاحة للمساهمين لمناقشة واقع الشركة مع أعضاء مجلس إدارتها من جهة، ومشاركتهم في صنع القرارات أو المصادقة عليها من جهة أخرى، حيث يخرج المساهم بصورة واضحة ومتكاملة عن وضع الشركة.

غير أن غياب المساهمين عن الجمعيات العامة يضيع هذه الفرصة منهم، ويكونون بذلك قد تخلوا عن عدة حقوق أساسية لاسيما حق حضور الجمعيات العامة وحق التصويت فيها واللدان يمثلان أحد أهم مظاهر نية الاشتراك (المشاركة في التسيير)، وهو الأمر الذي أضعف دور الجمعيات العامة في تسيير الشركة ومراقبتها ونقل كل السلطات إلى القائمين على الإدارة بالشركة، والذين وللأسف يبحثون في كثير من الأحيان عن تحقيق مصالحهم الشخصية حتى ولو كان ذلك على حساب الشركة².

وتكمن أهم أسباب امتناع المساهمين عن حضور الجمعيات العامة في سيكولوجية المضاربة التي تطغى عليهم، بحيث لا يهتمون مطلقا بالشركة التي يساهمون فيها، وهو ما دفع بعض الفقه³ إلى تسميتهم بالمساهمين السلبيين لأن همهم الوحيد هو مراقبة حركة الأسهم في

¹ - بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص20.

² - نفس المرجع، ص20.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص441.

سوق الأوراق المالية والمضاربة عليها، دون الاهتمام بالجانب الإداري للشركة، فعند انضمامهم إلى الشركة يعتمدون على نجاحها وسمعتها في الوسط التجاري، وعلى مستوى ارتفاع أسهمها في سوق الأوراق المالية، هذا هو الجانب الوحيد الذي يهتمهم في الشركة، فإذا ما حققت خلال إحدى السنوات أرباحا قليلة أو خسارة خرجوا منها بحثا عن شركة أخرى تحقق أرباحا أكبر¹ لذلك تطلق عليهم تسمية المساهمين المؤقتين أو العابرين².

وعليه مفهوم الشريك المستثمر الذي لا يتمتع بنية الاشتراك يجد أساسه في سوق الأوراق المالية، فنية الاشتراك لا تتوافر في معظم الشركاء في الشركات المسعرة أسهمها في البورصة ولقد مهد القانون التجاري الفرنسي لانتشار مثل هذه الفئة من الشركاء المستثمرين عندما نص على إمكانية إصدار شركات المساهمة للأسهم ذات الأولوية في الحصول على الربح دون الحق في التصويت³، حيث يتم عادة إصدار هذه الأسهم عند الزيادة في رأسمال الشركة بهدف جذب وإغراء مساهمين جدد، فهذا التعزيز المالي يكون مقابل التنازل عن الحق في التصويت⁴ وهو ما يشجع على دخول أشخاص إلى شركات المساهمة يهدفون فقط إلى الحصول على الأرباح دون أن تكون لديهم نية الاشتراك.

لكن وبالرغم من التحليل السابق يبقى مفهوم الشريك المستثمر مفهوما متعدد المعاني، لا يشمل فقط الشركاء الذين لا يتمتعون بنية الاشتراك، لأنه يوجد شركاء مستثمرين يرغبون في نجاح وازدهار الشركة، ويهتمون بها أكثر من اهتمامهم بالأسهم (أي يتمتعون بنية الاشتراك)⁵.

وبالتالي تعتبر نية الاشتراك وسيلة للتمييز بين طائفتين من الشركاء، فمن جهة يوجد شركاء مستثمرين لا يتمتعون بأي رغبة في المشاركة في أعمال الشركة، حيث تدفعهم المصلحة المالية فقط للانضمام إلى الشركة، لذلك شبههم البعض⁶ بالإلكترونات الحرة التي تنتقل من ذرة إلى أخرى، والذرة بالنسبة لهم هي الشركة التي تمنحهم أرباحا أكثر، ومن جهة أخرى يوجد شركاء حقيقيين فعالين في الشركة نظرا لكونهم يشاركون بايجابية وفعالية في حياة الشركة.

1 - عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص94.

2- Venzon Christophe, op.cit., p36.

3- Pascale Etain, op.cit., p15.

4- Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit., p779.

5- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris- Classeur, op.cit., n29.

6- Pascale Etain, op.cit., p15.

ونظرا لاختلاف الفئتين تماما عن بعضهما يرى بعض الفقهاء¹ أنه من غير المعقول أن تخضعا لنفس القواعد القانونية، لذلك نادى هذا الاتجاه الفقهي بضرورة خضوعهما لقواعد مختلفة، واقترح أن يخضع الشريك المستثمر الذي لا يتمتع بنية الاشتراك لقانون الاستثمار، أو على الأقل أن يتضمن النظام الأساسي لشركة المساهمة قواعد تميز بين الشركاء الحقيقيين والشركاء المستثمرين، بحيث تحمل القواعد المطبقة على هذه الفئة الأخيرة مفهوم قانون الاستثمار، ويجب أن تختلف تماما عن تلك القواعد المطبقة على الشركاء الحقيقيين، كما أكد هذا الاتجاه الفقهي كذلك ضرورة تبني قانون الشركات لمثل هكذا قواعد، تتفق مع كل صفة مراعية الاختلاف بينهما.

إن انعدام نية الاشتراك لدى الشريك يترتب عليه اعتبار هذا الأخير مجرد مستثمر أو شريك سلبي لا يهتم مطلقا بحياة الشركة، غير أن الأمر قد يتجاوز هذا الإطار، فقد لا يكفي الشريك بكونه عنصرا سلبيا في الشركة ويعتمد إثارة مشاكل وخلافات مع بقية الشركاء، والتي قد تصل إلى درجة حل الشركة، أو يرفض تنفيذ التزاماته، أو يختار مغادرة الشركة بصفة نهائية ليتربط على ذلك عدة آثار ترتبط بانعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة، وهو ما نفضله فيما يلي.

المطلب الثاني

آثار انعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة

تعتبر نية الاشتراك أحد أهم الأركان التي تقوم عليها الشركة، واستنادا إلى ذلك يترتب على انعدامها عند إبرام عقد الشركة بطلان العقد.

غير أن انعدامها أثناء حياة الشركة يترتب عليه آثار مختلفة، فبالنسبة للشركة يؤدي انعدام نية الاشتراك لدى جميع شركائها، أو حتى لدى بعض شركائها في بعض الحالات إلى حلها وليس بطلانها²، أما بالنسبة للشركاء فآثار انعدام نية الاشتراك لديهم تختلف، فقد يختارون البقاء في الشركة بقاء مؤقتا لأغراض مالية فقط ليكونوا بذلك مجرد شركاء مستثمرين لا نية

¹- Venzon Christophe, op.cit., p37.

²- Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p83.

اشتراك لديهم، وقد يختارون مغادرة الشركة عن طريق التنازل عن حصصهم أو أسهمهم، أو عن طريق انسحابهم.

وفي بعض الحالات بالنسبة للشركاء الذين يختارون البقاء في الشركة بالرغم من انعدام نية الاشتراك لديهم، لا يكتفون بكونهم شركاء سلبيين لا يظهرون أي اهتمام بالشركة باعتبارها شخصا معنويا، بل يقومون بتصرفات من شأنها الإضرار بالشركة كالاعتراض على مد أجلها، أو عدم تنفيذ التزاماتهم كعدم تحرير الحصة التي تعهدوا بتقديمها، أو القيام بأعمال من شأنها منافسة الشركة، إلى غير ذلك من التصرفات التي تتعارض مع نية الاشتراك، وفي مثل هذه الحالات يظهر أن الحل المناسب الذي يحفظ مصلحة الشركة بالدرجة الأولى، ومصالح بقية الشركاء الذين يتمتعون بنية الاشتراك ويرغبون في الاستمرار في الشركة، يكمن في فصل مثل هؤلاء الشركاء الذين تزول نية الاشتراك لديهم.

وهو ما فصله في هذا المطلب من خلال فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة آثار انعدام نية الاشتراك بالنسبة للشركة، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة آثار انعدام نية الاشتراك بالنسبة للشركاء.

الفرع الأول

آثار انعدام نية الاشتراك بالنسبة للشركة

إن زوال نية الاشتراك أثناء حياة الشركة قد يترتب عليه حل الشركة قضاء (أي بواسطة حكم قضائي)، وهو ما يُفهم ضمنا من موقف المشرع الجزائري، وكذا المشرع الفرنسي في القانون المدني، بالرغم من وجود بعض الإختلاف بينهما.

أشار المشرع الفرنسي في الفقرة الخامسة من المادة 1844-7 من القانون المدني إلى ضرورة استمرار نية الاشتراك لدى جميع الشركاء طوال مدة حياة الشركة، حيث أقرت هذه المادة أن الشركة تنقضي إذا تقرر حلها بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء، متى

وجدت أسباب مبررة لاسيما في حالة عدم تنفيذ أحد الشركاء لالتزاماته، أو في حالة وقوع خلاف بين الشركاء أدى إلى شل نشاط الشركة¹.

والملاحظ أن الحالات السابقة الواردة في الفقرة الخامسة من المادة 1844-7 من القانون المدني الفرنسي، (عدم تنفيذ الشريك لالتزاماته، الخلاف بين الشركاء)، والتي تمثل دليلا واضحا على زوال نية الاشتراك، إنما هي أمثلة عن الأسباب المبررة التي يمكن أن يستند إليها القاضي للحكم بحل الشركة، وليست حالات واردة على سبيل الحصر، وذلك أن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح " لاسيما"، بمعنى يمكن تصور وجود حالات أخرى تكون مبررا لحل الشركة متى قدر القاضي خطورتها ودرجة تأثيرها على الشركة.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد أجاز هو الآخر أن تُحلّ الشركة بحكم قضائي، بناء على طلب من أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به، أو لأي سبب آخر ليس من فعل الشركاء ويقرر القاضي خطورة السبب المبرر².

ويلحظ أن المشرع الجزائري قد قسم أسباب المطالبة بحل الشركة قضاء إلى قسمين أسباب ترتبط بعدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته، وأسباب أخرى ليست من فعل الشركاء، والقول بذلك يعني أن المشرع الجزائري كذلك لم يذكر على سبيل الحصر الأسباب التي تدفع بالشريك إلى المطالبة بحل الشركة قضاء، مما يعني إمكانية إضافة الخلاف بين الشركاء كسبب مبرر لحل الشركة، خاصة وأن الفقه المقارن³ يجمع على هذه المسألة.

وفيما يتعلق بعدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته، قد تتعدد صور عدم الوفاء، حيث يمكن أن يظهر في شكل عدم تقديم الشريك للحصة التي تعهد بتقديمها، أو يقوم بتقديمها لكن بما يخالف ما تعهد به، كالشريك بالعمل الذي يتخاذه في القيام بالعمل الذي تعهد به، ويعتبر كذلك من بين صور عدم وفاء الشريك بالتزاماته إهمال الشريك المدير أو ارتكابه خطأ جسيما أو غشا أو

¹ - L'article 1844-7 al 5 dispose que: "La société prend fin:

- par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ».

² - الفقرة الأولى من المادة 441 من القانون المدني الجزائري.

³ - Dominique Vidale, op.cit., p166, Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p145, Yves Guyon, droit des affaires, op.cit., p205.

تدليسا في إدارة الشركة¹، وبصفة عامة يعتبر عدم تنفيذ الشريك لالتزاماته، أيا كانت دليلا أكيدا على زوال نية الاشتراك لديه².

والقول بأن الخلاف بين الشركاء سبب من الأسباب التي تبرر المطالبة بحل الشركة قضاءً أمر منطقي لأن نية الاشتراك تعتبر أحد أهم الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة وهذه النية وإن كانت أمرا داخليا في نفوس الشركاء، إلا أنها تظهر عمليا من خلال التزام كل شريك بالقيام بما تعهد به، والعمل على قدم المساواة في سبيل تحقيق الغرض الذي انشئت من أجله الشركة، وعليه هذه النية هي التي تدفع الشركاء نحو التعاون والعمل المشترك وترك مظاهر الأنانية لتسود بينهم روح العمل كفريق واحد لتحقيق هدف واحد³، وعليه يحق لأي شريك من الشركاء أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحل الشركة إذا رأى أن الخلاف بين الشركاء قد وصل إلى درجة تتعدم معها إمكانية الاستمرار في الشركة.

ويعتبر الخلاف بين الشركاء من أكثر الأسباب التي وصلت إلى القضاء الفرنسي حول حل الشركة، خاصة في شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة، حيث يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء الشركة قبل انقضاء مدتها، وذلك أن الخلاف بين الشركاء يترتب عليه عدم تحقيق الشركة للغرض الذي انشئت من أجله⁴.

والملاحظ أن حل الشركة قضاءً لسبب مبرر يقدر خطورته القاضي، والذي قد يتمثل في الخلاف بين الشركاء قد ورد ضمن الأحكام العامة الواردة في القانون المدني⁵ و المطبقة على جميع أنواع الشركات، ومن خلال استقراء مختلف نصوص القانون التجاري الجزائري، يمكن القول أنه بالرغم من أنه تضمن النص على بعض حالات المطالبة بالحل القضائي مثل المطالبة بحل شركة المساهمة قضائيا بسبب عدم تسوية رأس المال المشترط قانونا⁶، والمطالبة بحل شركة المساهمة قضائيا إذا كان عدد المساهمين قد خفض إلى أقل من الحد الأدنى القانوني منذ أكثر من عام⁷، إلا أنه لم يتضمن ما يخالف الأحكام العامة الواردة في القانون

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان ، المرجع السابق، ص17.

² - C.A Paris 30 octobre 1992, Bull Joly, n°01 de janvier 1993, §27.

³ - عبد الرحمن السيد قرمان، نفس المرجع، ص 19، 20 ، أنظر كذلك عبد العزيز العكيلي، المرجع السابق، ص77، 76.

⁴ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°92.

⁵ المادة 441 من القانون المدني الجزائري

⁶ - الفقرة 03 من المادة 594 من القانون التجاري.

⁷ - المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري

المدني والمتعلقة بالمطالبة بحل الشركة قضائيا لوجود سبب مبرر، مما يفيد خضوع جميع أنواع الشركات التجارية لهذه الأحكام، والتي تقرر لكل شريك الحق في أن يطلب من القضاء حل الشركة إذا وجد سببا مبررا لذلك، باستثناء ما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، فالمشرع كان صريحا في هذا الخصوص، حيث نص صراحة على أنه لا تطبق أحكام المادة 441 من القانون المدني والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية محدودة في يد واحدة¹.

كما أن الفقه² قد أجمع على تطبيق هذا المبدأ على جميع أنواع الشركات، سواء كانت شركات أموال أو شركات أشخاص، لكن يمكن القول أن تطبيق هذا المبدأ على شركات المساهمة من الناحية العملية أمر نادر جدا، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الأسهم التي يملكها المساهم في هذه الشركات تكون قابلة للتداول، بحيث يمكنه أن يتنازل عنها إذا وقع خلاف بينه وبين باقي المساهمين، بالإضافة إلى أنه من النادر أن يؤدي الخلاف بين المساهمين إلى تعطيل نشاط الشركة لأن هذا النوع من الشركات يركز على مبدأ سيادة الأغلبية، وفي حالات الخلاف غالبا ما يفضل المساهم أن يتنازل عن أسهمه بدلا من الدخول في متاهات حل الشركة قضاء، فقد لا يملك الدليل الذي يقنع بكفايته للحكم بحل الشركة، فضلا على أن القضاء غالبا ما ينظر بنظرة خاصة عند تطبيق قاعدة الحل القضائي على شركة المساهمة قبل انتهاء مدتها، تختلف عن نظره عندما يطبقها على الشركات الأخرى، وذلك نظرا لأهمية الدور الذي تلعبه شركات المساهمة في الحياة الاقتصادية للدولة³.

غير أن بعض الفقه⁴ يرى أنه وبالرغم من أن الرأي السابق فيه جانب كبير من الصواب إلا أن أساس ندرة تطبيق الخلاف بين الشركاء كسبب من أسباب حل شركات المساهمة لا يتعلق بطبيعة هذه الشركات وإنما يرتبط بالاعتبار الشخصي بين الشركاء.

1 - المادة 590 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري.

2 - انظر في هذا الخصوص Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p146، عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص28، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص57، 165، Deen Gibirila, Droit des sociétés, Elipse, Paris, 2012، هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص208.

3 - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص27، 28.

4 - نفس المرجع، ص27.

فكلما زاد الاعتبار الشخصي بين الشركاء كلما كان الخلاف وعدم التفاهم بينهم سببا لحل الشركة قضاء قبل انتهاء مدتها، وكلما قل وجود هذا الاعتبار، فإن الخلاف وعدم التفاهم يصعب أن يحدث نفس الأثر ويعطل نشاط الشركة.

ونظرا لقيام شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة على الاعتبار الشخصي فإن تطبيق مبدأ الخلاف بين الشركاء كسبب لحل الشركة قضاء يكون أكثر من تطبيقها على شركات المساهمة التي تقوم على الاعتبار المالي، حيث يكثر عدد الشركاء وتكون الأسهم قابلة للتداول.

ولكن هذا لا ينفي أن هناك شركات مساهمة يلعب فيها الاعتبار الشخصي دورا لا يقل عن دوره في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وفي هذه الشركات غالبا ما يؤدي الخلاف بين الشركاء إلى تعطيل نشاط الشركة.

ويظهر قيام شركات المساهمة على الاعتبار الشخصي من عدمه من خلال الشروط التي يضعها المساهمون في النظام الأساسي للشركة، والتي ينظمون بها حرية تداول الأسهم ويحافظون بموجبها على التوازن بينهم في إدارة الشركة واتخاذ القرارات المتعلقة بنشاطها.

ويتحقق ذلك في شركات المساهمة التي تؤسس بين عدد قليل من المساهمين تربطهم علاقات معينة، كشركات المساهمة التي يؤسسها أفراد عائلة واحدة، أو الشركات التي تؤسس بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يمارسون نشاطا مماثلا وذلك بغرض تنظيم المنافسة بينهم وهي التي تعرف باسم شركات الهولدينج Holding، حيث غالبا ما تكون هذه الشركات من شركات المساهمة التي تظهر فيها نية الاشتراك في أوضح صورها كما هو الشأن في شركات الأشخاص، حيث يشارك جميع الشركاء على قدم المساواة في تسيير أمور الشركة من خلال التعاون والعمل المشترك¹.

ومما تجب الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي من خلال الفقرة الخامسة من المادة 1844-7 أكد أن الخلاف بين الشركاء لا يمكن أن يمثل سببا مبررا لحل الشركة إلا إذا ترتب عليه شلل في نشاط الشركة، بما يفهم منه أن انعدام نية الاشتراك وحده لا يبرر حل الشركة، بل لا

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص28.

بد أن يؤدي علاوة على ذلك هذا الانعدام إلى شل نشاط الشركة، وهو ما أكدته القضاء الفرنسي في قرار صادر له¹، حيث أقرت محكمة استئناف Versailles حلّ شركة ذات مسؤولية محدودة بسبب خلاف بين مجموعتين من الشركاء متساويتين في الحقوق (سلطة اتخاذ القرار) نظرا لأن هذا الخلاف أدى إلى شل نشاط الشركة، وهو الأمر الذي يُظهر أن نية كلا المجموعتين في التعاون على قدم المساواة وتحقيق غرض الشركة، قد تم التخلي عنها، أي أن نية الاشتراك قد زالت، مما ترتّب عنه استحالة اتخاذ أي قرار جماعي، حسب ما ورد في القرار.

بمعنى أنه لا يمكن الحكم بحل الشركة بالرغم من زوال نية الاشتراك، وذلك متى كان الخلاف بين الشركاء لا يترتب عليه شلل في نشاط الشركة، كما لو استحكم الخلاف بين الأغلبية والأقلية وكانت الأغلبية التي تتولى تسيير أعمال الشركة تلتزم وتحترم في تسييرها حدود المصلحة الجماعية بما يضمن السير العادي والجيد لنشاط الشركة².

فمجرد الخلاف البسيط بين الشركاء يكون غير كاف لحل الشركة، خاصة إذا كانت هذه الأخيرة من الشركات الناجحة ولا تعاني أي مشاكل في نشاطها³، وهو فعلا ما أكدته القضاء الفرنسي، حيث أشارت محكمة استئناف Versailles في قرار صادر لها⁴ أن الخلاف بين الشركاء يشكل سببا من أسباب حل الشركة فقط في الحالات التي يشكل فيها خطرا حقيقيا على الشركة، أين يؤدي إلى استحالة الاستمرار فيها نظرا لكونه يربط شل نشاطها، ويتعارض مع مصلحتها الجماعية، حسب ما ورد في القرار.

لكن ما يؤخذ على القضاء الفرنسي في الأحكام السابقة وأحكام عديدة أخرى⁵ أنه التزم بحرفية المادة 1844-7 من القانون المدني، والمتعلقة بما إذا كان الخلاف يسبب شل نشاط الشركة أم لا، دون أن يدقق فيما إذا كان هذا الشلل يؤثر فعلا على استمرار الشركة ويؤدي إلى زوالها، فمثل هذا الموقف يسمح بحل شركات ناجحة ومزدهرة، لذلك تم نقد هذا الموقف القضائي على أساس أن زوال نية الاشتراك وشل نشاط الشركة لا يكفيان للحكم بحلها، بل لا

¹ C.A Versailles 19 janvier 1989, Bull Joly n°04 d'avril 1989, §109.

² Lamy Sociétés commerciales, Motifs non retenus par les juges, n°1447, septembre 2005.

³ Yves Guyon, Affectio societatis, Juris- classeur, op.cit., n°93.

⁴ C.A Versailles 09 novembre 1990, Bull Joly n°01 de janvier 1991, §21.

⁵ Cass 1re civ 18 mai 1994, Bull Joly n°7-8 de juillet-aout 1994, §227, Cass.Com 13 février 1996, Bull Joly n°06 de juin 1996, §169, C.A Paris 29 novembre 1989, Bull Joly n°02 de février 1990, §55.

بد أن يؤدي هذا الشلل في نشاط الشركة إلى زوالها مستقبلا، فقبل الحكم بحل الشركة يجب على القاضي أن يأخذ في الاعتبار المركز والوضع الإقتصادي للشركة¹.

وعليه وحتى يكون الخلاف مبررا لحل الشركة يجب أن يكون جديا ومهما، أي على قدر من الجسامة، بحيث يؤدي إلى عرقلة الشركة عن القيام بنشاطها واستحالة استمرارها، وجدية الخلاف بين الشركاء تقتضي أن يكون متعلقا بنشاط الشركة، وأن يكون مستمرا، بحيث لا توجد وسيلة أخرى لتصفيتها سوى الحكم بحلها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يتضمن هذا الخلاف خطرا على الشركة، أي على استمرار نشاطها، فالشركة تنشأ لتحقيق غرض اقتصادي معين يحدده الشركاء في عقدها، ووجود الشركة يرتبط بتحقيق هذا الغرض، فإذا استحال عليها تحقيقه لأي سبب من الأسباب تفقد الشركة الغاية من وجودها².

فأسباب الحل بحد ذاتها لم تعد محل اهتمام بقدر ما تمثل هذه الأسباب من انعكاس على المصلحة الجماعية، فمعيار المصلحة الجماعية هو المعيار الذي يركز عليه القاضي للتضييق من نطاق الأسباب المبررة لحل الشركة والتركيز على النتائج، فالعبرة بخطورة وضع الشركة وهي مسألة تقديرية من اختصاص قاضي الموضوع، حيث يجب على الشريك إثبات أن هذه الخلافات كانت السبب في تعطيل الشركة عن القيام بنشاطها بصورة طبيعية، فالقاضي يقبل الحل أو يرفضه بالنظر إلى الأسباب الواقعية والاقتصادية والمالية التي تمر بها الشركة، وينظر إلى مدى صلاحية الشركة للاستمرار اقتصاديا، فإما أن يقضي بحل الشركة إذا وجدها منهارة اقتصاديا وغير قابلة للحياة، أي استحالة في استمرار نشاطها في مثل هذه الظروف، وإما أن يتفادى الحل باللجوء إلى وسائل أخرى تبقي على الشركة خاصة إذا وجدها قادرة على الاستمرار اقتصاديا³.

وفي حالة ما إذا تم رفع طلب حل الشركة إلى القضاء، فإن صاحب الحق في رفع هذا الطلب هو الشريك، فهذا الطلب حق مقرر لكل شريك⁴، ولكن ما تجب الإشارة إليه أنه فقط

¹ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°94.

² - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص38-39.

³ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص255، 256.

⁴ - المادة 441 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1844-7 من القانون المدني الفرنسي.

الشركاء الذين لم يكونوا سببا في الخلاف هم الذين يملكون هذا الحق، حيث أن الشريك الذي كان سببا في الخلاف أو رفض تنفيذ التزاماته يحرم منه¹.

وحق الشريك في طلب حل الشركة قضاءً يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام بحيث يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك²، وعليه لا يجوز أن يتفق الشركاء على أن يضعوا شرطاً في العقد التأسيسي للشركة، يحرم الشريك من ممارسة هذا الحق³، غير أنه يجوز للشركاء أن يتفقوا على إمكانية تقادي حل الشركة قضاءً من خلال استرداد (شراء) حقوق الشريك طالب الحل⁴.

وعليه لا يجوز الاتفاق على إلغاء هذا الحق، ولا تنازل الشريك عنه، سواء كان الاتفاق بموجب شرط في عقد الشركة أو في اتفاق لاحق، وإذا تضمن عقد الشركة مثل هذا الشرط يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويعتبر كأنه لم يكن، كما لا يجوز كذلك أن يتفق الشركاء على وضع قيود تحد من حرية استعمال الشريك لهذا الحق، كالشرط الذي يفرض على الشريك أن يحصل على موافقة الشركاء الآخرين أو مدير الشركة، أو يلزمه بإخطار الجمعية العامة للشركة قبل رفع دعوى الحل، أو الشرط الذي يفرض على الشريك ضرورة اتخاذ إجراءات شكلية معينة قبل أن يطلب حل الشركة قضاءً⁵.

وجدير بالذكر أن النظام الأساسي للشركة قد يتضمن اتفاقاً على عرض جميع النزاعات التي تنشأ بين الشركاء، أو بين الشركاء والشركة على التحكيم، ويثور التساؤل في هذه الحالة عما إذا كان اتفاق التحكيم من شأنه حرمان الشريك من حق طلب حل الشركة قضائياً، يذهب الرأي الراجح⁶ في هذا الخصوص إلى أنه متى كان التحكيم جائزاً، تكون المحكمة التي يطلب منها حل الشركة غير مختصة بالنظر في هذا الطلب، بحيث يختص المحكمون بنظر طلب حل الشركة تنفيذاً لشرط التحكيم الذي تضمنه عقد الشركة، وعليه يمكن القول أن شرط التحكيم

¹ - Anne Bougnoux, Dissolution des sociétés, Juris-classeur, Fasc 30-10, 15 janvier 2002, p100.

² - الفقرة الثانية من المادة 441 من القانون المدني الجزائري تنص على: " ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

³ - G.Ripert, R.Roblot, op.cit., p97.

⁴ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p147.

⁵ - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص63.

⁶ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص209، انظر كذلك عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص69.

Anne Bougnoux, op.cit., p35. Anne Charevriat, Alain Couret, op.cit., p147.

لا يمثل أي عائق أمام ممارسة الحق في طلب حل الشركة، ولكن ليس أمام القضاء، وإنما أمام محكمة التحكيم.

أما عن إجراءات دعوى حل الشركة، فتكون موجهة ضد الشركة (مدعى عليه) نظرا لتمتعها بشخصية معنوية مستقلة عن الشركاء، بالإضافة إلى أنه يمكن إدخال الشريك الذي يرتبط به سبب الحل في الخصومة لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق الشركة والشركاء نتيجة تصرفاته التي كانت سببا في حل الشركة قبل انتهاء مدتها¹.

ومن خلال استقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، يمكن القول أن القسم التجاري على مستوى المحكمة المختصة هو الذي ينظر في دعوى الحل القضائي³، ومن الجدير بالذكر أن قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بالنظر في هذه الدعوى، لأن الفصل فيها يقتضي البحث في مسائل تخرج عن نطاق التدابير التحفظية والحماية الوقتية التي يختص بها هذا القاضي، والتي يكفي لتقريرها بحث ظاهر ظروف النزاع دون الخوض في موضوعه ومع ذلك يمكن للشريك أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب اتخاذ إجراء ضروري وعاجل، كتعيين مدير مؤقت أو فرض الحراسة على الشركة إلى غاية الفصل في الدعوى، لكن يجوز أن يقدم طلب اتخاذ الإجراء المستعجل إلى المحكمة التي رفع أمامها النزاع طبقا لإجراءات الطلبات العارضة⁴.

والقاضي عند فصله في طلب حل الشركة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقرير الحل من عدمه، خاصة أن المشرع منحه سلطة تقدير خطورة السبب المبرر للمطالبة بحل الشركة⁵ وبصفة عامة الحل القضائي للشركة يتميز بطابع احتياطي *caractère subsidiaire*، بحيث يجب على المحكمة ألا تقضي بحل الشركة إذا وجدت طرقا ووسائل تسمح بإصلاح الخلاف بين الشركاء وإزالة الخطر الذي تتعرض له الشركة بما يسمح لها بالاستمرار في نشاطها⁶، غير أن المحكمة لا تملك صلاحية رفض طلب حل الشركة والحكم بفصل الشريك طالب الحل

1 - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص76.

2 - القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. رقم 21 الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2008.

3 - انظر في اختصاص القسم التجاري من خلال المادة 531 من القانون 09-08.

4 - عبد الرحمن السيد قرمان، نفس المرجع، ص77.

5 - المادة 441 من القانون المدني الجزائري: "... ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة".

6 - Anne Bognoux, op.cit., p104.

والإلزامه بالتنازل عن حصصه أو أسهمه¹، لأن فصل الشريك من الشركة رغما عن إرادته ودون نص أو اتفاق يسمح بذلك يعتبر اعتداء على حق الشريك في البقاء في الشركة.

وفي الأخير يمكن الإشارة إلى أن حل الشركة قضائيا هو بمثابة فسخ لها، والحكم الصادر بحلها يترتب آثاره من تاريخ صدوره دون أن يكون له أثر رجعي باعتباره حكما منشأ لا موقرا، لأنه ينهي حياة الشخص المعنوي القائم²، حيث يتغير المركز القانوني للشركة والشركاء أين تتقضي الشركة وتدخل في مرحلة التصفية التي تهدف كل إجراءاتها إلى اختفاء هذا الشخص المعنوي من الحياة الإقتصادية والقانونية، كما يتحلل الشريك من الرابطة التعاقدية التي جمعتة مع الشركاء الآخرين، ويفقد صفته ومركزه القانوني كشريك.

وعليه وتناديا للآثار السابقة، فإن نية الاشتراك تفرض على الشريك الذي يتمسك بطلب الحل لأي سبب كان أن يتنازل عن مطالبه في الوقت الذي تمثل فيه المحافظة على استمرار الشركة مصلحة للجميع، أي أن هذه النية تفرض على الشريك أن يتحمل الخلافات البسيطة ويتمسك في المقابل بالمشاركة في تحقيق الغرض الذي انشئت من أجله الشركة باعتبارها شخصا معنويا³.

إن آثار انعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة لا تقتصر على هذه الأخيرة فقط، بل تمتد إلى الشركاء، وقد يترتب على زوال هذه النية لديهم مغادرة الشركة عن طريق التنازل عن حصصهم أو أسهمهم، أو انسحابهم، هذا إن لم يختاروا البقاء في الشركة، لكن في حالة ما إذا اختاروا البقاء فيها قد يكونون سببا في حدوث المشاكل إلى درجة تهدد بقاء الشركة، لذلك أجاز القانون في بعض الحالات فصل مثل هؤلاء الشركاء، وهو ما انفصله فيما يلي من خلال الفرع الموالي.

¹ - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p147.

² - صفوت بهنساوي، المرجع السابق، ص103.

³ - Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, op.cit., n°94.

الفرع الثاني

آثار انعدام نية الاشتراك بالنسبة للشركاء

إذا انعدمت نية الاشتراك أثناء حياة الشركة لدى أحد الشركاء، فإن أبسط الحلول وأفضلها بالنسبة للجميع (الشركة والشركاء بما فيهم فاقد نية الاشتراك) يتمثل في السماح لذلك الشريك الذي فقد نيته في الاشتراك بمغادرة الشركة عن طريق الانسحاب أو التنازل عن الحصص أو الأسهم، هذا إن اختار هو المغادرة، لكن إن اختار البقاء دون أن تكون لديه أي نية في الاشتراك، ولم يكتف بكونه شريكا سلبيا، بل تعداه إلى تهديد بقاء واستمرار الشركة يجوز لبقية الشركاء اتخاذ الإجراءات المناسبة لفصله، وهو ما نفضله فيما يلي.

أولاً- الانسحاب من الشركة

يمثل الانسحاب في الواقع حقا يخول للشريك مغادرة الشركة¹، ولقد أشار كل من المشرع الجزائري، وكذا الفرنسي إلى هذا الحق في نص عام قابل للتطبيق على جميع الشركات²، كما تم التطرق إليه كذلك في حالات خاصة بموجب نصوص متفرقة في كل من القانون التجاري الجزائري والقانون التجاري الفرنسي³.

بالنسبة للنص العام الوارد في القانون المدني الجزائري، فالملاحظ أن المشرع أجاز للشريك بموجب الفقرة الثانية من المادة 442 من القانون المدني أن يطلب من السلطة القضائية إخراج من الشركة متى كانت معينة لأجل، إذا استند في ذلك لأسباب معقولة، والأصل في هذه الحالة هو حل الشركة، غير أن باقي الشركاء يجوز لهم الاتفاق على استمرارها فيما بينهم.

¹ - أميرة صدقي، الشركات ذات رأس المال المتغير، الكتاب الجامعي، مطبعة جامعة القاهرة، 1993، ص06.

² - الفقرة الثانية من المادة 442 من القانون المدني الجزائري: " ويجوز أيضا لكل شريك إذا كانت الشركة معينة لأجل أن يطلب من السلطة القضائية إخراج من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تتحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها".

- L'article 1869 dispose que : « sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice ».

³ - المادة 559 من القانون التجاري الجزائري، والمتعلقة بشركات التضامن، والمادة 231-1، 231-6 من القانون التجاري الفرنسي والمتعلقة بالشركات ذات رأس المال المتغير.

ومقارنة مع النص الفرنسي (المادة 1869 من القانون المدني)، يلاحظ وجود بعض الفرق بين النصين، فبالإضافة إلى الإنسحاب عن طريق ترخيص من السلطة القضائية متى وجدت أسباب مبررة، والذي تناوله المشرع الجزائري في المادة المشار إليها سابقا، أجاز المشرع الفرنسي للشريك إمكانية الإنسحاب الجزئي أو الكلي من الشركة طبقا للشروط المنصوص عليها في النظام الأساسي للشركة، وفي حالة انعدام مثل هذه الشروط، فيجوز للشريك أن ينسحب من الشركة بعد الحصول على ترخيص بإجماع بقية الشركاء.

أما بالنسبة للنصوص الخاصة، فقد أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية الإنسحاب من شركات التضامن بموجب المادة 559 من القانون التجاري التي تنص على: " إذا كان جميع الشركاء مديرين أو كان قد عين مدير واحد أو عدة مديرين مختارين من بين الشركاء في القانون الأساسي، فإنه لا يجوز عزل أحدهم من مهامه إلا بإجماع آراء الشركاء الآخرين ويترتب على هذا العزل حل الشركة ما لم ينص على استمرارها في القانون الأساسي أو أن يقرر الشركاء الآخرون حل الشركة بالإجماع، وحينئذ يمكن للشريك المعزول الإنسحاب من الشركة مع طلبه استيفاء حقوقه في الشركة".

أما المشرع الفرنسي، فقد نظم بأحكام خاصة الإنسحاب في الشركات ذات رأس المال المتغير وهي تلك الشركات التي يكون رأس مالها قابلا للتغيير في كل وقت بالزيادة أو بالتخفيض دون حاجة إلى تعديل نظامها الأساسي أو اتخاذ إجراءات الشهر التي يفرضها القانون في هذه الحالة على كافة الشركات الأخرى، فاتباع أسلوب "تغير رأس المال" من شأنه تبسيط كافة العمليات التي ترد على رأس مال الشركة إلى حد كبير، من خلال حل كافة ما قد ينشأ من صعوبات خاصة بتسيير ونشاط الشركات التي تتوقع تغييرات مستمرة في شركائها ولذلك فمن مصلحة هذه الشركات أن تدرج شرط قابلية رأس المال للتغير في نظامها¹.

وعلى الرغم من تمسك المشرع الفرنسي وإيمانه العميق بمبدأ "ثبات رأس المال" باعتباره الوسيلة الفعالة لحماية حقوق الدائنين، فقد اعترف استثناء وتحت ضغط الضرورات الاقتصادية

¹ - أميرة صنقي، المرجع السابق، ص6.

بصحة شرط "تغير رأس المال"، بحيث أجاز لكافة الشركات أيا كان شكلها القانوني وذلك فيما عدا شركات المساهمة أن تتبع هذا الأسلوب¹.

ففي الوقت الذي تلتزم فيه الشركة ذات رأس المال الثابت بتعديل نظامها بما يصاحب ذلك من إجراءات خاصة بالشهر عند زيادة أو تخفيض رأسمالها، وهي عادة ما تكون إجراءات طويلة ومكلفة، فإنها تعفى من اتباع هذه الإجراءات متى نصت في نظامها على "قابلية رأسمالها للتغير"، والشركات ذات رأس المال المتغير لا تعتبر شكلا جديدا متميزا من الشركات فتغير رأس المال يعتبر مجرد وصف خاص يضاف إلى الشركة².

وفي هذا النوع من الشركات يحق للشريك أن ينسحب من الشركة في الوقت الذي يراه مناسباً ومتماشياً مع مصلحته³، وغالبا ما يكون الانسحاب كاملا، بحيث يسترد حصته كاملة وبذلك يفقد صفته كشريك وتتقطع علاقته بالشركة⁴.

وبالرغم من اعتراف المشرع الفرنسي للشريك في الشركات ذات رأس المال المتغير بالحق في الانسحاب، إلا أنه ليس حقا مطلقا يجوز مباشرته دون قيود أو ضوابط تحد منه فعلى العكس من ذلك يخضع هذا الحق للعديد من القيود النظامية والقانونية، حيث يجوز للشركة أن تدرج في نظامها الأساسي شروطا من شأنها تقييد الحق في الانسحاب دون أن تصل إلى إلغائه كليا، وذلك حتى تضمن عدم إساءة استعمال الحق في الانسحاب من طرف الشريك الذي يرغب في مغادرة الشركة⁵.

ومن أمثلة الشروط الشكلية التي اعتادت الشركات الأخذ بها، النص على وجوب أن يتخذ طلب الانسحاب شكلا خاصا مع تقديمه إلى الشركة خلال مدة معينة، النص على عدم جواز انسحاب الشريك إلا بعد فوات فترة معينة من تاريخ انضمامه إلى الشركة، مع اشتراط تقديم إخطار مسبق برغبته في الانسحاب خلال فترة محددة، أما من الناحية الموضوعية

¹ - L'article L231-1 (code commercial) dispose que : " il peut être stipulé dans les sociétés qui n'ont pas la forme de société anonymeque le capital social est susceptible d'augmentation et de diminution".

² - أميرة صدقي ، المرجع السابق ، ص08.

³ - المادة 231-6 من القانون التجاري الفرنسي.

⁴ - وذلك بالنسبة للمستقبل فقط حيث يظل مسئولاً عن كافة ديون الشركة السابقة على واقعة الانسحاب وهو ما تؤكدته الفقرة الثالثة من المادة 231-6 من القانون التجاري الفرنسي.

⁵ - أميرة صدقي، نفس المرجع ، ص32.

فيمكن للشركة أن تنص على شرط عدم المنافسة الذي يمنع الشريك المنسحب من ممارسة نفس النشاط التجاري أو الصناعي الذي تقوم به الشركة في نطاق معين وخلال مدة محددة، وفي حالة ما إذا تم رفض طلب إنسحاب الشريك تطبيقا لشرط صحيح وارد في نظام الشركة، فإنه لا تزول عنه هذه الصفة (صفة الشريك)، ويظل مسؤولا عن كافة الالتزامات المرتبطة بها¹.

إضافة إلى القيود النظامية التي يخضع لها الحق في الإنسحاب، أضاف القانون التجاري الفرنسي قيودا مهما يتمثل في ضرورة المحافظة على حد أدنى من رأس المال لا يجوز الهبوط عنه²، وذلك نظرا لأن الغير يعتمد عند تعامله مع الغير على مقدار الحد الأدنى القانوني لرأس المال، كذلك في حالة تعثر الشركة واختلال مركزها المالي قد يسارع الشركاء إلى الإنسحاب من الشركة واسترداد حصصهم تبعا لذلك، وبالتالي يُوقَف هذا القيد (تَطْلُب الحد الأدنى) من تيار الإنسحاب متى بلغ رأس المال حده الأدنى³.

وبصفة عامة وبصرف النظر عن كون الشركة من الشركات ذات رأس المال المتغير فإن حرية الشريك في الإنسحاب من الشركة لا يمكن أن تكون مطلقة بلا قيود، لأن مثل هذه الحرية قد تلحق في كثير من الأحيان الضرر الكبير بالشركة والشركاء الباقين لاسيما إذا كانت ظروف الإنسحاب غير مناسبة.

ففي بعض الأحيان انسحاب أحد أو بعض الشركاء قد يؤدي إلى زوال الشركة بأكملها بالرغم من مكانتها الإقتصادية المزدهرة لاسيما إذا كان الشريك أو الشركاء المنسحبون يملكون حصة كبيرة في الشركة، أو إذا أدى الإنسحاب إلى انخفاض عدد الشركاء تحت الحد الأدنى القانوني، أو إلى تجميع الحصص في يد شخص واحد أو إذا أدى إلى تخفيض رأس المال عن الحد الأدنى القانوني الإلزامي، كل هذه الأمور تفرض تقييد حق الإنسحاب حرصا على المصلحة الجماعية، فحق الإنسحاب ليس كيفيا يمارسه الشريك كيفما يشاء، إنما يجب عند استعماله ألا يضر بمصالح الشركة⁴.

¹ - أميرة صدقي، المرجع، السابق، ص37.

² - L'article 231-5 dispose que: " les statuts déterminent une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par les reprises des apports autorisés par l'article L.231-1 ».

³ - أميرة صدقي، نفس المرجع، ص37.

⁴ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص258.

ثانيا - التنازل عن الحصص أو الأسهم

يُعرّف التنازل على أنّه تحويل بين الأحياء، من المتنازل إلى المتنازل إليه عن حق عيني أو شخصي بمقابل أو دون مقابل¹، كما يمكن تعريفه على أنّه تحويل يتم بمقابل، وبطريقة خاصة لمال معين²، وتتحقق عملية التنازل عن الحصص أو الأسهم للغير في الغالب من خلال بيعها.

والقواعد التي تحكم التنازل عن الحصص في شركات الأشخاص تختلف عن تلك التي تحكم التنازل عن الأسهم في شركات الأموال، وهو ما نبينه فيما يلي.

1- التنازل عن الحصص في شركات الأشخاص

بالنسبة للحصص في شركات الأشخاص، فالأصل هو عدم قابلية التنازل عنها سواء كان ذلك بعوض أو على سبيل التبرع، وذلك أن هذا النوع من الشركات يقوم على الاعتبار الشخصي، أي على الثقة المتبادلة بين الشركاء، فجواز تداول الحصة فيه هدم لهذا الاعتبار نظرا لما ينطوي عليه من إجبار الشركاء على قبول شخص أجنبي عنهم قد لا يحظى بنفس الثقة التي منحوها لسلفه المتنازل³.

إلا أنّ هذه القاعدة ليست من النظام العام، فالمشرع الجزائري وبالرغم من أنّه يمنع صراحة تمثيل الحصص في شركات التضامن بسندات قابلة للتداول⁴، إلا أنّه يجيز التنازل عن هذه الحصص لكن تدعيما وتعزيزا للاعتبار الشخصي الذي يميز شركات التضامن قيّد هذا التنازل، وذلك من خلال النص على شرط موضوعي وشروط شكلية لإعتبار هذا التنازل صحيحا.

ويتمثل الشرط الموضوعي في ضرورة إجماع الشركاء، فالتنازل عن الحصص في شركات التضامن لا يكون صحيحا إلا برضاء جميع الشركاء⁵، ومن أجل ضمان فعالية هذه

¹ - Anne Charveriat, Cession de parts et actions, Edition Francis Lefebvre, Paris, 2010, p11.

² - Anne Charveriat, op.cit., p11.

³ - محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص137.

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 560 من القانون التجاري الجزائري.

⁵ - الفقرة نفسها .

القاعدة، أضاف القانون بأن كل شرط مخالف يعتبر كأنه لم يكن¹، وقاعدة الإجماع واجبة أيًا يكن المستفيد من التنازل، حيث أنها تسمح بمراقبة دخول أشخاص أجنب إلى الشركة وبالتالي إمكانية إستبعاد كل شخص غير مرغوب فيه².

أما بالنسبة للشروط الشكلية، فالملاحظ أن القانون فرض عدة شروط حتى يتم التنازل عن الحصص في شركات الأشخاص، وتتمثل هذه الشروط في ضرورة أن يرد التنازل في شكل عقد رسمي، وحتى يمكن الإحتجاج به في مواجهة الشركة يجب أن يُبلّغ لها³، أما بالنسبة للغير فحتى يحتج بالتنازل عن الحصص في مواجهته، فعلاوة على إتمام الشكليات السابقة يجب أن يتم نشر التنازل في السجل التجاري⁴.

2- التنازل عن الأسهم في شركات الأموال

التنازل عن الأسهم للغير يعني تداولها⁵، والتداول ما هو إلا تجديد للدين بتغيير شخص الدائن أو تفويض من المساهم الأصلي (المتنازل) إلى الدائن الجديد المتنازل إليه، ويترتب على ذلك أن يسقط الدين القديم بما قد يلحق به من عيوب، وينشأ دين جديد بين الشركة والمتنازل إليه، فتنشأ علاقة مباشرة بينهما تُمكن الشركة من مطالبته مباشرة بالمتبقي عليه من قيمة السهم خاصة، وأن حق المساهم حق شخصي تجاه الشركة⁶.

ويعد تداول الأسهم من الحقوق الأساسية التي كفلها القانون⁷، كما أن خاصية التداول من النظام العام، فلا يجوز النص في النظام الأساسي للشركة على حرمان المساهم من حقه في التداول، وإلا أصبحت من شركات الأشخاص⁸.

1 - الفقرة الثانية من المادة 560 من القانون التجاري الجزائري.

2 - Anne Charveriat, Alain Couret, op.cit., p357-373.

3 - الفقرة الأولى من المادة 561 من القانون التجاري الجزائري: " يجب إثبات إحالة الحصص الخاصة بالشركة بموجب عقد رسمي، ويكون الإحتجاج بها على الشركة بعد تبليغها للشركة أو قبولها للإحالة بعقد رسمي".

4 - الفقرة الثانية من المادة 561 من القانون التجاري الجزائري: " ولا يجوز الإحتجاج بها على الغير إلا بعد إتمام هذه الإجراءات وكذلك بعد النشر في السجل التجاري".

5 - عماد محمد أمين السيد رمضان ، المرجع السابق ، ص317.

6 - عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص82.

7 - المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري الجزائري: " السهم سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأس مالها".

8 - عماد محمد أمين السيد رمضان، نفس المرجع، ص319.

وفي الواقع يختلف تداول الأسهم باختلاف نوع السهم، فإذا كان السهم إسمياً، وهو ذلك السهم الذي يصدر باسم شخص معين وتثبت ملكيته بقيده في سجل الشركة المعد لذلك، فإن تداوله يتم عن طريق نقله في السجلات التي تمسكها الشركة لهذا الغرض¹.

والشركة التي تصدر سجلات السندات الإسمية هي نفسها التي تعد هذه السجلات، حيث يمكن تكوينها حسب الترتيب الزمني لتاريخ إعدادها بجمع أوراق متشابهة تستعمل في وجه واحد، وتخصص كل ورقة منها لصاحب سندات واحد بسبب ملكيته أو لعدة مالكين بسبب ملكيتهم المشتركة، أو ملكيتهم الرقبة أو حقهم في الانتفاع بهذا السند (السند الإسمي)، وعلاوة على ذلك يمكن مسك بطاقيات تتضمن حسب الترتيب الأبجدي أسماء أصحاب السندات وعناوينهم والعدد والصنف وأرقام سندات كل مالك من ملاكها عند الاقتضاء، ولا يمكن أن تشكل بيانات هذه البطاقيات دليلاً يناقض البيانات التي تتضمنها السجلات².

السجلات التي تمسكها شركات المساهمة تتضمن مجموعة من البيانات المتعلقة بعمليات تحويل الأسهم الإسمية، وأهم هذه البيانات ما يأتي³:

- تاريخ العملية.
- اسم أصحاب السندات القديم والجديد ولقبه وموطنه في حالة التحويل.
- أسماء أصحاب السندات وألقابهم ومواطنهم في حالة تحويل السندات إلى حاملها في شكل سندات إسمية .
- القيمة الإسمية وعدد السندات المحولة أو المغيرة .
- إذا أصدرت الشركة أسهما من أصناف مختلفة وإذا لم يمسك سوى سجل واحد من الأسهم الإسمية، تتضمن تلك السجلات صنف الأسهم المحولة أو المغيرة وخصائصها عند الاقتضاء.
- تخصيص رقم ترتيبى للعملية.

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 38 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي : "ويحول السند الإسمي إزاء الغير و إزاء الشخص المعنوي المصدر عن طريق نقله في السجلات التي تمسكها الشركة لهذا الغرض. وتحدد الشروط التي تمسك وفقها هذه السجلات عن طريق التنظيم".

² - المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 95- 483 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلق بشركات المساهمة والتجمعات (الجريدة الرسمية العدد 80 المؤرخة في 24 ديسمبر 1995).

³ - المادة 16 من المرسوم السالف الذكر.

وفي حالة التحويل يمكن تعويض اسم صاحب السندات القديم برقم ترتيبي يسمح بإيجاد الاسم في السجلات.

أما إذا كان السهم لحامله، وهو ذلك السهم الذي لا يصدر باسم شخص معين، وإنما يمكن لأي شخص أن يملكه عن طريق شرائه من مالكه الأصلي¹، فيتم تداوله عن طريق التسليم، ويعتبر حائزه مالكا له لأنّ الحق الثابت في السهم يندمج في الصك ذاته، فتعتبر حيازته دليلا على الملكية²، غير أنّه وبالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري نجد أنّ المشرع قد أورد إمكانية تداول الأسهم لحاملها عن طريق قيد في الحسابات³.

والأصل في شركة المساهمة أن لكل مساهم حق نقل ملكية أسهمه إلى شخص آخر دون أن يؤثر ذلك على مركز الشركة المالي ما دامت الأسهم باقية في رأس مال الشركة رغم تغيير المساهمين، وهذه الخاصية هي التي تميز شركات الأموال عن شركات الأشخاص غير أنّ هذه الخاصية ومهما شُدّد على أهميتها وكونها متعلقة بالنظام العام، إلا أنّ حرية المساهم في التصرف بأسهمه تبقى مقيدة وليست مطلقة⁴.

وتم تقييد تداول الأسهم بنصوص قانونية (قيود قانونية)، كما يمكن تقييده كذلك بطريقة إتفاقية من خلال إدراج شروط في النظام الأساسي للشركة، وأهم هذه الشروط يتمثل في شرط الموافقة الذي يمنح للشركة حق الموافقة على التنازل عن الأسهم للغير وقبول المتنازل له⁵.

وبالنسبة للقيود القانونية، الملاحظ أن المشرع الجزائري، قد نص صراحة على القيود التالية:

- تقييد الشركة في السجل التجاري، حيث أنّه لا يجوز تداول الأسهم إلاّ بعد تقييد الشركة في السجل التجاري⁶.

1 - عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص329.

2 - محمد فريد العربي، المرجع السابق، ص278.

3 - تنص الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 38 من القانون التجاري الجزائري على: " يحول السند للحامل عن طريق مجرد التسليم أو بواسطة قيد في الحسابات " .

4 - عبد الباسط كريم مولود، المرجع السابق، ص96-97.

5 - راجع تفاصيل شرط الموافقة في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول ص من 99 إلى 102.

6 - تنص الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 51 من القانون التجاري الجزائري على: " لا تكون الأسهم قابلة للتداول إلا بعد تقييد الشركة في السجل التجاري " .

- في حالة الزيادة في رأس مال الشركة، وبمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 51، فإنّ الأسهم تكون غير قابلة للتداول قبل التسديد الكامل لهذه الزيادة بمعنى أو القيد يتمثل في عدم التسديد الكامل لقيمة الزيادة أو بمعنى آخر قبل تاريخ التسديد الكامل للزيادة تكون الأسهم غير قابلة للتداول¹.
 - عدم جواز التداول في الوعود بالأسهم، باستثناء الأسهم التي تنشأ بسبب زيادة رأسمال الشركة والتي كانت أسهمها القديمة قد سجلت في تسعيرة بورصة القيم، وفي هذه الحالة لا يصح التداول إلاّ تحت شرط واقف لتحقيق الزيادة في رأسمال الشركة، ويكون هذا الشرط مفترضا في حالة غياب أي بيان صريح².
 - القيد الأخير يتعلق بأسهم الضمان، وهي تلك الأسهم التي يقدمها أعضاء مجلس الإدارة ضمانا لحسن إدارتهم خلال مدة عضويتهم، وقد وضع المشرع الجزائري حداً أدنى للأسهم التي يجب أن يملكها مجلس الإدارة وهو 20 % من رأس المال، وقد نص صراحة على أنّ هذه الأسهم غير قابلة للتداول³، ويجوز للقائم بالإدارة السابق أو لذوي حقوقه إسترجاع حرية التصرف في أسهم الضمان بمجرد مصادقة الجمعية العامة العادية على حسابات السنة المالية والأخيرة والمتعلقة بإدارته⁴.
- وأخيرا يمكن القول أنّه إذا كان التداول يتعلق بالنظام العام، وإذا كان المشرع الجزائري قد أورد عدة قيود على تداول الأسهم، إنما هي قيود تنظيمية تتعلق بحسن إدارة الشركة أو ترتبط بجدية ونجاح مشروع الشركة لا تصل إلى مرحلة المنع المطلق، وإلاّ تحولت إلى إحدى شركات الأشخاص لأنّ تكوينها صار غير صحيح.

1 - تنص الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 51 على : " وفي حالة الزيادة في رأس المال ، تكون الأسهم قابلة للتداول ابتداء من تاريخ التسديد الكامل لهذه الزيادة".

2 - الفقرة الثالثة من المادة 715 مكرر 51 : " ويحظر التداول في الوعود بالأسهم، ما عدا إذا كانت أسهمها تنشأ بمناسبة زيادة في رأس مال شركة كانت أسهمها القديمة قد سجلت في تسعيرة بورصة القيم، وفي هذه الحالة لا يصح التداول إلا إذا تم تحت شرط موقف لتحقيق الزيادة في رأس المال ويكون هذا الشرط مفترضا في غياب أي بيان صحيح".

3 - تنص المادة 619 من القانون التجاري الجزائري على : " يجب على مجلس الإدارة أن يكون مالكا لعدد من الأسهم يمثل على الأقل 20 % من رأسمال الشركة. ويحدد القانون الأساسي العدد الأدنى من الأسهم التي يحوزها كل قائم بالإدارة. تخصص هذه الأسهم بأكملها لضمان جميع أعمال التسيير ، بما فيها الأعمال الخاصة بأحد القائمين بالإدارة ، وهي غير قابلة للتصرف فيها.....".

4 - المادة 620 من القانون التجاري الجزائري.

ثالثا - فصل الشريك لانعدام نيته في الاشتراك

إنّ حق البقاء في الشركة يعتبر من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الشريك، حيث لا يمكن بصورة مبدئية إجبار الشريك على مغادرة الشركة¹، غير أنّ هذا الحق ليس من الحقوق التي يتعذر المساس بها، إذ يمكن ولأسباب معينة، قد تكون مبنية على زوال نية الاشتراك، أن يتم فصل الشريك، ومع ذلك يبقى إخراج الشريك قيّدا خطيرا ومساسا بحق من حقوقه الأساسية وهو حقه في البقاء في الشركة، لذلك إستقر الرأي على أنّه لا يجوز فصل الشريك من الشركة إلاّ إذا وجد نص قانوني يسمح بذلك بإعتبار أنّ هذا الإجراء يعتبر إستثناء².

ونظرا لضرورة وجود نص قانوني يجيز فصل الشريك من الشركة، فقد وضع المشرع الجزائري مبدأ عاما أجاز بموجبه لكل شريك أن يطالب من القضاء الحكم بفصل أيّ شريك من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار إعتراضا على مدّ أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن إعتباره سببا مقبولا لحل الشركة على أن تبقى الشركة قائمة بين الباقيين³.

وهو ما لم يشر إليه المشرع الفرنسي في القانون المدني، لذلك ثار جدل واسع في الفقه الفرنسي حول صحة الشرط الوارد في النظام الأساسي للشركة، والذي يمنح للمحكمة سلطة فصل الشريك من الشركة تجنباً لحلها، نظرا لعدم وجود نص عام يمنح القضاء سلطة فصل الشريك.

ولقد مال الفقه الراجح بعد الجدل الطويل نحو صحة مثل هذا الشرط، لاسيما إذا كان المطلوب إخراجه من الشركة هو المسؤول عن نشأة الخلافات التي أدت إلى تدهور أحوال الشركة وتعطيل أجهزتها عن أداء وظائفها، والواقع أن المصلحة الجماعية تلعب دورا مهما في مراقبة القضاء لمدى صحة شروط الفصل، وهو ما سمح بالكشف عن حالات تعسف استعمال هذه الشروط، فأسباب الفصل يجب أن تكون واضحة وأن يكون الدافع وراءها هو المحافظة على المصلحة الجماعية⁴.

1 - وجدي سلمان حاطوم ، المرجع السابق ، ص 288.

2 - عبد الرحمن السيد قرمان ، المرجع السابق، ص 109.

3 - تنص الفقرة الأولى من المادة 442 من القانون المدني الجزائري على : " يجوز لكل شريك أن يطلب من السلطة القضائية فصل أي شريك يكون وجوده سببا أثار إعتراضا على مدّ أجلها أو تكون تصرفاته سببا مقبولا لحل الشركة على شرط أن تستمر الشركة قائمة بين الشركاء الباقيين".

4 - وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع ، ص 230.

ولقد طبق القضاء الفرنسي مراقبته على الشروط الواردة في النظام الأساسي للشركة والمتعلقة بالفصل، حتى تلك التي تمنع صراحة اللجوء إلى القضاء عند تطبيق شرط الفصل وركز في ذلك على الأسباب المثارة للمطالبة بالفصل تحت بند التعسف في استعمال الحق¹ حيث أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها² أن قضاة الموضوع يختصون بالتأكد من خطورة الأسباب المثارة للمطالبة بفصل الشريك من الشركة.

فإذا كان شرط الفصل يمثل الوسيلة التي تمكن من سحب صفة الشريك من الشخص الذي لم يحترم ما تفرضه نية الاشتراك من ضرورة مراعاة المصلحة الجماعية وعدم تغليب المصلحة الفردية، ففي المقابل الفصل التعسفي هو ذلك الفصل الذي يتقرر بالمخالفة للمصلحة الجماعية للشركة قصد تفضيل مجموعة من الشركاء قررت الإقصاء الجبري على حساب الشريك المفصول³.

وإضافة إلى المبدأ العام الذي أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 442 من القانون المدني الجزائري، والمتعلق بجواز فصل الشريك من الشركة كبديل عن الحكم بحلها، أشار إلى حالات أخرى أجاز فيها فصل الشريك من الشركة، نذكر منها ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 47 من القانون التجاري الجزائري، حيث أجاز المشرع بيع أسهم المساهم الذي لم يقم بتسديد المبالغ المرتبطة بهذه الأسهم في الآجال المحددة لذلك، فمثل هذا الإجراء يؤدي حتما إلى إخراج الشريك من الشركة، والسبب في ذلك طبعاً عدم تنفيذه لالتزاماته، وهو ما يتعارض مع نية الاشتراك.

ومن الحالات الأخرى نذكر ما تضمنته المادتين 563، 563 مكرر 10 من القانون التجاري، حيث أشار المشرع من خلالها إلى إمكانية تفادي الحكم بحل الشركة (تضامن وتوصية بسيطة) في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية، أو فقدان أهليته، وذلك متى قرر بقية الشركاء الإستمرار في الشركة، مما يترتب عليه فصل الشريك الذي تعلق به سبب الحل، غير أن ما يميز هذه الحالة عن الحالات السابقة، أن سبب الفصل هنا لا يتعلق بزوال نية الاشتراك لدى الشريك.

¹ - Paul Le Cannu, note sous Cass. Com 21 octobre 1997, Bull Joly, n°01 de janvier 1998, §10.

² - Cass.Com 21 octobre 1997, préc.

³ - سلمان وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص230.

وبالنسبة للمبدأ العام الذي أشار إليه المشرع الجزائري، فقد ورد ضمن القواعد العامة التي تنطبق على جميع الشركات فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون المنظم لهذه الشركات (القانون التجاري)، وعليه فهذا المبدأ واجب التطبيق على جميع أنواع الشركات بصرف النظر عن طبيعتها سواء كانت من شركات الأشخاص، أو من شركات الأموال أو من الشركات المختلطة.

ويتضمن هذا المبدأ جواز تمسك أي شريك بالمطالبة أمام القضاء بفصل أي شريك يكون وجوده سببا أثار اعتراضا على مد أجلها، أو تكون تصرفاته سببا مقبولا لحل الشركة على شرط أن تبقى الشركة قائمة بين الشركاء الباقين¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري، ونظرا لخطورة الفصل من الشركة لم يتركه لمحض إرادة الشركاء، إنما جعله من سلطة القضاء، لأنه لو ترك الأمر إلى الشركاء في فصل كل واحد منهم لأدى ذلك إلى خلق جو من عدم الثقة والتشكيك فيما بينهم، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرع قد حدد أسباب الفصل التي يمكن الإستناد إليها أمام القضاء، والتدقيق فيها يدفعنا للقول أنها أسباب عامة لا تتضمن حالات محددة، وهو ما يوسع من سلطة القاضي في مراقبتها والتأكد من أنها تشكل فعلا مبررا لفصل الشريك، و تتمثل هذه الأسباب فيما يلي.

1- إذا كان وجود الشريك سببا أثار اعتراضا على مد أجل الشركة

تنتهي الشركة بإنقضاء الميعاد الذي عين لها، أو بتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها² غير أنه يجوز للشركاء تمديد أجلها إذا كانت من الشركات الناجحة³.

وإذا ما اعترض أحد الشركاء على تمديد هذا الأجل، وطالب بحلها يمكن القول أن هذا الشريك قد فقد نيته في الاشتراك، بحيث لم تعد له الرغبة في الإستمرار كشريك في هذه الشركة، فيثور نوع من الخلاف بينه وبين باقي الشركاء معه.

1 - الفقرة الأولى من المادة 442 من القانون المدني الجزائري.

2 - الفقرة الأولى من المادة 437 من القانون المدني الجزائري.

3 - وجدي سلمان حاطوم ، المرجع السابق ، ص236.

لذلك أجاز المشرع لهؤلاء الشركاء أن يستصдروا قرارا من القضاء بفصل ذلك الشريك المعارض وذلك حتى يتمكنوا من الإستمرار في الشركة خلال المدة الجديدة دون خلافات من شأنها أن تضر بالمصلحة الجماعية¹.

لكن ليس أي إعتراض على تمديد أجل الشركة يشكل سببا لطلب إقصاء الشريك، وإنما يجب أن يكون لهذا الإعتراض ما يبرره، أو أن يكون لسبب الفصل ما يبرره قانونا، أي أن تتوافر في الإعتراض صورة التعسف في إستعمال الحق، أما إذا كان للإعتراض ما يبرره قانونا فإن من يستعمله يكون قد إستعمل حقا إستعمالا مشروعاً مما يجعل إخراجهم من الشركة دون سند قانوني، والمعيار الذي يستعمله القاضي ليتأكد مما إذا كان الإعتراض على مد أجل الشركة مشروعاً أو غير مشروع هو المصلحة الجماعية، كأن تكون الشركة من الشركات الناجحة بفضل الجهود التي بذلها الشركاء، وبالتالي يفضل المحافظة على هذا النجاح وعدم إضاعة الجهد الذي بذلوه².

2- إذا كانت تصرفات الشريك سببا مقبولا لحل الشركة

إن تصرفات كل شريك تقتضي ألا تتعارض مع الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة وألا تكون سببا من أسباب تعطيل سير عملها والحيلولة دون تحقيق هذا الغرض، وهو ما تقتضيه نية الإشتراك، فهذه النية تفرض على الشريك أن ينخرط في العمل المشترك، وأن يتعاون مع الشركاء الآخرين في سبيل تحقيق غرض الشركة، وهذا يقتضي أن تكون كل تصرفات الشريك عوامل تدعيم لهذا الغرض³.

فإذا جرى العكس، فإن ذلك يبرر لكل شريك آخر والشركة نفسها الطلب من القضاء فصل هذا الشريك المزعج وإزالة العقبة التي قد تكون سببا مشروعاً لحل الشركة، فإذا ما حكم القاضي بفصل الشريك، فإن الشركة تستمر مع الشركاء الآخرين، وبذلك يكون المشرع قد راعى بالدرجة الأولى مصلحة الشركة والشركاء الآخرين، وذلك من خلال حمايتها من التصرفات التي يقوم بها الشريك وتكون متعارضة مع نية الإشتراك، لذلك أجاز المشرع لكل شريك أن يطلب

1 - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 236.

2 - نفس المرجع، ص 236.

3 - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص 119.

من القضاء الحكم بفصل الشريك الذي تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مقبولا لحل الشركة.

وبذلك يتحقق إنقاذ الشركة من الإنهيار، ويستمر النشاط الإقتصادي الذي تمارسه مع كامل مفاعيل بقاء هذا النشاط على ذوي المصالح المرتبطة به، ولا شك أن في ذلك ما يحقق مصلحة هؤلاء جميعا ومصلحة الشركة والشركاء، والمجتمع الذي يتضرر بطريقة غير مباشرة من انهيار إحدى خلاياه الإقتصادية بسبب تصرفات أحد الشركاء¹.

غير أنه يقع على الشركاء الذين يطلبون من القضاء فصل الشريك أن يثبتوا أن سبب الفصل مشروع، والمعيار في ذلك يعود في جميع الحالات إلى المصلحة الجماعية، ويعود للقاضي الناظر في النزاع الموازنة بين المصلحة الجماعية والخطر الذي تمثله تصرفات الشريك أيا تكن، أي يجب على القاضي أن يقوم بتقدير تصرفات الشريك وخطورتها على مسار الشركة، وعلى ضوء ذلك يقضي إما بفصل الشريك إذا اقتضت المصلحة الجماعية ذلك، ومنه بقاء الشركة، وإما بحل الشركة² خاصة إذا كان الشريك المفصول يلعب دورا مهما في حياة الشركة كأن يملك الحصة الأكبر في رأس مالها، الأمر الذي يصعب معه استمرار الشركة في تأدية نشاطها بواسطة الشركاء الآخرين.

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق ، ص235.

² - نفس المرجع، ص235.

خلاصة الفصل الثاني

كخلاصة لما سبق يمكن القول أن نية الاشتراك تلعب دورا مهما في الشركات التجارية فبالرغم من كونها عنصرا معنويا إلا أنها ومن خلال مظاهرها المادية المختلفة تساعد في تقرير وجود الشركة من عدمه، كما تميزها عن العديد من الوضعيات القانونية و العقود المشابهة لها، مثل حالة الشيوخ، عقد البيع، عقد القرض مع المشاركة في الأرباح، عقد النشر عقد الإيجار... هذا من جهة.

ومن جهة أخرى تساعد نية الاشتراك كذلك ومن خلال مظاهرها المادية في الكشف عن الشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية والمتمثلة في شركة المحاصة، الشركة الناتجة من الواقع والشركة في طور التأسيس.

كما تمثل نية الاشتراك العنصر الذي ينظم الحياة الاجتماعية للشركة باعتبارها أساس التزامات وحقوق الشركاء فيها، فالانتماء الحقيقي للشركة والذي يعكس نية الاشتراك يفرض ضرورة عمل كل شريك في إطار تحقيق المصلحة العامة للشركة من خلال التقيد بمجموعة من الالتزامات من جهة، وضرورة حصول كل شريك في المقابل على مجموعة من الحقوق من جهة أخرى ، ولا يتوقف دور نية الاشتراك عند هذا الحد، بل يمتد لجعلها العنصر المميز بين الشريك الحقيقي والشريك المستثمر الذي يبحث فقط عن المزايا المالية التي تقدمها الشركة.

وبما أن نية الاشتراك لا تمثل مجرد تراضي عادي مثلما هو الحال في بقية العقود، فإن أثر انعدامها عند إبرام عقد الشركة يختلف عنه أثناء حياتها الاجتماعية، حيث يترتب عليه في الحالة الأولى بطلان العقد، في حين أنه في الحالة الأخيرة يترتب عليه حل الشركة، هذا بالنسبة للشركة، أما بالنسبة للشركاء، فتتنوع آثار انعدام نية الاشتراك لديهم بين الإنسحاب التنازل عن الحصص أو الأسهم، والفصل.

تعتبر نية الاشتراك أحد أهم الأركان الخاصة التي يقوم عليها عقد الشركة، وإن أردنا التدقيق أكثر حري بنا القول التي تقوم عليها الشركة وليس عقد الشركة، ذلك أننا لا يمكن أن ننفي وجود هذا العنصر في الشركات ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، فهذا النوع من الشركات لا يقوم على فكرة العقد نظرا لأنها تتأسس بالإرادة المنفردة للشريك الوحيد.

فحتى في هذا النوع من الشركات لا بد من توافر ركن نية الاشتراك حتى تكون الشركة صحيحة وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا بسبب تخلف ركن من أركانها، وكما سبق وتطرقنا في دراستنا فإن هذا العنصر المعنوي (نية الاشتراك) بما أنه حقيقة نفسية ترتبط بإرادة صاحبها لا يمكن الكشف عنه إلا من خلال مظاهر خارجية تدل على وجوده.

وبالنسبة لباقي الشركات سواء كانت من شركات الأشخاص أو الأموال تظهر نية الاشتراك من خلال التعاون الإيجابي والفعال وعلى قدم المساواة بين الشركاء، تظهر من خلال توازن المصالح بين الشركاء، انعدام رابطة التبعية بينهم وأخيرا من خلال مشاركة كل شريك في تسيير أمور الشركة والاهتمام بها كشخص معنوي بعيدا عن البحث فقط عن تحقيق الأرباح والمصالح الفردية والأنانية لكل شريك.

أما بالنسبة للشركة ذات الشخص الوحيد، فيمكن القول أن نية الاشتراك تظهر لدى الشريك الوحيد من خلال اهتمام ذلك الشريك بالشركة في حد ذاتها كشخص معنوي، ويبرز ذلك خاصة من خلال عدم الخلط بين ذمته المالية الخاصة والذمة المالية للشركة، أين يجب أن يعمل على تحقيق مصلحة الشركة بالدرجة الأولى وليس مصالحه الشخصية.

وهذا الاختلاف في مضمون عنصر نية الاشتراك جعل مسألة وضع مفهوم لها محل العديد من النقاشات الفقهية التي تباينت بين مؤيد لمفهوم موحد لهذا العنصر يقوم على جانب واحد من جوانبها سواء كان التعاون الإرادي أو المساواة أو إرادة المشاركة، وبين مؤيد لمفهوم متعدد يقوم على أشكال مختلفة، وهو ما يدفعنا إلى القول بصعوبة وضع تعريف جامع ومانع لهذا العنصر، فحتى القضاء الفرنسي الذي كان السباق لوضع معالم هذا العنصر المعنوي لم

يستقر على مفهوم واحد، حيث اختلفت في كل مرة التعاريف التي كان يقدمها من خلال الأحكام التي يصدرها في هذا الخصوص وإن اشتركت في بعض النقاط المتعلقة دائما بإبراز نية الاشتراك مركزا على أحد مظاهرها.

فحتى وإن أنكر البعض صفة نية الاشتراك كركن من أركان الشركة، إلا أن الرأي الراجح فقها والاجتهاد القضائي لا سيما الفرنسي أكد ضرورة توافر هذا الركن لاعتبار العقد شركة فغيابها وقت إنشاء الشركة يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهو الأمر الذي دفع القضاء الفرنسي في بعض الحالات إلى تكييف العقد تكييفاً آخر يخرج عن نطاق عقد الشركة، مؤكداً بذلك الدور المهم الذي تلعبه نية الاشتراك سواء في تقرير وجود الشركة أو حتى أثناء حياتها الاجتماعية.

وصعوبة تحديد مفهوم دقيق لنية الاشتراك جعلها تتداخل مع بعض المفاهيم الشائعة على مستوى الشركات التجارية، حيث يذهب البعض إلى الخلط بين مفهوم نية الاشتراك ومفهوم المصلحة الجماعية من جهة، وبين مفهوم نية الاشتراك ومفهوم الاعتبار الشخصي من جهة أخرى، خاصة وأن نية الاشتراك باعتبارها عنصراً معنوياً تبرز بشدة في شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي، غير أن مفهوم نية الاشتراك وبالرغم من صعوبة ضبطه وتداخله مع المفاهيم السابقة إلا أنه يستقل عنها تماماً.

فإذا كانت المصلحة الجماعية تمثل المصلحة العامة للشركة باعتبارها شخصا معنوياً والتي تقتضي عدم قيام أي شريك بأي عمل من شأنه أن يلحق الضرر بهذا الشخص المعنوي أو يهدد بقاءه، بمعنى أن مفهوم المصلحة الجماعية يرتبط بتحقيق فائدة معينة للشركة، فإن نية الاشتراك تبقى عنصراً نفسياً يبرز إلى العالم الخارجي من خلال مظاهر مختلفة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إن كان الواقع يؤكد أن ظهور نية الاشتراك بشكل واضح من عدمه يرتبط بنوع الشركة، أو بمعنى أدق بالاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركات الأشخاص، إلا أن ذلك لا يعني تماثل مفهوم نية الاشتراك والاعتبار الشخصي، فدائماً تبقى نية الاشتراك ذلك

العنصر النفسي المرتبط بإرادة الشركاء والذي لا يظهر إلى العالم الخارجي إلا من خلال مظاهر معينة، في حين أن الاعتبار الشخصي يرتبط بشخصية الشريك أو بصفة من صفاته والتي تعكس ارتباط الشركاء بروابط خاصة من القرابة أو الصداقة، مما يجعل جوهر الشركة يقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء.

وإن كانت صعوبة وضع مفهوم دقيق لنية الاشتراك جعلتها تتداخل مع بعض المفاهيم المشابهة، إلا أن ذلك لا ينفي الدور الذي تلعبه طوال حياة الشركة، حيث تعتبر الأساس في تقرير وجود الشركة من عدمه، تخلفها عند تأسيس الشركة يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا هذا من جهة، ومن جهة أخرى غيابها يغير تماما من طبيعة العقد، فحتى لو منح الأطراف لاتفاقهم صفة عقد الشركة، إلا أن ذلك التكييف لا يقيد القاضي، حيث عمل القضاء الفرنسي في العديد من القضايا على التركيز على البحث على نية الاشتراك لدى الأطراف من خلال مظاهرها المختلفة للقول بوجود الشركة من عدمه، وذهب في كثير من الحالات إلى نفي وجود عقد الشركة مقرا بذلك تكييف آخر للعقد حسب ظروف كل قضية.

لتكون بذلك نية الاشتراك أساس وجود الشركة والمميز لها عن وضعيات أخرى مشابهة مثل الشيوخ، عقد البيع، عقد العمل، عقد القرض....

وحتى بالنسبة للشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، اعتمد القضاء كذلك على عنصر نية الاشتراك من خلال مظاهرها المختلفة لتقرير وجودها من عدمه، مثل شركة المحاصة والشركة الناتجة من الواقع، وحتى الشركة في طور التأسيس.

فالوضع المستتر لشركة المحاصة جعلها تتداخل في كثير من الأحيان مع عقود أخرى مشابهة، الأمر الذي دفع القاضي إلى البحث عن نية الاشتراك في تلك العلاقات المتداخلة للقول بوجود الشركة من عدمه.

أما بالنسبة للشركة الناتجة من الواقع، فأساس تقرير وجودها من عدمه يستند كذلك إلى البحث الدقيق في تصرفات الشركاء الفعليين، أو بمعنى أدق مدى ظهور نية الاشتراك في

العلاقات التي تجمعهم، فإن تأكد القاضي من وجود مظاهر نية الاشتراك لا سيما التعاون الإرادي والفعال والمشاركة في التسيير يحكم مباشرة بوجود شركة ناتجة من الواقع وينفي أي تكيف آخر للعلاقة بين الأطراف.

وحتى الشركة في طور التأسيس والتي ينحصر نشاطها في الأعمال الضرورية لخلق شخص معنوي جديد، اعتمد فيها القضاء على نية الاشتراك لتقرير وجودها وليس وضع قانوني آخر، فما يميز الشركة في طور التأسيس أحد أهم مظاهر نية الاشتراك وهو الدور الفعال والايجابي الذي يلعبه الشريك المؤسس فدوره في هذه المرحلة لا يقتصر فقط على مجرد التفاوض والتخطيط لإنشاء الشركة، بل يتعداه إلى مساهمة فعلية وعلى قدم المساواة مع جهد مبذول في مختلف المهام لإتمام عملية التأسيس لتخرج بذلك الوضعية القانونية لهؤلاء الأشخاص من مجرد مشروع ممهد لخلق الشركة أو وعد بإنشاء الشركة وتتعداه إلى وجود شركة في طور التأسيس، أساس تقرير وجودها نية الاشتراك.

ويتعدى دور نية الاشتراك مرحلة التأسيس فقط، بل يستمر طوال حياتها، حيث تعتبر المؤشر على ثبوت صفة الشريك لدى أطراف العقد، فتخلفها لدى الشريك يجعل منه مجرد مساهم مستثمر يبحث عن المضاربة وتحقيق مصالح فردية وأنانية بعيدة عن روح المشاركة والنهوض بهدف الشركة، لتكون بذلك نية الاشتراك أهم مؤشر على تمتع الشخص بصفة الشريك، كما أنها تعتبر أساس تمتع الشركاء فيها بمجموعة من الحقوق وتحملهم مجموعة من الالتزامات في المقابل.

وانعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة لا يؤثر فقط على الشركاء فيها، بل يمتد أثر هذا الانعدام ليطل الشركة أيضا، فتخلفها قد يترتب عنه الحكم بحل الشركة قضائيا، وهو ما يؤكد دورها في تقرير وجود الشركة واستمرارها.

وعلى ضوء ما سبق يمكن أن نخلص بالنتائج التالية:

- نية الاشتراك بالرغم من كونها عنصرا معنويا، وبالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يتضمن تعريفا لها أو الإشارة إلى كونها ركن من الأركان الخاصة للشركة، إلا أنه لا يمكن نفي دورها في تقرير وجود هذا الشخص المعنوي، وما يؤكد ذلك اعتماد القضاء عليها في أغلب الأحيان لتقرير وجود الشركة من عدمه.
- بما أن نية الاشتراك عنصر معنوي يرتبط بإرادة الشخص، يمكن الاستعانة بمظاهر خارجية تدل على وجوده وهي التعاون الإرادي والايجابي والفعال بين الشركاء، توازن المصالح بينهم، انعدام رابطة التبعية بينهم، وأخيرا المشاركة في التسيير، وهي نفس المظاهر التي اعتمد عليها القضاء لتقرير وجود الشركة ونفي وضعيات قانونية أخرى مشابهة.
- بالرغم من اختلاف مفهوم نية الاشتراك عن مفهومي المصلحة الجماعية والاعتبار الشخصي، إلا أن ذلك لا ينفي وجود علاقة وثيقة بين المفاهيم السابقة، فمن جهة تظهر العلاقة بين نية الاشتراك والمصلحة الجماعية من خلال الدور الذي تلعبه نية الاشتراك في الشركة سواء عند تأسيسها أو أثناء حياتها الاجتماعية، فهذه الأخيرة تلعب دورا في خلق شخص معنوي جديد من خلال تعاون الشركاء في ذلك، وتفترض استمرار هذا التعاون بين كل من ساهم في خلق هذا الشخص من أجل بقاءه واستمراره ، ومفهوم المصلحة الجماعية يصب أصلا في تحقيق المصلحة العامة للشركة سواء من حيث نجاحها وتحقيق هدفها أو ضمان استمرارها، لنصل بذلك إلى نتيجة مفادها أن المصلحة الجماعية هي بالضرورة أحد أهم النتائج المترتبة على نية الاشتراك.
- ومن جهة أخرى تظهر العلاقة بين نية الاشتراك والاعتبار الشخصي من خلال أن هذا الأخير يعبر عن الثقة المتبادلة بين الشركاء ليكون بذلك سببا ونتيجة لظهور نية الاشتراك بشدة في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي، أين يعرف كل شريك الآخر ويعول عليه ويمنحه ثقته مما يدفع إلى تعاون جميع الشركاء في مختلف مراحل الشركة بدءا من إنشائها ويستمر طوال حياتها، حيث يتعاون كل الشركاء في تسيير أمور الشركة بطريقة فعالة تضمن توازن المصالح بينهم وتحقيق مصلحة الشركة.

- بالرغم من عدم وجود نص صريح يقضي ببطلان الشركة في حالة غياب عنصر نية الاشتراك، إلا أن الفقه والقضاء استقر على هذه النتيجة، مما يؤكد أن نية الاشتراك هي أساس وجود الشركة بوجودها توجد الشركة وبانعدامها تنعدم الشركة، لكن مما تجب الإشارة إليه أن هذا الأثر يترتب في حالة انعدام نية الاشتراك عند تأسيس الشركة، ذلك ان أثر غيابها أثناء حياتها يختلف تماما حيث يتمثل في حل الشركة بحكم قضائي وليس بطلانها.
- كذلك بالرغم من عدم وجود نص صريح يقضي بضرورة توافر عنصر نية الاشتراك لوجود الشركات المجردة من الشخصية المعنوية، إلا أن القضاء اعتمد على مظاهرها المختلفة لتقرير وجود هذا النوع من الشركات.
- تعتبر نية الاشتراك المؤشر على ثبوت صفة الشريك لدى أطراف عقد الشركة، غيابها يجعل من الشخص مجرد مساهم مستثمر لا شريك حقيقي، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يميز بين الفئتين، فمن جهة نجده يعتبر المساهم شريك في شركة المساهمة، ومن جهة أخرى يخضع جميع المساهمين لنفس القواعد دون أن يميز بينهم، حيث يتمتع جميع المساهمين في شركات المساهمة بنفس الحقوق ويتحملون نفس الالتزامات دون أي تمييز.
- وفيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التي تعتبر نية الاشتراك أساسها، فيمكن القول كذلك أن المشرع لم يقم بتنظيمها في قسم خاص من القانون التجاري، وإنما وردت متناثرة بين النصوص المختلفة، لكن ذلك لا يمنع من القول أنه كفل معظم الحقوق التي يتمتع بها الشركاء من حق في التصويت، حق في الحصول على المعلومات الضرورية التي تجعل المشاركة في التسيير فعالة كونها تتم عن دراية بأدق التفاصيل، الحق في الحصول على الأرباح...
- بما أن المصلحة الجماعية (العمل في إطار تحقيق مصلحة الشركة) تمثل أحد أهم النتائج المترتبة على نية الاشتراك، فإن ذلك يقودنا إلى نتيجة مهمة مفادها أن نية الاشتراك تمثل بالضرورة أساس تحمل الشريك لمجموعة من الالتزامات أهمها قبول

القرارات التي تخدم المصلحة العامة للشركة، عدم منافسة الشركة، حيث أن احترامها والتفديد بها يحقق المصلحة العامة للشركة.

- أحد أهم النتائج الأخرى المتوصل إليها أن أثر انعدام نية الاشتراك في الشركة يختلف من مرحلة لأخرى، فإذا تخلفت عند تأسيس الشركة ترتب على ذلك بطلان عقد الشركة بطلانا مطلقا بسبب تخلف ركن من أركانها الخاصة، في حين أن انعدامها لدى جميع الشركاء أو بعضهم في حالات معينة أثناء حياة الشركة يترتب حلها بحكم قضائي، وليس بطلانها، هذا أثرها بالنسبة للشركة.

- أما بالنسبة للشركاء، فآثر انعدام نية الاشتراك لديهم يختلف، فقد يختار الشريك البقاء في الشركة ليكون بذلك مجرد مساهم مستثمر لا شريك حقيقي، وقد يختار مغادرة الشركة من خلال التنازل عن حصصه أو أسهمه أو انسحابه، مع اختلاف الإجراءات والآثار القانونية المترتبة في كل حالة على حدى.

- وفي بعض الحالات قد يؤدي بقاء المساهم الذي لا يتمتع بأي نية ف الاشتراك إلى الإضرار بالشركة كشخص معنوي، فقد يصل الأمر إلى حد زوالها كما لو اعترض على مد أجلها، مما يدفع بقية الشركاء الذين يتمتعون بنية الاشتراك إلى اتخاذ إجراء خطير واستثنائي يتمثل في فصل ذلك المساهم للمحافظة على الشركة.

وفي الأخير وبعد الطرح السابق يمكن أن نقدم مجموعة من التوصيات المتعلقة بالموضوع أهمها ما يلي:

- نقترح ضرورة اعتماد المشرع الجزائري نصوصا جديدة تحدد بدقة مفهوم نية الاشتراك وتنص صراحة على كونها ركنا من الأركان الخاصة للشركة مثلما فعل بالنسبة لبقية الأركان.

- نقترح كذلك ضرورة اعتماد نصوص جديدة تحدد على الأقل الإطار المفاهيمي لكل من المصلحة الجماعية والاعتبار الشخصي، وكذا الآثار المترتبة عنهما في الشركة، نظرا لارتباطهما الوثيق بنية الاشتراك.

- ضرورة اعتماد نصوص جديدة تحدد وبدقة دور نية الاشتراك في الشركة بدء من تقرير وجودها وإلى غاية تنظيم حياتها الاجتماعية، خاصة ما يتعلق بالحقوق والالتزامات الممنوحة للشركاء والتي تعتبر نية الاشتراك أساسها، وكذا التمييز بين الشريك الحقيقي والمساهم المستثمر، حيث نقترح في هذا الخصوص ضرورة خضوع كل منهما لنظام قانوني يختلف عن الآخر، ويراعي الفرق بينهما، وبما أن المساهمين المستثمرين يبحثون عن المزايا المالية فقط دون الاهتمام بالشركة كشخص معنوي، فإننا نشجع تبني موقف المشرع الفرنسي فيما يتعلق بإصدار الأسهم ذات الأولوية في الحصول على الربح دون الحق في التصويت، فمن جهة تساعد هذه الأسهم المساهمين المستثمرين على تحقيق غاياتهم المالية، ومن جهة أخرى تساعد الشركة في الحصول على الأموال التي تحتاجها لتحقيق أهدافها مع عدم السماح لهؤلاء المساهمين بالتدخل في المسائل المتعلقة بتسييرها من خلال حرمانهم من الحق في التصويت لأنه غالبا ما تتغيب أو تمتنع هذه الفئة عن ممارسة هذا الحق.

- نقترح كذلك ضرورة اعتماد نصوص صريحة وواضحة تحدد بدقة الأثر المترتب عن انعدام نية الاشتراك في مختلف مراحل الشركة، حتى يزول الغموض والخط بين نظرية البطلان ونظرية الحل فيما يتعلق بغياب هذا الركن المعنوي.

وكخلاصة لما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يول اهتماما كبيرا لموضوع نية الاشتراك بالرغم من كونها أحد أهم الأركان التي تقوم عليها الشركة، لذلك نقترح بصفة عامة إعادة النظر في الموضوع وتنظيمه من مختلف جوانبه بدء من النص على اعتبارها ركنا من الأركان الخاصة للشركة وإلى غاية الإشارة إلى الآثار المترتبة عن تخلفها سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء، بطريقة لا تدع أي مجال للغموض، وتسهل على الباحث والقاضي معا معالجة جميع الإشكالات المرتبطة بالموضوع.

أولا- باللغة العربية:

أ- الكتب

- 1-أحمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، ج1، علاقة العمل الفردية، الجزائر، 2003
- 2-إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الجزء الثاني ، الشركات التجارية ، الطبعة الثانية ، منشورات البحر المتوسط وعويدات ، بيروت، 1992،
- 3-إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، الأحكام العامة للشركة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- 4-إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج2، شركة التضامن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 5-إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج4، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 6-إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج5، شركة الشخص الواحد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 7-إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج9، الشركة المغفلة، سندات الدين وسندات التأسيس، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 8-إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج12، الجمعيات العمومية للمساهمين في شركات المساهمة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010
- 9-أميرة صدقي، الشركات ذات رأس المال المتغير، الكتاب الجامعي، مطبعة جامعة القاهرة، 1993.
- 10- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، ج1، النظرية العامة وشركات الأشخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2014.
- 11- بياراميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

- 12- عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 13- عبد الرحمن السيد قرمان، الخلاف بين الشركاء كسبب لحل الشركة وفصل الشريك منها، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2007 .
- 15- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج4، الشركات التجارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 16- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني التجاري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- 17- عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتاب القانونية، مصر، 2008.
- 18- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 19- لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، بغداد، 2006.
- 20- محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001
- 21- مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجارية، ج2، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 22- نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون التجاري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 23- هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008،
- 24- وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2007.

ب- رسائل الدكتوراه:

- 1- بن ويراد أسماء، حماية المساهم في شركة المساهمة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
- 2- بوجلال مفتاح، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.
- 3- سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1975.

ج- المقالات:

- 1- بيهي حسن، الطبيعة القانونية لنية المشاركة في عقد الشركة، مقال متاح على موقع المندوبية السامية للتخطيط للمملكة المغربية www.adala.justice.gov.ma تاريخ الإطلاع: 2017-06-23، على الساعة: 14:39.
- 2- حورية لشهب، تحديد الطبيعة القانونية لشركة التضامن، مجلة المفكر، المجلد الخامس، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2010-03-17.
- 3- رفح رزوقي كربال، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد 03، السنة الثامنة، 2016، ص584 مقال متاح على موقع العراقية للمجلات الأكاديمية العلمية www.iasj.net تاريخ الإطلاع: 2018-08-23 على الساعة: 16:25.
- 4- علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة، دراسة في قانون الشركات العراقي، ص311، مقال متاح على موقع العراقية للمجلات الأكاديمية العلمية www.iasj.net تاريخ الإطلاع: 2018-08-23، على الساعة 18:17.

د - النصوص القانونية:

• النصوص التشريعية:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، المتضمن التقنين المدني الجزائري، ج.ر. الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، عدد 78.
- 2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، المتضمن التقنين التجاري، ج.ر. الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1975، عدد 101.
- 3- الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، ج.ر. الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1996، عدد 77.
- 4- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج.ر. الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2008، عدد 21.
- 5- القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر. الصادرة بتاريخ 30 أكتوبر 2013، عدد 55.
- 6- الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج.ر. الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2003، عدد 44.

• النصوص التنظيمية:

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر. عدد 80 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 1995.

ثانيا - باللغة الفرنسية

A- Les ouvrages:

- 1-A.Jauffret, droit commercial, T1, 2^{ème} vol, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1980.

- 2–Anne Charveriat, Cession de parts et actions, Edition Francis Lefebvre, Paris, 2010
- 3–Anne Charveriat, Alain Couret, Mémento Pratique, Sociétés Commerciales, Edition Francis Lefebvre, Paris, 2011.
- 4–Ch.Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, Paris, 1991.
- 5–D.Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Ed Joly, Paris, 1999.
- 6–Dominique Vidal, Droit des sociétés, 5^e édition, L.G.D.J, Paris, 2006.
- 7–E. Thaller, Traité général théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, T01, Rousseau, 1988.
- 8–F. Lemeunier, Société anonyme, Ed Dalloz, Paris, 2007.
- 9–F.Terré, P.Simler et Y.Lequette, Droit civil, Les obligations, 8^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2002.
- 10– J.Flour, J–L.Aubert, Les obligations, L'acte juridique, 8^{ème} éd, Armand Colin, 1998.
- 11– G.Rippret , R.Roblot, Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 2, les sociétés commerciales, 19^e, Edition L.G.D.J, Paris, 2009.
- 12– M.Coizan, A.Viandier et F.Deboissy, Droit des sociétés, 14^{ème} éd, Litec, Paris, 2001.

- 13- M.DeJuglart, B.Ippolito, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, Vol 02, 8^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 1988.
- 14- Mohamed Salah, Les sociétés commerciales, Tome1, Les règles communes- la société en nom collectif – la société en commandite simple, Edition Edik, Alger, 2005.
- 15- Paul Didier, Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés, 2^{ème} édition, éd PUF,1997.
- 16- Paul Le Canu, Droit des sociétés, 2^{ème} edition, Edition Montch-Restien, Paris, 2003.
- 17- Philippe Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, 14^e édition, Dalloz, Paris, 2010.
- 18- Pierre Mousseron , Les convention sociétaires, Lextenso édition, Paris, 2010.
- 19- P.Malaurie, L.Aynès, Droit civil, Obligations, T 06, 9^{ème} éd, Gujas, 1999.
- 20- Vincent Cuisinier, L'affectio societatis, Litec, Groupe Lexis Nexis, France, 2008.
- 21- V.Magnier, Droit des sociétés, 1^{ère} éd, Dalloz, Paris, 2002.
- 22- William Dross, Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, 2^{ème} édition, Lexis Nexis, Paris, 2011, p418.
- 23- Yves Guyon,Droit des affaires, T1, Droit commercial général et Sociétés, 9^{ème} éd, Economicaed,Paris 1996.

- 24- Yves Guyon, Traité des contrats, Les sociétés, 3^{ème} edition, Edition Delta, Paris, 1998.

B- Les thèses

- 1- Déborah Eskinazi, La qualité d'associé, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, Université de Cergy- Pontoise Soutenue le 1^{er} décembre 2005.
- 2- Jean-Françoie Quievy, Anthropologie juridique de la personne morale, Thèse pour l'obtention du grade docteur en droit, Université Paris Sud, Faculté Jean Monnet, 22-05-2008.
- 3- Gilbert Jean-Baptiste, Les sociétés de personnes et la problématique de l'intuitus personae en France et au Québec, mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maitrise en droit, Université de Montréal, septembre, 2005
- 4- Renée Kaddouch, Le droit de vote de L'associé, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille, soutenue le 14 décembre 2001.

c- Les articles:

- 1- Andrée Brunet, Dissolution, Rép. Sociétés Dalloz, avril 1988.
- 2- Anne Bougnoux, Dissolution des sociétés, Fasc 30-10, Juris- Classeur numérique, 15 janvier 2002.

- 3–Bernard Saintourens, Note sous C.A paris, 03 novembre 1998, Bull Joly, n°02 de février 1999, §52.
- 4–Arlette Martin–Serf, Sociétés fictives et frauduleuses, Juris–Classeur, Sociétés, fasc7–40, 1998, n°04.
- 5–Bruno Dondero et Alain Couret, L’intérêt social, article publier sur Plateforme France Université Numérique– Mooc Sorbonne Droit, Session mai– juin 2014.
- 6–Claude Bailly–Masson, La fictivité, une épée de damoclès disparue ? , Petites affiche, 24 janvier, 2000, n°16.
- 7–Deen Gibirila, Société en nom collectif, Répertoire de droit des société Dalloz, janvier 2003, n°200.
- 8–Dominique Schmidt, Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décisions et le contrôle du juge, Petites affiches, 19 novembre 1997, n°139.
- 9–Florence Deboissy, Le contrat de société, Le petit Juriste, n°17, avril 2012, p12, sur le site : www.lepetitjuriste.fr , date de visite : 24-07-2017, 14 :45.
- 10– Françoise Dieng, Le droit de vote des associés, Univrsité Toulouse 1, Sciences sociales, Droit écrit, Droit sénégalais, n°01, Septembre 2002.
- 11– J.Calais–Auloy, Sociétés fictives, Répertoire Dalloz, Sociétés, 1971, n°03.
- 12– J.P Sortais, Constitution des sociétés, Répertoire Dalloz, Sociétés, 2004, n°20.

- 13- Jean Derrupé, Sociétés en participation et sociétés créées de fait, Juris-Classeur, Fasc 47-10, 20 juillet 2000, n°42.
- 14- Jeans.Pierre Sortais, Abus de droit (Majorité, Minorité, Egalité), Rép. Sociétés Dalloz, mars 2003, n°08.
- 15- J-P Legros, Nullité des sociétés- Présentation général, Juris-Classeur, Sociétés, Fasc10-32, 2000, n°134.
- 16- Lamy societies commerciales, Associé unique personne physique, Septembre 2005, n° 3117.
- 17- Lamy sociétés commerciales, L'affectio sociétatis , élément spécifique du contrat de société, Septembre 2005, n°309.
- 18- Lamy, Sociétés commerciales, L'affectio sociétatis, n°4790.
- 19- Lamy Sociétés commerciales, Motifs non retenus par les juges, n°1447, septembre 2005.
- 20- Lamy sociétés commerciales, Prérogative fondamental de l'associé, Septembre 2005, n°750.
- 21- Nouredine Chadli, La protection des associés , Revues des sciences juridique n°12, Faculté de droit, Université Badji Mokhtar, Annaba, juin 2008.
- 22- Pascale Etain, Affectio sociétatis, Fraude et catégories d'associés, Petites affiches, 11février 1999, n°30
- 23- Paul Didier, Société, Répertoire.Sociétés Dalloz, 1985, n°76.
- 24- P.Didier et C. Saint - Alary, Sociétés, Répertoire Dalloz Sociétés, 1985.

- 25- Pierre Cote, Les conventions de vote, Pages Juridiques, Le tout Lyon en Rhone-Alpes, du 13 au 19 novembre 2004, p87 cité sur le site : www.avocat-lyon-ratheaux.com , date de visite: 18-08-2018, 18 :55.
- 26- Raphaella Bernard Goudet, Juris-Classeur, Fasc 7-30, consentement des parties-Promesse de société, 15 juillet 2001, n°30.
- 27- Stéphane Rousseau, Ivan Tchotourian, L'intérêt social en droit des sociétés, article faite partie d'un projet scientifique réalisé à la Chaire de droit des affaires et du commerce international, faculté de droit, Université de Montréal.
- 28- Yves Guyon, Affectio societatis, Juris-classeur, Fasc 20-10, 25 octobre 1999.

D- Les textes de législation:

- 1- Code civil, version consolidé au 09 septembre 2018, sur le site www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 21-09-2018, 15:45.
- 2- Code de commerce, version consolidé au 09 septembre 2018, sur le site www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 21-09-2018, 17 :45.
- 3-Code Rural et de la pêche maritime, version consolidé au 09 septembre 2018, sur le site www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 21-09-2018, 19 :32.

4-Code de la propriété intellectuelle, Création loi 92-597, 01-07-1992 annexe JORF 03 juillet 1992, sur le site : www.legifrance.gouv.fr date de visite : 11-09-2018, 13 :10.

5-Ord. n°2004-604 du 24 juin 2004, portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre mer de disposition ayant modifié la législation commerciale, Journal officiel de la République française, n°147 du 26 juin 2004.

E-Les arrêts judiciaires:

1-Cass.Soc 24 février 1960, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, n°215, sur le site : www.legifrance.gouv..fr date de visite : 11-09-2018, 13 :10.

2-Cass.Com 18 avril 1961, Bulletin des arrêts, n°172 sur le site : www.legifrance.gove.fr , date de visite 10-08-2018, 19 :16.

3-Cass.Com 19 novembre 1962, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commercial, n°181, sur le site : www.legifrance.gouv.fr date de visite : 11-09-2018, 17 :23.

4-Cass.Com 17 novembre 1970, Bulletin des arrêts Cours de cassation Chambre commerciale, n°308, p270, publié sur le cite www.legifrance.gouv.fr date de visite 1-10-2018 , 14 :42.

5-Cass.Com 5 novembre 1974, cité à la fiche pédagogique virtuelle, séance n°O6, L'affectio sociétatis, sur le site : www.facededroit-lyon3.com.

- 6-Cass 3^eCiv, 06 novembre 1974, publié au bulletin des arrêts
Cour de Cassation Chambre civile, n°283, p234, sur le site :
www.legifrance.gouv..fr date de visite : 11-09-2018, 13 :10.
- 7-Cass.Com 02 juillet 1985, Bull Joly n°02 de février 1986, §53.
- 8-CA.Paris 18 juin 1986, Bull Joly n°09 de septembre 1986, §257.
- 9-Cass.Com 20 janvier 1987, Bull Joly n°02 de février 1987, §43,
- 10- Cass.Com 28 avril 1987, Bull Joly n°11 de novembre 1987,
§352.
- 11- Cass.Com 09 novembre 1987, Bull Joly, n°11 de novembre
1987, §352.
- 12- C.A Paris 02 décembre 1987, Bull Joly, n°04 d'avril 1988,
§121.
- 13- Cass 1^{er} civ 26 janvier 1988, Bull Joly, n°02 de février
1988, §43.
- 14- C.A Paris 16 mars 1988, Bull Joly, n° 05 de mai 1988,
§168.
- 15- C.A Versailles 19 janvier 1989, Bull Joly n°04 d'avril 1989,
§109.
- 16- C.A Paris 21 mars 1989, Bull Joly n°05 de mai 1989, §160.
- 17- C.A Paris 29 novembre 1989, Bull Joly n°02 de
février1990, §55.
- 18- C.A Paris 14 mars 1990, Bull Joly n°04 d'avril 1990, §110.
- 19- Cass.Com 24 avril 1990, Bull Joly n°06 de juin 1990, §139.

- 20- Cass.Com 06juin 1990, Bull Joly n°09 de septembre 1990,§233.
- 21- Cass.Com12 juin 1990, Bull Joly n°09 de septembre 1990, §235.
- 22- C.A Paris 26 juin 1990, Bull Joly n°09 de septembre 1990 § 221.
- 23- C.A Versailles 09 novembre 1990, Bull Joly n°01 de janvier 1991, §21.
- 24- Cass.Com 18 décembre 1990, Bull Joly n°03 de mars 1991, §101,
- 25- Cass.Com 22 janvier 1991, Bull Joly, n°04 d'avril 1991,§123.
- 26- C.A Paris 24 septembre 1991, Bull Joly n°05 de mai 1992, §168.
- 27- Cass.Com 14 janvier 1992, Bull Joly, n°03 de mars 1992, §81.
- 28- C.A Versailles, 05 mars 1992, Bull Joly n°06 de juin 1992, §209.
- 29- Cass.Com 16 juin 1992, Bull Joly n°09 de septembre 1992, §313.
- 30- Cass.Com 15 juillet 1992, Bull Joly n°10, d'octobre 1992, §353.
- 31- C.A Paris 30 octobre 1992, Bull Joly, n°01 de janvier 1993, §27.

- 32- C.A Paris, 12 décembre 1992, Bull Joly, n°03 de mars 1993, §88.
- 33- Cass.Com 09 mars 1993, Bull Joly n°05 de mai 1993, §152.
- 34- Cass.Com 15 juin 1993, Bull Joly, n°12 de décembre 1993, §380.
- 35- Cass.Com, 04-01-1994, Bull Joly, n°03 de mars 1994.
- 36- Cass.Com 15 février 1994, Bull Joly n°05 de mai 1994, §152.
- 37- Cass.Com 26 avril 1994, Bull Joly n°07-08 de juillet-aout 1994, §218.
- 38- Cass 1^{er} civ 18 mai 1994, Bull Joly n°7-8 de juillet-aout 1994, §227,
- 39- Cass.Com, 24 janvier 1995, Bull Joly n°04 d'avril 1995, § 101.
- 40- C.A Paris, 10 mai 1995, Bull Joly, n°09 de septembre 1995, §256.
- 41- Cass.Com 23 janvier 1996, Bull Joly n°06 de juin 1996, §165.
- 42- Cass.Com 13 février 1996, Bull Joly n°06 de juin 1996, §169,
- 43- Cass.Com 26 mars 1996, Bull Joly, n°7-8 de juillet-aout 1996, §213.

- 44- Cass.1^{er} civ, 01 octobre 1996, CA Paris, 28-01-1999, cité sur l'article Incidences de l'affectio societatis sur l'existence même de la société, Lamy sociétés commerciales, n°312.
- 45- Cass.Com 26 novembre 1996, Bull Joly n° 02 de février 1997, §45.
- 46- Cass.Com 21 janvier 1997, Bull Joly n°04 d'avril 1997, §125.
- 47- Cass.Civ 1^{ère} 11 février 1997, Bull Joly n°05 de mai 1997, §189.
- 48- Cass.Com 27 mai 1997, Bull Joly, n°09 de septembre 1997.
- 49- Cass.com, 10 février 1998, Bull Joly n° 07-08 de juillet-aout 1998.
- 50- Cass.Com 05 mai 1998, Bull Joly, n°7-8 de juillet-aout 1998, §245.
- 51- C.A Paris 13 novembre 1998, Bull Joly n°02 de février 1999, §47.
- 52- C.A Paris 03 novembre 1998, Bull Joly n°03 de mars 1999, §69.
- 53- Cass. Com 09 février 1999 , Bull Joly n° 05 de mai 1999.
- 54- C.A Paris, 28 septembre 1999, Bull Joly, n°01 de janvier 2000, §17.
- 55- C.A Paris 19 mai 2000, Bull Joly, n°11 de novembre 2000, §265,

- 56- CA Versailles 01 février 2001, Bull Joly, n° 10 d'octobre 2001, §229.
- 57- C.A Paris 21 décembre 2001, Bull Joly, n°04 d'avril 2002, §109.
- 58- Cass.Com 18juin 2002, Bull Joly, n° 11 de novembre 2002, § 256.
- 59- Cass. Civ 1^{ère} 14 janvier 2003, publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, 2003, n°13, p8 sur le site : www.legifrance.gouv.fr, date de visite 25-09-2018, 15 :34.
- 60- Cass.Com 06 mai 2003, Bull Joly n°07 de juillet 2003, §173.
- 61- Cass.Com. 03 juin 2003, Bull Joly, n°10 d'octobre 2003, §222.
- 62- Cass.Civ 1^{ère} 12 mai 2004, Bull Joly n°10 d'octobre 2004, §260.
- 63- Cass.Com 23 juin 2004, Bull Joly n°02 de février 2005, §52.
- 64- Cass.Com 22 février 2005, Bull Joly n°07 de juillet 2005, §197.
- 65- Cass.Com 05 avril 2005, Bull Joly, n°10 d'octobre 2005, §251.

F– Les sites internet:

- 1– www.adala.justice.gov.ma
- 2– www.iasj.net
- 3– www.lepetitjuriste.fr
- 4– www.avocat-lyon-ratheaux.com
- 5– www.legifrance.gouv.fr
- 6– www.facdedroit-lyon3.com.

01.....مقدمة

الفصل الأول:

09.....ماهية نية الاشتراك

10.....المبحث الأول: مفهوم نية الاشتراك

11.....المطلب الأول: تعريف نية الاشتراك

12.....الفرع الأول: تطور تعريف نية الاشتراك

19.....الفرع الثاني: المذاهب الفقهية المعرفة لنية الاشتراك

19.....أولاً: المفهوم الموحد لنية الاشتراك

20.....1- نية الاشتراك كإرادة تعبر عن التعاون الإرادي والفعال

23.....2- نية الاشتراك كإرادة تعبر عن اتحاد وقبول المخاطر المشتركة

24.....3- نية الاشتراك كإرادة تعبر عن المشاركة الجماعية

26.....ثانياً- المفهوم التعددي لنية الاشتراك

28.....المطلب الثاني: مظاهر نية الاشتراك

29.....الفرع الأول: التعاون الإرادي المشاركة في التسيير

29.....أولاً- التعاون الإرادي

32.....ثانياً: المشاركة في التسيير

32.....1- مضمون المشاركة في التسيير

33.....أ- التزام المسيرين بإعلام الشركاء

38.....ب- المشاركة في مداولات الجمعيات العامة والتصويت فيها

2-	نطاق المشاركة في التسيير.....	42
	الفرع الثاني: توازن المصالح وانعدام رابطة التبعية بين الشركاء.....	48
	أولاً: توازن المصالح بين الشركاء.....	49
	ثانياً: انعدام رابطة التبعية بين الشركاء.....	55
	المبحث الثاني: تمييز مفهوم نية الاشتراك عن بعض المفاهيم المشابهة.....	58
	المطلب الأول: تمييز نية الاشتراك عن المصلحة الجماعية.....	59
	الفرع الأول: مفهوم المصلحة الجماعية.....	61
	أولاً: المفهوم الموحد للمصلحة الجماعية.....	62
	1- المصلحة الجماعية هي المصلحة المشتركة للشركاء.....	63
	2- المصلحة الجماعية هي مصلحة المشروع.....	65
	ثانياً: المفهوم التعددي للمصلحة الجماعية.....	66
	الفرع الثاني: دور المصلحة الجماعية في الشركة وعلاقتها بنية الاشتراك.....	71
	أولاً: تقييد الحق في التصويت.....	72
	1- التصويت بنص القانون.....	72
	أ- حالة وقف حق التصويت في مجال الاتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيرها...73	73
	ب- حالة تقدير الأموال العينية أو منح منافع خاصة.....73	73
	2- تقييد حق التصويت بموجب اتفاقيات التصويت.....	74
	ثانياً- تقييد حق اقتسام الأرباح.....	78
	المطلب الثاني: تمييز نية الاشتراك عن الاعتبار الشخصي.....	81
	الفرع الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي.....	83

الفرع الثاني: مظاهر الاعتبار الشخصي وعلاقتها بنية الاشتراك.....	87
أولا: مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص.....	88
1-عدم قابلية حصة الشريك للتداول.....	88
2-مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية.....	89
أ- المسؤولية الشخصية.....	89
ب- المسؤولية التضامنية.....	90
3-اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر.....	91
4-ارتباط تسمية أو عنوان الشركة بأسماء شركائها.....	93
أ- يجب أن يشمل عنوان الشركة على أسماء جميع الشركاء صراحة أو ضمنا.....	94
ب- يجب أن يكون العنوان مطابقا لحقيقة الواقع.....	94
ج-يجب أن يتم التوقيع بالعنوان الذي يتركب من أسماء الشركاء.....	95
5-ارتباط انقضاء الشركة بالاعتبار الشخصي.....	95
أ- فقد الأهلية أو الإفلاس أو المنع من ممارسة المهنة التجارية.....	95
ب- وفاة أحد الشركاء المتضامين.....	96
ج-عزل الشريك المدير.....	97
ثانيا: مظاهر الاعتبار الشخصي في شركات الأموال.....	98
1-أهم الشروط المتعلقة باكتساب الأسهم.....	99
أ- شرط الموافقة على إحالة الأسهم.....	99
ب- شرط الأفضلية عند إحالة الأسهم.....	102
2-أهم الشروط المتعلقة بالتخلي عن الأسهم.....	104
أ- شرط عدم التنازل عن الأسهم.....	104
ب- شرط الاسترداد الجبري للأسهم.....	105
ثالثا: إبراز العلاقة بين الاعتبار الشخصي ونية الاشتراك.....	105

الفصل الثاني:

110.....	<u>دور نية الاشتراك في الشركة</u>
111.....	<u>المبحث الأول: دور نية الاشتراك في تقرير وجود الشركة</u>
113.....	<u>المطلب الأول: دور نية الاشتراك في تقرير وجود الشركة</u>
	الفرع الأول: دور نية الاشتراك في تمييز الشركة عن بعض العقود والوضعيات القانونية
114.....	المشابهة
114.....	أولاً: الاستعانة بمظهر التعاون الإرادي
115.....	1- التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإجباري
115.....	2- التمييز بين الشركة وحالة الشيوخ الإتفاقي
118.....	ثانياً: الاستعانة بمظهر المشاركة في التسيير
122.....	ثالثاً: الاستعانة بمظهر توازن المصالح بين الشركاء
122.....	1- التمييز بين عقد الشركة وعقد البيع
125.....	2- التمييز بين عقد الشركة وعقد الإيجار
131.....	3- التمييز بين عقد الشركة وعقد النشر
132.....	رابعاً: الإستعانة بمظهر انعدام رابطة التبعية بين الشركاء
133.....	1- تمييز عقد الشركة عن عقد العمل
137.....	2- التمييز بين عقد الشركة وعقد الوكالة
140.....	الفرع الثاني: أثر انعدام نية الاشتراك عند إبرام عقد الشركة

**المطلب الثاني: دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركات المجردة من الشخصية
المعنوية.....151**

الفرع الأول : دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة والشركة الناتجة من
الواقع.....152

أولاً: دور نية الاشتراك في الكشف عن شركة المحاصة.....153

ثانياً: دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركة الناتجة من الواقع.....156

الفرع الثاني: دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركة في طور التأسيس.....163

أولاً: التمييز بين الشركة في طور التأسيس ومشروع الشركة.....164

ثانياً: التمييز بين الشركة في طور التأسيس والوعد بالشركة.....166

المبحث الثاني: دور نية الاشتراك أثناء حياة الشركة.....170

المطلب الأول: دور نية الاشتراك في ضبط حياة الشركة.....171

الفرع الأول: نية الاشتراك كأساس لالتزامات وحقوق الشركاء.....172

أولاً: نية الاشتراك سبب التزامات الشركاء.....172

1- نية الاشتراك وقبول قرارات الأغلبية.....173

2- نية الاشتراك والالتزام بعدم منافسة الشركة.....177

ثانياً: نية الاشتراك أساس حقوق الشركاء.....181

1- الحقوق المالية.....182

أ- الحق في الحصول على نصيب من الأرباح.....182

ب- الحقوق المالية المترتبة عن حل الشركة وتصفيتها.....184

ب-1- استرداد الحصص.....	185
ب-2- الحق في الحصول على نصيب من فائض التصفية.....	185
2-الحقوق غير المالية.....	186
الفرع الثاني: نية الاشتراك كأساس لصفة الشريك.....	188
أولاً: الشريك الحقيقي.....	191
ثانياً: الشريك المستثمر.....	192
المطلب الثاني: آثار انعدام نية الاشتراك أثناء حياة الشركة.....	196
الفرع الأول: آثار انعدام نية الاشتراك بالنسبة للشركة.....	197
الفرع الثاني: آثار انعدام نية الاشتراك بالنسبة للشريك.....	207
أولاً: الإنسحاب من الشركة.....	207
ثانياً: التنازل عن الحصص أو الأسهم.....	211
1-التنازل عن الحصص في شركات الأشخاص.....	211
2-التنازل عن الأسهم في شركات الأموال.....	212
ثالثاً- فصل الشريك لانعدام نيته في الاشتراك.....	216
1-إذا كان وجود الشريك سبباً أثار اعتراضاً على مد أجل الشركة.....	218
2-إذا كانت تصرفات الشريك سبباً مقبولاً لحل الشركة.....	219
الخاتمة.....	222

230..... قائمة المراجع

247..... فهرس المحتويات

تم بعون الله وحده