مظاهر مبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية

The Manifestations of the Principle of Contractual Freedom in Commercial Companies

*ط.د. بن سالم أحمد عبد الرحمان
المركز الجامعي مغنية
chercheurbensalem@gmail.com

تاريخ الارسال: 2021/04/24	تاريخ القبول: 2021/06/04	تاريخ النشر: 2022/03/15

ملخص :

يشكل العقد اللبنة الأولى والأساسية لوجود الشركة، على اعتبار أن الإرادة مناط التصرفات القانونية وأساسها، وهو ما يصطلح عليه مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من النظم القانونية الثابتة والراسخة ضمن الأحكام الناظمة للشركات التجارية.

الكلمات المفتاحية : الحرية التعاقدية ؛ الإرادة ؛ الشركة التجارية ؛ القانون الأساسي.

Abstract:

The contract constitutes the first and basic building block of the existence of the company, given that the will is the subject of legal actions and its basis, which is termed the principle of the authority of the will, which is one of the fixed and well established legal systems within the provisions regulating commercial companies.

***Keywords**: contractual freedom, will, commercial company, The Basic Law.*

***المؤلف المرسل :** بن سالم أحمد عبد الرحمان

مقدمة:

مما لاشك فيه أن للإقتصاد دور كبير في تنمية الدول وإزدهارها، بحيث حرصت ودأبت الدول النامية والمتقدمة على حد سواء إلى تنويع المشروعات الإقتصادية، مستخدمة في سبيل ذلك أدوات وأساليب عديدة، ولعل أهمها الشركات التجارية والتي لا تعدو أن تكون عصب الإقتصاد المحلي والدولي، فالشركة كفكرة نشأت بشكل تلقائي بالنظر إلى الحاجة الماسة إليها في مجال النشاط التجاري، وأول ما نشأ وسبق في الظهور شركات الأشخاص على شركات الأموال.

يشكل العقد اللبنة الأولى والأساسية لوجود الشركة، على اعتبار أن الإرادة جوهر التصرفات القانونية، وهو ما يصطلح عليه مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من النظم القانونية الثابتة، بمعنى أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، وتنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما لزم شخص بتصرف قانوني، فإنما يلتزم لأنه أراد، وبالقدر الذي أراد كأصل عام[1].

ولقد أثر زخم نصوص القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807 على مبدأ الحرية التعاقدية، بحيث تضمنت الكثير من أحكامه قواعد آمرة تشكل في مجملها ما يعرف بفكرة النظام العام، ومثال ذلك أنه لا يجوز تأسيس شركة المساهمة إلا بترخيص من طرف مجلس الدولة الفرنسي، وقد اسالت فكرة مدى تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في الشركات التجارية حبر الكثيرين من الفقهاء والفلاسفة القانونيين والباحثين آنذاك.

وبعد مرور ستون(60) سنة عدَّل المشرع الفرنسي القانون التجاري لسنة 1807 بالقانون 1867، والذي جاء نتيجة اكتساب الأفراد لخبرة وثقافة اقتصادية، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى فسح المجال أمام مبدأ الحرية التعاقدية في مقابل التقليل من شدّة وحدّة النصوص الآمرة، بحيث تحول نقاش الفقهاء آنذاك من تكريس للحرية التعاقدية إلى نطاقها[2].

وبالنسبة للتشريع الجزائري فالملاحظ أن مختلف النصوص الناظمة للشركات التجارية جاءت متناثرة بين القانون المدني[3] باعتباره الشريعة العامة من خلال المواد 416 إلى 449 ق.م.ج، وبين القانون التجاري من خلال تخصيص الكتاب الخامس بحوالي 298 مادة [4]، والتي ورثها عن نظيره الفرنسي.

وإذا كانت فكرة الشركة لا تعدو عن كونها وسيلة يسعى الأفراد من خلالها إلى الجمع بين قدراتهم المتنوعة، للتعاون من أجل مباشرة الأنشطة التجارية، فالحقيقة أن هذه

الشركة لم تكن سوى عقد بين الشركاء، يتضمن الشروط التي على أساسها تتم مباشرة النشاط التجاري، واقتسام ما يسفر عنه من ربح أو تحمل ما ينجم عنه من خسارة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في المادة 416 ق.م.ج والتي تنص على:(الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنتج عن ذلك)، مما مفاده أن الحرية التعاقدية تلعب دوراً هاما في ظل أحكام الشركات التجارية، وهو ما سَأحَاول إن شاء الله مناقشته وتحليله في هذه الدراسة.

يطرح ويثير هذا الموضوع عدة تساؤلات، والتي يمكن إجمالها في إشكالية مِحْوَرِية حول **مظاهر تأثير مبدأ الحرية التعاقدية على أحكام الشركات التجارية ؟**

يمكن القول أن طبيعة الموضوع أمْلَتْ أن يُعالجَ وِفقَ

المبحث الأول: مبدأ الحرية التعاقدية في ظل تكوين عقد الشركة التجارية.

المبحث الثاني: مبدأ الحرية التعاقدية في ظل آثار عقد الشركة التجارية.

المبحث الأول: مبدأ الحرية التعاقدية في ظل تكوين عقد الشركة التجارية

يعرف الفقه مصطلح التأسيس بأنه "مجموع الأعمال القانونية والأفعال المادية التي يستلزمها خلق هذا الهيكل القانوني، على النحو الذي أراده المشرع ورسمه من خلال النصوص التشريعية، وهي الأعمال التي يقوم بها المؤسسون في سبيل تحقيق هذا الهدف"

ولمعالجة مسألة التموقع المادي لمبدأ الحرية التعاقدية للشركة التجارية على مستوى أركانها، فالبداية تكون بالبحث في الأركان الموضوعية العامة من خلال(**المطلب الأول**)، ثم في الأركان الموضوعية الخاصة من خلال(**المطلب الثاني**)، أما بالنسبة للأركان الشكلية فلا حديث عنها هنا باعتبارها قيد على مبدأ الحرية التعاقدية.

المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة

لا يختلف عقد الشركة التجارية عن باقي العقود الأخرى في الأركان الموضوعية العامة الواجب توافرها، والتي تتمثل في ركن الرضا(**الفرع الأول**)، وركن الأهلية(**الفرع الثاني**)، وركن المحل(**الفرع الثالث**)، إضافة إلى ركن السبب(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: ركن الرضا

يعتبر الرضا[5] بمثابة الركن الأول لانعقاد عقد الشركة التجارية - وهذا أمر منطقي- إذ من غير المتصور أن تنشأ رابطة عقدية دون أن تستند إلى رضاء أطرافها[6]، وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين التي تصاغ في الإيجاب والقبول[7]، ولا يكفي وجوده فحسب، بل يجب توافره صحيحاً خالياً من كل عيوب الرضا المتعارف عليها من غلط وإكراه وتدليس واستغلال وإلا كان العقد قابلا للإبطال[8]، وأن ينصب التراضي على جميع شروط العقد الخاص بتأسيس الشركة ليشمل رأسمالها وموضوعها وكيفية إدارتها وغير ذلك من شروط، وخاصة بندي المسؤولية وتوزيع الأرباح والخسائر[9].

هذا، ويجب أن يكون رضا الأطراف (الشركاء) بالشركة حقيقياً وليس صوريا، ولذلك تعد باطلة الشركة الوهمية Société fictive وهي شركة بحسب الظاهر فقط، يعتبرها القضاء موصوفة بالبطلان بل وفاقدة للوجود[10].

الفرع الثاني: ركن الأهلية

لا يكفى وجود الرضا للقول بصحة عقد الشركة بل ينبغي أيضاً أن يكون هذا الرضا صادرا ممن يتمتع بالأهلية الخاصة بأعمال التصرف، وهي صلاحية المتعاقد لمباشرة التصرفات القانونية، وهي بلوغ سن 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني[11]، أو عن طريق الترشيد القانوني طبقا للمادة 5 من القانون التجاري[12]، دون أن يعتريه عارض من العوارض يفقده الأهلية إما تكون قانونية كالجنون أو العته أو ينقصها كالسفه والغفلة، أو قضائية كالحجز وشهر الإفلاس أو بحكم طبيعتها.

أما إذا أراد القاصر توظيف أمواله في شركات الأموال كشركة المساهمة أو المسؤولية المحدودة مثلا، فيجوز بشروط وهي قيام الولي أو من في حكمه استصدار إذن من المحكمة المختصة باستثمار أموال القاصر بالاكتتاب في أسهم الشركة، وتعود الحكمة في ذلك إلى أن مسؤولية الشريك في هذا النوع من الشركات، محدودة، فلا يسأل الشريك إلا في حدود حصته، دون أمواله الخاصة كما هو الحال عليه في شركات الأشخاص.

وللمرأة سواء كانت متزوجة أو لا، ممارسة جميع الأعمال التجارية ومنها الانضمام إلى الشركات التجارية[13]، وهو ما تقضي به المادة 07 ق.ت.ج، واكتسابها صفة التاجر وتحملها لجميع الالتزامات، أما إذا اقتصر عملها على مساعدة زوجها فلا يترتب على ذلك اكتساب صفة التاجر ولا يقع عليها أي التزام[14].

تنص الفقرة الثالثة من المادة 50 ق.م.ج على أن للشركة:(أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون)، فلا شك أن غرض الشركة يمثل جزءً من إرادة الشركاء المؤسسين في عقد الشركة الذي رأت النور من أجله[15]، فينشده الشركاء ويعمل المدراء على انجاحه، حتى أن جانباً من الفقه يرى فيه بحق تحديداً لمدى أهلية الشركة، فكان من الضروري تحديد غرض الشركة بوضوح في عقد تأسيسها، ليتمكن الغير من التعرف على مجال نشاطها وحدود أهليتها، ولا أدل على ذلك من قول الفقيه Gower بأن «قاعدة تقييد الشركة بدائرة نشاطها، يضمن لمن يستثمر أمواله في شركة للبحث عن الذهب، ألا يجد نفسه مساهماً في محل لبيع الأسماك المشوية»، فعلى الشركة التقيد بغرضها في عقد تأسيسها، وعدم تجاوزه إلا بالطرق القانونية المتاحة في القانون كتعديل لغرض الشركة، وإلا كانت عرضةً للمساءلة القانونية.[16]

الفرع الثاني: ركن المحل

ويتمثل في نشاط الشركة أو غرضها، أي الموضوع المراد تحقيقه من قبل أطراف العقد وتراضوا عليه، وهو في عقد الشركة يتمثل في "المشروع المالي" الذي استهدف الشركاء تحقيقه، أو هو النشاط الاقتصادي الذي تقوم به الشركة.

وتطبيق عليه نفس الشروط المتعارف عليها للمحل في النظرية العامة، وهي أن يكون ممكناً ومشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فلا يصح أن تتكون شركة مثلا بقصد الاتجار في المخدرات أو البضائع الممنوعة، وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقاً لأنه عيب دائم[17].

الفرع الثالث: ركن السبب

السبب هو الغاية المشروعة التي يهدف إليها كل متعاقد من وراء التزامه، أو بمعنى هو العامل الذي يستجد في الرغبة لدى الشركاء في تحقيق الأرباح واقتسامها وتحمل الخسائر والمخاطر طبقاً لحصصهم ما لم يتفقوا على خلاف ذلك.[18]

المطلب الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة

يلزم لإبرام عقد الشركة التجارية أن تتوافر فيه إلى جانب الأركان الموضوعية العامة التي تشيد عليها العقود عموماً، أركان موضوعية خاصة بعقد الشركة ذاته، بحيث لا تقوم الشركة إلا باجتماعها وتستمد هذه الأركان الخاصة من جوهر عقد الشركة ذاته الذي يفترض التعاون الإيجابي بين مجموعة من الأشخاص اتحدت مصالحهم لتنفيذ المشروع الاقتصادي الذي شيدت الشركة من أجله، وهذه الأركان هي:

الفرع الأول: تعدد الشركاء

شرط ابتداء وانتهاء، وهو أمر تفتضيه الفكرة التعاقدية للشركة[19]، فطبقا للمفهوم التقليدي الذي جسدته المادة 416 ق.م.ج يعتبر أحد الأركان الأساسية.

أ. فكرة الشخص المعنوي طرف في عقد الشركة.

يلاحظ أن التشريعات التي تشترط وجود أكثر من شخص في تكوين الشركة، لا تمنع - كقاعدة عامة - أن يكون أحدهما بوصفه شخص معنوي[20]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 416 ق.م.ج،[21] على العكس ما هو عليه في شركة المحاصة والتي اشترط المشرع الشخص الطبيعي دون المعنوي بنص المادة 795 مكرر1ق.ت.ج والتي تنص على:(يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، تتولى إنجاز عمليات تجارية)، وهذا أمر بديهي نظرا لخصوصيتها.

ب. تعدد الشركاء ومبدأ تجزئة الذمة.

المدقق في المفهوم الوارد بنص المادة 416 ق.م.ج، يستنتج أنه لا يجوز لشخص بمفرده أن ينشئ ما يسمى بشركة الشخص الواحد، وهو ما يدل على احتفاظ المشرع بفكرة العقد في

الشركة آنذاك، إلا أنه أباح هذا الحظر[22] بموجب الأمر 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر سنة 1996[23]، وأصبح يمكن تأسيس الشركة على شريك واحد، وهو استثناء وارد على مبدأ تعدد الشركاء، وخروجا عن القاعدة العامة الواردة في المادة 188 ق.م.ج والتي مفادها أن أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وهو ما يفسر مبدأ تجزئة الذمة المالية.

الفرع الثاني: تقديم الحصص

تعد الحصص جوهر الشركة كونها تشكل رأسمالها، والذي يعتبر بمثابة الوقود الذي يحرك الشركة باتجاه بلوغ هدفها المنشود، وتقديم الحصص يمثل محل التزام الشركاء طبقا للمادة 416 ق.م.ج، ولا يشترط أن تكون الحصص التي يلتزم الشركاء بتقديمها من طبيعة واحدة، فيمكن أن تكون حصص الشركاء - في رأس المال - نقودا أو أمولا منقولة أو ثابتة أو حقوقاً معنوية، كما يجوز أن تكون عمل أحد الشركاء، كما يضيف الفقه نوعاً أخر وهو ما اطلق عليها الفقه تسمية حصص بالائتمان.

أ- الحصة النقدية:

قد تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغاً من النقود - وهو الوضع الغالب -، بحيث يعتبر مدينا شخصيا به ولا تبرأ ذمته إلا بالوفاء به، وفي حال عدم الالتزام بأدائه أوجبت المادة 421 ق.م.ج التعويض، فالالتزام بتقديم الحصة في الوقت المناسب هو التزام بتحقيق نتيجة، ويبرر ذلك في حاجة الشركة إلى رأسمالها لمواصلة أعمالها.[24]

ب- الحصة العينية:

والتي تكون إما عقارات أو منقولات مادية أو معنوية، كأن يقوم الشريك بتقديم سيارة أو آلات معينة أو منزل، أو براءة اختراع أو محل تجاري... الخ، وتقدم الحصة العينية إما على سبيل التمليك وتطبق عليها أحكام وقواعد البيع، أو تقدم على سبيل الانتفاع وتخضع لأحكام عقد الايجار، وهو ما تقضي به المادة 422 ق.م.ج.

ج- الحصة بالعمل:

أجاز المشرع الجزائري تقديم الحصة بالعمل للشركة[25]، والعمل الذي يصح اعتباره حصة في الشركة هو العمل الفني، وغالبا ما يكون الشريك في هذه الحالة ممن يتمتع بخبرة معينة مثل المهندس والمدير الفني و المتخصص في الإرادة أو في عمليات الاستيراد والتصدير ... الخ، والحصة بالعمل لها صفة التتابع، بحيث تلزم صاحبها - مقدم العمل - بمنح الشركة نتائج كل عمله، وهو ما تقضي به المادة 423 من القانون المدني.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط نوع وحد الحصص التي يساهم بها الشركاء وهذا -كأصل عام، بحيث نجد في شركة التضامن والتوصية البسيطة وشركة المحاصة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة - من خلال التعديل الاخير[26] بموجب القانون 20/15 - ترك كامل الحرية للشركاء المتضامنين في تحديد نوع و قيمة الحصص، وهذا انتصار لمبدأ الحرية التعاقدية، أما الشركاء الموصين ليس لديهم الحق في تقديم الحصة بالعمل[27].

بيد أن الأمر يختلف تماما في شركة المساهمة، بحيث اقتصر تقديم الحصص على نوعين فقط إما حصص عينية أو نقدية، أما الحصة بعمل فحظر المشرع تقديمها، لعدم إمكانية تقويمها بالنقود، ولم يقف عند هذا الحد وفقط، بل وضع المشرع حد أدنى لقيمة رأس المال المكون من حصص الشركاء، بحيث اشترط أن يكون 5 ملايين دج إذا لجأت للادخار العلني[28]، ومليون دج إذا لم تلجأ للادخار، وهو ما تقضي به المادة 594 ق.ت.ج

د- حصص بالائتمان.

تختلف التشريعات في اعتبار الثقة المالية التي يتمتع بها الشريك حصة عمل، فبعض التشريعات تجيز ذلك مثل التشريع الفرنسي واللبناني، على اعتبار أنها ذات أهمية بالغة بالنسبة للشركة لأنها تمكنها من الحصول على الائتمان بسهولة ويسر، وبالنسبة للتشريع الجزائري ونظيره المصري فيأخذ بحكم مخالف حيت تعتبر الحصة باطلة إذا اقتصرت على ما يكون للشريك من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية ومثل ذلك كأن يعتمد على نفوذ سياسي، على اعتبار أنه يمكنه اعتبارها حصة إذا اقترنت هذه الثقة بعمل جدى ومفيد يقوم به الشريك لصالح الشركة.

الفرع الثالث: اقتسام الأرباح والخسائر

يعتبر هذا الركن هو المميز لعقد الشركة عن غيره من العقود، بحيث يتميز ضرورة اشتراك جميع الشركاء فيما تحققه من أرباح، وما تمنى به من خسائر، تطبيقا للقاعدة الفقهية " الغُنم بالغُرم".

وتعد طريقة اقتسام الأرباح والخسائر، مرهونة باتفاق الشركاء كأصل عام، غير أن هذه الحرية مقيدة بعدم جواز تضمين عقد الشركة، شرطاً يقضي بحرمان أحد الشركاء من الأرباح أو بإعفائه من الخسائر، وهو ما يطلق عليه الفقه مصطلح " شرط الأسد".[29]

هذا، والمشرع الجزائري فصل في حالة تضمين هذا الشرط في عقد الشركة، ببطلان الشركة كأصل عام طبقا للمادة 1/426 ق.م.ج - على الخصوص في شركات الأشخاص -، وبالمقابل ترد على تلك القاعدة العامة استثناء وهو بطلان الشرط وتبقى الشركة قائمة وصحيحة بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، وهذا وفقاً للمادة 733 من القانون التجاري الجزائري.

أما في حالة عدم الاتفاق، فيكون نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال، وإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً، والعكس صحيح، وفي حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تستفيده الشركة من عمله[30].

الفرع الرابع: قصد أو نية المشاركة

شرط ابتداء واستمرار، اعتبرها بعض الفقهاء روح الشركة وجوهرها ، بل إن نية الاشتراك هي النواة الأساسية التي تستقطب حولها، الأركان الاخرى اللازمة لتشييد عقد الشركة التجارية وصلاحيته لترتيب آثاره القانونية[31].

ويقصد بها اتجاه إرادة الشركاء للاتحاد فيما بينهم وعلى قدم المساواة، بهدف تحقيق غرض الشركة الذي أنشئت من أجله[32]، فحدد الفقه عناصرها بالرغبة الإرادية للشركاء، والتعاون، والمساواة فيما بينهم في المراكز القانونية، والجميع على قدم المساواة في الحقوق والالتزامات.

المبحث الثاني: مبدأ الحرية التعاقدية في ظل آثار عقد الشركة التجارية

بمجرد تكوين عقد الشركة التجارية تتأسس لأطراف عقد الشركة من جهة والشركة في حد ذاتها من جهة أخرى مراكز قانونية هامة، بحيث تتمثل الأولى في مجموعة من الحقوق يباشرها الأطراف تحت صفة الشريك، وفي المقابل تلقى على عاتقهم مجموعة من الإلتزامات، والمشرع بدوره ترك للشركاء حرية تنظيم هذه الآثار من خلال القانون الأساسي.

يعد القانون الأساسي شريعة الشركاء، حيث يستمد قوته الملزمة من الإرادة التي يفصح عنها الشركاء، وقام المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة للشركات التجارية بتحديد مجال القانون الأساسي لكل نوع من الشركات، مراعيا وتاركاً مساحة واسعة لإرادة الشركاء، وهو ما يبرز مبدأ الحرية التعاقدية.

ولذلك سنعالج هذا المبحث من خلال التطرق إلى الإتفاقات المتصلة بتنظيم الحقوق، بمعنى حقوق الشريك بمناسبة انضمامه للشركة التجارية(**المطلب الأول**)، ثم محاولة بيان مختلف الإلتزامات التي رمى بها القانون الأساسي على عاتق الشريك(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : الاتفاقات المتصلة بتنظيم الحقوق

بمجرد انضمام الشريك إلى الشركة التجارية - وهذا عن طريق توقيع القانون الأساسي الذي يعتبر تجسيد لإرادته -، تتقرر له مجموعة من الحقوق يكتسبها، تطرق لها المشرع الجزائري بصفة عامة وترك الحرية للشركاء في تنظيمها وتكييفها وفقا للطبيعة والشكل القانوني للشركة، وهو انتصار لمبدأ الحرية التعاقدية، بل والأكثر من ذلك منح المشرع مكّنة تقرير حقوق جديدة غير مقررة قانونا، وهذا بواسطة القناة الرسمية والمتمثلة في آلية تعديل بنود القانون الأساسي عبر كل مراحل الشركة، سواء بمناسبة التأسيس، أو أثناء حياة الشركة، وهذه الحقوق يمكن تقسيمها إلى نوعين، حقوق مالية(**الفرع الأول**)، وأخرى غير مالية(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الحقوق المالية.

انطلاقا من فكرة أن الهدف الأساسي لتأسيس الشركة هو تحقيق الربح أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة - وهو ما يظهر جليا في شركات الأموال عن ما هو عليه في

شركات الأشخاص-، بحيث تترجم هذه الحقوق في أن الشريك يسعى دائما لتحقيق الربح(**أولا**)، بالإضافة الى امكانية التنازل عن حصصه بكل اريحية وحرية بالطرق التجارية(**ثانيا**).

أولا : الحق في الحصول على الأرباح

لا ريب وجدل يذكر في كون المحرك الأساسي لانضمام الشريك أو مساهمته في الشركة التجارية، هو الحصول على نصيب من الأرباح التي تحققها،[33] ويعتبر حق الشريك في الحصول على الأرباح من أهم الحقوق الأساسية الثابتة للشريك أيا كانت نوع الشركة ومهما كانت طبيعتها.[34]

يؤكد الفقه القانوني على أن التصدي لبحث أي فكرة قانونية يقتضي الوقوف على تعريفها، وفي هذا المقام نجد أن محكمة النقض الفرنسية عرفت لنا الربح[35] بأنه " الكسب النقدي أو المادي يضاف إلى ثروة الشركاء"،[36] أو هو" ما زاد عن قيمة موجودات الشركة على مقدار مطلوباتها عند الجرد السنوي".

وإذا كان المبدأ والأصل في عملية اقتسام الأرباح وتوزيعها بين الشركاء يكون بطريق المساواة المطلقة، فإنه بات يندثر بتقرير جل التشريعات الحديثة التقليل والتخفيف من شدته، وهذا بتكريس حق الشريك في الأرباح وفقاً لمقدار حصته في رأسمال الشركة التجارية، بل والأكثر من ذلك تم فسح المجال لحرية الشركاء الاتفاق على كيفية تحديد نصيب كل شريك في القانون الأساسي في اطار القواعد والمبادئ العامة، وهو - بحق - انتصار لمبدأ الحرية التعاقدية[37].

وتقضي المادة 425 ق.م.ج أنه إذ لم يبين القانون الأساسي نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح، كان نصيب كل واحد منهم بحسب حصته في رأس المال، وهو ما يعرف بقاعدة التناسب أو التوزيع النسبي.

بيد أن الأمر يثير بعض الصعوبات في حالة الاعتماد على طريقة التوزيع النسبي، بحيث أن تحديد نصيب كل شريك يفترض أن تُقَوَمْ الحصص، والإشكال لا يثور بالنسبة للحص النقدية كونها مقوّمة بحسب طبيعتها، بينما الإشكال يطرح نفسه بالنسبة للحصص

العينية والحصة بالعمل، ولأجل هذا ألزم المشرع الجزائري بتقدير الحصص العينية، بمعرفة خبير وهو ما يطلق عليه تسمية مندوب حصص، وهذا حتى تكون مطابقة للحقيقة وبعيدة عن المبالغة، وهو حماية للغير بالدرجة الأولى،[38] ويكون هذا الإجراء اكثر أهمية في شركات الاموال - كون أن حقوق الغير مضمونة سوى برأس مال الشركة -، وهو لا يقل أهمية أيضا في شركات الأشخاص[39].

ويتم تعيين مندوب الحصص بموجب أمر قضائي، مما يجعله محايد وبمعزل عن الشكوك، ومحل ثقة، ويخضع لأحكام التنافي المنصوص عليها في المادة 715 مكرر6 ق.ت.ج وتختلف اجراءات التقدير بحسب طبيعة الشركة[40].

وفي حالة الحصة المقدمة بوصفها عمل، فإنه يتم تحديد نصيبه بقدر قيمة العمل المقدم للشركة، أي بقدر تلك الفائدة التي تعود إلى الشركة التجارية[41]وهو ما تقضي به المادة 3/425 من القانون المدني، وإذا قدم الشريك فوق حصته من العمل نقوداً أو أي شيء آخر كحصة في رأس مال الشركة، فإنه يكون له نصيب من الربح لكل منهما[42]

أما عن زمن وطريقة دفع الأرباح فقد نظمها المشرع الجزائري من خلال المادة 724 ق.ت.ج والتي تنص على:(إن كيفيات دفع الأرباح المصادق عليها من طرف الجمعية العامة تحددها هذه الجمعية أو عند عدمها، مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة حسب الأحوال. غير أن دفع الأرباح يجب أن يقع في أجل أقصاه تسعة أشهر(09) بعد اقفال السنة المالية. ويسوغ مد هذا الأجل بقرار قضائي)، بحيث يتم توزيع الأرباح وفق لإجراءات محددة بعضها في القانون الأساسي والآخر في القانون التجاري، وهذا بعد استيفاء شروط معينة.

ثانيا : حق التصرف في الحصص

تعتبر الحصص بمثابة الوقود الذي يحرك الشركة باتجاه بلوغ هدفها المنشود، ويعتبر حق الشريك في التصرف في حصصه- حسب ما يسمح به القانون - من الحقوق الأساسية المكفولة بموجب القانون التجاري والقانون الأساسي للشركة، فإن كان للشريك حقاً للبقاء في الشركة ففي المقابل كرس له المشرع الحق في الخروج منها بكل حرية.[43]

وتختلف أحكام تصرف الشريك في حصصه[44] من شركة إلى أخرى، لأن طبيعة الشركة وخصائها تلعب دوراً في بيان قدرة الشريك على التنازل عن حصصه، ففي شركات الأشخاص تمتاز بالإجراءات المعقدة - وإن كان المبدأ أنه لا يجوز التنازل عن الحصص للغير-، على عكس ما هو عليه في شركات الأموال[45].

الفرع الثاني: الحقوق غير المالية

والمقصود بالحقوق غير المالية، هي تلك الحقوق التي لا تؤدي ولا تهدف إلى تحصيل مالي[46]، وتشمل الحق في البقاء في الشركة**(أولا)** باعتباره أهم الحقوق الأساسية المترتبة عند تأسيس الشركة، وكذلك الحق في إدارة الشركة وتنظيمها والإشراف عليها**(ثانيا)**، مما يسهل عملية الرقابة على أعمالها، إضافة إلى الحق في الإعلام**(ثالثا)** باعتباره آلية يحافظ المساهم بها على حقوقه داخل الشركة، واخيرا الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها**(رابعا)**[47]، وهو ما سنعالجه بإيجاز كالأتي:

أولا : حق البقاء في الشركة

إنّ المفهوم التعاقدي للشركة يفسر ببساطة بأن للشريك الحق في الإنتفاع من العقد المبرم[48]، مما يترتب عليه الحق في البقاء في الشركة، أو كما يسمية البعض الحق في عدم الفصل من الشركة، والذي ينشأ بمجرد تعاقد الشريك مع الشركة، ويستمر هذا الحق ما بقى.

يعتبر حق بقاء الشريك في الشركة من أهم الحقوق التي حماها المشرع - خاصة في شركات الأشخاص نتيجة لمبدأ الاعتبار الشخصي الذي يلعب فيها دورا كبيرا في استقرار واستمرارية الشركة- ، وأي مساس به يؤدي إلى زعزعتها مما يؤثر على مجمل الحياة الاقتصادية، إلا أن هذه الحماية ليست بصفة مطلقة، بل وضع لها المشرع استثناءا وتراجع عن الاعتبار الشخصي وأقر مبدأ فصل الشريك[49]، وأحاطه بمجموعة من الأحكام والشروط مبينة كلها على أساس الحفاظ على الشركة وحماية المصلحة الجماعية للشركاء[50].

إن الإنسحاب من الشركة أمر مباح لكل شريك تضطره ظروفه إلى الخروج[51]، فلا يجوز كأصل عام إلزام أي شريك بالبقاء في الشركة لمدة غير معلومة، لتنافي ذلك مع مبدأ

الحرية التعاقدية[52]، أما الفصل من الشركة يعتبر جزاء يقتصر على الشريك الذي يقوم بتصرفات تنطوي على أخطاء تبرر حل الشركة، فهو بذلك يكون قد تنكر لقواعد المشاركة، وأساء إلى الثقة التي ركن إليها الشركاء أملا في المحافظة على الشركة، مما يستلزم إجراء محاسبته، بدلا من فسخ الشركة التجارية وتصفيتها[53].

ثانيا : الحق في إدارة الشركة

لعل أهم الحقوق المترتبة عن اكتساب صفة الشريك في الشركات التجارية، سلطة التدخل في إدارة وتسيير الشركة، فشيء طبيعي أن تكون للشريك الرغبة في ممارسة هذا النوع من السلطة بنفسه - وهذا كأصل عام - وهو ما يظهر بوضوح في شركة الأشخاص[54]، نظرا للإعتبار الشخصي ومبدأ المسؤولية الشخصية والتضامنية، إضافة إلى الطابع التجاري لها باعتبار أن جميع الشركاء يكتسبون صفة التاجر، واستثناء يمكن للشريك مراقبة المسيرين الذي عينّهم والذين يحتفظ بالحق في عزلهم، مما يفسر بنقص الرغبة في المشاركة في التسيير وهو ما يظهر بوضوح في شركات الأموال، نظرا للاعتبار المالي ومبدأ المسؤولية المحدودة، فهم لا يكونون مسؤولين إلا في حدود حصتهم[55].

ثالثا : الحق في الإعلام

يلعب الإعلام دورا أساسيا باعتبارة الآلية الفعالة التي يستطيع بها الشريك ممارسة رقابته في الشركة التجارية[56]، وتطبيقا للمبدأ العام الوارد في القانون المدني الذي نص على أنه" يمنع الشركاء غير المديرين من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسعم على دفاتر ووثائق الشركة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"[57]، وبذلك نظم المشرع الجزائري إجراءات ممارسة الرقابة بطريق الإعلام بعدة طرق وبما يتفق وشكل الشركة التجارية، فيحق للشريك ممارسة الرقابة عن طريق الإطلاع على الوثائق المنصوص عنها قانونا[58]، والذي يتحقق إما بإنتقال المساهم إلى مقر الشركة، أو عن طريق إرسال الشركة للشريك ما يطلبه من وثائق ومعلومات، ويتخذ إجراء الإطلاع شكلين مختلفين وهما الإطلاع المؤقت[59] والإطلاع الدائم[60]، كما يمكن للشريك ممارسة الرقابة عن طريق الأسئلة الكتابية[61]، واخير عن طريق طلب خبرة التسيير والذي يعتبر إحدى أهم الآليات التي استحدثها القانون الفرنسي لحماية أقلية المساهمين والشركة[62].

رابعا : الحق في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها

الأصل أن لكل شريك الحق في الحضور والمشاركة في مختلف أشغال الجمعية العامة[63]، وترك المشرع الجزائري كغيره من المشرعين مساحة واسعة من الحرية لتنظيم ممارسة هذا الحق من خلال أحكام القانون الأساسي للشركة في إطار عدم جواز الإخلال به أو النص على خلافه، لأنه يعتبر من النظام العام والحرمان منه يعد بمثابة نزع للملكية[64]، وهذا انتصار لمبدأ الحرية التعاقدية، ويتم الحضور في أشغال الجمعية العامة إما بالأصالة أو عن طريق الإنابة[65].

من خلال مشاركة الشريك في أشغال الجمعية العامة يعبر عن رأيه بصدد قرار معين عن طريق آلية التصويت[66]، والأصل أن لكل سهم صوت واحد في الجمعية[67] بحيث يكون لكل مساهم عدد من الأصوات بقدر عدد الأسهم التي يملكها أو يمثلها[68]، وهو ما يعرف بقاعدة التناسب[69]، وهذه الأخيرة تعد تطبيقا لمبدأ المساواة بين المساهمين[70].

والجدير بالذكر أنّ ممارسة الحق في التصويت يختلف بحسب نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص فالقاعدة العامة في اتخاذ القرارات تكون بالإجماع، نظرا للإعتبار الشخصي والمسؤولية الشخصية والتضامنية المطلقة، وهو ما يبدو جليا في شركة التضامن باعتبارها النموذج الأمثل لشركات الأشخاص[71]، غير أنه يمكن بالمقابل النص في القانون الأساسي للشركة على أغلبية معينة[72].

أما في شركات الأموال فيحق للشريك ممارسة حقه في التصويت إما بنفسه، أما إذا تعذر عليه الحضور لأشغال الجمعية العامة يستطيع أن ينيب غيره للحضور والتصويت وهو ما يعرف بالتمثيل[73]، كما يمكن له ممارسة التصويت بطريق المراسلة أو ما يصطلح عليه التصويت عن بعد كما هو معمول به في فرنسا بموجب القانون 2002-803 المستحدث للتصويت الالكتروني[74].

المطلب الثاني : تنظيم التزامات الشركاء

إن الوضع القانوني للشريك ليس موحّدا بين جميع الشركات التجارية، لذا نجد أنّ الأحكام القانونية المنظمة لكل نوع تمنح جملة من الحقوق للشركاء وفي المقابل ترتّب التزامات

على عاتقهم[75]، وفي حقيقة الأمر يلاحظ أنه لا يمكن جمع وحصر هذه الأخيرة في قائمة حصرية، وترجع هذه الاستحالة إلى طبيعة مصدرها المتمثل في الإرادة، باعتبار أن المشرع لا ينفرد وحده بتنظيم هذه الالتزامات، فيجوز للشركاء إدراج شروط ترتّب إلتزامات جديدة ضمن القانون الأساسي وهو ما يصطلح عليها بالالتزامات التأسيسة[76].

ومن بين هذه الالتزامات نجد الالتزام بتقديم الحصص، بحيث تعد هذه الأخيرة جوهر الشركة كونها تشكل رأسمالها، والذي يعتبر بمثابة الوقود الذي يحرك الشركة باتجاه بلوغ هدفها المنشود، وأيضا الالتزام بالمشاركة في خسائر الشركة وهو ما تم التطرق إليه آنفا.

إضافة إلى ذلك يقع على عاتق الشريك التزامين أساسيين أثناء حياة الشركة التجارية، أولهما الالتزام بعدم منافسة الشركة(**الفرع الأول**)، وثانيهما الالتزام بالوفاء بديون الشركة(**الفرع الثاني**)، وهو ما سنقوم بشرحه بنوع من الايجاز.

الفرع الأول : الالتزام بعدم منافسة الشركة

بالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يرتب على الشريك الإلتزام بعدم منافسة الشركة، إلا أنه لا يجب انكار وجود مثل هذا الإلتزام[77]، ويهدف إلى منع الشريك من ممارسة أي نشاط يشبه نشاط الشركة المنظم إليها، ولا يؤخذ بصفة مطلقة وإنما يقيدها، بحيث يستطيع الشريك أن يمارس أعمالا ونشاطات تختلف عن تلك التي تقوم بها الشركة[78].

وتزداد شدة هذا الالتزام في شركات الأشخاص عن ما هو عليه في شركات الأموال، نظرا لعامل الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء والتعاون الإيجابي في العمل على نجاح نشاط الشركة.

ويكون الإلتزام بعدم المنافسة محدد زمانا ومكانا وموضوعا، بالإضافة إلى إدراج مثل هذا الالتزام يجب أن يكون ليس الهدف منه حرمان الشريك من حريته الاقتصادية، بل يجب أن يقبع تحت مظلة حماية المصالح المشروعة للشركاء الآخرين وللشركة ذاتها[79].

ويؤكد الفقه أنّ الإلتزام بعدم المنافسة لا يرتبط بركن نية الإشتراط فقط، وإنما يتعدى ذلك ويجد أساسه الإلتزام بالإخلاص للشركة، وهو التزام أخلاقي قبل أن يكون

قانوني، بحيث يجب احترامه عند تنفيذ كل عقد، فالشخص لا يمكن أن يكون شريكا ومنافسا في ذات الوقت[80].

الفرع الثاني : الالتزام بالوفاء بديون الشركة

الوفاء هو قيام المدين (الشريك) بتنفيذ التزامه في مواجهة دائنه سواء الشركة أو الغير على الوجه الذي تم الاتفاق عليه بينهما، أو على الوجه الذي تم تحديده بموجب القانون.

تختلف شدة ودرجة الالتزام بالوفاء بديون الشركة بإختلاف نوع الشركة التجارية، ففي شركات الأشخاص يكون الشريك مسؤول مسؤولية شخصية[81] من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 551 ق.ت.ج[82]، بحيث يسألون الشركاء مسؤولية مطلقة عن ديون الشركة وفي كامل ذمتهم المالية، وليس فقط في حدود الحصة التي ساهموا بها في الشركة، بمعنى أن الذمة المالية لأي شريك تكون كلها ضامنة للوفاء بديون الشركة سواء كانت أموالا منقولة أو عقارات، والتضامن هذا مفترض وقانوني، بحيث لا يجوز استبعاده حتى ولو اشترط الشركاء في القانون الأساسي غير ذلك.

والغاية من ذلك حماية دائني الشركة من غير الشركاء فيها، فلو أحد الشركاء دائنا للشركة وعجزت عن تسديد ديونه، فلا يجوز له أن يستند في مطالبته لبقية الشركاء على المسؤولية التضامنية ولكن يستطيع في هذه الحالة أن يرجع على الشركاء كل بقدر حصته[83]، كما أنه تختلف شدة هذه المسؤولية بالنظر إلى المركز القانوني للشريك في شركات الأشخاص، فتنصرف بصفة مطلقة إلى الشريك المتضامن، أما الشريك الموصي فلا يكون مسؤول إلا في حدود حصته[84].

بينما في شركات الأموال ونظرا للإعتبار المالي فالشركاء لا يكونون مسؤولين عن ديون الشركة إلاّ بقدر ما وضعوه من مال[85]، بمعنى أنّ مسؤولية كل شريك عن ديون الشركة تكون محدودة بقيمة الأسهم التي اكتتب فيها[86]، ومن ثم فهو لا يكتسب صفة التاجر ولا يلتزم بأي التزام من التزاماته وإذا أفلست الشركة فهذا لا يؤدي إلى إفلاس المساهم، وكل هذا في إطار مبدأ حسن النية[87].

الخاتمة:

لقد ظهرت الشركة وارتبطت بفكرة العقد، فطبقا لنص المادة 416 ق.م.ج الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنتج عن ذلك، فهي بذلك في مرحلة التكوين عقد يتميز عن غيره من العقود بوجود نوع من التعاون الوثيق بين أطرافه نحو هدفهم المشترك والمتمثل في إنجاح المشروع التجاري بتحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب، وبمجرد تكوين عقد الشركة التجارية تتأسس لأطراف عقد الشركة من جهة والشركة في حد ذاتها من جهة أخرى مراكز قانونية هامة، بحيث تتمثل الأولى في مجموعة من الحقوق يباشرها الأطراف تحت صفة الشريك، وفي المقابل تلقى على عاتقهم مجموعة من الإلتزامات، والمشرع بدوره ترك للشركاء حرية تنظيم هذه الآثار من خلال القانون الأساسي، وما يمكن استخلاصه بإيجاز أن الشركة التجارية في مرحلة التأسيس أقرب للمفهوم التعاقدي من المفهوم النظامي وهو ما يظهر بوضوح في شركات الأشخاص من شركات الأموال، بيد أن الامر يختلف بمجرد التكوين، بحيث يضمحل المفهوم التعاقدي ويفسح المجال للتصور النظامي وهو ما يظهر بوضوح في شركات الأموال على شركات الأشخاص.

مما سبق بيانه نَخْلُصُ إلى بعض الإقتراحات بصورة عامة:

- إن الحاجة إلى إحدّاث قانون مُستَقِل وجزائري – بعيدا عن ظاهرة إستيراد القوانين - خاص بالشركات التجارية أصبح من المطالب الأساسية، خاصة في ظل الإنفتاح العالمي وحاجة الشركات التجارية الجزائرية إلى إطار وحيز قانوني خاص يمكّنها من المنافسة، والذي ينبغي أن يجسد ويعطى حيزا وقدراً كبيراً لمبدأ الحرية التعاقدية للشــركاء، ويأخذ في الإعتبار جميع النظريات الفقهية الحديثة، كما على المشرع أن يتّصدّى فيه إلى مختلف المفاهيم الجوهرية في الشركات التجارية ويحاول وضع مفاهيم وحدود لها.

- إن تطوير آلية التعاقد الرضائي بتأطير قانوني غير مغرق في الشكلية، يبدوا في اعتقادنا من الحلول الناجحة، لذلك على المشرع الجزائري أن يمنح الشركاء حرية تنظيم علاقاتهم بقواعد مرنة تضمن الأمن القانوني، وتتلاءم بحسب شكل كل شركة، ولا يقتصر

دور المشرع على الإلزام والمنع فقط، وإنما عليه أعطاء بعد آخر للحرية والمسؤولية، بإعتبارهما مقومان أساسيان في بناء الديمقراطية وإقتصاد الســوق.

الهوامش:

[1]- بسام مجيد سلمان، أكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، بدون تاريخ نشر، ص 96.

[2]- بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجاري وفقا للتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، 2017، ص 291.

[3] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975،ص990. المعدل والمتمم.

[4] - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1995 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج عدد 77، الصادر بتاريخ 11 ديسمبر سنة 1996، ص04، المعدل والمتمم لاسيما بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015.

[5] - يعتبر مبدأ الرضائية أهم نتاج المذهب الفردي، بحيث ارتبطت حرية الإرادة أو الحرية العقدية بالمبدأ المعروف (مبدأ سلطان الإرادة)، بحيث يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد من حيث الطريقة والمقدار وفي الآثار التي تترتب عليه، بل في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، و الأكثر من ذلك الإرادة الحرة هي مبدأ القانون و الغاية التي ينتهى اليها، والخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقا في كل نواحي القانون، مما جعل خصومه يبنذونه جملة واحدة. وبين الامعاء في اطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود وجد المعتدلون مجالا لوضع الأمور في نصابها الصحيح. للمزيد من التفاصيل أنظر: أستاذنا لخضر حليس، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، الجزائر، 2010. ص9 وما يلها. وأنظر أيضا: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2015،ص153 وما يلها.

[6] - محمد فريد العريني، الشركات التجارية "المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال"، بدون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2019.ص 22. وأنظر أيضا: ، سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018. ص 31.

[7] - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 130. وأنظر أيضا: لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018، ص 31.

[8] - وإن كان الإكراه نادر الوقوع عند ابرام عقد الشركة التجارية، على عكس عيب الغلط أو التدليس، والغلط الذي يؤدي إلى الإبطال هو الغلط الجوهري الذي يبلغ حدا من الجسامة (هو الباعث للتعاقد) وكذلك الامر بالنسبة لعيب التدليس.

ومن أمثلة التدليس بث معلومات ودعاية كاذبة عن الشركة المزمع انشاؤها تخفى حقيقة مركز الشركة وتبالغ في جديتها وأهميتها رغم كونها في حقيقة الامر شركة وهمية، وبالنسبة للغلط كأن يقع في شخص الشريك متى كان هاته الأخيرة محل اعتبار ملحوظ في العقد، نتيجة لتشابه الأسماء مثلا، أو كأن يقع في غلط في طبيعة الشركة أي نوعها بحيث يتعاقد أحد الشركاء على اعتبار أنه شريك في شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة مع أن العقد هو شركة تضامن حيث تقع المسؤولية صارمة.

هذا ونظم المشرع الجزائري عيوب الرضا من خلال المواد 81-91 من القانون المدني الجزائري.

[9] - يكون الرضا منعدما إذا لم يتفق الشركاء على تقدير الحصص مثلا، أو على محل الشركة أو على نية الاشتراك. أنظر: محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، الطبعة الرابعة، 1996، ص 185.

[10] - سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 33. وأنظر أيضاً: محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 23.

[11] - تنص المادة 40 من القانون المدني على:(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة).

[12] - وفقا للمعطيات التشريعية يجوز للقاصر المميز البالغ من العمر 18 سنة كاملة ممارسة العمل التجاري بحصول الإذن من والده أو والدته أو اقرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة المختصة من أجل اجراءات التسجيل بالسجل التجاري، وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة5 من القانون التجاري أن مصطلح مجلس العائلة مصطلح غريب عن نصوص القانون المدني و التجاري وحتى الأسرة. للمزيد من التفاصيل أنظر: أستاذتنا قريقر فتيحة، المبادئ الأساسية في القانون التجاري، مطبعة الفنون البيانية، الجلفة، 2009، ص 53.

[13] - قريقر فتيحة، المرجع السابق، ص 54.

[14] - هذا و يمكن للزوجة أن تبرم عقد شركة تضامن مع زوجها من دون تمييز، على عكس ما نجده في القضاء الفرنسي بحيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى ابطال كل شركة تعقد بين زوجين، بحجة أن العلاقة الزوجية تمنع من وجود المساواة بين الشركاء. للمزيد من التفاصيل أنظر: نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري "شركات الأشخاص"، دار هومه، الجزائر، الطبعة السابعة، 2008،ص31.

[15] - سلامي ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 07.

[16] - حميد مجيد العنكبي، الشركات في القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة عدنان، بغداد، 2004. ص11.

[17] - سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 34. وأنظر أيضاً: محمد بشير ،عز الدين دراعو، مقومات عقد الشركة وجزاء الإخلال بها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، كلية الحقوق جامعة زيان عاشور بالجلفة ، الجزائر، العدد5، 2017، ص163.

[18] - عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري " الأعمال التجارية- نظرية التاجر- المحل التجاري- الشركات التجاري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2015، ص 91.

[19] - بن شويحة علي، الشركة بين التنظيم القانوني ومبدأ سلطان الإرادة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 07، العدد 03، 2014، ص 334

[20] - سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 39.

[21] - المادة 416 ق.م.ج (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر...)

[22] - اتجاه المشرع هذا أملته الضرورات العملية التي أعقبت سياسية انتهاج اقتصاد السوق وتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي للمساهمة في التنمية الوطنية من جهة، وسد لباب النفاق ولجوء بعض الشركاء إلى تشكيل شركات وهمية من طرف شركاء لهم أغلبية رأس المال من جهة أخرى. أنظر: فتيحة يوسف عماري، الأمر 69-27 والتصور الجديد لمفهوم عقد الشركة " الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر1، الجزائر، المجلد رقم 36، عدد 03، 1999، ص 80. وأنظر : سميحة القليوبي، شركة الشخص الواحد، النشرة الدورية لجمعية الضرائب المصرية، مصر، المجلد رقم 07، عدد 27، سنة 1997، ص 91.

[23] - الأمر 96-27 المؤرخ في 30 رجب عام 1417هـ الموافق 9 ديسمبر سنة 1996، ج.ر.ج عدد 77، الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر سنة 1996، ص04.

[24]- حدوم ليلى، أحكام الشركات التجارية في القانون الجزائري، محاضرات موجهة لطلبة السنة ثالثة تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019، ص7.

[25] - يشترط الفقه أن يكون العمل المقدم مرتبط بغرض الشركة، وأن يكون مشروعا، وغير تافه، وأضاف المشرع الجزائري حكم من خلال المادة 420 ق.م.ج بحيث لا تقتصر على تقديم ما لديه من نفوذ سياسي أو ثقة مالية، كما أن الحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة ذلك لأن رأس المال يجب أن يكون قابلا للتنفيذ باعتباره الضمان العام، وهو ما تفتقره الحصة بالعمل.

[26] - بحيث قبل التعديل كان المشرع الجزائري يحدد الحد الأدنى لرأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة من خلال المادة 566 والتي كانت تنص على:(لا يجوز أن يكون رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة أقل من 100.000 دج وينقسم الرأسمال إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية مبلغها 1000 دج على الأقل) والتي عدلت بموجب أحكام القانون 15-20 وأصبحت تنص

على:(يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة ويقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية). وكذلك الامر بالنسبة للحصة بالعمل، قبل التعديل لا يجوز تقديمها، وبمناسبة التعديل أصبحت تنص المادة 567 مكرر على:(يمكن أن تكون المساهمة في شركة ذات المسؤولية المحدودة بتقديم عمل..). وللمزيد من التفاصيل أنظر: بوقرور سعيد، الاحكام الجديدة في تأسيس الشركات ذات المسؤولية المحدودة " تعديل تشريعي من أجل تشجيع الاستثمار"، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، المجلد رقم 09، عدد 01، 2017، ص9.وأنظر أيضاً: بوخرص عبد العزيز، تأثير القانون رقم 15-20 على طبيعة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، المجلد الثاني، العدد 08، 2017، ص630.

[27] - تنص المادة 563 مكرر 1 على:(... حصصهم التي لا يمكن أن تكون على شكل تقديم عمل.)

[28] - هناك طريقتين لتأسيس شركة المساهمة، إما باللجوء العلني للادخار وهو ما يصطلح عليه التأسيس المتتابع والذي يبدأ بتحرير مشروع العقد التأسيسي لشركة المساهمة عند الموثق بطلب من المؤسسين، ثم إيداع نسخة من مشروع العقد لدى السجل التجاري، ومن ثم إجراء عملية الاكتتاب، وللمزيد من التفاصيل راجع المواد 595 إلى غاية 604 من القانون التجاري.

أما الطريقة الثانية فهي التأسيس دون اللجوء العلني للادخار وهو ما يصطلح علها التأسيس الفوري أو المغلق، ويتحقق في حالة تأسيس الشركة بين المساهمين المؤسسين فقط دون طرح أهم للاكتتاب العام وللمزيد من التفاصيل أنظر المواد 605 إلى غاية المادة 609 من القانون التجاري الجزائري.

[29] - ترجع هذه التسمية إلى خرافة قديمة موجزها أن أسداً اتفق مع غيره من وحوش الغابة على انشاء شركة للصيد، ولما حان وقت اقتسام الأرباح أي الغنائم، استأثر بها وحده ولم يقم ويجرؤ شركاؤه على معارضته نظرا لقوته وهيمنته. وهذه الخرافة تنسب إلى الروائي والأديب اليوناني في القرن السادس عشر قبل الميلاد .Esope

أما الأساس البعيد لبطلان شرط الأسد هو " قانون الأخوة " Jus Fraternitatis الذي أطلقه الرومان على عقد الشركة، ولقد جسد هذه الخرافة الروائي الفرنسي La Fontaine في حكاياته بأبيات شعرية:

La génisse, la chèvre, et leur soeur la brebis,

Avec un fier lion, seigneur du voisinage,

Firent société, dit-on, au temps jadis,

Et mirent en commun le gain et le dommage

للمزيد من التفاصيل أنظر: محمد فريد العريني، ص37. وأنظر أيضا: محمد بن براك الفوزان، الاحكام العامة للشركات "دراسة مقارنة"، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2018، ص 63. وأنظر أيضاً: بندر بن حمدان العتيبي، مبادئ القانون التجاري، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2016، ص 91.

[30] - أنظر المادة 425 ق.م.ج

[31] - محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 39. وأنظر أيضاً: محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص64.

[32] - منية شوايدية، تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، المجلد 12، عدد 02، 2020، ص 334.

[33] - بحيث يعتبر عنصر تحقيق الأرباح العنصر الجوهري الذي يميز الشركة عن بعض النظم القانونية التي تلتبس بعقد الشركة وبصفة خاصة - الجمعية - التي تمثل تجمعا لأشخاص يشتركون في تقديم أموالهم وأعمالهم من أجل غاية دون تحقيق الربح.

للمزيد من التفاصيل أنظر: Cassation. Commercial. CH réunies, 11 mars 1914 caisse rurale de la commune de Manigot, revue des sociétés, 2000, p7.

[34] - فضيلة سنيسنة فضيلة، توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي النعامة، المجلد 02، العدد 02، 2016، ص 625.

[35] - يميز بعض الفقه بين المعنى الضيق للربح والذي هو الحصيلة النقدية التي توزع على الشركاء في فترات دورية، وبين المعنى الواسع الذي هو كل مزية تعود على الشركة وتقدر بالمال. للمزيد من التفاصيل أنظر: أكثم الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن،الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1987، ص 08.

[36] - yves guyon,droit des affaire ;tome 1economica,p112

[37] - صحراوي نور الدين، الحرية التعاقدية والقواعد الآمرة في قانون الشركات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019، ص19.

[38] - فوزي فتات، قواعد توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية – أدرار، المجلد 5، العدد 8، 2006، ص 63.

[39] - Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F): Droit sociétés, Litec, 17éme édition, 2004, n°138, p 451.

[40] - بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة أنظر المادة 568 من ق.ت.ج ، وبالنسبة لشركة المساهمة أنظر المواد: 601-603-607. وللمزيد من التفاصيل أنظر: محمدي محمدي، المساهمات العينية في الشركات التجارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد5، العدد2، 2017، ص 280/279.

[41] - سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 64/63 وأنظر أيضاً: فضيلة سنيسنة فضيلة، المرجع السابق، 628.

[42] - فتات فوزي، نعيمي فوزي، نظرات قانونية مختلفة حول نطاق الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية، الإدارية و السياسية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 02، 2004، ص 53.

[43] - أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 499.

[44] - الشريك لا يتصرف بالحصص التي قدمها للشركة، فهي انتقلت من ملكيته إلى ملكها، فالتصرفات تقع على مجموع الحقوق التي يتمتع بها في مواجهة الشركة بوصفه شريكاً، ومن بين التصرفات التي من الممكن أن تقع على الحصة تنطوي تحت ثلاث مسائل، أولهم التنازل عن الحصة(وهو ما سيتم التطرق إليه)، و رهن الحصة واخير الحجز على الحصة.

[45] - خلفاوي عبد الباقي، حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة1، الجزائر، المجلد رقم31.عدد 2، جوان 2020، ص 125.

[46] - صحراوي نور الدين، المرجع السابق، ص44.

[47] - محمد محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص225.

[48] - G. Rippert, R.Roblot, Traité de droit commerciale, Tome1, volume2, Les sociétés commerciales ,L.G.D.J, Paris, 2002, p406.

[49] - عبد الرحمان السيد قرمان، الخلاف بين الشركاء كسبب لحل الشركة وفصل الشريك منها(دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 109.

[50] - منصور داود، الفصل القضائي للشريك في شركات الأشخاص بين الاعتبار الشخصي و المصلحة الجماعية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد رقم 10، العدد الرابع، 2017، ص 377.

[51] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الخامس " العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"، ص 381/380. وأنظر أيضا: محمد الحموري، آثار انسحاب الشريك على استمرار الشركة في قانون الشركات الأردني، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد رقم 10، العدد 03، 1983، ص 193.

[52] - عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 145/144.

[53] - منصور داود، المرجع السابق، ص 382/381.

[54] - تنص المادة 553 ق.ت.ج على:(تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء ما لم يشترط في القانون الأساسي على خلاف ذلك، ويجوز أن يعين في القانون المشار إليه مدير أو أكثر من الشركاء أو غير الشركاء، أو ينص على هذا التعيين بموجب عقد لاحق)

[55] - مهداوي حنان، صفة الشريك في الشركات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيطف2، الجزائر، 2015/2014، ص 18.

[56] - سماح مقران، الإعلام كآلية لحماية المساهم في شركة المساهمة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد الثاني، عدد 08، 2017، ص 429.

[57] - أنظر المادة 430 ق.م.ج

[58] - أنظر المادة 430 ق.م.ج و المواد 558-285-678-677-680-687-818-819 ق.ت.ج

[59] - أقر المشرع هذا النوع لكل من الشركاء غير المديرين في شركات الأشخاص حق الإطلاع مرتين في السنة بمقر الشركة على كل الوثائق الموجودة هناك ولهم حق أخذ نسخ منها، وللشركاء في شركات الأموال حق الإطلاع في أي وقت من السنة على كل أحوال الشركة، بيد أن هنا الامر يختلف بحيث حدد المشرع المستندات التي يجوز له أن يطلع عليها وهو ما تنص عليه المادة 687 ق.تج. وللمزيد من التفاصيل أنظر: منصور داود، حماية الحقوق الإدارية للمساهمين في شركة المساهمة في القانون التجاري الجزائري، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد07، العدد 02، 2015، ص123.

[60] - حق الإطلاع المؤقت يقتصر على مناسبة انعقاد الجمعية العامة للشركة. أو في الحالات الإستثنائية.

[61] - تنص المادة 563 مكرر6 ق.ت.ج على:(للشركاء الموصين، الحق مرتين خلال السنة في الإطلاع على دفاتر الشركة، ومستنداتها وفي طرح أسئلة كتابية حول تسيير الشركة، وتكون الإجابة عنها كتابيا أيضا).

[62] - بدي فاطمة الزهراء، الرقابة الداخلية في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 48.

[63] - فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد" الشركات التجارية"، ب.د.ن، ب.ت.ن، ص 227.

[64] - محمد عمار تيبار، المرجع السابق، ص 310. وأنظر أيضا: محمد فريد العريني، المرجع السابق،190. وأنظر أيضا: صحراوي نور الدين، المرجع السابق، ص62. وأنظر أيضا: نسرين شريقي، المرجع السابق، ص77.

[65] - محمد عمار تيبار، المرجع السابق، ص 313.

[66] - Françoise Dieng, Le droit de vote des associés, Université Toulouse1 Sciences sociales , Droit écrit, Droit sénégalais n°01, septembre 2002, p09

[67] - الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية ،الشركة المغفلة (الاسهم)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، الجزء الثامن، لبنان، 2010، ص359.

[68] - محمد فريد العريني، القانون التجاري(شركات الأموال)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 168

[69] - بلقايد كميلة، حق التصويت في الجمعيات العامة في شركات المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008، ص 17.

[70] - فاروق ابراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان، 2008، ص 202.

[71] - أنظر المادة 556 ق.ت.ج.

[72] - مهداوي حنان، المرجع السابق، ص 42.

[73] - نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2008، ص 287.

[74] - المرجع نفسه، ص 41.

[75] - بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص73

[76] - محمود عبد الفتاح رضوان، الشركات التجارية: فقها و قضاء : دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الكويتي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص 280.

[77] - صحراوي نور الدين، المرجع السابق، ص 91.

[78] - فوزي محمد سامي، الشركات التجارية(الأحكام العامة والخاصة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 85.

[79] - يذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام بعدم المنافسة يبقى أثره حتى بعد خروج الشريك أو انسحابه من الشركة التجارية، ومثال ذلك أن يقوم الشريك بالتنازل عن حصصه أو أسهمه، ففي هذه الحالة يتضمن عقد التنزل بندا صريحا بعدم المنافسة. وللمزيد من التفاصيلل أنظر:

J. Amiel- DONAT, Clause de non concurrence et cession de droits sociaux, Droit des sociétés 1989, Chron 1.Yves SERRA, Obligation de non concurrence, Répertoire de droit Commercial, Dalloz, Fév. 2009, p 17. civ, 12 oct 1971,Bull civ III, n° : 486, p 347.Com, 1 oct 1974, Bull civ, n° : 237, p 193

[80] - بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص80/79. وأنظر أيضا: مهداوي حنان، المرجع السابق، ص 49. وأيضا: صحراوي نور الدين، المرجع السابق، ص 92.

[81] - تعني مسؤولية الشريك الشخصية أنه يسأل عن كل ديون الشركة كما لو كانت ديونه الخاصة، فلا تتحدد مسؤوليته عن ديونها بمقدر حصته في رأس مالها بل تتعداها إلى أمواله الخاصة. وللمزيد من التفاصيل أنظر: أسامة نائل المحيسن، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس(وفقا لقانون الشركات رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته مع الإشارة إلى بعض القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 92.

[82] - أنظر المادة 551 ق.ت.ج.

[83] - سيدي محمد ولد محمد، مسؤولية الشريك في الشركات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص 35.

[84] - عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية(شركاتت الأشخاص – شركات الأموال) وفقا لضوابط قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 واحدث تعديلاته، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 137.

[85] - أنظر المادة 592 ق.ت.ج.

[86] - نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ص 148-149. وأنظر أيضا: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص620.

[87] - مهداوي حنان، المرجع السابق، ص 53.