

الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة.

أ. عبد السلام زعرور جامعة جيجل
باحث دكتوراه جامعة بسكرة.

ملخص:

تعتبر عملية الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة إحدى أهم إجراءات تأسيسها. ووسيلة بداية نشاطها كما تعد أهم الطرق لتمويلها وتمكينها من تحقيق أهدافها. إذ يترتب عنها آثار قانونية متعددة. لذلك طرحت الكثير من الإشكالات القانونية بشأن تكييف الطبيعة القانونية لهذه العملية. و ذلك بالنسبة للعلاقة ما بين المؤسسين و المكتتبين وعلاقتهم مع الشركة وعلاقة المؤسسين والمكتتبين من ناحية. علاقة الشركة بالمكتتبين من ناحية أخرى.

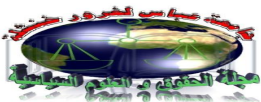
Résumé:

La souscription dans le capital social d'une société par actions établi l'une des plus importantes procédures de sa constitution et signifie le début de ses activités. Elle est également un moyen important pour la financier afin d'atteindre leurs objectifs, à cet effet elle entraîne de multiples effets juridiques. Donc ils posent beaucoup de problèmes juridiques sur l'adaptation de la nature juridique de ce processus, et que la relation entre les fondateurs et les souscripteurs et leur relation avec la société et la relation entre les fondateurs et les souscripteurs d'une part, la relation de la société avec les souscripteurs d'autre part.

مقدمة:

تعد شركة المساهمة إحدى أهم أدوات التطور الاقتصادي لما تتمتع به من مزايا تجعلها صالحة لمختلف الأنظمة الاقتصادية. حيث لعبت تاريخيا دورا فعالا في ظل النظام الرأسمالي. وكانت عماده و أدواته القانونية المثلى في التوسع داخل الدولة وخارجها. ولم يقتصر وجودها على المستوى الوطني. بل أمتد إلى المستوى الدولي وأصبحت تتخذ شكل الشركات المتعددة الجنسيات. وما لا شك فيه أن ضخامة المشروعات التي تقوم بها هذه الشركة تتطلب رؤوس أموال كبيرة. يعجز الفرد أو عدد من الأفراد عن تقديمها لذلك وجد الاكتتاب كأسلوب لتكوين رأسمالها سواء عند تأسيسها أو عند زيادة رأسمالها.

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يتعرض إلى تعريف الاكتتاب وهو حال معظم التشريعات المقارنة. بينما تعرض إلى أحكامه في المواد 595 إلى 599 من القانون التجاري عند تأسيس شركة المساهمة. والمواد 702 إلى 706 بمناسبة زيادة رأسمالها. أما على المستوى الفقهي فكان هناك اختلاف الفقهاء في وضع تعريف جامع له وذلك نظرا لاختلافهم في تحديد طبيعته القانونية. فعرفه جانب من الفقه على أنه: "الاكتتاب تصرف قانوني يعبر فيه المكتتب عن رغبته في الانضمام للشركة ليكون مساهما فيها بتقديم



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

حصته النقدية من رأس مال المعروض للجمهور ليحصل على ما يقابلها من أسهم¹. أما الفقه الفرنسي اعتبره على أنه " عقد قانوني يلتزم بموجبه شخص للانضمام إلى شركة المساهمة، بتقديم مبلغ نقدي أو مال عيني يساوي القيمة الاسمية للأسهم"². لذلك يمكن اعتبار الاكتتاب على أنه عملية بيع أسهم الشركة المساهمة لجمع رأسمالها عند تأسيسها أو عند زيادة رأسمالها. تتم من طرف المكتتب وهو الشخص الذي يبدي رغبته في شراء الأسهم المطروحة للاكتتاب مقابل تقديم مبالغ نقدية أو حصة عينية، وفقا لما يحدده النظام الأساسي للشركة وأحكام القانون، وتمنح له أسهم نتيجة اكتتابه ويصبح مساهما فيها.

كما أنه يشكل إحدى أهم إجراءات تأسيس شركة المساهمة، و وسيلة لبداية نشاطها. لذلك فقد وجدت له ضوابط

وشكليات الهدف منها حماية المكتتبين والادخار العام من جهة، وحماية الاقتصاد الوطني من جهة أخرى. إذ أن عملية الاكتتاب تبدو بسيطة في ظاهرها إلا أنها في حقيقة الأمر ترتب آثار قانونية متعددة، فيترتب عنها حقوق و واجبات على عاتق الشركة التي تطرح أسهمها للاكتتاب وعلى عاتق المكتتب في هذه الأسهم.

الشيء الذي يجعلنا نتساءل عن مكانة عملية الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة ضمن التصرفات القانونية؟

إن تحديد مكانة الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة ضمن التصرفات القانونية كان في بداية الأمر محل اختلاف فقهي بين التصرف المدني³ والتصرف التجاري. فجانبا من الفقه يجعل من الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة عملا مدنيا، ويبرر ذلك بأن الاكتتاب لا يعدو كونه توظيفاً للثروة الخاصة وأن المكتتب عندما يستثمر أمواله في مشروع الشركة فإن مسؤوليته تتحدد بمقدار ما اكتتب به من أسهم⁴ بينما يرى جانب من الفقه بأن الاكتتاب عمل تجاري. لأنه يتصل بمشروع تجاري لكنه لا يضيف صفة التاجر على صاحبه لانعدام عنصر الاعتياد⁵. وجاء رأي فقهي فصل في هذا الاختلاف بمعيار النص القانوني، بمعنى إذا وجد نص قانوني يعتبر الاكتتاب عمل تجاري وخلاف ذلك فهو عمل مدني.

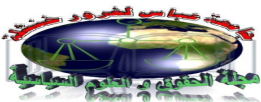
¹ - عباس مرزوق فليح العبيدي، الاكتتاب في رأس مال الشركة المساهمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 115.

² - Germain Michel, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, tome 1, 18 édition, Beyrouth, 2003, p 789. « la souscription d'une action est l'acte juridique par lequel une personne s'engage à faire partie d'une société par action, en apportant une somme ou bien en nature, d'un montant égal au nominal de ses titres ».

³ - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 298.

⁴ - Merle Philippe, Droit commercial, Sociétés commerciales, 5 ème édition, Dalloz, 1997, p246.

⁵ - عباس مرزوق فليح العبيدي، المرجع السابق، ص 121.



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

وبتطبيق أحكام القانون التجاري الجزائري¹، نجد أنه لا ينص على الاكتتاب في أسهم الشركات التجارية عندما عدد الأعمال التجارية بحسب الموضوع، و الأعمال التجارية بحسب الشكل في المواد 2 و 3 منه، وعليه يمكن القول أن الاكتتاب تصرف مدني بحت.

و إذا كان الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة عملاً مدنيا فإنه قد ثار جدال فقهي بشأن تصنيفه ضمن التصرفات المدنية، فمنهم من جعله تصرف عقدي وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، ومنهم من اعتبره تصرف بالإرادة المنفردة وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الاكتتاب تصرف عقدي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة عقد يبرم بين المكتتب والشركة²، وذلك لاعتبارات حماية مصالح المكتتبين. ولكن أصحاب هذا الموقف اختلفوا حول أطراف العقد، إذ أنه لا توجد صعوبة في تحديد الطرف الأول وهو المكتتب، لكن الصعوبة تكمن في تحديد الطرف الثاني في العقد³، والذي يمكن أن يكون المكتتبون أو المؤسسون أو الشركة قيد التأسيس.

وفيما يلي سنحاول البحث في مختلف هذه التساؤلات من خلال النظريات الفقهية التي ظهرت في هذا الشأن.

المطلب الأول: نظرية الوكالة (الاكتتاب عقد بين المكتتبين):

أسس هذه النظرية الفقيه بريكمان واطع أسس نظرية الوكالة، وهو يرى أن عقد الاكتتاب يتم بين المكتتبين أنفسهم وأن المكتتب الأول عندما يقبل أن يكون عضواً في المشروع و له مركز قانوني فإنه يعطي بذلك المؤسسين وكالة ضمنية، يفوضهم فيها بتعيين مكتتبين آخرين ليلتزم معهم بشكل متعاقب، ومفاد ذلك أن المؤسسين ليسوا إلا ممثلين للمكتتبين تربط بينهم قواعد الوكالة الضمنية، و أن عقد الاكتتاب يتم إبرامه بين جميع المكتتبين والمؤسسين هم مجرد مديرو أعمال مجموعة المكتتبين⁴.

يسمح إضفاء صفة الوكلاء أو مديري الأعمال على المؤسسين، بالتصور أن يكون الاكتتاب بين المكتتب الراغب في الاكتتاب والمكتتبين الآخرين الذين سبقوه في إجراء عملية

¹ - المرسوم التشريعي 08/93 مؤرخ في 26/09/1993 يعدل ويتمم الأمر 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري. جريدة رسمية عدد 27 بتاريخ 27/04/1993.

² - "il est vrai que l'analyse de la souscription en un contrat est beaucoup plus plausible lorsqu' une société adresse au public une offre de souscrire a une augmentation de capital que lors de la constitution". Germain Michel, op.cit, P 272.

³ - رضوان أبو زيد، رضوان أبو زيد، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 97.

⁴ - احمد محمد محرز، النظام القانوني لشركات المساهمة، دار الكتب الحديثة، الكويت، 1996، ص 53.



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد والإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

الاكتتاب. لكن الإقرار بنظرية الوكالة. قد يؤدي إلى إضفاء صفة المؤسس على المكتتبين الذين وقّعوا استثمارات الاكتتاب و يصبح بالتبعية كل من المكتتبين والمؤسسين تحت الإطار القانوني نفسه. من جهة أخرى ليس بالإمكان الافتراض بأن كل مكتتب عندما يقدم على الاكتتاب. تتجه إرادته في الوقت نفسه إلى إعطاء الوكالة صراحة أو ضمناً للمؤسسين بهدف إبرام عقد الاكتتاب باسم المكتتب مع غيره من المكتتبين الذين يجهلهم.

لذلك هذه النظرية تعرضت للكثير من النقد وذلك للأسباب التالية:

- أن افتراض الوكالة الضمنية بين المؤسسين والمكتتبين ما هو إلا مجرد افتراض خيالي لا يجد له أساساً قانونياً ولا عملياً، ولا يتصل بنتائج إرادة المكتتبين. بل أن حقيقة الأمور تشير إلى أن المكتتب وهو يقدم على الاكتتاب لا يفكر في توكيل المؤسسين لإبرام أي عقد¹.

- الأخذ بنظرية الوكالة يلغي اهتمام المؤسسين بمستقبل الشركة التي يفوق اهتمام المكتتبين بها حفاظاً على أموالهم فيها.

- القول بهذه النظرية على اعتبار المكتتبين مؤسسين للشركة سيؤدي إلى قيام مسؤوليتهم في حالة فشل المشروع.

- أموال التأسيس يلتزم بها المؤسسون وحدهم في حالة فشل الشركة ولا يلتزم بها المكتتبين. إن القول بأن الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة عقد وكالة يستلزم تطبيق القواعد العامة للوكالة المنصوص عليها في القانون المدني. والتي بمقتضاها تنتهي الوكالة بمجرد وفاة أحد أطرافها² خاصة لا تتماشى مع إجراءات تأسيس الشركة. حيث تكون هذه الأخيرة مرهونة بقيام عقد الوكالة وبنائها يتوقف المؤسسون عن إتمام إجراءات التأسيس. وهو أمر لا يستقيم مع الأحكام العامة لشركة المساهمة.

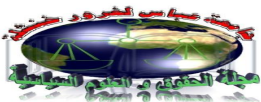
وطبقاً لهذه الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية في تفسيرها للاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة. فإنها أصبحت قاصرة في تحديد مكانته ضمن التصرفات القانونية.

المطلب الثاني: نظرية العلاقة المباشرة (الاكتتاب عقد بين المكتتب والشركة):

يرى أصحاب هذه النظرية أن المكتتب يرتبط بالشركة بعلاقة مباشرة بموجبها يكون المؤسسون وكلاء عن

¹ - عباس مرزوق فليح العبيدي. المرجع السابق. ص 124.

² - تنص المادة 586 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنهاء الأجل المعين للوكالة. وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل. كما تنتهي الوكالة أيضاً بعزل الوكيل أو بعدول الموكل" القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005. المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية عدد 44. بتاريخ 26 جوان 2005.



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

الشركة أو مديري أعمالها. من خلال الإقرار للشركة بوجود قانوني باعتبارها شخصا معنويا في دور التكوين يمثلها المؤسسون.

ف عقد الاكتتاب عبارة عن عقد تبادلي بين كل مكتب والشركة قيد التأسيس. وهذا العقد له صفة شرطية ولا يصبح نهائي إلا إذا تأسست الشركة¹.

وضع الأستاذ "تالير" هذه النظرية وسماها بالنظرية الشخصية الداخلية للشركة. أيده في ذلك الأستاذ "بول بيك" حينما اعترف بقدرة الشركة على إبرام عقد الاكتتاب مع المكتب. إلا أنهما قررا على بقاء هذا الاعتراف محصورا بين الشركة بثلاثة بالمؤسسين والمكتبتين. لذا لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير.

بمقتضى عقد الاكتتاب تلتزم الشركة بقبول المكتبتين كمساهمين فيها. ومنحهم الأسهم التي اكتتبوا فيها مقابل التزامهم بدفع قيمتها الاسمية. و يتحدد دور المؤسسين في هذه الحالة باعتبارهم مثلين للشركة. في إصدارهم لبيان الاكتتاب الذي يعتبر بمثابة إيجاب ملزم يترتب عليه إبرام عقد الاكتتاب بمجرد توقيع استمارة الاكتتاب من قبل المكتب أو من يمثله قانونا. فيعتبر توقيعه بمثابة قبول مطابق للإيجاب.

بالرغم من هذا لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات التالية:

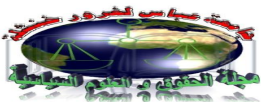
- عدم اعتراف معظم التشريعات بالشخصية المعنوية للشركة إلا بعد استيفائها لمختلف الشروط والإجراءات المقررة بمقتضى القانون.
- أن المؤسسون لا يمكنهم أن يكونوا مثلين للشركة. و في الوقت نفسه يساهمون شخصا في تأسيسها. لأنهم يتصرفون بأسمائهم الشخصية تجاه الغير بما فيهم المكتبتون².
- اعتبار الاكتتاب عقد بين المكتب والمؤسسين بوساطة المؤسسين نيابة عن الشركة يمكن المكتب من الاحتجاج على الشركة بكل ما اشترطه لدى اكتتابه.
- من حيث كيفية تكوين العقد. أن الإيجاب يجب أن يصدر من المكتب وما البيان التأسيسي والاستثمارات إلا مجرد دعوة إلى التعاقد. أما عن القبول فهو يصدر من الشركة عندما يتم تخصيص أو توزيع الأسهم. وعليه سيخضع عقد الاكتتاب إلى القواعد العامة للعقود دون الحاجة إلى ركن الشكلية³.

وبموجب المادة 549 من القانون التجاري الجزائري فإن الشركات التجارية لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا

¹ - رضوان أبوزيد. المرجع السابق. ص 53.

² - محمد سامي فوزي. الشركات التجارية. الأحكام العامة و الخاصة. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. 2006. ص 67.

³ - عباس مزروق فليح العبيدي. المرجع السابق. ص ص 126 - 127.



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

بعد قيدها في السجل التجاري ومن بين هذه الشركات شركة المساهمة. كما أن هذه الشركة خلال فترة التأسيس

تتميز بشخصية معنوية ناقصة بالقدر اللازم لتأسيسها¹.

المطلب الثالث: نظرية العقد (الاكتتاب عقد بين المؤسسين والمكتتبين):

يرى أصحاب هذه النظرية أن عقد الاكتتاب عقد بين المكتتبين والمؤسسين. أين يعتبر إصدار بيان الاكتتاب

واستثماراته بمثابة إيجاب موجه للجمهور. يدعوهم إلى الانضمام إلى الشركة من خلال شراء أسهمها المطروحة. والقبول يصدر من المكتتب الذي يقبل العرض الموجه إليه فيكتتب في أسهم الشركة².

يترتب على هذا العقد آثار قانونية متبادلة بين الطرفين يكتسب كل منهما حقوقا ويتحمل الالتزامات. فمن جهته يكتسب المكتتب الحق في الحصول على الأسهم التي اكتتب بها والتي تمثل جزءاً من رأسمال الشركة. ليكتسب بذلك صفة الشريك وفي المقابل يلتزم بالإبقاء على اكتتابه إلى غاية نهاية إجراءاته. كما يلتزم بتسديد قيمة الأسهم المكتتب بها. أما عن المؤسسون فهم يلتزمون بإتمام إجراءات التأسيس واحترام القواعد والإجراءات القانونية لذلك. مع منح سند الاكتتاب إلى كل أسهم الاكتتاب وتوظيفها وفقاً للأغراض التي أنشأت الشركة لأجلها.

إذا اتفق أنصار النظرية العقدية على اعتبار الاكتتاب عقد يبرم بين المؤسسين والمكتتبين. فإنهم اختلفوا في اعتباره عقد شركة أم عقد بيع أسهم أو اشتراط لمصلحة الغير أم عقد إذعان.

أولاً: عقد الشركة:

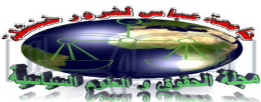
يرى أصحاب هذه الفكرة أن شركة المساهمة عبارة عن عقد يتم بين المكتتبين³ وهذا العقد ينشأ عندما يكتتب المساهمون بأسهم الشركة ويقبلون نظامها وبالتالي يعد تصريحاً منها بالاشتراك في تأسيس الشركة المذكورة. وكل مكتتب يعد ملتزماً تجاه المكتتبين الآخرين بموجب اتفاق يربط بعضهم بعض. كما اعتبروا أن عقد الشركة يتم بين المكتتبين والمؤسسين⁴. فالمكتتب عندما يعبر عن إرادته بقبول الإيجاب ينشأ العقد بينه وبين المؤسسين ويترتب على

¹ - عمار عمورة. الوجيز في القانون التجاري الجزائري. دار المعرفة. الجزائر. 2000. ص 265.

² - ملتقى حمد كامل أمين. الشركات التجارية. تأسيسها وإدارتها. مطابع دار الكتاب العربي. مصر. 1957. نقلاً عن عباس مرزوق فليح العبيدي. المرجع السابق. ص 129.

³ - فريد مشرقي. أصول القانون التجاري المصري. الجزء الأول. الطبعة الثالثة. مصر. 1959. ص 243.

⁴ - رضوان أبوزيد. المرجع السابق. ص 109.



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

هذا العقد آثار قانونية متبادلة بين الطرفين، ويخضع كل منهما إلى التزامات ويتمتع بحقوق منذ بداية العقد وإلى حين تكوين الشركة.

إلا أن هذه النظرية لم تخلو من بعض الانتقادات كما يلي :

- ليس بالإمكان أن يتفق المكتتبون فيما بينهم على عقد يلتزم بموجبه بعضهم اتجاه بعضهم الآخر دون سابق معرفة بينهم.
- في حالة وقوع أي حادث أو تغيير على أهلية المؤسسين بسبب الحجر أو أي عارض من عوارض الأهلية لا يوجد حل قانوني.
- أن المكتتب حينما يقدم أمواله مقابل الحصول على أسهم، فهو بذلك ينوي استثمار وتوظيف أمواله لا غير

ولا يهتم بتاتا بإجراءات تأسيس الشركة فهو ليس طرفا في عقد الشركة لأن محل التزامه وسبب التزامه يختلف عن محل وسبب التزام المؤسسين.

ثانياً: عقد بيع شهادات الأسهم:

ذهب أنصار هذه الفكرة إلى اعتبار عقد الاكتتاب بعقد البيع، أطرافه هم المؤسسون في مركز البائع، والمكتتبون في مركز المشتري. محل هذا العقد هو الأسهم بالنسبة للبائع، وثن الأسهم بالنسبة للمشتري المكتتب، إذ يشتري المكتتب الوثيقة المؤقتة للأسهم التي تشبه السلعة مقابل دفع القيمة الاسمية التي تمثل الثمن¹.

كما يرى جانب من الفقه على وصف عقد الاكتتاب بعقد البيع لكن يوصفه بعقد بيع مستقبلي حينما تباع الأسهم قبل تأسيس الشركة². أو يوصف العقد بوعده بالبيع بين المؤسسون الذين يعدون المكتتبون باكتتاب جزء من رأسمال الشركة بمجرد تأسيسها، مقابل دفعهم لقيمة هذه الأسهم مسبقاً على أن تعين جميع العناصر الجوهرية للعقد النهائي والمدة التي سيتم فيها³

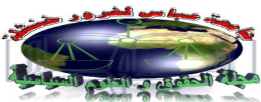
رفضت فكرة عقد البيع لعدة أسباب كما يلي:

- عدم توافقها مع مضمون الاكتتاب، إذ أن الآثار القانونية التي يرتبها الاكتتاب تختلف مع تلك التي تترتب عن عقد البيع سواء البيع المنجز أو الوعد بالبيع أو البيع المستقبلي.

¹ - محمد سامي فوزي، المرجع السابق، ص 345.

² - عباس مرزوق فليح العبيدي، المرجع السابق، ص 129.

³ - وهذا طبقاً لمقتضيات الوعد بالتعاقد الذي نصت عليه المادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها..."



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

- اختلاف عناصر عقد الاكتتاب عن عناصر عقد البيع، فالمكتتب عندما يكتتب لا يقصد شراء الشهادات المؤقتة وإنما يقصد حيازة الأعمال التي ستقوم بها الشركة مستقبلا.
- المكتتب يكتسب صفة المساهم بعد اكتتابه في رأس مال شركة المساهمة تمنحه بعض الحقوق الخاصة بالمساهمين يكون من المتعذر تفسيرها قانونيا إذا تمسكنا بفكرة عقد البيع.

ثالثاً: الاشتراط لمصلحة الغير:

يرى أنصار هذه الفكرة¹ بأن الاكتتاب هو عقد اشتراط لمصلحة الغير²، يكون أطرافه المؤسسون الذين يتعاقدون مع المكتتبين لصالح الشركة التي يتم إنشائها، ويبرم هذا العقد بين المؤسسين والمكتتبين يتضمن الاشتراط لمصلحة الشركة، وبموجب هذا العقد يلتزم المكتتبون مباشرة اتجاه الشركة بسداد قيمة الأسهم التي يكتتبون فيها، وبتطبيق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير على عقد الاكتتاب فإن هناك ثلاثة أشخاص تشكل المشتراط، وهي المؤسس الذي يشترط على المكتتب، و المتعهد لينفذ التزاما لمصلحة الغير و الشركة التي سوف توجد مستقبلا، على أن يعلن المتعهد عن استعداده لتنفيذ التزامه، وأن يعلن المستفيد عن مطالبته للواعد بتنفيذ التزامه.

بالرغم من ذلك فقد وجهت انتقادات لهذه النظرية كما يلي:

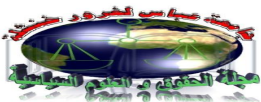
- المكتتب يستطيع منع تأسيس الشركة دون أن يتمكن المؤسسسون من إلزامه على تنفيذ التزامه أو مطالبته بالتعويض طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.
- وفقا لهذا التكييف يبقى تأسيس الشركة مرهونا برغبات المؤسسين و هذا يتنافى مع أحكام القانون.

إن تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير التي نصت عليه المادة 116 من القانون المدني³ تنافي مع فكرة الاكتتاب، إذ أن المشتراط له الحق في نقض الشروط قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبتة في الاستفادة منها أمر لا يمكن تصوره في الاكتتاب، كما أن المؤسسين إذا ما قرروا إصدار الأسهم للاكتتاب سواء لتأسيس الشركة أو لزيادة رأسمالها، لا يمكنهم العدول عن قرارهم خاصة بعد الإعلان عنه وإصدار المنشورات الخاصة به.

¹ - رضوان أبوزيد، المرجع السابق، ص 127.

² - يعرف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه: " اتفاق بين المشتراط و المتعهد ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع ". العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 220.

³ - تنص المادة 116 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية، و يترتب على هذا الاشتراط أم يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتج بما يعارض مضمون العقد، ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

كما يجوز للمشتراط له إحلال منتفع آخر محل المنتفع المعين في العقد أو أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية

الاشتراط¹، وهو ما لا يمكن تحقيقه في الاكتتاب، إذ أن المؤسس لا يحق له أن يجعل المستفيد من أموال المكتتبين شخصا آخر عن الشركة التي أصدرت أسهمها، ولا يمكن لهم بأي حال من الأحوال اكتساب هذه الأموال لأنفسهم بصفة شخصية.

رابعاً: الاكتتاب عقد إذعان: اعتبر فريق آخر من الفقه² عقد الاكتتاب على أنه عقد إذعان³، وذلك انطلاقاً من عدم قدرة المكتتب على مساومة أو مناقشة شروط الاكتتاب التي عليه التسليم بها كما هي⁴.

ويرى جانب من الفقه أن الاكتتاب يشبه العقد النموذجي الذي يتميز بالإذعان، بحيث تضع الشركة الشروط اللازمة عند إصدار الأسهم وما على المكتتب إلا قبولها إذا أراد المساهمة في رأس مال الشركة باستثمار أمواله فيها⁵.

فكرة عقود الإذعان يكون ورودها على أمور يمتلك فيها الموجب صفة الاحتكار القانوني أو الفعلي لساعة أو خدمة معينة لا يتسنى للطرف القابل الاستغناء عنها، وبالتالي يكون الطرف القابل مضطر لقبول الإيجاب المفروض عليه دون مناقشة أو مساومة.

فلا تستقيم فكرة الإذعان مع فكرة الاكتتاب لسبب رئيسي هو أن عقد الإذعان لا يكون إذعان إلا باجتماع عناصره الثلاثة، وهي وجود طرف قوي يكتكر الساعة أو الخدمة المعروضة، ثم وجود طرف ضعيف يحتاج إلى تلك الساعة أو الخدمة لأنها ضرورية لا يمكنه الاستغناء عنها، وأخيراً فرض الطرف القوي لشروطه على الطرف الضعيف الذي يقبلها دون مساومة.

يتوفر في عقد الاكتتاب العنصر الأخير من عناصر الإذعان دون العناصر الأخرى، فالمؤسسون لا يكترون الأسهم التي يعرضونها و توجد عدة شركات أخرى تعرض أسهمها يمكن للمكتتب الاكتتاب فيها، كما أن الأسهم المعروضة للاكتتاب ليست بمثابة ساعة واحدة أو خدمة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها من طرف المكتتب، بل بالعكس فهي من كماليات الحياة اليومية بحيث يستثمر المكتتب جزء من أمواله في مشاريع تجارية لا غير.

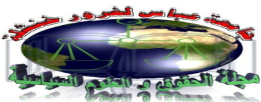
¹ - المادة 117 من القانون المدني الجزائري.

² - عباس مزروق فليح العبيدي، المرجع السابق، ص 134.

³ - يعرف عقد الإذعان على أنه: "ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها ساعة أو خدمة معينة". محفوظ لعشيب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23.

⁴ - المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - نادبة فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 178.



المبحث الثاني: الاكتتاب تصرف بالإرادة المنفردة:

لقد برز اتجاه في الفقه الحديث ينفي الصفة العقدية في الاكتتاب ويعتبره تصرفاً قانونياً نظراً لانتهاء شروط العقد في الظروف التي تتم فيها عملية الاكتتاب، لكنهم اختلفوا في أشخاصها. منهم من جعله تصرف إنفرادي بالإرادة المنفردة (المطلب الأول) ومنهم من اعتبره تصرفاً جماعياً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاكتتاب تصرف انفرادي: يرى فريق من الفقه أن الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة تصرف بالإرادة المنفردة للمكتب، ويبررون موقفهم بانتفاء أركان العقد في الاكتتاب¹، فمن مستلزمات التراضي تطابق إرادتي المتعاقدين ومعرفة طرفي العقد ببعضهم البعض. وهو أمر نادر الحدوث أن يعرف المكتب بقية المكتتبين. كما أنه ليس من حق المكتب أن يضمن اكتتابه بأية شروط خاصة لمصلحته وإنما يقتصر دوره على مجرد التسليم بالشروط الواردة في بيان الاكتتاب ونشراته.

يمكن الرد على هذا الرأي. بأن تطابق إرادات المتعاقدين لا يستدعي بالضرورة معرفة بعضهم البعض. ولعل أحسن مثال على ذلك هو العقد الإلكتروني الذي عادة ما يبرم بين أطراف غير متعارفة. كما أن حجة التسليم بشروط الاكتتاب كما جاء في نشراته يتناقض مع أحكام العقد. إذ أن عقد الإذعان هو عقد يذعن فيه الطرف الضعيف لشروط الطرف القوي كما هي دون مناقشتها.

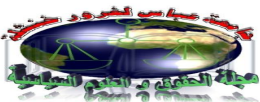
يرفض بعض الفقهاء من جهتهم إدراج الاكتتاب في النظرية العامة للعقد. مبررين رفضهم بأن فكرة العقد فكرة بسيطة أساء استعمالها كثيراً بسبب ما حشد في إطارها من ظواهر قانونية تختلف في حقيقتها عن حقيقة العقد إذ لا يصح اعتبار كل عمل من أعمال الإرادة عقداً حتى ولو احتوى على علاقات متبادلة².

يساند هذا الاتجاه جانب آخر من الفقه بقوله أن التعبيرات الفردية للمكتتبين لا ارتباط بينهما، وإنما التعبير عن إرادة كل مكتب هو بمثابة القبول في الانضمام للشركة والخضوع كما ورد في عقدها والمشاركة في تأسيس كيانها³. أما جانب يعتبر أن المكتب بتصرفه هذا لا يتعاقد لا مع الشركة ولا مع المؤسسين. إنما يعبر عن إرادته في الدخول إلى الشركة والمشاركة في رأسمالها.

¹ - Michel germain, op. cit, p273.

² - عباس مرزوق فليح العبيدي. المرجع سابق. ص 135.

³ - عباس مرزوق فليح العبيدي. المرجع نفسه. ص 136.



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد والإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعرور

يترتب على الأخذ بفكرة الإرادة المنفردة، بقاء المؤسسين ملتزمين إزاء جمهور المكتتبين منذ الإعلان عن الاكتتاب وافتتاحه، من جهة أخرى يظل المكتتبون ملزمون تجاه المؤسسين والشركة منذ توقيعهم على استثمارات الاكتتاب، اعتباراً أن إصدار بيان الاكتتاب وإعداد الاستثمارات من قبل المؤسسين تعد تصريحات بالإرادة المنفردة.

وحسب الفقه الجزائري لا يمكن الاستناد إلى فكرة العقد التي تلتزم وجود متعاقدين وهو أمر لا يتوفر وقت الاكتتاب لعدم وجود الشركة بعد، فالمكتتب يتعهد عند اكتتابه في رأسمال الشركة بالانضمام إليها وبأداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها على أن ينفذ التزامه بمجرد توقيعها على نشرة الاكتتاب، و الشركة عند التأسيس لم تكتمل شخصيتها المعنوية وبالتالي لا تملك أهلية التعاقد¹.

ويرى جانب آخر من الفقه الجزائري² أن فكرة الإرادة المنفردة لا تستقيم مع التشريع الجزائري، كون الإرادة المنفردة ليست من المصادر العامة للالتزام، فضلاً عن أن المادة 417 من القانون المدني تعتبر الشركة شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها، غير أن الشخصية المعنوية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهور التي ينص عليها القانون، ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية.

يعاب على هذا الرأي أنه موقف تجاوزه الزمن، فصحيح أن الإرادة المنفردة لم تكن مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام، إذ أن المشرع الجزائري أدرجها في المادة 115 من القانون المدني ضمن أحكام العقد لكنه تدارك ذلك لاحقاً بتعديل القانون المدني سنة 2005 حينما ألغى المادة 115 وجعل الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام بعد العقد، فنص عليها في الفصل الثاني مكرر تحت عنوان "الالتزام بالإرادة المنفردة" في المواد 123 مكرر و123 مكرر³. كما أنه في شركة الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة يمكن إنشائها بالإرادة المنفردة دون الحاجة إلى العقد.

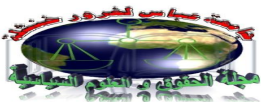
المطلب الثاني: الاكتتاب تصرف جماعي:

يعتبر البعض من الفقهاء أن الاكتتاب عملاً قانونياً من بين الأعمال القانونية الجماعية، و هو ليس تصرفاً بالإرادة المنفردة، إنما يتكون من مجموعة من تصريحات إرادية لها المضمون نفسه، تصدر عن مكتتبين متعددين وينشأ عنها بالضرورة، ارتباط قوي بينها، يعود ذلك إلى

¹ - نادبة فضيل، المرجع السابق، ص 178.

² - احمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 256

³ - تنص المادة 123 مكرر من القانون المدني على: "يجوز أن يتصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير وبسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".



الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة: بين العقد و الإرادة المنفردة _____ أ. عبد السلام زعور

كون أن جميع الإيرادات تسعى باتجاه تحقيق هدف مشترك، فترتبط فيما بينها ارتباطاً وثيقاً لتحقيقه.

يستند الاكتتاب إلى نظام الشركة، إذا ما تم خلال المدة المعلن عنه، في حين يتم القيام بأعمال التأسيس اللاحقة

للمضي نحو إتمام تأسيس الشركة، وإذا لم تنتهي أعمال التأسيس خلال مدة محددة يتحرر كل مكتتب من التزامه، ويكون من حقه استرداد ما سدده مقابل اكتتابه¹.

يتم الاكتتاب بين جماعة المكتتبين الذين أخذت ميولهم إلى تأسيس الشركة أو الاشتراك في رأسمالها، فهو عمل جماعي يستدعي ارتباط هذه الجماعة في تكوين رأسمال الشركة أو زيادته، وهو عمل يُخدم مصلحة جميع المكتتبين.

لم يسلم هذا الاتجاه من النقد بسبب:

- أن صفة الجماعة التي يحاول هؤلاء إضفائها على الاكتتاب، إنما هي صفة تتعلق بصيغة إجرائية وليس لها أي ارتباط بالطبيعة القانونية للاكتتاب.

- هذا التكييف يستبعد دور المؤسسين في تأسيس الشركة، ويتجاهل علاقة المكتتبين بالشركة التي تنشأ عنها حقوق والتزامات لكلا الطرفين.

الخاتمة:

نظراً لأهمية الاكتتاب في عملية تأسيس شركة المساهمة وخلال ممارسة نشاطها وما يترتب عنه من آثار قانونية بالنسبة إلى المكتتبين والمؤسسين والشركة نفسها فإنه لا بد من تحديد مكانته ضمن التصرفات القانونية إذ يمكن اعتباره على أنه تصرف قانوني يمكن إدراجه ضمن النظرية العامة للعقود، فهو عقد مستقل له أحكامه العامة التي نص عليها القانون المدني وأحكامه الخاصة التي يتضمنها العقد في حد ذاته، على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وأنه عقد يبرم بين المكتتب والشركة مثله في مؤسسيها إذا كان الاكتتاب بغرض زيادة رأسمالها، ويعتبر الوصف العقدي له الأقرب والأكثر انسجاماً مع حقيقة المراكز القانونية المترتبة بين المؤسسين والمكتتبين والشركة، على اعتبار أن الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة تم وضع أحكامه القانونية مثله مثل بقية العقود التي نظمها المشرع.

¹ - الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الشركات التجارية، الجزء 2، منشورات البحر المتوسط، بيروت، 1982، ص 190.

