

القيود النظامية الواردة على مبدأ حرية تداول الأسهم في التشريع الجزائري

Statutory restrictions on the principle of free trading of shares in Algerian legislation

قليلي بنعمر - طالب دكتوراه -

GUELLILI Benamar

معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي مغنية -

PhD Student, University Centre Maghnia

benamar_guellili@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2021/06/28

تاريخ القبول: 2021/06/14

تاريخ إرسال المقال: 2021/04/05

ملخص:

يعتبر حق المساهم في تداول أسهمه من الحقوق المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز حرمانه منه، وفي حال وضعت قواعد لتنظيم هذا الحق فلا يجب أن تصل حد إفقاده جوهره، لذلك أصبحت حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة مبدأ يجسد الحرية الحقيقية للمساهم مما يمكنه من الانضمام للشركة والانسحاب منها متى قضت مصلحته ذلك، إلا أن مبدأ تجسيد الحرية المطلقة للتداول قد يؤدي إلى إهدار اعتبارات عملية بحتة تقتضيها مصلحة الشركة أو المساهمين عموماً. مما دفع المشرع إلى تقييد هذا المبدأ بمجموعة من القيود سواء تلك التي فرضها القانون التجاري أو تلك التي ترك فيها الحرية للمساهمين من أجل تنظيمها في القانون الأساسي أو الاتفاق عليها فيما بينهم للحفاظ على مصلحة الشركة أو المساهمين على حد سواء وهي ما يعرف بالقيود الاتفاقية على مبدأ حرية تداول الأسهم، المتمثلة في شرط الموافقة وشرط الشفعة.

بحيث أجاز المشرع عرض إحالة الأسهم للغير على الشركة للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي باستثناء بعض الحالات الخاصة كالإرث أو الإحالة للزوج أو الأصول أو الفروع، كما بين إجراءات المتخذة عند طلب الموافقة أو في حالة رفض الشركة هذه الإحالة.

وعلى عكس شرط الموافقة فإن المشرع لم ينص على شرط الشفعة وبالتالي ترك المجال واسعاً أمام الفقه والقضاء لتحديد أحكام هذا الشرط كقيود على حرية المساهم في تداول أسهمه، وهو حق المساهمين في استرداد السهم من المشتري والحلول محله، ويكون شرط الشفعة صحيحاً سواء اشترط في القانون الأساسي للشركة أو كان في شكل اتفاقات غير تأسيسية، إلا أنها لا يمكن أن تكون حجة على الغير إلا إذا كانت تأسيسية.

كلمات مفتاحية:

حرية التداول، شركة المساهمة، الأسهم، القيود الاتفاقية، شرط الموافقة، شرط الشفعة.

Abstract:

The right of the shareholder to trade his shares is considered a public order right and may not be deprived of it, and if rules are established to regulate this right, it should not reach the limit of his loss of substance, so the freedom to trade shares in the joint stock company has become an beginning that embodies the true freedom of the shareholder, enabling him to join the company and withdraw from it once it has decided to do so, but the principle of embodying the absolute freedom of trading may lead to the waste of purely practical considerations required by the interest of the company or shareholders in general.

This prompted the legislator to adhere to this principle with a set of restrictions, both those imposed by the Commercial Law and those in which he left the freedom to regulate or agree with shareholders in accordance with the Basic Law to preserve the interests of both the company and shareholders, which are known as the convention restrictions on the principle of free circulation of shares, namely the requirement of consent and the condition of intercession.

The legislator authorized the offer of transfer of shares to others to the company for approval under a condition of the Basic Law except in certain special cases such as inheritance or referral to spouse, assets or branches, as well as actions taken when seeking approval or if the company rejects such a referral.

Contrary to the consent requirement, the legislator did not provide for the requirement of intercession and thus left ample room for jurisprudence and jurisprudence to determine the provisions of this condition as a restriction on the shareholder's freedom to trade his shares, which is the right of shareholders to recover the share from the buyer and replace it, and the condition of intercession is valid whether it is required in the company's basic law or in the form of non-foundational agreements, but it cannot be an argument to others unless it is founding.

Keywords:

Freedom of trade; Joint stock company; Shares; The requirement of consent; The condition of intercession.

المقدمة

تشكل شركات المساهمة الإطار القانوني و الاقتصادي الأمثل للاستثمار في الاقتصاديات الحديثة ، لما تضطلع به من القيام بالمشاريع التجارية و الصناعية الكبرى ، بالنظر لما يمكنها تجميعه من رأس مال ومدخرات الأفراد والمؤسسات، ولعل أكثر ما ساعدها على ذلك قابلية أسهمها للتداول بالطرق التجارية التي تستجيب لمتطلبات الحياة التجارية ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة، أي قدرة المساهم على التنازل عن أسهمه بكل حرية و بدون

التعقيدات التي يفرضها القانون المدني، ودون أن يؤثر ذلك على وضعية الشركة و بقائها و استمرارية نشاطها، فتغير عنصر الشركاء باستمرار هو أكثر ما يميز شركات المساهمة باعتبارها النموذج الأصلي لشركات الأموال.

وتزداد وتتضح أهمية هذا المبدأ في ظل نشاط أسواق المال و البورصة القائمة على المضاربة في الأسهم والسندات والتي أصبحت تشكل نشاطا اقتصاديا وماليا تقاس به قوة اقتصاد أية دولة ، كل ذلك جعل من إقرار مبدأ حرية تداول الأسهم و تدعيمه ضرورة استحباب لها المشرع الجزائري رغبة منه في خلق جو مناسب للادخار والاستثمار. وتجدر الإشارة أنه إذا كان الأصل في حرية التداول، جواز تنازل المساهم عن أسهمه في كل وقت و بدون قيد من الشركة، فلا يصح أن تكون هذه الحرية مطلقة في جميع الأحوال و الظروف بحيث تصل إلى درجة التضحية بمصلحة الشركة ومساهميها.

فقد نازع بعض الفقه¹، في ذلك بحجة أن قابلية السهم للتداول تعد ركنا أساسيا، و أن كل قيد على حرية التداول ولو مؤقتا يفقد السهم ماهيته.

ولكن أجاز الرأي السائد لدى الفقه، أن يتضمن نظام الشركة بعض القواعد المتعلقة بتنظيم تداول الأسهم استجابة لاعتبارات عملية محضمة، بمعنى آخر يجوز إدراج بعض القيود على حرية التداول، ولكن بشرط ألا تصل إلى درجة مصادرة حق المساهم في التنازل عن أسهمه وهي ما تعرف بالقيود الاتفاقية.

ونعني بهذه الأخيرة تلك القيود التي يتضمنها القانون الأساسي للشركة والتي تهدف إلى الحد من حرية التصرف في الأسهم من قبل المساهمين إلا أنه لا يجوز أن تصل هذه القيود إلى حد حرمان صاحب السند من حق التداول، و إلا عدت هذه الشروط باطلة بطلانا مطلقا²، و غالبا ما يكون الهدف من وراء هذه القيود تحقيق اعتبارات معينة كضمان عدم تسرب الأسهم للأشخاص الذي يقضي نشاط الشركة استبعادهم منها، كدوي الاتجاهات المعارضة أو المنافسة للشركة أو الأجنب في بعض الأحوال³، و لا شك أن القيود الاتفاقية قد تدخل قدرا من الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، لذا فإن التوسع في هذا الباب قد يفتح المجال أمام الاعتبار الشخصي في الشركة بشكل لا يتفق مع خصائصها التي تقوم أساسا على الاعتبار المالي⁴.

ومما سبق نتساءل عن مدى إقرار المشرع الجزائري لشرط الموافقة و الشفعة كقيود قانونية على مبدأ حرية تداول الأسهم؟

لتأصيل هذه الدراسة آثرنا أن نتبع المنهج التحليلي الوصفي بشكل عام لإبراز الأحكام القانونية المتعلقة بالقيود والضوابط الواردة على حرية المساهم وتحليلها بشكل واضح ودقيق حسب التقسيم الأتي:

المحور الأول: شرط الموافقة كقيد على حرية تداول الأسهم

المحور الثاني: شرط الشفعة كقيد على حرية تداول الأسهم

المحور الأول: شرط الموافقة كقيد على حرية تداول الأسهم

يدخل الشريك إلى الشركة بكل حرية و هو حر في البقاء فيها فالمشرع لا يسمح بإقصائه إلا في حالات دقيقة جدا، وذلك تطبيقا لمبدأ حرية تداول الأسهم، غير أنه ليس حرا دائما في الخروج من الشركة رغم أن حقوقه المالية قابلة

للاتنقال وهذا إن لم يجد مشتريا لأسهمه، فالشركة غير مجبرة بتعويض قيمة أسهمه إليه⁵، لأن القاعدة لا تنازل بدون متنازل إليه هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الشركة ليست ملزمة بقبول المشتري أو المتنازل إليه فالإحالة قد تخضع للموافقة على المحال إليه و ذلك بموجب شرط الموافقة و عليه سيتم معالجة هذا المحور من خلال تحديد مضمون شرط الموافقة و مجال تطبيقه ثم نتطرق إلى إجراءاته و جزاء مخالفته على النحو التالي.

أولاً: مضمون شرط الموافقة و مجال تطبيقه

من أجل تحديد مضمون شرط الموافقة لا بد من التعرض لبعض المسائل المتمثلة في تحديد مفهومه و إبراز خصائصه وكذا توضيح شروط صحته هذا من جهة و من جهة أخرى يتم تناول مجال تطبيقه من خلال تحديد نطاق تطبيقه وتبين الحالات المستثناة من الخضوع لشرط الموافقة على النحو التالي.

II. المقصود بشرط الموافقة وخصائصه

شرط الموافقة هو قيد من القيود الاتفاقية على حرية تداول الأسهم حيث يتم العمل به بين المساهمين و إدراجه كشرط في القانون الأساسي للشركة لهذا سنعرف شرط الموافقة من حيث اللغة و الاصطلاح و نبين خصائصه على النحو التالي.

1) تعريف شرط الموافقة

هنا سنبين تعريفه من حيث اللغة و الاصطلاح كمايلي

أ. من حيث اللغة

الموافقة: أصلها وفق و الوفق: كل شيء متسق متفق على تفاق واحد فهو وفق، ومن الموافق في معنى المصادفة والاتفاق⁶.
و الموافقة بين الشيئين كالاتحام⁷

ب. من حيث الاصطلاح

يعرف شرط الموافقة بأنه ذلك الشرط الذي بموجبه يلتزم المساهم الراغب في التنازل عن أسهمه بضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من الشركة على مشروع التنازل، و لذلك فإن التزام المساهم المتنازل هو التزام بتحقيق نتيجة⁸.
وعند البعض الآخر من الفقه انه تحويل الشركة صلاحية اختيار الشخص المتنازل إليه في عملية التداول⁹.
كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه اتفاق مكتوب في نظام الشركة، فيما بين المؤسسين أو بينهم وبين المساهمين يقضي بأن لا يتم تنازل المساهم عن أسهمه إلى الغير إلا إذا وافق مجلس الإدارة أو الجمعية العامة للشركة مسبقا على مثل هذا التنازل وإلا فإنه لا يحتج على الشركة بالتنازل الذي ترفضه الهيئة المختصة بالموافقة كما جاء في نظام الشركة¹⁰.
من خلال هذه التعاريف فإن شرط الموافقة يعطي للشركة استثناء من الأصل العام - حرية تداول الأسهم إلى الغير- حق تقييد هذا التداول باختيار الشخص المتنازل عليه فهو لا يمنع المساهم من تداول أسهمه مطلقا، كما لا يفرض عليه تداولها جبرا عنه و إنما تحد من حرية هذا التداول فقط.

أما فيما يخص الأهداف المرجوة من إدراج هذا الشرط في القانون الأساسي للشركة يمكن إجمالها فيمايلي

- ✓ استبعاد الأشخاص غير المرغوب فيهم من شراء أسهم الشركة، إذ يجب أن تكون هناك مصلحة للشركة في تقرير هذا القيد حتى لا يكون هناك تعطيل حق المساهم في التنازل عن أسهمه.
- ✓ الاحتفاظ بأسهم الشركة للمواطنين و منع الأجانب من الدخول إلى الشركة.
- ✓ ضمان توازن فئات المساهمين في الشركة.
- ✓ منع دخول الأفراد و الجماعات الذين ينافسون الشركة أو يظاهرونها بالعداء و يعملون على تقويضها.
- ✓ منع دخول أصحاب الآراء المعارضة لنشاط الشركة إذا كانت الشركة تتولى مثلا إصدار جريدة أو صحيفة تعبر عن رأي أو اتجاه.

وبالنظر إلى هذه الأهداف نجد أنها قد تكون مقصدا أساسيا في الشركات الصغيرة و العائلية أو المغفلة، لضمان قدر من الاستقرار في الإدارة و التي يكون من الممكن أن تتعرض لتقلبات على إثر دخول العنصر الأجنبي فيها، حيث لا يؤمن من أن يصبحوا أغلبية لذلك اتسم شرط الموافقة بالطابع الشخصي لأنه يستلزم موافقة الشركة على الشخص المتنازل إليه المقترح من قبل المساهم.¹¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس شرط الموافقة عند عملية التداول بموجب المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري التي جاء فيها «إذ وقع اشتراط الموافقة في القانون الأساسي للشركة يتعين إبلاغ الشركة بطلب الاعتماد عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام يرسلها المساهم مع ذكر اسم المحال إليه و لقبه و عنوانه و عدد الأسهم المقرر إحالتها و الثمن المعروض ، و تنتج الموافقة سواء من تبليغ طلب الاعتماد أو من عدم جواب في أجل شهرين اعتبارا من تاريخ الطلب».

2) خصائص شرط الموافقة

يمتاز شرط الموافقة بالخصائص التالية.

- ✓ أنه ذو طابع شخصي: ذلك أنه يتطلب الموافقة و الاختيار من جانب الشركة على الشخص المتنازل إليه المقترح من جانب المساهم، و يقصد من الشرط منع شخص معين من أن يكون مساهما و إن يزيد من مساهمته في رأس مال الشركة¹².

- ✓ كما أنه ذو طابع سلمي: و ذلك أنه يمنح الهيئات المختصة في شركة المساهمة سلطة رفض الشخص المتنازل إليه دون التزام منها بتقديم متنازل إليه آخر و يشكل هذا مخاطر جسيمة عمل القضاء و التشريع على تفاديها¹³.
- ✓ كما يرى بعض الفقه أنه شرط واقف وذلك أن عملية التنازل عن الأسهم تبقى معلقة على تحقيق الشرط الواقف و هو موافقة الشركة على الشخص المتنازل إليه¹⁴.

II. شروط صحة شرط الموافقة

لإعمال شرط الموافقة يجب توافر جملة من الشروط الشكلية و الموضوعية و التي يمكن إجمالها فيما يلي.

1) الشروط الشكلية

يشترط لصحة شرط الموافقة من الناحية الشكلية أن يكون واردا في القانون الأساسي للشركة، و أن يكون موضوع الأسهم محل التداول أسهم اسمية و أخيرا أن يصدر قرار الموافقة أو الرفض من الهيئة المختصة في الشركة و هو ما سيتم تناوله وفق مايلي.

أ. النص على شرط الموافقة في القانون الأساسي للشركة

لا يمكن الحديث عن هذا الشرط دون وجود اتفاق صريح عليه في القانون الأساسي للشركة أثناء تأسيسها، أما بخصوص إدراج هذا الشرط أثناء حياة الشركة من قبل الجمعية العامة غير العادية لأنها الوحيدة المختصة في تعديل القانون الأساسي، فقد اختلف الفقه حو ذلك.

فيرى بعض الفقه¹⁵ أنه لا يجوز إدراج شرط الموافقة في القانون الأساسي أثناء حياة الشركة بقرار من الجمعية العامة غير العادية، و تفسير ذلك أنه يرفع من التزامات المساهمين.

فحين يرى جانب آخر للفقه¹⁶ بأنه حق للجمعية العامة غير العادية من إضافة شرط الموافقة في القانون الأساسي للشركة المساهمة أثناء حياة الشركة في حالة حلوا القانون الأساسي للشركة عند التأسيس، و أساس ذلك أن الالتزامات التي لا يحق للجمعية العامة غير العادية زيادتها عند تعديلها للقانون الأساسي هي الالتزامات المالية للمساهمين و هو ما لا يتوفر بخصوص شرط الموافقة.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن شرط الموافقة لا يمكن أن يدرج في القانون الأساسي لشركة تلجأ للاذخار العلني، لأن الأمر فيه تناقض فلا يمكن للشركة التي ترغب في جلب المكتتبين أن تقوم في نفس الوقت بمراقبة تحركات الأسهم¹⁷. و قد نص المشرع الجزائري أن يكون هذا الشرط منصوص عليه في القانون الأساسي للشركة و هذا ما جاء في نص المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري.

ب. أن تكون الأسهم التي يسري عليها الشرط اسمية

يكون الشكل الاسمي إجباريا بقوة القانون، كالأسهم النقدية غير المحررة بالكامل¹⁸، و أسهم الضمان التي يجب أن يحوزها أعضاء مجلس الإدارة و أعضاء مجلس المراقبة و كذا الأسهم التي تتمتع بحق التصويت يفوق عدد الأصوات التي بحوزتها و الأسهم التي تتمتع بامتياز الأولوية في الاكتتاب لأسهم وسندات استحقاق جديدة¹⁹.

كما يمكن للشركة أن تفرض بموجب القانون الأساسي الشكل الاسمي للأسهم.

ولقد كرس المشرع الجزائري هذا الشرط بموجب نص المادة 715 مكرر 55 في فقرتها الثالثة من القانون التجاري بقولها «و لا يمكن النص على هذا الشرط إلا إذا اكتسبت هذه الأسهم بصفة استثنائية الشكل الاسمي بموجب القانون أو القانون الأساسي».

وتجدر الإشارة إلى أن سبب اشتراط المشرع الجزائري الشكل الاسمي للأسهم هو صعوبة إخضاع الأسهم لحاملها للمراقبة والقيود و هذا إن لم نقل استحالة ذلك²⁰.

2) الشروط الموضوعية

بالإضافة إلى الشروط الشكلية يجب توافر الشروط الموضوعية للعمل بشرط الموافقة كقيد على حرية تداول الأسهم وهي على النحو التالي.

أ. ضرورة وجود مصلحة للشركة

لصحة شرط الموافقة يجب أن يكون للشركة مصلحة لتقريره في القانون الأساسي و الغاية منه منع الشركة من التعسف في استعمال هذا الشرط²¹، و بعبارة أخرى أن يكون رفض القبول مبنيا على أسباب مشروعة، و هنا يطرح تساؤل حول تحديد هذه الشرعية هل تؤخذ مصلحة الشركة بعين الاعتبار؟ أم يمكن الاكتفاء بمراعاة مصلحة المساهم الذي يمنح القبول؟، و الأصح أن تبطل تلك الشروط إذا كان القصد منها تحقيق مصلحة شخصية لأعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو يكون فيها ضرر بالمساهم الذي يريد تداول أسهمه²².
وعليه فإن مشروعية شرط الموافقة تستمد من الهدف الذي يرمي إليه و هو تحقيق مصلحة الشركة²³، حتى و إن أدى ذلك في نفس الوقت إلى تحقيق مصلحة شخصية لأعضاء مجلس الإدارة طالما كانوا حسن النية²⁴.

ب. الالتزام بالشراء عند رفض الموافقة

هذا الشرط يعني إلزام الجهة المخولة بإقرار القبول بأن تشتري أو على الأقل أن تؤمن مشتريا للأسهم إذا ما قررت رفض الموافقة على هذه الأسهم، لأن ذلك لن يترك للمساهم الملتزم بهذا الشرط حرية اتخاذ القرار، بل سيجد نفسه عاجزا عن بيع أسهمه²⁵.
ولذلك فإن المشرع الجزائري يتطلب لصحة هذا الشرط الوارد في القانون الأساسي لشركة المساهمة أن يكون مقترنا بالالتزام الشركة في حالة رفض المتنازل إليه بأن تشتري الأسهم محل التداول أو يشتريها أحد المساهمين أو الغير²⁶، وذلك حتى لا يبقى المساهم عاجزا عن التصرف في أسهمه.

ت. حصول المساهم على الثمن العادل

من الناحية الموضوعية و لصحة شرط الموافقة يجب أن يضمن هذا الأخير للمساهم الحصول على ثمن يعادل الأسهم المتنازل عنها و ذلك يكون بكافة الطرق التي يتم من خلالها تحديد الثمن، حيث أن هذا الإشكال يثار في حالة عدم الاتفاق بين الشركة أو الغير من جهة و المساهم المتنازل من جهة أخرى، لذا نجد المشرع الجزائري أورد في المادة 715 مكرر 57 فقرة الثالثة من القانون التجاري مايلي «>> أنه في حالة عدم الاتفاق على سعر الأسهم تبث الجهة القضائية في هذا الشأن»، إلا أنه ما يعاب عليه من خلال هذا النص أنه لم يبين المعايير التي يعتمدها القاضي من أجل تقدير الثمن²⁷.

III. مجال شرط الموافقة

حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري مجال تطبيق شرط الموافقة، كما أورد في ذات النص الحالات المستثناة من تطبيق هذا الشرط و هذا ما سنبينه فيمايلي.

1) نطاق تطبيق شرط الموافقة

يسري شرط الموافقة على كل تنازل للغير حيث جاء في نص المادة 715 مكرر 55 الفقرة الأولى من القانون التجاري على أنه «يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، مهما تكن طريقة النقل ما عدا حالة الإرث أو الإحالة سواء للزوج أو الأصول أو الفروع». و يستخلص من نص المادة أن شرط الموافقة يطبق على الإحالة للغير مهما كانت طريقة النقل، و يستنتج من ذلك أمرين هما.

✓ أن يتعلق الأمر بإحالة الأسهم

✓ أن تتم الإحالة للغير.

ونعني بإحالة الأسهم قابلية القيمة للانتقال بالطرق المعقدة لحالة الحقوق فهي إجراء خاص بالقانون المدني²⁸، غير أن المشرع استعمل عبارة الإحالة بمفهومها الواسع، حيث قصد بها كل عقد ناقل للملكية كالبيع، المقايضة²⁹، الهبة.... الخ.

أما بالنسبة للإحالة للغير فيطرح تساؤل حول مفهوم الغير هل هو كل شخص ماعدا الأشخاص المستثنون من المادة أعلاه كالأزواج و الورثة و الأصول و الفروع أم يقتصر الأمر على الأجنبي عن الشركة.

وللإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع إلى نص المادة 715 مكرر 57 من القانون التجاري التي جاء فيها «و إذا لم تقبل الشركة محال إليه المقترح، يتعين على الهيئات المؤهلة في الشركة في اجل شهرين ابتداء من تاريخ إبلاغ الرفض، إما العمل على أن يشتري الأسهم أحد المساهمين أو أن يشتريها من الغير، و إما أن تشتريها الشركة بموافقة المحيل قصد تخفيض رأس المال»

حيث يستخلص من هذا النص أن المشرع استعمل لفظ المساهمين و الغير في نفس المادة و نفس السياق مما يوحي أنه يخرج المساهمين من دائرة الغير و بالتالي يمكن القول أن المشرع يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن الشركة وعن المحيل و هذا الرأي الراجح لدى الفقه³⁰، و بالتالي يستثني التنازل بين المساهمين من شرط الموافقة.

2) الحالات المستثناة من تطبيق شرط الموافقة

بالرجوع إلى نص المادة 715 مكرر 55 السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري استثني من شرط الموافقة ثلاث حالات و هم ورثة المساهم و الزوج و الأصول و الفروع.

فبالنسبة للورثة فيطبق عليهم قانون الميراث شأنهم في ذلك شأن جميع أموال المكونة للتركة، أما الإحالة للزوج فإن المشرع الجزائري يقصد بهذا المصطلح كل من الزوج و الزوجة، لذا فإن إحالة الأسهم من الزوج إلى الزوجة أو العكس لا يحتاج إلى شرط الموافقة و إن كان منصوبا عله في القانون الأساسي للشركة و ذلك لطبيعة العلاقة الأسرية التي تربطهما، لهذا كان من الضروري التأكد من وجود علاقة زوجية أولا و من مشروعيتها ثانيا³¹.

أما الحالة بين الأصول و الفروع: فالمقصود بالأصل هو الأب و إن علا أما الفرع فهو الابن وإن نزل، غير أنه يأخذ على المشرع عدم تحديده لدرجة القرابة و بالتالي ترك المجال مفتوح، و في ظل غياب أي توضيح حول دلالة المصطلحين فلا بد من الأخذ بالمفهوم الواسع للفظين.

ثانيا: إجراءات شرط الموافقة و جزاء مخالفته

عندما يرغب المساهم في التنازل عن أسهمه في حالة و جود شرط الموافقة فإن عليه إتباع إجراءات معينة بدءا من تقديمه طلب الموافقة إلى غاية صدور قرار الموافقة أو الرفض كما يتعرض في حالة مخالفته لهذا الشرط لجزاءات و هذا ما سيتم تفصيله فيما يأتي.

I. تقديم طلب الموافقة

يستقرا من نص المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري السالفة الذكر ضرورة إبلاغ الشركة بطلب الاعتماد أو الموافقة من قبل المساهم المتنازل بواسطة رسالة موصى عليها مع تقديم وصل الاستلام، و عليه فإن أي تبليغ يخالف هذه الوسيلة يعد غير مقبول³².

كما يلاحظ أن المشرع قد حدد البيانات التي يجب أن تتضمنها الرسالة المتمثلة في اسم و لقب المحال إليه و عنوانه و عدد الأسهم المقرر إحالتها و الثمن المعروض، و يكون تقديم الطلب من قبل المساهم الراغب في إحالة أسهمه و ذلك في أي وقت شاء طالما أن المشرع لم يحدد وقت معين يقدم خلاله طلب الموافقة، كما أنه لم يحدد الجهة المختصة بإعطاء الموافقة وكتفا بذكر الهيئات المؤهلة في الشركة دون أن يبين من هي هذه الهيئة.

وبناء على هذا الموقف السليبي يقرر الفقه³³ أن شركة المساهمة لها حرية تحديد تلك الجهة في قانونها الأساسي فقد تختص به الجمعية العامة للمساهمين أو الجمعية العامة غير العادية و قد يتولى مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة تلك المهمة.

II. صدور قرار الموافقة أو الرفض

بعد تقديم الطلب من المساهم المتنازل للشركة وفق الشروط المبينة أعلاه تقوم هذه الأخير بدراسة المسألة و اتخاذ أحد الموقفين إما قبول المحال إليه أو رفضه.

1) قرار الموافقة على المحال إليه

إن قبول الشركة للمحال إليه يكون إما صراحة بتبليغ قرار الاعتماد أو ضمنا بالسكوت و عدم الجواب حتى انقضاء المهلة المحددة قانونا.

أ. القبول الصريح

يتمثل هذا القبول في تبليغ قرار الاعتماد إلى المساهم الذي قدم الطلب³⁴، و هذا التبليغ ليس له شكل خاص لذا يمكن أن يتم بأي وسيلة، و بالتالي يصبح المحال إليه مساهما في الشركة من يوم صدور قرار الموافقة. والجدير بالذكر أن قرار الاعتماد يجب أن يكون إجماليا، فلا يمكن للشركة أن تقبل جزء من الأسهم وترفض الجزء الآخر إلا إذا وافق على ذلك كل من المحيل و المحال إليه كما يجب أن نشير إلى أن قرار الموافقة يخضع من حيث الصحة أو البطلان إلى القواعد القانونية التي تنظم صحة قرارات الهيئة المصدرة في الشركة من حيث صحة الدعوى للاجتماع ونصاب الاجتماع ونصاب التصويت على القرارات³⁵.

ب. القبول الضمني

حسب نص المادة 715 مكرر 55 و 56 و 57 من القانون التجاري فإن القبول الضمني للشركة على المحال إليه يمكن أن يأخذ إحدى الأشكال التالية.

✓ سكوت الشركة عن الرد أو عدم الجواب لمدة شهرين من تاريخ تبليغ طلب الاعتماد إلى الشركة فإن انقضت المدة دون أن تتخذ الشركة أي موقف أعتبر ذلك قبول ضمني على المحال إليه.

✓ موافقة الشركة على الرهن الحيازي للأسهم إذ تعد الموافقة على الرهن موافقة ضمنية على إحالة ذات الأسهم وهذا كون الرهن الحيازي يترتب عنه بيع جبري للأسهم في حالة عدم استفاء الدائن المرتهن لقيمة دينه³⁶، و من ثم قبول الرهن يعني قبول مشتري الأسهم إذا تم البيع الجبري.

✓ انقضاء مهلة الشهرين من تاريخ تبليغ قرار الرضا إلى المساهم الذي يرغب في إحالة أسهمه دون تحقيق شراء الأسهم لا من أحد المساهمين و لا من الغير ولا من الشركة المصدرة، فإن الموافقة تعد صادرة بمجرد انقضاء مهلة الشهرين و إن كانت الشركة في البداية قد رفضت المحال إليه مع إمكانية تمديد الأجل من قبل رئيس المحكمة.

2) قرار رفض المحال إليه

في هذه الحالة يتعين على الشركة أن تبلغ إلى المحيل رفضها في أجل شهرين و ذلك بقرار صريح من الهيئة المكلفة و يترتب على ذلك التزامات تقع على عاتق الشركة كما يحق أيضا للمساهم العدول عن مشروع الإحالة³⁷.

أ. الالتزامات التي تقع على عاتق الشركة

استنادا إلى شرط الموافقة الوارد في القانون الأساسي للشركة فإنه يحق لهذه الأخيرة رفض طلب الاعتماد المقدم من قبل المساهم لإحالة أسهمه و لكن في نفس الوقت لا يبقى المساهم حبيسا لسنده لهذا أورد المشرع الجزائري في نص المادة 715 مكرر 57 من القانون التجاري بعض الالتزامات التي يجب إتباعها في مثل هذه الحالات و هي كما يلي.

✓ إما العمل على أن يشتري أحد المساهمين الأسهم أو أن يشتريها الغير، و يتحقق الشراء بمجرد اتفاق المحيل و المحال إليه على عدد الأسهم المحالة و ثمنها، لكن في حالة عدم الاتفاق على ثمن الإحالة فإن الجهة القضائية المختصة هي التي تبث في ذلك.

✓ و إما أن تشتريها الشركة بموافقة المحيل قصد تخفيض رأس المال، على أنه يمكن تمديد أجل شهرين بقرار من رئيس المحكمة بناء على طلب الشركة.

ب. حق المساهم في العدول عن مشروع الإحالة

عمد المشرع إلى ترتيب هذه الالتزامات على عاتق الشركة في حالة رفضها المحال إليه بهدف إيجاد مخرج للمساهم الذي يرد إحالة أسهمه دون أن يكون حبيسا له، لان هذا الإجراء جاء لحماية مصالحه فلا يجب أن ينقلب ضده سواء بإلزامه بيع أسهمه لشخص لا يرغب في الإحالة إليه أو بضمن لا يقبل به، لهذا فهو غير مجبر على إبقاء أسهمه للبيع وبالتالي يمكن سحب مشروع إحالة أسهمه³⁸.

III. جزاء مخالفة شرط الموافقة

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد نظم كل ما يتعلق بشرط الموافقة و ذلك من خلال تحديد مجال تطبيقه و شروط صحته و إجراءات تنفيذه، إلا أنه أغفل مسألة الجزاء المترتب في حالة عدم احترامها، و إذ لم يرد أي نص في القانون التجاري ينظم هذه المسألة فقد يقوم المساهم بإحالة أسهمه دون احترام شرط الموافقة ففي هذه الحالة ما هو الجزاء المترتب؟ و هل تعد الإحالة باطلة؟.

للإجابة على هذه التساؤلات و في ضل غياب نص ينظم هذه المسائل في القانون التجاري و جب العودة إلى قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، و بالأخص لحوالة الحق، التي لا تشترط رضا المدين (الشركة) على الإحالة حتى تعتبر صحيحة³⁹، لكن لا يحتج بها قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ⁴⁰. وعليه إذا تم إسقاط هذه الأحكام على إحالة الأسهم في حالة عدم احترام شرط الموافقة فإن الإحالة تكون صحيحة بين المساهم و المحال إليه غير أنه لا يمكن أن يحتج بها قبل الشركة أو الغير إذا لم يتم تبليغ الشركة بها بموجب رسالة موصى عليها مع وصل استلام و قبول هذه الأخيرة لها. أما في حالة عدم قبول الشركة لهذه الإحالة فإن هذه الأخيرة ترفض تسجيل المحال إليه في دفتر حساباتها و بالتالي لا يمكنه التمسك بصفة الشريك في مواجهة الشركة.

المحور الثاني: شرط الشفعة كقيد على حرية تداول الأسهم.

يقتضي شرط الموافقة ضرورة عرض عملية تداول الأسهم على الهيئات المختصة في الشركة للموافقة عليها، أما شرط الشفعة أو ما يسمى شرط الاسترداد فإنه يتطلب أن يعلم المساهم الراغب في تداول أسهمه الشركة حتى يتم شراء الأسهم بالأولوية لمصلحة المستفيد من الشرط.

وإذا كان المشرع قد وضع نصوص تنظم شرط الموافقة فإنه لم ينظم شرط الشفعة و بالتالي لا بد من الرجوع إلى اجتهادات الفقه من أجل تحديد إطار شرط الشفعة باعتباره قيدا على حرية تداول الأسهم.

وبناء على ما تقدم يجب أولا تحديد مضمون شرط الشفعة ثم نتحدث عن إجراءات إحالته و جزاء مخالفته ثانيا.

أولا: تحديد مضمون شرط الشفعة

قلنا أن المشرع لم ينظم شرط الشفعة كقيد على حرية تداول الأسهم في القانون التجاري و إن كان قد نص عليه في القانون المدني بأنه رخصة تجيز حلول محل المشتري في بيع العقار⁴¹، و بين على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارستها لذا من أجل تحديد مضمون شرط الشفعة و جب علينا أولاً تحديد المقصود بشرط الشفعة ثم نبين شروط صحته لننتهي من تحديد مجال تطبيقه.

I. المقصود بشرط الشفعة كقيد على حرية تداول الأسهم

شرط الشفعة هو قيد من القيود الاتفاقية على حرية تداول الأسهم حيث يتم العمل به بين المساهمين و إدراجه كشرط في القانون الأساسي للشركة لهذا سنعرف شرط الشفعة من حيث اللغة و الاصطلاح و نبين هدفه و أهميته على النحو التالي.

1) المقصود بشرط الشفعة

هنا سنبين تعريفه من حيث اللغة و الاصطلاح كمايلي

أ. من حيث اللغة

الشفعة مأخوذة من الشفع و هو الضم و الزيادة و يقال شفعة الشيء شفعا من باب ضمه إلى الشيء الفرد، و يقال شفعة أي جعلتها اثنتين و من هنا أخذت الشفعة لأن صاحبها يشفع ما له بها فيضم إليه مال غيره⁴². وسمي صاحب حق الشفعة بالشفيع و هو المطالب بحق الشفعة أما المشفوع منه هو الذي يرى انتزاع الحصة المنتقلة إليه بعوض و المشفوع فيه هي الحصة التي انتزعتها⁴³.

ب. من حيث الاصطلاح

عرف شرط الشفعة بعدة تعاريف، فعرفه البعض بأن ينص في نظام الشركة على حق مجلس الإدارة أو الجمعية العامة في تقرير شراء الشركة للأسهم المتنازل عنها⁴⁴.

وعرفه جنب آخر من الفقه بأنه يتعين على المساهم الذي يرغب في بيع أسهمه إلى شخص أجنبي أن يخاطر الشركة بذلك حتى يتسنى لأي مساهم أو مجلس إدارة الشركة على حسب الأحوال، استرداد هذه الأسهم خلال مدة معينة والحلول محل المشتري نظير ثمن عادل⁴⁵.

وعرفه آخرون بأنه تحويل الشركة أو المساهمين أحقية شراء الأسهم محل التنازل⁴⁶، و شرط الشفعة عند البعض الآخر بأنه الشرط الذي بموجبه يلتزم المساهم الراغب في التنازل عن أسهمه بعرض التنازل أولاً على المستفيد من الشرط⁴⁷.

ويتبين من خلال هذه التعاريف أن شرط الشفعة قد يتقرر لمصلحة الشركة أو أحد المساهمين فيها أو أحد من الغير مقابل حصول المساهم المتنازل على ثمن عادل للأسهم و يتم إدراجه في القانون الأساسي للشركة و الهدف من هذا تمكين المساهمين من التمتع بحق الأفضلية في شراء الأسهم المتنازل عنها لغير المساهمين، و هذا ليس معناه أن يسلب المساهم حرية تداول أسهمه وإنما عليه ضرورة إعلام الشركة عند رغبته في تداول أسهمه حتى يمكن شراء الأسهم من قبل المساهمين أو المستفيد من حق الأولوية.

2) مميزات شرط الشفعة و صورته

ويتميز شرط الشفعة بخاصيتين هما.

✓ أن شرط الشفعة ذو طابع موضوعي لأنه يأخذ في الاعتبار التنازل بحد ذاته عكس شرط الموافقة الذي قلنا أنه ذو طابع شخصي لأنه يأخذ في اعتباره الشخص المتنازل إليه أكثر من عملية التنازل ذاتها⁴⁸.

✓ كما أن شرط الشفعة ذو طابع إيجابي، فهو يعطي للمستفيد سواء كانت الشركة أو المساهمين أولوية شراء الأسهم التي يرغب المساهم المتنازل عنها⁴⁹.

و نشير في الأخير أن شرط الشفعة يمكن أن يتخذ عدة صور من الناحية العملية.

✓ شرط الشفعة لمصلحة الشركة: في هذه الحالة يعرض المساهم أسهمه التي يرد تداولها على الهيئات المؤهلة في الشركة التي تقوم باسترداد الأسهم لمصلحة الشركة مقابل دفع ثمن عادل للمساهم، وفي هذه الحالة إما أن يتم الشراء من الأرباح الاحتياطية للشركة أو من رأس مالها لكن هنا يتعين على مجلس الإدارة القيام بالإجراءات اللازمة لتخفيض رأس مال الشركة بما يعادل القيمة الاسمية للأسهم المتنازل عنها.

✓ شرط الشفعة لمصلحة المساهمين، إذ يحق لأي مساهم استرداد الأسهم مقابل ثمن عادل، ويتعين ممارسة حق الشفعة في مدة زمنية معقولة قد تحددها الشركة و تبدأ من تاريخ إعلان المساهم رغبته في التداول، فإذا لم يتقدم أحد من المساهمين خلال هذه المدة لاسترداد الأسهم محل التداول أصبح التنازل الحاصل للغير صحيحا و يحتاج به في مواجهة الشركة⁵⁰.

✓ وهناك صورة أخرى لشرط الشفعة و هي الاسترداد في حالة وفاة المساهم و الغاية من الاسترداد في هذه الحالة منع الورثة من الدخول للشركة.

II. شروط صحة شرط الشفعة

يدرج شرط الشفعة بموجب حالتين، إما أن يدرج في القانون الأساسي للشركة أثناء تأسيسها وهو ما يطلق عليه شرط الشفعة النظامي أو يدرج في اتفاقيات غير تأسيسية تسمى اتفاقيات الأفضلية⁵¹، إلا أنها لا تكون حجة على الغير إلا إذا كانت تأسيسية، لهذا فإن شرط الشفعة سواء كان نظامي أو غير نظامي يجب أن تتوفر فيه شروط معينة حتى يكون صحيحا يمكن تلخيصها في مايلي.

1) **قصر المدة:** لا بد أن يكون الميعاد المفروض في شرط الشفعة يحافظ على مدى مشروعيته، إذ يجب تحديد مواعيد قصيرة فيمكن الأخذ بالميعاد المحدد في شرط الموافقة على سبيل المثال، وكذلك لبد من النص على أنه إذا لم يتم احترام هذا الميعاد من قبل المستفيد سقط حق الشفعة و ذلك تفاديا للإهمال العمدي أو غير عمدي للشركة أو المساهمين الذي يمكن أن يضر بالمساهم المتنازل و بهذا يحق لكل مساهم محيل استرداد إحصاء أسهمه لأي مشتري في حالة عدم ممارسة المساهمين حقهم في الشفعة خلال الآجال المحددة⁵².

2) **منح ثمن عادل:** يجب تحديد الثمن الذي يضمن شرط الشفعة للمحيل تحديدا دقيقا، و يقصد به المقابل الذي يتلقاه المساهم المحيل مقابل تنازله عن حقه في تداول أسهمه في حالة ممارسة باقي المساهمين حقهم في الشفعة⁵³.

- 3) تحديد طرق توزيع الأسهم المشفوعة فيها تحديدا دقيقا لذا لا بد عند تحديد شرط الشفعة مراعاة مايلي .
- ✓ تحديد طرق توزيع الأسهم المشفوع فيها إذا ما استخدم عدد من المساهمين حقهم في الشفعة و إلا مست مشروعية هذا الشرط لأنه بإمكان المساهم الحصول على مرتبة الهيمنة في الشركة.
- ✓ تحديد مفتاح تقسيم الأسهم المشفوع فيها بين المساهمين الذين يمارسون حقهم في الشفعة وذلك أخذ بعين الاعتبار نسبة رأس المال التي يملكها كل مساهم شفيح، وكذا احتمال عدم ممارسة هذا الحق من طرف بعض المساهمين⁵⁴.

III. تحديد نطاق شرط الشفعة

سكت المشرع الجزائري عن ميدان تطبيق شرط الشفعة بل لم يتم تنظيمه أصلا في القانون التجاري، لهذا ذهب بعض الفقه إلى القول بأن ميدان تطبيق هذا الشرط هو نفسه ميدان تطبيق شرط الموافقة، و عليه لا يطبق شرط الشفعة إلا على الإحالة للغير، و بالتالي فإن الحالات التي يستثنى منها شرط الموافقة التي بينها سابقا هي نفسها التي تستثنى من شرط الشفعة⁵⁵.

أما البعض الآخر فيرى أن شرط الشفعة يطبق على الإحالة بين المساهمين و يستدل في ذلك على أن شرط الموافقة يطبق إلا على الإحالة للغير و ذلك طبقا لنص المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري، و بالتالي فلمنع يكون قد ارتكز على نص قانوني أما شرط الشفعة فليس هناك نص قانوني يمنع تطبيقه بين المساهمين⁵⁶.

أما الحديث عن المادتين 794 و 795 من القانون المدني بأن حق الشفعة يثبت للأشخاص الواردة في المادة 795 من نفس القانون فقط في حالة بيع العقار و لا مجال لتطبيقها على المنقولات، و عليه فإذا طبقنا هاتين المادتين على بيع الأسهم فإن الشفعة حسب القانون المدني لا مجال لها في تداول الأسهم طالما أن هذه الأخيرة تصنف ضمن الأموال المنقولة، و خلاصة القول أن شرد الاسترداد (الشفعة) يجوز العمل به بالرغم من عدم وجود نص في القانون التجاري، يثبت مدى جوازه على عكس ما هو وارد في شرط الموافقة فهو يرمي إلى أهداف ملحة سواء لصالح الشركة أو لصالح المساهمين، إضافة إلى أنه كباقي القيود الاتفاقية يستند أساسا إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يقرر بأن العقد شريعة المتعاقدين في كل ما لا يخالف النظام العام و الآداب العامة.

ثانيا: إجراءات شرط الشفعة و جزاء مخالفته.

لا يكفي أن يكون شرط الشفعة صحيحا حتى يتم العمل به، بل يجب إتباع إجراءات لتطبيقه، لأن عدم إتباع هذه الإجراءات يترتب عنها جزاءات و هذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي.

I. إجراءات شرط الشفعة

إن إجراءات شرط الشفعة هي نفسها الإجراءات المتبعة لتطبيق شرط الموافقة⁵⁷، و تختلف عنها في مسألة واحدة فقط و هي أن شرط الموافقة يمكن للمساهم المتنازل سحب عرض البيع إذا ما رفضت الشركة المحال إليه المقترح في حين لا يملك حق العدول عن الإحالة إذا مارس المساهمون أو احدهم حقهم في الشفعة⁵⁸، و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي.

1) تصريح احد المساهمين برغبته في إحالة أسهمه

يلتزم المحيل بتبليغ مجلس إدارة الشركة المصدرة برغبته في إحالة أسهمه مع ذكر عدد الأسهم و ثمنها، و اسم المحال إليه و كذا شروط الإحالة، فهذا التبليغ هو ما يفرق بين شرط الشفعة و إعادة الشراء الذي ينشأ دون رغبة من المساهم في إحالة أسهمه.

حيث تكمن الغاية من هذا التبليغ هو السماح للمساهمين المستفيدين من شرط الشفعة مراقبة مدى حقيقة مشروع الإحالة⁵⁹.

2) إعلام مجلس الإدارة ببقية المساهمين بمشروع الإحالة

يلتزم مجلس الإدارة في ذلك باحترام الآجال المحددة في شرط الشفعة و الذي يجب أن يكون قصيرا و إلا أعتبر ذلك إهمالا من جانبه بإمكانه الإضرار بمصلحة المساهم المحيل.

ويكون دور مجلس الإدارة هنا دور الوسيط فقط بين المساهم المحيل و بقية شركائه ذلك أن قرار الشفعة هو قرار فردي يرجع إلى كل مساهم على حدا فهو حق شخصي للمساهمين و ليس حقا للشركة كما هو عليه الأمر بالنسبة لشرط الموافقة⁶⁰.

3) اتخاذ المساهمين قرار ممارسة الشفعة أو عدم ممارستها

ممارسة المساهمين حقهم في الشفعة خلال المهلة المحددة في القانون الأساسي للشركة إذا كان الشرط تأسيسيا أو في الاتفاق إذا كان غير تأسيسي، و التي لا يجب أن تكون طويلة و تبدأ من يوم تبليغ المساهم برغبته في الإحالة إلى مجلس الإدارة و إلا سقط حقه في الشفعة بمرور هذه المدة دون اتخاذ قرار بالشفعة، و هي نفس المدة المحددة في القانون المدني لمن يريد ممارسة حقه في الشفعة عند بيع العقار⁶¹، و تختلف الإجراءات في حالة ممارسة الشفعة عنها في حالة عدم ممارستها و فق مايلي.

✓ حالة ممارسة المساهمين حقه في الشفعة: هنا في هذه الحالة إما يكون المحال إليه مساهما في الشركة و بالتالي يكون له حقا تنافسيا مع بقية المساهمين، أو يكون من الغير وهنا الإحالة تثبت للمساهمين الذين مارسوا حقهم في الشفعة و لا يكون لهذا الغير حق في الدخول إلى الشركة، كم تجدر الإشارة هنا أن شرط الشفعة يمارس على جميع الأسهم المراد بيعها و لا يجوز تجزئتها، و بهذا حكم القضاء الفرنسي⁶².

✓ حالة امتناع المساهمين عن ممارسة حقهم في الشفعة: هنا يسترجع المحيل حريته في إحالة أسهمه و لكن بشرط أن تتم الإحالة بنفس الثمن و الآجال و الشروط التي تضمنها تبليغه الأصلي⁶³.

II. جزاء مخالفة شرط الشفعة

إن مسألة الجزاء على مخالفة شرط الشفعة تختلف حسب ما إذا كان هذا الشرط تأسيسيا أم غير تأسيسي، وهذا ما سنبينه فيمايلي.

1) جزاء مخالفة شرط الشفعة التأسيسي

قلنا أن شرط الشفعة التأسيسي هو الشرط المدرج في القانون الأساسي للشركة، و بالتالي فإن جزاء مخالفة هذا الشرط هو نفسه الجزاء المطبق في حالة مخالفة شرط الموافقة المتمثل في عدم حجية الإحالة في مواجهة الجميع و ليس بطلانها، حيث يمكن للشركة هنا رفض تحويل الأسهم من حساب المحيل إلى حساب المحال إليه، كما يحق للمستفيد من هذا الشرط إخطار مجلس إدارة الشركة للامتناع عن إتمام إجراءات التسجيل⁶⁴، كما يمكن للشركة التمسك بعدم حجية هذه الإحالة حتى في مرحلة التصفية القضائية إذا ما قام المصفي ببيع الأسهم دون احترام شرط الشفعة المنصوص عليها في القانون الأساسي⁶⁵.

2) جزاء مخالفة شرط الشفعة غير التأسيسي

إن اللاتفاقات غير التأسيسية لا يمكن فرضها على جميع المساهمين و لا تكون حجة عليهم و لا على الغير، فهي لا تربط سوى أطرافها الممضين عليها، و عليه في حالة مخالفتها من قبل أحد الأطراف بإحالة أسهمه للغير، فلا يمكن للطرف المستفيد من الشرط سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر المتسبب له⁶⁶، و لا يمكنه المطالبة بإبطال البيع إذا كان المحال إليه حسن النية، إلا في حالات التي يسمح بها القانون كخلل في أركان العقد أو في حالة الغش أو التزوير، أي سوء نية المحال إليه⁶⁷.

غير أنه يمكن لشرط الشفعة غير التأسيسي أن يكون حجتها على الشركة و ذلك إذا ما بلغت بها أو حصل تسجيل المحال إليه في سجلاتها، إلا أنه هنا أيضا لا يمكن للمستفيد المطالبة بإبطال التسجيل طالما أن العقد ألتفاقي لا يحتج به قبل الغير حسن النية. وفي الأخير يمكن القول أن شرط الشفعة غير التأسيسي لا يلزم سوى أطراف الاتفاق، و مخالفته ليس لها أثر لا على أطراف الإحالة و لا على الشركة.

ومن خلال ما سبق تبسيطه من قيود واردة على مبدأ حرية تداول الأسهم سواء شرط الموافقة أو شرط الاسترداد فيمكن القول أنها تهدف في مجملها إلى تقييد دخول مساهمين غير مرغوب فيهم للشركة أو من تبعث رأس المال إلى مساهمين جدد، إلا أن الإسراف منها قد يشكل خطرا على المبدأ العام و هو حرية تداول الأسهم⁶⁸.

خاتمة

ما يميز شركة المساهمة هو أنها تقوم على الاعتبار المالي، فشخصية الشريك ليست محل اعتبار، لهذا السبب يستطيع المساهم التصرف في أسهمه بحرية في أي وقت بدون قيد أو شرط، دون أن يشكل ذلك ضرر بالنسبة للشركة أو الدائنين، فالتداول يمثل الخاصية الجوهرية للسهم وهو الأصل، فهو حق للمساهم لا يجوز حرمانه منه، وإذ أحاط بهذا الإطلاق نص قانوني أو اتفاق فإن ذلك بمثابة استثناء يرد عليه، إذ يجوز وضع قيود قانونية أو اتفاقية لاعتبارات النظام العام أو لمصلحة الشركة أو المساهمين الآخرين.

ويمكن تقييد حرية المساهم في التنازل عن أسهمه بناء على نص قانوني يمنع المساهم من تداول أسهمه، هذا الحظر أو المنع من تداول الأسهم قد يكون شرط الموافقة، حيث أجاز عرض إحالة الأسهم للغير على الشركة للموافقة

بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، مهما تكن طريقة النقل، ماعدا حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو أصل أو فرع، كما حدد المشرع إجراءات طلب الموافقة، وفي حالة الرفض يجب على الشركة إما العمل على أن يشتري الأسهم أحد المساهمين، أو أن يشتريها من الغير، أو أن تشتريها الشركة بموافقة المحيل قصد تخفيض رأس المال، وإذا لم يتحقق ذلك اعتبرت الموافقة كأنها صادرة.

وعلى عكس شرط الموافقة فإن المشرع لم ينص على شرط الشفعة وبالتالي ترك المجال واسعا أمام الفقه والقضاء لتحديد أحكام هذا الشرط كقيود على حرية المساهم في تداول أسهمه، وهو حق المساهمين أو بعضهم استرداد السهم من المشتري والحلول محله؛ ويمتاز شرط الشفعة عن شرط الموافقة بكونه ذو طابع موضوعي يأخذ في الاعتبار عملية التنازل بحد ذاتها عكس شرط الموافقة الذي يأخذ في الاعتبار شخص المتنازل إليه أكثر من عملية التنازل ذاتها، ويمكن أن يكون شرط الشفعة صحيحا سواء اشترط في القانون الأساسي للشركة أو كان في شكل اتفاقات غير تأسيسية وهي اتفاقيات بين المساهمين أو بعضهم، إلا أنها لا يمكن أن تكون حجة على الغير إلا إذا كانت تأسيسية، وذلك خلافا لشرط الموافقة الذي لا يكون حجة إلا إذا كان شرطا في القانون الأساسي.

و توصلت الدراسة إلى التوصيات التالية

- ✓ ضرورة تعديل أحكام القانون التجاري الجزائري بحيث تتضمن نصا يقرر جزاء البطلان في حالة عدم احترام شرط الموافقة من قبل المساهمين على غرار بعض التشريعات.
- ✓ ضرورة إضافة نص في القانون التجاري يعطي صراحة الحق للمساهم في العدول عن عملية التداول في أي وقت.
- ✓ كذلك ضرورة إضافة نصوص في القانون التجاري الجزائري لتنظيم شرط الشفعة كما نظم شرط الموافقة.

قائمة المصادر و المراجع

النصوص القانونية

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

(2) الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم.

الكتب

(1) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، 2014م.

(2) عبد الأول عابدين بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة، (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008م.

(3) عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009م.

(4) علي طلال هادي، الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة لتأسيس وتداول الأسهم والحصص في شركات الأموال، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2012م

- 5) غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2088م.
- 6) فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013م.
- 7) محمد فريد العريبي، الشركات التجارية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002م.
- 8) محمد فريد العريبي، حرية المساهم في التنازل عن أسهمه (دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 1994م.
- 9) مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006م.

المقالات

- 1) بوعزة ديدن، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، جامعة تلمسان، عدد، 2005، 2م.
- 2) وليد إبراهيم بن عبد الله الخليفة، مفهوم الموافقة (حقيقته، أنواعه، حجتيه)، المجلة العربية للنشر العلمي، الأردن، العدد عشرون، 2020.

رسائل الدكتوراه و الماجستير

- 1) بن غالية سمية فاطمة الزهراء، حرية المساهم في التنازل عن أسهمه، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007م-2008م.
- 2) حلوش فاطمة أمال، حق المساهم في التصرف في أسهمه في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، قانون خاص، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2008م-2009م.
- 3) بلعربي خديجة، المميزات القانونية للسهم، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة بلقايد وهران، سنة 2013م-2014م.
- 4) مطلاوي نادية، النظام القانوني لحرية تداول القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة 08 ماي 45 قالة، 2015م-2016م.

الهوامش

- ¹ بن غالية سمية فاطمة الزهراء، حرية المساهم في التنازل عن أسهمه، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007م-2008م، ص.3
- ² مطلاوي نادية، النظام القانوني لحرية تداول القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة 08 ماي 45 قالة، 2015م-2016م، ص.107
- ³ بلعربي خديجة، المميزات القانونية للسهم، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة بلقايد وهران، سنة 2013م-2014م، ص.109
- ⁴ عبد الأول عابدين بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة، (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008م، ص.265

- ⁵ بن غالية سمية فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.79
- ⁶ وليد بن إبراهيم بن عبد الله الخليفة، مفهوم الموافقة (حقيقته، أنواعه، حججه)، المجلة العربية للنشر العلمي، الأردن، العدد عشرون، 2020، ص.498
- ⁷ نفس المرجع، ص.498
- ⁸ فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013م، ص.282
- ⁹ عبد الأول عابدين محمد بسيوني، المرجع السابق، ص.265.
- ¹⁰ حلوش فاطمة أمال، حق المساهم في التصرف في أسهمه في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، قانون خاص، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2008م-2009م، ص.239
- ¹¹ عبد الأول عابدين محمد بسيوني، المرجع السابق، ص.268
- ¹² مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.109
- ¹³ فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.286
- ¹⁴ فتاحي محمد، المرجع نفسه، ص.286
- ¹⁵ مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006م، ص.448
- ¹⁶ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، 2014م، ص.302
- ¹⁷ بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.54.
- ¹⁸ أنظر المادة 715 مكرر 52 من القانون التجاري الجزائري.
- ¹⁹ أنظر المادة 715 مكرر 44 من القانون التجاري الجزائري.
- ²⁰ حلوش فاطمة أمال، المرجع السابق، ص.242
- ²¹ القيلوبي سميحة، المرجع السابق، ص.297
- ²² فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.295
- ²³ عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009م، ص.110
- ²⁴ القيلوبي سميحة، المرجع السابق، ص.297
- ²⁵ غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2088م، ص.51
- ²⁶ أنظر المادة 715 مكرر 57 من القانون التجاري الجزائري.
- ²⁷ فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.309
- ²⁸ مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.113
- ²⁹ أنظر المادة 413 من القانون المدني الجزائري.
- ³⁰ القيلوبي سميحة، المرجع السابق، ص.303
- ³¹ حلوش فاطمة أمال، المرجع السابق، ص.247
- ³² بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.61
- ³³ بوعزة ديدن، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، جامعة تلمسان، عدد، 2005، ص.11
- ³⁴ انظر المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري
- ³⁵ مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.118
- ³⁶ انظر المادة 33 الفقرة الأولى من القانون التجاري.
- ³⁷ أنظر المادة 715 مكرر 57 من القانون التجاري
- ³⁸ بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.66
- ³⁹ انظر المادة 239 من القانون المدني الجزائري.
- ⁴⁰ انظر المادة 241 من القانون المدني الجزائري.
- ⁴¹ انظر المادة 794 من القانون المدني الجزائري.
- ⁴² مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.118

- 43 بن غالية سميرة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.92
- 44 القيلوبي سميحة، المرجع السابق، ص.296
- 45 محمد فريد العربي، الشركات التجارية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002م، ص.294
- 46 عبد الأول عابدين محمد بسيوني، المرجع السابق، ص.676
- 47 فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.341
- 48 مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.121
- 49 فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.343
- 50 حمد الله محمد حمد الله، حرية المساهم في التنازل عن أسهمه (دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 1994م، ص. 143
- 51 بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.72
- 52 غادة أحمد عيسى، الاتفاقيات بين المساهمين في الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص. 58
- 53 علي طلال هادي، الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة لتأسيس وتداول الأسهم والحصص في شركات الأموال، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2012م، ص.480.
- 54 مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.122
- 55 مطلاوي نادية، المرجع نفسه، ص.122
- 56 بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.75
- 57 فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.354
- 58 بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.76
- 59 مطلاوي نادية، المرجع السابق، ص.123
- 60 بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.77
- 61 انظر المادة 799 من القانون المدني الجزائري.
- 62 بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.78
- 63 فتاحي محمد، المرجع السابق، ص.355
- 64 غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.66
- 65 بلعربي خديجة، المرجع السابق، ص.80
- 66 غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.67
- 67 نفس المرجع، ص.66
- 68 علي طلال هادي، المرجع السابق، ص.454