وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مخبر التنمية والديمقراطية وحقوق الإنسان في الجزائر

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

بعنوان:

التغيرات الطارئة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية

إعداد الطالب:

بن الذيب حمزة

إشراف الأستاذ:

أ.د ساعد العقون

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
د. علي خوجة خيرة	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة الجلفة	رئيسا
أ.د ساعد العقون	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مشرفا
أ.د داود منصور	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مشرفا مساعدا
د. شتاتحة وفاء أحلام	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة الجلفة	مناقشا
د. دروازي عمار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الجلفة	مناقشا
د. زايد بن عيسى	أستاذ محاضر (أ)	المركز الجامعي البيض	مناقشا
د. عايدي مبهوب	أستاذ محاضر (أ)	جامعة التكوين المتواصل	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

شكـــر وتقديـــر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

والحمد لله على توفيقه لسعينا

وما يسعنا في هذا المقام الكريم إلا أن نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ

الدكتور ساعد العقون على ثقته في عملنا وجهدنا، وعلى توجيهاته

وملاحظاته ونصائحه وقبوله الإشراف على هذه الأطروحة

كما لا يفوتنا أن نشكر أيضا الأستاذ داود منصور على ما استطاع أن

يجود به في سبيل إخراج البحث في أرقى حلته

وأيضا نتقدم بكل الشكر والامتنان للأستاذ بوخرص عبد العزيز الذي

أشار علينا بكفاءته وخبرته في تحليل ومناقشة أقسام وفروع هذه الأطروحة

كل الاحترام والتقدير كذلك لأعضاء الجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذا

العمل المتواضع

الإهـــــداء:

إلى من ظل يساندني ويدعمني ويزيدني ثقة وقوة

إلى من ألقى في نفسي روح الإسرار والعزيمة

أمي العزيزة الغالية

إلى أبي الذي دعمني في صمت وانتظر نجاحي

إلى زوجتي التي صبرت وتحملت انشغالي وسعدت بنجاحي

إلى جميع إخوتي الكرام وأختي الوحيدة العزيزة

دون أن أنسى ولدَيَّ وابنَتَيَّ الذين أتطلع لنجاحهم

إلى كل الأهل والأحباب والأصدقاء

قائمــة المختصـرات باللغـة العربيــة

ج:.....جزء.

ج.ر:.....جريدة رسمية.

ط:.....طبعة.

ص:.....صفحة.

ق.م.ج:.....قانون مدني جزائري.

ق.ت.ج:.....قانون تجاري جزائري.

Liste de principales abbreviations

C.A:…….....…….Cour d'appel.
Art:……..……Article.
Bull:…….……..Bulletin.
Cass:……..…….……La cour française de cassation.
Civ:…...……Chambre civile de la cour française de cassation.
Com:.....…Chambre commerciale de la cour française de cassation.
L.G.D.J:……..……..Librairie générale de droit et de jurisprudence.
N°:……...…...……..Numéro.
Op.cit:……Opère citato, dans l'ouvrage précité.
P:…….Page.
§:……...…….……..Paragraphe.

مقدمة:

أدى تطور الحياة الاقتصادية إلى ازدياد المجال التشريعي المنظم للشركات التجارية باعتبارها المحرك الأساسي لاقتصاديات الدول والعالم، فكان الاهتمام المتزايد بتنظيم جميع أنواع الشركات، سواء كانت شركات أشخاص أم شركات أموال، ولم تكتفي التشريعات بهذا، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، من خلال التطرق إلى التجمعات التي يمكن أن تتشكل من اتحاد بعض الشركات، وأيضا تحديد كل ما يتعلق بالشركات العالمية الكبرى، أو ما يسمى بالشركات المتعددة الجنسيات، من خلال التطرق إلى إنشائها ودخولها للمجال الاقتصادي للدول وتأثيراته عليها، وكذا مُتطلبات التَّكَيف التشريعي مع التطورات الاقتصادية التي فرضها التطور التكنولوجي والإلكتروني، عبر إنشاء الشركات الإلكترونية، والتسويق الإلكتروني، وكل ما ساهم في ذلك كالتوقيع الإلكتروني والمصادقة الإلكترونية وما يستتبع ذلك من ضرورات توافر أحكام خاصة بالعقد والتجارة الإلكترونيين عموما، وإن كان الواقع التكنولوجي يفرض نفسه حقيقة على النظام القانوني الذي يحاول جاهدا مواكبة كل هذه التطورات.

أما في الجزائر فقد تأثر المشرع عند تنظيمه لموضوع الشركات التجارية بالقانون الفرنسي الصادر سنة 1966، وذلك بالأمر 59/75 المتضمن القانون التجاري[1]، والذي أُدخلت عليه العديد من التعديلات المتلاحقة، ليبقى هذا القانون ساريا إلى يومنا هذا، حيث خص فيه موضوع الشركات التجارية بموجب أحكام الفصل الخامس منه، والذي تضمنته المواد من 544 وما يليها، مكتفيا بالحذف تارة أو التعديل والإضافة تارة أخرى، على خلاف بعض التشريعات التي آثرت أن يكون للشركات التجارية قانون خاص بها سُمي بقانون الشركات على غرار القانون التونسي والمغربي.

كما نشير إلى أن المشرع الجزائري كان قد تطرق إلى الأحكام العامة للشركات عموما سواء كانت مدنية أو تجارية، ضمن نصوص القانون المدني[2]، في المواد من 416 إلى 449 منه، حيث أورد تعريف الشركة بموجب أحكام المادة 416 والتي جاء فيها بأن: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك

[1]- الأمر 75/ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975.

[2]- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"[1].

وحسب هذا النص يجب أن تتوافر في عقد الشركة جميع الأركان العامة من رضا وأهلية ومحل وسبب، فضلا عن الأركان الموضوعية الخاصة، وهي تعدد الشركاء وتقديم الحصص، بالإضافة إلى نية المشاركة مع اقتسام الأرباح والخسائر، وهذا مع ضرورة التقيد بالشروط الشكلية التي يتطلبها القانون من كتابة وقيد في السجل التجاري، وتُستثنى من هذه الأخيرة شركة المحاصة بحكم القانون.

ويَمنح توافر الأركان والشروط المذكورة أعلاه للشركة شخصية قانونية تجعلها مستقلة عن الشركاء فيها، ويترتب عن ذلك آثارا لم يكن يتمتع بها غير الشخص الطبيعي، وهو الإنسان، وقد اصطلح على تسميتها بـ"الشخصية المعنوية".

هذا المصطلح الأخير أسال الكثير من الحبر، وأثار الكثير من الجدل بين الفقهاء وفقهاء القضاء على حد سواء، لفصل مسؤولية الشركاء عن مسؤولية الشركة باعتبارها كائن جديد ومستقل عن الأشخاص المكونة له، لتَظَل ملامح هذه الشخصية تتضح يوما بعد آخر، إلى أن تبنتها التشريعات للتعبير عن الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بالاستقلال المالي، ومنها الدولة وكافة مؤسساتها وإداراتها، بالإضافة إلى الشركات التجارية بأنواعها، عدا شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية بناء على نص القانون.

---

[1]- ويقابل نص المادة 416 المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء نصها كالتالي:

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

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes".

Modifié par Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 - art. 1 () JORF 12 juillet 1985 rectificatif JORF 13juillet1985.

ولقد عرف الدكتور محمد الصغير بعلي الشخصية المعنوية[1] بأنها: "مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال تتكاثف وتتعاون أو تُرصد لتحقيق غرض وهدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية، ويُقصد بالشخصية القانونية القدرة أو المكنة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات"، كما عَرّفها أيضا الأستاذ عمار بوضياف[2] بأنها: "مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتحد من أجل تحقيق غرض معين ومعترف لها بالشخصية القانونية، وهو كيان له أجهزة خاصة تمارس عملا معينا وأن هذه الفكرة تنتج عنها مجموعة آثار من الناحية القانونية تجعل من هذا الشخص قادرا على إبرام العقود وله ذمة مالية خاصة به، كما يتمتع بأهلية التقاضي".

كما تُعرف بأنها: "المكنة أو الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات"[3].

هذه الشخصية لا تكتسبها الشركة إلا بعد استيفائها لجميع الأركان المتعلقة بعقد الشركة، ويترتب على تمتعها بهذه الشخصية ميلاد شخص معنوي جديد له كامل الأهلية للتصرف في حدود الغرض الذي أنشئت من أجله، بالإضافة إلى اسم يميزها عن غيرها من الشركات ويختلف حسب طبيعة ونوع الشركة، كما يترتب عن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية أن يصبح لها موطن يكون مقرا وعنوانا لها تتعامل انطلاقا منه مع الغير وتُزاول فيه نشاطها، كما يترتب عن هذه الشخصية أيضا أن يكون للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها، وتكون الأداة التي تمكنها من تحقيق غرضها ومباشرة نشاطها التجاري، وهو أهم أثر نظرا لضخامة الأموال التي يمكن للشركة أن تتملكها، ولطبيعة وحجم المشروعات التي يمكن أن تقوم بها.

وقد نص المشرع الجزائر في المادة 49 من القانون المدني على أن الشركات التجارية والمدنية تعد أشخاصا اعتبارية، لينص في المادة 50 من نفس القانون على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون، ليقرر المشرع في المادة 417 من القانون نفسه اعتبار الشركة بمجرد تكوينها

---

[1]- محمد الصغير بعلى، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر، 2002، ص 25.

[2]- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص 141.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 114.

شخصا معنويا، دون أن تكون حجة على الغير إلا من تاريخ استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا.

غير أنه وبالرجوع إلى النصوص الواردة في القانون التجاري وتطبيق قاعدة الخاص يقيد العام، فإن المشرع الجزائري ربط في المادة 549 من القانون التجاري الجزائري اكتساب الشركة للشخصية المعنوية بقيدها في السجل التجاري، إذ نص على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري..."، ويتحمل مؤسسوها المسؤولية عن الأعمال والتصرفات التي تمت قبل هذا التاريخ، أي خلال فترة تأسيسها، على أن يتم نقل هذه الأعمال والتصرفات إلى الشركة بعد تأسيسها مع شرط قبولها لذلك لتصبح هي المسؤولة عن هذه الأعمال في مواجهة الغير والشركاء.

هذا النص ليس بالبساطة التي يبدوا عليها، فهو يربط الشركة وجودا وعدما بقيدها في السجل التجاري، وبالتالي تُثار المسؤولية عن الأعمال والتصرفات التي قامت بها الشركة في حالة تأسيسها مشتملة على عيب يجعل منها شركة قابلة للإبطال، مما يطرح الكثير من الأسئلة حول تمتعها بالشخصية المعنوية في هذه الحالة، فضلا عن المسؤولية عن كل الأعمال التي قامت بها الشركة أثناء فترة نشاطها.

ويزداد النقاش حدة نتيجة لربط اكتساب الشركة الشخصية المعنوية بالقيد في السجل التجاري، في حالة تأسيس شركة المساهمة، وما تتطلبه من إجراءات وتصرفات وتعهدات جمة يفرضها القانون للوصول إلى تأسيس شركة من هذا النوع، خاصة وأن تلك الأعمال والإجراءات تعد جوهرية وهامة لإخراج الشركة للوجود، كالاتفاق على مشروع الشركة، وإبرام قانونها الأساسي ثم مرحلة الاكتتاب وما تقتضيه من تقديم للأموال والحصص العينية، إلى غير ذلك من التعاملات التي تتم باسم الشركة ولحسابها، وهذا الأمر دفع بالمشرع إلى محاولة ضبطها وتحديد إجراءاتها، ولكن ليس من السهل أن تتم كل هذه العمليات والتصرفات وحتى الإجراءات باسم الشركة ولحسابها باعتبارها غير موجودة قانونا، وهو ما أدى بالفقه إلى التوجه للبحث عن حلول لتخفيف حدة هذه النتائج، أي البحث عن الوضع القانوني لتصرفات مؤسسي شركة المساهمة في مرحلتي ما قبل التأسيس وما بعدها.

وقد اعتبر المشرع كل من شركات التضامن شركة التوصية البسيطة وشركة المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم وشركة المساهمة البسيطة تجارية بحكم شكلها، أي أن القانون قد حدد قوالب هذه الشركات وما على الشركاء إلا اختيار شكل معين والتقيد بالقواعد الخاصة به والمحددة في القانون التجاري، لتكتسب بذلك الشخصية المعنوية، وهذا بعد أن تخلى المشرع عن المعيار الموضوعي للشركات التجارية، وتبنيه للمعيار الشكلي بغض النظر عن طبيعة نشاط الشركة.

غير أن المشرع استثنى تطبيق هذه الأحكام على شركة واحدة، تزاول نشاطا تجاريا بحسب الموضوع، وهذا النوع هو شركة المحاصة التي أورد لها المشرع أحكاما خاصة تضمنها المواد من 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري، وهي النصوص الوحيدة المنظمة لهذا النوع من الشركات، حيث فرض عليها المشرع صفة التستر، أي أنها لا تظهر للعيان، وهي نتيجة حتمية لعدم قيدها في السجل التجاري، وكأثر لذلك عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، ولكن رغم ذلك منحها المشرع صفة الشركة وتُعَامَلُ على أنها كذلك، وهذا ما استوجب من الفقه التدخل لتبرير قيام شركة المحاصة مع عدم تمتعها بالشخصية المعنوية وانعكاس ذلك على تعاملاتها مع الغير.

كما تواجه فكرة الشخصية المعنوية بعض الصعوبات أو الانتقادات في إقرارها، كالاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الوليدة بسبب هيمنة الشركة الأم عليها، فضلا عن الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة في مرحلة التصفية، أي بعد قرار حلها، بالإضافة إلى حالات أخرى تعتري الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة حياتها، نتيجة ظروف أو اعتبارات تطرأ عليها.

وبما أن الشخصية المعنوية للشركة التجارية هي فكرة أقرها الفقه واحتضنتها التشريعات إلا أنها لم تستقر على الحال الذي بدأت به، وإنما كانت ولازالت محل شد وجذب من طرف الفقه والاجتهاد القضائي، نظرا للعناصر غير المادية المترتبة كآثار لفكرة افتراضية، وهو ما تفرضه أيضا القضايا المتجددة التي غالبا ما يصعب محاولة إسقاطها على ما هو مقرر قانونا، ليخرج من نطاق القانون إلى آراء الفقهاء واجتهادات القضاء باعتبارهما صاحبي الفضل في وضع تصور واضح لفكرة الشخصية المعنوية.

ونظرا لأهمية الشخص المعنوي المتمثل في الشركة وتأثيره على الحياة الاقتصادية وباقي المجالات الأخرى السياسية والاجتماعية وحتى الرياضية وغير ذلك، وبالتالي تجاوزه للدور الذي يلعبه الشخص الطبيعي بشكل بارز، جعل من هذه الشخصية محل اهتمام فقهي ومعالجة تشريعية تضمن خضوع كل ما يتعلق بإنشاء الشركات وحياتها واكتسابها الشخصية المعنوية لأحكام قانونية دقيقة خاصة فيما يتعلق بالآثار المترتبة عن اكتساب الشخصية المعنوية، وما يترتب عنه من حقوق والتزامات في سبيل تحقيق غرض الشركة.

ويرجع **سبب اختيارنا لهذا الموضوع** إلى النقص المسجل في مثل هذه الدراسات، خاصة وأن جل ما سبق منها يركز على جزئية واحدة أو جزئيات قليلة تكون في الغالب مرتبطة بدراسة موضوع متخصص يشمل شكلا واحدا من أشكال الشركات، أو موضوع يدخل ضمن نطاق الأحكام العامة للشركات التجارية، مع تسجيل نقص كبير في الدراسات المتعلقة بالشخصية المعنوية كأساس واحد ووحيد للبحث، فضلا عن اهتمامي بمجال الشركات التجارية ورغبتي في التخصص في المواضيع التي يشملها قانون الشركات التجارية عموما، على أمل أن يكون هكذا عمل مرجعا للدارسين والباحثين في مجال الشخصية المعنوية بدءا من اكتسابها إلى غاية نهايتها وزوالها.

وتبرز **أهمية هذه الدراسة** في كون الشخصية المعنوية تعود على الشركة بالوجود أو العدم، فبوجودها نقول بوجود الشركة كشخص قانوني له حقوق وعليه التزامات، وبالتالي صلاحيته في مباشرة نشاطه لتحقيق غرضه، أما إذا اختلت هذه الشخصية، أو طرأ عليها ما فإن ذلك يحد من فاعليتها سواء في المحافظة على استقرارها، أو حتى على وجودها.

وتظهر أيضا أهمية موضوع الشخصية المعنوية للشركة من خلال المسؤولية عن الأعمال والتعهدات التي قام بها المؤسسون خلال فترة تأسيس الشركة من أجل أن تخرج هذه الأخيرة للحياة في شكلها الموافق للمتطلبات القانونية، وبصفة أدق إن كنا أمام تأسيس شركة مساهمة، وما تتطلبه من إجراءات قانونية وأعمال تحضيرية وتعاقدات مع الغير ومصاريف متعددة باسم ولصالح الشركة التي لم تولد بعد، مما يجعل إسناد المسؤولية لطرف معين أمر بالغ الصعوبة، في ظل اتجاه القوانين لعدم الاعتراف للشركات التجارية بالشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجاري.

كما تكون لهذه الشخصية دور بارز في تحديد المسؤوليات والسلطات داخل الشركة، ومدى مسؤولية شركائها أو مسيريها عن الأعمال أو الأخطاء التي قد يتسببون فيها، فضلا عن مدى مسؤولية الشركة عن أعمالها تجاه الغير، سواء كانت هذه المسؤولية مدنية أو جزائية، وذلك راجع لكون وجود الشركة مرتبط أساسا بوجود شخصية قانونية نشأت وفق الحدود والضوابط التي رسمها القانون.

ويبقى **الهدف من الدراسة** هو تحديد موقف المشرع الجزائري من الشخصية المعنوية خلال المراحل المختلفة التي تمر بها الشركة من تأسيسها إلى نهايتها، مع تقييم ما ذهب إليه، ومحاولة الوصول إلى الآراء الفقهية أو الاجتهادات القضائية التي تكرس بعض المبادئ الحديثة التي فرضها الواقع، مع تقييم المعالجة القانونية للشخصية المعنوية في مختلف مراحل حياة الشركة، ومحاولة الوصول إلى اقتراحات تمهد الطريق أمام المشرع لمراجعة أو تعديل بعض الأحكام التي أضحت لا تتماشى مع متطلبات التطورات الاقتصادية.

وعن **الصعوبات التي اعترضت هذه الدراسة**، فتتمثل في تشعب واتساع مجالها، كونها تشمل الحالة التي تكون عليها الشخصية المعنوية في كل مراحل حياة الشركة من جهة، وكل أنواع الشركات التجارية من جهة أخرى، بالإضافة إلى تناثر الأجزاء التي تشملها هذه الدراسة بين مختلف المراجع، وهو ما زادنا عزيمة وإصرارا على إخراج هذا العمل بشكل يليق بأهمية هذا الموضوع، ساعين للتحكم فيه وبناء أفكاره بطريقة مباشرة ومختصرة، متجنبا الدراسات النظرية المتعلقة بالإطار المفاهيمي للمصطلحات التي اشتملها الموضوع، مقتصرين بذلك على كل ما يشمل الشخصية المعنوية وما يؤثر فيها خلال مختلف مراحل حياة الشركة.

وبالنسبة **للدراسات السابقة** فإننا لم نجد أي دراسات تتطرق لموضوع الشخصية المعنوية للشركات التجارية على اختلاف أشكالها، وفي مختلف مراحل حياتها، بل كانت كلها تتحدث عن الشخصية المعنوية في معرض حديثها عن الموضوع الأصلي وما قد ينتج عن ذلك من آثار، ونذكر من ذلك ما يلي:

- أطروحة دكتوراه موسومة ب: "اندماج وانفصال الشركات التجارية" تاريخ مناقشتها (2017/2016) لمؤلفها بوجنان نسيمة، والتي تطرقت فيها كذلك لتأثير الاندماج والانفصال على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

- أطروحة دكتوراه كذلك موسومة بـ "حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية" تاريخ مناقشتها (2017/2016) لمؤلفتها زكري إيمان، والذي تحدثت فيه عن حماية الغير الذي تعامل مع الشركة في حالة اختلال شخصيتها المعنوية، عبر كل مراحل حياتها من تأسيسها إلى انقضائها وحلها.

- مقال موسوم بـ "الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري" تاريخ نشره (جوان 2016) لمؤلفه د. فتاحي محمد، والذي تطرق فيه إلى الشخصية المعنوية للشركة الفعلية وتأثير اختلال أحد أركانها على وجودها من جهة وعلى علاقتها مع الغير الذي تعامل معها من جهة أخرى.

- مقال آخر موسوم بـ "الوضع القانوني لتصرفات الشركة المساهمة في مرحلتي ما قبل التأسيس وما بعدها" تاريخ نشره (2015) لمؤلفته فادية محمد اسماعيل، والذي تطرقت فيه إلى المسؤولية عن تصرفات المؤسسين في مرحلة التأسيس في ظل غياب الشخصية المعنوية في تلك الفترة.

ونظرا للمراحل التي تمر بها الشركة من بداية تأسيسها إلى غاية حلها وانقضائها، وتأثير ذلك على تمتعها بالشخصية المعنوية التي تتحدد وفق غرضها سواء في مرحلة التأسيس، أو في مرحلة حياة الشركة ومزاولتها نشاطها أو في مرحلة انقضائها وتصفيتها، وهو ما يطرح أمامنا **الإشكالية** التالية:

ما مدى تأثير الأوضاع المختلفة للشركة التجارية في عديد مراحلها على حدود شخصيتها المعنوية؟

وهذه الإشكالية تتفرع منها العديد من التساؤلات المتعلقة بالشخصية المعنوية وحدودها عبر المحطات التي تمر بها الشركة انطلاقا من تأسيسها إلى غاية انقضائها وهي:

- هل تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية خلال فترة تأسيسها، تحديدا شركات الأموال التي تحتاج في تأسيسها إلى إجراءات معقدة وتصرفات عديدة لإخراج الشركة للوجود؟

- هل تبقى الشركة متمتعة بشخصيتها القانونية إلى المدة المتفق عليها في عقد الشركة وجوبا؟ أم هناك حالات يمكن فيها للشخصية المعنوية للشركة أن تزول؟

وفي سبيل الوصول إلى نتائج سليمة وواضحة، وتأصيل دقيق لهذا الموضوع الهام والمتعلق بالشخصية المعنوية للشركة وأوضاعها نتيجة ما يطرأ على الشركة من تغيرات بَدْأً من اجراءات تأسيسها إلى غاية انقضائها، وهو ما ينعكس لا محالة على قدرة الشركة في مواصلة تحقيق غرضها أو وضع حد لها بإنهائها، فضلنا اعتماد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي للتمحيص في ما يتطلبه النص القانوني من جهة، وما يذهب إليه الفقه والاجتهاد القضائي من جهة أخرى، وهو ما يفرض علينا بالضرورة اللجوء إلى الدراسة المقارنة لاستقراء ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة، ومقارنته مع التشريع الجزائري.

وقد ارتأينا الإجابة عن هذه الإشكالية وعن التساؤلات التي تُثار في خِضمها عبر تقسيم هذه الدراسة إلى بابين، **الأول** نتحدث فيه عن مظاهر الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس والآثار المترتبة على ذلك، أما **الباب الثاني** فنتطرق فيه إلى تغيرات الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة حياتها.

الباب الأول:

مظاهر الشخصية المعنوية

للشركة التجارية في مرحلة

التأسيس والآثار المترتبة على ذلك

الأصل أن الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ما لم يتم قيدها في السجل التجاري، ولكن نتيجة ما يظهر من تصرفات المؤسسين باسم الشركة، وتعاملهم مع الغير الذي يرى نفسه يتعامل مع شركة قائمة، كان على بعض التشريعات أن يسايروا ما توصل إليه القضاء في غالب الأحيان، فيما يخص تمتع الشركة بالشخصية المعنوية التي تؤهلها القيام بالأعمال والتصرفات التي تدخل ضمن الغرض الذي أنشأت من أجله، وخاصة خلال فترة تأسيس الشركة، أين يقوم المؤسسون بكافة الأعمال والتصرفات التي من شأنها أن تُخرج الشركة للوجود، بالإضافة إلى الحالة التي تظهر عليها الشركة أثناء تعاملها مع الغير وهي في ذات الوقت قد تشتمل على سبب من أسباب البطلان.

غير أن البعض قد يتساءل عن ضرورة تمتع الشركة بالشخصية المعنوية التي تؤهل الشركة لمباشرة أعمالها وتحقيق غرضها، خاصة أن المشرع الجزائري قد اعتبر شركة المحاصة نوع من أنواع الشركات التجارية رغم كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا يشترط فيها الكتابة ولا يتم إشهارها للغير وجوبا.

وحرصا منا على تأصيل ما يتعلق بالشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس، كان لزاما علينا أن نقسم الموضوع إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول إلى جدلية الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس، ثم نحدث في الفصل الثاني عن تأثير اختلال شروط تأسيس الشركة التجارية على شخصيتها المعنوية.

الفصل الأول:

جدلية الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس

لا تكتسب الشركة التجارية وفقا للقواعد العامة الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجاري[1]، رغم ذلك لم يتوانى المشرع عن وضع بعض القواعد والأسس التي تفرض على مؤسسي الشركة في مرحلة التأسيس إتباع إجراءات معينة، وتحكم العديد من التصرفات التي توحي بوجود شركة قائمة في وضعها القانوني الصحيح.

وتدخل المشرع على هذا النحو جاء نتيجة لبروز ملامح توحي بوجود الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس نتيجة تصرف المؤسسين باسم ولحساب الشركة، وتعامل الغير معها على أساس أنها شركة قائمة وصحيحة، لكن التساؤل يبقى قائما حول مدى تمتع الشركة في هذه الحالة بالشخصية المعنوية؟

وأبرز ما يمكن أن يثار حول مدى تمتع شركة المساهمة في مرحلة التأسيس بالشخصية المعنوية، يكون في حالة الشركة التي تم تأسيسها متضمنة اختلالا في أحد أركانها الشكلية وهي ما يصطلح عليه بالشركة الفعلية (مبحث أول)، بالإضافة إلى المظهر الذي يميز شركة المساهمة في مرحلة تأسيسها نتيجة الإجراءات التي يفرضها المشرع من جهة، ونتيجة التعاملات مع الغير باسم الشركة (مبحث ثاني)، وهو ما سنفصله بالبحث والدراسة.

[1]- المادة 549 من القانون التجاري الجزائري، والتي يقابلها في التشريع الفرنسي؛
Art 1842 C. civ Fr, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

المبحث الأول: الشخصية المعنوية للشركة التجارية في حالة الوجود الو اقعي أو الفعلي

بعد توفر جميع أركان الشركة تصبح لهذه الأخيرة الشخصية القانونية المصطلح عليها بـ "الشخصية المعنوية" التي تؤهلها قانونا التعامل مع الغير في إطار الغرض المحدد لها[1]، أما إذا تبين بعد حين من تأسيسها أنها غير مستوفية لبعض من أركانها أو شروطها، زال الوصف السابق عنها ليدخلها في وصف جديد تسمى بمقتضاه "الشركة الفعلية"، وتبدأ هذه الفكرة فيما لو استمرت الشركة رغم اختلال أحد أركانها في ممارسة النشاط الذي أُسست من أجل القيام به[2]، وتعاملت مع الغير الذي لم يكن على علم بذلك الاختلال، هذا التعامل حال دون تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة حفاظا على مصالح من تعاملت معه من جهة[3]، وللطبيعة الخاصة لعقد الشركة التي تفرض استبعاد قواعد البطلان المقررة في القانون المدني من جهة أخرى، فهل يمكن اعتبار جميع التصرفات التي قامت بها الشركة صحيحة؟

ولتفصيل ذلك كان لزاما علينا التطرق لعوامل قيام الشركة الفعلية ومدى تأثيرها على استمرارية الشركة التجارية (المطلب الأول)، بالإضافة إلى الحلول القانونية للفكرة الشركة الفعلية وأثرها على شخصية الشركة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عوامل قيام الشركة الفعلية ومدى تأثيرها على وجود الشخصية المعنوية للشركة

تقوم الشركة بتوافر جميع أركانها الموضوعية، العامة منها والخاصة، بالإضافة إلى الأركان الشكلية المطلوبة، ومن المُسَلَّم به قانونا أننا لا نكون أمام شركة تجارية في حالة تخلف أي من الأركان الموضوعية الخاصة[4]، غير أن الجدل حول أثر تخلف أحد الأركان الشكلية،

---

[1]- وللتفصيل أكثر حول مفهوم الشخصية المعنوية للشركة التجارية، أنظر رضوان أبو زيد، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الجلد 12، العدد 1، 1970، الصفحات من 193 – 216.

[2]- خالد عبد القادر عيد، الشركة الفعلية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد التاسع عشر، يوليو 2017، ص 270.

[3]- سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات –القانون التجاري العام، الشركات، المؤسسة التجارية، الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 274.

[4]- خالد عبد القادر عيد، مرجع سابق، ص 273.

وهي الكتابة والشهر، كان محتدما، وأيضا في حالة نقص الأهلية وعيوب الرضا، على قيام الشركة التجارية من عدمه، وبالتالي مدى تأثيره على الشخصية المعنوية للشركة؟

وفي هذا الإطار تبنت التشريعات الوطنية والمقارنة نظرية الشركة الفعلية كحل يضمن حقوق الغير وحتى الشركاء، مع إمكانية اضفاء الشخصية المعنوية للشركة، ولكن بقدر متفاوت بين التشريعات المقارنة يختلف حسب رؤية كل مشرع لها ومدى اقتناعه بالنظريات الفقهية التي تبرر قيام الشركة الفعلية (الفرع الأول)، والتي من خلالها يتم تحديد مفهومها (الفرع الثاني)، ولتبيان ذلك سنتطرق بنوع من التفصيل إلى هذه النظريات لنصل إلى تحديد مفهوم الشركة الفعلية.

الفرع الأول: النظريات الفقهية لتبرير قيام الشركة الفعلية واستمرار الشخصية المعنوية للشركة

يعد تكريس التشريعات لنظرية الشركة الفعلية حماية لمصالح مختلفة تطبيقا لما تقتضيه مبادئ العدالة لتفادي الكثير من الآثار السلبية لبطلان الشركة التجارية، خاصة بالنسبة للغير، وهو ما يجعل من الضروري تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية والمبدأ الذي ترتكز عليه صحة التصرفات والتعاملات التي قامت بها شركة غير موجودة قانونا، وقد تقاسمت هذه الفكرة العديد من النظريات ومنها:

أولا: نظرية العقد المستمر

تقوم هذه النظرية على أساس اعتبار عقد الشركة من العقود مستمرة التنفيذ، وهو العقد الذي يندمج فيه الزمن فيكون عنصرا جوهريا تتقرر به الالتزامات الناشئة في العقد، ومثاله عقد الإيجار وعقد العمل، حيث يعتبر الزمن أساسيا في تحديد المنفعة في الحالة الأولى، أو في تحديد مقدار الخدمات التي يؤديها العامل في الحالة الثانية، وهو يختلف عن العقد الفوري الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه[1].

ويعود سبب إقامة الشركة الفعلية من طرف الفقه والقضاء على أساس هذه النظرية إلى أثر الفسخ في العقد مستمر التنفيذ، إذ لا ينسحب ذلك الأثر إلى الماضي لأن ما تم تنفيذه

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 165.

لا يمكـن إعادته، فإذا فُسِخ عقد الإيجار مثلا لا يتصور استرداد المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابـل استرداد الأجـرة، وهـذا الأثر بطبيعة الحـال مُوافـق لفكـرة الشركة الفعليـة التي لا ينسحب أثر البطلان فيها إلى الماضي، وطالما أن عقد الشركة من قبيل العقود المستمرة التنفيذ ومن عقود المدة، فإن بعض الفقه وبعض الاتجاهات القضائية[1] تذهب إلى أن تبرير قيام الشركة الفعلية يَكْمُنُ في هذا التصور والتحليل، أي أن تقرير بطلان عقد الشركة لا ينطبق إلا على مستقبل العقد، وقبل ذلك فالشركة موجودة حكما وقانونا حتى الحكم ببطلانها[2]، فالشركة تمارس النشاط القانوني بصورة اعتيادية إلى أن يتضح أنها تفتقد لبعض أو لأحد أركان تأسيسها، وبهذه الصورة فإنها تُعَدُّ وَلِحين الوقوف على الخلل الذي يشوب أحد أركانها شركة قائمة بصورة صحيحة.

غير أن النقد الموجه لهذه النظرية هو أن هذا التبرير لا يستقيم، ذلك أن الشركة ومنذ لحظة اختلال أحد أركانها تُعد باطلة، وإن كانت هذه الشركة الباطلة تُنشئ شخصا معنويا يمكن أن يُجري تعاملات وتصرفات مع الغير[3].

ويرى هذا الفقه تبعا لذلك وكضرورة، أن يتمتع هذا الشخص المعنوي بوجود فعلي، منتقدين مؤيدي هذه النظرية بالخلط بين مفهوم الشركة كعقد، وبين مفهومها كشخص معنوي، فالشركة تَثْبُت لها الشخصية المعنوية منذ لحظة تكوينها، سواء كان إنشاؤها صحيحا أو قابلا للإبطال، لأن البطلان لا يمنع تكوين الشركة وإنما يجعلها مهددة بالانهيار، فالبطلان لا يُلغي حياة الشخص المعنوي طوال الفترة السابقة لبطلانه لأنه عاش فعلا ومارس نشاطه على نمط الأشخاص الطبيعية.

ويلاحظ أن القول بوجود الشخصية المعنوية لجميع الشركات الصحيحة والباطلة وبقاء هذه الشخصية منذ إنشاء هذه الشركة حتى انتهائها بالتصفية يترتب عليه إجحاف في حق الغير، لعدم تمتعه بحق الاختيار بين طلب بطلان الشركة، أي طلب بطلان الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي في مواجهتهم، وبين الاعتراف بصحتها، لأن ثبوت الشخصية

---

[1]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية –دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص 63.

[2]- مرجع نفسه، ص 63.

[3]- علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 152.

المعنوية لها حتى في حالة بطلانها يجعلها بمقام الشركة الصحيحة مما ينفي حجة كونها باطلة ويكون مانعا من طلب بطلانها.

ثانيا: نظرية الشخصية المعنوية.

يستند هذا الرأي إلى فكرة الشخصية المعنوية على أساس أن الشركة مبنية على فكرة العقد لأنها وليدة الاتفاق بين الشركاء، وباعتبارها شخص معنوي كون عقدها يُنشئ شخصا جديدا مستقلا عن شخصية الشركاء، وبالرغم من وجود خلل بالشركة، فإن إمكانية إبطالها لا تمنع تكوينها، وإنما يجعلها هذا الخلل مهددة بالزوال، وأن زوالها بعد الحكم ببطلانها لا يعني إلغاؤها طول الفترة السابقة لأنها عاشت لفترة معينة، ومارست نشاطها بشكل طبيعي[1].

وجاء الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة الفعلية من أجل تبرير صحة التصرفات التي تبرمها لمصلحة الغير حسن النية، وقد أيد غالبية الفقه[2] هذا الأساس لرفض تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان.

وبالرغم من ذلك تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة منها.

- أن الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية لكل الشركات، سواء كانت قانونية أو باطلة لا يؤدي لحماية الغير، لأنه يمنعه من حقه في الاختيار بين طلب بطلان الشركة وإبطال التصرفات التي قامت بها، وبين الاعتراف بصحتها[3].
- بالإضافة إلى ذلك، فإن الأخذ بهذه النظرية ينكر الجزاء المترتب عن الإخلال بأركان الشركة وشروطها اللازمة قانونا.
- أنه لا يمكن القول بوجود شخصية معنوية واستمرارها، إلا إذا كانت الشركة تتمتع بها منذ البداية، فلا يمكن القول أنها باقية طالما أنها غير موجودة.

وبالرغم من ذلك فقد لاقت هذه النظرية نجاحا كبيرا[4]، عندما استند الفقه على الأساس القانوني المتمثل في بقاء الشركة متمتعة بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية.

---

[1]- Henri. Temple , Les sociétés de fait, L.G.D.J , paris, 1975,p 290.

[2]- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان، 2016-2017، ص 89.

[3] -Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, R.D.I, Dalloz, Paris, 1954, p 618.

[4]- زكري إيمان، مرجع سابق، ص 90.

إضافة إلى هذه النظرية ظهر أساس آخر ومهم، وهو الذي اعتمده القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات، وهو:

ثالثا: نظرية حماية الوضع الظاهر

أساس هذه النظرية هو فكرة حماية الوضع الظاهر، ويبرر بعض الفقه وبعض الاتجاهات القضائية وجود الشركة الفعلية بالاستناد إلى نظرية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية، ذلك أن الغير قد تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على اعتبار أنها شركة صحيحة، واطمأن لوجودها، فليس من العدالة أن يفاجأ ببطلان الشركة لسبب قد يكون خافيا عليه.

وتعد نظرية الوضع الظاهر إحدى النظريات التي وضعها القضاء وساهم الفقه في تطويرها واعتمدتها القوانين التجارية بالنسبة للشركة التي اختل أحد أركانها اصطلح على تسميتها بالشركة الفعلية[1]، ولهذا فإن تطبيق فكرة الوضع الظاهر على نظرية الشركة الفعلية يقوم أساسا على إقرار صحة المعاملات الناشئة بين الشركة والغير، استنادا إلى مظهر الشركة، خاصة الغير حسن النية، على اعتبار أن هذا ما تمليه العدالة وتحتمه الضرورة بداعي استقرار أعمال المظهر الجديد رغم مخالفته للحقيقة، واعتباره منتجا لنفس الآثار التي كان يمكن أن تنشأ عنه لو كان صحيحا.

وكنتيجة لما تقدم يتضح بأن الظاهر الذي يعنيه هذا الفريق من الفقه، هو ذلك الوضع الواقعي المخالف للحقيقة، والذي يُخفي وضعا حقيقيا يُوهم الغير بأنه في مركز يحميه القانون، فيبعث في نفسه الثقة بأنَّ كل ما يُقْدِم عليه يدخل في كنف الشرعية ونطاق الحق وحماية القانون[2].

هذه النظرية تكرست حماية للغير الذي تعامل مع الشركة قبل بطلانها، وهي تقدم تبرير عدم امكانية تمسك الشركاء ببطلان الشركة تجاه الغير.

---

[1]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 67.

[2]- نعمان محمد خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1977، ص 59.

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات، خاصة في بعض الدول التي تقرر تشريعاتها اكتساب الشركة للشخصية المعنوية من تاريخ القيد في السجل التجاري، وأبرزها الانتقادات التالية:

- هذه النظرية لا تأخذ بعين الاعتبار التمييز بين مظهر الشركة وبين مظهر الشخصية المعنوية إذا ما تقرر اكتساب الشخصية المعنوية من تاريخ القيد في السجل التجاري، إذ أنه، "ولكي يمكن اعتماد فكرة المظهر كأساس للعلاقات بين الغير والشركة الفعلية فإنه لا يكفي أن يكون لهذا التجمع شكل شركة أو شكل جماعي، بل ينبغي أن يستطيع الغير الدفع بمظهر شخصية هذه الشركة، ولا توجد مشكلة عندما تكون الشركة مقيدة في السجل التجاري، إذ أنها تتمتع بالشخصية المعنوية، إلا أن المشكلة التي تثور عندما تكون الشركة غير مقيدة في السجل، فهنا من الصعب التأكد بأن الغير تعامل مع كيان قانوني"[1].
- أن حسن النية كشرط الظاهر غير قائم دائما، إذ أن الأفراد الذين يتعاملون مع شركة تجارية يعلمون بأن الشخصية القانونية لتلك الشركة لا تتقرر إلا بقيدها في السجل التجاري.
- طالما أن المظهر ينشأ من الواقع، فالآثار القانونية للشركة لا تتولد عن المظهر بمعنى الكلمة وإنما عن الوجود الفعلي للشركة في الماضي[2].

الفرع الثاني: مفهوم نظرية الشركة الفعلية وأثرها على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية

قد يبدوا على الشركة التي شابها عيب البطلان عند تأخر طلبه كل علامات الصحة، فيدخل الغير معها في تعاملات وتصرفات قد ينتج عنها حقوق والتزامات، والأصل أن هذه التعاملات تكون صحيحة وسليمة كون أن الغير يبرمها بحسن نية، ولكن طبقا للأحكام العامة للبطلان فإن كل تلك التصرفات تعد باطلة كونها أبرمت مع شخص لا وجود له قانونا[3].

---

[1]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 72.

[2]- مرجع نفسه، ص 72.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، مرجع سابق، ص 110.

غير أن القضاء وبغرض الحد من آثر البطلان[1] التي ينبغي أن تطبق على الشركات التجارية، اعترف بوجود الشخص المعنوي المترتب عن العقد الباطل وجودا فعليا وواقعيا، وهو ما اصطلح على تسميته بالشركة الفعلية، وهذا في الفترة ما بين تكوينها إلى تقرير بطلانها[2]، لذلك وجب علينا أولا أن نحدد تعريف الشركة الفعلية وأن نميزها عما يشابهها من مصطلحات، لنتطرق بعدها إلى الحديث عن شروط تطبيقها.

أولا: تعريف نظرية الشركة الفعلية وتمييزها عن غيرها

يتوجب علينا أولا التطرق إلى تعريف الشركة الفعلية لنتمكن من تمييزها عن غيرها من المصطلحات التي تتشابه معها.

1- تعريف الشركة الفعلية:

يدل تعبير الشركة الفعلية على الحالة الناشئة عن شركة باطلة قانونا، أراد الشركاء تكوينها وباشرت نشاطها قبل إعلان بطلانها[3]، ويتضح من ذلك أن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة لا يحول دون تقرير بطلانها، وإنما تظهر أهمية الاعتراف بالشركة الفعلية من حيث منع سريان البطلان بأثر رجعي، ومن حيث إفساح المجال أمام تصفية الشركة وفقا لأحكام تصفية الشركات[4].

ومن خلال هذا يمكن القول أن الشركة الفعلية هي شركة اتجهت إرادة الأطراف المشاركين فيها إلى إنشائها وفقا لأحد أشكال الشركات التجارية المعروفة وباشرت نشاطها[5]، ثم قُضي ببطلانها لأن تأسيسها اشتمل على سبب من أسباب البطلان، علما أنه ليس كل سبب للبطلان يخلف وراءه بالضرورة شركة فعلية –كما سنرى لاحقا- وتشمل نظرية الشركة الفعلية مرحلة نشاط الشركة السابق عن إعلان بطلانها.

---

[1]- خالد عبد القادر عيد، مرجع سابق، ص 275.

[2]- عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999، ص 710.

[3] - Alfred Jauffret, Droit commercial, 20 éd, L.G.D.J Paris ; 1991 ; p 161.

[4]- حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين بشايره، مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، عدد 03، 2007، ص 53.

[5]- بلال عطية حسن فرج الله، بطلان الشركات التجارية –دراسة مقارنة، طبعة أولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 250.

2- تمييز الشركة الفعلية عما يشابهها:

يحصل في العديد من الأحيان أن يتداخل مفهوم ووضع الشركة الفعلية مع بعض الأوضاع والمفاهيم الأخرى التي تقترب بصورة أو بأخرى من مفهوم أو وضع تلك الشركة، ومن بين تلك المفاهيم نذكر ما يلي:

أ- الشركة الفعلية والشركة الناشئة من الو اقع:

يظهر الفرق بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة من الواقع، كون الأولى شركة قانونية اختل أحد أركانها، لم يراعى في تأسيسها القواعد التي نص عليها القانون، وكان للأطراف فيها نية تأسيس شركة ذات نموذج محدد، وهي تأخذ جميع أشكال الشركات، عدا شركة المحاصة، إذ ليس هناك شك في وجود نية الاشتراك بين الشركاء لغرض إنشاء شركة، فالشركة الفعلية تنشأ أصلا لتكون شركة قانونية، ولكن ينقصها إجراء معين يجعلها شركة غير صحيحة.

ولهذا نقول أن الشركة الفعلية مبنية على التعاقد والإرادة الصريحة، حيث يتم تأسيسها بإرادة الشركاء طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا، إلا أن ذلك العقد يلحقه عيب مبطل، كعدم قيده في السجل التجاري أو شهره مثلا، وتثار مسألة البطلان في هذه الحالة بعد أن تكون الشركة قد مارست نشاطها لفترة من الزمن، بخلاف الشركة الناشئة من الواقع التي لا تقوم على أي نوع من عقود الشركات[1]، كما لا تكون لدى أطرافها أي نية في تأسيسها، فهي تنشأ بطريقة تلقائية نتيجة لاشتراك عدة أشخاص معا لتحقيق هدف واحد دون أن يكون في نيتهم إنشاء شركة ما، عكس الشركة الفعلية التي لا تكون فيها نية الأطراف محل شك في تأسيس الشركة[2]، إلا أن الشركة الناشئة من الواقع غالبا ما تكون محل جدل فيما يتعلق بالتكييف القانوني للوضع الذي خلفته تلك النية.

[1]- بياراميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 22.

[2]- تعرف نية الاشتراك بأنها: "رغبة إرادية تدفع الشركاء إلى التعاون فيما بينهم تعاونا إيجابيا وعلى قدم المساواة من أجل تحقيق أهداف مشتركة"، أنظر، محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 281.

ويكون أساس الشركة الناشئة من الواقع ليس العقد وإنما هو العمل المشترك، الذي يرمي إلى اقتسام الربح والخسارة، مع اتجاه ذوي الشأن للتعاون على قدم المساواة، وتتمثل أهم صوره في اشتراك بعض الحرفيين أو صغار التجار أو التعاون بين الزوجين.

ويرى البعض أن الشركة الفعلية تحتفظ بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لأعمال التصفية رغم الحكم ببطلانها، وذلك حتى تتمكن من تأدية كل ما يلزم من تصرفات خلال فترة التصفية[1]، وفقا لما اتفق عليه الشركاء في عقد الشركة المقرر بطلانه، وحسب الشكل المحدد فيه، بخلاف الشركة الناشئة من الواقع التي تتم تصفيتها بالاستناد إلى القواعد العامة للشركات والخاصة بشركة التضامن دون التقيد بشروط أو ضوابط قد يضعها الأطراف لكونها تكونت بصورة تلقائية دون وجود عقد أو نية لدى أطرافها لتأسيس شركة أو اعتماد نوع معين من الشركات[2].

ويري الأستاذ بيارا ميل طوبيا أن الشركة الفعلية تكتسب قبل إعلان البطلان الشخصية المعنوية، في حديثه عن تمييزها عن الشركة الناشئة من الواقع التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية[3]، إلا أننا نرى أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، وإنما هو رأي صحيح إذا تأسست الشركة صحيحة ثم طرأ عليها سبب أدى إلى إبطالها، وبالتالي تصبح شركة غير مستوفية الشروط مع استمرارها في النشاط، فتكون خلال تلك الفترة شركة فعلية، أما إذا تأسست الشركة مشتملة على عيب ما، وباشرت بعد ذلك نشاطها، فإنها في هذه الحالة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، كونها لم تستكمل الشروط أو الأركان الخاصة بتأسيس الشركة، وتبريرنا لذلك ما أخذت به التشريعات من أن الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، باستثناء ما ذهبت إليه بعض التشريعات الحديثة، كما سوف نرى لاحقا.

---

[1]- المادة 766 فقرة ثانية من القانون التجاري تنص على أنه: "وتبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها"، ويقابلها في التشريع الفرنسي؛

Art 1844-8 C. civ Fr, Modifié par Loi n°88-15 du 5 janvier 1988 - art. 2 JORF 6 janvier 1988.

[2]- بيارا ميل طوبيا، مرجع سابق، ص 23.

[3]- مرجع نفسه، ص 24.

ب- الشركة الفعلية ونظرية تحول العقد:

تعني نظرية تحول العقد أنه إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد، وأساس ذلك هو أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تَصَرُّف آخر فيتحول التصرف المقصود أصلا-وهو التصرف الباطل- إلى التصرف الذي توافرت عناصره ويعتبر صحيحا.

ويَسْتوجِب تحول العقد ثلاثة شروط وهي:

1- بطلان التصرف الأصلي، لعدم توافر شروطه وأركانه.
2- وجوب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر.
3- يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي يتحول إليه التصرف الباطل.

وتطبيق نظرية تحول العقد على عقد الشركة الذي يشوبه عيب يؤدي إلى بطلانه، يترتب عليه تحول هذا العقد إلى عقد آخر كأن يكون عقد قرض مثلا أو حالة شيوع وفقا لانصراف نية الأطراف، غير أنه في جميع الحالات لا مجال لوجود الشركة أصلا، وهو ما لا يتوافق مع الأخذ بالشركة الفعلية من حيث النتائج المترتبة على كل منهما، إذ تبقى الشركة صحيحة في الماضي، وإبطالها أو تحولها إلى شركة صحيحة في المستقبل.

ج- تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة:

رغم أن الشركة الفعلية تشترك في بعض صورها مع شركة المحاصة، كحالة عدم الإشهار مثلا إذا كانت ذلك سبب الإبطال، إلا أن الشركة الفعلية تنشأ أصلا لتكون شركة في مواجهة الغير تتمتع بالشخصية المعنوية، في حين تنشأ شركة المحاصة لتكون مجرد اتفاق بين الشركاء على اقتسام الأرباح والخسائر[1]، دون أن يهدف الشركاء إلى أن تتخذ الشركة

[1]- نص عليها المشرع الجزائري في المواد 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 5 من القانون التجاري، حيث أورد المشرع مفهوم شركة المحاصة في المادة 795 مكرر 1 بأنه: "يجوز تأسيس شركة محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية".
سمير عالية، أصول القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 1996، ص 249.

مظهرا مستقلا أمام الغير[1]، غير أن ذلك لا يمنع شركة المحاصة من أن تقوم بأعمال ضخمة أو لآجال طويلة، كأن تقوم باستغلال مصانع إنتاجية على أن يكون شركاؤها أشخاصا طبيعيون.

ومن الناحية العملية لا يستطيع القضاء بسهولة أن يكشف عن نية الشركاء، ما إذا كانت تتجه إلى تكوين شركة محاصة أم إلى تكوين شركة أشخاص أخرى لم تتوفر فيها الأركان الشكلية لتصبح شركة فعلية، إذ يمكن للقضاء أن يتحرى هذه النية على أساس الوقائع المرتبطة بكل حالة على حدى، فإن دلت الظروف على أن الشركة قامت لتبقى خفية بأن كان مظهر الشركة لا يقوم إلا بين الشركاء، كان للقضاء أن يقرر وجود شركة محاصة، أما إذا كان مظهر الشركة يقوم على العلاقة بين الشركاء أنفسهم، وبينهم وبين الغير في نفس الوقت، فإننا نكون أمام شركة تضامن فعلية، وليس شركة محاصة.

وإذا كان وجود شركة أشخاص فعلية فرض قائم في الحالة التي يطلب فيها أحد الشركاء إبطال الشركة لعيب شاب رضاه أو نقص في أهليته[2]، فإن التساؤل الذي يطرح هو؛ هل من الممكن قيام شركة محاصة فعلية بين الشركاء في حالة إبطال شركة المحاصة بسبب عيب في رضاء أحدهم أو نقص أهليته، خاصة إذا ما علمنا أن تلك الشركة هي من شركات الأشخاص التي يجب أن تتوافر لقيامها الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة؟

يرى بعض الفقه[3] بأنه وإن كانت الشركة الفعلية قائمة أصلا لحماية الغير الذي اطمئن إلى الظاهر، وأن هذا الفرض سيقوم بالنسبة لشركة المحاصة، إلا أنه لا يمكن إغفال الفائدة التي تعود على الشركاء إذا ما سلمنا بقيام شركة محاصة فعلية في الفرض الذي نتعرض له، إذ تُتبع عند توزيع الأرباح أو الخسائر بين الشركاء في الفترة السابقة على تقرير البطلان، واستنادا إلى هذا الرأي يمكن تصور قيام شركة محاصة فعلية.

---

[1]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 124.

[2]- حيث نص المشرع في المادة 742 من القانون التجاري الجزائري بأنه: "لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية. غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير، من طرف عديم الأهلية أو ممثليه الشرعيين، أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف"

[3]- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 109.

بينما يرى فريق آخر[1]، وهو الرأي الراجح، أن شركة المحاصة لكي تكون شركة فعلية لا بد أن تفقد صفتها المستترة، أي أن تظهر للعلن، وعند ذلك تعتبر شركة تضامن فعلية، وهو ما تذهب إليه بعض التشريعات في القانون المقارن، إذ تنص المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي على أن شركة المحاصة التي تُعرف إلى الغير يجوز أن تُعامل باعتبارها شركة فعلية.

وأيا كان الأمر فإن شركة المحاصة لا تظهر أمام الغير إلا بإرادة الشركاء لتكون شركة فعلية، ويكون ذلك بعدة طرق نذكر منها:

- قد يكون التعبير عن الإرادة لأجل إظهار الشركة الفعلية صراحة، كالإشهار مثلا، والغاية منه أن يحمل نبأ ميلاد الشركة وشروط تكوينها إلى من يهمه أمرها، كدائنيها مثلا.
- قد يكون إظهار شركة المحاصة ضمنيا أو يستفاد من سلوك الشركاء كأن يستخدم الشركاء اللافتات ويضعونها في أماكن عمل الشركة، فتتحول إلى شركة فعلية.
- وقد تكون طريقة إظهار شركة المحاصة شفوية وهنا يصعب إثبات وجود الإرادة[2]، إلا أن الأطراف في غالب الأحيان قد يعترفون صراحة بوجود شركة المحاصة في معرض النزاع الحاصل على أمور أخرى لا تتعلق بوجود الشركة.
- فقدان شركة المحاصة لسريتها، وظهورها أمام الغير بأن يقوم الشركاء بأي عمل يدل على وجود شركة محاصة، كاتخاذ عنوان لها أو التوقيع بهذا العنوان.

وتبرز أهمية تحول شركة المحاصة إلى شركة فعلية عبر ظهورها للعيان، في ضرورة اكتساب هذه الأخيرة للشخصية المعنوية التي لم تكن تتمتع بها سابقا، وتَعَامُل الغير معها على أساس شركة قائمة تتحمل مسؤولياتها وفقا للأحكام القانونية المقررة في القانون التجاري المتعلقة بالشركات التجارية، إذ لا يكون أمام الشركاء إلا تحويلها إلى شركة تضامن من أجل ضمان استمراريتها.

---

[1]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص414.

[2]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 127.

ثانيا: أسباب اختلال الشخصية المعنوية للشركة التجارية

يترتب على اختلال الشخصية المعنوية للشركة التجارية بسبب تخلف أحد أركانها إعمال نظرية الشركة الفعلية الذي يستند على ضرورة توفر جملة من الشروط نفصلها كالتالي:

1- وجوب تو افرالأركان الموضوعية في الشركة الفعلية:

استقر القضاء والفقه الفرنسيين على أنه لا بد أن تتوفر في عقد الشركة أركان معينة لم يمسها البطلان حتى يتسنى تطبيق نظرية الشركة الفعلية، ونظرا لأن توفر بعض هذه الأركان لا يكفي وحده لإنشاء شركة قانونية صحيحة، ولذلك فإن عقد الشركة كأي عقد من العقود يشتمل على الشروط الموضوعية العامة وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب وهي شروط ينبغي أن تتوفر في أي عقد، ويمكن حصر عوامل تطبيق نظرية الشركة الفعلية[1] بضرورة توفر الأركان الموضوعية العامة للعقد فيما يتعلق بمشروعية المحل والسبب، وسلامة رضا بعض الشركاء على الأقل، فالقضاء الفرنسي يرفض الاعتراف من حيث المبدأ بعقد الشركة إذا كان موضوعها أو سببها غير مشروع لمخالفته النظام العام[2]، وبالتالي يقوم القضاء بتسوية العلاقات بين الشركاء على أساس القسمة بالتساوي بغض النظر عن أحكام عقد تأسيس الشركة، بل ولا يقبل القضاء الفرنسي في هذه الحالة تطبيق مبدأ عدم جواز استفادة أحد من خطئه كأساس لتسوية العلاقة بين الشركاء وفقا لعقد الشركة[3].

أما فيما يخص العلاقة بين الشركة أو الشركاء مع الغير عند بطلان الشركة بسبب مخالفة غرضها للنظام العام[4]، فإنه يبدوا أيضا أنه لا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية في حالة عدم مشروعية غرض الشركة، فالبطلان في هذه الحالة يكون بطلانا مطلقا[5]، بينما

---

[1] - محمد فريد العريني ومحمد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 298.

[2] - Alfred Jauffret , op.cit, p 184.

[3] - حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين بشايره، مرجع سابق، ص 54.

[4] - وقد شدد القضاء الفرنسي على أن الادعاء ببطلان شركة على اعتبار غرضها وهميا، يتوجب التحقق من مخالفة النظام العام بكل جوانبه، أي التحقق من أن إنشاء الشركة كان بغرض مخالف للنظام العام، وأنها لم تبادر إلى أي عمل يدخل ضمن الغرض المحدد في قانونها الأساسي.

Cour de cass.civ, com, 10 novembre 2015, 14-18.179, Inédit.

[5] - Cass. Com. 19 juillet 1954, JCP, 1954, II 8322.

يرى بعض الفقهاء أن الغير حسن النية جدير بالحماية حتى في هذه الحالة وفقا لأحكام الوضع الظاهر[1]، والراجح أن نظرية الشركة الفعلية لا تنطبق في حالة عدم مشروعية غرض الشركة، وأنه يمكن حماية الغير حسن النية وفقا لقواعد المسؤولية المتبعة في حالة الشركات الوهمية التي يُنشئها أشخاص للاحتيال على الغير.

ويجب أيضا أن تتوفر إرادة سليمة للشركاء من حيث أهليتهم وسلامة رضاهم من العيوب، ويكفي أن يتحقق ذلك لبعض الشركاء، وإن كان أحدهم أو بعضهم الآخر ناقصي الأهلية أو شاب رضاهم عيب من العيوب، ففي هذه الحالة تبطل الشركة بالنسبة للشريك الذي اختل رضاه، بينما يمكن تطبيق أحكام الشركة الفعلية فيما بين الشركاء الآخرين[2]، وتختلف الأهلية الواجب توافرها تبعا لنوع الشركة ومركز الشريك فيها.

بالإضافة إلى ذلك يجب توافر الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة والتي تضمنها التعريف الوارد في نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري بأن: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة"[3]، ومن هذا التعريف نستخلص أركان عقد الشركة وهي تعدد الشركاء، وتقديم الحصص واقتسام الأرباح والخسائر، بالإضافة إلى ركن أغفله المشرع ولم يتعرض له صراحة في التعريف المذكور، واستخلصه الفقه والقضاء من تعريف الشركة، لأنه أحد الأركان الأساسية التي بدونها لا تقوم الشركة وهو ركن نية المشاركة.

وكان المشرع الفرنسي[4] قد ربط بطلان عقد الشركة بمخالفة أحكام المواد 1832 من القانون المدني الفرنسي التي تتكلم عن الأركان الموضوعية الخاصة، وكذا المادتين 1832-1 و

---

[1]- محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 165.

[2]- على حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 64.

[3]- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[4]- Art 1844-10 C. civ: "La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.
Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.
La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général".

1833، أو بسبب أحد أسباب بطلان العقود بصفة عامة، وكل شرط يقضي بخلاف ذلك يعد كأن لم يكن.

ويرى بعض الشراح[1] أن تعدد الشركاء ليس شرطا خاصا بعقد الشركة، وإنما هو شرط عام لا بد من توفره في سائر العقود، لأنه من البديهي أن يتعدد الأطراف في العقد، الذي هو بطبيعته توافق إرادتين، غير أن جعل تعدد الشركاء ركنا موضوعيا خاصا بعقد الشركة لا يرتبط بتكوين العقد فقط وإنما هو شرط لنشأة الشخص المعنوي الجديد، إذ لا يمكن لشخص واحد أن يؤسس شركة بمفرده، إلا إذا كان استثناء نص عليه القانون[2] كما هو الحال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد، وشركة المساهمة البسيطة ذات الشخص الوحيد، والتي يمكن تطبيق نظرية الشركة الفعلية عليهما في حال تم إبطالهما، ما لم يثبت سوء نية الشخص مؤسس الشركة وما لم تكن الشركة وهمية، وفيما عدا هذه الفرضية الأخيرة يمكن تطبيق أحكام حل الشركة قضائيا بناء على طلب من ذي مصلحة في حال الإخلال بشروط تأسيس شركة الشخص الواحد[3].

ويجب على كل شريك أن يساهم في رأسمال الشركة وأن يكون مُعَرَّضا للربح والخسارة[4]، وما يمكن أن يُثار من تساؤل حول إمكانية بطلان عقد الشركة وتطبيق نظرية الشركة الفعلية إذا تضمن عقد الشركة شرط الأسد الذي من شأنه حرمان أحد الشركاء أو بعضهم من الربح أو تحميلهم كل الخسارة دون غيرهم[5]، فإن المشرع الفرنسي أقر كقاعدة

Modifié par LOI n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 169

[1]- محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 31.

[2]- الأمر 96-27 مؤرخ في 9 ديسمبر سنة 1996، يعدل ويتمم الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري والذي أتاح إنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة بشخص واحد.

أيضا القانون 22-09 المؤرخ في 04 ماي 2022، المعدل والمتمم للأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية، عدد 32، الصادرة بتاريخ 14 ماي 2022، والذي سمح بإنشاء شركة مساهمة بسيطة وخصها بأحكام تسمح للشخص الواحد بتأسيس مثل هذا النوع، وإن كان المشرع قد خصها كشكل وحيد للمؤسسات التي تحمل علامة مؤسسة ناشئة.

[3]- حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين بشايره، مرجع سابق، ص 56.

[4]- وفقا للأركان المنصوص عليها في المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

[5]- أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون الكويتي والمقارن، طبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 75.

عامة بطلان الشرط مع بقاء عقد الشركة صحيحا، فكل شرط يقضي بتمتع أحد الشركاء بكل الربح أو إعفائه من تحمل أي خسائر أو العكس يعتبر كأن لم يكن[1].

غير أن المشرع الجزائري كان له موقف مغاير تماما لما قرره نظيره الفرنسي، إذ نص في المادة 426 في فقرتها الأولى من القانـون المدني على أنه: "إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها، كان العقد باطلا"[2]، وأجاز فقط الاتفاق على إعفاء الشريك بعمل من كل مساهمة في الخسائر شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله، ولعل تبرير ذلك كون أن تعب وجهد الشريك بحصة عمل ذهب في مهب الريح والذي يعتبر في حد ذاته خسارة.

أما الركن الرابع فهو نية الاشتراك التي تتضمن قصد الشركاء الدخول في الشركة وانعقاد إرادتهم على توحيد جهودهم لتحقيق الغرض المشترك من ورائها[3]، هذا الركن غير منصوص عليه صراحة في القانون، وإنما يأخذ به القضاء للبحث عن إرادة الأطراف الصريحة في الاشتراك، خاصة وأن هذه الإرادة هي التي تُميز عقد الشركة عن غيره من العقود الأخرى، كعقد القرض وعقد العمل وغيرها[4]، وبدون ثبوت نية الاشتراك قد نكون أمام عقد آخر غير عقد الشركة، ويمكن أيضا أن نكون أمام شركة وهمية، تعد باطلة ولا تتمتع أبدا بشخصية معنوية ولا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية بشأنها[5].

2- تعامل الشركة التجارية مع الغير ومشروعية نشاطها:

يرتبط مفهوم الشركة الفعلية بالبطلان، إذ يتضمن انصراف آثار بطلان الشركة على المستقبل فقط، دون أن يتم الحكم بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الدخول في الشركة الفعلية[6]، بل تتم تصفية الشركة كما لو كانت صحيحة وتم الحكم بحلها، لهذا فإن

---

[1] - Alfred Jauffret , op.cit, p 150.

[2] - ونلاحظ هنا أن حكم المشرع ببطلان عقد الشركة إذا تضمن شرط الأسد هو حكم قاسي وغير مبرر، إذ كان يكفي إبطال الشرط والحفاظ على الشركة كما فعل المشرع الفرنسي.

[3] - عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج4، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، 2002، ص 52.

[4] - محمد فريد العريني، القانون التجاري، ج1، النظرية العامة للشركات، ط 1، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 281.

[5] - Alfred Jauffret , op.cit, p 151.

[6] - Art 1844-15. C. civ Fr, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

تطبيق نظرية الشركة الفعلية لا يُحدِث فرقا من الناحية العملية إلا إذا كانت الشركة قد باشرت نشاطها، وتعامل الشركاء باسمها مع الغير، بحيث يمكن أن يترتب أرباح أو خسائر بالنسبة للشركة أو الشركاء، أما إذا لم تكن الشركة قد باشرت نشاطها فإنه لا مانع من سريان الأثر الرجعي لبطلان الشركة، دون الحاجة عندئذ لتطبيق الشركة الفعلية[1].

ولما كان الاعتراف بالشركة الفعلية يمثل خروجا على القواعد العامة للبطلان، الذي من شأنه أصلا أن يُعامِل العقد كأن لم يكن، فإن القضاء يشترط أن تكون الشركة قد ظهرت للعيان، وباشرت نشاطها فعلا، وكان القضاء الفرنسي ينظر إلى الشركة الفعلية كاستثناء[2]، إذ لا ينبغي التوسع في الاستثناء بل يطبق بقدر الضرورة، ويعتبر ظهور الشركة كقرينة على وجود نية المشاركة.

وبالإضافة إلى ما سبق يجب كذلك أن يكون نشاط الشركة مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كأن يكون نشاطا يحرمه القانون مثل التعامل بالأموال الممنوعة، أو أن تُمارِس نشاطا في مجالات غير التي حددها القانون، كالنقل البحري أو النقل الجوي التي هي حكرا للشركات العمومية، أو أن تمارس الشركة نشاطا خلافا لما ينص عليه قانونها الأساسي.

ويترتب على عدم مشروعية نشاط شركة إذا تحققت أي صورة من الصور المبينة لعدم مشروعية النشاط بطلان الشركة بطلانا مطلقا[3]، ويجوز تبعا لذلك لكل شريك أن يتمسك ببطلان الشركة كي يتنصل من الالتزامات التي تعهد بها في مواجهة الشركة، إلا أن الآراء اختلفت بشأن حق الشريك في أن يتمسك بهذا البطلان تجاه غير الشركاء، فهل للغير مطالبة الشركاء بالوفاء بتعهداتهم والتزاماتهم التي عقدها معهم؟ وهل يمكن اعتبار الشركة قائمة فعلا خلال فترة ممارسة نشاطها غير المشروع حماية للغير حسن النية؟ وبالتالي لا أثر لعدم مشروعية النشاط على وجود الشركة؟

---

[1]- مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، جزء 1، ط 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1969، ص 263.

[2]- حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين بشايره، مرجع سابق، ص 61.

[3]- وهذا تطبيقا للقواعد العامة في البطلان باعتبار الشركة عقد يخضع للقواعد العامة للعقود، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 735 من القانون التجاري الجزائري بأنه: "تتقادم دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة".

الرأي الراجح فقها وقضاء أنه لا تطبق فكرة الشركة الفعلية إذا كان البطلان مؤسسا على عدم مشروعية الغرض، والحكمة من ذلك أن الاعتراف بوجود الشركة الفعلية في هذه الحالات إنما هو بمثابة اعتراف ضمني بالغرض غير المشروع[1].

أما إذا تساءلنا عن صفة العمال، فإنه من البديهي أن عمال الشركة يعتبرون من الغير، لكن ماذا لو كان العامل في الشركة يحمل صفة الشريك أيضا؟ فهل يعد من الغير على اعتبار رابطة العمل؟ أقر القضاء الفرنسي أنه من حقيقة كونك مرتبطًا ، كعضو وليس مديرًا، في شراكة عامة وأن تكون تاجرًا ، لا يستبعد علاقة الراتب في هذه الشركة، وأن الجمع بين صفات الشريك والموظف في نفس الشركة ممكن ، ولا يوجد نص يتعلق بالشركات يحظر ذلك[2]، لكن أن يتم التمسك بحقوقه في الشركة فهذا غير متصور لكونه شريكا وفق قاعدة لا يُستفاد الشخص من خطئه، لأن سبب البطلان يعود إلى تقصير من الشركاء وذلك العامل هو واحد منهم.

3- تحقق سبب من أسباب البطلان التي ترتب تطبيق نظرية الشركة الفعلية و أثره على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

تختلف الآثار التي يرتبها البطلان على عقد الشركة عن الآثار التي يرتبها على أي عقد آخر من حيث تطبيق الأثر الرجعي إن أصابها البطلان، وهذه القاعدة لا مجال لتطبيقها ما دمنا أمام شركة، وإن كانت هذه الأخيرة عقدا فإنها تنفرد بخصائص ذاتية أهمها ما يتولد عنه من كائن قانوني مستقل عن الشركاء و هو الشركة.

ولا يمكن تطبيق نظرية الشركة الفعلية إذا كنا أمام حالات البطلان المطلق[3]، وإنما يمكن إعمال هذه النظرية إذا تحقق سبب من أسباب البطلان من النوع الخاص بالشركات

---

[1]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 137.

[2]- Cass. civ, Chambre sociale, 14 octobre 2015, 14-10.960, Publié au bulletin.

[3]- يكون عقد الشركة باطل بطلان مطلق إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة، وهي الرضا والمحل والسبب، أو إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة، حيث يصبح عقد الشركة هو والعدم سواء، فلا يمكن إجازته ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولتفصيل أكثر راجع، علي قاسم، قانون الأعمال (الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 54.

التجارية، مثل مخالفة القواعد الشكلية، وحالات نقص الأهلية وعيوب الرضا، وفي حالة استمرار الشركة في ممارسة نشاطها رغم حلها، ويكون أثر مخالفة تلك الشروط كما يلي:

أ- أثر مخالفة القواعد الشكلية لعقد الشركة على الشخصية المعنوية:

قصد حماية الغير المتعامل مع الشخص المعنوي المُنشأ حديثا والذي يباشر أوجه النشاط المختلفة، عمدت التشريعات إلى إخضاع عقد الشركة لبعض الشكليات التي حصرها المشرع الجزائري في كتابة العقد وشهره.

الحالة الأولى: الإخلال بكتابة عقد الشركة و أثره على الشخصية المعنوية:

اشترط المشرع الجزائري أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك كل ما يدخل عليه من تعديلات التي يجب أن تتخذ نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد[1]، هذا الحكم قرره المشرع ضمن الأحكام المنظمة لعقد الشركة في القانون المدني، دون أن يوضح نوع الكتابة المطلوبة، غير أنه تدارك ذلك في القانون التجاري فيما يتعلق بالشركات التجارية، إذ نصت المادة 545 منه على أنه: "تثبت الشركة بعقد رسمي[2] وإلا كانت باطلة...".

فالكتابة الرسمية لعقد الشركة التجارية يجب أن تكون أمام الموثق حتى يُعتد به ليكون في نظر القانون صحيحا[3]، فهي من العقود ذات الشكل الرسمي والتي يشترط فيها توافر جملة من المعلومات والبيانات حسب نوع كل شركة، والكتابة هنا ركن للانعقاد وهو استثناء من قاعدة الرضائية في العقود، كما هي شرط للإثبات بين الشركاء[4]، وهذا أيضا استثناء من

---

[1]- شرط الكتابة نص عليه المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني وبالضبط المادة 418 منه، ويشمل هذا الشرط الشركات المدنية والشركات التجارية على السواء، حيث نصت على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.
غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان"

[2]- عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني بنصها على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

[3]- نادية فوضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري – شركات الأشخاص، ط السابعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 103.

[4]- نصت المادة 545 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "... لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة..."

قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية[1]، ولعل الحكمة من اشتراط كتابة عقد الشركة ترجع إلى رغبة المشرع في لفت نظر الشركاء إلى أهمية العمل القانوني الذي يُقْدِمُون عليه، بالإضافة إلى كونها تساعد على تنبيه الشركاء إلى خطورة العقد، وإلى كثرة ما يتضمنه عقد الشركة من تفصيلات لا تعيها الذاكرة[2]، كما يُرجعه البعض إلى ما ينفرد به هذا العقد من ميلاد شخص معنوي له وجوده المستقل عن الشركاء وله حياته القانونية الخاصة.

ويترتب عن تخلف الكتابة الرسمية، باتفاق جميع الفقهاء بطلان عقد الشركة، إلا أن هذا البطلان ليس بطلانا مطلقا ولا بطلانا نسبيا[3]، بل هو بطلان من نوع خاص، إذ يمكن للغير أن يحتج على الشركاء ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب، وله أن يحتج بعدم توافر الشخصية المعنوية للشركة لتخلف إجراء شكلي كالكتابة أو النشر[4]، دون أن يكون للشركاء الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي يستطيع التمسك بقيام الشركة[5] أو ببطلانها حسب ما تقتضيه مصلحته، كما يمكن للغير أن يُثبت وجود الشركة بكافة طرق الإثبات، ولا يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وهذا بخلاف شركة المحاصة التي لها خصائص أخرى سنراها لاحقا.

هذا البطلان لا يُعدم بأثر رجعي الشخص المعنوي، وبالتالي تعتبر الشركة قائمة حكما في الفترة السابقة عن تقريره، وتكون على هذا النحو شركة فعلية.

ومن المقرر قانونا أن الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري[6]، وهو موقف صريح من المشرع الجزائري، مما يعني أن الشركة التي لا تملك

---

[1]- المادة 30 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- محسن شفيق، مرجع سابق، ص 168.

[3]- محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 104.

[4]- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، الشركات الإلكترونية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 26.

[5]- نصت المادة 545 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "... يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

قلنا أنه لا يمكن للشركة أو الشركاء أن يحتجوا تجاه الغير ببطلان الشركة، فإذا طالبت الشركة أحد عملائها جاز له أن يدفع هذه المطالبة ببطلان الشركة، ولا يكون للشركاء إلا الرجوع عليه وفق قواعد العقد الباطل، أما إذا تمسك الغير بوجود الشركة فإنه لا يجوز لهذه الأخيرة أن تحتج عليه ببطلانها.

[6]- تنص المادة 549 من القانون التجاري على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...".

عقدا رسميا، ولم تخضع لقواعد الشهر لا تملك من الأساس شخصية معنوية، ولكن بمجرد الحكم ببطلانها لهذه الأسباب نصبح أمام شركة فعلية تعاملت مع الغير باسمها كشركة ولحسابها رغم عدم توفر القيد في السجل التجاري الذي يخولها التمتع بالشخصية المعنوية.

الحالة الثانية: الشخصية المعنوية للشركة في حالة تخلف الشهر:

تفرض العديد من الأنظمة القانونية تسجيل الشركة التجارية للاعتراف لها بالشخصية المعنوية، ولا يتم اكتساب هذه الشخصية في حالة تخلف الشركاء عن تسجيلها[1] أو قيدها في السجل التجاري، وذلك بتطبيق نظرية الشركة الفعلية في حالة مخالفة متطلبات التأسيس، وهذه الأنظمة تتبع النظام اللاتيني مثل فرنسا ومن تأثر بتشريعاتها من الدول العربية كسوريا ولبنان ومصر والجزائر، ومع ذلك فإن القضاء الأمريكي يعتبر الشركة غير المسجلة، شركات واقعية، شرط أن يكون المؤسسون قد حاولوا بحسن نية تسجيل الشركة، ومارسوا أعمالهم معتقدين أنهم أعضاء في شركة قانونية[2].

كما أوجب المشرع إضافة إلى الكتابة الرسمية إخضاع عقد الشركة لإجراء الشهر القانوني من أجل إعلام الغير بمضمون العقود التأسيسية للشركات التجارية[3]، وكذا التعديلات المدخلة على هذه العقود[4]، ويتم الشهر بالقيد في السجل التجاري الذي هو التزام مفروض على كل شركة، ماعدا شركة المحاصة التي أُستُثنيت صراحة من هذا الالتزام، وكل متخلف عن التسجيل ويمارس نشاطا تجاريا عُد مخالفا للقانون[5] وفق طرح المشرع، وتتم إجراءات القيد في السجل التجاري وفق التنظيم المعمول به[6].

---

[1]- Laure Siné, Droit des sociétés, 8éme édition, paris, 2008, p 4.

[2]- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 112 و 307.

[3]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 93.

[4]- حيث نصت المادة 548 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة".

[5]- بن حميدوش نور الدين، الجرائم المتعلقة بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث عشر، فيفري 2016، ص 274.

[6]- ينظمها المرسوم التنفيذي رقم 15-111 مؤرخ في 3 ماي 2015 الذي يحدد كيفيات القيد والشطب في السجل التجاري، ج رج، عدد 24، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2015.

ويترتب عن تخلف هذا الإجراء بطلان العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التي لم تقيد في السجل التجاري[1].

والواقع أن بطلان الشركة بسبب عدم شهرها لا يلغي حياة الشركة، عن الفترة السابقة لصدور الحكم به، بل يبقى النشاط الذي قامت به الشركة كشخص معنوي في الفترة السابقة للبطلان قائما، مما يعني اكتساب الشركة شخصيتها المعنوية قبل الحكم عليها بالبطلان، وهذا ما أخذت به المحاكم التي قضت بأنه إذا حُكم ببطلان الشركة تعتبر شركة فعلية لها شخصية معنوية بقدر ما هو ضروري لتصفيتها وتمتلك بالتالي حق التقاضي[2].

ويجوز لكل شخص يهمه أمر تصحيح العمل[3]، إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيا على مخالفة قواعد النشر، أن ينذر الشركة للقيام بهذا التصحيح في أجل (30) ثلاثون يوما، وإذا لم يقع التصحيح في هذا الأجل، يجوز لكل شخص يهمه الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء[4]، وهذا يدل على أن الشركة قائمة بصفة لا تؤثر على وجودها وآدائها لنشاطها، وإنما يستوجب فقط تصحيح الإجراء أو العيب الذي تضمنته لتكون شركة صحيحة متمتعة شخصية معنوية كاملة.

ب- أثر نقص الأهلية أو عيوب الرضا على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

يمكن أن يكون البطلان مؤسس على نقص أهلية أحد الشركاء أو على عيب من عيوب الرضا، فتعتبر الشركة في هذه الحالة كأن لم تكن بالنسبة لمن شاب رضاه عيب أو كان ناقصا للأهلية[5]، أما بالنسبة لباقي الشركاء فتبقى الشركة قائمة فعلا، وهذا الحكم خاص بشركات الأموال، إذ اعتبر المشرع الشركة فعلية في العلاقة بين الشركاء، ولا تكون باطلة إلا بالنسبة

---

[1]- المادة 548 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، الأحكام العامة للشركات، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2008، ص 247.

[3]- أجاز المشرع الفرنسي للمحكمة التي تنظر في طلب البطلان أن تحدد مهلة للسماح بتصحيح سبب البطلان، كما لا يكون للقاضي أن يحكم بالبطلان إلا بعد شهرين من تاريخ بداية الإجراءات؛

Art 1844-13 C. civ Fr, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

[4]- المادة 739 من القانون التجاري الجزائري.

[5] - George Ripert, Réné Roblot, Op.cit, p 563.

لمن شاب رضاه عيب أو كان ناقص الأهلية[1]، هذا الأخير يحميه القانون من خلال منحه حق استعادة ما قدمه من أموال للشركة[2]، ولهذا يقتصر طلب البطلان عليه دون غيره، فهو مقرر لمصلحته وحده وذلك حماية للغير المتعامل مع الشركة، ويمكنه الاحتجاج به حتى في مواجهة الغير[3]، ولا تبطل الشركة إلا إذا تعلق فقدان الأهلية وعيوب الرضا بكل الشركاء المؤسسين[4].

أما شركات الأشخاص فإنها تخضع لحكم مختلف، ففي حالة وجود شريك ناقص الأهلية أو شاب رضاه عيب من عيوب الرضا فتكون الشركة باطلة بطلان مطلق، لأنها تقوم على الاعتبار الشخصي، وهذا راجع إلى كون شخصية الشريك محل اعتبار فهي ضمان مهم للغير، وهو ما يؤدي لانحلال الشركة وانتهائها[5]، إلا إذا تضمن قانونها الأساسي اتفاقا بين الشركاء على إمكانية استمرارها فيما بينهم أو يقرر باقي الشركاء ذلك بالإجماع[6]، وبذلك تستعيد الشركة شخصيتها المعنوية.

ويكون وقت سريان البطلان في شركات الأموال بالنسبة للشريك ناقص الأهلية أو الذي شاب رضاه عيب بأثر رجعي، بخلاف باقي الشركاء فيكون البطلان بأثر فوري، ورغم أن ذلك حماية للغير وحفاظا على الشركة من الانحلال[7]، إلا أنه قد يكون له أثرا سلبيا على الشركة في بعض الحالات من بينها الشركات التي يشترط فيها المشرع حدا أدنى من الشركاء فيؤدي خروج الشريك ناقص الأهلية إلى عدم توفر الحد الأدنى للشركاء، أو في حالة ما إذا كان هذا الشريك يمتلك أكبر نسبة من رأس مال الشركة[8].

---

[1]- لم يجز المشرع الفرنسي للشركة ولا للشركاء التمسك بالبطلان في مواجهة الغير حسن النية، إلا أن البطلان الناجم عن عدم الأهلية أو عيب الرضا بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه يمكن أن يتمسك به كل من وقع عليه هذا العيب؛
Art 1844-16 C. civ, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

[2]- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 44.

[3]- المادة 742 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- وهذا كما قلنا يتعلق بشركات الأموال وهو ما أقرته المادة 733 من القانون التجاري الجزائري.

[5]- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركة التجارية مرجع سابق، ص 114.

[6]- المادة 563 من القانون التجاري الجزائري.

[7]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، ص 106.

[8] -Henri. Temple , op.cit, p196.

ج- أثروجود شرط الأسد على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

إذا تضمن القانون الأساسي للشركة شرطا يُعفي أحد الشركاء من اقتسام الأرباح أو من تحمله الخسائر - وهو ما يُعرف بشرط الأسد- كان عقد الشركة باطلا[1]، وبالتالي هل يكون للشركة وجودا فعليا من وقت تأسيسها إلى غاية الحكم ببطلانها؟

والملاحظ أن المشرع الجزائري أورد هذا الحكم شاملا لكل أنواع الشركات، دون أن يعطي إمكانية لتصحيح الوضع، وهذا بخلاف بعض التشريعات المقارنة ومنها المشرع الفرنسي الذي رتب عن ذلك بطلان شرط الأسد دون أن تبطل الشركة واعتباره كأن لم يكن، وفي رأينا أن هذا الحل أقرب إلى الصواب حفاظا على الشركة من الزوال بسبب شرط يمنعه القانون، فكان الأولى على المشرع الجزائري أن يبطل الشرط ويعتبره كأن لم يكن بدلا من إبطال الشركة ككل حفاظا على المراكز القانونية، وحماية للشخصية المعنوية للشركة من أي آثار قد تؤدي إلى نهايتها وزوالها، لأن بطلان الشركة بسبب وجود شرط الأسد هو بطلان مطلق ويسري بأثر رجعي.

أما ما يثير التساؤل في ظل التطور التكنولوجي الحاصل، فهو مدى اعتبار الكتابة الالكترونية بمثابة الكتابة الرسمية المشترطة بنص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري؟

في الواقع لا يمكن لجاحد أن ينكر دور التكنولوجيا الرقمية في كافة مناحي الحياة بما فيها التجارية، ولا ما توصل إليه الفقه وتبنته عديد التشريعات من إضفاء قوة قانونية للعديد من آليات التعامل الإلكتروني، ومنها العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني وأيضا التصديق والتوثيق الإلكترونيين وغيرها من الأنظمة الإلكترونية التي تدعم مختلف التعاملات الرقمية، وهو ما فرض على عديد القوانين تبني هذه الأنظمة التي تساير التجارة الإلكترونية والتي أضحت تمثل خيارا اقتصاديا أمثلا _رغم بعض المخاطر المحتملة_ لقلة التكاليف والكفاءة العالية في الأداء، وسهولة الدعاية والوصول إلى العملاء من خلال موقع الشركة على شبكة الانترنت.

وإجابة على التساؤل المطروح يرى البعض أن "القاعدة القانونية التي تقضي بضرورة الكتابة الرسمية تسري و بشكل متطور على الشركات الإلكترونية"[1]، باعتبار أن شرط الكتابة

[1]- المادة 426 من القانون المدني الجزائري.

يتحقق في الشركات الإلكترونية ولكن بشكل مختلف عن الشركات التقليدية، أي أن الكتابة الإلكترونية والمستند الإلكتروني ورسالة البيانات الإلكترونية كلها تقوم مقام الكتابة التقليدية المنصوص عليها قانونا، أما فيما يخص القيد في السجل التجاري، فإن بعض التشريعات على غرار التشريع الإماراتي يسمح بقيد تسجيل الشركات التجارية إلكترونيا عبر موقع السجل التجاري على شبكة الانترنت، أي دون التنقل إلى مقر السجل التجاري.

ولا تختلف الشركات التقليدية في مضمونها عن الشركات الإلكترونية إلا في طريقة الإنشاء أو أسلوب ممارسة الغرض الذي أنشئت من أجله، فكل منهما يتمتع بالشخصية المعنوية بكل خصائصها وآثارها وليس للاختلاف الذي بينهما أي تأثير على شخصيتهما المعنوية متى تأسست الشركة وفق ما يتطلبه القانون[2].

الفرع الثالث: موقف المشرع والقضاء الجزائريين من تمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية

لمعرفة مدى إعمال نظرية الشركة الفعلية يتوجب علينا أولا تحليل موقف المشرع الجزائري منها، وكذا دور القضاء الجزائري في إعمال هذه النظرية وتطبيقاتها على مختلف القضايا المعروضة عليه.

أولا: موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية من خلال الأحكام القانونية المنصوص عليها في القانون المدني من جهة، وفي القانون التجاري من جهة أخرى[3]، ويتجلى ذلك في المادة 418 من القانون المدني الجزائري، التي نصت على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكسبه ذلك العقد.

---

[1]- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 35.

[2]- مرجع نفسه، ص 39.

[3]- محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 100.

ويعد مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها لحماية دائنيها من أهم المبادئ التي أقرها المشرع، والتي تحمي حقوق الشركاء والدائنين من الخطورة التي تترتب عن الزوال الفوري للشركة التجارية بعد حلها أو إبطالها[1].

غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير[2] ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان.

كما تطرق المشرع الجزائري إلى ذلك في القانون التجاري بموجب المادة 545 منه والتي نصت على أنه: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

لا يُقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يُقبل من الغير **إثبات وجود الشركة** بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

يتضح من خلال النصين أن المشرع بالرغم من اشتراطه الكتابة الرسمية لعقد الشركة التجارية، إلا أنه لم يجعل للبطلان أثر رجعي، وأجاز للغير أن يتمسك بوجود الشركة رغم كونها باطلة، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون التجاري، وأساس ذلك أن فكرة الشركة الفعلية مبنية على ما يكون من أعمال ظاهرة، توهم الغير على أنه يتعامل معها كما لو أنه يتعامل مع شركة صحيحة، وتبنى المشرع هذا الوضع الظاهر سعيا للحفاظ على استقرار المعاملات وثبات المراكز القانونية وهو ما يتوافق مع مبدأ حسن النية[3].

ومن جهة أخرى كان المشرع متشددا مع الشركاء إذ لم يُجِز لهم إثبات وجود الشركة فيما بينهم إذا تجاوز أو خالف الدليل مضمون عقد الشركة[4].

بالإضافة إلى ذلك نص المشرع في المادة 734 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يُطلب في شركات التضامن وإلا كان باطلا إتمام إجراءات النشر الخاصة بالعقد والمداولة

---

[1]- زكري إيمان، مبدأ المحافظة على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تسمسيلت، 2017، ص 357.

[2]- Art 1844-16 C. civ, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 110.

[4]- محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 101.

حسب الأحوال، دون احتجاج الشركاء والشركة تجاه الغير بسبب البطلان. غير أنه يجوز للمحكمة ألا تقضي بالبطلان الذي حصل إذا لم يثبت أي تدليس".

ويظهر من خلال هذا النص أنه إذا لم يتم نشر عقد شركة التضامن فهو باطل، ولكن لا يجوز للشركة والشركاء الاحتجاج تجاه الغير بهذا البطلان، ولا يكون للمحكمة الحق في القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها.

غير أن مسؤولية مؤسسي الشركة عن العيب الذي أعطب الشركة تظل قائمة وفقا لما قررته المادة 806 من القانون التجاري الجزائري والتي تقابلها المادة 1840 من القانون المدني الفرنسي، وهذا عن الضرر الناجم إما عن عدم تضمين بيان إلزامي في القانون الأساسي، أو عن إغفال إجراء شكلي محدد لتأسيس الشركة.

ويُستَشف من قاعدة حرية الاثبات التي نص عليها المشرع الجزائري، وباستقراء النصوص القانونية أن الشركة الفعلية تتمتع بالشخصية المعنوية[1] التي تبرر الحكم بشهر إفلاسها إذا ما توقفت عن دفع ديونها، وإذا حكم ببطلان الشركة فإنه يتعين الحكم أيضا بتصفية الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر التي حققتها وفقا لما اتفق عليه في قانونها الأساسي وهذا في حالة ما إذا كانت قد مارست نشاطا بالفعل.

وفي رأينا أن المشرع الجزائري يعترف ضمنيا بشخصية محدودة للشركة خلال ممارستها نشاطها، وهذا قياسا بما ورد في المادة 741 من القانون التجاري الجزائري، والتي نصت على الشروع في تصفية الشركة متى قضي ببطلانها، ولما كانت الشركة تتمتع بشخصية معنوية لحاجات التصفية فإن ذلك لا يتحقق إلا إذا سلمنا بوجود هذه الشخصية قبل تقرير البطلان، غير أن هذه الشخصية لا تتقرر إلا بما يضمن حقوق المتعاملين مع الشركة وحقوق باقي المساهمين، أي أن هذه الشخصية لا تجعل من الشركة شخصا معنويا كاملا، وإنما تتمتع بها في حدود الأعمال التي قامت بها والتصرفات التي أبرمتها مع الغير، وهذا حفاظا على استقرار المعاملات التي تمت، وأيضا تسهيلا لعملية تصفيتها، وحقيقة هذا التفسير جعلت بعض التشريعات كالتشريع الإماراتي تجهر بوجود تلك الشخصية حتى في مرحلة التأسيس.

[1]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 111.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية:

رغم استقرار التشريعات المقارنة على الأخذ بنظرية الشركة الفعلية، واعتراف القضاء الفرنسي وقضاء بعض الدول العربية بذلك[1]، إلا أن القضاء الجزائري لا يزال مترددا تجاهها[2]، فبعض الاجتهادات تنكرها صراحة والبعض الآخر يعترف بها.

1-الاجتهادات الرافضة لفكرة الشركة الفعلية.

من بين القرارات الرافضة لفكرة الشركة الفعلية القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/03/18 والذي جاء فيه أنه: "من المستقر قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعى إنشاؤها لم يثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

وكما هو واضح فإن قضاة المحكمة العليا رفضوا نظرية الشركة الفعلية استنادا إلى أن الشكلية من النظام العام وفقا للمادتين 418 من القانون المدني، و 545 من القانون التجاري الجزائري.

هذا الحكم منتقد بسبب أن المادة 418 ق م ج وإن كانت رتبت البطلان على عدم كتابة عقد الشركة، إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة لم تجعل للبطلان أثرا رجعيا مما يعني أنه لا يتعلق بالنظام العام، كما أضافت هذه الفقرة أحكام خاصة بالبطلان سواء في علاقة الشركاء في مواجهة الغير، أو في علاقة الشركاء فيما بينهم.

---

[1]- محكمة استئناف مصر المختلطة قرار مؤرخ في 1899/02/08 مذكور في: عواد القضاة، الوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، ص45 وما بعدها، وفي القضاء الأردني: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 36 لسنة 1982، مجلة نقابة المحامين، عدد 6 لسنة 1986، والذي اعترف بنظرية الشركة الفعلية.

[2]- محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 101.

[3]- قرار مؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص 145.

كما أن المادة 545 ق ت ج أكدت صراحة على أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام، لأن المشرع أجاز للغير أن يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكافة طرق الإثبات، وهو ما يعد اعترافا من المشرع الجزائري بالوجود الفعلي للشركة التجارية.

وكان قد صدر قبل ذلك قرار عن نفس المحكمة مؤرخ في 1990/12/20، رفض أيضا الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية حيث جاء فيه: "من المستقر قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادات الشهود يكونوا قد خرقوا المادة 418 ق م ج التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا وكذلك المادة 545 ق ت ج التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وتوجه لهذا القرار نفس الانتقادات التي تعرض لها القرار السابق، إضافة إلى أن المادة 418 من القانون المدني استوجبت فقط الكتابة دون أن تشير ما إذا كانت رسمية أو عرفية.

2-الاجتهادات القضائية التي تعترف بالوجود الفعلي للشركة التجارية:

من القرارات التي اعترفت بنظرية الشركة الفعلية القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1985/06/15 الذي جاء فيه أنه: "متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء فكان على الطاعن ... فإن المجلس القضائي لما قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية غير منازع فيها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام المادة 418 من القانون المدني ..."[2].

ومن الواضح أن القضاء استعمل في هذا القرار مصطلح الشركة الفعلية، مما يدل على اعترافه بها.

---

[1]- قرار مؤرخ في 1990/12/20، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991، ص 50.

[2]- قرار مؤرخ في 1985/06/15، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1989، ص 414.

هذا وقد صدر قرار آخر عن المحكمة العليا مؤرخ في 2005/11/09، الذي جاء فيه: "إن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا ولا ينتج أثر إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الآثار القانونية"

ونلاحظ أن هذا الاجتهاد في اعترافه بالوجود الواقعي والفعلي للشركة التجارية قد ساير بذلك ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي والمصري[1]، ولهذا يتوجب على المحكمة العليا أن تجمع قضاتها على اجتهاد واحد يتوافق مع اعتراف المشرع الجزائري بالوجود الواقعي للشركة التجارية.

ثالثا: آثار الاعتراف بالشركة الفعلية:

يترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية النتائج التالية:

1- أن جميع العقود والتصرفات التي أبرمتها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية[2]، ما لم يتمسك الغير بالبطلان.

2- عند عجز الشركة التجارية الوفاء بديونها، جاز طلب شهر إفلاسها، ويكون لحكم الإفلاس حجية مطلقة، ولا يحق التمسك بالبطلان بعد ذلك بالنسبة للماضي، ومَرَدُّ ذلك إلى أن الوجود الفعلي للشركة قد تأكد بصدور حكم الإفلاس[3].

3- تعتبر الشركة كما لو كانت صحيحة تماما، وتكون تعاملاتها منتجة لآثارها في مواجهة الشركاء والغير الذي لم يتمسك بالبطلان[4].

4- تخضع الشركة الفعلية للضريبة التي تفرضها الدولة على نشاط الشركات لمصلحة الضرائب المطالبة بها.

5- يتمتع الشركاء في الشركة الفعلية بنفس الحقوق التي يتمتع بها الشريك القانوني[1] وبمجرد صدور الحكم بالبطلان تُحل الشركة وتصفى، ويُتّبع في ذلك قواعد توزيع الأرباح والخسائر المنصوص عليها في عقد الشركة الذي حكم ببطلانه[2].

---

[1]- محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 103.

[2]- مرجع نفسه، ص 105.

[3]- علي قاسم، مرجع سابق، ص 103.

[4]- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 51.

6- يحق للشركة الفعلية أن تَمْثُل أمام القضاء كمدعية أو مدعى عليها، كما لها الحق في التمتع بأهلية كاملة في التقاضي خاصة وأن القضاء يطبق قواعد الإفلاس على الشركة الفعلية باعتبارها مدعى عليها، مما يعني أنها تتمتع بشخصية معنوية باعتبارها كائن مستقل عن الشركاء فيها، كما أنها تستمر في الحياة التجارية ولا يقرر القاضي وجودها إلا بقصد إنهائها أو الأمر بتصحيحها، وتنشأ الشركة الفعلية غالبا في شكل شركة تضامن، حيث لا يتصور أن تأخذ شكل شركة أموال إلا في حالات قليلة لأن هذه الشركات لا تنشأ إلا بإجراءات شكلية خاصة[3].

ويؤدي الاعتراف بالشركة الفعلية إلى الاعتراف لها بأهلية التقاضي، فاعتبارها شركة فعلية يؤدي لبطلانها مستقبلا، أما بالنسبة للماضي فإنها تقوم بتسوية وضعها وتصفية أموالها ومباشرة حقها في التقاضي، إلى أن تنحل نتيجة الحكم ببطلانها[4]، فتصفى أعمالها فيما يتعلق بالماضي، أي الفترة الواقعة ما بين تأسيسها إلى غاية الحكم ببطلانها، وخلال فترة التصفية تبقى الشركة متمتعة بالشخصية المعنوية، وهذا بغرض تسهيل تصفية الأعمال التي قامت بها في الفترة السابقة للإعلان عن البطلان لإتمام تنفيذ تعهداتها والتزاماتها مع الغير[5].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بأهلية الشركة الفعلية، ولكن بما أن الأساس الذي تقوم عليه هذه الشركة هو الاعتراف بتصرفاتها التي قامت بها نظرا لوجودها الفعلي، ومن بين تلك التصرفات حق التقاضي مثل أي شركة قانونية، فيؤدي بقاء الشخصية المعنوية للشركة لاحتفاظها بذمتها المالية الذي يمثل ضمانا عاما لدائنيها الذين ترتبت ديونهم قبل حل الشركة[6].

---

[1] -Henri. Temple, Les sociétés de fait, L.G.D.J, Paris, 1975, p 305.

[2] - سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 52.

[3] - Vincent cuisinier, L'affectio societatis, Bibliothèque de F.w.j. Didier, Droit pénal des affaires, 4eme éd ; Dalloz, France ; 2000 , p 121.

[4] - زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 138.

[5] - مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 441.

[6] - زكري إيمان، مبدأ المحافظة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مرجع سابق، ص 358.

ونلاحظ أنه متى طرأ على الشركة سبب من أسباب البطلان السالفة الذكر سواء في مراحل تأسيسها أو أثناء حياتها أدى إلى القول بوجود شركة فعلية تزاول نشاطها بشكل عادي رغم كونها قابلة للإبطال أو التصحيح، فإن أي حديث عن تمتعها بالشخصية المعنوية يجرنا إلى البحث عن الآثار التي ترتبها هذه الشخصية ومدى توافرها في الشركة الفعلية.

ولما كانت هذه الشركة تتمتع باسم وموطن وكذلك ذمة مالية مستقلة عن الشركاء، بالإضافة إلى أهليتها في التقاضي، فإن ذلك يجعلنا نتمعن كثيرا في امكانية القول بوجود شخصية معنوية لهذه الشركة خاصة إذا طرأ على هذه الشركة سبب من الأسباب المؤدية لنشوء الشركة الفعلية بعد أن كانت شركة ناشطة بشكل قانوني، كأن يقل عدد الشركاء في شركات الأموال عن الحد الأدنى القانوني بوفاة أحد المساهمين فيها، فتكون الشركة في هذه الحالة مخالفة لقاعدة آمرة تجعل منها شركة مختلة وتسمى حينها شركة فعلية، غير أن تدارك هذا الخلل بعد مدة معينة يجعلنا نتساءل عن طبيعة الأعمال والتصرفات التي تمت في تلك الفترة، حيث لا نرى في الحقيقة أن المشرع ميّز بينها وبين الأعمال التي تقوم بها الشركة في وضعها العادي، وإنما يظهر الحكم ببطلان الشركة في حالة عدم تدارك الخلل - وتنشأ شركة فعلية- كطابع جزائي ردعي عن الاستمرار في مخالفة القانون، وإن كان ذلك لم يؤثر على نشاط الشركة وتعاملاتها مع الغير.

المطلب الثاني: الحلول القانونية لفكرة الشركة الفعلية و أثرها على شخصية الشركة

إن الاعتراف بالشركة الفعلية هو وضع مؤقت تكتسب بموجبه الشخصية المعنوية التي تتوافق مع طبيعتها حسب بعض التشريعات، غير أن هذا الوضع لا يمكن أن يبقى على حاله، فإما أن يتم تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية وبالتالي تستعيد كامل شخصيتها المعنوية التي تخولها القيام بكافة الأعمال لتحقيق غرض الشركة (الفرع الأول)، وإما انحلال الشركة الفعلية وتصفيتها، وبالتالي زوال الشخصية المعنوية لها وانتهائها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمتع بالشخصية المعنوية الكاملة بتحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية

على الرغم من أن الشركة الفعلية توافق الشركة القانونية في أنها تستند في قيامها على الأركان الأساسية التي تقوم عليها الشركة القانونية، من حيث ضرورة توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة، مع ضرورة ممارسة الشركة الفعلية لنشاطها في الواقع العملي، إلا أنها تتميز عن الشركة القانونية في مخالفتها لبعض الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى الحكم ببطلانها.

رغم ذلك أجاز القانون للشركاء في الشركة الفعلية أن يصححوا الخلل الذي شاب أحد الشروط المطلوبة والذي بسببه أصبحت الشركة في غير وضعها القانوني[1]، وبالتالي تصبح الشركة قانونية ومتمتعة بالشخصية المعنوية الكاملة، ويمكن أن يكون هذا التصحيح إما بإرادة الشركاء أو بطلب من الغير، وهو ما من شأنه أن يمنع انحلالها بدعوى البطلان[2]، وهذا ما سنوضحه تِباعا.

أولا: سلطة القاضي في الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية

يمكن للشركاء في الشركة الفعلية أن يقوموا بتصحيح الإجراء أو العيب الذي شاب عقد الشركة لرفع سبب البطلان لتصبح شركة قانونية صحيحة تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة، كما يمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب تصحيح الإجراءات والعيوب التي لحقت بعقد الشركة[3].

ويمكن للشركاء تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية بتصحيح العيوب التي تخللت تأسيسها أو طرأت عليها أثناء حياتها، ولقد تطرق المشرع الجزائري في هذا الخصوص إلى مسؤولية المؤسسين عن التصرفات التي قاموا بها قبل تصحيح العيوب التي حالت دون إتمام تأسيس الشركة بشكل قانوني، إذ جاء في المادة 549 ق ت ج أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون

---

[1]- الطيب بلولة، قانون الشركات، Berti éd، الجزائر، 2008 ، ص 150.

[2]- المادة 735 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 107.

الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة ، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.

فتعتبر التعهدات تعهدات الشركة منذ تأسيسها"، ويقابل هذا النص المادة L210-6 من القانون الفرنسي[1]، وإن كان هذا الأخير قد بدا أكثر وضوحا عندما تطرق إلى الوقت الذي تتحمل فيه الشركة التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين خلال فترة التأسيس، إذ نص على أن هذه التعهدات تعتبر تعهدات الشركة منذ البداية أي من وقت إبرامها، بخلاف المشرع الجزائري الذي أجاز ذلك منذ تأسيس الشركة، وكما هو معلوم فإن الشركة تعتبر مؤسسة قانونا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

من خلال هذا النص يتضح أن تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية يمكن أن يقوم به الشركاء، إذا تم تصحيح الأعمال التي شملتها العيوب، ويتم ذلك بعد قبول الشركة التجارية تحمل الالتزامات الناشئة قبل اكتسابها الشخصية المعنوية، ويجوز لكل من له مصلحة في تصحيح الأعمال أو المداولات اللاحقة لتأسيس الشركة أو بسبب مخالفة قواعد النشر أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين يوما، أو يطلب من القضاء تعيين وكيل للقيام بهذا الإجراء في حالة عدم قيام الشركة بذلك، دون أن يلغي ذلك حقه في التعويض إذا لحقه ضرر نتيجة ذلك[2]

وتتحمل الشركة التجارية بعد تحولها من شركة فعلية إلى شركة قانونية بتصحيح العيوب التي اشتملتها الإجراءات التي قامت بها، كافة التعهدات التي أبرمت من طرف الأشخاص الذين تعهدوا باسمها خلال الفترة التي لم تكن لها فيها شخصية معنوية، ولكن السؤال الذي يثار هو ما إذا كان على الشركة أن تقبل جميع الأعمال والتصرفات التي قام بها الشركاء قبل اكتسابها الشخصية المعنوية؟

---

[1]-Art L210-6: "Il est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés.
Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi et les règlements ou si une formalité prescrite par ceux-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public est habile à agir aux mêmes fins".

[2]- Philippe Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, 8ème édition, Dalloz, paris ,N° 94

يترتب عن تصحيح العيب تطبيق الأثر الرجعي لصحة التصرفات والعقود التي أبرمت خلال فترة التأسيس فتعتبر صحيحة ونافذة في حق الشركة، فيتخلص المؤسس من تلك الالتزامات نهائيا وبأثر رجعي من يوم إبرامها، إلا إذا ثبت وجود غش أو نصب بقصد التخلص من التعهدات عن طريق شركة وهمية مثلا[1].

ويمكن للغير الذين تعاملوا مع الشركة تقديم طلب إبطالها، إذا كان لديهم مصلحة في ذلك، دون أن يُحتج به عليهم، كما لا يستفيد منه غيرهم ومهما كان الشخص الذي يطالب بالإبطال فإن عليه تقديم سبب قانوني لهذا الطلب.

كما يمكنه طلب القيام بالتسوية القانونية للعيب الذي يشوب الشركة التجارية، والهدف منه إحباط دعوى الإبطال وإعدام أثرها عن طريق التخلص من سبب الإبطال، عبر تصحيح العيب الذي يجعلها مهددة بالإبطال[2].

كما يمكن تصحيح الشركة وتسويتها عن طريق تعديلها كليا من خلال تغيير شكلها القانوني لتفادي حلها وانقضائها في حالة إخلالها بشرط من شروطها[3]، كتحويل الشركة ذات

---

[1] - Valérie. Gomez, et François Rouaix, Droit des sociétés, Fiches et Q.C.M , Foucher , France, 2008, p 32.

[2]- تتجلى إرادة المشرع في منح القاضي سلطة لتقرير انقضاء الشركة في المادة 736 من القانون التجاري الجزائري، عندما أجاز للمحكمة أن تمنح أجلا للشركة للتمكن من إزالة سبب البطلان، وتصحيح العيب الذي يشوبها تجنبا لانقضائها، كما أجاز لكل شخص أن ينذر الشريك بالقيام بتصحيح العيب إذا أمكن تصحيحه وفقا لما نصت عليه المادة 738 من نفس القانون، ويعد تقدير السبب المعتبر للحل مسألة موضوعية يحددها القاضي وله في ذلك سلطة واسعة، وهذا ما يتحدد في المادة 441 من القانون المدني الجزائري.

لذلك يعمل القاضي على المحافظة على بقاء الشركة إلا إذا كان في استمراريتها خطورة على حقوق الشركاء وحقوق دائني الشركة، ولا يقرر القاضي حل الشركة إلا إذا توفر سبب قوي لحلها، فأحيانا يقوم الشركاء بوضع أسباب لانقضاء الشركة دون توخي الحذر يكون من شأنها أن تؤدي للانقضاء المفاجئ والمبكر لشركة مزدهرة، مما يؤدي إلى الاضرار بمصلحة الشركة ومصلحة دائنيها، أنظر:

YVES GUYON, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, tome 1, 6éme éd, economica, paris, 1991, p 145.

وهذا الموقف سار عليه المشرع الفرنسي وكرسه في المادتين؛

Art 1844-13 C. civ Fr, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978

Art L 210-07 C com Fr; Art 1844-14 C. civ Fr, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978

[3]- ميمي جمال، مغني دليلة، أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفقا لتعديل قانون 15-20، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد العاشر، سبتمبر 2018، ص 267.

المسؤولية المحدودة إلى شركة مساهمة إذا زاد عدد الشركاء فيها عن 50 شريك[1]، وبالتالي تستمر شخصيتها المعنوية .

ويشمل التصحيح هنا العيب الذي يلحق بركن من أركان الشركة ، وليس الشركة ككل، إذ يتم تصحيح الإجراءات الشكلية المعيبة، وفي حالة تعلق الخلل بعيب شاب رضا أحد الشركاء، أو كان ناقصا للأهلية، فيصحح هذا العيب بإزالته عند بلوغه سن الرشد، أو بعد إزالة العيب الذي شاب رضاه، فتتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية.

وحرصا من المشرع الجزائري للحد من حالات البطلان، وحفاظا على استقرار المعاملات التجارية، وثبات المراكز القانونية للأفراد، فقد ربط دعوى البطلان بميعاد قصير، وذلك في نص المادة 740 من القانون التجاري الجزائري بأنه، "تتقادم دعاوى بطلان شركة أو الأعمال أو مداولات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء أجل ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان وذلك من دون الإخلال بانقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 738"، كما تتقادم دعاوى المسؤولية الناتجة عن إبطال الشركة بثلاثة سنوات اعتبارا من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي[2].

كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "ولا يحول زوال سبب البطلان دون ممارسة دعوى تعويض الضرر اللاحق من العيب الذي كانت الشركة أو العمل أو المداولة مشوبة به. وتتقادم هذه الدعوى بمرور ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ كشف البطلان"، ويقابل هذا النص المادة 1844-17 من القانون المدني الفرنسي[3].

ثانيا: احتفاظ الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية بعد تحويل شكلها القانوني

أجاز المشرع الجزائري للشركاء تحويل الشكل القانوني للشركة التجارية لأي شكل قانوني آخر، لتستمر الشركة بهذا الشكل الأخير، فقد يطرأ عليها سبب للانقضاء، فتلجأ إلى

[1]- المادة 590 من القانون التجاري الجزائري المعدلة بالقانون 15-20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر، عدد71، الصادرة في 30 ديسمبر 2015.

[2]- المادة 743 من القانون التجاري الجزائري.

[3]-Art 1844-17 C. civ, Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

التحويل لتجنب ذلك، حماية لبقائها وللحقوق التي تنشأ لكل من الشركاء والدائنين[1]، دون أن يميز المشرع عند تقريره استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد تحويلها بين حالة التحويل الاتفاقي والتحويل القانوني، ورغم عدم وجود نص يشير إلى استمرارية الشخصية المعنوية إلا أنها تستمر عمليا ولا تزول، وأن الالتزام بنشر التحويل لا يعني نشوء شخص معنوي جديد، فهذه الإجراءات لا تهدف إلا لتغيير شكل الشركة وتغيير هياكلها القانونية، وهذا لعدم وجود نص صريح يلزم الشركة بإجراء قيد جديد في السجل التجاري، حيث تحتفظ الشركة بقيدها السابق على التحول ولا تلتزم بإعادة إجراءات التأسيس[2]، وإنما يجب اتخاذ قرار التحويل بناء على الشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي، شرط أن الشركة عند تحويلها تكون قائمة قانونا أو واقعيا، فلا يتم تحويل شركة منحلة تم الشروع في تصفيتها، أما إذا كانت الشركة معرضة للانقضاء بسبب مخالفتها لشروط تكوينها أو لتوفر سبب من أسباب انقضائها ولكنها لم تنقضي بعد، فيجوز تحويلها لشكل قانوني آخر[3].

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا المفهوم إذ لا يستلزم التحويل المنتظم لشركة ما إلى شركة من شكل آخر انشاء شخصية اعتبارية جديدة[4].

وكنتيجة لذلك لا يُرتب التحويل أي أثر يغير من رأسمال الشركة، أو ذمتها المالية، كما لا أثر لتحويل الشركة التجارية على الدعاوى المرفوعة من الشركة أو المقامة عليها، فلا تنقطع الخصومة بعد تحول الشركة ولو تغير ممثلها القانوني، لأنه من الطبيعي أن يؤدي تغيير شكل الشركة إلى تغيير نظامها وهياكلها الإدارية.

وقد قرر القضاء الفرنسي[5] أنه في حين لم تتوقف الشركة عن الوجود كشخص اعتباري عند تحولها، فإن مالكي الأسهم ليس لديهم القدرة على التصرف في أصول الشركة

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص والأموال والاستثمار، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص542.

[2]- زكري إيمان، مبدأ المحافظة على الشخصية المعنوية للشركة، مرجع سابق، ص 359.

[3]- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2000، ص 652.

[4]- Art 1844-3 C. civ: "La transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre modification statutaire".
Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

[5]- Cass. Com, du 4 mars 1986, 84-13.836, Publié au bull.

وأن التحول المنتظم للشركة إلى شركة ذات شكل آخر لا يستلزم إنشاء شخص اعتباري جديد.

الفرع الثاني: زوال الشخصية المعنوية للشركة الفعلية بالانحلال والتصفية

تعتبر الشركة الفعلية قائمة في الفترة الممتدة ما بين تأسيسها إلى غاية الحكم ببطلانها وتصفيتها، وتعتبر تصرفاتها في هذه الفترة صحيحة منتجة لآثارها كما لو كانت الشركة قانونية، حتى أنها تخضع في تصفيتها لنفس القواعد التي تخضع لها الشركة المكونة بشكل صحيح، وفي حالة الحكم ببطلانها فإنها تُحل ويتم تصفيتها مباشرة، أما إذا توقفت عن دفع ديونها جاز طلب شهر إفلاسها.

ويمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي إبطال الشركة الفعلية عن طريق دعوى البطلان، بسبب العيوب التي شابت الشركة عند تأسيسها، حتى ولو تعرضت أثناء حياتها وبعد نشأتها للعيب الذي أدى لاعتبارها شركة فعلية، فإذا صدر الحكم ببطلان الشركة الفعلية وجب حلها وتصفيتها.

وتنحل الشركة الفعلية لنفس الأسباب التي تؤدي إلى انحلال الشركة القانونية، سواء كانت هذه الأسباب عامة، كهلالك رأسمالها أو انتهاء المدة، أو كانت خاصة كموت أو انسحاب أحد الشركاء[1] في الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي، كما يمكن أن يكون الحل قضائيا عن طريق حكم قضائي، ويترتب على انقضاء الشركة توقف نشاطها ودخولها مرحلة التصفية والقسمة، وبما أن الشركة الفعلية تخضع لأحكام التصفية فإنها بذلك تحتفظ بشخصيتها المعنوية، ولكن ليس لمباشرة أعمالها كشركة صحيحة، وإنما لحاجات التصفية فقط وإتمام الأعمال المرتبطة بها[2].

---

[1]- تضمنت أسباب انقضاء الشركات المادتين 440 و 441 من القانون المدني الجزائري، إذ نصت المادة 440 منه على أن: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة." كما نصت المادة 441 على أنه: "يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء".

[2]- نصت المادة 766 من ق ت ج على أنه: "تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب. ويتبع عنوان أو اسم الشركة بالبيان (شركة في حالة تصفية).

وتبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها.

ولا ينتج حل الشركة آثاره على الغير إلا ابتداء من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري".

يمكن استنتاج حالات انحلال الشركة الفعلية من خلال النصوص التي جاء بها المشرع، والتي تخص الوجود الفعلي للشركة وأسباب الإبطال، غير أن تصفيتها لم يرد بشأنه نص خاص ينظم تصفية هذا النوع من الشركات، وطالما أن الحكم ببطلان الشركة يؤدي بالضرورة إلى قسمة أموالها، فإن تصفيتها أمر ضروري لإنهاء جميع التعهدات والتصرفات وسداد الديون واستيفاء الحقوق، ثم اقتسام الأموال بين الشركاء، لهذا من المنطقي أن يطبق على الشركة الفعلية جميع أحكام تصفية الشركة القانونية[1].

ويترتب عن الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة الفعلية، وكذا احتفاظها بها أثناء فترة التصفية، حق الغير في المطالبة بشهر إفلاسها متى توقفت عن دفع ديونها[2]، سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء التصفية، ويُتَّبَع في ذلك أحكام الإفلاس.

المبحث الثاني:

الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس

تعد مسألة تحديد الوضعية القانونية لشركة المساهمة في طور التأسيس بالغة الأهمية، إذ يثور تساؤل مهم حول مدى تمتع هذه الأخيرة في تلك المرحلة بالشخصية المعنوية، وبالتالي هل يمكنها الاستفادة من شخصيتها هذه لإجراء التصرفات القانونية الضرورية لتأسيسها، كاستئجار أو شراء المحل وتجهيزه ودفع النفقات الواجبة، إلى غير ذلك من الإجراءات الواجبة للتأسيس باسم الشركة ولحسابها، وإن لم يكتمل تأسيسها بعد[3].

وإذا كانت القاعدة أن الشركة عموما تكتسب الشخصية المعنوية ابتداء من قيدها في السجل التجاري، فإن الاختلاف أُثير حول ما إذا كانت شركة المساهمة في طور التأسيس بدورها تتمتع بمثل هذه الشخصية أم لا؟ فانطلاقا من مختلف التصرفات والعقود التي بموجبها تبدأ فترة تأسيس شركات المساهمة والنصوص القانونية المنظمة لها، ألا يمكن القول

---

[1]- عبد الهادي فوز جمال، فرمند غسان، الشخصية المعنوية لشركات المساهمة العامة المحدودة: مفهومها بموجب تشريعات الشركات السارية في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 1999، ص 62.

[2]- خالد عبد القادر عيد، مرجع سابق، ص 274.

[3] - George Ripert, René Roplot, sous la direction de michel germain : Traite de droit commercial, Tome 1, Volume 2, Les société commerciales, 18eme édition, LGDJ, paris, 2002, p 45.

بإمكانية تمتعها بالشخصية المعنوية؟ أليس لشركة المساهمة وجود ابتداء من تاريخ التصريح الحقيقي للمكتتبين، وإيداعهم الأموال أمام الموثق، والقول باكتسابها شخصية معنوية داخلية[1] واعتبارها كيانا يختلف عن الشركاء؟

ولكن قبل البحث في هذه المسألة وجب علينا أولا التمييز بين الشركة في طور التأسيس ومشروع الشركة، فمن المسلم به أنه لا يمكن إبرام عقد الشركة بصفة فورية، وأن تجسيد إرادة ورغبة المؤسسين بصفة أكيدة ونهائية في شكل عقد شركة يتطلب مفاوضات ومناقشات لتحديد تصورات الشركة المستقبلية[2]، والتي يمكن إعدادها في شكل مشروع شركة، فهو بروتوكول اتفاق يتضمن الإشارة إلى أهم النقاط المتعلقة بإنشاء الشركة، كشكلها ومدتها وموضوعها وقيمة رأسمالها، ويمكن أن يشمل أيضا توزيع المهام على المؤسسين وطريقة تعويضهم عن النفقات التي قد يتحملونها في سبيل تأسيس الشركة[3].

ويختلف مشروع الشركة عن عقد الشركة في أن الأول لا يتضمن جميع أركان الشركة، وأن قبول الأطراف لفكرة الشراكة لا يمثل إلا رسم أو تصور مبدئي للشركة المستقبلية، ويكون لهم حق العدول عن المشروع[4]، وبهذا يختلف عن الشركة في طور التأسيس نظرا للدور الإيجابي الذي يلعبه المؤسسون، والذي لا يقتصر على مجرد التفاوض والتخطيط، وإنما يتعداه إلى المساهمة والمشاركة الفعلية في مختلف المهام بغرض إتمام عملية التأسيس، وهو ما يعني توافر ركن نية الاشتراك والذي مفاده التعاون الإيجابي والفعال وعلى قدم المساواة في إخراج مشروع الشركة إلى عقد الشركة، بمعنى أن مشروع الشركة قد يتحول إلى عقد شركة إذا تجسدت إرادة الأطراف في شكل تعاون إيجابي قصد إتمام عمليات التأسيس.

---

[1]- اليونسي محمد، الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس، مجلة القانون المغربي، عدد 24، دار السلام للطباعة والنشر، 2014، ص 22.

[2]- Ivan Tchotourian, Vers une définition de l'affection societatis lors de la constitution d'une société, Lextenso édition, Paris, 2011, p 419.

[3]- Alain Couret, Anne Charveriat, Mémento pratique, sociétés commerciales, édition francis lefebvre, paris, 2011, p87.

[4]- C.A Paris 19 mai 2000, Bull joly, n° 11 de novembre 2000, §265, C.A Versailles, 05 mars 1992, Bull joly n°06 de juin 1992, §209.

كما تختلف الشركة في طور التأسيس عن الشركة الناشئة من الواقع، وفق معيار مباشرة النشاط[1]، فالأولى ينحصر نشاطها بإبرام التصرفات وإنجاز الأعمال الضرورية لتمكين الشركة من مباشرة النشاط الذي أنشأت من أجله، بخلاف الشركة الناشئة من الواقع والتي تمارس نشاطها التجاري بصورة فعلية.

وسعيا للبحث عن أثر للقول بوجود شخصية قانونية تتمتع بها شركة المساهمة في مرحلة تأسيسها ثار الكثير من النقاش والجدل الفقهي حول فكرة الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية للشركة التجارية وقت التأسيس (المطلب الأول)، وكذا حول نطاق هذه الشخصية، الزماني والموضوعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فكرة الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس

تكتسب الشركة التجارية الشخصية المعنوية من تاريخ قيدها في السجل التجاري[2]، ولا يثير الأمر إشكالا في شركات الأشخاص، لأنه بمجرد إبرام عقدها الأساسي يتم مباشرة إجراءات القيد والشهر في السجل التجاري، ولا يأخذ ذلك وقتا كبيرا، بخلاف شركات الأموال التي تكون فيها الفترة الممتدة بين إبرام عقدها التأسيسي واكتمال تأسيسها طويلة ومتعددة الإجراءات، هذه الفترة تقوم فيها الشركة بالعديد من التصرفات التي تتم باسم الشركة كإعلانات الاكتتاب وتسليم شهادات الاكتتاب وإصدار الأسهم وغير ذلك، ويبرز خلال هذه الفترة تصرفات عديدة تصدر عن مختلف الهياكل الإدارية للشركة التي يتولى القيام بها مؤسسوها، هذه الأعمال والتصرفات توحي في مظهرها الخارجي أنها صادرة عن الشركة، رغم أن هذه الأخيرة وفقا لما استقرت عليه التشريعات لا تتمتع بالشخصية المعنوية كون تأسيسها لم يكتمل بعد، مما أثار جدلا فقهيا حول طبيعة التصرفات التي يقوم بها مؤسسي شركة المساهمة في مرحلة التأسيس، حيث برز اتجاه فقهي رافض لوجود أي شخصية معنوية للشركة في هذه الفترة (الفرع الأول)، بينما قلل البعض الآخر من هذه الحدة بالقول بوجود

[1]- بياراميل طوبيا، مرجع سابق، ص 18.

[2]- المادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

نوع من الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس تمكنها من استكمال إجراءات التأسيس (الفرع الثاني)، وفيما يلي نستعرض مبررات كل من هذين الاتجاهين.

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي الر افض لوجود الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس

يتبنى بعض الفقه موفقا متشددا من الاعتراف بالشخصية المعنوية لشركة المساهمة أثناء فترة التأسيس، بحيث يرفض هذا التيار الاعتراف بأي شخصية معنوية لها، معتبرا أن القول بأهلية شركة المساهمة لا يصح إلا بعد قيدها في السجل التجاري، ولكن التساؤل كان يُثار حول التصرفات التي تتم من طرف المؤسسين باسم الشركة ولحسابها، وعن مبررات انتقال آثار هذه التصرفات إلى الشركة بعد تأسيسها باعتبارها لا تتمتع بالشخصية المعنوية في فترة التأسيس. .

أولا: الرأي المنكر لوجود أي شخصية معنوية لشركة المساهمة قيد التأسيس وبعض التشريعات المسايرة لهذا الطرح

أنكر أصحاب هذا الرأي على شركة المساهمة تمتعها بأي شخصية معنوية طيلة فترة التأسيس، هذا الاتجاه وإن كان محل نقد -كما سوف نرى- إلا أن العديد من التشريعات أخذت به، وضمنته قوانينها التجارية، ومع ذلك قامت بتكريس إطار قانوني يسمح بإمكانية التزامها بالتعهدات المبرمة من قِبل المؤسسين[1].

1-الرأي القائم على إنكارفكرة الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس:

لا يعترف أصحاب هذا الرأي بأي وجود للشخصية المعنوية للشركة في مرحلة التأسيس، إذ كان هذا المنطلق الأساسي لكافة النظريات التي حاولت تبرير كيفية التزام الشركة بعد تأسيسها، بآثار التصرفات والتعهدات الصادرة عن المتصرفين لحسابها خلال فترة التأسيس، حيث كان أساس هذا التوجه أن الشركة لا شخصية لها قبل قيدها في السجل التجاري ومن ثم لا ذمة مالية لها، وبالتالي لا يمكنها التمتع بأي حق، وبناء على ذلك

[1] - Yves Guyon ,Nécessite d'une reprise par la société des engagement souscrits au cours de la période constitutive, revue des sociétés, 1996, p 274.

يمكن القول أن التصرفات المشار إليها تبقى في ذمة المتصرفين إلى أن تقيد الشركة في السجل التجاري[1]، وحينها فقط تنتقل من ذممهم إلى ذمة الشركة[2].

وكنتيجة لذلك، يذهب أنصار هذه النظرية من الفقه وبعض أحكام القضاء إلى أنه لا وجود لأي اعتبار قانوني للشركة خلال مرحلة تأسيسها، وبالتالي رفض فكرة تمتع الشركة في فترة التأسيس بأي شخصية قانونية ولو كانت محدودة، وأن كل ما يبرمه المتصرفون من تصرفات فإنهم يتعاقدون باستعمال أسمائهم ولحسابهم الخاص، وعند استكمال تأسيس الشركة تنتقل إليها كل الالتزامات الناشئة عن تلك التصرفات إلى جانب الحقوق، بحيث دأب الفقه والاجتهاد القضائي منذ وقت طويل[3]،على اعتبار الشركة أثناء فترة التأسيس ليس لها أي وجود قانوني، فيستحيل لهذا العدم القانوني التصرف بأي شكل من الأشكال، أو تحمل الالتزامات كيفما كانت دائنة أو مدينة[4].

وبالرغم من هذا يبدوا أن هذه النظرية تتماشى إلى حد ما مع الواقع القائم على عدم تمتع الشركة قيد التأسيس بأي وجود قانوني، يسمح لها بالتعبير عن إرادتها بالالتزام بالتصرفات الصادرة عن مؤسسيها، فهذه التصرفات هي ملزمة للمؤسسين وحدهم بشكل شخصي، فإذا اكتمل تأسيس الشركة وأصبح لها شخصية معنوية تمكنها من التعبير عن إرادتها باكتساب الحقوق وتحملها للالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات، التزم هؤلاء

---

[1]- على هذا الأساس تضمنت التوجيهة الأوروبية في 9 مارس 1968 تكريس مبدأ الالتزام الشخصي للمتعاقد باسم الشركة بالتصرفات التي أبرمها مع الغير رغم أنها تمت لصالح الشركة، أي أن المتصرف مع الغير هو مدين بديل عن الشركة التي مازال تأسيسها لم يكتمل بعد، فيحق للغير الرجوع عليه من أجل تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقود والتصرفات التي تربطه مع الشركة.

سالمي وردة، حماية الغير في إطار شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015-2016، ص 56.

[2]- محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمة العينية في الشركات التجارية – دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 158.

-فاروق إبراهيم جاسم، النظام القانوني لمؤسسي شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 176- 177.

[3]- اليونسي محمد، مرجع سابق، ص 23.

[4] -Bastian (Daniel) : la situation des sociétés commerciales avant leurs immatriculation au registre de commerce Mélanges , études de droit commercial à la mémoire de henry Cadillac, Libraire technique, paris, 1968, p 93.

المتصرفون بنقل آثار تلك التصرفات والعقود إلى الشركة بالطرق المقررة قانونا لانتقال هذه الحقوق[1]، وفي هذا السياق قررت محكمة استئناف مصر في قرار لها سنة 1943[2]، أنه: "وإن اختلف في التكييف القانوني للعقـود التي يجريها مديرو شـركات المساهمة تحت التأسيس فقـد جرى الفقه وغالبية رجال الفقه في فرنسا على أن تلك العقود هي لحسابهم الشخصي ويُسألون عنها شخصيا".

ولكن قد لا يكون الأمر على هذا الحال، فقد يتعاقد المؤسسون باسم الشركة ذاتها التي هي في طور التأسيس لا بأسمائهم الشخصية، فهل تظل هذه العقود ملزمة لهم شخصيا؟

رد بعض الفقه على ذلك[3] بأنه ليس للشركة المطالبة بالحقوق عن تصرف قد تم في مدة لم يكن لها وجود قانوني، ولا يغير من الأمر شيئا أن يكون التعاقد قد تم باسمها، أما بالنسبة للغير، فإنه يتعين التمييز بين حالة ما إذا كان تعاقد المؤسسين بصفتهم الشخصية أو بصفتهم ممثلين للشركة في طور التأسيس، فلا يجوز في الحالة الأولى للغير مطالبة الشركة بعد تأسيسها بالحقوق الناشئة عن العقد الذي تم مع المتصرفين إلا إذا قاموا بنقل هذا التصرف بالطرق المقررة قانونا، أما في الحالة الثانية فإن هذا التصرف سيكون ملزما للشركة بمجرد تعهدها بالوفاء للغير وإقرارها للتصرف، أو كان نظامها الأساسي يتضمن شرطا بذلك، وكذلك إذا ما استفادت من التصرف.

وبناء على هذا التوجه لا يمكننا قياس شركة في طور التأسيس بالشركة قيد التصفية، على اعتبار أن المشرع سمح لهذه الأخيرة بالاحتفاظ بشخصيتها المعنوية بهدف القيام بأعمال التصفية إلى حين انتهاء إجراءاتها[4].

---

[1]- اليونسي محمد، مرجع سابق، ص 23.

[2]- قرار محكمة استئناف مصر، الصادر بتاريخ 4 يناير 1943، منشور بمجلة المحامين، عدد 24، ص 51.

[3]- حلمي بطرس، التصرفات التي يجريها مؤسسو الشركة المساهمة مع الغير، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1961، ص 8-9.

[4]- المادة 766 ق ت ج والتي تنص على أنه: "تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، ويتبع عنوان واسم الشركة بالبيان (شركة في حالة تصفية).

وتبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها.

ولا ينتج حل الشركة آثاره على الغير إلا ابتداء من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري."

2- بعض التشريعات التي سايرت فكرة رفض الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس:

من بين التشريعات التي تنبت هذا الاتجاه، قانون الشركات الفلسطيني، الذي لا يعترف بالشخصية المعنوية، لأي شركة مساهمة غير مسجلة، فإذا توفرت عناصر معينة بين مجموعة من الأشخاص مُشابهة لعناصر الشركة، وتدعوا لاعتبارها شخصية معنوية، فإنه لا مجال لأي اعتراف لهذه المجموعة بمثل هذه الشخصية في التشريع الفلسطيني في حالة التخلف عن التسجيل لدى الجهات الرسمية المكلفة بذلك[1]، وهو موقف مشابه لما تبنته أغلب التشريعات العربية واللاتينية التي ربطت وجود الشركة من عدمه بقيدها في السجل التجاري.

ويدعم أصحاب الرأي الرافض لوجود أي شخصية معنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس توجههم بعدة مبررات لتفسير انتقال بعض الالتزامات إلى الشركة التجارية في هذه المرحلة، كما يُقَدِّمون مبررات التصرف باسمها.

ثانيا: مبررات تفسير انتقال بعض الالتزامات إلى شركة المساهمة في مرحلة التأسيس

نظرا لحديثنا عن الأعمال والتصرفات التي يبرمها أو يقوم بها المؤسسون، ونظرا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقهم في تكوين شركة المساهمة، كان لزاما علينا أولا تحديد المقصود بالمؤسسين، ثم لنوضح بعدها أساس انتقال الالتزامات التي قام بها المؤسسون في فترة التأسيس إلى الشركة.

1- المقصود بالمؤسسين:

يمكن القول أن تأسيس الشركة هو مجموعة الأعمال المادية والتصرفات القانونية الضرورية لخلق التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع تحت تصرف الأشخاص الذين يريدون مباشرة نشاطات تتطلب رؤوس أموال كبيرة[2]، وكل هذه الأعمال يتولى القيام بها أشخاص يُدعون بالمؤسسين، وهم من يتحمل المسؤولية كاملة عن تلك الأعمال التي تسبق تكوين

[1]- عبد الهادي فوز جمال، فرمند غسان، مرجع سابق، ص 61.

[2]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 96.

الشركة واكتسابها الشخصية المعنوية، فكان للتشريع والفقه والقضاء في العديد من الدول دورا هاما في تحديد من هو المؤسس، إذ اتجه الفكر الحديث إلى توسيع تعريف المؤسسين، في حين أن الفكر التقليدي يسعى لتقييده[1].

ويحصر الفقه التقليدي صفة المؤسس في الأشخاص الموقعين على عقد التأسيس، باعتبارهم الأشخاص الذين بادروا إلى تحقيق فكرة إنشاء الشركة، وباشروا الإجراءات المتعلقة بذلك، ووفق هذا الاتجاه فإن المؤسسون هم الأشخاص الذين يبرمون عقدا فيما بينهم لتأسيس شركة[2]، ويأتي تحديد مفهوم المؤسسين بهذا الشكل، على اعتبار أنهم قد يتعرضون للمساءلة الجزائية في حالة مخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بالتأسيس، لهذا يقتصر وصف المؤسس على من وقَّع عقد التأسيس بصفته مساهما في الشركة.

وحسب هذا الاتجاه فإن وصف المؤسس لا ينطبق إلا على من لعب دورا في عملية التأسيس، دون حاجة إلى إجراء تمييز بين المؤسس الظاهر الذي أعلن صفته هذه، والمؤسس المستتر، ولا بين المؤسس القانوني والمؤسس الفعلي[3]

فيما يميل الفكر الحديث إلى توسيع تعريف المؤسسين، باعتبارهم الأشخاص الذين يشتركون بشكل مباشر أو غير مباشر في تأسيس الشركة، دون أن تنحصر دائرة المؤسسين على الذين اتفقوا على فكرة إنشاء الشركة، ووقعوا عقدها التأسيسي، وإنما تشتمل هذه الدائرة على كل شخص له دور في تأسيس الشركة[4]، ويظهر سبب هذا التوسع في أثره على حماية الغير، وحماية الادخار العام والمدخرين، كونه يؤدي إلى توسيع مجال تطبيق أحكام المسؤولية المنصوص عليها في قوانين الشركات على أكبر عدد ممكن من الأشخاص الذين شاركوا في تكوين الشركة كشخص معنوي[5].

---

[1]- طارق مسلم علي الشخانبة، المسؤولية الجزائية للمؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2018، ص 39.

[2]- عبد الهادي فوز جمال، فرمند غسان، مرجع سابق، ص 71.

[3]- رشيد فطوش، حماية الغير في شركة المساهمة –دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2012،ص 71.

[4]- عبد الهادي فواز جمال، فرمند غسان، مرجع سابق، ص 71.

[5]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 600.

ومن خلال هذا، يمكن اعتبار المؤسس كل شخص يقوم من تلقاء نفسه، وبدون سابق توكيل من الغير، بالأعمال المادية والقانونية لتأسيس الشركة، وإيجاد المكتتبين في رأسمالها[1]، كما يُعرفون بأنهم: "الأشخاص الذين يساهمون بشكل فعال في تنظيم وانطلاقة مشروع الشركة، خاصة فيما يخص وضع مشروع النظام الأساسي، والعمل على تقديم الحصص أو البحث عنها والتأكد من القيام بالإجراءات القانونية الضرورية والتصرف باسم الشركة التي هي في طور التأسيس"[2].

وبخلاف أحكام الوكالة التي تقوم على أساس حصر التصرفات التي يبرمها الوكيل في حق موكله دون امكانية سيرانها في حق الوكيل، فإن آثار التصرفات المبرمة باسم الشركة تسري بحقهما معا، المفوض بصفته مُوَكِّلا، والمفوض له بصفته وكيلا، بما أن نص المادة 549 لم يميز بين المتعاقد القانوني والمتعاقد الفعلي، بل سوى بينهما من حيث الآثار المترتبة عن التصرفات باسم الشركة في مرحلة التأسيس، فالمشرع أشار إلى مسؤولية من تعاقد باسم الشركة تجاه الغير، ولم يستعمل لفظ المؤسس، وهو نص وارد في الأحكام العامة لكل الشركات، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بالقرار الصادر بتاريخ 1992/01/14[3]، أين مددت صفة العاقد المتحمل للالتزامات الناشئة عن التصرفات المبرمة لتشمل من فُوِّضَ بإبرامها أيضا.

وعلى هذا يمكن القول بأن شرط إبرام التصرف مع الغير باسم الشركة –الذي يُحَمِّل صاحبه مسؤولية تنفيذ التعهدات- يمكن أن يشمل كل من تدخل في تنفيذ التصرف باسم الشركة، وهو ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1966/11/19[4]، حينما نقضت قرارا استئنافيا وتحميل أحد الشركاء المُرتَقَبِين الالتزامات المترتبة عن أحد العقود المبرمة باسم الشركة، بالرغم من اقتصار دوره على مراسلة الشركة

---

[1]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء 3، مطبعة المعارف الجديدة ، 2003، الرباط، ص 83.

[2] - Yves Guyon, Droit des affaires, op. cit, p 141.

[3] -Cass. Com. 14 Janvier 1992. N 90.12.825- Bulletin 1992 N 20 p 18 Dalloz.

[4] - Cass. civ 1er Novembre 1996. N 94-19-937 Bulletin 1996. N 410, p 282, Dalloz.

نقلا عن نبيل أبو مسلم، النظام القانوني للشركة في طور التأسيس، طبعة أولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2011، ص 109.

الهندسية المكلفة بتشييد أحد البنايات، لإعلامها باستحالة إكمال المشروع نتيجة وجود صعوبة قانونية.

ويختلف عدد المؤسسين الواجب توافره لتأسيس شركة المساهمة من تشريع لآخر، وقد اشترط المشرع الجزائري حدا أدنى لعدد المؤسسين، على أن لا يقل عن سبعة (7) أشخاص[1]، وأجاز أن يكون المؤسس شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا، وفي حالة ما إذا كان المؤسس شخصا معنويا، كان لزاما عليه أن يتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة التي تخوله أهلية تأسيس شركة أخرى، أما قبل تمتعه بهذه الشخصية، فلا يجوز له تأسيس شركة المساهمة.

2-أساس انتقال الالتزامات التي قام بها المؤسسون في فترة التأسيس إلى الشركة:

يتولى مؤسسو شركة المساهمة مهمة القيام بكل الإجراءات اللازمة لتأسيسها، ويسعون في سبيل تكوينها إلى إبرام العديد من العقود والتصرفات اللازمة لذلك، هذه التصرفات سواء تمت باسم المؤسسين أنفسهم أو باسم الشركة قيد التأسيس، فإنهم يتحملون مسؤوليتها إلى أن يكتمل تكوين الشركة على الوجه القانوني[2]، فتكون المسؤولية شخصية يتحملها المؤسسون بالتضامن.

أما في حالة نجاح مشروع الشركة، فإن الشركة قيد التأسيس حسب بعض التشريعات[3] ستحظى بشخصية معنوية بالقدر الكافي لعملية التأسيس، ويعمل المؤسسين كممثلين قانونيين للشركة قيد التأسيس، ومِن ثَمّ فإن جميع الالتزامات التي يبرمها المؤسسون

---

[1]- المادة 592 من القانون التجاري الجزائري، والتي نصت في فقرتها الثانية بعد تعديلها بالمرسوم التشريعي 08/93 على أنه: "ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (07)"، وكانت قبل ذلك تنص على تسعة (09)، وبهذا العدد يكون المشرع قد حذا حذو القانون الفرنسي ليؤكد على جدية التأسيس من طرف هؤلاء الشركاء الذين يرغبون في إنشاء هذا الشكل من الشركات، فضلا عن تقوية الضمان العام لكل من يتعامل مع الشركة في مرحلة التأسيس، دون أن يتعرض المشرع إلى الشروط الواجب توافرها في شخص المؤسس، ومن ثم وجب الرجوع إلى القواعد العامة، وما تتطلبه للقيام بالعمل التجاري من ضرورة توفر الأهلية في المؤسس نظرا لتحمله الالتزامات جراء التصرفات التي يقوم بها أثناء فترة تأسيس الشركة، وما يترتب عنها من مسؤولية سواء كانت مدنية أو جزائية، وبالخصوص عند فشل مشروع الشركة؛
أحمد محمد محرز، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 241.

[2] - Ripert georges et roplot réné, sous la direction de Michel germain, op.cit, p 46.
Laure Siné, Op.cit, p 6.

[3]. من بينها التشريع الإماراتي الذي اعترف بالشخصية المعنوية للشركة قيد التأسيس ولكن في حدود حاجات متطلبات تأسيسها.

خلال فترة التأسيس تنصرف مباشرة إلى الشركة[1]، وأساس ذلك فكرة الشخصية المعنوية التي تتمتع بها شركة المساهمة خلال هذه الفترة[2]، والتي تسمح بانتقال الحقوق والالتزامات التي عقدها المؤسسون باسمها أثناء فترة التأسيس، إلى شركة المساهمة بعد استكمال إجراءات تأسيسها وقيدها في السجل التجاري.

أما المشرع الجزائري[3] فقد نص على مركز المؤسس، باعتبار الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، ليكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، لتُعتبر بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها[4].

---

[1]- محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 269.

[2]- محمد فريد العريني، الشركات التجارية: المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 151 و 152.

[3]- المادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- Didier R. MARTIN, Droit des affaires, Tome 2, 1ére édition, Diffusion Al Madariss, Maroc, 2019, p 12.

يلاحظ أيضا من خلال نص المادة 549 في فقرتها الثانية من القانون التجاري الجزائري أن المشرع تعمد هذا المبتغى لغرض مزدوج على اعتبار أنه يحمي مصالح متعارضة بين طائفتين، الغير الذي تعامل مع المؤسسين، وفي ذات الوقت مصالح باقي الشركاء كونهم سيجدون أنفسهم قبل البدء في النشاط ملزمون بتحمل التزامات لم يشاركوا في إبرامها ليُعملوا إرادتهم فيما بعد بقبولها أو رفضها.

لكن في الحقيقة هناك من يعتبر أن تحويل المسؤولية عن التصرفات المبرمة خلال فترة التأسيس من المسؤولية التضامنية للمؤسسين إلى مسؤولية الشركة بعد تكوينها إنقاصا للضمان العام للدائنين أو المتعاملين مع الشركة في مرحلة التأسيس، كون الذمة المالية للمؤسسين تمثل ضمانا أفضل من الذمة المالية للشركة، فالمؤسسين يُسألون حتى في أموالهم الخاصة عكس الشركة التي تلتزم في حدود ذمتها المالية مما يعد انتقاصا للضمانة الممنوحة للغير المتعامل مع الشركة في تلك الفترة، أي أن المشرع قرر ضمانة مناسبة وحقيقية بتحميل المؤسسين كامل المسؤولية عن الأعمال والتصرفات التي قاموا بها باسم ولحساب الشركة في طور التأسيس، إلا أنه تراجع وقلص من هذه الضمانة بنصه على تحمل الشركة لهذه المسؤولية بموافقتها بعد تكوينها، وبالتالي تخلص المؤسسين من المسؤولية الملقاة على عاتقهم بناء على ما قاموا به من تصرفات مع الغير، ومن بين القائلين بهذا الطرح الأستاذ الدكتور عبد العزيز بوخرص أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، وإن كان المشرع نص على بقاء مسؤولية المؤسسين في المادة 806 من نفس القانون في حالة إصدار الأسهم سواء قبل قيد الشركة في السجل التجاري أو في أي وقت كان إذا حصل القيد بطريق الغش، أو دون إتمام إجراءات تأسيس تلك الشركة بوجه قانوني، وذلك في إطار تحديده للمسؤولية الجنائية للمؤسسين.

غير أنه هناك من يدافع عن موقف المشرع، ويرى أنه من غير المنصف أن يبقى المتعاقد باسم الشركة متحملا مسؤولية الالتزام بالتعهدات المبرمة لصالح الشركة بعد اكتمال تأسيسها، خاصة وأن المشرع يضمن وجود بديل مدين بتنفيذ التعهدات المتخذة في مرحلة التأسيس، كما يتيح للمؤسس التحلل من المسؤولية الملقاة على عاتقه، باعتبار أنه قام

ومن خلال النص القانوني الذي أورده المشرع الجزائري لتحديد المسؤولية عن الأعمال والتصرفات التي قام بها المؤسسون خلال فترة التأسيس، يتضح أنه اتخذ موقفا يتماشى مع غالبية ما ذهبت إليه غالبية التشريعات، إذ اعتبر التصرفات والأعمال التي قام بها هؤلاء المؤسسين في فترة التأسيس لا تلزم الشركة، مع قيام مسؤوليتهم التضامنية، إلا إذا قبلت أن تأخذ على عاتقها تلك الأعمال والتصرفات بعد تأسيسها بشكل قانوني[1] وتمتعها بالشخصية المعنوية الكاملة.

ثالثا: مبررات التصرف باسم شركة المساهمة في مرحلة التأسيس

يتطلب تأسيس شركة المساهمة فترة طويلة ما بين البدء في تأسيسها إلى اكتسابها الشخصية المعنوية، وعادة ما يبرم المؤسسون خلال هذه الفترة عددا من التصرفات القانونية، كالتعاقد مع البنك على تلقي الاكتتابات، أو التعاقد على طبع نشرات وشهادات الاكتتاب والأسهم، كما قد يقومون بدراسات فنية تتطلب نفقات هامة، أو القيام بشراء الآلات والمعدات والمواد الأولية، فضلا عن استخدام العمال والموظفين وإبرام عقود الإيجار، وغيرها من الأعمال والتصرفات التي يقومون بها[2]، وفي هذه الحالة يُثار التساؤل حول من هو

بالتصرف باسم الشركة ولفائدتها، وأن الشركة أصبحت قائمة بذاتها، وأن المساهمين في الجمعية التأسيسية وفقوا على أن التصرف كان ضروريا لتأسيس الشركة وبداية نشاطها.

ويقابل نص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري كل من المادتين 1842 من القانون المدني الفرنسي، والمادة L 201-6 من القانون التجاري الفرنسي، وذلك بنصهما على أن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية لا يكون إلا بعد قيدها في السجل التجاري،

Art L210-6 C. com Fr: " Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.

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

[1]- أحمد محمد محرز، القانون التجاري (الشركات التجارية، الأحكام العامة، شركات التضامن، الشركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات المساهمة)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 245 و 246.

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي واعتمده في مختلف تطبيقاته القضائية ومنها؛

Cass. civ, com, 10 février 2021, 19-10.006, Publié au bull.

[2] - Yves Guyon, Droit des affaires, op. cit, p 46.

المتعاقد؟ هل هم المؤسسون أنفسهم أم الشركة؟ وباسم من ولحساب من يتم التعاقد؟ بمعنى من هو الدائن ومن هو المدين؟ وإذا اعتبرت الشركة هي المتعاقد، فما هو الأساس القانوني لتفسير اكتسابها الحقوق المترتبة عن هذه التصرفات، وتحملها الالتزامات الناشئة عنها؟

لا يثير الأمر إشكالا في حالة فشل مشروع الشركة، إذ تظل العقود والتصرفات التي قام بها المؤسسون ملزمة لهم بصفتهم الشخصية، سواء كانوا دائنين أو مدينين، غير أن الأمر الذي يثير العديد من الإشكالات يكون في حالة نجاح مشروع الشركة واكتسابها الشخصية المعنوية، حيث تنتقل إليها العقود والتصرفات التي أبرمها المؤسسون لحسابها خلال فترة التأسيس، مما يثير التساؤل عن الصفة التي يعملون بمقتضاها في تلك الفترة، وعن تكييفها القانوني.

وفيما يتعلق بالاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس، فقد اختلف الرأي بشأن ذلك، وتطور بتقدم الزمن وواقع الشركات الاقتصادي ومسايرة الفقه والقضاء لهذا الواقع استنادا إلى المبادئ القانونية، ليذهب القضاء الفرنسي بادئ الأمر إلى اعتماد مبدأ عدم الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية في مرحلة التأسيس، غير أنه أمام الحاجات الفعلية والإجراءات العملية التي يتوجب القيام بها لتأسيس الشركة وانطلاق أعمالها، والتي لا يمكن تجاوزها أو الاستغناء عنها -وبالأخص العمليات القانونية- وصعوبة مباشرتها باسم المؤسسين ثم تحويلها باسم الشركة بعد اكتمال تأسيسها، بسبب ما تقتضيه من نفقات ورسوم وصعوبات وتأخير في العمل إذا لم يُعْترف للشركة بالشخصية المعنوية في مرحلة التأسيس، مما دفع الفقه والقضاء إلى ابتداع حلول مناسبة لهذا الشأن.

وفي هذا الصدد تعددت الآراء والنظريات التي حاولت تحديد طبيعة التصرفات التي يقوم بها المؤسسين في فترة التأسيس. واختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتصرفات والأعمال التي يقوم بها المؤسس باسم ولصالح شركة المساهمة خلال مرحلة التأسيس، والتي لم تكتسب الشخصية المعنوية بعد، فمنهم من اعتبرها اشتراطا لمصلحة الغير، ومنهم من ردها إلى عمل الفضولي، وآخرون رأوا أنها قائمة على أساس الوكالة أو التمثيل، منهم من اعتبر تصرفات المؤسسين أنها لحسابهم الخاص.

النظرية الأولى: نظرية التصرفات الشخصية

ذهب البعض من الفقه[1] إلى رفض الوجود القانوني للشركة خلال مرحلة التأسيس، واعتبروا أن قيام المؤسسين بإبرام عقد أو تصرف خلال هذه الفترة يتم بصفتهم الشخصية وبعد تأسيس الشركة يَنْقُلون إليها آثار العقود التي تم إبرامها على أساس أن الشركة في فترة التأسيس ليس لها وجود قانوني، وكنتيجة لذلك يتحمل المؤسسون شخصيا[2] تبعات هذه التصرفات تجاه الغير.

وفقا لهذه النظرية، يعتبر المؤسسون متعاقدين لحسابهم الشخصي، وباسمهم الخاص، فيكونون وحدهم دائنين أو مدينين، مبررة كيفية التزام الشركة بتصرفات مؤسسيها بالاستناد إلى مبررين أساسين[3]، أولهما عدم تمتع الشركة قبل التأسيس بأي وجود قانوني، أي لا شخصية معنوية لها، ولا ذمة مالية، وبالتالي لا مجال لتمتعها بالحقوق وتحملها الالتزامات، أما الثاني فأساسه غياب الإرادة، مما يعني عدم قدرة الشركة التعبير عن إرادتها بالالتزام بتصرفات مؤسسيها، حيث يتحملون وحدهم المسؤولية عن التصرفات المبرمة بصفة شخصية، وبعد تمام تأسيس الشركة فإنهم ينقلون إليها الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود التي أبرموها[4].

هذه النظرية منتقدة لأن من شأنها أن تُعَرِّض الشركة إلى خطر الحجر على أحد المؤسسين، أو إفلاسه، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى دفع الضرائب والرسوم مرتين، مثل رسوم التسجيل العقاري عند انتقال الملكية إلى المؤسس، ثم عند انتقالها منه إلى الشركة بعد تكوينها[5].

---

[1]- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج 1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ص 365.

[2]- حسني محمود عباس، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، القاهرة، 2004، ص 350.

[3]- فاروق ابراهيم جاسم، مرجع سابق، ص من 176 إلى 180.

[4]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 107.

[5]-نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 160.

النظرية الثانية: الشركة الو اقعية

يرى أنصار هذه النظرية أن إجراءات التأسيس إذا طالت ولم ينهها المؤسسون، وكانوا قد شرعوا في القيام بأعمال تدخل في موضوع الشركة، فإنهم يتصرفون على أساس شركة مؤسسة واقعيا، وأن المؤسسين إذا قاموا بأعمال غير الأعمال اللازمة لتأسيس الشركة فإنهم يتصرفون على أساس شركة واقعية، ويكون معيار التمييز بين الشركة قيد التأسيس والشركة الفعلية يستند إلى بدء النشاط وطبيعة الأعمال التي تقوم بها، ويترتب على هذه الحالة عدم الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية، وبالتالي فإن المؤسسين مسؤولون بصفتهم الشخصية عما يكونوا قد قاموا به من تصرفات مع الغير.

هذه النظرية تعرضت للانتقاد كونها تقتصر على حالة واحدة فقط، وهي حالة التمادي في إجراءات التأسيس، والقيام بأعمال تستهدف مباشرة تحقيق موضوع الشركة، دون أن تعالج الحالات الأخرى والتي قد تدخل مباشرة في تأسيس الشركة، أو التي لا تنتج عن التراخي في إجراءات التأسيس[1].

النظرية الثالثة: نظرية الوكالة

تَتَبنى هذه النظرية فكرا مخالفا لسابقاتها، كون المؤسسين يعملون بصفتهم وكلاء عن الشركة قيد التأسيس، وبهذه الصفة يقومون ببعض الأعمال اللازمة لتأسيس الشركة، ويبرمون تصرفات لحسابها، فتنصرف آثار هذه التصرفات لحسابها، ويكون للغير مطالبة الشركة بنتائجها.

ويرى الأستاذ SINAY [2]، أن المتصرفين يعتبرون وكلاء عن الشركة التي هي في طور التأسيس، وبانتهاء تكوينها يتخلصون من أي التزام شخصي، لكن هذا الرأي واجه انتقادا بأنه لا يسوغ قبول التصرف بناء على وكالة، التي هي عقد إرادي يُكَلِّف بموجبه المُوَكِّل الغير بمهمة تمثيله في أحد أو عدة أعمال حسب ما خوله من صلاحيات، بحيث أن الوكيل لا يتصرف مطلقا لحسابه الشخصي، والالتزامات المترتبة عن تنفيذ العقد –في حدود الوكالة- لا يتحملها

[1]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، مرجع سابق، ص 108.

[2] -Robert Sinay, Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, revue des sociétés, 1966, n° 106-107-108, p 289 – 290.

إلا المُوَكِّل، أما فيما يخص تصرف المؤسسين باسم الشركة في طور التأسيس، فيمكن أن يُحَوَّل التصرف للحساب الشخصي لمبرمه، ومن ثم تنفيذه في حالة فشل مشروع الشركة، أو عدم قبول هذه الأخيرة أخذ التصرفات على عاتقها.

فضلا عن كون المؤسسين إنما اتخذوا المبادرة لتأسيس الشركة ولم يتحصلوا على أي توكيل بذلك وفقا لمفهوم عقد الوكالة، خاصة وأن الوكالة في عقود الشركات يجب أن تكون مكتوبة، ولو بعقد عادي، كما أن من أركان الوكالة الرضا، والذي لا بد أن يصدر من شخص ذي أهلية، فيجب إذا الاعتراف مسبقا للشركة بالشخصية المعنوية التي تؤهلها بعد ذلك توكيل أشخاص عنها في أمور معينة ويتصرفون وفقا لها، دون أن تنصرف آثار التصرف في حالة خروجهم عن حدود التوكيل إلى الموكل، أما في حالة التصرف باسم شركة قيد التأسيس على أساس الوكالة فهو مردود لعدم وجود الموكل قانونا.

النظرية الرابعة: نظرية الفضول

الفضالة هي عبارة عن قيام بعمل مستعجل بدون مصلحة شخصية فيه ولا تكليف أو ترخيص أو إلزام القانون[1]، وعليه فإن المتصرف يصبح كالفضولي ليقوم بالتصرف لحساب الشركة، ويلتزم بصفة شخصية، بأن يبذل عناية الرجل الحريص، طوال فترة إنجاز عمله[2]، إلا إذا تحملت الشركة مسؤولية إتمامه.

اعتبر جانب من الفقه[3] بأن أساس التزام الشركة بالتصرفات المبرمة لحسابها من قبل المؤسسين في فترة التأسيس هو فكرة الفضالة، فحسب هذا الرأي المؤسسون هم فضوليون عن الشركة، وهو ما يفرض عليهم القيام بأعمال التأسيس، إذ يُعَد من قبيل الفضولي الذي يقوم بمباشرة شؤون الشركة التي لم يتم إنشاؤها بشكل نهائي إلى أن تخرج للحياة وتزاول مهامها بنفسها.

---

[1]- عرفت المادة 150 من القانون المدني الجزائري الفضالة على أنها: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك".

كما تنص المادة 154 من نفس القانون في فقرتها الأولى بأنه: "يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولا عن خطئه".

[2] -Cass. civ, 1er chambre, 14 Janvier 1959, D. 11959 – 106.

[3]- محسن شفيق، مرجع سابق، ص 364.

يرى أصحاب هذه النظرية أن المؤسسين خلال فترة التأسيس يتصرفون مع الغير لحساب الشركة تحت التأسيس كتصرفات الفضولي لحساب صاحب المال، وكنتيجة لذلك تنصرف آثار تصرفات المؤسسين إلى الشركة، فيمضي المؤسس في إجراءات تأسيس الشركة، وما بدأه من أعمال إلى أن تتمكن من مباشرتها بنفسها بعد تكوينها، ويجب عليه أن يبذل في القيام بالتأسيس عناية الرجل الحريص، ويكون مسؤولا عن خطئه، ويتضامن المؤسسون في المسؤولية عن الأخطاء، كما يلتزم المؤسس بتقديم حساب للشركة عما قام به من أعمال، ويجوز له مطالبة الشركة بعد تأسيسها بما أنفقه من مصروفات، ويترتب عن هذه النظرية التزام الشركة بعد تأسيسها بتنفيذ التعهدات التي عقدها المؤسس لحسابها[1]، ويتعاقد المؤسسون على اعتبار أنهم فضوليون لحساب الشركة قيد التأسيس، ويصرحون بذلك، وتنتقل هذه المسؤولية عن هذه التصرفات إلى الشركة إذا وافقت عليها بعد تأسيسها، أما إذا لم توافق التزم المؤسسون شخصيا لأن تصريح المؤسس عند التعاقد كفضولي لا يرقى إلى مرتبة الشرط.

هذه النظرية رغم أنها قدمت مبررات أفضل من سابقاتها، غير أنها لم تسلم من النقد هي الأخرى كون الفضول يتطلب القيام بإدارة شؤون غيره بدون تفويض منه، والغير هنا هو الشركة المستقبلية، التي ينحصر دور المؤسس في خلقها وإنشائها، وبالتالي لا وجود قانوني للشركة في هذه الفترة حتى يمكن أن ينوب عنها المؤسسون[2]، بمعنى أن الشركة في هذه الحالة لا يمكن أن تكون طرفا في العقد، طالما أنها لم تتمتع بالشخصية المعنوية ولم تخرج للحياة بعد، كما أنه من الخطر إلزام الشركة بتحمل كل الالتزامات الناشئة عن تصرفات المؤسسين، خاصة إذا كانت تصرفات ضارة أو مبالغا فيها، بالإضافة إلى أن منح الشركة الحرية في رفض أو إجازة التصرفات بحريتها المطلقة على أساس أنه يحق لها إجازة أو عدم إجازة أعمال الفضولي لا يتفق مع العدالة.

كما أنه لا شك في أن هذه النظرية تعجز على أن تكون أساسا قانونيا لهذا النوع من المسؤولية كون الفضالة لا تقوم إلا في حالة الاستعجال، وهذا الأمر يختلف في حالة تأسيس

[1]- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 109.

[2]- محسن شفيق، مرجع سابق، ص 365.

الشركة إذ لا يمكن القول أن إجراءات التأسيس هي عمل عاجل، فضلا عن ذلك، تقتضي القواعد العامة إلزام الفضولي بإخطار رب العمل متى استطاع ذلك[1]، وهذا ما لا يمكن تحققه بالنسبة للشركة، بالإضافة إلى أن إجراءات التأسيس هي مراحل إلزامية، وعلى المؤسسين القيام بها لإنجاح مشروع الشركة وهو ما يتعارض مع فكرة الفضالة التي تشترط قيام الفضولي بالعمل دون أن يكون ملزمًا بذلك.

النظرية الخامسة: نظرية التعاقد لمصلحة الغير

وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، فإنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه لمصلحة شخص ثالث، فيصبح هذا الشخص دائنا للملتزم بمقتضى هذا العقد نفسه، ويمكن أن يكون المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير شخصا مستقبليا، أو هيئة مستقبلة، أو أشخاص غير معينين في الحال، شرط أن يكون تعيينهم ممكنا وقت إنتاج الاتفاق أثره[2]، وعلى هذا الأساس قُضي بأن يكون للمؤسسين الحق في الدفاع لحساب الشركة (قيد التأسيس) عن العلامة التجارية التي انتقلت ملكيتها إليها[3].

وأساس هذه النظرية أن المتعاقد يتصرف باسمه لا باسم المنتفع، وهذا ما يميز التعاقد لمصلحة الغير عن الوكالة والفضول.

فذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن المؤسس يقوم بهذه التصرفات اشتراطا لمصلحة شركة مفترضة الوجود مستقبلا، فيتعاقد المؤسسون لحساب الشركة التي لم توجد بعد، بشرط أن يتم تأسيسها لاحقا بصورة نهائية، وفي حالة فشلهم في تأسيسها التزموا بالأعمال والمصاريف التي أنفقوها، وإذا ما تأسست فإنها تلتزم بنفسها.

لكن القول بهذه الفكرة لا يستقيم لإمكانية تحول صفة المؤسس إلى شريك في حالة تأسيس شركة المساهمة دون اللجوء إلى الادخار العلني، إذ يعد المؤسس كما لو أنه قام

---

[1]- تنص المادة 153 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك".

[2]- - تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة".

[3]- نقض مصري، طعن رقم 390، جلسة بتاريخ 1963/01/24.

بالاشتراط لمصلحته[1]، كما أن التعاقد لمصلحة الغير قابل للإلغاء من جانب المتعاقد طالما أن المنتفع لم يعلن عن قبوله بعد، وهو ما لا يجوز للمؤسسين عند تأسيسهم الشركة، حتى أنه في حالة التعاقد مع الغير، فإن هذا الأخير تنشأ له حقوق دون أن يتحمل أي التزامات[2]، بعكس الشركة التي عليها أن تتحمل مصاريف التأسيس والتصرفات في حالة اكتمال تأسيسها، مما يعني أن هذه النظرية وإن كانت تفسر تمتع الشركة بالحقوق الناشئة عن العقود التي يبرمها المؤسسون مع الغير، فإنها تعجز عن تفسير تحمل الشركة للالتزامات المترتبة عنها[3].

بالرغم من محاولات تحديد التكييف القانوني لتصرفات المؤسسين خلال فترة تأسيس الشركة، فإن أيا من هذه النظريات لم ينطبق تكييفها تماما على تلك التصرفات[4] وإن كان ينطبق على بعضها، حيث تكون الشركة مسؤولة عن تصرفات المؤسسين إذا اكتمل تأسيسها، وخرجت للوجود، أما إذا لم يتمكنوا لأي سبب من الأسباب من تأسيس الشركة بصورة نهائية[5]، فتكون هذه التصرفات على عاتقهم، وهذا ما دفع بالقول أن عملية التأسيس تظل قاعدة مستقلة عن غيرها من القواعد[6].

الفرع الثاني: النظريات المؤيدة لوجود شخصية معنوية شركة المساهمة وقت التأسيس وموقف التشريعات منها

يذهب رأي من الفقه إلى أن اكتساب الشخصية المعنوية لا يتوقف على إتمام إجراءات نشرها، باعتبار أن الغاية التي أرادها المشرع الجزائري من فرض النشر قانونا هي إطلاع الغير على وجود الشركة المكونة وفقا للقواعد المتبعة، فالشركة تكتسب شخصيتها

---

[1]- محمد فتاحي، المركز القانوني للمؤسس في شركات المساهمة في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 02، سنة 2009، ص 05.

[2]- نور الدين الفقيهي، آثار ربط الشخصية المعنوية للشركة بالقيد في السجل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الحقوق – قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة محمد الخامس- أكدال، الرباط، 2000 -2001، ص 61.

[3]- محمد فريد العريني، القانون التجاري، الدار الجامعية للمطبوعات والنشر، القاهرة، 1999، ص 33.

[4]- سالمي وردة، مرجع سابق، ص 66.

[5]- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثانية، بدون بلد النشر، بدون سنة نشر، ص 175.

[6]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، مرجع سابق، ص 112.

المعنوية بمجرد تكوينها ولو لم تستوف إجراءات النشر التي يوجبها القانون، وما النشر سوى شهادة على قيام الشخص المعنوي[1]، ومع ذلك تُعلق التشريعات أهمية بالغة على النشر فتعمد إلى اعتبار الشركة قابلة للإبطال إذا تم إغفاله، لذلك سنخوض بالتفصيل في الرأي القائل بوجود شخصية معنوية محدودة للشركة وقت التأسيس، ثم نَعرُض على موقف بعض التشريعات التي ارتأت الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة التجارية في تلك المرحلة.

أولا: الرأي القائل بوجود شخصية معنوية محدودة لشركة المساهمة في وقت التأسيس

نظرا للانتقاد الموجه للاتجاه التقليدي من الفقه، اتجهت بعض أراء الفقه والأحكام القضائية، لتقديم أسس بديلة لتفسير امكانية التزام الشركة بالتعهدات المبرمة من طرف المؤسسين، تقوم على الاعتراف لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس بوجود قانوني وشخصية معنوية محدودة، تسمح لها بالتعبير عن إرادتها بقبول هذه التعهدات، وتمكينها الاستفادة من الحقوق الناشئة عنها، وكذا الالتزامات المترتبة عليها، لتنصرف آثار هذه التعهدات إلى الشركة دون أن تدخل في ذمة المؤسسين.

ويربط أنصار هذا الاتجاه وجود شخصية معنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس، بوجود ضرورات تقتضيها هذه المرحلة للقيام بإجراءات التأسيس، إلا أنهم لم يتفقوا على رسم حدود هذه الشخصية، وكيفية ثبوتها، فهل هي شخصية معنوية غير كاملة متعلقة بإنجاز إجراءات التأسيس، أم هي شخصية معنوية داخلية قاصرة على العلاقات بين مساهمي الشركة، أم هي شخصية جنينية تماثل شخصية الجنين.

يرى غالبية الفقه[2] أن الشركة قيد التأسيس تتمتع بشخصية معنوية محدودة بالقدر اللازم للقيام بإجراءات التأسيس، وهذا قياسا على تمتع الشركة بشخصية معنوية في فترة التصفية، مبررين ذلك بالضرورات العملية التي تتطلب القيام ببعض التصرفات والعقود لمصلحة الشركة المستقبلية قبل اكتمال تأسيسها بصورة نهائية، دون أن تشمل قيام المؤسسين بالاستغلال المحدد في عقد الشركة والشروع في النشاط، وقد كرس الفقه الفرنسي هذا الاتجاه في العديد من أحكامه، وسارت محكمة النقض المصرية على هذا الاتجاه، حيث

[1]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، الأحكام العامة للشركة، مرجع سابق، ص 246.

[2] -Ripert georges et roplot rené, traite élémentaire de droit commerciale, T1, 14éd, paris, 1990, p 559.

قررت في حكم لها "بأن شركة المساهمة تعتبر في فترة التأسيس ممثلة بالمؤسسين ومن ثم فيكون لأحدهم أن يتقدم خلال فترة التأسيس لحساب الشركة المستقبلية للدفاع عن العلامة التجارية التي انتقلت إليها ملكيتها"[1].

وحسب هذا الاتجاه، فإن شركة المساهمة تكتسب شخصيتها المعنوية منذ تكوينها على الوجه الصحيح، أي منذ موافقة الجمعية التأسيسية على تعيين أعضاء مجلس الإدارة ومفوضي الرقابة الأوليين، رغم أن أغلب التشريعات لا تمنح للشركة التجارية الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وحجتهم في ذلك أن الغاية التي توخاها المشرع من فرض النشر قانونا هي إطلاع الغير على وجود شركة مكونة وفقا للقواعد القانونية الخاصة بتأسيس الشركات، فالشركة تكتسب شخصيتها المعنوية بمجرد تكوينها، ولو لم تستوف إجراءات النشر التي يوجبها القانون، معتبرين النشر مجرد شهادة على قيام الشخص المعنوي كشهادة الميلاد بالنسبة للشخص الطبيعي، غير أن المشرع رتب على إغفال النشر اعتبار الشركة قابلة للإبطال مبرزا أهميته، دون أن نجد في قوانين الشركات جوابا عن لماذا أو كيف يفترض أن تتحمل هذه الالتزامات المبرمة لحسابها؟[2]، الأمر الذي يفتح الباب أمام مجموعة من التبريرات، انطلاقا من نظريات وتكييفات مختلفة، منها نظرية الشخصية الجنينية كأساس تبرير وجود الشخصية المعنوية المحدودة لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس.

1-نظرية الشخصية الجنينية:

يستند التكييف القانوني للمسؤولية عن هذه التصرفات حسب بعض الفقه[3]، إلى توفر الشركة في هذه المرحلة على شخصية معنوية غير مكتملة بل في طور التكوين تشبه شخصية الجنين، بحيث تكتسب الشركة الحقوق، مع توسيع أهليتها لتشمل الالتزام

[1]- حسني محمود عباس، مرجع سابق، ص 350.

[2] - Yves Guyon , Droit des affaires, op. cit, p 165.

[3]- مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، 1971، ص 282.

بالواجبات، فإذا لم يتم اكتمال تكوينها بصفة نهائية، اعتبرت وكأنها لم تكن أصلا[1]، ويتحمل المتصرفون المسؤولية عن التصرفات التي قاموا بها بصفة شخصية.

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من الانتقاد، كونها لا تجيب عن حالة ميلاد الشركة بدون تحمل هذه الأخيرة لمسؤولية ما أبرموا لحسابها في مرحلة تكوينها، كما أن تشبيه الشركة بالجنين باستعارة القاعدة القانونية القائلة باعتبار الجنين مولودا إذا تعلق الأمر بمصلحته، أمر غير موفق، لأنها تجعل الشركة محلا لاكتساب الحقوق دون تحمل الالتزامات[2]، والحال أنها قد تتحملها بأثر رجعي وفق نص القانون[3].

2-نظرية الشخصية المعنوية المحدودة:

رغم تعددت النظريات والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، إلا أن أغلبها توصل إلى الاعتراف بشخصية معنوية محدودة لشركة المساهمة أثناء مرحلة تأسيسها، قياسا على تلك التي تتمتع بها في مرحلة التصفية، وتماشيا مع الواقع العملي المُستَنِد إلى قيام المؤسسين ببعض التصرفات والعقود لمصلحة الشركة المستقبلية التي هي في طور التأسيس، إذ من المناسب الاعتراف لها بالشخصية المعنوية تسهيلا لإجراءات التأسيس بغرض استكمالها، وفي حالة تعذر ذلك يتحمل المؤسسون ما ينتج من مسؤوليات دون أن يَثْبُت للشركة أي شخصيـة قانونية.

والهدف من الاعتراف بهذه الشخصية هو إلزام الشركة بعد تأسيسها بالتصرفات الصادرة عن مؤسسيها باعتبارهم ممثلين لها، دون الحاجة لقيامهم لاحقا بنقلها للشركة بعد اكتمال تأسيسها متى كانت هذه التصرفات من ضرورات التأسيس.

---

[1] - Ripert georges et roplot rené, l, n° 1044 : « Pour expliquer que des droits ou des obligations puissent naitre au profit ou à la charge de la société pendant la période de la fondation, la doctrine moderne a émis l'idée que la société en formation a déjà une certaine personnalité (comp. Cass. Com, 13 fév. 1957, Bull. Cass, 1975.3.47) et, par une comparaison ingénieuse ; elle l'a considérée comme l'enfant simplement conçu vivant et viable ».

[2] - Yves Guyon , Droit des affaires, op. cit, p 166.

[3] - لأن المادة 549 من القانون التجاري الجزائري كانت صريحة بقولها أن هذه الالتزامات تعتبر كما لو قامت بها الشركة منذ البداية.

وتُسمى هذه النظرية أيضا بنظرية الشخصية المعنوية الداخلية[1]، ويستند المؤيدون لها بالصياغة القانونية الواردة في معظم التشريعات الوطنية، والتي تنص على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية من تاريخ القيد في السجل التجاري، مفرقين بذلك بين مصطلحي "تمتع" jouissance و"اكتساب" acquisition الشخصية المعنوية، معتبرين أن الشخصية المعنوية تكون موجودة بوجود اتفاق الأطراف فقط إلى غاية أن يكون لها محل، وبالتالي يمكن القول بوجود شخصية معنوية غير كاملة مجردة من الأهلية القانونية، في انتظار التسجيل الذي يجعلها تتمتع بكافة مزايا الشخصية المعنوية، فالشركة لها وجود قانوني ووجود فعلي، والدليل على ذلك استخدام المشرع مصطلح "تمتع" لإظهار وجود الشركة، إذ أجاز المشرعَين الجزائري والفرنسي التصرف لحساب الشركة قبل تمتعها بالشخصية المعنوية.

هذه النظرية تُميز بين وجود الشخصية المعنوية، وبين الاعتراف بها من طرف المشرع، فهذا الأخير ذهب إلى تحديد تاريخ الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية، وليس تقرير وجودها[2].

هذه النظرية قدمت الأساس المقنع لتبرير كيفية التزام الشركة بعد تأسيسها بالتعهدات الصادرة عن مؤسسيها خلال فترة التأسيس، وهو ما نال تأييد غالبية آراء الفقه كحل للإشكال المتعلق بأساس التزام الشركة المستقبلية بتصرفات مؤسسيها، رغم أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية يبدوا مخالفا لظاهر النصوص التشريعية التي أقرتها أغلب القوانين التي أنكرت وجود مثل هذه الشخصية[3].

ثانيا: اعتراف بعض التشريعات بالشخصية المعنوية للشركة التجارية وقت التأسيس

بالرغم مما جرى تفصيله من مواقف الفقه وبعض الاجتهادات القضائية التي سعت إلى تقديم أساس حقيقي لتبرير التزام الشركة بتصرفات مؤسسيها، فإن التشريعات قد حسمت أمرها، وتصدت بموجب تشريعاتها لهذا الإشكال وفق إطار قانوني، ونظمت انتقال الالتزامات الناشئة عن التعهدات المبرمة من المؤسسين خلال مرحلة التأسيس إلى الشركة

[1]- اليونسي محمد، مرجع سابق، ص 31.

[2]- مرجع نفسه، ص 32.

[3]- فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 201-202.

بعد تأسيسها، بهدف تأمين حماية للغير المتعامل مع الشركة في تلك الفترة من احتمال فشل مشروع الشركة، أو عدم إقرار الشركة للتصرف بعد تأسيسها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى حماية باقي المساهمين من آثار التصرفات التي أبرمت بعيدا عن رقابتهم.

وللتوضيح أكثر في هذا الشأن يتوجب علينا أن نتطرق إلى اتجاه المشرع الفرنسي في تحديد مدى التزام الشركة بالتصرفات التي أبرمها مؤسسوها في فترة التأسيس، وكذلك المشرع الجزائري، ثم نرى الوجهة الحديثة والمخالفة للمشرع الإماراتي للالتزام بهذه التصرفات.

1-موقف المشرع الفرنسي من الشخصية المعنوية للشركة في مرحلة التأسيس:

يلاحظ أن قانون الشركات الفرنسي[1] الذي لا يعترف بالشخصية المعنوية للشركة إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، قد اعتبر أن الأشخاص الذين يتعاقدون باسم الشركة يُسألون بالتضامن مسؤولية غير محدودة عن هذا التعاقد، ما لم تأخذ الشركة على عاتقها الالتزامات المبرمة بعد اكتمال تكوينها وتسجيلها وفقا لما يتطلبه القانون، وتعد هذه الالتزامات كأنها أبرمت منذ البدء من قبل الشركة[2].

يلاحظ من خلال ما تقدم، أن المشرع الفرنسي كرس مبدأ أساسه الإقرار للشركة بعد قيدها في السجل التجاري بإعطاء موافقتها بأثر رجعي على التصرفات التي أبرمت لمصلحتها أثناء فترة تأسيسها، وتلتزم الشركة بالآثار المترتبة عنها من البداية[3]، أي من تاريخ إبرامها من طرف المؤسس، وهذا ما نصت عليه المادة L 210-6 من القانون التجاري الفرنسي الحالي والتي جاء فيها:

"Il est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions

[1]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركة، مرجع سابق، ص 250.

[2]- اعتمد المشرع الفرنسي الأحكام المنظمة لإمكانية التزام الشركة بالتصرفات المبرمة مع الغير في مرحلة تأسيس الشركة بموجب المادة 5 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966، والتي استلهمت من نص المادة 8 من مشروع التوجيهة الأوروبية لـ 21-02-1964، والذي حل محله نص المادة 7 من التوجيهة الأوروبية 151/68 لـ 09-03-1968، ثم حلت محلها المادة L 210-6 من القانون التجاري الفرنسي الساري المفعول.

[3]- Philippe Merle op.cit, N° 75.

législatives et réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés.
Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi et les règlements ou si une formalité prescrite par ceux-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public est habile à agir aux mêmes fins".

هذا وكان الاجتهاد القضائي الفرنسي قد وضع شرطين أساسين من أجل تحمل الشركة الالتزامات الناشئة عن التعهدات المبرمة باسمها مع الغير[1]، أولهما صفة الأشخاص الذين قاموا بالتعهدات، وثانيهما طبيعة التعهدات المبرمة[2]، كما يجب أن تكون التصرفات مع الغير باسم ولحساب الشركة قيد التأسيس، غير أن المشرع الفرنسي على غرار المشرع الجزائري لم يحدد بداية فترة التأسيس، وإنما اكتفى بتحديد نهايتها بقيد الشركة في السجل التجاري.

2- موقف المشرع الجزائري من الشخصية المعنوية للشركة في مرحلة التأسيس:

يتعين بادئا التطرق لموقف المشرع الجزائري من تحديد مسؤولية المؤسسين عن التصرفات باسم الشركة في مرحلة التأسيس، فبالرجوع إلى النصوص المنظمة لتأسيس شركة المساهمة وتحديد مسؤولية المؤسسين عن الأعمال والتصرفات التي يقومون بها لصالح الشركة نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 549 صراحة على أن الشركة لا تتمتع

---

[1] - Hervé Lécuyer : « Reprise des actes conclus au nom et pour le compte de la société en formation » commentaire n° 53, droit des sociétés n° 4, avril 2006.

وكان القضاء الفرنسي قد أكد على مسؤولية المؤسسين عن الأعمال والتصرفات في مرحلة التأسيس في العديد من الأحكام، ومنها:

"…Cette société n'a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés que le 26 janvier 2006 et il ne résulte d'aucune pièce de la procédure-il n'est d'ailleurs pas même prétendu qu'elle aurait repris ces engagements, que ce soit sous la forme de la signature par les associés des statuts auxquels sont annexés un état des actes accomplis pour le compte de la société, ou celle d'un mandat donné par les associés avant l'immatriculation de la société ou, après l'immatriculation, par l'intervention d'une décision prise à la majorité des associés.
Dès lors, MM. B... et A..., qui ont agi au nom de cette société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale, sont solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, par conséquent du paiement des honoraires de l'architecte…".
La demande présentée à leur encontre est recevable.
Cour d'appel de Lyon, 10 février 2011, 09/05338.

[2] - Dominique Legeais : « Société en formation » , fasc 1019, du 15 janvier 2012, J.C.C, p 9.

بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وفي تحديده لمسؤولية المؤسسين قرر بأن الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها قبل تمتعها بهذه الشخصية متضامنين من غير تحديد أموالهم، أي أنهم مسؤولين مسؤولية شخصية تضامنية في مواجهة الغير والمساهمين عن كافة الأعمال والتصرفات التي قاموا بها خلال مرحلة التأسيس، ولقد قرر المشرع هذا الحكم لتقديم ضمانة أكبر لكل الذين تعاملوا مع الشركة قبل تأسيسها.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيم مسؤولية المؤسسين عن الأعمال والتصرفات المبرمة مع الغير باسم الشركة ولحسابها في فترة التأسيس، وكيفية انتقال آثارها إلى الشركة بعد تأسيسها، ضمن أحكام المادة 549 من القانون التجاري التي أوردها المشرع ضمن الأحكام العامة للشركات، أي أن مسؤولية المؤسسين في شركة المساهمة رغم خصوصيتها لم يتطرق إليها المشرع بأي نوع من التفصيل، فلم يبين لا شروط الالتزام ، ولا أشكاله، ولا القواعد التي تحكمه، كالجهة المخولة لقبول التعهدات، أو شروط قبول التعهدات أو آجال التعهدات ...إلى غير ذلك[1]، فالمادة 549 من القانون التجاري، تضمنت أحكاما عامة لإمكانية التزام الشركة بالتعهدات التي أبرمها مؤسسوها مع الغير باسمها ولحسابها، بعد تمام تأسيسها بشكل قانوني، وإن كان قد تعرض لمسؤولية المؤسسين الجزائية[2].

---

[1]- من البديهي والمنطقي أن سلطة قبول التعهدات والتصرفات التي أبرمها مؤسسو الشركة خلال مرحلة التأسيس يعود إلى جمعية الشركاء، ولا يثير ذلك إشكالا في شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة نظرا لوحدة الجمعية، إلا أن تعدد الجمعيات العامة في شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم (تأسيسية، عادية، غير عادية) يطرح أمامنا السؤال عن الجمعية المختصة بذلك.

والراجح أن سلطة قبول أو عدم قبول تلك التصرفات يرجع إلى الجمعية التأسيسية في حالة اللجوء العلني للادخار، باعتبارها أول الجمعيات انعقادا، وهذا الرأي سار عليه المشرع الفرنسي، ولا يسري ذلك إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري، كما يعود الاختصاص بذلك إلى الجمعية العامة العادية في حالة التأسيس دون اللجوء العلني للادخار باعتبارها صاحبة الاختصاص العام.

عبد العزيز بوخرص، صغير بيرم عبد المجيد، مسؤولية مؤسسي الشركات التجارية في القانون الجزائري عن عدم كفاية وعدم فعلية النص القانوني، مؤلف جماعي: في إعادة صياغة ومراجعة أحكام الشركات التجارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، جوان 2021، ص 12.

[2]- وكان المشرع الجزائري قد تحدث عن المسؤولية الجزائية للمؤسسين المتعلقة بتأسيس شركات المساهمة في المواد من 806 وما يعدها، ومن بين هذه المخالفات المسؤولية عن خرق إجراءات التأسيس، والتي منها المخالفات المتعلقة بالاكتتاب، وكذا المخالفات والعقوبات المتعلقة بتقدير الحصص، بالإضافة إلى مسؤولية المؤسسين الجزائية عن إصدار وتداول الاسهم، وكانت العقوبات المقررة لمثل هذه المخالفات تتراوح بين الحبس والغرامة أو بإحداهما، رغم أن هذه النصوص

ويظهر من خلال النصوص القانونية الواردة في القانون التجاري الجزائري المنظمة لمسؤولية المؤسسين وامكانية تحمل الشركة المسؤولية عن ذلك، أن المشرع الجزائري اكتفى باقتباس الأحكام العامة من التشريع الفرنسي، رغم أن هذا الأخير أقر بإمكانية تحمل الشركة بعد تأسيسها التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين في مرحلة التأسيس، ويكون ذلك بأثر رجعي، أي من تاريخ إبرام التصرف، بخلاف المشرع الجزائري الذي ارتأى أن تتحمل الشركة المسؤولية عن الأعمال والتصرفات في حالة قبولها من تاريخ تأسيسها، أي بأثر فوري، مما يثير التساؤل حول المسؤولية عن الآثار المترتبة عن هذه التعهدات في الفترة الممتدة من إبرامها إلى غاية تأسيس الشركة وتحملها لهذه التعهدات، خاصة إذا تساءلنا عن مقصود المشرع من عبارة التأسيس، فهل يقصد بذلك توقيع القانون الأساسي للشركة أم تسجيلها في السجل التجاري؟

الواضح من استقراء النصوص القانونية أن المشرع يأخذ بمفهوم التأسيس من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري، وذلك ما يُستخلص من نص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري، والتي تحدثت عن انتقال مسؤولية المؤسسين عن الاعمال والتصرفات في مرحلة التأسيس إلى الشركة وجَعْلِه مرهونا بقبولها بعد تأسيسها بصفة قانونية، مما يدل على أن ما يقصده المشرع من التأسيس هو قيد الشركة في السجل التجاري، وهو ما يساير أهلية الشركة في اتخاذ القرارات.

3- موقف المشرع الإماراتي من الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس:

اتخذ المشرع الإماراتي موقفا حديثا مغايرا لسابقيه، إذ قرر منح الشركة في مرحلة التأسيس الشخصية المعنوية، مع تحميلها المسؤولية عن تصرفات المؤسسين باشتراط اكتمال تأسيسها، ولقد كان المشرع الإماراتي صريحا عندما نص على ذلك بأنه: "يكون للشركة خلال فترة التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها، وتلتزم الشركة بتصرفات المؤسسين فيما يتعلق بإجراءات ومتطلبات التأسيس في تلك الفترة بشرط تمام تأسيسها وفقا

أضحت محل نقد بسبب العقوبات السالبة للحرية والتي هي من اختصاص قانون العقوبات من جهة، ومن جهة أخرى قِدمها وعدم تماشيها مع التعديلات المتتالية والذي يدفع للمطالبة بتعديلها هي الأخرى، وللمزيد من التفصيل راجع:
عبد العزيز بوخرص، المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركة المساهمة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 18، جانفي 2018.

لأحكام هذا القانون"[1]، وما يلاحظ من هذا النص أن المشرع الإماراتي تبنى أحدث النظريات التي توصل إليها الفقه من خلال كل التجاذبات التي كرستها النظريات السابقة إذ تبين تقصيرها في تحديد أساس انتقال التصرفات التي قام بها المؤسسون، واجتماعها على إنكار أي شخصية قانونية للشركة التجارية طيلة فترة التأسيس.

ومن خلال نفس النص، كان المشرع الإماراتي واضحا بشأن طبيعة الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركة التجارية في فترة التأسيس، حيث ربطها بالقدر اللازم للتأسيس، أي أن ضرورات وحاجات التأسيس فرضت عليه منح الشركة الشخصية المعنوية لتبرير التزام الشركة بالتعهدات المبرمة في تلك الفترة، لأن المؤسسون يقومون بها باسم الشركة ولحسابها، كما اشترط المشرع الإماراتي أن تكون تصرفات المؤسسين مرتبطة بإجراءات ومتطلبات التأسيس، على أن يتم تأسيس الشركة بشكل قانوني، أي أنه في حالة فشل مشرع الشركة _طبعا وهو الاستثناء_ يبقى مؤسسو الشركة مسؤولين عن كل الأعمال والتصرفات التي قاموا بها في تلك الفترة.

4- موقف المشرع السوداني من الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس:

نص المشرع السوداني بموجب المادة 16 من قانون الشركات[2] على أنه: "تعتبر شهادة التسجيل التي تحمل توقيع المسجل وخاتمه بينة قاطعة على استيفاء الشركة جميع شروط التسجيل المنصوص عليها في هذا القانون.

تكون للشركة شخصية اعتبارية ابتداء من التاريخ المذكور في شهادة التسجيل وتعرف بالاسم المبين في الشهادة ويكون لها أهلية مباشرة جميع أعمال الشركة وصلاحية تملك الأموال ولها صفة تعاقدية مستديمة وخاتم عام".

كما حددت المادة 13 من نفس القانون المسؤولية عن التصرفات التي تمت في فترة التأسيس، إذ نصت على أنه: "يجوز للشركة أن تجيز بعد تسجيلها، أي عقد أبرم باسمها قبل

[1]- الفقرة الثانية من المادة 21 من قانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[2]- قانون الشركات السوداني لسنة 2015.

تسجيلها وعندئذ تصبح ملزمة كما لو كانت الشركة موجودة في تاريخ إبرام العقد وكانت طرفا فيه.

قبل إجازة الشركة للعقد يكون الشخص أو الأشخاص الذين تعاقدوا باسم الشركة ملزمين بالعقد إلا إذا كان هناك اتفاقا صريحا على خلاف ذلك".

ويتضح أن المشرع السوداني قد ربط تمتع الشركة بالشخصية المعنوية اعتبارا من تاريخ قيدها، ونص صراحة على أن آثار هذه الشخصية تترتب عند تسجيل الشركة بالسجل التجاري، وهي الاسم وأهلية الشركة والذمة المالية، كما منح للشركة امكانية قبول التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين خلال فترة التأسيس، وذلك بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد واعتبرها كما لو كانت طرفا فيه.

ويلاحظ هنا أن المشرع السوداني لم يحدد طبيعة الأعمال والتصرفات التي يمكن أن تتحملها الشركة، وإنما استعمل عبارة "أي عقد أبرم باسمها قبل تسجيلها"، مما يدل على أن الشركة يمكن أن تقبل حتى التصرفات التي تدخل في ممارسة النشاط، في حين حدد مسؤولية المؤسسين عن هذه التصرفات إلى غاية إجازة الشركة لها، ولكن ما يثير الانتباه هنا، أن المشرع اعتبر هذه القاعدة مكملة، إذ أجاز الاتفاق صراحة على خلاف ذلك، مما يفهم منه أنه يمكن للمؤسس عند إبرام عقد ما أن يتفق مع المتعاقد الآخر على إعفائه من المسؤولية كونه يقوم بالتعاقد باسم الشركة ولحسابها، حتى أنه أخذ وفقا لما ورد في نص المادة 3 بالمفهوم الواسع للمؤسس، وهو الشخص الذي يروج لتأسيس الشركة ويتخذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها.

وبالرغم من مواقف التشريعات السابقة، فقد اعتبر بعض الباحثين أن الشركة في مرحلة تأسيسها هي شركة قانونية، وأن الشركة في هذه الفترة هي شركة حقيقية، مستندين في ذلك بوجود القانون الأساسي للشركة قبل قيدها في السجل التجاري، والذي يحكم

العلاقات بين الأطراف، مع توافر كل الأركان الضرورية في عقد الشركة، سواء ما تعلق بالأركان الموضوعية العامة أو الخاصة، فضلا عن الكتابة الرسمية والمتمثلة في إبرام عقد الشركة[1].

المطلب الثاني: نطاق الشخصية المعنوية لشركة المساهمة وقت التأسيس

إن الحديث عن الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس، يحتم علينا بالأساس حصر النطاق الزماني الذي تشمله هذه الفترة، بمعنى آخر تحديد فترة التأسيس التي تمكننا من القول بوجود شخصية معنوية لهذا النوع من الشركات في هذه الفترة، وكذا لتحديد مسؤولية المؤسسين عن الأعمال والتصرفات التي تمت مع الغير في هذه المرحلة (الفرع الأول)، كما تفرض علينا تحديد النطاق الموضوعي للشخصية المعنوية لهذه الشركة في فترة التأسيس، بمعنى تحديد المقصود بالأعمال والتصرفات التي يمكن أن تشملها هذه الفترة، وتكون ضرورة من ضرورات التأسيس (الفرع الثاني)، وتأصيلها وفق منظور قانوني وفقهي.

الفرع الأول: النطاق الزماني للشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس

من المسلم به أن إجراءات تأسيس شركات المساهمة تنتهي بانعقاد اجتماع الجمعية التأسيسية، وقيام مجلس الإدارة والمديرين بمباشرة وظائفهم، ولكن الصعوبة تكمن في تحديد وقت بداية مرحلة التأسيس، وبتعبير آخر فإن التساؤل يُثار حول متى يمكن أن يُعْتَرف بوجود شركة مساهمة قيد التأسيس؟

وتبرز أهمية تحديد الإطار الزماني لمرحلة التأسيس، في تحديد مسؤولية الأشخاص القائمين بالتعهدات قِبَل الغير في هذه المرحلة، وكذا في حال فشل التأسيس لأسباب مختلفة، ففي مثل هذه الأوضاع يبقى المؤسسون الذين تعاقدوا مع الغير ملزمون شخصيا بآثار التصرفات المبرمة لمصلحة الشركة، وهو ما استقرت عليه التشريعات، وعمل به القضاء

[1]- مهداوي حنان، الركن المعنوي في الشركات التجارية (نية الاشتراك)، أطروحة دكتوراه لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين 2، سطيف، 2020/2019، ص 163.

الفرنسي في قرار محكمة الاستئناف METZ في 13 تموز 1950، والذي جاء فيه "إذا لم يكتمل التأسيس يُسأل المؤسسون عن تنفيذ العقود التي أبرموها تجاه الغير"[1].

ويمكن القول أن فكرة إنشاء شركة مساهمة تنطلق من إرادة أحد الأشخاص في تكوينها، فيلجأ إلى أصدقائه ومعارفه، ليعرض عليهم فكرة الشركة، ليتشاوروا فيما بينهم، وإذا اقتنعوا بها وبجدواها بدأوا بإطلاق الفكرة والإعلان عنها، وترويجها في المجتمع، وهذا بعد اختيار الشكل القانوني لها، فيتفقون فيما بينهم على السعي إلى تحقيق مشروع الشركة، وقد يحررون اتفاقهم خطيا، فيحددون الواجبات والمسؤوليات الملقاة على كل منهم بموجب هذا الاتفاق، ثم يحررون لاحقا العقد التأسيسي للشركة[2].

ومن كل هذه الخطوات فإن الرأي الراجح أن مرحلة التأسيس تبدأ عند توقيع العقد التأسيسي للشركة، باعتباره أول عمل ظاهر يدل على مشروع الشركة، وتكون تصرفات التأسيس لحساب شركة قيد التأسيس كل الأعمال والتصرفات المبرمة في الفترة الواقعة بين بداية التأسيس إلى غاية نهايته، حيث تنشأ علاقات بين المؤسسين فيما بينهم من جهة، وبين المؤسسين والغير من جهة أخرى.

ونتيجة لهذا فإنه في حالة فشل مشروع الشركة ولم يتم تكوينها، يتحمل المؤسسون النفقات التي تكبدوها، إذ ذهب البعض إلى الاعتراف للشركة في هذه الحالة بشخصية معنوية فعلية، حماية للغير استنادا للوضع الظاهر، لتمكينه من الضمان العام بوصفه دائنا للشركة الفعلية، دون مزاحمة الدائنين الشخصيين للمؤسسين، وهذا لجهله بعدم اكتمال الشخصية المعنوية للشركة، وأن تعامله كان بحسن نية.

أما إذا لم يتم تكوين الشركة فإن المؤسسين يتحملون شخصيا النفقات الناشئة عن تصرفهم بأسمائهم، وإن كان في نيتهم أن تلك التصرفات ستؤول إلى الشركة بعد تأسيسها، وتبقى هذه المسؤولية قائمة أيضا إذا تم اكتمال تأسيس الشركة ولكن لم تعترف بتلك

---

[1]- سالمي وردة، مرجع سابق، ص 63.

[2]- هناك من التشريعات من يفرضون ضرورة تحرير المؤسسين عقدا ابتدائيا قبل تحرير العقد الأساسي، ومنها التشريع المصري.

التصرفات، لأن المشرع أقر لها حق الرفض، والذي قد يكون مبررا إذا تبين أن التصرفات المبرمة غير ضرورية، أو غير متناسبة مع غرض الشركة...، إلى غير ذلك[1].

ويحصل أن يقوم المؤسسون بتصرفات باسم الشركة باعتبارهم ممثلون عنها أو أعضاء فيها، دون الإشارة إلى أن الشركة مازالت مشروعا، وأن تأسيسها لم يكتمل بعد، فيجوز للغير في هذه الحالة أن يطلب إبطال التصرفات المذكورة بسبب الخداع أو الغلط، ويتحمل المؤسسون نتيجة تصرفاتهم إذا لم يكتمل تأسيس الشركة[2]، أما إذا اكتمل تأسيس الشركة، فإنها وحدها من تقرر ما إن كانت ستأخذ على عاتقها التصرفات السابقة التي أبرمها المؤسسون خلال فترة التأسيس أم لا.

ويظهر أن المشرع الجزائري لم يُبْدِ أي اعتراف بوجود الشركة في مرحلة التأسيس، ومن ثم بشخصيتها المعنوية في حدود الأعمال والتصرفات الضرورية للتأسيس، فقد نص صراحة على أن الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، بالرغم من أنه أقر للشركة تحمل التعهدات المبرمة في مرحلة التأسيس باسم الشركة وكأنها صادرة من الشركة نفسها متى قبلت أن تتخذها على عاتقها[3] بعد تكوينها بشكل قانوني، دون أن يُفهم من ذلك ما إذا كان المشرع يمنح ضمنيا بهذا الحكم الشخصية المعنوية المحدودة لشركة المساهمة خلال فترة التأسيس للقيام بمتطلبات التأسيس؟ ولعل ذلك راجع إلى اكتفائه بالأحكام العامة دون الخوض في التفصيل مما أفضى إلى الغموض في هذا الموضوع، مكتفيا بتحميل المتعاقد باسم الشركة ولحسابها أثناء فترة التأسيس المسؤولية عن كل التصرفات التي يقوم بها في هذه المرحلة، باعتباره ضمانة لحقوق الغير، ورغبة من المشرع في الحفاظ على استقرار التعاملات والتصرفات التي أبرمت في تلك الفترة، واعتبر قبول الشركة بعد اكتمال تأسيسها التعهدات المبرمة في مرحلة التأسيس ضمانة أخرى، كونه يوفر ائتمان أفضل للغير لأن من شأن التزام الشركة بالتعهدات توسيع ضمان الوفاء، لتصبح ذمة الشركة هي الضامنة للوفاء[4].

---

[1] - Philippe Merle, op.cit, N° 94.

[2] - Monique Guilberteau, note, cass. Com. 1er avril 1974, Rev. Soc. 1975 ; p 62.

[3] - المادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

[4] - نبيل أبو مسلم، مرجع سابق، ص 112.

وفي هذا الصدد أشارت محكمة النقض الفرنسية[1] أنه لا تعتبر كل التصرفات التي يقوم بها المؤسسون صحيحة بمجرد قبول الشركة، فلا يخضع لهذا الحكم إلا التصرفات المبرمة من يوم التوقيع على القانون الأساسي لغاية تسجيل الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، كما يستثنى من ذلك كل تصرف لم يتم لحسابها[2].

كما قضت محكمة فرساي وأيدته محكمة النقض الفرنسية[3] حينما أمرت المؤسس بتنفيذ الالتزامات المبرمة لحساب الشركة في طور التأسيس، باعتباره مدينا رئيسيا لا حق له في التمسك بالتنفيذ على المدين الذي هو الشركة، كما لا يمكن له الدفع بتقسيم الدين لحصر التزاماته في حدود مبلغ حصصه، وتم استبعاد الدفعين بمقتضى المادة 5 من قانون 1966، المقابلة للمادة 549 من القانون التجاري الجزائري، والمادة 27 من القانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة المغربي.

الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس

يُثار من الجانب العملي إشكالا يتمثل في حالتين للشركة في طور التأسيس، بين من تقوم بالأعمال التحضيرية اللازمة للتأسيس للحصول على القيد في السجل التجاري لبدء النشاط أو الاستغلال، وبين تلك التي بادرت إلى ممارسة النشاط فعلا، إذ لم تَعُد في طور التأسيس من خلال هذه الأعمال التي قامت بها، وهذه الأخيرة أخضعها القضاء الفرنسي إلى نظام شركة المحاصة[4]، وإن كان الفرق واضحا، ففي هذا النوع لا يرغب الشركاء في إظهار شراكتهم ولا في تمتع شركتهم بالشخصية المعنوية، بينما الشركة في طور التأسيس تنتظر القيد وإن كانت قد باشرت بعض الأعمال التي تدخل في نشاطها.

ونشير هنا إلى أن فترة التأسيس قد تستغرق مدة طويلة، يقوم المؤسسون خلالها بتصرفات لحساب الشركة، كما قد يقومون ببعض أعمال الاستثمار، فضلا عن الإجراءات الضرورية للتأسيس، وهذا ما تفرضه طبيعة الظروف، كتقديم حصص عينية عبارة عن

---

[1] - Cass. Com , 14 janvier 2003 n 00-12.557, bull, joly sociétés 2003, p 431.

[2] - Cass. Com n 09-13.405, 02 février 2010, Rev mensuelle, Droit des sociétés, Lexis nexis, France, juillet 2010 , p 19.

[3] - Cass. Com 3 avril 1973 J.C.P. Ed 1973. IV. 203. Rev.soc 1974, p 90.

نقلا عن رشيد فطوش، مرجع سابق، ص 82.

[4] - بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية – النظرية العامة وشركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 133.

محلات تجارية، مما يحتم على المؤسسين ضرورة مواصلة نشاطها التجاري لفائدة الشركة المزمع تأسيسها، حفاظا على شهرتها وعملائها، فتلتزم بأجور العمال والمستخدمين وبعقود التوريد والتمويل بالسلع والبضائع، وتسديد الفواتير، وكل الالتزامات المتعلقة بالتسيير، إلى أن يتم تأسيس الشركة، بالإضافة إلى تصرفات أخرى كشراء العقارات، والتجهيزات وغيرها، وقد يبدأ الاستثمار بالفعل قبل أن تكتمل أعمال التأسيس، كأن يضطر المؤسسون إلى اقتراض الأموال باسم الشركة من أجل عقد صفقات كبيرة تستلزم ذلك، كما قد يتعاقدون مع فنيين وخبراء لتحقيق مشروع الشركة على الوجه الأمثل[1].

وقد ثار جدل فقهي وتَضَارُب في الاجتهاد القضائي حول تحديد طبيعة الأعمال والتصرفات التي يمكن للشركة أن تتحملها، وأفضى ذلك إلى بروز ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: ذهب أنصار هذا الاتجاه[2] إلى أن شركة المساهمة في فترة التأسيس لا يمكنها ممارسة أي نشاط قبل القيد في السجل التجاري، بمعنى أن التصرفات التي يقوم بها المؤسسون يجب أن تكون فقط الأعمال أو الإجراءات التي فرضها المشرع للقيام بالتأسيس القانوني للشركة دون غيرها.

الاتجاه الثاني: يرى بأن المقصود بالأعمال والتصرفات تلك الضرورية لشروع الشركة في نشاطها بحيث تبقى عرضية، ولا تهدف إلى البدء الفعلي للاستغلال، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة الاستئناف الفرنسية Rennes، بمنع شركة تجارية لم تقيد بعد في السجل التجاري من ممارسة نشاط الاستغلال، وأجازت ما يتعلق بالأعمال التحضيرية للاستغلال[3].

وفي نفس السياق، أجاز بعض الفقه الفرنسي[4] أن تمتد تلك التصرفات لتشمل الأعمال التي من شأنها تمكين الشركة من بداية نشاطها بعد قيدها في السجل التجاري مباشرة، كإبرام عقود العمل مع العمال.

---

[1]- الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 114.

[2]- رشيد فطوش، مرجع سابق، ص 86.

[3] - Rennes (5 éme ch) 14 oct 1976 Gaz. Pal- 1977-79.soc.com N 15.

نقلا عن سالمي وردة، مرجع سابق، ص 71.

[4]- مرجع نفسه، ص 71.

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه أكثر توسعا من سابقيه، إذ يرى إمكانية قبول الشركة تحمل التصرفات ذات الطابع التجاري المبرمة لفائدة الشركة في مرحلة التأسيس، متى كانت ضرورية، مثل حالة استمرار استغلال محل تجاري مقدم كحصة في الشركة.

وبالنظر إلى كون الرأي الأول متشدد فإنه يمكن التوفيق بين الرأيين الثاني والثالث، ليكون نطاق الأعمال والتصرفات الممكن إقرارها من الشركة يشمل التعهدات والأعمال التي قام بها المؤسسون سواء ارتبطت بأعمال التأسيس أو بأعمال الاستغلال التجاري الضرورية لمصلحة الشركة، بحيث يترتب على وقفها إضرارا بمصلحة الشركة ومصالح الغير المرتبطة باستمرار الاستغلال[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 549 ق ت ج فإنها لم تحدد طبيعة التصرفات التي يمكن للشركة أن تقبلها، ولهذا يمكن للقضاء الاستعانة بما بيناه حول طبيعة التصرفات أعلاه، أما عن تصرفات المؤسسين الجرمية أو غير المشروعة، فإن المشرع كان صريحا بنصه عن التعهدات، أي التصرفات العقدية فقط، فلا تسأل الشركة إلا عن التعهدات المبرمة، أي عن الالتزامات العقدية، وبالتالي يستثنى من ذلك كل التزام ناشئ عن أخطاء تقصيرية قام بها المؤسسون في تلك الفترة[2].

وفي حالة تكوين شركة المساهمة عن طريق اللجوء العلني للادخار، فإن تصرفات المؤسسين تُعْرَض على الجمعية التأسيسية لمناقشتها، ويقوم المؤسسون بعرض تلك التصرفات وأسبابها ودوافعها وآثارها بصورة مفصلة، لتقوم الجمعية بمناقشة كل عمل على حدا وتتخذ بشأنه القرار المناسب بعد التصويت عليه، إما بالموافقة فتنتقل آثارها إلى الشركة، أو بالرفض فيرتد أثره على المؤسسين أنفسهم[3].

---

[1]- رشيد فطوش، مرجع سابق، ص 88.

[2]- وفي هذا الصدد حاول المشرع تحديد نطاق خاص بالمسؤولية الجزائية لمؤسسي الشركات التجارية عن الاعمال والتصرفات التي قاموا بها خلال تلك الفترة، قصد توفير حماية فعالة للادخار العام، وإن كانت العقوبات والغرامات المقررة كعقوبة لذلك غير فعالة، وللمزيد من التفصيل راجع:

عبد العزيز بوخرص، صغير بيرم عبد المجيد، مرجع سابق، ص 18 ما بعدها.

[3]- إلياس ناصيف، ، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 115.

وفي حالة فشل مشروع الشركة، يتحمل المؤسسون المسؤولية عن الأعمال والتصرفات التي قاموا بها باسم الشركة، دون أن يتحمل المكتتبين أي مسؤولية بشأنها، إلا إذا كانوا قد وقعوا على البيان المتعلق بها.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الفرنسية في قضية ملخصها، أن شركة قيد التأسيس افتتحت حسابا لها في أحد المصارف وتعاملت معه، وبعد التأسيس قام البنك بمطالبة أحد المؤسسين بالدين المتوجب على الشركة على أساس مبدأ التضامن، فرد المؤسس بعدم أحقية المصرف بمطالبته، وأن عليه مطالبة الشركة أولا، فجاء حكم محكمة استئناف باريس في 30 أفريل 1980 بحق المؤسس في دفعه[1].

وفي تعليقه على هذا الحكم ذكر الفقيه (جان جالو) أن المشرع الفرنسي وإن كان قد ربط بداية الشخصية المعنوية للشركة بتسجيلها في السجل التجاري عملا بقانون 1966، فإن المصرف بمطالبته المؤسس على أساس المادة 26 من لائحة قانون 1966 الصادرة في سنة 1967 قد أخطأ، وجارته في خطئه محكمة الدرجة الأولى، الذي رفضه المؤسس لأسباب هي أن الجمعية التأسيسية قد أقرت تصرفات المؤسسين وألزمت الشركة بها، وبالتالي أعفت المؤسس المدعى عليه من مسؤولية تصرفاته، وأن الحساب الجاري المفتوح لدى المصرف المدعي هو باسم الشركة وليس باسم المؤسس، مما يصرف آثاره إليها، وبهذا كان لحكم محكمة استئناف باريس التي قضت بتحمل الشركة آثار تصرفات المؤسس عدة دلالات أهمها:

- أن الشركة التجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية بعد تكوينها بصفة نهائية فقط، وإنما يكون لها وجود قبل اكتمال هذا التأسيس، لأنه باجتماع الجمعية التأسيسية وموافقتها على تصرفات المؤسسين السابقة، تنتقل آثار هذه التصرفات إلى الشركة التي تتحمل كامل المسؤولية عنها.

- كانت المحكمة قد استندت في حكمها بأن الأعمال تمت لحساب الشركة من قبل مؤسسين أصبحوا بصفة مديرين لها، وكان المصرف المدعي قد تعاقد مع الشركة قيد التأسيس

[1] - Cours d'appel de Paris, ch.3, 30 avril 1980, R.D.S.

بواسطة الأشخاص أنفسهم، كما قَبِل الأموال باسمها وقام بعمليات كثيرة أثناء التأسيس، وهذا ما لا يخوله الدفع بعدم المعرفة، ولا يحق له مطالبة المؤسس على هذا الأساس.

لكن ما يمكن أن يثار في هذا الخصوص، هو في حالة عدم عرض التصرفات التي قام بها المؤسسون أو بعضها على الجمعية التأسيسية، فقد يحصل أن يكون مديرو الشركة بعد تأسيسها هم المؤسسون الذين قاموا بهذه التصرفات قبل تأسيسها النهائي، ليعملوا على تنفيذ التصرفات السابقة بعد اكتمال التأسيس، ففي هذه الحالة تكون الشركة قد قبلت ضمنيا تصرفات المؤسسين، وانتقلت آثار هذه التصرفات إليها، وهو ما توصلت إليه محكمة التمييز الفرنسية[1] بشأن كمبيالات وقعها المؤسسون لحساب الشركة قيد التأسيس، دون أن تُعرض على الجمعية التأسيسية، فكان الحكم بتحميل المسؤولية للشركة عن هذه الكمبيالات لأن المؤسس الذي وقعها لمصلحة الشركة يعمل كمدير لهذه الشركة التي عمد إلى تأسيسها.

كما يثار التساؤل حول مصير التصرفات التي قام بها المؤسسون باسم الشركة دون أن توافق عليها بعد تأسيسها، مع أن المؤسسين عقدوا تلك التصرفات لمصلحة الشركة، بهدف نقل آثارها إليها، ولم يكن في نيتهم مطلقا تحمل آثارها بصفة شخصية؟

القاعدة العامة[2] أنه يمكن للغير في حالة عدم موافقة الجمعية التأسيسية على التصرف الذي أبرمه المؤسس، أن يعود على المؤسسين بالتضامن فيما بينهم عن هذه التصرفات وفقا للقواعد العامة للتنفيذ[3]، غير أن المشرع المصري كان له رأي مخالف، إذ فرق بين التصرفات الضرورية التي يجريها المؤسسون لحساب شركة قيد التأسيس والتصرفات الأخرى، فتكون الأولى سارية في حق الشركة، وجعل الثانية مرهونة بموافقة الجمعية

---

[1]- Cass, 28 oct 1974, R.S, 1976, p 76.

[2]- هذه القاعدة وردت في نص صريح طبقا للمادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- وفي هذا الخصوص اختلف الاجتهاد القضائي الفرنسي، ليذهب بعضه إلى تحميل الشركة آثار تصرفات المؤسسين، في حكم لمحكمة التمييز الفرنسية قضى بإلزام الشركة بدفع الأجر عن ساعات العمل لمهندس تعاقد مع وكيلها قبل تأسيسها النهائي، حيث كُلف بالعمل على تقسيم وإفراز أراضي في مشروع معد للبناء والبيع، وأرادت الشركة التحلل من التزامها، مدعية أنها لم تتعاقد بصفتها معه.

Cass, Civ, 16 juin 1976.

التأسيسية، ويبقى القضاء هو المخول بتحديد ما إذا كان التصرف الذي قام به المؤسس ضروريا للشركة أم لا، مما يفرض على المؤسسين التعامل بحذر في إبرام التصرفات.

وخلاصة هذا الفصل، أن الشركة التجارية كأصل عام لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، ولا تكون لها شخصية قانونية إلا ابتداء من هذا التاريخ، حتى تكون لها أهلية قانونية تتحمل بموجبها الالتزامات وتتمتع فيها بالحقوق.

ولكن قد يطرأ على هذه الشخصية العديد من العوامل أو يقف أمام تأسيسها بعض الصعوبات، كأن لا تتوفر في تأسيسها على أحد الأركان الأمر الذي يجعلها معيبة، أو قابلة للإبطال، وهو ما يصطلح على تسميته بالشركة الفعلية، والتي اعترفت بها جل التشريعات، كونها السبيل الأمثل لحفظ المراكز القانونية وحماية حقوق الغير المتعامل معها.

وما يثار في هذه النقطة تحديدا، هو مسألة وجود أم عدم وجود الشخصية المعنوية للشركة في هذه الحالة؟ طبعا وبعد الدراسة والتحليل وبخلاف القاعدة العامة الواردة في نص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري، لاحظنا أن المشرع نص على بقاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية في حالة تصفيتها، وأنه أقر نفس الحكم بالنسبة لتصفية الشركة الفعلية التي تخضع لنفس الأحكام المتعلقة بتصفية الشركات التجارية المكونة بصفة قانونية، مما يوحي إلى وجود شخصية معنوية للشركة الفعلية، وهو ما ذهب إليه جانب كبير من الفقه الحديث، ولعل سبب ذلك يرجع للحفاظ على نوع من الحياة للشركة حفاظا على حقوق الغير الذي تعاملت معه، وهذا ما يبرر منح الشركاء إمكانية تصحيح العيوب أو الإجراءات التي تهدد حياة الشركة والتي جعلتها قابلة للإبطال.

بالإضافة إلى ذلك وعند دراسة ما يتعلق بتأسيس شركة المساهمة التي تستغرق عادة فترة طويلة، لاحظنا أن المشرع أخضعها فيما يتعلق بالشخصية المعنوية للأحكام العامة للشركات، وبالخصوص نص المادة 549 من القانون التجاري، وربطها بالقيد في السجل التجاري، مما انجر عنه العديد من الإشكالات تتعلق أساسا بالمسؤولية عن الأعمال والتصرفات التي يقوم بها المؤسسون في فترة التأسيس باسم ولحساب الشركة في مواجهة الغير.

وبالنظر إلى المعالجة التنظيمية، نجد أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في الإحاطة بعديد الجوانب القانونية ذات الصلة، خاصة مع ما تتميز به شركة المساهمة كمحرك مفصلي للاقتصاد الوطني، بالرغم من إعادة بلورة الأحكام المتعلقة بها بموجب المرسوم التشريعي 93-08، مع إتاحة فرص أخرى أهدرها المشرع في عدة محطات، منها الأمر 96-27، والقانون 15-20، فضلا عن القانون 22-09، حيث كان على المشرع التطرق فيها لأحدث التطورات التي بلورها الفقه والاجتهاد القضائي للتشريعات التي تصدت لمختلف الإشكالات التي تقف في وجه السير الحسن لمثل هذا النوع من الشركات، ولعل ما ذهب إليه المشرع الإماراتي الذي كان حسب رأينا جريئا في مسايرة آخر ما توصل إليه الفقه من إقرار للشخصية المعنوية لشركة المساهمة خلال فترة التأسيس، بهدف توفير حماية أكبر وأفضل لحقوق الغير الذين تعاملوا مع الشركة في تلك الفترة، وتبرير انتقال المسؤولية عنها من المؤسسين إلى الشركة بعد تأسيسها بوجه قانوني.

الفصل الثاني:

انعدام الشخصية المعنوية و أثره على الشركة التجارية

أحصى المشرع الجزائري الأشكال التي يمكن أن تتخذها الشركات التجارية، وهي إما أن تكون شركة تضامن أو شركة التوصية البسيطة أو شركة التوصية بالأسهم، كما قد تكون شركة ذات مسؤولية محدودة والتي يمكن أن تكون ذات الشخص الواحد فضلا عن شركة المساهمة، وشركة المساهمة البسيطة، وكل نوع من هذه الأنواع حدد لها المشرع شروطا خاصة لتأسيسها، لتكتسب بذلك الشخصية المعنوية التي تعني أهلية الشركة لتحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق، وذلك بعد قيدها في السجل التجاري وشهرها، للتعريف بها أمام الغير.

ولكن المشرع الجزائري أضاف نوعا آخر من الشركات التجارية، ورصد له أحكاما مخالفة لما عهدناه في الشركات السالفة الذكر، فهي بخلاف غيرها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وجوبا، كما لا تخضع للقيد في السجل التجاري، والأكثر من ذلك أنه لا علم للغير بوجودها أصلا، هذه الشركة هي شركة المحاصة التي أفرد لها المشرع أحكاما خاصة[1]، وهو ما سنفصله في المبحث الأول من هذا الفصل.

بالإضافة إلى ذلك يظهر لنا نوع آخر يثير بعض الجدل بين فقهاء القانون فيما يخص الشخصية المعنوية، وهذا النوع هو الشركات الوليدة أو ما يعرف بالشركات المتعددة الجنسيات، فغالبا ما يثور النقاش حول مدى استقلال هذه الشركات عن الشركة الأم، وإن كان الأمر في ظاهره من الناحية القانونية لا يثير إشكالات، إلا أن بعض التطبيقات القضائية في التشريعات المقارنة أخذت اتجاهات مختلفة في تحديد استقلال الشخصية المعنوية للشركة الوليدة عن الشركة الأم، وهذا ما سنأتي عليه بالتفصيل في المبحث الثاني.

[1]- أدخل المشرع الجزائري شركة المحاصة كنوع من أنواع الشركات بموجب أحكام المرسوم التشريعي 93-08 المذكور سالفا.

المبحث الأول:

آثار انعدام الشخصية المعنوية على شركة المحاصة

تعد شركة المحاصة النوع الأنسب للعديد من التجار، والدليل على ذلك انتشارها في الواقع العملي، لتحقيق رغبة فئات كثيرة من الأفراد تفرض عليهم ظروفهم عدم الظهور في الحياة التجارية، وتتوفر لديهم أموال طائلة يرغبون في توظيفها واستثمارها في فرص تتيح لهم ربحا وفيرا، فيكون سبيلهم الوحيد شركة المحاصة.

الأصل في الشركات التجارية حتى تتمكن من مباشرة نشاطها أن تتمتع بالشخصية المعنوية، والتي تكتسبها بعد القيد في السجل التجاري، وبالتالي ظهورها للغير الذي يرغب في التعامل معها على أنها كيان قانوني مستقل يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ولها أهلية تمكنها من التصرف باسمها، ولكن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل باستحداثه لنوع آخر من الشركات التجارية وهي شركة المحاصة[1]، والتي أفرد لها أحكاما خاصة مغايرة لما اعتدنا عليه في الشركات التجارية المعروفة، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، كما لا تقيد في السجل التجاري، ولا تظهر للغير.

ولإبراز ما تختص به شركة المحاصة من عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، فإنه يتحتم علينا التفصيل في مظاهر عدم تمتع هذه الشركة بالشخصية المعنوية، كمطلب أول، ثم بعد ذلك يكون الحديث عن الآثار المترتبة عن ذلك في

المطلب الثاني.

المطلب الأول: مظاهر عدم تمتع شركة المحاصة بالشخصية المعنوية

تحضى شركة المحاصة بقدر من الأهمية كونها شركة من الشركات التجارية المعترف بها قانونا، فقد أقرها المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون التجاري، وخصها دون سواها بعدم تمتعها بالشخصية المعنوية، وذلك على خلاف باقي الشركات المعروفة في القانون

[1]- نص المشرع الجزائري على شركة المحاصة في الفصل الرابع مكرر من الباب الأول من الكتاب الخامس من القانون التجاري الجزائري، وقد استحدث هذا الفصل شركة المحاصة بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، بحيث خصها بخمس مواد من 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 5.

التجاري، مما يدفع بنا إلى البحث عن أسباب ذلك، كون الشخصية المعنوية للشركة هي المحدد الفاصل بينها وبين شخصية الشركاء وما يترتب عليه من آثار فيما يخص الذمم المالية، وبالتبعية المسؤولية عن التزامات الشركة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الشركة تصبح بعد اكتسابها الشخصية المعنوية كيانا مستقلا عن باقي الشركاء، فتصبح لها أهلية تمكنها من تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق، لكن هذا الأمر مختلف تماما في حالة شركة المحاصة، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ليس اختياريا، وإما وجوبا بأمر من المشرع، ويجب أن تبقى كذلك إذا أراد الشركاء استمرار حياة هذه الشركة.

وبناء على كون أحكام شركة المحاصة أحكاما خاصة، اعتبارا من عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، وما يترتب عليه من طبيعة قانونية مغايرة لباقي الشركات التجارية، كان لزاما علينا في هذه الدراسة، أن نبحث عن أساس اعتبار شركة المحاصة شركة تجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية، كفرع أول، ثم نعرض إلى حصر الآثار المترتبة عن ذلك في الفرع الثاني، للوصول إلى انعكاسات أو تبعات فقد الشخصية المعنوية، نتيجة عدم القيد في السجل التجاري.

الفرع الأول: أساس اعتبار شركة المحاصة شركة تجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية

تعتبر شركة المحاصة شركة تجارية وهي نوع من أنواع شركات الأشخاص، رغم أن المشرع خصها بمميزات جعلها تختلف في أحكامها عما هو مستقر عليه في الشركات الأخرى، فقد أورد المشرع الجزائري هذا النوع بموجب أحكام المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري المستحدثة بالمرسوم التشريعي 93-08، والتي نصت على أنه: "يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، تتولى إنجاز عمليات تجارية"، فما هي إذا شركة المحاصة؟ وما هي الخصائص التي تميزها عن غيرها والتي فرضت على المشرع عدم منحها الشخصية المعنوية؟ هذا ما سنسعى للإجابة عليه وفق العناصر التالية.

أولا: تعريف شركة المحاصة

أشار المشرع الجزائري في المادة 795 مكرر 1 إلى أن شركة المحاصة يمكن تأسيسها بين شخصين طبيعيين أو أكثر، بغرض القيام بعمليات تجارية، مما يعني أن المشرع لم يأتي

بتعريف لهذه الشركة، وإنما ذهب إلى تحديد من هم الشركاء والغرض الذي تُنشأ من أجله، كما حرص في بقية المواد مثل المادتين 795 مكرر 2 و 3، على تحديد خصائص وشروط تكوين شركة المحاصة، وعلى عكس ما يراه بعض الباحثين في أن المشرع لم يوفق في تعريف شركة المحاصة[1]، فإننا نرى أنه حسنا فعل كون القوانين ليست مجال التعريفات، وإنما اختصاصها بضبط القواعد وتحديد الخصائص والشروط التي يرى فيها المشرع ضرورة تتوافق مع المتطلبات التي يسعى إليها، مع ذكر بعض المفاهيم أو التعريفات إذا اقتضت الضرورة ذلك، وترك أمر تحديد التعريفات والجدل أو النقاشات التي تثار في هذا الخصوص إلى الفقه، خاصة وأن التعريفات تتطور وتختلف حسب منظور كل اتجاه فقهي.

لذلك يمكننا القول أن شركة المحاصة هي عقد لأن إنشاءها يتم بموجب اتفاق بين أطرافه، وهي "تتوافق مع سائر شركات الأشخاص في أنها عقد يبرمه شخصان أو أكثر فيما بينهم بقصد استثمار مشروع تجاري، ويلتزم فيه كل شريك بتقديم حصة من المال أو العمل لتحقيق هذا الاستثمار واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة"[2]، وهذا التعريف يتوافق مع كون شركة المحاصة لا تختلف عن باقي الشركات، ثم يضيف الدكتور الياس ناصيف سبب اختلافها عن غيرها بكونها "شركة خفية لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تظهر للغير"، وهو اختلاف جوهري كون الشركات الأخرى تعتبر عقودا من ناحية، وأشخاصا معنوية مستقلة عن الشركاء فيها من ناحية أخرى، وهذا الازدواج مرتبط بالمقصود من الشركة، في حين شركة المحاصة تفقد هذه الازدواجية فهي عقد بين الشركاء ولكنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

[1]- عبد الرحيم صباح، خصوصية شركة المحاصة في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، جوان 2018، ص 236.

[2]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 233.

كما تُعرف شركة المحاصة بأنها عقد بين شخصين طبيعيين فأكثر، يتولى إدارة الشركة أحد الأشخاص الذي يوضع رأس المال تحت تصرفه ويتولى الإدارة ويتعامل مع الغير باسمه وكأنه يتعامل لحسابه الخاص[1].

وتعرف أيضا انطلاقا من خصائصها، بأنها شركة مستترة (خفية) تنعقد بين شخصين أو أكثر يُقدِّم كل منهم حصة من مال أو عمل للقيام بعمل واحد أو عدة أعمال دون أن تكتسب هذه الشركة الشخصية المعنوية، كما لا تخضع لإجراءات الشهر، وتهدف لاقتسام ما ينشأ من أرباح أو خسائر[2].

كما تعرف بأنها شركة تنعقد وفقا للقواعد العامة في تأسيس الشركات بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو عدة أعمال تجارية[3] يؤديها أحد الشركاء باسمه، ويقتسم ما ينتج عن هذا العمل من ربح أو خسارة مع باقي الشركاء الذين يتفقون على عدم قيدها في السجل التجاري، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية كما لا تخضع لإجراءات الشهر[4].

وتنعقد شركة المحاصة بين شركائها للقيام بعمل واحد أو عدد من الأعمال بحيث لا يستغرق قيامها إلا وقت محدود، لذلك أطلق عليها البعض اسم الشركة المؤقتة[5].

وبالرجوع إلى ما أورده المشرع الجزائري فيما يخص هذا النوع من الشركات، فقد نص على أن شركة المحاصة لا تكون إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل، كما لا تخضع للأحكام العامة للشركات التجارية ولا لقواعد سير مختلف الشركات التجارية المنصوص عليها في الباب الأول من القانون التجاري، كما تُعفى من تطبيق الأحكام المشتركة الخاصة

---

[1] - محمد عبد الغفار البسيوني وآخرون، القانون التجاري :دراسة موجزة في الأعمال التجارية والتاجر – الأوراق التجارية – الشركات التجارية، الجامعة العمالية – أكادمية الدراسات المتخصصة- شعبة العلاقات الصناعية، منتدى سور الأزبكية، 2009، ص 229.

[2] - حسن عبد الحليم عناية، موسوعة الفقه والقضاء في الشركات التجارية، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر 2008، ص 517.

[3] - نصت المادة 795 مكرر 1 من الأمر 75-59 المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي 93-08 على أنه: "يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، تتولى إنجاز عمليات تجارية".

[4] - وجي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1998،ص 17.

[5] - George Ripert, Réné Roblot, Traité élémontaire de droit commercial , Tome 1, éd L.G.D.J 1996 , P888.

بالشركات التجارية ذات الشخصية المعنوية الواردة في الفصل الرابع من الكتاب الخامس[1] من القانون التجاري.

ولقد ترك المشرع للشركاء حرية الاتفاق على موضوع الفائدة أو شكلها أو نسبتها وكافة الشروط المتعلقة بالشركة[2]، على أن يتعاقد كل شريك باسمه الشخصي.

ومن كل هذه التعاريف، ومن خلال ما أورده المشرع من خصائص وشروط، يمكن أن نستخلص تعريف شركة المحاصة بأنها اتفاق بين شخصين طبيعيين أو أكثر على الاشتراك فيما بينهم للقيام بعمل واحد أو عدة أعمال تجارية واقتسام ما ينشأ من ربح أو خسارة، دون إظهارها للعلن، وإنما تكون مستترة ولا يعلم بها الغير، كما لا تخضع لقواعد القيد في السجل التجاري والشهر.

وما يمكن قوله كنتيجة لاعتراف التشريعات بشركة المحاصة كنوع من أنواع الشركات التجارية، أن الشركة ليست هي الشخصية المعنوية[3]، فقد تكون شركة محاصة أو شركة فعلية أو حتى شركة ناشئة من الواقع، أما الشخصية المعنوية فهي تكتسب وفقا لأشكال الشركات التي ينص عليها القانون.

ثانيا: الخصائص المميزة لشركة المحاصة

شركة المحاصة هي شركة ذات طبيعة خاصة إذ لا وجود قانوني لها أمام الغير، وهي لا تكتسب الشخصية المعنوية ولا وجود لها بالنسبة للغير، إذ هي شركة مستترة لا تقوم إلا بين الشركاء[4].

ولهذا نصت المادة 795 مكرر 2 على أنه: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير. فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل.

---

[1]- المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 795 مكرر 3 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- Chrlaine Bouchard, La réforme du droit des sociétés: l'exemple de la personnalité morale, Les cahiers de droit, Volume 34, numéro 2, 1993, p 366.

[4]- سمير عالية، مرجع سابق، ص 278.

لا تطبق أحكام الفصل التمهيدي وأحكام الباب الأول وأحكام الفصل الرابع من هذا الكتاب، على شركات المحاصة".

وتحليلا لهذا النص فإن شركة المحاصة تتميز بالاستتار والخفاء عن أعين الناس، بالإضافة إلى عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، وقيامها على الاعتبار الشخصي، لهذا عُدَّت من شركات الأشخاص، وبناء على هذا يمكن أن نحدد خصائص شركة المحاصة على النحو التالي:

1- شركة المحاصة شركة تجارية:

تعتبر شركة المحاصة من التقسيمات الخاصة بالشركات التجارية إما بحسب الشكل أو الموضوع، وهذا بحسب نص المادة 544 من القانون التجاري الجزائري، والتي تنص على أنه: "يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو موضوعها، تعد شركات التضامن وشركات التوصية وشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

المشرع في هذا النص لم يتطرق إلى شركة المحاصة، كما لم يحددها ضمن قائمة الشركات التجارية بحسب الشكل، وهو ما يجعلها تختلف من حيث طبيعتها حسب الموضوع أو النشاط الذي تقوم به[1]، أي أن شركة المحاصة تكون شركة تجارية إذا كانت تقوم بأعمال تجارية، وهو ما أكده المشرع الجزائري بنص المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري إذ أجاز تأسيس شركات المحاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، بغرض إنجاز عمليات تجارية، وهنا يُثار التساؤل حول ما إذا كانت الأعمال التي تُنشأ من أجلها الشركة مدنية، فهل نكون في هذه الحالة أما شركة محاصة مدنية؟

في حقيقة الحال أن المشرع الجزائري تكلم عن شركة المحاصة بنص المادة 795 مكرر1 بقوله يجوز تأسيس شركات المحاصة ... تتولى إنجاز عمليات تجارية، مما يعني اعترافه بشركة المحاصة كشركة تجارية دون اعترافه بوجود شركة محاصة مدنية، بخلاف المشرع

[1]- George Ripert, Réné Robot, op.cit, p 673.

الفرنسي، الذي نص على النوعين من شركات المحاصة، التجارية والمدنية، ويعتمد في تحديد طبيعة الشركة حسب طبيعة النشاط الذي تقوم به[1].

2- شركة المحاصة شركة تقوم على الاعتبار الشخصي:

تصنف شركة المحاصة ضمن شركات الأشخاص، كونها قائمة على الثقة المتبادلة بين الشركاء، أي أن شخصية الشريك فيها محل اعتبار، وبالتالي تشتمل على الآثار المترتبة عن وجود الاعتبار الشخصي، حيث يتم تسليم كل الحصص إلى الشريك المسير أو المدير المحاص، ويتعاملون على أساس الثقة في هذا المسير أو المدير الذي يتعامل باسمه الخاص، ونتيجة لذلك لا يجوز لأحد الشركاء التنازل عن حصته للغير إلا بموافقة جميع الشركاء، كما أن وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه يؤدي إلى انقضاء الشركة ما لم يتفق الشركاء بالإجماع على غير ذلك[2].

وفي هذا السياق منعت المادة 795 مكرر 5 أن تُمَثل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول، وهي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، إذ اعتبرت أن كل شرط مخالف يعد كأن لم يكن، فحصص شركة المحاصة غير قابلة للتنازل، إلا برضى جميع الشركاء، ولا يمكنها أن تكون سندات قابلة للتداول.

غير أن الشريك وبخلاف الأحكام المترتبة على وجود الاعتبار الشخصي في الشركة، لا يكتسب صفة التاجر، ويرجع السبب إلى أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا يعلم الغير بوجودها أصلا، ويكون الشريك تاجرا في الأعمال التجارية التي يقوم بها مع الغير باسمه[3].

3- شركة المحاصة هي شركة مستترة:

تنشأ شركة المحاصة في الخفاء دون أن يعلم بها الغير، حيث أشار المشرع الجزائري في نص المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري إلى أنه لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء، ولا تكشف للغير، فهذا النوع من الشركات يكون مستترا بين

---

[1]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 199.

[2]- وحي فاروق لقمان، مرجع سابق، ص 17.

[3]- عبد الرحيم صباح، مرجع سابق، ص 237.

الشركاء ويبقى كذلك، والمقصود هنا الاستتار القانوني[1]، لأن الشركة تنشأ في سرية بين الشركاء، وهذا بتوفر الشروط الموضوعية العامة والخاصة دون أن تتطلب وجود شكلية معينة كباقي الشركات التجارية، كما لا يجب قيدها أو شهرها في السجل التجاري، وفي حالة كتابتها فإن ذلك يكون فقط فيما بين الشركاء أنفسهم دون أن يُعْلَن للغير، ولا يظهر منها إلا المسير المحاص الذي يتعامل مع الغير باسمه دون ظهور باقي الشركاء[2].

وفي هذا الصدد يميز المشرع الفرنسي بين نوعين من شركات المحاصة، الأولى شركة المحاصة الخفية، والثانية شركة المحاصة الظاهرة، التي تتم بين شخصين أو أكثر ويظهر فيها الشركاء للغير في ممارستهم لنشاط الشركة من غير أن يقوموا بإتمام إجراءات النشر والإعلان لتتمتع شركتهم بالشخصية المعنوية، وهي تقترب بهذا المفهوم من الشركة الناشئة من الواقع، رغم أن هذه الأخيرة تفتقد لنية الاشتراك التي تقوم عليها الشركات التجارية. وهو ما جعل المشرع الفرنسي يُخضع الشركة الناشئة من الواقع لأحكام المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي رغم أنها تتعلق بشركات المحاصة الظاهرة[3].

غير أن البعض[4] يرى أن تنظيم شركة المحاصة لا يسمح بظهورها، وإن كان يمكن أن تُكْشَف للغير دون أن يؤثر ذلك على طبيعتها الخفية، إضافة إلى أن الميزة الخاصة بشركة المحاصة كونها شركة خفية هو الغاية من وجودها أصلا واللجوء إليها، بمعنى أن ظهورها يتعارض مع الغاية من وجودها بالنسبة للأشخاص الذين يفضلون ممارسة الأعمال التجارية في الخفاء.

ورغم أن القانون لا يشترط أن يكون عقد شركة المحاصة مكتوبا، إلا أن ذلك يتعارض مع الحكم المنصوص عليه في المادة 418 من القانون المدني التي تنص على أن عقد

---

[1]- والمقصود بالاستتار القانوني يعني فقط أن الشركة تظل قانونا محتفظة بطابعها المستتر، ولا يعني ذلك إلزام الشركاء بصفة التستر في صورة مطلقة بإبقاء الشركة طي الخفاء، ما دام أنه لم يصدر من الشركاء أي عمل أو نشاط إرادي يُمَكِّن الغير من الاطلاع عليها بصورة رسمية أو غير رسمية، حتى ولو علم الغير بوجودها صدفة باطلاعه على أوراق وقعت بين يديه.

سمير عالية، مرجع سابق، ص 279.

[2]- عمارة كريمة، الأحكام القانونية للشركات عديمة الشخصية المعنوية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، ديسمبر 2017، ص 118.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 200.

[4] - YVES GUYON, Droit des affaires, op.cit, p 571.

الشركة يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا، وإن كان المشرع قد أعفى شركة المحاصة من أحكام الفصل التمهيدي المتضمن المادة 545 من القانون التجاري التي تنص في فقرتها الأولى على أنه "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة"، فالمشرع أعفى شركة المحاصة من الكتابة الرسمية وإجراءات القيد والإشهار بنص المادة 795 مكرر 2، أي الإعفاء من تطبيق النص الخاص –المتضمن الكتابة الرسمية- الذي يقيد النص العام الوارد في المادة 418 من القانون المدني والقاضي بضرورة كتابة عقد الشركة، وباعتبار شركة المحاصة نوع من أنواع الشركات المنصوص عليها قانونا، فإنها تخضع للأحكام الخاصة بالشركات الواردة في القانون المدني الجزائري، وبالتالي ضرورة أن يكون عقد الشركة مكتوب، والكتابة المطلوبة هنا هي الكتابة العادية وليست الرسمية، ولذلك وجب على المشرع التدخل لتوضيح الأمر.

4- غياب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة:

إن أهم خاصية تتمتع بها أي شركة تجارية هو اكتسابها للشخصية المعنوية بعد قيدها في السجل التجاري[1]، إلا أن الاستثناء من ذلك ورد في المادة 795 مكرر 1 التي نصت على أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، والسبب في ذلك أن المشرع فرض على هذا النوع من الشركات عدم القيد في السجل التجاري وعدم إخضاعها للإشهار القانوني، بل العكس من ذلك فهي لا تُكشف للغير كما رأينا . وبالتالي لا ينشأ لدينا شخص مستقل عن الشركاء، فيكون أثر هذه الشركة نسبيا بين الشركاء المكونين لها دون الغير.

ومن آثار هذه الخاصية أن شركة المحاصة تفتقد للآثار المترتبة عن اكتساب الشخصية المعنوية، فهي لا تتمتع بذمة مالية مستقلة، حيث أن الذمة المالية في شركة المحاصة لا تكون منفصلة عن ذمم الأشخاص الطبيعية المكونة لها، وهو ما يجعل الالتزامات المبرمة تكون على عاتق الشركاء وليس الشركة، كما أنه ليس لها جنسية أو موطن، ولا عنوان[2].

فالأصل أن يرتبط اكتساب الشركة للحقوق وتحملها للالتزامات بتمتعها بالشخصية المعنوية، وهذا يكون في حدود تحقيق غرض الشركة، فتكون للشركة الأهلية الكاملة لذلك،

[1]- المادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- Laure Siné, Op.cit, p 13.

إذ تقوم بكل الأعمال والتصرفات اللازمة لتحقيق غرض الشركة، فيصير للشركة أن تتعامل مع الغير، وتكسب الأموال وتتصرف فيها بواسطة ممثلها[1]، وهو ما لا ينطبق على شركة المحاصة.

وقد ترك المشرع الجزائري مسألة تأسيس شركة المحاصة للإرادة الحرة للشركاء[2]، إذ يتفقون بكل حرية على موضوع الشركة والفائدة ونسبتها، وعلى كل الشروط المتصلة بشركة المحاصة، وهذا بخلاف الشركات التجارية الأخرى التي تولى المشرع تحديد كل ما يتعلق بها من تأسيس، وتعيين مسيرين إلى غاية انقضائها، فيما ترك كل هذه الأمور في شركة المحاصة للعقد الذي يُبرم بين الشركاء.

ويترتب على كل ما سبق ما يلي:

أ- تعتبر الذمة المالية أهم مرتكزات الشخصية القانونية، والشركة باعتبارها شخصا معنويا تتمتع بالضرورة بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء طوال فترة وجودها وأثناء فترة التصفية، هذه الذمة تتكون من الحصص المقدمة من الشركاء ومن الاحتياطي الذي يكون لدى الشركة أثناء حياتها، بالإضافة إلى ما حققته الشركة من أرباح[3].

ويترتب عن استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمم الشركاء نتائج قانونية هامة، وهي:

النتيجة الأولى: انتقال ملكية الحصص إلى الشركة

إن الحصص أو المقدمات التي يقدمها الشركاء على سبيل التمليك، تنتقل إلى ذمة الشركة ولها الحق بأن تتصرف فيها بما يفيد الشركة ويحقق هدفها، ويكون للشريك حق الدائنية على الشركة مهما كان نوع الحصة، يخول له حق اقتسام الأرباح وموجودات الشركة إذا تم حلها وتصفيتها، ويعتبر هذا حقا شخصيا ومن طبيعة منقولة بغض النظر عن نوعية الحصة المقدمة للشركة، منقولا كانت أو عقارا[4].

---

[1]- عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 77.

[2]- المادة 795 مكرر 3 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص76.

[4]- مرجع نفسه، ص 76.

النتيجة الثانية: تخصيص أموال الشركة للوفاء بديونها:

ومعنى ذلك أن لدائني الشركة وحدهم التنفيذ على أموالها، دون أن يكون لدائني الشركاء الشخصيين التنفيذ عليها لأنها خرجت من ذممهم ودخلت ذمة الشركة، وأصبحت من أملاكها مُمثِّلةً ضمانها العام الذي يستند إليه دائنيها، ويترتب على استقلال الذمة المالية للشركة عدم قيام المقاصة بين دين الشركة لشخص من الغير وحق لأحد الشركاء لدى هذا الشخص أو العكس.

غير أن ما يميز شركة المحاصة أنه لا توجد لديها ذمة مالية خاصة أو مستقلة، وبالتالي ليس لها رأس مال محدد، كما يظل كل شريك محتفظا بملكية الحصة التي يقدمها للمسير المحاص، فالحصة لا تنتقل إلى الشركة، فهي تُقَدَّم على سبيل الانتفاع لا على سبيل التمليك، وبهذا المعنى شركة المحاصة لا يظهر فيها الضمان العام للدائنين غير الذمة المالية للشريك المسير الذي يتم التعامل معه[1].

ب- شركة المحاصة لا تتمتع باسم ولا عنوان، والأصل أنه لكل شركة اسم تجاري يميزها عن غيرها من الشركات الأخرى، ويقترن أحيانا اسم الشركة بتسمية مبتكرة للحد من المنافسة غير المشروعة عن طريق تشابه الأسماء التجارية، وتَكْمُن أهمية الاسم في أن المعاملات التي تقوم بها الشركة يتم التوقيع عليها باسمها.

أما في شركة المحاصة فيتعامل كل شريك إذا لم يتم تعيين المسير المحاص باسمه الخاص، ويُوَقّع على التصرفات باسمه الخاص لا باسم الشركة، كما أنها لا تتمتع بحق التقاضي لانعدام أهليتها القانونية كشخص معنوي، والعكس صحيح، فلا يجوز للغير أن يقاضي الشركة لانعدام الشخصية المعنوية، وإنما يقاضي الشريك الذي تعامل معه.

ج- شركة المحاصة ليس لها موطن ولا جنسية، وإنما يعتد بجنسية الشريك الذي تعامل مع الغير، وهو أمر منطقي لغياب الشخصية المعنوية كليا، لأن الشريك المحاص لا يمثل في تعاملاته الشركة وإنما يمثل نفسه فقط، ويترتب عن ذلك أن شركة المحاصة لا يمكن شهر إفلاسها، وإنما يُشهر إفلاس الشريك المسير إذا توفرت شروط ذلك.

[1]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 341.

أما الموطن فهو المكان الذي يقيم فيه الشخص، وبالنسبة للشخص المعنوي فموطنه هو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي، بمعنى مكان مباشرة الشركة لنشاطها القانوني، أي مكان عمل المدير في شركات الأشخاص، ومقر عمل مجلس الإدارة والجمعية العامة في شركات الأموال حتى ولو كان مركز الاستغلال في مكان آخر، ويختلف مركز الإدارة عن مركز النشاط الأساسي للشركة، فهذا الأخير هو المكان الذي تباشر فيه الشركة العمليات الفنية والمادية، والموطن أمر هام خاصة فيما يتعلق بإعلانات الأوراق القانونية والقضائية الموجهة للشركة، بالإضافة إلى دورها في تحديد الاختصاص القضائي للدعاوى المرفوعة على الشركة، كما يعلن إفلاسها في محكمة هذا المكان[1].

أما الجنسية فهي مجموع الحقوق والالتزامات التي تترتب على الانتماء السياسي والقانوني للشخص إلى دولة معينة، وهو ما يلزم للأشخاص القانونية الطبيعية أو المعنوية معا.

ويؤثر تحديد الجنسية على حياة الشركة كشخص معنوي، لأنه يساعد على تحديد القانون الذي يحكم إجراءات تأسيس وسير وانتهاء الشركة، وما تتمتع به من حقوق وما تتحمله من التزامات، إذ تتعدد معايير تحديد جنسية الشركة من جنسية المؤسسين أو جنسية غالبية رأس المال، أو جنسية دولة التأسيس، أو جنسية دول مركز النشاط الأساسي أو جنسية مركز الإدارة الرئيسي والفعلي[2]، وهو ما لا تتمتع به شركة المحاصة.

5- خضوع حصص الشركاء لمبدأ سلطان الإرادة:

يمكن للشركاء الاتفاق بحرية في كل ما يتعلق بالحصص، بما فيها اقتسام الأرباح والخسائر، وهو ما أقره المشرع صراحة بنص المادة 795 مكرر 3 على أنه: "يتفق الشركاء بكل حرية على موضوع الفائدة أو شكلها أو نسبتها وعلى شروط شركة المحاصة"، أي أن المشرع لم يتدخل في أي من المسائل التي تجمع الشركاء في هذه الشركة، ويرجع السبب في ذلك لغياب الشخصية المعنوية، وما يترتب عليه من عدم وجود ذمة مالية للشركة، مما يدفع بالشركاء إلى

[1]- عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 75.

[2]- مرجع نفسه، ص 75.

تنظيم ملكية هذه الحصص أثناء قيام الشركة[1]، لأن الحصص التي يلتزم كل شريك بتقديمها لا تنتقل إلى ملكية الشركة لعدم وجود ذمة مالية لها، وبالتالي على الشركاء تحديد المالك للحصص التي يقدمونها[2]، فقد يقوم كل شريك في شركة المحاصة باستثمار حصته بنفسه ثم الاشتراك مع باقي الشركاء بحصر ناتج الاستغلال وتوزيعه في نهاية الشركة، أو قد يقوم الشركاء بتسليم مدير شركة المحاصة حصصهم لاستثمارها بمعرفته واقتسام ما ينتج عن ذلك من ربح أو خسارة[3].

ثالثا: تمييز شركة المحاصة عن الشركة الناشئة من الو اقع

تُعرف الشركة الناشئة من الواقع حسب بعض الفقه[4] بأنها "الوضعية التي يتعامل فيها شخصان أو أكثر كشركاء واقعيين ولكن دون اتخاذ الإجراءات اللازمة لتكوين شركة"، ويمكن أن تتخذ الواقعية المقصودة عدة حالات مثل، الشركات بين الأقارب أو الأصدقاء أو الزوجين ...، كما تعرف أيضا بأنها:

"La société créée de fait est issue du comportement professionnel de deux ou plusieurs personnes susceptibles d'être qualifiées d'associés sans toutefois avoir eu l'intention délibérée de créer une société"[5].

وتشترك شركة المحاصة مع الشركة الناشئة من الواقع في أن كلاهما لا يتمتع بالشخصية المعنوية، وهو ما يجعلهما لا يظهران للغير، إلا أن هذا لا يعني أنهما متماثلتان، فالفرق جوهري بينهما، لأن شركة المحاصة تنشأ بإرادة الشركاء الذين يقصدون منذ تأسيسها إبقاءها مستترة، كونها تقوم على اتفاق مُسبق بينهم، ومعنى ذلك أن نية المشاركة في الشركة متوفرة وتظهر في التعاون الإيجابي فيما بين الشركاء لتحقيق غرض الشركة دون أن يظهر ذلك للعلن، بخلاف الشركة الناشئة من الواقع والتي تنشأ من خلال تصرفات الشركاء الفعليين الذين لم يعبروا عن إرادة تأسيس الشركة[6]، وهو فرق جوهري، وإن كان المشرع

---

[1]- عزيز العكيلي، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص 195.

[2]- حسن عبد الحليم عناية، مرجع سابق، ص 526 و 527.

[3]- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص 157.

[4]- عمارة كريمة، مرجع سابق، ص 124.

[5]- Laure Siné, Op.cit, p 14.

[6]- Philippe Merle, op.cit, p 777.

الفرنسي قد تبنى موقفا جعله محلا للنقد، وهو إخضاع الشركة الناشئة من الواقع لنفس النظام الخاص بشركة المحاصة[1]، بالرغم من أن القضاء الفرنسي هو الذي ساعد على إبراز دور نية الاشتراك في الكشف عن الشركتين من خلال العديد من الأحكام الصادرة عنه[2].

وما يمكن قوله عن شركة المحاصة أنها شركة قانونية قائمة وفقا للأركان العامة والخاصة للشركات التجارية، ويمكن أيضا أن تكون في شكل عقد مكتوب غير مشهر، والفرق الذي تختص به هو عدم قيدها في السجل التجاري، وبالتالي عدم اكتسابها للشخصية المعنوية على أن يتعامل فيها الشريك الظاهر مع الغير باسمه الشخصي لا باسم الشركة، وبهذا يمكن القول أن شركة المحاصة هي شركة قائمة فيما بين الشركاء فقط، فهي غير موجودة بالنسبة للغير نظرا لطبيعتها المستترة[3]، والتستر هو شرط قانوني خاص بشركة المحاصة ناجم من إرادة الشركاء بإخفاء الشركة وبقائها فيما بينهم فقط.

وما يميز شركة المحاصة عن غيرها من العقود التي تتشابه معها، مثل عقد القرض مع مشاركة المقرض في الأرباح، أو عقد العمل مع مشاركة العامل في الأرباح، هو نية الأطراف في تأسيس شركة حقيقية، أي نية الاشتراك[4]، بخلاف العقود الأخرى التي تتجه فيها نية الأطراف إلى اقتسام الأرباح دون أن تكون لهم نية الاشتراك والتعاون الإيجابي لتحقيق غرض الشركة[5].

أما الشركة الناشئة من الواقع، فهي شركة غير مسجلة، تتحقق بتصرف شخصان أو أكثر في الواقع كأنهم شركاء دون التعبير عن إرادة تأسيس شركة[6]، وأساس منشأ هذا النوع من الشركات هو الاجتهاد القضائي، إذ لم تنص عليها القوانين المُنَظِّمة للشركات التجارية[7].

---

[1]- L'art 1873 du code civil: "Les disposition du présent chapitre (chapitre 3 de la société en participation) sont applicable aux société créée de fait".

[2]- مهداوي حنان، مرجع سابق، ص 152.

[3]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج 4، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، مرجع سابق، ص 234.

[4]- اعتمد القضاء الفرنسي في الكشف عن وجود شركة المحاصة دون سواها بالبحث عن نية الاشتراك، إذ صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية أكدت فيه أن قضاة الموضوع أخطأوا في تكييف العلاقة بين زوجين على أنها شركة محاصة باعتمادهم فقط على التحقق من اقتسام الارباح، وأن جهة الاستئناف لم تتحقق من الإرادة والرغبة المتبادلة في الشراكة.
Cass.Com 27 juin 1966, cite par Ivan tchotourian, op.cit, p 308.

[5]- Ibid, p 304.

[6]- George Ripert, Réné Roblot, op.cit, p 51.

[7]- بيباراميل طوبيا، مرجع سابق، ص14.

ويبرز اختلاف الشركة الناشئة من الواقع عن شركة المحاصة في أنها لا تنشأ ولا تُعلَن بإرادة شركائها، بل بحكم القضاء الذي يُقرر وجودها بغرض تصفيتها، فهي لا تدخل مرحلة الوجود القانوني إلا من أجل الإعلان عن انتهائها[1]، ويَسْهُل في هذا النوع إثبات اقتسام الأرباح، ولكن في المقابل فإنه من الصعوبة بمكان إثبات المساهمة في الخسائر، مما يجعل إثبات وجود نية الاشتراك أمرا صعبا هو الآخر، ولذلك كان الاجتهاد الذي كرس هذا النوع من الشركات متشددا بالنظر لمخاطرها، إذ أوجب توافر جميع الأركان الواجب توافرها في شركة القانون، وكذا خضوعها لأحكام القانون التجاري حتى لا يسمح لهذه الشركة بالخروج من إطار قانون الشركات[2].

الفرع الثاني: عدم اكتساب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة رغم توفر أركان الشركة

تُعتبر شركة المحاصة مجرد عقد بين الشركاء يتضمن الشروط التي يتفقون عليها ولا يكون لها وجود بالنسبة للغير، فلا شخصية معنوية لها ولا ذمة مالية ولا عنوان، كما لا يكون لها موطن ولا جنسية.

أولا: ضرورة توفر الأركان الموضوعية العامة لشركة المحاصة

باعتبار شركة المحاصة من شركات الأشخاص مثلها مثل شركات التضامن أو التوصية البسيطة، وجب أن تتوفر على الأركان الموضوعية العامة لقيام الشركات التجارية عموما، كتوفر الرضا وخلوه من العيوب والعوارض التي يمكن أن تشوبه، بالإضافة إلى المحل والسبب وأن يكونا مشروعين.

وبما أن تأسيس شركة المحاصة يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالعقود، فإن ذلك يستوجب توافر الأهلية الكاملة لإبرام العقود، كون عقد الشركة يدخل في إطار أعمال التصرف التي يقوم بها الشخص.

[1]- Philippe Merle, op.cit, p 777.

[2]- بياراميل طوبا، مرجع سابق، ص 62.

ثانيا: الأركان الموضوعية الخاصة لشركة المحاصة

إن تكييف شركة المحاصة كشركة تجارية، يجعل من الضروري خضوعها لكل الأركان الخاصة بالشركات وفي مقدمتها ركن تعدد الشركاء، بالإضافة إلى تقديم الحصص التي تعد الركيزة الأساسية لقيام أي شركة بمزاولة نشاطها وتحقيق غرضها، وهذا بتوافر نية الاشتراك التي تجمع الشركاء على التعاون فيما بينهم من أجل تحقيق غايات وأهداف الشركة، مع ضرورة وجود اتفاق باقتسام ما قد ينجم عن الشركة من ربح أو خسارة، وهذه الأركان ضرورية وأساسية لكل شركة تجارية، وهذا ما يجعلنا نفصل في أركان عقد شركة المحاصة بما لها من خصوصيات تميزها عن غيرها.

1- تعدد الشركاء:

كأصل عام في الشركات التجارية أنها تقوم بين شخصين طبيعيين أو اعتبارين أو أكثر، وفق نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، وهو نفس الركن في شركة المحاصة، مع وجود بعض الاختلافات التي فرضها القانون مراعاة لطبيعة الشركة.

أ- الاختلاف الأول أن شركة المحاصة لا تقوم إلا بين الأشخاص الطبيعية[1]، فلا يمكن للأشخاص المعنوية أن تكون شريكا في شركة محاصة وهذا بقوة القانون.

ب- الاختلاف الثاني يتمثل في أن الغير لا يعلم أنه يتعامل مع مجموعة من الشركاء، وإنما يتعامل مع أحدهم فقط وهو الشريك الظاهر، فيكون للغير الرجوع على هذا الشريك الذي تعامل معه في شركة المحاصة، والتنفيذ على أمواله، دون أن يحق له الرجوع على أموال باقي الشركاء، وهو ما قررته المادة 795 مكرر 2 حين اعتبرت شركة المحاصة لا تكون إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تُكشف للغير.

2- تقديم الحصص:

وهو ركن جوهري، باعتبار أن الأموال المقدمة للشركة هي المحرك الرئيسي لها، ومنها تتشكل الذمة المالية للشركة، سواء كانت الحصة مالية أو حصة عمل، فتنتقل هذه الأموال من ذمم الشركاء إلى ذمة الشركة، غير أن الحال يختلف في شركة المحاصة، كونها لا تتمتع

[1]- المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري.

بذمة مالية مستقلة بسبب عدم اكتسابها الشخصية المعنوية، فإلى من إذا تعود ملكية هذه الأموال أو الحصص؟

يمكن القول أنه في شركة المحاصة لا تخرج ملكية الحصص المقدمة من الشركاء عن ثلاث احتمالات[1] حسب الاتفاق الذي يتم بينهم:

الحالة الأولى: أن تظل ملكية الحصة للشريك

وهو أن يحتفظ كل شريك بملكية الحصة التي يقدمها، مع التزامه بموجب عقد الشركة بتقديم تلك الحصة عند ممارسة الشركة لنشاطها[2]،واستغلالها في تحقيق غرضها لتمكينها من استثمار مشروعها الذي قامت من أجله، فتنتقل حيازة الحصة إلى المدير، في حين تبقى ملكيتها لصاحبها[3]، وبما أن تقديم الحصص هو ركن أساسي في شركة المحاصة، فإنه يتوجب على الشركاء تحديد نوع الحصص (نقدية، عينية، عمل)، إضافة إلى مقدارها وطريقة أدائها.

يبقى الشريك مقدم الحصة العينية محتفظا بملكيته ويلتزم بوضعها تحت تصرف المدير، ويستردها كما هي عند انقضاء الشركة[4]، كما يتحمل المالك تبعة هلاكها تطبيقا للقواعد العامة، طالما يتم استغلالها بصورة طبيعية في غرض الشركة[5]، أما إذا كانت الحصة نقدية، فإنها تنتقل إلى مدير شركة المحاصة بمجرد تسليمها له، ويصبح الشريك دائنا له بقيمة تلك الحصة، ويلتزم بردها للشريك عند انقضاء الشركة.

الحالة الثانية: أن تنتقل ملكية الحصص للمدير

يمكن للشركاء أن يتفقوا على نقل ملكية الحصص إلى مدير شركة المحاصة، الذي يقوم باستغلالها لصالح مشروع مشترك بينهم وفقا للغرض الذي أنشأت الشركة من أجله، على أن يقتسموا الأرباح والخسائر فيما بينهم حسب الاتفاق الذي يجمعهم، ويتم ذلك باتباع

---

[1]- عبد الرحيم صباح، مرجع سابق، ص 239.

[2]- عمورة عمار، شرح القانون التجاري (الأعمال التجارية – التاجر – الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2016، ص 227.

[3]- محمد فريد العريني، ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 175.

[4]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 211.

[5]- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 173.

الإجراءات القانونية المقررة لنقل الملكية، إذ يلتزم المدير باستغلال هذه الأموال لتحقيق غرض الشركة[1]، كما يقوم بإدارة الشركة والتعامل مع الغير باسمه ولحساب الشركاء جميعا.

الحالة الثالثة: أن تكون الحصص مملوكة على الشيوع بين الشركاء

تظهر هذه الحالة باتفاق الشركاء صراحة أن تصبح الحصص مملوكة لهم جميعا على الشيوع، فيخضعون في هذه الحالة للأحكام القانونية المتعلقة بالشيوع[2]، ويترتب على ذلك أنه إذا أفلس مدير الشركة الذي يحوز هذه الحصص، فإن بقية الشركاء يدخلون في التفليسة لاسترداد أنصبتهم من المال المشاع، وهو الحل الأمثل حسب البعض[3] في شركات المحاصة الظاهرة، ويظهر المسير المحاص مالكا في مواجهة الغير الذي تعامل معه، وكان هذا ردا على من يرى أن هذا الحكم يتعارض مع مبدأ حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الشريك المحاص المسير على أساس أنه مالك لتلك الأموال أو الحصص، وهو ما ورد في المادة 1872 من القانون المدني الفرنسي، وسايره القضاء في ذلك[4].

لهذا السبب قلنا بأن شركة المحاصة قائمة على القواعد العامة لمبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يميزها عن بقية الشركات التجارية الأخرى.

وفي رأينا أنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون الحصة نقدية أو عينية، أو عبارة عن حصة عمل، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هو هل يمكن أن تكون الحصة المقدمة في شركة المحاصة عبارة عن نفوذ أو ثقة مالية؟ الإجابة أنه رغم إعفاء المشرع شركة المحاصة من أن تطبق عليها الأحكام المتعلقة بالشركات الواردة في الفصل الرابع والفصل التمهيدي والباب الأول من الكتاب الخامس من القانون التجاري، فإن ذلك لا يمنع من تطبيق أحكام الشركات الواردة في القانون المدني، وبالرجوع إلى المادة 420 منه نجدها تمنع أن تكون حصة الشريك ما يكون له من نفوذ، أو ما يتمتع به من ثقة مالية.

---

[1]- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، الجزء الأول، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 1988، ص 317.

[2]- صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 226.

[3]- voir aussi paris 8 avril 1994, Bull Joly, 1994, 668, Obs. Paul Cannu.

نقلا عن: بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 204.

[4] - Trip, Paris, 23 Mars 1935, GAZ. PAL,1935-1-774.

3- نية الاشتراك:

تُعرف نية الاشتراك بأنها الرغبة الإرادية في التعاون المشترك على قدم المساواة في تحقيق غرض الشركة، غير أن هذا الركن في شركة المحاصة يختلف بعض الشيء، حيث يُقصد به رغبة الشركاء في انشاء الشركة وقيامها على أساس الثقة المتبادلة قصد تحقيق هدف معين بوجود تعاون إيجابي فيما بينهم، وهو ما يميز شركة المحاصة عن بعض العقود التي تتشابه معها كعقد القرض مع الاشتراك في الأرباح[1]، أو كعقد العمل مع حصول العامل على نصيب من الربح[2]، وغالبا ما تُسْنَد الإدارة لأحد الشركاء باعتباره شريكا ظاهرا يتولى التعامل مع الغير باسمه، مع وجود النية لدى الشركاء بعدم علم الغير بهذه الشركة ولا بكونهم شركاء للشريك الذي يظهر في التعامل مع الغير.

4- اقتسام الأرباح والخسائر:

وهو الركن الرابع، الذي تشتمل عليه جميع الشركات التجارية مهما كان نوعها أو شكلها، ويعتبر تقسيم الأرباح والخسائر في شركة المحاصة أمرا يخص الشركاء وحدهم، لأن الغير يرجع على من تعامل معه شخصيا، وللشريك بعد ذلك أن يرجع على باقي الشركاء في شركة المحاصة[3].

ويخضع توزيع الأرباح والخسائر إلى اتفاق الأطراف في العقد الأساسي للشركة، أما في حالة عدم وجود اتفاق فإنه يتوجب تطبيق أحكام المادة 425 من القانون المدني الجزائري فيكون نصيب كل واحد من الشركاء بنسبة حصته في رأس المال، وفي حالة اقتصار العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح فقط، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة، والعكس صحيح، فيما يقدر نصيب الشريك بعمل بحسب ما تفيده الشركة من هذا العمل، فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب من العمل وآخر عما قدمه فوقه.

[1] - Cass. Req., 5 dec. 1887, D, 1888.1, 430.
[2] - Cass. req., 17 avril 1873, D, 1873.1, 311.
[3] - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 325.

ثالثا: الأركان الشكلية لشركة المحاصة

بخلاف الشروط الموضوعية الواجب توافرها في شركة المحاصة كغيرها من الشركات التجارية، فإن هذا النوع من الشركات لا يخضع للشروط الشكلية التي فرضها على غيرها، أي شهرها وقيدها في السجل التجاري أو نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، والسبب أن هذه الشركة لا تظهر للغير.

1- عدم اشتراط الكتابة في عقد شركة المحاصة:

بإعفاء المشرع شركة المحاصة من تطبيق أحكام الفصل التمهيدي وأحكام الباب الأول، وأحكام الفصل الرابع من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية[1]، يكون قد أعفى شركة المحاصة من تطبيق أحكام المادة 545 التي تنص على أنه تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة[2]، مما يعني أن للشركاء كامل الحرية في الاتفاق على بنود العقد دون أن يتم كتابته في شكل رسمي، وهذا لا يعني منعهم من اللجوء إلى الكتابة الرسمية إذا أرادوا ذلك لأن المشرع الجزائري نص في المادة 795 مكرر 3 من القانون التجاري على حرية الشركاء في كل

---

[1]- المواد من 544 من القانون التجاري الجزائري إلى غاية المادة 795 منه.

[2]- وتطبيقا لهذا النص صدر قرار المحكمة العليا في 2010/06/03 في قضية (ب.أ) ضد (ش.ب)، وملخص هذه القضية أن الطرف الأول تقدم بالطعن في قرار مجلس قضاء سطيف، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف والذي قضى بانعدام الصفة على أن الشركة قائمة بين الطاعن المدعى عليه الذي اعتبر الأمر مخالف للمادتين 545 من القانون التجاري و2/418 من القانون المدني، معتمدين كأصل عام على أن يكون عقد الشركة عقد رسمي وإلا كان باطلا، غير أن رأي المحكمة العليا كان مخالفا على أساس أن عقد الشركة وإن كان باطلا فإن الشركاء لا يمكنهم الاحتجاج بهذا البطلان إلا من اليوم الذي يُطلب فيه، أي أن بطلان الشركة لا يلغي التصرفات والاعمال التي كانت في إطار هذه الشركة، والتي تبقى في حاجة إلى تصفية ليأخذ كل طرف حقه، كما أن المادة 795 مكرر 02 من القانون التجاري نصت على أن شركة المحاصة يمكن إثباتها بكافة الوسائل، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم بانعدام الصفة يكونون قد خالفوا المادتين 2/418 من القانون المدني و2/545 من القانون التجاري التي أسسوا عليها قرارهم وكذا المادة 5 مكرر 02 من القانون التجاري كما اغفلوا تطبيق مقتضيات المادة 795 مكرر 2 من نفس القانون والتي تنص صراحة على أن شركة المحاصة تثبت أو يمكن إثباتها بكافة الوسائل، كما أكدت صراحة أنه لا تطبق أحكام الفصل التمهيدي وأحكام الباب الأول وأحكام الفصل الرابع من هذا الكتاب (القانون التجاري) والخاص تحديدا بالشركات التجارية، لا تطبق على شركات المحاصة، لأن المادة 545 من القانون التجاري تخص فقط الشركات المذكورة في المادة 544 منه، وكان الطاعن سبق له وأن أثبت بموجب تصريح شرفي صادر عن المطعون ضده يفيد بامتلاك الطاعن لنسبة محددة من المخبزة التي يمتلكها، وهذا ما استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية ملف رقم 624252، الصادر بتاريخ 2010/06/03، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 255 وما بعدها.

ما يتعلق بشروط عقد الشركة، بما فيها رغبتهم في صب الاتفاق الذي بينهم في قالب رسمي لضمان الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، ويبقى هذا خيارهم متى قرروا ذلك.

ولكن ما يمكن أن يطرح في هذه المسألة، أي في حالة الاتفاق على إفراغ عقد شركة المحاصة في شكل رسمي أمام الموثق، هو أن هذا الأخير يقوم بتسجيل عقد الشركة لدي مصلحة الضرائب التي تقوم بدورها بإرسال ملخصات هذه العقود إلى مصالح مديرية الضرائب، فيثور التساؤل حول مدى اعتبار مصلحة الضرائب من الغير، وبالتالي ظهور شركة المحاصة أمام هذا الغير، خاصة إذا علمنا أن مصلحة الضرائب سيترتب لها حقوق ضريبية على تسجيل هذا العقد.

إن ما استقر عليه العمل هو أن تسجيل ملخص عقد شركة المحاصة في مصلحة الضرائب لا يعد من قبيل الظهور للعلن لأنه لا يقصد منه تعريف الغير به، وإنما من قبيل الإجراءات الإدارية اللازمة التي يقوم بها الموثق لتسجيل العقود التي يبرمها.

أما في خصوص الكتابة العرفية لشركة المحاصة، فإننا نجد المشرع قد أعفى هذه الشركة من تطبيق الأحكام الخاصة بالشركات التجارية -كما أسلفنا سابقا- مما يعني حسب رأينا ضرورة الرجوع لتطبيق المواد المتعلقة بالشركات الواردة في القانون المدني[1] باعتباره الشريعة العامة، دون أن يعني ذلك أننا أمام شركة محاصة مدنية لأن المشرع اعترف بوجود شركة محاصة تجارية وأن الرجوع إلى أحكام القانون المدني يعد من باب تطبيق الشريعة العامة، وبالتالي ضرورة كتابة عقد شركة المحاصة باعتبارها نوع من أنواع الشركات المعترف بها قانونا، رغم أن الفقه لا يرى أي مانع من أن تؤسس شركة محاصة بمجرد اتفاق بين الشركاء دون الحاجة لأي كتابة، باعتبار أن المشرع أجاز للغير إثباتها بكل الوسائل[2].

2- عدم شهر عقد شركة المحاصة:

رأينا فيما سبق أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، والسبب في ذلك أن مختلف التشريعات تفرض وجوبا عدم قيدها في السجل التجاري، وبالتالي عدم إخضاعها للإشهار ، ولا يتم إعلانها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وهذا ما أقره المشرع

[1]- المادة 418 من القانون المدني الجزائري.

[2]- المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري.

الجـزائري بموجب أحكـام المادة 795 مكـرر 2 والتي نص فيها على أنـه: "لا تكون شركة المحاصة ...، ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل"، فالمشرع الجزائري كان حريصا على إضفاء صفة التستر والخفاء على هذا النوع من الشركات، وهو نفس الوضع في التشريع الفرنسي، ولكن ليس بنفس الحدة، حيث أقر مكنة ظهور الشركة، وذلك في نص المادة 1871 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن:

« Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée, elle est dite société en participation, elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à la publicité : elle peut être prouvée par tous moyens ».

المطلب الثاني: آثـار غياب الشخصية المعنـوية لشـركة المحـاصة

إن عدم ثبوت الشخصية المعنوية لشركة المحاصة لا يجعلها تختلط بالشيوع، لأن إدارة المال الشائع يكون لحساب المالكين، مما يجعلهم يتدخلون في أعمال الإدارة، أو أن ينيبوا عنهم من يقوم بالإدارة باسمهم ولحسابهم، بخلاف مدير شركة المحاصة الذي يظهر أمام الغير كأنه يتعامل باسمه ولحسابه، ولذلك يكون هو المسؤول في مواجهة الغير عن جميع التصرفات التي يقوم بها.

ويترتب عن غياب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة عدة آثار سواء بين الشركاء أنفسهم، أو بينهم وبين الغير (فرع أول)، أو في حالة انقضاء الشركة وتصفيتها (فرع ثاني).

الفرع الأول: أثر غياب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة على الشركاء فيما بينهم ومع الغير

باعتبار أن أهم خاصية لشركة المحاصة هو عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، فإن ذلك يُنتج آثارا مغايرة لما عهدناه في باقي الشركات التجارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية، وهذا في علاقة الشركاء فيما بينهم من جهة، وعلاقتهم مع الغير من جهة أخرى، بسبب كونها شركة مستترة في تعاملاتها مع الغير.

أولا: علاقة الشركاء فيما بينهم في شركة المحاصة

تخضع العلاقة بين الشركاء فيما بينهم للعقد المبرم بينهم، سواء كان مكتوبا أم لا، بحيث يكون ملزما لكل من وقعه أو وافق عليه، فيلتزم مثلا بتقديم الحصة المتفق عليها، كما يلتزم في مواجهة الغير الذي تعامل معه باسمه الشخصي، لينقل بعد ذلك نتائج هذا التعامل إلى جميع الشركاء الذين يتحملون آثار هذا التصرف الذي تم في إطار غرض الشركة، ويكون للشريك الذي تعامل مع الغير الرجوع على باقي الشركاء بدعوى مباشرة عما يكون قد تحمله بسبب تعاقده وقيامه بهذا التصرف[1]، لكونه يتصرف في حقيقة الأمر لحسابهم جميعا وفقا لعقد الشركة المبرم بينهم.

ويمكن لكل شريك من الشركاء المحاصين الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ووثائقها سواء بنفسه أو بوكيل عنه، ويكون استعمال هذا الحق وفقا للقواعد العامة، أي ألا يترتب عن استعمال هذا الحق ضرر للشركة، كما تصدر قرارات الشركاء وتعديل عقدها الأساسي بإجماع الشركاء ما لم يُتفق على أغلبية عددية أو مالية معينة، ويكون توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء المحاصين وفقا لما اتفقوا عليه -كما سبق تفصيله- فيُسأل كل شريك عن خسائر الشركة في كل أمواله على أساس المسؤولية التضامنية وغير المحدودة للشركاء، ما لم يتفق الشركاء على المسؤولية المحدودة[2]، وما يدفعنا لهذا القول هو ما ورد بنص المادة 795 مكرر 3 على حرية الشركاء في الاتفاق على شروط شركة المحاصة.

تخضع شركة المحاصة في تسييرها لأحكام شركة التضامن باعتبارها شركة من شركات الأشخاص[3]، فيترتب على ذلك آثار قانونية عديدة، أولها اكتساب الشريك المسير لصفة التاجر ، فضلا عن مسؤوليته غير المحدودة والتضامنية مع غيره من الشركاء، بحيث

---

[1]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 411.

[2]- يمكن للشركاء في شركة المحاصة الاتفاق على المسؤولية المحدودة فيما بينهم بموجب العقد المبرم بينهم، إذ يعد هذا الشرط صحيحا، دون أن يعتبر شرط أسد، ويعتبر الشريك المحاص في هذه الحالة كالشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، وتسمى شركة محاصة بالتوصية، وتعتبر كأنها شركة توصية خفية، ولكن الفرق يكمن في عدم إمكان الدائن رفع دعوى مباشرة للمطالبة بحصة الشريك المحاص، وهو ما أقرته محكمة باريس بجلسة 11 مارس 1967 دالوز، سير 1967-474. ريبير رقم 900. نقلا عن:

سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 413.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 207.

يمكن للشركة أن تُسَيَّرَ من خلال مسير من الشركاء أو من جميع الشركاء، وغالبا ما يختار الشركاء أحدهم للقيام بأعمال التسيير، ويسمي بالشريك المدير أو المسير المحاص، الذي يتولى القيام بجميع الأعمال والتصرفات التي تدخل في موضوع الشركة باسمه الخاص ولصالح باقي الشركاء، على أن يمتنع في هذه الحالة باقي الشركاء عن القيام بأعمال الإدارة الخارجية واكتفائهم بمباشرة الإدارة الداخلية ومراقبة أعمال المدير المحاص.

ولقد تدخل المشرع في حالة عدم الاتفــاق على تعيين المسير وذلك بنصه في المادة 795 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري، بأن يكون لكل شريك الحق في ممارسة أعمال الإدارة على أنه. " يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم"، غير أنه في حالة اتفاق الشركاء على أن أعمال الإدارة والتسيير يقومون بها مجتمعين، فإنه يتوجب الاتفاق على حدود كل شريك في ممارسة أعمال الإدارة.

كما قد يتم الاتفاق على اقتسام المهام، فيقوم كل منهم بالعمل باسمه الخاص مع تقديم حساب عن نتائج هذه الأعمال والتصرفات لباقي الشركاء، وفي هذه الحالة يكون كل شريك منهم مستقل بعمله في تعاملاته مع الغير[1].

ثانيا: علاقة الشركاء بالغير في شركة المحاصة

ما يميز شركة المحاصة هو صفة التستر في مواجهة الغير، فلا يعلم الغير بوجودها أو تكوينها لعدم قيدها في السجل التجاري، وتتعامل الشركة مع الغير من خلال أحد الشركاء باسمه الشخصي لا باسم الشركة، ولا يُلْزِم هذا العمل في مواجهة الغير سوى الشريك الذي باشره، حتى وإن كان الغير يعلم بوجود الشركة فيما بين الشركاء، وحتى إن أظهر له الشريك المتعاقد ما يفيد وجود الشركة لكي يمنح ائتمانا للغير وتشجيعا للتعامل معه، لأن مجرد علم الغير بوجود الشركة لا يكفي لمساءلة باقي الشركاء طالما لم يصدر منهم أي تصرف يفيد رضاءهم بالالتزام بوصفهم شركاء في الشركة[2]، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية أنه ليس للشريك في شركة المحاصة أن يطالب الغير بتنفيذ العقود التي أبرمها شريك

[1] - Cass. Com. 12 Mars 1952, J.C.P, 1953-2-7363, nate D. BASTIAN.

[2] - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 409.

آخر، كما لا يجوز للغير مطالبة الشريك في شركة المحاصة تنفيذ العقود التي أبرمها شريك آخر.

كما قضت نفس المحكمة بأن قيام شركة محاصة مستترة بصفقة ما لا يجعل الشركاء فيها مسؤولين عن تعاقد الغير بها مع أحد الشركاء باسمه الخاص ما لم يثبت اتفاق الشركاء على خلاف ذلك، أو أقروا بالاشتراك في التعاقد، ولا يكفي القول المجرد الصادر عن أحد الشركاء بكونه شريكا في الصفقة، إلا إذا اقترن بالإقرار بكونه طرفا في التعاقد[1].

وكتطبيق آخر لهذه العلاقة، قرر القضاء الفرنسي في حكم آخر أن عدم وجود شخصية قانونية لشركة محاصة لا يؤدي إلى توسيع آثار الأحكام الصادرة ضد هذه الشركة الفردية إلى الشركاء الذين لم يكونوا طرفًا شخصيًا في الإجراءات التي أدت إلى هذه الإدانات[2].

أما إذا تدخل أحد الشركاء في أعمال الإدارة الخارجية وأظهر فيه نفسه كمدير، فإنه يصبح عندئذ مسؤولا بالاشتراك مع المدير في مواجهة الغير[3].

ويأتي موقف المشرع الجزائري موافقا لهذا الطرح، حيث نصت المادة 795 مكرر4 على أنه: "يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي، ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم"، أي أن صفة التستر لا تزول عند إظهار المدير أن العمل أو التصرف الذي يقوم به هو لفائدة الشركة وباقي الشركاء دون رغبة منهم في إظهار الشركة القائمة بينهم، ويبقى هو المسؤول وحده أمام الغير عن كل هذه الأعمال.

ويترتب على عدم ظهور الشركة للغير عدم أحقية دائن الشريك المدير أو دائن أي شريك يباشر أحد التصرفات لحساب باقي الشركاء التنفيذ على أموال أي من الشركاء

---

[1]- طعن رقم 426 لسنة 35ق جلسة 25-02-1960 السنة 11 ص 198، نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 409.

[2]- "...que le défaut de personnalité juridique d'une société en participation n'est pas de nature à étendre les effets des condamnations prononcées à l'encontre de cette seule société aux associés qui n'étaient pas personnellement parties aux instances ayant conduit à ces condamnations ; que ni l'association ni la société n'était partie au litige ayant donné lieu aux condamnations prononcées par le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 16 mars 2005 et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 mai 2006 ; qu'en faisant droit à la demande en paiement du syndicat des copropriétaires des causes de ces deux décisions de justice à l'encontre de celles-ci bien que l'absence de personnalité morale de la SCI n'était pas de nature à étendre les condamnations prononcées contre elle seule à ses deux associées qui n'y étaient pas personnellement parties, la cour d'appel a violé les articles 1351 et 1871 du code civil…".
Cass.civ, com, 7 janvier 2014, 11-25.635 11-26.918, Publié au bull.

[3]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، مرجع سابق، ص 332.

المحاصين، لأن الضمان الوحيد لديه هو ذمة الشريك المدير أو ذمة من تعامل معه، كما ليس للغير رفع الدعوى المباشرة على أي من الشركاء لمطالبته بتقديم الحصة، كما لا يستطيع الرجوع على أي من الشركاء بدعوى الإثراء بلا سبب لما تحصل عليه من منفعة نتيجة تعاقد المدير المحاص، وهذا لكون الشريك غير المدير يملك سببا لثرائه وهو عقد الشركة الذي يجمعه مع باقي الشركاء.

هذا ويعتبر الشريك المحاص الذي يتعامل باسمه الشخصي مع الغير مسؤولا في جميع أمواله في مواجهته حتى ولو كان متفقا على تحديد مسؤوليته مع باقي الشركاء، والسبب في ذلك أن عقد الشركة لا يُحتج به في مواجهة الغير، ويخضع الشريك الظاهر فقط دون الشريك المستتر للضريبة على الأرباح، على أن يرجع على باقي الشركاء بما دفعه من نصيبهم في الأرباح لأنه يعمل لحسابهم جميعا وفق اتفاقهم في عقد الشركة[1].

أما إذا تعامل أكثر من شريك أو جميعهم مع الغير، جاز لهذا الأخير الرجوع عليهم جميعا بالتضامن لعدم وجود شخصية معنوية للشركة، ويكون كل منهم مسؤولا بالتضامن في مواجهة الغير عن العمل التجاري الذي قاموا به.

ثالثا: إثبات شركة المحاصة

شركة المحاصة هي شركة تجارية بحكم القانون، نص عليها المشرع وحدد أحكامها وشروطها، حيث أجاز إثباتها بكافة وسائل الإثبات[2]، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في الجزائر أن الإقرار بوجود الشركة يعد وسيلة إثبات قانونية لها، حيث أكدت على صحة القرار المطعون فيه القاضي بوجود شركة بين الطرفين وتعيين خبير لإجراء محاسبة بينهما، وقد اعتمد على تصريحات واعترافات الطرفين بوجود الشركة بينهما، وإجراء محاسبة سابقة بينهما، الأمر الذي اعتبره المجلس بمثابة إقرار من الطاعن (أ-أ) وهو وسيلة إثبات قانونية

[1]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 411.

[2]- المادة 795 مكرر2 الفقرة الأولى من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير. فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل".

تؤكد وجود العلاقة بين الطرفين، وعليه المجلس لم يخالف النصوص المذكورة في الوجه، عندما قضى بتعيين خبير لإجراء محاسبة بين الطرفين المتعاملين[1].

الفرع الثاني: تأثير غياب الشخصية المعنوية على انقضاء شركة المحاصة وتصفيتها

شركة المحاصة مثلها مثل بقية الشركات التجارية تنقضي بأحد الأسباب العامة لانقضاء الشركات ، كما تنقضي بأحد الأسباب الخاصة كونها شركة أشخاص، غير أنها تختلف عن باقي الشركات من حيث آثار الانقضاء، وسبب ذلك يرجع إلى الطبيعة المستترة لهذا النوع من الشركات عديمة الشخصية المعنوية، ولهذا فإن انقضاءها يخضع لقواعد مغايرة تترتب عنها آثار تختلف عن غيرها في سائر الشركات التجارية الأخرى.

أولا: القواعد المتعلقة بانقضاء شركة المحاصة

تنقضي شركة المحاصة وفقا لأسباب الانقضاء التي تخضع لها الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي، أي شركات الأشخاص، سواء كانت أسباب عامة كانتهاء مدتها إذا كانت محددة المدة، أو بانتهاء العمل الذي نشأت من أجله، أو استحال تنفيذه، أو بهلاك رأس مالها.

كما تنقضي أيضا باتفاق الشركاء على حل الشركة، أو بانسحاب أحد الشركاء منها، أو بصدور حكم قضائي قائم على أسباب مشروعة تفرض حل الشركة، ضف إلى ذلك أن شركة المحاصة تنقضي بفقد أحد الشركاء أهليته أو إفلاسه، ما لم يتفق الشركاء على استمرار الشركة رغم ما يلحق بالشركة من هذه الحالات.

ويؤدي وفاة أحد الشركاء أيضا إلى انقضاء شركة المحاصة باعتبارها قائمة كما سبق القول على الاعتبار الشخصي، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة بين باقي الشركاء وزوج المتوفي أو أولاده، غير أن بعض الفقه والقضاء[2] اعتبروا أنه في حالة ما إذا كان الشريك المتوفي هو من كان يقوم بإدارة الشركة، فإن الشركة تنقضي بوفاته نظرا للدور الهام الذي كان يقوم به، وأن الالتزامات تجاه الغير يتحملها هو شخصيا، فلا يكون لمدير

---

[1]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 277871، قرار بتاريخ 2002/04/30، قضية (أ-أ) ضد (ف-ع)، المجلة القضائية، العدد 2004/1، ص 170 إلى 173.

[2]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، مرجع سابق، ص 342.

جديد يعينه الشركاء تنفيذ تلك الالتزامات لانعدام صفته بهذا الشأن، هذا وقد قُضِي بأن موت أحد الشركاء لا يضع حدا لحياة الشركة ولو لم يكن ثمة اتفاق على استمرارها بين الشركاء الأحياء، إذا تبين أن طبيعة الاتفاق وغرض الشركة وموضوعها لا تستلزم حلها بوفاة أحد الشركاء.

وباعتبار شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فإن انقضاءها لا يخضع لإجراءات النشر المقررة بالنسبة إلى الشركات التجارية الأخرى، باعتبار التستر ميزة رئيسية لها.

ثانيا: الآثار المترتبة على انقضاء شركة المحاصة

تختلف آثار شركة المحاصة عن غيرها من أنواع الشركات الأخرى، ويرجع أساس هذا الاختلاف إلى الطبيعة المستترة لها، فضلا عن عدم وجود شخص معنوي، وبالتالي عدم وجود ذمة مالية مستقلة، عن ذمم الشركاء، ولذلك تقتصر التصفية على مجرد تقديم حساب من المدير المحاص ومن كل شريك عما قام به من أعمال وتصرفات لحساب الشركة، ليتم بعدها مراجعة هذه الحسابات واستخراج المصاريف وتحديد الأرباح والخسائر، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية[1] بأن التصفية لا تَرِد على شركة المحاصة لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها ذمة مالية، وإنما تنتهي هذه الشركة بإتمام المحاسبة لتعيين نصيب كل منهم في الربح والخسارة.

غير أنه يمكن من الناحية العملية تعيين مصفي لشركة المحاصة ينحصر عمله في القيام بالأعمال التي تتناسب مع طبيعة الشركة المستترة، وينظم العلاقة فيما بين الشركاء، ويُطالب أي منهم بالحقوق التي للشركة، كما يُطالب الغير نيابة عن المدير المحاص بصفته وكيلا عنه وليس وكيلا عن الشركة، بالإضافة إلى إمكانية رجوعه على أي شخص تعامل مع أحد الشركاء بوصفه وكيلا عنهم وليس بوصفه ممثلا لشخص معنوي الذي هو الشركة.

[1]- طعن رقم 151 لسنة 40ق جلسة 1967/01/20 السنة 27 ص 246، نقلا عن:
سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 418.

ويجوز للغير الرجوع على المدير المحاص أو الشريك الذي تعامل معه مباشرة، كما يجوز له أيضا الرجوع على المصفي بصفته وكيلا عن المدير المحاص أو الشريك الذي تعامل معه، وليس كممثل لشركة قيد التصفية.

ويلتزم مدير شركة المحاصة برد الحصص التي قدمها الشركاء في حالة ما إذا حققت الشركة أرباحا وظلت الحصص كما هي، فالغالب أن تسوية الحسابات لا يؤدي إلى بيع موجودات الشركة الأصلية، فتظل الحصة العينية ملكا لصاحبها الشريك وتُرَد إليه في نهاية الشراكة، أما في حالة ما إذا كانت الحصة قابلة للاستهلاك كالنقود فإن صاحبها يعتبر دائنا بقدر هذا المبلغ ليسترجعه عند انقضاء الشركة.

وما يمكن أن يلاحظ في هذا المجال أن حق كل شريك في استرداد مبلغ حصته النقدية في شركة المحاصة يختلف عن حق الشريك في الشركات الأخرى، فهذا الأخير هو دائن لشخص معنوي في حالة تصفية، أما في شركة المحاصة فهو دائن لمن استلم الأموال وغالبا ما يكون المدير المحاص، فيدخل قسمة غرماء مع باقي دائني المدير، أما إذا كانت حصة الشريك عينية وبقيت كما هي استردها بذاتها بصفته مالكها.

وفي حالة ما إذا تم الاتفاق على أن الحصص ملكا على الشيوع فيما بين الشركاء، فإن موجودات الشركة تقسم بينهم حسب نسبة حصة كل واحد منهم، أو تُقَسّم قيمتها بعد بيعها، وما زاد عن ذلك يقسم بوصفه ربحا.

ثالثا: زوال صفة التستر عن شركة المحاصة و أثرها على عدم تمتعها بالشخصية المعنوية

يري جانب من الفقه الفرنسي أن شركة المحاصة التي تفقد صفتها المستترة تعتبر شركة تضامن فعلية، وهو ذاته موقف المشرع الفرنسي حيث تضمنت المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي نصا مفاده أن أحكام هذا الفصل (الخاص بشركة المحاصة) يطبق على الشركات الناشئة بصورة فعلية[1]، ويترتب على ذلك أن شركة المحاصة التي يتقرر بطلانها إذا خالفت القواعد القانونية واستمرت في عملها، تصبح شركة فعلية، باعتبار أن أحكام المادة 1873 لا تشمل سوى الشركات الفعلية.

[1]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 121.

ويرى بعض الفقه[1] بأنه وإن كانت الشركة الفعلية قائمة أصلا لحماية الغير الذي اطمئن إلى الظاهر، وأن هذا الفرض سيقوم بالنسبة لشركة المحاصة، إلا أنه لا يمكن إغفال الفائدة التي تعود على الشركاء إذا ما سلمنا بقيام شركة محاصة فعلية في الفرض الذي نتعرض له، إذ تتبع القواعد المتعلقة بالشركة الفعلية عند توزيع الأرباح أو الخسائر بين الشركاء في الفترة السابقة على تقرير البطلان، واستنادا إلى هذا الرأي يمكن تصور قيام شركة محاصة فعلية.

بينما يرى فريق آخر[2]، وهو الرأي الراجح، أن شركة المحاصة لكي تكون شركة فعلية لا بد أن تكشف للغير وأن تفقد صفتها المستترة، أي أن تظهر للعلن، وعند ذلك تعتبر شركة تضامن فعلية، وهو ما تذهب إليه بعض التشريعات في القانون المقارن، إذ تنص المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي على أن: "شركة المحاصة التي تعرف إلى الغير يجوز أن تعامل باعتبارها شركة فعلية"

ومهما يكن الأمر فإن شركة المحاصة لا تظهر أمام الغير إلا بإرادة الشركاء لتكون شركة فعلية، ويكون ذلك وفق حالات مختلفة نذكر منها:

- قد يكون التعبير عن الإرادة لأجل إظهار شركة المحاصة صراحة، كالإشهار مثلا، والغاية منه أن يحمل نبأ ميلاد الشركة وشروط تكوينها إلى من يهمه أمرها كدائنيها مثلا.
- قد يكون إظهار شركة المحاصة ضمنيا أو يستفاد من سلوك الشركاء كأن يستخدم الشركاء اللافتات ويضعونها في أماكن عمل الشركة، فتتحول إلى شركة تضامن فعلية.
- كما قد تكون طريقة إظهار شركة المحاصة شفوية وهنا يصعب إثبات وجود الإرادة[3]، إلا أن الأطراف في غالب الأحيان قد يعترفون صراحة بوجود شركة المحاصة في معرض النزاع الحاصل على أمور أخرى لا تتعلق بوجود الشركة.

---

[1]- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 109.

[2]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 173.

[3]- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 127.

- قد تفقد شركة المحاصة سريتها، وتظهر أمام الغير بأن يقوم الشركاء بأي عمل يدل على وجود شركة محاصة، كاتخاذ عنوان لها أو التوقيع بهذا العنوان.

وتبرز أهمية تحول شركة المحاصة إلى شركة تضامن فعلية عبر ظهورها أمام الغير، في ضرورة اكتساب هذه الأخيرة للشخصية المعنوية التي لم تكن تتمتع بها سابقا، وتَعَامُل الغير معها على أساس شركة قائمة تتحمل مسؤولياتها وفقا للأحكام القانونية المقررة في القانون التجاري المتعلقة بالشركات التجارية، إذ لا يكون أمام الشركاء إلا تحويلها إلى شركة تضامن من أجل ضمان استمراريتها.

ويمكن للقضاء أن يتحرى عن نية التخفي على أساس الوقائع المرتبطة بكل حالة على حدى، فإن دلت الظروف على أن الشركة قامت لتبقى خفية بأن كان مظهر الشركة لا يقوم إلا بين الشركاء، كان للقضاء أن يقرر وجود شركة محاصة، أما إذا كان مظهر الشركة يقوم على العلاقة بين الشركاء أنفسهم، وبينهم وبين الغير في نفس الوقت، فإننا نكون أمام شركة تضامن فعلية وليس شركة محاصة.

وفي الختام نخلص أولا إلى أن شركة المحاصة هي شركة قانونية يُراعى عند تأسيسها ضرورة توافر جميع الأركان الخاصة بتأسيس الشركات، ما عدا القيد في السجل التجاري، وهذا راجع لطبيعتها المستترة أو الخفية، ليس تقصيرا منها وإنما بحكم القانون، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، بخلاف الشركة الناشئة من الواقع والتي تشترك معها في عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، ولكنها في الحقيقة مجرد قيام الأطراف بعمل معين بهدف اقتسام الأرباح أو الخسائر، ولا يكون الغرض من إقرارها إلا بهدف إنهائها، أي أن الغرض من تحديد هذه العلاقة يكون أساسها تحديد النظام الذي يمكن تطبيقه على قسمة المال المملوك لهم، وتحديد نصيب كل واحد منهم، وبالتالي متى تقرر أن العمل الذي قام به الأطراف يشكل شركة ناتجة من الواقع كان لازما عند تصفيتها أن تخضع لأحكام التصفية الخاصة بشركات التضامن، ولذا رأينا أن نركز على هذا الفارق الجوهري لرفع اللبس الذي يشمل كلا النوعين بسبب عدم تمتعهما بالشخصية.

المبحث الثاني:

استقلالية الشخصية المعنوية للشركات الوليدة

تكتسب الشركة متعددة الجنسيات شخصية قانونية مستقلة وفقا لقانون دولتها الأصلية، وفي الوقت ذاته تكتسب الشركة الوليدة شخصية معنوية مستقلة بمقتضى قانون الدولة المضيفة لها، مما ينجر عنه نوع من تعدد الشخصيات القانونية المستقلة ضمن مجموعة الشركة متعددة الجنسيات، وكنتيجة لذلك تظهر سيطرة الشركة الأم على كل الشركات الوليدة، مما يجعلها تخضع لقراراتها وتفرض عليها تنفيذ استراتيجيتها الانتاجية العالمية الموحدة بهدف تعظيم أرباحها الكلية بغض النظر عن المصالح الجزئية للشركات الوليدة باعتبار هذه الأخيرة مجرد كيانات مكملة لبعضها البعض اقتصاديا، لذلك تظهر بأنها مجرد امتداد لشخصية الشركة الأم.

هذه الخصوصية التي تظهر بها الشركات الوليدة في تعاملها مع الغير بسبب علاقتها بالشركة الأم، تجعلنا نتساءل عن مدى استقلال شخصيتها القانونية عن شخصية الشركة الأم باعتبار هذه الأخيرة تتعامل بمنطق السيطرة والهيمنة على إدارة شركاتها الوليدة، وإن كانت أغلب التشريعات تتجه إلى الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الوليدة، إلا أن ذلك كان محل سجال فقهي بين منكر ومؤيد لهذه الاستقلالية (المطلب الأول)، فيما سلك القضاء نفس المنحى (مطلب ثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه من الاستقلال القانوني للشخصية المعنوية للشركة الوليدة

مما لا شك فيه أن السيطرة على قرارات وإدارة شركة ما فيه الكثير مما يقال، نظرا لفقدان هذه الشركة حرية التصرف في رعاية مصالحها، وهو ما يُطْرح بالنسبة للشركات متعـددة الجنسيات، حيث تُحْكِمُ الشركة الأم سيطرتها على شركاتها الوليدة وفق الاستراتيجية العالمية التي تنتهجها لتحقيق مصالحها وإن كانت على حساب مصالح هذه الشركات الوليدة.

هذه السيطرة والهيمنة على الشركات الوليدة بامتلاك الشركة الأم لمعظم أسهمها أو رأسمالها، جعل الحديث حول استقلالية الشخصية المعنوية لهذه الشركات محل جدل فقهي

وفي بعض الأحيان قضائي، على خلاف التشريعات التي آثرت الاعتراف لها بالشخصية المعنوية المستقلة فيما تتجلى سيطرة الشركة الأم على شركاتها الوليدة بشكل يكاد ينعكس على شخصيتها المعنوية.

هذه السيطرة جعلت الفقه ينقسم إلى اتجاهين هامين يَسُوغ كل منهما فيه مبرراته، فذهب اتجاه إلى مسايرة القوانين بالاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الوليدة (الفرع الأول)، فيما ذهب آخرون إلى إنكار مثل هكذا شخصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي التقليدي المؤيد لاستقلال الشخصية المعنوية للشركة الوليدة

رغم انتشار الشركات المتعددة الجنسيات ورسوخ هذه الظاهرة في دراسات الفقه القانوني، إلا أن الفقه لم يتفق على وضع تعريف شامل ووافي لهذه الظاهرة، غير أن التعريفات كانت متعددة نذكر منها ما يلي:

عرفت الشركات متعددة الجنسيات بأنها: "مجموعة من الشركات الوليدة أو التابعة التي تزاول كل منها نشاطا انتاجيا في دول مختلفة، وتتمتع كل منها بجنسيات مختلفة، وتخضع لسيطرت شركة واحدة، هي الشركة التي تقوم بإدارة هذه الشركات الوليدة في إطار استراتيجية عالمية موحدة"[1].

كما عُرفت بأنها: "مجموعة الشركات المستقلة من الناحية القانونية ومنتمية إلى العديد من الدول، وهي تشكل مشروعا متكاملا من الناحية الاقتصادية، أو على الأقل متناسقا، وتمارس نشاطها دوليا تحت إدارة الشركة الأم"[2].

عرفها كذلك الفقيه البلجيكي فرانسوا ريجو[1] بأنها: "شخص قانوني تتبعه عدة فروع، لها أنشطة اقتصادية في أكثر من دولة، وللقيام بهذه الأنشطة فإن كيانات قانونية منفصلة يتم إنشاؤها وفقا لقوانين الدول المتعددة التي يوجد بها نشاط معين"

---

[1]- حسام عيسى، الشركات متعددة القوميات – دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركيز الرأسمالي المعاصر، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1982، ص 459.

[2]- سوزي عدلي ناشد، ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وآثارها على اقتصاديات الدول النامية، منشورات الحلبي، بيروت، بدون سنة نشر، ص 28.

فيما يختلف تعريف الشركة الوليدة بين الفقه والقوانين الوطنية حسب اختيار المعايير المتبعة، ويرجع الاختلاف إلى وجود شخص معنوي آخر من الناحية الاقتصادية والإدارية والمالية رغم أنه مستقل عنه من الناحية القانونية.

ويمكن تعريف الشركات الوليدة بأنها: "هي الشركة التي تُنشؤها الشركة الأم في دولة أجنبية وتساهم في رأس مالها بنسبة تخولها السيطرة والرقابة عليها، وتتمتع الشركة الوليدة بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة الأم، كما تحمل جنسية الدولة التي تعمل في إقليمها"[2].

كما عُرِّفت بأنها: " كل شركة موجودة في الواقع تحت السيطرة الكلية أو الجزئية لشركة أخرى"[3].

وتكون سيطرة الشركة الأم في شكل سيطرة إدارية ومالية ورقابية وتكنولوجية، وإن كانت هذه السيطرة بمفهوم واقعي وليس قانوني، إلا أنه يترتب عليها آثار قانونية ترتبط بكافة السلطات التي تمكن الشركة الأم من إحكام سيطرتها على شركاتها الوليدة.

ونظرا لكون علاقة الشركة الوليدة بالشركة الأم متعددة الجنسيات تثير جدلا واسعا في الفقه والقضاء المقارن، خاصة وأن التشريعات الوطنية في معظم الدول المضيفة لأنشطة هذه الشركات لا تتضمن أي تنظيم قانوني يحكم سلوك الشركات العاملة في إقليمها، وما قد ينجر عن ذلك من آثار سلبية على مختلف الأطراف المتعاملة معها، وهو ما يحتم علينا للتفصيل في هذا الموضوع التطرق إلى موقف الفقه من استقلال الشخصية المعنوية للشركة الوليدة.

ويذهب أنصار الاتجاه الفقهي المؤيد إلى تأكيد الاستقلال القانوني للشركة الوليدة عن الشركة الأم وعن باقي الشركات الوليدة الأخرى التابعة للمجموعة نفسها، وسبيلها في ذلك الاستناد على فكرة استقلال الذمة المالية لكل منها، على أساس تلازم فكرتي الذمة المالية

---

[1]- نصار محمد عبد الستار، دور القانون الدولي في النظام الاقتصادي العالمي الجديد، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2007، ص 48.

[2]- أحمد رجب عبد الخالق قرشم، الشركات الدولية ذات النشاط وأثرها في تطوير الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر والدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016، ص 42.

[3]- مرجع نفسه، ص 42.

المستقلة والشخصية المعنوية تلازما وثيقا في معظم التشريعات الوطنية والمقارنة، بما فيها التشريع الجزائري.

فمتى تأسست الشركة أصبح لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وهو ما يترتب عليه الاعتراف بالشخصية المعنوية المستقلة لهذه الشركة[1]، باعتبار أن العقود التي تكون بين الشركة الأم والشركة التابعة لها لا تؤثر على استقلالها القانوني، إذ يعتبر كل منهما شخصا معنويا قائما بذاته ويتمتع بذمته المالية وله قانونه الأساسي الخاص به، كما له أهلية قانونية، ويعد كيانا مستقلا عن الشركة الأم التي تفرض سيطرتها عليه[2].

واعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن ما يترتب على إجراءات تأسيس الشركة الوليدة من عمليات التوجيه والرقابة الممارسة من الشركة الأم لا تؤثر على استقلال الشركة الوليدة من الجانب القانوني كون ذلك لا يؤدي إلى تداخل بين ذمتيهما المالية، فيترتب على ذلك أن نقل أصل من أصول إحداها إلى الأخرى يمثل وفاءا صحيحا من الوجهة القانونية بين شخصين يستوجب الاستقلال القانوني لكل منهما القيام بالالتزامات الواجبة عليهما، وكنتيجة لذلك فإن إفلاس أو تصفية إحداها لا يترتب عليه تصفية أو إفلاس الشركة الأخرى[3].

كما يرى بعض المؤيدين لهذا الاتجاه[4]، أنه حتى وإن تحدثنا من الناحية الاقتصادية، فإن الشركات متعددة الجنسيات هي وحدة اقتصادية متكاملة، غير أنها بعيدة كل البعد عن كونها كذلك من الناحية القانونية، وذلك لعدم وجود قانون أساسي خاص بالشركة الأم مع شركاتها الوليدة ويتوافق مع تعدد القوانين التي تحكم مصالحها.

وحتى لو فرضنا جدلا أنه يمكن اختيار قانون أو آخر، فإنه يمكن أن يصبح ممارسة تعسفية في يد المحاكم التي ستستخدم قوانينها لتقديم الحلول بما يتناسب والنظام القانوني الذي تُمثله، وهذا ما يمكن أن يُرتب آثار خطيرة جدا.

---

[1]- تامر محمود راجي أحمد، التنظيم القانوني للشركة متعددة الجنسيات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص 89.

[2]- أيمن عبد المجيد عرابي رضا، الدور السلبي للشركات متعددة الجنسيات في عمليات غسل الأموال وسبل مراقبتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016، ص 166.

[3]- تامر محمود راجي أحمد، مرجع سابق، ص 90.

[4]- Meriam Ouassini Sahli, La responsabilité de la sociétés mère du fait de ses filiales, Thèse pour l'obtention du titre de docteur, Discipline: Droit, Ecole doctorale de Dauphine, Université paris Dauphine, Présentée et soutenue le 19 décembre 2014, p 245 et suiv.

الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي الحديث المنكر للشخصية المعنوية المستقلة للشركات الوليدة

يرى أنصار المذهب الحديث أن الشركات الوليدة لا تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الشركة الأم، كون الهدف الأساسي الذي من أجله وجدت الشركة الأم وشركاتها الوليدة هو هدف اقتصادي في مجمله، وهو يغلب على الشكل القانوني الذي يسوق له المذهب التقليدي المؤيد لفكرة الشخصية المعنوية المستقلة للشركة الوليدة عن الشركة الأم وباقي الشركات الأخرى[1]، أي أن الجانب الاقتصادي يطغى على الجانب القانوني، لوجود تكامل مالي واقتصادي بينهما، وهو ما أدى بفقهاء القانون إلى القول بأنه يحق للمحكمة في حالة وجود ديون للغير على الشركات الوليدة أن تتخذ ما يلزم من إجراءات على الشركة المكونة للشركة متعددة الجنسيات، باعتبارها وحدة اقتصادية واحدة، وهو ما يجعل الشركة الوليدة مجرد شخصية رمزية لا وجود لها من الناحية الواقعية، وتكون الشركة الأم مسؤولة عن ديون شركاتها الوليدة بسبب امتزاج الذمم المالية لها[2].

ويرجع السبب في رفض المذهب الحديث لمبدأ الاستقلال القانوني للشركات الوليدة إلى وجود امتزاج كامل في النشاط بين الشركة الأم وشركاتها الوليدة، ويظهر ذلك بكون نشاط هذه الأخيرة جزء من نشاط الشركة الأم، فيصبح مشروعا واحدا يترتب عليه نوع من الخلط والامتزاج بين الذمة المالية للشركتين، لتفقد الشركة الوليدة استقلال ذمتها المالية الذي يعكس أثرا بالغ الأهمية في تكوينها[3].

وفي هذا الاتجاه ذهب جانب آخر من الفقه إلى اتخاذ معيار آخر لنفي استقلال الشركة الوليدة، وهو صدور كل القرارات ذات الطبيعة الاستراتيجية من طرف الإدارة المركزية للشركة الأم، كما تمارس دورا بارزا في الإشراف والرقابة على شؤونها المالية والإدارية، مما يفضي إلى انعدام الأهلية القانونية والإدارية للشركة الوليدة، فتصير مجرد كيان اقتصادي لا يتمتع بأي وجود قانوني حقيقي، إذ يكون عقد تأسيسها من طرف الشركة الأم

---

[1]- أحمد رجب عبد الخالق قرشم، مرجع سابق، ص 66.

[2]- مرجع نفسه، ص 65.

[3]- شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 64.

مجرد إجراء صوري يراد منه استيفاء الشروط اللازمة لاكتساب شخصية معنوية تغطي على الشخصية الحقيقية للشركة الأم لتتهرب من مسؤولياتها تجاه الغير الذي تعامل مع الشركة الوليدة عندما تعجز عن وفاء ديونها، أو في حالة إعلان إفلاسها[1]، أو في حالة ما إذا كان الهدف من تأسيس هذه الشركات هو الحصول على حقوق ومزايا أو تسهيلات لا يخولها القانون الحصول عليها بشخصيتها تلك، فتعمد إلى التخفي وراء ستار الشخصية المعنوية للشركة الوليدة[2]، وعليه يفضل الفقه الإقرار لمجموعة الشركة ككل بالشخصية المعنوية الموحدة[3].

وفي نفس السياق اتجه الأستاذ "فليب كاهن" إلى إنكار الوجود القانوني لهذه الشركات معتبرا الشركات متعددة الجنسيات غير موجودة من الناحية القانونية[4].

المطلب الثاني: موقف القضاء الدولي من الاستقلال القانوني للشركات الوليدة

يثور الجدل حول استقلال الشركة الوليدة في الغالب حول التفسيرات المقدمة للتداخل الحاصل بين شخصية الشركة الأم والشركة الوليدة بسبب سيطرة الشركة الأم واستخدامها لحقوق وليدتها رغم استقلالها القانوني، أو في حالة وحدة المصالح الاقتصادية والإدارية، وهو ما جعل القضاء ينقسم بين مؤيد ومنكر لاستقلال الشخصية القانونية للشركة الوليدة عن الشركة الأم.

ولتفصيل ذلك سنعرج أولا إلى البحث في موقف القضاء المعارض لاستقلال الشركة الوليدة (الفرع الأول)، ثم نعرج بعد ذلك للاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الشخصية المعنوية المستقلة عن الشركة الأم (الفرع الثاني).

---

[1]- يحي عبد الرحمان رضا، الجوانب القانونية للشركات عبر الوطنية، أطروحة دكتوراه، كليـة الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 419.

[2]- تامر محمود راجي أحمد، مرجع سابق، ص 101.

[3]- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 161.

[4]- رفيقة قصوري، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2002-2003، ص 34.

الفرع الأول: موقف القضاء المعارض لوجود أي شخصية معنوية للشركات الوليدة

برز في بعض أحكام القضاء اتجاه معارض لوجود شخصية قانونية مستقلة للشركة الوليدة عن الشركة الأم، حيث تجلى ذلك بموجب اجتهادات قضائية رافضة الاعتراف بالاستقلال القانوني لهذه الشركات، وأبرز ما سنتطرق إليه هو موقف القضاء الإنجليزي والقضاء الفرنسي.

أولا: موقف القضاء الإنجليزي

كان القضاء الإنجليزي يصر دائما على استقلال الشخصية المعنوية للشركة التجارية عن أشخاص الشركاء فيها، إلى غاية ظهور اتجاه حديث نسبيا صادر عن المحاكم الإنجليزية خالف فيه هذا المبدأ، ومنه الحكم الصادر عن محكمة استئناف إنجلترا وويلز عام 1933 في قضية شركة gilford Motor Limited ضد Horn ، والحكم الصادر عن المحكمة العليا عام 1962 في قضية Jones ضد Libman، حيث رفض الأخذ بمبدأ الشخصية المستقلة، ورسخ هذا الحكم مجلس اللوردات في حكم صدر سنة 1978، في قضية Wolfson ضد مجلس strathclyed regional counsel شرط أن تشير ظروف الواقعة وملابساتها إلى أن الشركة لا تعدوا كونها كيانا صوريا، أو مجرد ستار يخفي خلفه وقائع أخرى حقيقية[1].

كل هذه الأحكام وما تلاها جاءت لتؤكد على تغليب الحقيقة الاقتصادية على الظاهر القانوني، القاضي بالنظر إلى كل شركة على حدى إن كان لها شخصيتها المستقلة كون الاستناد على الاعتبارات القانونية وحدها من شأنه أن يؤدي إلى نوع من إنكار العدالة.

وتكريسا لهذا الاتجاه أصبح القضاء الإنجليزي يجيز للمحاكم في إنجلترا رفض الاعتراف بالشخصية القانونية المستقلة، وتقرير مسؤولية المساهمين أو الشركاء المسيطرين على الشركة التابعة إذا ثبت لها بأدلة كافية استخدام شخصية الشركة كستار أو واجهة للتهرب من المسؤولية[2].

[1]- تامر محمود راجي أحمد، مرجع سابق، ص 94.

[2]- مرجع نفسه، ص 96.

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي

انتهج القضاء الفرنسي نفس الاتجاه في حالات كثيرة منذ أمد بعيد، فكان لا يعترف بالشخصية المعنوية المستقلة للشركة الوليدة إذا تبين أنها مجرد واجهة تتخذها الشركة الأم لتهريب أموالها وحقوق الدائنين، إذ أقر أن إفلاس الشركات التابعة لمجموعة واحدة يؤدي إلى إفلاسها جميعا حتى وإن لم تتوفر في بعضها شروط شهر الإفلاس، إذا ثبت امتزاج الذمم المالية على نحو يتنافى ومتطلبات الاستقلال القانوني لكل شركة[1]، أو في حال كانت تبعية الشركة الوليدة للمركز الرئيسي للشركة الأم في اتخاذ مطلق القرارات، بحيث تذوب شخصيتها وتصير كما لو كانت مجرد فرع تابع لها، إذ يصبح استقلال الشركة الوليدة مجرد مبدأ قانوني صوري، يجعل الآثار القانونية المترتبة عن ذلك مجرد وهم ينتفع به من أراد التملص من حقوق الدائنين أو أراد الغش في حق الآخرين بدون وجه حق[2].

الفرع الثاني: موقف القضاء المكرس لوجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة

في مقابل الاتجاه الرافض لوجود أي استقلال قانوني للشركة الوليدة، هناك اتجاه قضائي مخالف تم من خلاله تبني مبدأ الاستقلال القانوني لشخصية الشركات الوليدة عن شخصية الشركة الأم، وبرز ذلك من خلال الأحكام أو القرارات التي تبناها كل من القضاء الإنجليزي والقضاء الفرنسي في عديد القضايا التي تصدت لها والمتعلقة بالنزاعات حول مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة، وبالتبعية إثارة مسألة الاستقلال القانوني لهذه الشركات.

أولا: موقف القضاء الإنجليزي المؤيد لوجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة

أصبح القضاء الإنجليزي يعترف كأصل عام بالشخصية المعنوية المستقلة للشركات الوليدة، منذ الحكم في قضية "salomon"، بعد أن أكد مجلس اللوردات بصفته المحكمة العليا في النظام القضائي الإنجليزي على الاستقلال القانوني للشركات التابعة.

---

[1]- تامر محمود راجي أحمد، مرجع سابق، ص 97.

[2]- مرجع نفسه، ص 92.

وتدور وقائع هذه القضية[1] حول شخص يدعى salomon كان يعمل تاجرا للجلود ويمتلك مؤسسة فردية لصنع الأحذية لمدة 30 عاما، فأراد القيام بتوسيع نشاطه التجاري بواسطة تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة سميت Limited Company والتي تضم سبعة شركاء، هو وزوجته وخمسة أبنائه، وفيما يمتلك كل من زوجته وأبنائه سهما لكل واحد منهم يمتلك هو باقي الأسهم، كما قام ببيع مؤسسته الفردية لهذه الشركة بمبلغ 3000 جنيه استرليني، يمثل ثلثاه نصيب مساهمته في رأسمال الشركة فيما يكون الثلث المتبقي دينا على الشركة في صوة سندات دين باسمه هو، غير أن هذه المؤسسة تعثرت تجارتها، مما اضطر salomon إلى اقتراض مبالغ مالية باسم الشركة مقابل رهون صادرة عنها.

إلا أن أوضاع هذه المؤسسة زادت تدهورا إلى غاية توقف النشاط لتتجه نحو التصفية، أين تقدم salomon للمصفي بالتماس يطلب فيه الوفاء بدينه المثبت بموجب السندات التي تحوزها الشركة، وهو ما قابله المصفي بالرفض معلنا أنه هو والشركة واحد، وأن هذه الشركة صورية تخفي مشروعا فرديا مملوكا لنفس الشخص، مما يتوجب عليه تحمل ديون الشركة كافة بعد استبعاد دينه.

ووفقا لذلك تقدم salomon بطعن في هذا القرار لدى محكمة أول درجة والتي جاء حكمها موافقا لما انتهى إليه قرار المصفي، والذي أيدته محكمة الاستئناف كذلك، فما كان على salomon إلا أن يطعن في هذا الحكم أمام مجلس اللوردات والذي توصل بإجماع الآراء إلى إلغاء الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف مسببا ذلك بأن تأسيس الشركة يكسبها شخصية قانونية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها، وهؤلاء لا يُسألون عن ديون الشركة إلا في حدود ما يقضي به القانون، بمعنى أن شركة salomon وشركاؤه المحدودة حسب ما ذهب إليه حكم مجلس اللوردات تختلف عن الشخص salomon، وإن كانت هذه الشركة من الناحية الواقعية هي شركة شخص واحد، إلا أن هذا الحكم أكد على مبدأ تمتع الشركة بوجود قانوني مستقل عن الشركاء فيها.

[1]- تامر محمود راجي أحمد، مرجع نفسه، ص 90-92.

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي المؤيد لوجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة

أكدت بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي فكرة وجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة متى تم تأسيسها وفقا للأنظمة القانونية المعمول بها، واتبعت الشركة الأم الإجراءات الشكلية والموضوعية لتأسيسها، فيصبح لها ذمة مالية مستقلة عن الشركاء فيها، فالذمة المالية إنما تمثل ضمانا عاما لدائني الشركة، معتبرة أن عمليات الرقابة والتوجيه المسلطة من الشركة الأم على شركاتها الوليدة لا تؤثر بأي حال على استقلال كل منها من الناحية القانونية.

هذا وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ 1948/06/03 على فكرة الاستقلال القانوني للشركة الوليدة، وبأن استقلال الذمة المالية لكل شركة لا يؤثر فيه أن الشركتين يديرهما نفس الأشخاص، أو كانت إحدى الشركتين تمارس سلطة رقابة وتوجيه على الشركة الأخرى، باعتبارها مجرد مساهم فيها[1]، بالإضافة إلى أحكام أخرى صادرة عن القضاء الفرنسي تؤكد على الاستقلال القانوني للشركة التابعة متى كان غرض الشركة الأم إيجاد ذمة مالية مستقلة للشركة الوليدة عن ذمم الشركاء واحترمت ذلك[2].

ومن بين ما صدر عن محكمة التمييز الفرنسية[3] في حكم لها صادر في 7 ماي 2019، حيث أقرت باستقلالية شركة Rotosiam التايلاندية، التي تم إنشاؤها بسعي من شركة carfour الفرنسية، وذلك في معرض فصلها في نزاع بين الشركة الأولى والشركة التايلاندية Cencar بسبب الإخلال بالاتفاق الذي يربطهما، والذي ادعت فيه شركة Rotosiam بمسؤولية الشركة الأم Carfour عن هذا الإخلال، وكان للمحكمة أن قررت مسؤولية شركة Rotosiam باعتبارها شخص معنوي مستقل عن الشركة الفرنسية ويخضع للقانون التايلاندي، فهي متميزة عن تلك الخاصة بالشركات الأم أو الشركات المرتبطة بها كما أنه لم يثبت بأي حال من الأحوال أن الشركات المذكورة كانت شركات وهمية أو كانت بحكم الواقع شركات ترأسها شركات فرنسية وأنه لم يتم إثبات أي تدخل في إدارة الشركات التايلاندية،

[1]- تامر محمود راجي أحمد، مرجع سابق، ص 90.

[2]- محمد شوقي أحمد شاهين، الشركات المشتركة طبيعتها و أحكامها في القانون المصري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 264.

[3]- cass. civ, com, 7 mai 2019, 17-27.229, Inédit.

فضلا عن عدم وجود أي صلة تعاقدية بين شركة Rotosiam وشركاء هذا الشخص مع الشركة القابضة Carfour SA ، لذا من الضروري استبعاد السبب الأخير ، على النحو الذي قرره القضاة الأوائل لأنه علاوة على ذلك ، لا يمكن تأكيد قرارهم على أساس وحيد من المفاوضات التي بدأها الفرنسيون ، أثناء إنشاء شركة Rotosiam في عام 2001 ، واستثمارات الشركاء الفرنسيين ، ولكن في ظل عدم وجود أي معيار آخر للانضمام إلى فرنسا يؤدي إلى تطبيق المادة 5 1-6-442 .L من القانون التجاري ، على أساس أنه قانون إلزامي للعلاقات القائمة بين شركتين تايلانديتين دون أي ضرر أو ارتباط يسمح لهذه العلاقات التجارية بأن تكون مرتبطة بفرنسا، وهذا الحكم يبين توجه القضاء الفرنسي لاعتماد معيار استقلالية الشخصية المعنوية للشركات الوليدة عن الشركة الأم واعتبارها شركة قائمة بذاتها ومتمتعة بشخصية معنوية مستقلة خاضعة لقانون بلد المنشأ، وإن كانت في الأصل خاضعة للشركة الأم أو الشركة المؤسِّسة وفقا لمصالحها.

والملاحظ هنا أن أغلب التشريعات لم تتطرق إلى مسألة الاستقلال القانوني للشركات الوليدة عن الشركة الأم، كون أغلب الدول تعمد إلى تنظيم كل ما يتعلق بملكية أسهم الشركات في حالة وجود شريك أجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، للوقوف في وجه السيطرة الإدارية على هذه الشركات، لأنه في حالة ما إذا تحقق للشركة الأم ملكية كل أو أغلب أسهم الشركة الوليدة فإن ذلك لن يحول دون تحقق سيطرتها على إدارة الشركة الوليدة، لهذا فالكثير من تشريعات الدول المضيفة لا تسمح بأن يمتلك الأجنبي شركة وطنية "شركة وليدة" بأكملها أو على وجه الاستقلال[1]، ومن بينها التشريع الجزائري الذي يسعى دائما إلى تكريس القاعدة المعروفة بـ 49/51، والتي تفرض على المستثمرين الأجانب الشراكة مع الوطنيين بنسبة أقصاها 49% بهدف منع سيطرة الشريك الأجنبي على الشركات الوطنية واستخدامها في سبيل تحقيق المصالح الخارجية للشركات المساهِمة فيها على حساب مصالح الشركة الوليدة وبالتبعية مصلحة الاقتصاد الوطني.

[1]- عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص 106.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الوجود القانوني للشركات الوليدة عن الشركة الأم

من خلال استقراء النصوص القانونية في التشريع الجزائري، فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد جنسية الشركة، فالأجنبي وفقا لما ينص عليه الأمر 66-211 المتعلق بمركز الأجانب[1] هو كل شخص معنوي أو طبيعي لا يتمتع بالجنسية الجزائرية أو ليست له أي جنسية.

بينما نصت المادة 50 من القانون المدني الجزائري أن موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة، مما يعني أن المشرع الجزائري اعتمد مصطلح الموطن وليس الجنسية، رغم اختلافهما من حيث المفهوم،

أما من ناحية القانون الواجب التطبيق، فنجد أن المادة 547 من القانون التجاري الجزائري تنص بأن يكون موطن الشركة هو مركز الشركة، والمقصود هنا مركز الإدارة الرئيسي، في حين قرر المشرع أن تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري[2]، معتبرا أن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الوطني في الجزائر[3].

إلا أن المشرع وفي إطار تشجيع الاستثمار سعى من خلال الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[4] إلى إخضاع الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات لنفس النظام وإلغاء أي تمييز بينهم، فيما حددت المادة 2 من القانون 16-09 المتعلق بالاستثمار[5] والذي ألغى الأمر 01-03، المقصود بالاستثمار ومن بينها المساهمات في رأسمال شركة، فيما نصت المادة 21 منه على ضمانات ممنوحة للاستثمار بأن يتلقى الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص

---

[1]- الأمر رقم 66-211 المؤرخ في 21-07-1966 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 64، الصادرة في 26 يوليو 1966.

[2]- نفس الحكم قررته المادة 10 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأخيرة، أي أن كل شركة أجنبية لديها نشارط في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري.

[3]- المادة 50 من القانون المدني الجزائري.

[4]- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية، عدد 47، الصادرة في 22 غشت 2001 (الملغى).

[5]- القانون 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية، عدد 46، صادرة في 03 غشت 2016.

الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم، وهي نفس الضمانات المقدمة بموجب أحكام قانون الاستثمار الجديد 22-18 خاصة عبر تشجيعه لنقل أنشطة من الخارج، أو تقديم مساهمات عينية أو نقدية خارجية.

ويبقى الجانب المهم الذي تُعامل وفقه الشركات الأجنبية هو قانون النقد والقرض، فقد تضمن القانون 90-10 [1] عدة نصوص تعالج الاستثمار بصفة عامة، بموجبها ألغيت جل نقاط الاختلاف بين المستثمر الوطني والأجنبي، ليحل محل هذا الاختلاف معيار المقيم وغير المقيم للتمييز بينهما بعد صدور الأمر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض[2]، مما يعني أن المشرع تجاوز مرحلة البحث عن معيار التمييز بين المستثمرين.

ومن الأسباب التي تبرر عدم معارضة الجزائر تأسيس شركات تجارية في الجزائر بمساهمة شخص معنوي هو نص المادة 416 من القانون المدني، والذي أجاز أن يكون الشخص المعنوي شريكا، كما أجازت المادة 612 من القانون التجاري في فقرتها الثانية تعيين شخص معنوي قائما بالإدارة في عدة شركات، دون تحديد لعدد المجالس التي يمكنه الانتماء إليها، وذلك باختيار ممثل دائم يكون مسؤولا بالتضامن مع الشخص المعنوي الذي عينه.

وفي سبيل التصدي لظاهرة الهيمنة أو السيطرة للشركات متعددة الجنسيات عبر شركاتها الوليدة، فرض المشرع الجزائري قاعدة الشراكة 49/51 عبر قانون المالية التكميلي لسنة 2009، والتي مفادها امتلاك الشريك الجزائري العمومي أو الخاص ما مقداره 51% من أسهم الشركة أو الاستثمار المراد إقامته في الجزائر مقابل 49% كحد أقصى للشريك الأجنبي، فالمشرع اشترط على الشركات الأجنبية لمباشرة أي نشاط في الجزائر التعاون مع شركاء محليين يملكون أغلبية رأسمال الشركة التي تكون خاضعة للقانون الجزائري.

---

[1]- القانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتضمن قانون النقد والقرض، جريدة رسمية، عدد 16، الصادرة في 18 أفريل 1990، (ملغى).

[2]- الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد القرض، جريدة رسمية، عدد 52، الصادرة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.

وكخلاصة لما توصلنا إليه في هذا الباب، فإن تمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية في مرحلة التأسيس كان محل جدل فقهي بين منكر لوجود أي شخصية قانونية لها، وبين من يقول بضرورة تمتعها بشخصية معنوية تمكنها من مباشرة إجراءات التأسيس والتي ربطها البعض بحاجات التأسيس، ويتجلى ذلك بصفة خاصة في حالة تأسيس شركة المساهمة وما تتطلبه من إجراءات معقدة، إلا أن هذه الشخصية يمكن أن تتأثر في حالات عديدة أثناء نشأتها، مما يثير النقاش حول مدى تمتع هذه الشركات بالشخصية المعنوية وبالتبعية وجود الآثار المترتبة عنها، وهذه الحالة تتجلى في ما اصطلح على تسميته بالشركة الفعلية، التي تتصرف على أساس أنها شركة صحيحة وتتعامل مع الغير على هذا الأساس، في حين أنها شركة معيبة وغير مكتملة التأسيس.

وكما هو معلوم أن الشركة التجارية لا تكون موجودة إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وعلى خلاف ذلك أجاز المشرع الجزائري تأسيس شركة تجارية من دون أن تكون لها شخصية معنوية، وبالتالي غياب الآثار المترتبة عن إقرار هذه الشخصية، بل أكثر من ذلك فرض المشرع على هذا النوع من الشركات صفة التستر، أي عدم ظهورها أمام الغير رغم أنها شركة قائمة بين مجموعة الشركاء فيها بشكل قانوني.

كل هذه الأنواع من الشركات نص عليها المشرع ضمن تنظيمه لأحكام الشركات التجارية، ولكن ما يثير الاهتمام أكثر هو تمتع الشركات الوليدة المكونة للشركات متعددة الجنسيات بالشخصية المعنوية واعتبارها شركات وطنية واستفادتها من كل ما يمنحه القانون الوطني رغم أنها خاضعة لسيطرة وهيمنة الشركة الأم، وتخدم بشكل مباشر مصالح هذه الأخيرة، حيث ينكر اتجاه فقهي دعمته بعض الأحكام القضائية أي وجود قانوني مستقل لهكذا نوع من الشركات التجارية، معتبرين أنها مجرد امتداد للشركة الأم، وأن الهدف من تأسيسها الاستفادة من المزايا التي تُعامل وفقها الشركات الوطنية بغرض السيطرة على السوق الدولية في مجال معين، ولكن التشريعات تذهب إلى خلاف ذلك بهدف جذب الأموال والتكنولوجيا وتشجيع الاستثمار مع وضع شروط وقواعد لتقييد سيطرة هذه الشركات على القطاعات الاستراتيجية للدولة.

الباب الثاني:

تغيرات الشخصية المعنوية

للشركة التجارية في مرحلة حياتها

تبدأ الشركة حياتها انطلاقا من قيدها في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، لتصبح مؤهلة لمزاولة نشاطها التجاري، وفي هذه الفترة تتمتع الشركة التجارية بأهلية تميزها عن أهلية الشركاء فيها، كما يكون لها حق التقاضي، ويصبح لها موطن محدد، كما يصبح لها اسم خاص بها، والأهم من ذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء أو المساهمين فيها.

ويظهر في هذه المرحلة جانب هام فيه الكثير مما يُقال يتعلق بحالة الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة حياتها، وهي حالة اندماج أو انفصال الشركات التجارية، هذه الحالة تعد جانب محوري ومفصلي يؤثر على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية، خاصة وأن الشركة لا تخضع في هذه الحالة للتصفية وإنما تدخل في شركة أخرى بما لها من ذمة مالية وشركاء لتختفي شخصيتها السابقة كشركة مستقلة، وتُعد هذه الدراسة محل اهتمام نظرا للجدل الفقهي الذي يحاول تفسير بقاء أو غياب الشخصية المعنوية لهذه شركات بعد اندماجها أو انفصالها.

وخلال هذه المرحلة كذلك _مرحلة حياة الشركة_ قد تتأثر الشخصية المعنوية بطارئ يلحق بها لتجافي وضعها الطبيعي، ومن بين هذه الحالات دخول الشركة في مرحلة التصفية، وهي مرحلة تسوية أوضاع الشركة وديونها وتحصيل مستحقاتها والانتهاء من الأعمال التي تم الشروع فيها، بهدف حل الشركة نهائيا، وهي مرحلة قد تَقصُر أو تطول حسب حالة كل شركة.

وما يهمنا في هذه المرحلة هو الوضع الذي تؤول إليه الشخصية المعنوية للشركة، فهل بمجرد الدخول في مرحلة التصفية تزول هذه الشخصية وتنتهي، أم تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية إلى غاية إقفال التصفية، كل هذا سيكون محورا لهذه الدراسة.

ومن خلال ما سبق ارتأينا أن نقسم هذا الباب إلى فصلين هامين وهما:

الفصل الأول نتطرق فيه إلى مصير الشخصية المعنوية للشركة التجارية في حالتي الاندماج والانفصال.

أما الفصل الثاني فنتناول فيه الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية.

الفصل الأول:

مصير الشخصية المعنوية للشركات التجارية في حالتي الاندماج والانفصال

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا لاندماج الشركات التجارية، واكتفى بتبيان أنواعه وخصائصه[1]، دون أن يُعَدّ ذلك تقصيرا منه على اعتبار أن التعريفات ليست من اختصاص التشريع بل هي من اختصاص الفقه والقضاء، فما المقصود باندماج الشركات؟

هناك من عرف الاندماج بأنه: "عملية قانونية تتوحد بمقتضاها شركتان أو أكثر، ويتم هذا التوحد إما بانصهار أحدهما في الأخرى، وإما بمزجهما معا في شركة جديدة تحل محلهما"[2].

كما عُرف أيضا بأنه: "عقد تُضَم بمقتضاه شركة أو أكثر إلى شركة أخرى فتزول الشخصية المعنوية للشركة المُنضَمَّة، وتُنقل أصولها وخصومها إلى الشركة الضامة، أو تمتزج بمقتضاه شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما، وتنقل أصولهما وخصومهما إلى شركة جديدة"[3].

ويلاحظ أن هذا التعريف ركز على تبيان الآثار المترتبة عليه بصورتيه، وذلك من حيث الأثر على الشخصية المعنوية للشركة في حالتي المزج أو الضم[4]، بالإضافة إلى أثر الاندماج على أصول وخصوم الشركات المنضمة أو الممزوجة.

أما الفقيه Jean-marc-maulin [5] فقد عرف الاندماج على ضوء القانون التجاري الفرنسي بأنه مثل تحويل الذمة المالية لشركة أو عدة شركات إلى شركة موجودة أو إلى شركة جديدة.

---

[1]- وذلك ضمن أحكام المواد من 744 إلى 748 من القانون التجاري تحت عنوان الإدماج والانفصال في القسم الرابع من الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الخامس.

[2] - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 401.

[3] - هاني دويدار، الآثار الناشئة عن دمج الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 12.

[4]- حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها – دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، 1996′ ص 36.

[5]- Jean- Marc maulin, Droit des sociétés et des groupes, 7 édition, Gualino les extenso édition, paris, 2013, p 191.

كما يضيف الفقيه Jean ynes mercier [1] تعريفا آخر بأن الاندماج هو العملية التي تجمع شركتين أو أكثر من أجل تشكيل شركة واحدة.

يستشف من التعريفين السابقين أن أهم خصائص الاندماج تتمثل في التحويل الشامل للذمة المالية للشركة المندمجة لفائدة الشركة الدامجة[2] والحل الفوري للشركة المندمجة عند القيام بعملية الدمج، ونقل جميع حقوق والتزامات المساهمين في الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة.

ولا يعد اندماجا انضمام مشروع فردي إلى الشركة، كما لا يعد اندماجا مجرد نقل قطاع من نشاط شركة إلى شركة أخرى، كحصة عينية تدخل في رأسمالها، حيث تحتفظ الشركة الأولى بشخصيتها المعنوية[3].

وانطلاقا لما ورد من تعريفات، فإن ما يعنينا من هذه الظاهرة القانونية هو تأثير الاندماج على الشخصية المعنوية للشركة التجارية (مبحث أول)، ثم نتطرق إلى الحالة العكسية وهي حالة انفصال الشركات (مبحث ثاني).

المبحث الأول: تأثير الاندماج على الشخصية المعنوية للشركة التجارية

يلاحظ أن المشرع أطلق على الاندماج تسمية إدماج، ونعتقد أن هذا المصطلح يطلق على الشخص الطبيعي وليس الشخص المعنوي، لذلك فإن هذا المصطلح أكثر ما يستعمل في العلوم الاجتماعية منه في العلوم القانونية التجارية، إذ أن كلمة "اندماج" هي الترجمة الصحيحة لمصطلح "fusion"[4] كما هو وارد في النص بالفرنسية، وليس لمصطلح إدماج الذي أورده المشرع باللغة العربية[5]، وهو ما يتفق مع حقيقة أن الشركات هي التي تقرر

---

[1]- Jean ynes mercier, Fusion, apports partiels d'actif, Scissions, 2 édition, francis lefebvre , paris 2011, p13.

[2]- Laure Siné, Op.cit, p 126.

[3]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 173.

[4]- يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، بدون دار نشر أو بلد نشر أو سنة نشر، ص 496.

[5]- المادة 744 من القانون التجاري الجزائري.

إبرام عقد الاندماج دون تدخل أي جهة أخرى، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن الدمج يحصل بنص القانون، وأما الاندماج فيحصل نتيجة الاتفاق[1].

ومن أهم ما يميز عملية الاندماج هو التغيرات غير العادية التي تمس الشخصية المعنوية للشركة التجارية، والذي يشمل جميع عناصرها، فضلا عن أنه يؤدي إلى زوالها وانتهائها ولكن دون اللجوء إلى عملية التصفية التي تمر بها كل شركة في مرحلة انقضائها، وبناء عليه تتميز عملية الاندماج بزوال الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة (مطلب أول)، مما يترتب عنه آثار مختلفة عليها وعلى الشركاء والغير (مطلب ثاني)، مما يستدعي تأصيل وتحليل كل ما يتعلق بهذا الجانب.

المطلب الأول: زوال الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة

تعتبر عملية اندماج الشركات التجارية مسألة مهمة كونها تؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة أو الشركات المندمجة، ليس بسبب انتهاء مدتها أو انتهاء غرضها، ولا بسبب عجزها أو عدم قدرتها اقتصاديا، وإنما استجابة لمتطلبات اقتصادية من أجل رفع الكفاءة والقدرة التجارية عبر اندماجها مع غيرها لتحقيق أهداف اقتصادية بحتة.

هذه العملية تفرض علينا التمحيص في طبيعتها للوصول إلى العوامل أو الأسباب التي تؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وفق خصوصية تميزها عن الحالات الأخرى التي تؤدي إلى انتهاء الشخصية المعنوية (الفرع الأول)، خاصة وأن ذلك يتم دون تصفية لهذه الشركة أو قسمة أموالها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة الاندماج كعملية مؤثرة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية

ينطوي اندماج الشركات على مزايا عديدة، فهو ينتج عنه الوصول إلى أرباح أفضل للشركات الدامجة، وإن كان عائد الربح والفوائد المحققة كلها مرتبطة بشكل كبير بدور الشركة المندمجة كونها الإضافة التي لحقت بأدوات الإنتاج.

[1]- آلاء محمد فارس حماد، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندمجة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2012، ص 11.

كما يخول الاندماج إدارة الشركات المندمجة تنظيم أكثر دقة وأكثر تنسيقا، يمكنها من الولوج إلى أكبر الأسواق لتحقيق الأهداف المرجوة[1]، فضلا عن تخفيض النفقات العامة وتوحيد الإدارة ودعم القوة الاقتصادية للشركات المندمجة، خاصة وأنها أصبحت مضطرة في العصر الحديث على الاندماج أو الزوال نهائيا بسبب البيئة التنافسية غير المتكافئة[2]، وفي المقابل زيادة قدرات الشركة في عمليات التطوير والتحديث والتحسين، وهذا لا ينفي عن الاندماج بعض العيوب، وللحد من ذلك لجأ تشريع المفوضية الأوربية للاندماج رقم 139 لسنة 2004 نحو ضبط قواعد المنافسة فيما يتعلق بالاندماج بين الشركات التجارية[3]، بحيث وضع الاتحاد الأوروبي دليل المعايير المثلى لكيفية التعامل مع طلبات الاندماج بين الشركات[4]. وإن كان هذا خارجا عن مجال دراستنا في هذا البحث.

وللتوصل إلى مفهوم شامل لجميع النواحي القانونية لعملية الاندماج وتحديد طرق ووسائل تأثيرها على الشخصية المعنوية للشركات التجارية المندمجة، يتعين علينا من ناحية تمييز الاندماج عن بعض المصطلحات التي تتداخل معه، ومن ناحية أخرى تحديد طبيعته القانونية للوصول إلى تفسير منطقي لحالة فقد الشركة شخصيتها المعنوية.

أولا: تمييز الاندماج عما يشابهه من عمليات

قد تتداخل بعض المصطلحات والمفاهيم فيما بينها وبين الاندماج، ولكن هناك دائما ما يميزها عن بعضها من خصائص حسب كل مصطلح قانوني من ناحية مدى تأثيره على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، ولذلك سنعمد إلى توضيح بعض النقاط التي تميز عملية الاندماج عن غيرها.

---

[1] - Yves Guyon , op.cit, p 650.

[2] - Anne Françoise Rabaud, une fusion pour aller plus loin, le vrai management, 2001, Paris , p 248.

[3]- Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Reguiation) (text with EEA relevance).

[4]- لتفاصيل أكثر راجع: محمود فياض، ضوابط اندماج الشركات وفق قواعد حماية المنافسة في ضوء تشريع الاندماج الأوروبي رقم (2004/5139)، ملحق خاص بأبحاث المؤتمر السنوي الثالث – الحوكمة والتنظيم القانوني لأسواق المال، العدد (1)، الجزء الأول، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، مايو 2016.

1- تمييز الاندماج عن الانفصال:

تأتي عملية الاندماج بين معالجة ما يحدث من اختلال من جهة، وبين غاية اكتساب مزايا ومنافع اقتصادية وتجارية أفضل في المستقبل من جهة أخرى.

وعلى العكس من ذلك قد يكون الأصلح للشركة هو تقسيمها إلى عد شركات، ويكون الغرض إما توزيع فعاليات شركة ضخمة بلغت حدا أصبحت فيه لا تتآلف مع إنتاجيتها العملاقة على عدة شركات، أو بقصد جمع الفعاليات المتماثلة لشركات مختلفة في شركة واحدة[1].

ويختلف الاندماج عن الانفصال من حيث المجال والأسباب، إلا أنهما يتقاربان من الناحية الاقتصادية، فهما يهدفان لبناء المنشأة وإعادة تقسيم وتوزيع وسائل الإنتاج وتداولها للوصول إلى تنظيم أكثر فعالية.

ويعتبر الانفصال طريق من طرق ترشيد استثمار الشركات على الوجه الأحسن، وهو يعني تقسيم الذمة المالية إلى شركتين أو أكثر، بحيث يؤدي ذلك إلى انتهاء الشخصية المعنوية للشركة المنقسمة على النحو الذي يتم بالنسبة للشركة المندمجة، إلا أن الانفصال يستوجب وجود شركة واحدة، في حين الاندماج يتطلب وجود شركتين على الأقل، ويستتبع ذلك أن الانفصال لا يعتبر عقد لأنه يشتمل على شركة واحدة لا يقابلها طرف آخر فهو تصرف إرادي، خلافا للاندماج الذي هو عقد يقوم بين شركتين أو أكثر .

2- الاندماج والإحالة الجزئية للأصول:

يترتب عن الاندماج نهاية الشركة وزوال شخصيتها المعنوية، مع انتقال ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، فيما يعتبر الانتقال الجزئي للأصول قيام شركة بنقل جزء من أصولها إلى شركة أخرى في مقابل الحصول على عدد من الأسهم العينية، مع استمرار الشركة المقدمة للحصة واحتفاظها بشخصيتها المعنوية، وبالتالي تحافظ على كيانها المستقل.

والانتقال الجزئي للأصول حسب ما رأينا لا يعد انفصالا، كما لا يكون مقابل عوض نقدي، وقد أجاز المشرع الجزائري للشركات تقديم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها

[1]- طاهري بشير، اندماج الشركات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016/2015، ص 23.

في إنشاء شركات جديدة، وهو ما يفيد بأن المشرع يطبق أحكام الانفصال على هذه العملية كونها متضمنة انفصال جزء من نشاط الشركة وانضمامها إلى شركة أخرى[1].

فالاختلاف بين الاندماج والنقل الجزئي للأصول يكون في أن الاندماج يستوجب انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية وانتقال كامل ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وهو ما لا ينطبق على النقل الجزئي للأصول، فهو لا يتطلب انقضاء الشركة الناقلة، بل تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية وبكيانها المستقل، وبالتالي تحتفظ بذمتها المالية رغم انتقال جزء من أصولها إلى شركة أخرى.[2]

وقد أجاز المشرع المصري الانتقال الجزئي للأصول وطبق عليه إجراءات الاندماج دون آثاره، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، باعتبارها متضمنة انفصال جانب من نشاط المنشأة، وانضمامها إلى منشأة أخرى[3]، وهذا ما أثار حفيظة بعض الفقه الفرنسي منتقدا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، الذي رأى في نظام المساهمة بتقديم شركة لحصة عينية منها عبارة عن تصرف تحكمه القواعد العامة في الشركات، ولا يخرج عن وصفه تقديم حصة عينية ينطبق عليه النظام القانوني لتقديم الحصص العينية في الشركات التجارية[4].

3- الاندماج والتجمعات:

أجاز المشرع الجزائري لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا، ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره أو تحسين نتائج هذا النشاط وتنميته[5]، فيما عبر عنها المشرع الفرنسي بأنها اتفاقات بين أشخاص، مما يدل على رغبة القائمين عليها باستقلال مشروعاتهم، مع التعاون المشترك لزيادة نشاطها أو عائداتها[6]، بخلاف المشرع الجزائري الذي اعتمد مصطلح "تأسيس".

---

[1]- المادة 744 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- طاهري بشير، مرجع سابق، ص 27.

[3]- Jean-Marc moulin, , op.cit, p 466.

[4]- أحمد محمد محرز، اندماج الشركة من وجهة النظر القانونية، دار النهضة العربية، 1998، ص 14.

[5]- المادة 796 من القانون التجاري الجزائري.

[6]- بوجنان نسيمة، اندماج وانفصال الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم-تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2016-2017، ص 23.

ومن خلال مفهوم التجمع، الذي اعتمدته التشريعات، وبمقارنته بعملية الاندماج، يمكن استخلاص الفرق بينهما.

ويبرز الاختلاف بصفة أساسية بين التجمع واندماج الشركات التجارية، في أن في الأولى تبقى مستقلة بذاتها، أي لكل منها شخصيتها المعنوية المستقلة بما يترتب عليه من آثار، وبالتالي تبقى لكل منها ذمتها المالية الخاصة بها، وأيضا تبقى كل منها مسؤولة لوحدها عن ديونها، فيما يترتب على الاندماج انتهاء الشخصية المعنوية للشركات المندمجة، وبالتالي تنتقل حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة.

يؤسس التجمع دون الحاجة لوجود رأسمال[1]، خلافا للاندماج الذي تلتزم فيه الشركة بتقديم ذمتها المالية بالكامل.

4- الاندماج والشركات الوليدة:

قد يقوم مجلس الإدارة باستثمار أموال الشركة عبر إنشاء شركات وليدة، دون الحاجة إلى تعديل القانون الأساسي أو الرجوع إلى المساهمين، وهي عملية مهمة من الناحية الاقتصادية -كما رأينا في الباب الأول- ولها مبرراتها.

وتعتبر الشركة الوليدة من الناحية القانونية شركة مستقلة عن الشركة الأم، ويبرز ذلك من الناحية المالية، كون ذمتها المالية مستقلة عنها، كما تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة[2]، في حين أن الاندماج يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وتدخل ذمتها المالية في رأسمال الشركة الدامجة أو الجديدة،

وعليه لا تعد الشركات الجديدة الناتجة عن الاندماج شركات وليدة، لأن الشركات المندمجة تنقضي بمجرد حصول عملية الاندماج، بخلاف الشركات الوليدة التي لا يؤدي إنشاءها إلى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة الأم، لذا تكون مساهمة الشركاء في الشركات المندمجة لمصلحتهم الشخصية، بينما مساهمة الشركة الأم في الشركة الوليدة يكون باسمها ولمصلحتها.

---

[1]- أحمد محمد محرز، اندماج الشركة من وجهة النظر القانونية، مرجع سابق، ص 17.

[2]- وإن كان هذا الاستقلال لا يظهر من الناحية العملية، كونها خاضعة لإشراف الشركة الأم وسيطرتها، بسبب امتلاك هذه الأخيرة لجانب هام من رأسمال الشركة الوليدة، يخولها السيادة في الجمعيات العامة والأغلبية في مجلس الإدارة.

ورغم أن هذا الفارق هو ما يميز بين الاندماج والشركات الوليدة، إلا أن بعض التشريعات تعتمد على طريقة أخرى تكون بديلة لما سبق، يسمح من خلالها بالدمج دون اختفاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، ويسمى طريقة الدمج الوليد[1].

5- الاندماج وتحول الشركات:

من الشروط الضرورية في عقد تأسيس الشركة تحديد شكل الشركة الذي يراه الشركاء متوافقا مع أهدافهم وظروفهم، غير أن الشكل المختار قد لا يكون ملازما للشركة طوال فترة حياتها، بل يمكن تغييره بأن تتحول الشركة إلى شكل آخر من أشكال الشركات[2]، كأن تتحول شركة تضامن إلى شركة توصية بسيطة، فهل تختفي الشركة بتغيير شكلها؟ أم أن التغيير يرد فقط على تغيير النظام القانوني الذي يسري على الشركة بشكلها الجديد مع استمرار الشخصية المعنوية نفسها؟

مما استقرت عليه أغلب التشريعات[3]، أن تغيير الشكل القانوني للشركة لا يعني إنشاء شخص معنوي جديد، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات العربية[4]، طبعا مع ضرورة مراعاة قواعد وإجراءات التأسيس المقررة للشكل القانوني الجديد[1].

---

[1]- تأخذ بهذا الطرح كل من الولايات الأمريكية المتحدة والمملكة المتحدة، وتطبيقا لذلك تم دمج شركة بوبليسيس مع شركة أومنيكوم بطريقة الدمج الوليد، مع الإبقاء على الشخصية المعنوية لكلا الشركتين، وهذا سنة 2013.

François Barriére, Fusion-Filialisation, Revue des sociétés, N° 12 Décembre 2013, p 667.

[2]- لم يترك المشرع الجزائري للشركاء حرية تحويل شكل الشركة بدون قيد، وإنما اشترط في المادة 715 مكرر15 من القانون التجاري الجزائري، مضي سنتين على الأقل من إنشائها حتى يمكنها تحويله.

[3]- من بين التشريعات التي قررت عدم انصراف آثار تحول الشركات إلى شخصيتها المعنوية التشريع الفرنسي والذي نص على ذلك؛

Art 1844-3 C. civ Fr, " La transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre modification statutaire.
Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

[4]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 27.

وكان القضاء الفرنسي أقر أنه لا يؤدي التحول المنتظم لشركة ما إلى شركة من شكل آخر إلى إنشاء شخصية اعتبارية جديدة، وينطبق الشيء نفسه على التمديد أو أي تعديل قانوني آخر.

"…que comme le faisaient valoir l'association et la société, selon l'article 1844-3 du code civil, « la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre modification statutaire» ; qu'il en résulte que, bien que transformée en société en participation du fait de son défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés avant le 1er novembre 2002, les modifications statutaires apportées à la SCI pour permettre son

ونحصر الفرق بين التحول والاندماج، في أن الأول يقتصر على تغيير الشكل القانوني القديم بآخر جديد، وهو ما يؤدي إلى إعادة هيكلتها بما يتوافق مع شكلها الجديد محتفظة بذلك بشخصيتها المعنوية كما هي[2]، أما الاندماج فيترتب عنه انتهاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية مع بقاء الشخصية المعنوية للشركة الدامجة في حالة الاندماج عن طريق الضم، أو ظهور شخصية معنوية جديدة إذا كان الاندماج عن طريق المزج.

كما يظهر الفرق بين التحول والاندماج، بأن الأول يكون محله شركة واحدة، وهي الشركة التي ترغب في تحويل شكلها القانوني إلى شكل آخر، وهي عملية ذاتية تحتفظ فيه الشركة بنفس الحقوق والالتزامات المكتسبة قبل التحول[3]، أما الاندماج فهو يشمل أكثر من شركة.

ولهذا لا يعتبر التحول سببا لانقضاء الشركة، بخلاف الاندماج الذي يؤدي إلى انقضاء الشركة التجارية وزوال شخصيتها المعنوية.

6- الاندماج والتأميم:

يقصد بالتأميم نقل منشأة من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، من أجل خدمة المنفعة العامة، فتتولى أجهزة الدولة إدارتها، مقابل تعويض تقدمه الدولة لمالك المنشأة.

فالتأميم هو ذلك الإجراء الذي يخول نقل ملكية المشروعات الإنتاجية الخاصة إلى الدولة لتقوم بإدارته للمصلحة العامة، في مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المستولى عنها، وقد أجمع الفقه على أن مباشرة الدولة لسلطتها في تأميم المشروعات

---

immatriculation au registre du commerce et des sociétés du Luxembourg n'ont pas entraîné la création d'une personne morale nouvelle, si bien que cette société est restée la propriétaire du lot n° 2 ; qu'en énonçant que, du fait de la perte de la personnalité morale de la SCI non immatriculée à Paris, il n'y a pas une seule et même société qui aurait transféré son siège mais deux sociétés de même nom, celle qui a perdu la personnalité morale et celle immatriculée au Luxembourg qui a la personnalité juridique, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1844-3 du code civil…".
Cass. civ, com, 7 janvier 2014, 11-25.635 11-26.918, Publié au bull.

[1] - سمير عالية، مرجع سابق، ص 253.

[2] - Michel de juglart et Benjamin ippolitot, cours de droit commerciale, 3éme éd, paris , 1968, p 585.

[3]- Laure Siné, Op.cit, p 124.

يدخل ضمن عمل السيادة الذي تختص بإجراءاته السلطة التشريعية وحدها[1]، بينما الاندماج هو اتفاق بين شركتين أو أكثر.

ومن خلال هذا التعرف يمكن أن نحدد مواطن الاختلاف بين التأميم والاندماج، فهذا الأخير يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للشركات المندمجة، بينما التأميم فيأخذ إحدى الصورتين:

الصورة الأولى: إذا انتقل المشروع كله إلى الملكية العامة فإن الشخصية المعنوية للشركة المؤممة تنقضي وتذوب في شكل قانوني جديد، وبالتالي شخصية معنوية جديدة.

الصورة الثانية: في هذه الصورة يمكن للشركة المؤممة أن تحتفظ بشكلها القانوني السابق طالما عبر المشرع عن رغبته في ذلك، إلا أن الخلاف في الفقه والقضاء انصب على شخصية المشروع المُؤَمَّم، فهل يستمر المشروع المُؤَمَّم في الاحتفاظ بشخصيته المعنوية السابقة للتأميم؟ أو تنقضي وتقوم شخصية جديدة؟

جانب من الفقه يرى أن الشركة المؤممة تستمر في الاحتفاظ بشخصيتها المعنوية ما بقيت محتفظة بشكلها القانوني السابق، وتتحمل المسؤولية الكاملة عن الالتزامات السابقة على التأميم[2]، وهي نتيجة منطقية لاستمرار شخصيتها المعنوية.

فيما ذهب رأي آخر[3] إلى القول بزوال الشخصية المعنوية للشركة المؤممة، باعتبار الشركة المؤممة التي تنشأ عن التأميم ستكون مشروعا جديدا بشخصية معنوية جديدة.

وخلاصة لما سبق، يمكننا القول بأن التأميم لا يترتب عليه حتما زوال الشخصية المعنوية للشركة المؤممة، فقد يرى المشرع أنه من الأفضل الإبقاء على شكلها القانوني واستمرارها في مزاولة نشاطها، وعليه فإنها تظل محتفظة بشخصيتها المعنوية ما لم يتم تصفيتها، وتكون مسؤولة عن جميع التصرفات السابقة للتأميم.

بالإضافة إلى فارق آخر بين الاندماج والتأميم، حيث يترتب على الاندماج انتقال الشركاء والأموال من الشركات المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، أما في عملية

---

[1]- حسام الدين عبد الغني الصغير، النظـام القانوني لاندماج الشركات، الطبعـة الثانية، دار الفكر، القاهرة، ص 106 وما يليها.

[2]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 81 وما يليها.

[3]- طاهري بشير، مرجع سابق، ص 28.

التأميم فيفقد أصحاب المشروع المؤمم ملكيتهم، وتزول صفتهم كشركاء بانتقال الشركة للدولة، مقابل تعويض محدد قانونا، وهو ينصب على شركة واحدة، بخلاف الاندماج الذي يكون محله أكثر من شركة[1].

أيضا التأميم هو هيمنة الدولة على اقتصادياتها للصالح العام، أما الاندماج فيختلف الغرض من شركة إلى أخرى حسب الظروف والأهداف التي تكون في مجملها مصالح خاصة.

ثانيا: الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية

إن تحديد أثر عملية الاندماج على الشخصية المعنوية يحتم علينا دراسة الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية، والذي ثار حوله الكثير من التجاذب الفقهي والقضائي، في محاولات وضع تكييف قانوني له، وقد تباينت هذه الآراء حول الطبيعة القانونية للاندماج التي يمكن حصرها في اتجاهين هما:

1-النظرية العقدية للاندماج:

ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بأن الاندماج ذو طبيعة عقدية، كونه قائم على الإرادة التي تجمع بين شركتين أو أكثر، والتي محلها وضع جميع الشركاء والأموال في شركة واحدة، واستنادا لذلك فإن الاندماج يقوم على أربعة عناصر وهي وجود شركتين أو أكثر، بالإضافة إلى اتفاقية الاندماج، وحصص الشركاء التي توضع في مجموع مشترك، ويترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وهي العناصر التي تميز الاندماج عن غيره من الأنظمة الأخرى[2]، وأن أي حالة لا تشتمل على أحد العناصر المذكورة لا تعد اندماجا.

وكانت حجتهم أن الاندماج يكون بموجب عقد يبرمه ممثلو الشركات المعنية، ضمن شروط الاندماج، ويخضع لموافقة الجمعية العامة غير العادية بكل أطرافه، كونه يتضمن تعديلا للنظام الأساسي لكل منها، فلا يعد اندماجا قيام شركة بشراء أسهم شركة أخرى على دفعات لتصبح المساهم الوحيد فيها، لأن عملية الشراء في هذه الحالة يقررها المديرون ضمن

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 29.

[2]- طاهري بشير، مرجع سابق، ص 50.

حدود اختصاصهم، وبخلاف ذلك يعود قرار الاندماج إلى المساهمين من خلال الجمعية العامة غير العادية[1].

إلا أن الجدل لم يتوقف عند ذلك، بل ذهب الفقه إلى تكييف هذه الاتفاقية كونها الوصف القانوني الذي انطلقت منه إرادة الشركات الراغبة في الاندماج[2]، فاعتبرها بعضهم بأنها عقد تمهيدي، فيما رأى آخرون بأنها عبارة عن عقد شرطي، بينما اعتبرها رأي ثالث بأنها عقد حقيقي.

أ- اتفاقية الاندماج هي عبارة عن عقد تمهيدي:

يعتبر أنصار هذا الرأي اتفاقية الاندماج بأنها عبارة عن عقد تمهيدي يكون بعده عقد نهائي من تاريخ موافقة الجمعية العامة غير العادية عليه، فيمتنع على الطرفين إنهاءها قبل عرضها على الجمعية العامة غير العادية، التي لها وحدها حرية الموافقة على عقد الاندماج أو رفضه.

هذا الرأي كان محل انتقاد كونه يتعارض مع الواقع، لأن التكييف في جوهره يفترض وجود عقدين متتالين، والحقيقة أن المتعاقدان لم يُبْرِما إلا عقدا واحدا يتضمن تحديد العلاقة بينهما سواء قبل التصديق أو بعده، فالعقد يشير في دلالاته إلى ترك الحرية الكاملة للجمعية العامة غير العادية للموافقة على الاندماج أو الرفض.

ب- اتفاقية الاندماج هي عبارة عن عقد شرطي:

ذهب رأي فقهي آخر إلى القول أن اتفاقية الاندماج هي عبارة عن عقد معلق على شرط واقف، وحجتهم في ذلك أن هذه الاتفاقية لا تصبح نهائية إلا بعد الحصول على كل الموافقات والتصديقات اللازمة لاعتماده، ومنها موافقة الجمعية العامة غير العادية للشركات المعنية، والشرط الواقف في هذه الحالة هو رضاء كل الأطراف وحصول كل الموافقات السالفة الذكر، فإذا تم ذلك تم العقد وترتبت آثاره، أما إذا لم تتم هذه الموافقات أو إحداها

[1]- هذه الصلاحيات منحها المشرع الجزائري أيضا للمساهمين عبر الجمعية العامة غير العادية، وكرسها بموجب أحكام المادة 749 من القانون التجاري الجزائري، والتي نصت على أنه: "يقرر الاندماج من طرف الجمعية العامة الاستثنائية للشركات المندمجة والمستوعبة".

[2]- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، ص 566.

فُسخ العقد دون أثر رجعي[1] باعتبار الاندماج من العقود الداخلة ضمن نطاق عقد الشركة وهو من العقود الزمنية التي لا يستند فيها أثر الفسخ إلى الماضي.

ت- اتفاقية الاندماج هي عقد حقيقي:

يعتبر القائلين بهذا الرأي[2] أن اتفاقية الاندماج التي يبرمها القائمين على إدارة الشركات المعنية بمثابة عقد صحيح، ولا يَعْدُوا أن يكون تصديق الجمعية العامة غير العادية عملا شكليا.

هذا الرأي وإن كان فيه جانب من الصحة، إلا أنه يخلط بين مشروع الاندماج من جهة، واتفاقية الاندماج من جهة أخرى، فالأول من الأعمال التي يقوم بها المديرين، أما الثانية فهي من اختصاصات الجمعية العامة غير العادية، ولا يكون الاندماج تاما إلا إذا تمت المصادقة عليه من طرفها.

ويرى الأستاذ أحمد محمد محرز أن اتفاقية الاندماج عبارة عن مصدر الالتزام، والذي هو العقد ذاته، بغض النظر عن الاختلاف الفقهي السابق، أكان عقدا تمهيديا، أم عقدا معلقا على شرط واقف، أو عقدا حقيقيا، أو غير ذلك، وأنه من البديهي أن يكون لها مشروع يُمهد لها ويحدد أبعادها، لتصبح نافذة فور المصادقة عليها[3].

وقد أخذت معظم التشريعات العربية والغربية بفكرة العقد، وكذلك المشرع الجزائري إذ نص على عبارة "مشروع العقد" في المادة 748 من القانون التجاري، والواقع أن الطبيعة القانونية للاندماج لا تحددها معايير قانونية فقط، وإنما تظهر أيضا من خلال الطابع الاقتصادي والتجاري البارز لسياسة الاندماج ككل، خاصة وأن ظهور الاختلاف الفقهي والقضائي حول تكييف الطبيعة القانونية لاتفاقية الاندماج كان نابعا من نظرة كل رأي إليه، فمنهم من يركز على طريقة التكوين والإثبات، فيما ينظر آخرون إلى المضمون، أو إلى الغرض والآثار.

---

[1]- وهذا ينطبق مع ما ورد ضمن أحكام المادة 208 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري، والتي تجعل وجود الالتزام أو زواله بالوقت الذي تتحقق فيه الشروط.

[2]- معين فندي الشناق، الاحتكـــار والممارســات النقــدية للمنـافسة، طبعــة أولى، دار الثقافــة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 200.

[3]- أحمد محمد محرز، اندماج الشركة من وجهة النظر القانونية، مرجع سابق، ص32-33.

2- الاندماج هو تحول للشركة المندمجة وتقمص للشخصية المعنوية للشركة الدامجة:

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1] إلى القول بأن الاندماج هو مجرد تحويل للشركة المندمجة لتتقمص الشخصية المعنوية للشركة الدامجة أو الجديدة، وأن الشركة المندمجة لا تزول بالاندماج وإن فقدت شخصيتها المعنوية، فهي مستمرة في وجودها وتباشر نفس النشاط، في إطار الشخصية المعنوية للشركة الدامجة أو الجديدة، مبررين ذلك باستمرار عقود إيجارها وعقود العمل والتأمين بعد الاندماج.

وحسب هذه النظرية فإن أثر فقدان الشخصية المعنوية للشركة المندمجة يقتصر فقط على علاقتها مع الغير، فيما تبقى محتفظة بها في مواجهة الشركة الدامجة أو الجديدة.

غير أن هذا القول في حقيقة الحال قد جانب الصواب، وأثبت قصوره في تحديد الطبيعة القانونية للاندماج، بسبب تناقض وعدم دقة ما جاء به، إذ كيف يمكن للشخص أن يكون موجودا بالنسبة لجهة وغير موجود أو زائلا بالنسبة لجهة أخرى؟ فهل يصح القول أن للشركة المندمجة شخصية معنوية ولا يكون لها شخصية معنوية في الوقت ذاته؟

3- الاندماج هو انقضاء مبستر للشركة المندمجة مع انتقال شامل لذمتها المالة إلى الشركة الدامجة:

اجتمع الفقه والقضاء إلى حد كبير على أن الاندماج هو انقضاء مبستر للشركة المندمجة يؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية مع انتقال ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وإن اختلفوا في تفسير هذا الانتقال.

وسنتطرق لتفصيل ذلك لاحقا عند مناقشة أساس انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة مع استمرار نشاطها الاقتصادي.

الفرع الثاني: زوال الشخصية المعنوية للشركة التجارية في حالة الاندماج بدون تصفية

من المسلم به قانونا أن انقضاء الشركة التجارية يترتب عليه زوال شخصيتها المعنوية ويؤدي لا محالة إلى تصفيها وقسمة أموالها بين الشركاء بعد سداد كل ما عليها من ديون، لكن

[1]- ويقود هذا الاتجاه الأستاذة (بشيمناد)، وإن كان قد وقع في تناقضات جعلته يعجز عن الوصول إلى تحديد الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية، ولتفصيل أكثر راجع: آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 42.

ذلك لا ينطبق بنفس الشكل في حالة الاندماج فالأمر مختلف كليا، فبالرغم من زوال الشخصية المعنوية للشركة إلا أن هذا لا يتم بالطريق الطبيعي والمعتاد للانقضاء، فالشركة في حالة اندماجها في شركة أخرى أو اندماجها في شركة جديدة لا تخضع لتصفية أموالها، وإنما تنتقل ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة على حالها[1]، ولا يكون ذلك إلا بشروط محددة كما سوف نرى.

أولا: شروط الاندماج كسبب لزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة

لكي ينتج الاندماج أثره في انقضاء الشركة وانتهاء شخصيتها المعنوية، يشترط ما يلي[2]:

1- صدور قرار الدمج من جميع الشركات الداخلة في الاندماج حسب الأوضاع والشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي لكل شركة.

2- ألا يؤدي قرار الاندماج إلى الإخلال بحقوق الدائنين للشركات المندمجة.

3- أن يُشهر قرار الاندماج حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، وقبل ذلك يكون أثر الاندماج فيما بين أطرافه فقط دون الاحتجاج به تجاه الغير، ويجوز لدائني الشركة تقديم معارضة لمشروع الاندماج في أجل ثلاثون (30) يوما من تاريخ نشره في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية[3]، ويُفصل في ذلك بقرار قضائي إما برفض المعارضة، أو الأمر بسداد الديون، أو بإنشاء ضمانات كافية تقدمها الشركة الدامجة[4]، ولا يحتج بالاندماج تجاه الغير في حالة مخالفة الأحكام التي أُمر بها.

طبعا هذه الشروط الواجب توفرها هي من الجانب القانوني، بالإضافة إلى ضرورة توافر شروط أخرى متعلقة بالجانب الاقتصادي، والمتعلقة بمراعاة واحترام قواعد المنافسة، بما فيها وحدة الغرض، أي أن يكون نشاط جميع الشركات الداخلة في الاندماج متماثلا، كون

---

[1]- Didier R. MARTIN, Op. cit, p 53.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 96.

[3]- المادة 748 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- المادة 756 من القانون التجاري الجزائري.

الهدف من الاندماج تكوين وحدة اقتصادية يتعزز بها المشروع[1]، وليس المقصود هنا التطابق بل يمكن أن يكون نشاطها متكاملا.

ثانيا: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة خلافا للقواعد العامة لانقضاء الشركات

تختلف النتائج المترتبة عن عملية اندماج الشركات التجارية بحسب نوعه، إذ يمكن أن ينقسم حسب الشكل القانوني إلى اندماج عن طريق الضم واندماج بطريق المزج.

يقصد بالنوع الأول اتفاق بين شركتين على أن تنضم إحداهما إلى الأخرى، حيث يطلق على الشركة الدامجة الشركة الضامة، والشركة المندمجة بالشركة المضمومة[2]، ويترتب على ذلك أن تفقد الشركة المضمومة شخصيتها المعنوية بمجرد اندماجها في الشركة الضامة[3]، فتنتقل جميع حقوق والتزامات الشركة المُنْضَمَّة إلى الشركة الضامة[4].

أما الاندماج عن طريق المزج: فيكون بمزج عدة شركات قائمة بغرض إنشاء شركة جديدة ويكون رأس مالها هو مجموع رأس مال الشركات المندمجة، وتتمتع بشخصية معنوية جديدة تختلف تماما عن شخصية كل شركة من الشركات المندمجة قبل الاندماج[5].

وقد يكون الاندماج أفقيا في حالة الاندماج بين شركتين أو أكثر ، تمارس كل منها نشاطا مماثلا[6]، بغض النظر عما إذا كانت هذه الشركات تمارس عملية الإنتاج أو التسويق أو أي

---

[1] - هاني محمد دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، الكتاب الثاني، القسم الثالث: الشركات التجارية، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1997، ص 415.

[2] - « Elle entraine la disparition d'une ou plusieurs sociétés dont le patrimoine passe dans celui de la société absorbante. Les titres représentant les capitaux sociaux des anciennes sociétés sont supprimés et remplacés par action nouvelles »,
Alain Héraud, Droit des sociétés, édition dunod, France, 2003, p 425.

[3] - خلدون الحمداني، الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الدائنين، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 45.

[4] - بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 15.

[5] - خلدون الحمداني، مرجع سابق، ص 45.

[6] - محمود فياض، مرجع سابق، ص 511.

عمل آخر[1]، فيجتمع رأسمال هذه الشركات ليشكل رأسمال الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة لتقديم خدمة واحدة ذات جودة عالية[2]، ويشترط لتحقق الاندماج الأفقي ما يلي:

- أن تكون الشركات التجارية لها خط تجاري واحد.
- أن تكون الشركات في سوق جغرافي واحد.

هذا النوع من الاندماج يؤدي إلى تكريس الاحتكار لأن تجميع عدة شركات كانت متنافسة فيما بينها في كيان واحد يحد من التنافسية داخل السوق.

أما الاندماج الرأسي فهو ذلك الاندماج الذي يتم بين شركات تمارس نشاطا متكاملا، أي أن يتم بين شركات يكمل كل منها الآخر في مراحل مختلفة من تحويل المنتجات[3] (من بداية الإنتاج إلى التسويق)، وجاءت هذه التسمية نتيجة تنوع نشاطات الشركات التي تتكامل فيما بينها، ورغبة القائمين بالاندماج تحقيق أدق صور التكامل وأكثرها عمقا باندماج مجموعة شركات تمارس مراحل الإنتاج المختلفة –من الإنتاج إلى التسويق- وتكوين شركة واحدة تقدم خدمة متكاملة للعملاء[4].

في حين الاندماج المتنوع ويطلق عليه أيضا الاندماج التكتلي أو الاندماج التجميعي، والذي يقوم بين شركات مختلفة النشاط، حيث أن كل شركة تقوم بنشاط مختلف وغير مترابط ولا علاقة له بنشاط الشركة الأخرى، مما يكسب الشركات الجديدة مزايا تنافسية كبيرة[5].

والاندماج من حيث الإرادة يمكن أن يتم وفق الاندماج الطوعي أو الودي برغبة من الشركات التي تريد الدخول فيه، وبموافقة منها بمحض اختيارها دون تدخل أي جهة أخرى.

---

[1] - سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008،ص 145.

[2] -بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 18.

[3] - محمد سامي الخرابشة، مرجع سابق، ص 145.

[4] -عبد العزيز بن سعد الدغيثر، اندماج الشركات-المفهوم والأشكال والآثار، دراسة مقارنة بتنظيمات إقليمية ودولية، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص 22.

[5] - آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 26.

وقد يكون الاندماج جبريا بأن تقوم جهة معينة بدمج الشركات دون أن يكون لهذه الأخيرة رغبة في ذلك، وغالبا ما تلجأ إليه الجهات الرسمية لتصويب وضع الشركات المتعثرة، أو التي توشك على الإفلاس والتصفية[1].

وأيا كان نوع الاندماج فهو يؤدي حتما إلى انقضاء الشخصية المعنوية للشركات التجارية المندمجة، ولكن الانقضاء ليس مقصودا منه إنهاء الشركة بصفة نهائية مع اقتسام موجوداتها، وإنما ينتقل هؤلاء الشركاء إلى شركة أخرى كشركاء فيها مع انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة إلى هذه الشركة أيضا، والتي يمكن أن تكون قائمة سلفا، أو أن تكون شركة جديدة نشأت نتيجة لهذا الاندماج[2].

ولما كان انقضاء الشركة بسبب الاندماج في شركة أخرى وليس بهدف إنهائها، وجب أن يتم زوال الشخصية المعنوية بغير الطرق التقليدية المعروفة وهي التصفية، فالشركة المندمجة تنقضي وتفقد شخصيتها المعنوية ولكن لا تخضع لعملية التصفية ولا لقسمة أموالها كما هو معمول به في الحالات العادية للانقضاء.

المطلب الثاني: آثارزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة بسبب الاندماج

أول ما يترتب على عملية الاندماج هو انقضاء الشركة وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية، وهذا ما يترتب عليه مجموعة من الآثار تختلف عن آثار انقضاء الشخصية المعنوية في الحالات الأخرى والتي تنتهي فيها كذلك الشركة التجارية، لتشمل العديد من الجوانب التي تتميز بها عملية الاندماج، وتتعلق هذه الآثار بمآل الذمة المالية من جهة، ومصير الشركاء أو المساهمين من جهة أخرى، وهذا فيما يخص الآثار المتعلقة بالشركة المندمجة، فضلا عن ذلك تنصرف آثار الاندماج كذلك إلى الشركة الدامجة.

ولتحديد هذه الآثار ينبغي علينا أولا التطرق لأثر انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة والدامجة (فرع أول)، ثم توضيح أثر انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة على الشركاء والغير (فرع ثاني).

---

[1] -سامي محمد الخرابشة، مرجع سابق، ص 145.

[2] - عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 231.

الفرع الأول: أثر انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة

يختلف الأثر المترتب على الاندماج حسب ما إذا كانت الشركة الدامجة قائمة من قبل، أو كانت شركة جديدة نتجت عن اندماج شركتين أو أكثر، فيترتب عليه زيادة رأسمال الشركة الدامجة بحصة عينية ممثلة في سائر موجودات الشركة المندمجة، فيما يكون الأثر مختلفا على شخصية الشركة المندمجة بجميع عناصرها، كونها تنقضي دون تطبيق القواعد المعروفة لانقضاء الشركات، فالشركة في هذه الحالة تنقضي بدون تصفية لأموالها ولا قسمة بين الشركاء.

ولتبيان ذلك أكثر ينبغي علينا أولا تحديد الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، ثم بعد ذلك نتطرق لما يترتب من أثار على الشخصية المعنوية للشركة الدامجة.

أولا: أثر الاندماج على عناصر الشخصية المعنوية للشركة المندمجة

من الآثار المترتبة عن الاندماج هو انتهاء الشركة وانقضائها، وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية، بالإضافة إلى آثار أخرى تتعلق بانتقال ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، فضلا عن انتقال المساهمين أو الشركاء في الشركة المندمجة ليصبحوا مساهمين في الشركة الدامجة بجانب المساهمين الأصليين[1].

هذا الانقضاء يثير مسألة هامة تتعلق بحقوق الغير والتصرفات والأعمال[2] التي تلتزم بها الشركة المندمجة، فما مصير هذه الحقوق بعد انقضاء الشركة بسبب الاندماج؟

وكإجابة على هذا السؤال سنأتي على أبرز ما يترتب على انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة، وأثره على عناصر شخصيتها المعنوية، وفق التأصيل التالي:

1- انحلال الشركة دون تصفيتها:

يعد الاندماج من الأسباب الإرادية لانقضاء الشركات التجارية، كما وضحنا آنفا في حديثنا عن الطبيعة القانونية لعقد الاندماج، والتي تخضع لحل مسبق، يكون سببا في زوال

[1]- Laure Siné, Op.cit, p 126.

[2]- سميحة القليوبي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 189.

شخصيتها المعنوية، لتنتقل بذلك جميع الأصول والخصوم الممثلة لذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وهو ما توصل إليه الفقه الحديث الذي اعتبر أن الاندماج لا يؤدي إلى انحلال الشركة المندمجة بالمعنى الدقيق كونها لا تنتهي بعملية التصفية[1]، التي تعد مرحلة طبيعية تخضع لها كل شركة تجارية في حالة انقضائها.

فبالرغم من أن الشركة تنقضي بالاندماج وتختفي من مجال الممارسات التجارية كشخص معنوي مستقل، وتُنهى مهام مديرها، إلا أنها ستظل تعمل في كنف الشركة الدامجة، فتتلقى كل أصولها وخصومها، حتى وإن كانت في حالة تصفية، لأن الشركة المندمجة تُحل حلا مسبقا، يؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية.

واعتبر البعض أن الشركة المندمجة تفقد شخصيتها المعنوية بالنسبة للغير فقط، وتبقى محتفظة بهذه الشخصية في علاقتها مع الشركة الدامجة في حدود تقدير حقها في المطالبة بفسخ أو بطلان اتفاقية الاندماج[2]، وهذا ما سنفصله في العنصر الموالي.

وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري[3] على أنه يمكن للشركة ولو كانت في حالة تصفية أن تندمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج وذلك بتقديم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريق الدمج، كما أجاز أيضا حصول الاندماج بين شركات مختلفة الشكل[4] بحسب الشروط المحددة في عقودها التأسيسية، ووفق ما يتطلبه القانون في حالة تأسيس شركة جديدة، إذ يتوجب في هذه الحالة اتباع الأوضاع الخاصة بكل شكل وقيدها ونشرها بالمركز الوطني للسجل التجاري، وذلك تحت طائلة البطلان[5].

وتبقى الشخصية المعنوية للشركة المندمجة الموجودة في حالة تصفية حسب النص التجاري الجزائري مرتبطة بالمدة التي تبقاها تحت التصفية، إلا أن الشركة الجديدة تكتسب

---

[1]- أحمد محمد محرز، اندماج الشركة من وجهة النظر القانونية، مرجع سابق، ص 230.

[2]- مرجع نفسه، ص 230 وما يليها.

[3]- المادة 744 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- المادة 745 من القانون التجاري الجزائري.

[5]- يفهم من هذا النصين 744 و 745 من القانون التجاري أن الشركة المندمجة تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية المستقلة إلى غاية الانتهاء من تصفيتها ونقل كل موجوداتها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، ولا ينتج الاندماج أثره في هذه الحالة في مواجهة الغير إلا من تاريخ نشره في السجل التجاري تطبيقا للأحكام العامة للشركات التجارية.

الشخصية المعنوية من وقت وضع مشروع عقد الاندماج دون أن تكون حجة على الغير إلا بعد استيفائها إجراءات الشهر المنصوص عنها قانونا[1].

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بأن الاندماج وفقا للتشريع الجزائري يترتب عليه انقضاء الشركات المندمجة مع زوال شخصيتها المعنوية، وتفقد بذلك أهليتها وقدرتها على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بالإضافة إلى عدم أهليتها في التقاضي، مع عدم أحقيتها في إبرام التصرفات أو القيام بالأعمال نظرا لانتهاء صلاحية جهازها الإداري بحل كافة أجهزتها وهيئاتها العامة وانتقالها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة[2].

2- أساس انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة مع استمرار نشاطها:

لتحديد طبيعة الانحلال الذي يلحق الشركة المندمجة، والذي يترتب عليه تغييب شخصيتها المعنوية، توجب علينا التفصيل في الأساس القانوني لتبرير انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة مع استمرار مشروعها الاقتصادي رغم انقضاء الشركة، والذي اختلف حوله الفقه وانقسم إلى ثلاث اتجاهات رئيسية وهي:

أ- الاندماج هو انقضاء مسبق للشركة:

اتجه أغلبية الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، إلى اعتبار الاندماج انقضاء مسبق للشركة المندمجة، ويؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية، مع انتقال ذمتها المالية للشركة الدامجة أو الجديدة.

غير أن القائلين بهذا الرأي اختلفوا حول التفسير القانوني لانتقال الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة[3]، فمنهم من قال بأن الاندماج هو عقد بيع

---

[1]- وهي الإجراءات التي نصت عنها المادة 748 من القانون التجاري الجزائري، حيث نصت على وجوب وضع مشروع عقد الاندماج بأحد مكاتب التوثيق الموجودة به مقر الشركات المندمجة مع نشره في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية.

[2]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 174.

[3]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 66.

للشركة، حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية[1] عقد الاندماج بأنه عقد بيع، وبمقتضاه تبيع الشركة المندمجة أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، ولكن هذا الرأي انتقُد باعتبار الدعوى لا تتعلق بعقد بيع، وإنما بعقد اندماج، على أساس أن الشركة الدامجة لم تلتزم بدفع الثمن كمقابل لأصول الشركة المندمجة، وهو ما لا يتوافق مع أركان عقد البيع، وإنما يتعلق الأمر بعقد اندماج حقيقي يؤدي إلى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة وانتقال ذمتها المالية بأصولها وخصومها إلى الشركة المندمجة، خاصة وأن عقد البيع لا يعد من بين آثاره زوال الشخصية القانونية للبائع.

ولمحاولة تبرير الأساس القانوني لانقضاء الشركة وانتقال ذمتها المالية للشركة الدامجة، قال رأي آخر بأن الاندماج هو تقديم لمحل تجاري كحصة في الشركة[2]، وينطبق على ذلك الأحكام القانونية التي تحكم تقديم مثل هذه الحصص، ومن ذلك أن يطالب دائنو المحل التجاري الشركاء في الشركة الجديدة بالديون المستحقة على المحل التجاري المترتبة عليه قبل انتقاله إلى ذمة الشركة كحصة فيها، أما إذا قدم هذا المحل كحصة في شركة قائمة _وهي حالة تشبه الاندماج_ فإن للدائنين حق طلب بطلان عملية تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة دون أن يمتد هذا الحق إلى طلب بطلان الشركة نفسها، وهذا ما يقابله حق معارضة دائني الشركة المندمجة لعملية الاندماج[3].

وما يعاب على هذا الرأي، أن الاندماج لا يعتبر تقديم لمحل تجاري، كحصة في الشركة، لأن الحصة التي تنتقل إلى الشركة الدامجة لا تتمثل فقط في المحل التجاري للشركة المندمجة، بل تشمل جميع عناصر الذمة المالية لهذه الأخيرة من أصول وخصوم، وهذا ما يبرر مسؤولية الشركة الدامجة عن جميع الديون التي انتقلت إليها بفعل الاندماج[4]، بما فيها

---

[1]- قرار محكمة النقض مؤرخ في 15 فيفري 1977، والذي جاء فيه أن: "أصول وخصوم الشركة الشرقية للسنيما قد آلت إلى الشركة العامة لدور السنيما وذلك بناء على عقد بيع المبرم بين الشركة الأخيرة وبين الحراسة ... وأنها قد استلمت ما اشترته ... وبالتالي تكون الشركة المشترية قد خلفتها خلافة تامة..." نقلا عن:
حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 87.

[2]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 68.

[3]- المادة 756 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 89.

ديون المحل التجاري، وبالتالي لا يمكن اعتبار الاندماج بمثابة تقديم محل تجاري كحصة في الشركة الدامجة.

وبسبب الانتقادات السابقة، رأى بعض الفقه أن الاندماج عبارة عن حوالة ديون وحقوق، إذ تنتقل ذمة الشركة المندمجة بكل حقوقها والتزاماتها بما فيها الديون إلى الشركة الدامجة، فالاندماج في هذه الحالة يعتبر بمثابة حوالة حقوق وديون معا، وعليه تقوم الشركة المندمجة بدور المُحِيل، والشركة الدامجة أو الجديدة بدور المحال إليه.

هذا الرأي منتقد كذلك، وهو لا يقدم تفسيرا لانتقال الذمة المالية للشركة المندمجة، إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، باعتبار شروط وإجراءات الحوالة بنوعيها تختلف عن الإجراءات المتبعة في حالة الاندماج[1].

بينما ذهب رأي آخر[2] إلى القول بأن الاندماج هو انتقال شامل لذمة الشركة المندمجة، باعتبار أصول وخصوم الشركة المندمجة تنتقل انتقالا شاملا إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، دون خضوعها للتصفية، ويرجع عدم خضوع الشركة المندمجة إلى القواعد العامة المتعلقة بالتصفية إلى كون الاندماج انتقالا شاملا لذمة الشركة المندمجة بجميع أصولها وخصومها، إلى الشركة الدامجة أو الجديدة[3].

غير أنه يحدث وأن تحتفظ الشركة المندمجة بجانب من أصولها للوفاء بديونها، فتحتفظ بذلك بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، وهذا في حالة تعهد الشركة المندمجة بالوفاء بجميع ديونها، حتى لا تنتقل إلى الشركة الدامجة أو الجديدة إلا بعناصرها الإيجابية، إلا أن التصفية في هذه الحالة ليست التصفية التقليدية، وإنما

---

[1]- سعدون ليندة، النظام القانوني لاندماج الشركات في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2007، ص 33.

[2] -Cass.Com,21 Février1972,N°69-14020.

[3]- حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 13 فيفري 1963، بأنه: "كلما تعلق الأمر باندماج حقيقي بين شركتين قائمتين بغرض إنشاء شركة جديدة واحدة، فإن هذه الأخيرة تصير خلفا عاما للشركات المندمجة، وعندئذ تلتزم بجميع الالتزامات التي انتقلت إليها إثر الاندماج".
بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 70.

المقصود منها انتقال ذمة الشركة المندمجة خالية من الديون إلى الشركة الدامجة، لينتهي مبرر استمرار الشخصية المعنوية للشركة المندمجة بعد ذلك[1].

ب- الاندماج هو تحويل للشركة التجارية:

تبنى رأي فقهي آخر اتجاها[2] مخالفا لما سبق، حيث اعتبر الاندماج تحويلا للشركة التجارية لتصبح شركة أخرى، وليس انقضاء لها، مستندين في تبرير ذلك على العديد من الحجج والأحكام القضائية القديمة في مجملها، ومن بينها حكم محكمة باريس بتاريخ 9 مارس 1931، والذي جاء فيه: "أنه لا يجب أن ينظر إلى الاندماج باعتباره انقضاء أو نهاية للشركة المندمجة، إذ من البديهي ألا تقدم الشركة اندماجها إلا بشرط استمرار وجودها".

ومن بين التبريرات التي قُدمت في هذا الشأن، ما يلي:

_ أن الشركة لا تنقضي بفعل الاندماج، وأن القول بانقضاء الشركة المندمجة بفعل الاندماج، يفترض تصفيتها[3]، وبما أنها في حالة الاندماج لا تصفى وإنما تُنقل أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، فهي بهذا المعنى تُحَوّل إلى شركة أخرى ولا تنقضي.

غير أن المشرع الفرنسي اعتبر صراحة بأن الاندماج هو انقضاء مسبق للشركة التجارية المندمجة، وهو ما نص عليه في المادة L 236-3 من القانون التجاري الفرنسي بأنه يترتب على كل عملية اندماج وانفصال حل بدون تصفية.

_ أن الشركة تبقى قائمة بعد عملية الاندماج، وتظل محتفظة بكافة أركانها الأساسية لوجودها كشركة رغم دخول تعديلات عليها، مثل تغيير شكلها واسمها أو غرضها، وهي تعديلات يجيزها القانون بشروط معينة، وهو ما لا يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة.

---

[1]- حسني المصري، مرجع سابق، ص من 79 إلى 84.

[2]- من بين أبرز من دافع عن هذا الاتجاه الاستاذة Yvonne Cheminade، في بحث لها تحت عنوان "الطبيعة القانونية لاندماج شركات المساهمة".

ورد في: بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 72.

[3]- ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد الثاني (الشركات التجارية)، ترجمة منصور القاضي وسليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 99.

ولكن هذا القول لا يستقيم لمعارضته المادة L 236-3 السالفة الذكر والتي اعتبرت الاندماج سببا من أسباب الانقضاء بدون تصفية، بالإضافة إلى غياب الأركان الأساسية للشركة[1]، فضلا عن غياب وجودها المستقل عن الشركة الدامجة.

_ أن الشركة بوجه عام، تفقد شخصيتها المعنوية بمجرد حلها، فيما تمتد هذه الشخصية بالقدر اللازم لحاجات التصفية، وهو ما تنص عليه أغلب التشريعات، وبناء على هذا توصل أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن الشخصية المعنوية للشركة تنقضي بالنسبة للغير فقط، وهو ما يفسر امكانية المطالبة ببطلان اتفاقية الاندماج من قبل الشركة المندمجة.

غير أن الفقه عاب على هذا التحليل[2] ، كون هذا الرأي تجاهل أحكام القانون التجاري الفرنسي، خاصة وأنه يجوز لكل شريك أو مساهم، أو للغير أيضا تقديم طلب بطلان اتفاقية الاندماج، في حالة ما إذا توفرت فيهم الصفة والمصلحة والأهلية، وليس الشركة فقط.

_ ذهب رأي فقهي فرنسي آخر[3]، مدافعا عن بقاء الشركة المندمجة إلى القول بأن الاندماج هو تغيير في الشكل القانوني للشركة، كون الشركاء لا يهدفون إلى إنهاء نشاطها، وإنما يسعون من أجل بقائها، لذلك فإن الاندماج هو مجرد تغيير في الشكل القانوني للشركة المندمجة، والقائلين بهذا الرأي ينفون وجود أي اختلاف بين الاندماج وتغير الشكل القانوني للشركة، معتمدين على التفسير الواسع لهذا المصطلح، الذي يشمل كل تغيير وتطور على كيان الشركة.

ومن بين ما يعاب على هذا القول[4]، أن الاندماج يكون بين شركتين أو أكثر، أما التغيير أو تحويل الشكل القانوني للشركة فإنما ينصب على شركة واحدة، ومن جهة أخرى فإن الاندماج يترتب عليه انقضاء الشخصية المعنوية للشركة بالنسبة للغير، وهو ما يسلم به القائلين بهذا الرأي، كما تنقضي أيضا بالنسبة للشركاء، مع انتقال ذمتها المالية إلى الشركة

[1] - حسني المصري، مرجع سابق، ص 102 و 103.

[2] - بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 75.

[3] - حسني المصري، مرجع سابق، ص 119.

[4] - مرجع نفسه، ص 125 و 126.

الدامجة أو الجديدة، بينما لا تنقضي الشخصية المعنوية للشركة التجارية ولا تنتقل ذمتها المالية في حالة التحويل أو تغيير الشكل القانوني للشركة.

ت- الاندماج هو انقضاء مسبق للشركة مع استمرار مشروعها الاقتصادي:

سبق وأن قلنا أن الاندماج هو انقضاء مسبق للشركة المندمجة، مع انتقال شامل لجميع أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وهو الرأي الراجح.

غير أن اختلاف الفقهاء كان حول التفسير القانوني للانتقال الشامل للذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، كما رأينا سابقا، ليبقى التفسير الوحيد لهذا الانتقال هو استمرار المشروع الاقتصادي الذي كانت تقوم به الشركة المندمجة[1]، ولكن التساؤل الذي يُطرح حول هذه الفكرة هو الفرق بين المشروع الاقتصادي والشركة، وكيف يمكن لهذه الفكرة تفسير الانتقال الشامل لأصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة؟

للوصول إلى تحديد الفرق بين المشروع الاقتصادي والشركة، ينبغي علينا أولا أن نقدم تعاريف كل منهما، إذ يُعرف المشروع الاقتصادي حسب الفقهاء الاقتصاديون[2] بأنه الوحدة الاقتصادية للإنتاج، القائمة على مجموع العناصر المادية والبشرية، وتفاعلها من أجل تحقيق غرض معين، وتشمل العناصر المادية كل أموال المشروع المادية والمعنوية، بما فيها الاسم التجاري والعلامة، في حين تتمثل العناصر البشرية في مالكي المشروع، وأعضاء إدارته، والعمال القائمين على تشغيله، ويقوم المشروع على التنظيم والاستقلال.

وفي هذا الخصوص، نجد أن المشرع الجزائري والمقارن قد أضفى على بعض الأعمال الصفة التجارية لوقوعها في شكل مشروع منظم ومستمر[3]، أي يكون بصفة متكررة ومستمرة، والذي يسمى المقاولة، فرغم اكتسابه الصفة التجارية إلا أنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية[4].

أما الشركة فيمكن أن تُعرف بالاستناد إلى عناصرها كما فعل المشرع الجزائري[1]، والذي اعتبر الشركة بأنها: "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على

---

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 77.

[2]- مرجع نفسه، ص 78.

[3]- المادة 2 من القانون التجاري الجزائري، والتي تحدد الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

[4]- عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 32.

المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"، بالإضافة إلى اكتساب الشركة الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها بالنسبة للشركاء، وبعد شهرها بالنسبة للغير[2].

ومن خلال التعريفين السابقين، يتضح لنا الفرق بين المشروع الاقتصادي والشركة، فكلاهما لا ينشأ بدون تظافر العناصر المادية والمعنوية، وهذا التشابه لا يعني أنهما وجهان لعملة واحدة، إذ يمكن أن يكون هناك مشروع اقتصادي بدون وجود شركة، كالمقاولة مثلا[3]، أما العكس فهو غير صحيح، فلا يمكن تصور وجود شركة بدون مشروع اقتصادي، فكيف يمكن لاستمرار المشروع الاقتصادي للشركة المندمجة بعد اندماجها أن يفسر انتقال ذمتها المالية للشركة الدامجة؟

إن ما يميز المشروع الاقتصادي أنه لا ينقضي بوفاة مالكه أو تغييره، وإنما ينقضي بزوال أحد عناصره المادية والبشرية، وكذلك الأمر بالنسبة للمشروع الاقتصادي في ظل الشركة الدامجة، حيث يبقى محتفظا بعناصره المادية والبشرية (موجودات الشركة وخصومها)، وكذا عناصره البشرية (اليد العاملة والمساهمين في الشركة).

ولقد سار القضاء الأردني في هذا الاتجاه[4]، حيث أقر بأثر الاندماج على الشركة المندمجة بانقضائها وزوال شخصيتها المعنوية، دون أن يكون معناه تحللها من العقود التي أبرمتها، كون الشركة الجديدة أو الدامجة قد خلفتها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، لتظل كل العقود قائمة ومستمرة، كما لا يترتب على الاندماج تصفية الشركة

---

[1]- المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

[2]- المادة 417 من القانون المدني الجزائري.

[3]- نقصد هنا المقاولة التي يكون لها مالك واحد، ولكن هذا الأمر ينطبق على بعض التشريعات دون الأخرى، فمثلا المشرع المصري لا يسمح لشخص واحد بتكوين شركة، بخلاف المشرع الجزائري والفرنسي، اللذان يجيزان إنشاء شركة بشريك واحد وهي ما اصطلح على تسميته ب: "شركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد" أو اختصارا "EURL"، وإن كان هذا النوع يمثل استثناء.

[4]- وذلك تطبيقا لما أورده قانون الشركات الأردني لسنة 1997، الذي وضع قيدا صريحا على اندماج الشركات، حيث نصت المادة 222/أ على أنه: "يتم اندماج الشركات المنصوص عليها في هذا القانون بأي من الطرق التالية على أن تكون غايات الشركة الراغبة في الاندماج متماثلة أو متكاملة..."، وهو الرأي الذي تبناه الفقه المصري، إلا أن قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981، جاء بنص يسمح باندماج شركتين لا تجمعهما وحدة الغرض إذا أجازته اللجنة الخاصة المشكلة لذلك.

المندمجة وقسمة موجوداتها، وإنما تنتقل ذمتها المالية بكافة عناصرها (الإيجابية والسلبية) إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، ويظل المشروع الذي تآلفت على تحقيقه الشركة المندمجة قائما ومستمرا رغم فنائها.

ولكن ما يعتبر قصورا في هذا الرأي هو الحالة التي يكون فيها اندماج شركات متباينة الغرض، وهو اندماج تسمح به اغلب التشريعات ومنها المشرع الجزائري[1]، ليرد أصحاب هذا الرأي بانقضاء المشروع الاقتصادي في هذه الحالة مع انقضاء الشركة المندمجة، لانتفاء الحكمة من الاندماج الذي لا يتحقق إلا مع استمرار المشروع الاقتصادي الذي كانت تقوم عليه الشركة المندمجة، والعبرة هنا ليست باختلاف النشاط إذا كان متكاملا، وإنما ما يؤدي إلى انقضاء المشروع الاقتصادي بانقضاء الشركة المندمجة هو التحويل الكلي لغرضها[2]، لأن ذلك يتنافى والحكمة من الاندماج وهي تحقيق التركيز بين المشروعات بما يترتب عن ذلك إنهاء حالة المنافسة القائمة بينهما، وخفض النفقات العامة، وتوحيد الإدارة، ورفع ائتمان الشركة الدامجة.

وكنتيجة لما سبق، يمكن القول بأن الاندماج هو انقضاء مسبق للشركة المندمجة يترتب عنه زوال شخصيتها المعنوية دون الخضوع لعملية التصفية، مع انتقال كافة أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، مع استمرار مشروعها الاقتصادي في حالة ما إذا كانت تقوم بنفس الغرض أو كان غرضها متكاملا، وإلا انقضى المشروع الاقتصادي مع انقضاء الشركة المندمجة.

3- الانتقال الكلي للذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة:

من أهم آثار الاندماج انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، بكافة عناصرها الإيجابية أو السلبية، ويجب أن يكون الاندماج كليا وليس جزئيا، حتى نكون أمام اندماج بالمعنى الصحيح، يترتب عنه انتقال كل أصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وهو ما يقودنا إلى دراسة عنصري الذمة المالية.

---

[1]- يرى الدكتور مصطفى كمال طه أنه لا يجوز الاندماج بين عدة شركات متباينة الغرض لانتفاء الحكمة من الاندماج الذي لا يتحقق إلا مع استمرار المشروع الاقتصادي الذي كانت تقوم عليه الشركة المندمجة؛
حسني المصري، مرجع سابق، ص 151.

[2]- آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 81.

أ- انتقال حقوق الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة:

يرتبط انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية بانتقال جميع العناصر المكونة لذمتها المالية، إلى الشركة الدامجة أو الجديدة[1]، ويستوجب ذلك أن تكون الحصة التي قدمتها الشركة المندمجة شاملة لأصول هذه الشركة وخصومها، ويقصد بانتقال حقوق الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة انتقال ملكية الأموال المنقولة وغير المنقولة وكامل أعيان الشركة المندمجة وحقوقها العينية الأصلية الأخرى، والحقوق العينية بالتبعية، كحق الامتياز، أو حق الرهن، لتصبح الشركة الدامجة أو الجديدة بمثابة خلف عام للشركات المندمجة، وهو ما يفسر حالة انتقال الذمة المالية لهذه الأخيرة دون اللجوء إلى عملية التصفية، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري[2] بالنص على أن رأسمال الشركة المُستَوعَبة أو المندمجة يؤول إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، لهذا السبب قلنا بأن الانتقال الشامل للذمة المالية يعد من أهم النتائج المترتبة عن عملية الاندماج، وتحل بذلك الشركة الدامجة أو الجديدة قانونا محل الشركة أو الشركات المندمجة، لتصبح الخلف القانوني لها[3]، وتتمتع بكل ما يخوله لها الحق المنتقل لها من الشركة المندمجة.

وقد اختلف الفقه حول مسألة انتقال أصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، فانقسموا إلى رأيين:

أن الاندماج لا يتطلب نقل كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وإنما يمكن تخصيص جزء من أصول الشركة المندمجة لتسديد ديونها ثم نقل باقي الأصول إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، لتكون حصة الشركة المندمجة ممثلة في أصولها الصافية بعد سداد ديونها، ووفقا لهذا الطرح، لا تعتبر الشركة الدامجة مسؤولة عن الوفاء بهذه الديون، أما في حالة عدم كفاية الموجودات المخصصة للوفاء بهذه الديون، فإنه يحق لدائني الشركة المندمجة أن يعارضوا هذا الاندماج للتنفيذ على موجودات الشركة التي قدمت كحصة في الشركة الدامجة أو الجديدة، بل ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بإمكانية حل

---

[1]- هناء عمر عباس فضل المولي، قواعد اندماج الشركات في قانون الشركات السوداني (2015)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، السودان، 2019، ص 40.

[2]- المادة 749 في فقرتها الثانية من القانون التجاري الجزائري.

[3]- CASS.COM 24 septembre 2002 N°00-21 disponible sur le cite: legifrance.gove.fr

الشركة وتصفيتها وسداد ما عليها من ديون قبل تحقق الاندماج، لينقل فائض التصفية إلى الشركة الدامجة، مع احتفاظ الشركة المندمجة بالمبالغ اللازمة للوفاء بالديون المؤجلة إلى غاية حلول ذلك الأجل، وهذا لتجنب أي أثر على حقوق دائني الشركة المندمجة[1]، فتكون النتيجة أن الاندماج يتم بصافي الأصول بسبب التصفية الجزئية[2] ولكن ليس بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة.

غير أن هذا الرأي يصطدم مع الموانع التي تفرضها حدود الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، لأن أغلب التشريعات ترتب على عملية التصفية تمتع الشركة بشخصية معنوية محدودة[3] في حدود أعمال التصفية فقط، فلا يصح القول بأن اتخاذ شركة لقرار اندماجها هو من الأمور التي تتعلق بالتصفية، وهو ما أقره صراحة المشرع الجزائري[4] باعتباره الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، حيث أبقى الشخصية المعنوية قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها، والمعروف قانونا أن التصفية هي عملية تهدف إلى إنهاء الشركة بقسمة صافي الأموال الناتجة عن عملية التصفية، وهو ما لا يتحقق بقرار شركة في حالة التصفية الاندماج في شركة أخرى.

أما الرأي الثاني، فيعتبر أن الاندماج يستوجب انتقال ذمة الشركة المندمجة بما تتضمنه من عناصر إيجابية وسلبية، إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وبالتالي تخلفها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج، دون الإخلال بحقوق الدائنين[5]، غير أن التساؤل كان حول الطبيعة القانونية للإجراءات التي تحكم انتقال هذه الحقوق إلى الشركة الدامجة أو الجديدة؟

اعتبر جانب من الفقه[6] أن انتقال الحقوق من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة يعتبر من قبيل حوالة الحق، وباعتبار الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها[1]، فإن ما

---

[1]- طاهري بشير، مرجع سابق، ص 180.

[2]- علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 150.

[3]- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 186.

[4]- المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

[5]- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، ط 3، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص 397.

[6]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني –نظرية الالتزام بوجه عام، ط 1، دار إحياء التراث العربي، ص 442 وما بعدها.

يقابلها في عملية الاندماج هو ضرورة قبول مديني الشركة المندمجة أو إعلانهم بانتقال حقوقها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة.

إلا أن معظم الفقه[2] انتقد القول بإمكانية تطبيق أحكام حوالة الحق على انتقال حقوق الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، كون عناصر ذمة الشركة لا ينبغي النظر إليها بصفة منفصلة أو مستقلة عن بعضها، وإنما جميعها يمثل كتلة واحدة لا تتجزأ، وهو ما يجعل أحكام حوالة الحق بعيدة عن التطبيق فيما بتعلق بانتقال حقوق الشركة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة.

ب- انتقال التزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة:

ينبغي النظر إلى ذمة الشركة المندمجة كمجموع من المال يتم انتقاله إلى الشركة الدامجة بكافة حقوقها والتزاماتها، فتحل الشركة الدامجة محل الشركات المندمجة في كل ما يتعلق بالتمتع بالحقوق أو تحمل الالتزامات التي ورثتها من الشركة المندمجة والذي يمثل تغيير المدين الأصلي وحلول مدين أخر محله، لأنه من غير الممكن تصور هذا الانتقال دون تدخل دائني الشركة المندمجة، لأن تغيير المدين أمر بالغ الأهمية بالنسبة للدائنين، ويرتبط بملاءة ويسر المدين الجديد وقدرته على الوفاء، ولكن ما يثير انتباهنا في هذه النقطة، هو امكانية اندماج شركة تتجاوز ديونها ما لها من أصول؟

من المستقر عليه فقها وقانونا أن انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة يتم بكل عناصرها الإيجابية والسلبية، وتطبيقا لهذه القاعدة فإن الشركة الدامجة تتمتع بالحقوق وتتحمل الالتزامات المنتقلة إليها بموجب عقد الاندماج، إلا أن بعض الفقه اعتبر مسؤولية الشركة الدامجة أو الناشئة عن الاندماج يكون في حدود ما آل إليها فقط من أصول، أي أن الجهة التي آل إليها المشروع تعد خلفا عاما للمشروع المندمج حيث تؤول إليه

---

[1]- وتعرف حوالة الحق بأنها اتفاق بين الدائن المُحِيل والمحال له على تحويل حق الدائن في ذمة المدين المحال عليه إلى المحال له، دون أن تكون نافذة قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 239 من القانون المدني الجزائري.

[2]- محمد فريد العريني، القانون التجاري _شركات الأموال، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2001، ص 581.

جميع حقوقه كما يُسأل وحده عن جميع التزاماته ولكن في حدود ما آل إليها من أصول وهذا رغم عدم النص على ذلك صراحة في القانون[1].

ولقد كان انتقال ديون الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، محل اختلاف بين آراء الفقهاء، إذ ذهب جانب منهم إلى القول بأن هذا الانتقال يتضمن تجديدا للديون بتغيير المدين، وهو ما يستوجب موافقة دائني الشركة المندمجة على هذا الانتقال[2]، فيما ذهب رأي آخر إلى القول بأن انتقال ديون الشركة المندمجة لا يعد من قبيل تجديد الدين بتغيير المدين، باعتباره يتطلب موافقة جميع دائني الشركة المندمجة[3]، وهو ما لا يتماشى مع عملية الاندماج.

ولقد حسم المشرع الجزائري المسألة حول هذا الخلاف باعتباره الشركة مدينة لدائني الشركة المندمجة وتحل مكانها دون أن يعتبر ذلك تجديدا للديون بالنسبة لهم[4]، ومعنى ذلك أن الانتقال لا يتضمن حوالة الدين، باعتبار ديون الشركة المندمجة لا تنتقل إلى الشركة الدامجة منفصلة عن الذمة المالية، وإنما تنتقل كمجموع من المال بكل عناصرها الإيجابية والسلبية.

---

[1]- وهذا الرأي تقول به الدكتورة سميحة القليوبي، مستندة في ذلك على النص القديم المتمثل في المادة الرابعة من القانون المصري الملغى رقم 244 لسنة 1960، حيث صدر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية والذي نقض الحكم الذي ألزم المؤسسة الدامجة بما على شركة التضامن من التزامات قبل اندماجها لمخالفة ذلك حكم المادة الرابعة من قانون 244 لسنة 1960، بشأن الاندماج في شركة مساهمة القاضية باعتبار الشركة الدامجة خلفا عاما للمشروع المندمج الذي تؤول إليه جميع حقوقه ويُسأل عن جميع التزاماته ولكن في حدود ما آل إليه من أصول، ورأت الدكتورة سميحة القليوبي وجوب الأخذ بهذا الحكم رغم أن المادة 131 من قانون 159 لسنة 1981 لم تنص على ذلك صراحة؛
سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 203.

وترتب كنتيجة لذلك حسب اعتقادنا فتح الباب واسعا حول إشكالية ضمان حقوق دائني الشركة المندمجة، إذ لا يكون أمامهم سوى المطالبة ببطلان عقد الاندماج للمطالبة بحقوقهم والمطالبة بشهر إفلاس هذه الشركة، رغم أن القانون الجزائري لم يتحدث عن هذه المسألة، ولكن في الحقيقة نرى أنه من غير المناسب الأخذ بما ذهبت إليه الدكتورة سميحة القليوبي، لأن الشركة الدامجة أو الجديدة من المفروض عليها تقدير مصالحها في حالة دمجها لشركة تتعدى ديونها ما لها من أصول، وأنها مسؤولة عن معرفة الحالة المالية التي تتمتع بها الشركة المراد دمجها، كونها طرفا في عقد الاندماج مما يعنى أنها قامت بدراسة جدوى حول القيمة المالية والاقتصادية التي ستفيدها من هذه العملية، مما يستوجب تحملها كامل المسؤولية عن الديون التي آلت إليها من الشركة المندمجة ولو فاقت ما آل إليها من أصول، إلا إذا كان ذلك عن طريق الغش أو التدليس من طرف الشركاء أو المساهمين في الشركة المندمجة.

[2]- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 581 وما يليها.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 816.

[4]- المادة 756 من القانون التجاري الجزائري.

ثانيا: أثر انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة على الشركاء والغير

بعد أن رأينا الآثار المترتبة عن عقد الاندماج على الشركة المندمجة، والمتمثلة في زوال شخصيتها المعنوية وانتقال ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة، كأثر لانقضاء الشركة المندمجة دون تصفيتها أو قسمة أموالها.

هذه النتائج المترتبة عن عقد الاندماج، تُرَتّب بالضرورة آثارا خاصة بالشركاء أو المساهمين في الشركة المندمجة، كما تمس أيضا بمركز القائمين بالإدارة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تؤثر عملية الاندماج على حقوق الغير، سواء كانوا دائنين أو متعاملين مع الشركة المندمجة أو مرتبطين معها بعقود متنوعة.

1- آثار زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على الشركاء أو المساهمين والقائمين بالإدارة.

عندما يقرر الشركاء أو المساهمين اندماج شركتهم في شركة أخرى، فإنهم لا يسعون إلى إنهاء الشركة بما يترتب عنه من إنهاء مشروعها الاقتصادي وقسمة أموالها، وإنما يهدفون إلى تحقيق مصالح أوسع وأكبر باندماج شركتهم في شركة أخرى لتزيد قوتها الاقتصادية والتنافسية وتحقيق أرباح أكثر.

لكن هذا القرار بحكم أنه يؤدي إلى انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، فإنه يُؤثر كنتيجة حتمية على مراكز الشركاء أو المساهمين فيها، كما له آثار على القائمين بالإدارة، وهو ما يتطلب منا التوضيح أكثر.

أ- آثار زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على الشركاء أو المساهمين:

يتضمن مشروع الاندماج الأسس المحدِّدة لحقوق الشركاء أو المساهمين في الشركات المعنية، بحيث يتلقى مساهمو الشركة المندمجة حقوقا من الشركة الدامجة في مقابل ما كان لهم في شركتهم المندمجة، وذلك فور حصول الاندماج، لتبرأ حينها ذمتهم من الديون التي عليها.

ويتحصل الشركاء أو المساهمين على حقوقهم في صورة أسهم عن حصصهم[1] التي تم تقديرها بعد استنزال الديون، كما يترتب عن الاندماج في مواجهة الشركاء أو المساهمين عدة آثار، تتمثل في مجموعة من الحقوق، مثل الحصول على مقابل الاندماج، وكذا الحق في الإدارة، بالإضافة إلى حق الشريك في الخروج من الشركة، وهو ما يستوجب منا الوقوف عليها بشيء من التفصيل.

1- حق الشركاء في الحصول على مقابل الاندماج:

من بين آثار اندماج الشركة التجارية، هو حصول الشركاء أو المساهمين في الشركة المندمجة على مقابل الاندماج، وهي عبارة عن حصص أو أسهم في الشركة الدامجة أو الجديدة، وبذلك يصبحون شركاء أو مساهمين فيها، ويتمتعون بنفس الحقوق ويتحملون ذات الواجبات المخولة للشركاء في الشركة الدامجة أو الجديدة وفقا لما ينص عليه قانونها الأساسي.

ويفهم من ذلك أنه لا يجوز للشركة الدامجة أو الجديدة تعويض أصحاب الأسهم في الشركة المندمجة بأوراق مالية أخرى غير الأسهم[2]، كالسندات مثلا، وإلا اعتُبر بيعا لأصول الشركة، وهو ما يتعارض مع رغبة المساهمين والشركاء ويخالف ركن نية المشاركة بعد عملية الاندماج، خاصة إذا تمسكوا بصفتهم كشركاء، وعلى العكس من ذلك فإنه يجوز تعويض حاملي السندات وأصحاب حصص التأسيس في الشركات المندمجة بأسهم في الشركة الدامجة أو الجديدة واعتبارهم مساهمين فيها[3].

وتعتبر الأصول التي تتلقاها الشركة الدامجة من الشركة المندمجة عبارة عن حصص عينية، وبالتالي تكون الحصص أو الأسهم التي تصدرها الشركة الدامجة أو الجديدة ذي طبيعة عينية، وهو ما يُستفاد من موقف المشرع الجزائري الذي نص على أن الجمعية العامة

---

[1]- فايز اسماعيل بصبوص، اندماج الشركات المساهمة العامة والآثار القانونية المترتبة عليها، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 111.

[2]- طاهري بشير، مرجع سابق، ص 206.

[3]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 146.

غير العادية للشركة الدامجة تبت في المصادقة على الحصص العينية المقدمة طبقا للأحكام الواردة في المادة 673 من القانون التجاري[1].

2- الحق في إدارة الشركة الدامجة أو الجديدة:

رأينا أن الشركاء أو المساهمين في الشركة المندمجة يحتفظون بصفتهم تلك في الشركة الدامجة أو الجديدة، ومفاد ذلك أنهم يتمتعون بجميع الحقوق التي تمنحها لهم هذه الصفة بما فيها الحق في إدارة الشركة الدامجة أو الجديدة فيكون لهم حق التصويت وحضور الجمعيات العامة، والحق في الأرباح، وغيرها من الحقوق المقررة للشركاء.

ولا يثير الاندماج بين شركات التجارية أي إشكال في حال ما إذا كانت الشركة الدامجة شركة تضامن، كون أعمال الإدارة يختص بها جميع الشركاء المتضامنين، وهذا في حالة عدم تعيين مدير أو مديرين، أما في حالة تعيينهم فتكون أعمال الإدارة من اختصاصهم سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم.

ويختلف الأمر في حالة ما إذا كانت الشركة الدامجة أو الجديدة شركة مساهمة، فتكون الإدارة من حق كل الشركات المندمجة[2]، وهذا في حدود أربعة وعشرون عضوا كحد أقصى[3].

3- حق الشركاء في الخروج من الشركة:

يُرتب الاندماج بطبيعته تغير حقوق الشركاء أو المساهمين في الشركة الجديدة، الأمر الذي قد يواجه اعتراض أحد أو بعض الشركاء، فهل يجوز لهذا الأخير الخروج منها؟

أتاحت بعض التشريعات المقارنة على غرار القانون المصري، لكل مساهم لا يرغب بامتلاك أسهم في الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج، الخروج منها مقابل استرداد قيمة أسهمه، وهو كذلك موقف المشرع الفرنسي إذ نص في قانون الشركات لسنة 1966 على حق المساهمين في الخروج من الشركة، ببيع أسهمهم في بورصة القيم المنقولة، دون أن يفرض على

---

[1]- المادة 754 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 258.

[3]- المادة 610 من القانون التجاري الجزائري.

الشركة شراء هذه الأسهم، غير أنه عدل عن هذا الرأي حيث أخضع هذه الحالة لاتفاق المساهمين مع الشركة.

أما المشرع الجزائري فكان موقفه مشابها لموقف المشرع الفرنسي، إذ سكت عن إقرار هذا الحق للشركاء أو المساهمين، فما معنى ذلك؟

هذا السكوت يمكن أن يفسر على أن المشرع الجزائري ترك الحرية للشريك من خلال عدم تحديد الإجراءات التي يمكن أن يتبعها في حالة اعتراضه على قرار الاندماج، سواء بالامتثال لرأي الأغلبية واستمراره في الشركة، أو الخروج منها في حالة عدم رغبته في الاستمرار ببيع أسهمه إما إلى الشركة إذا رغبت في شرائها واتفقا على السعر، أو في بورصة الأوراق المالية[1].

والأفضل حسب رأينا هو ما اتجه إليه المشرع المصري، الذي أجاز لكل من مساهم اعترض على قرار الاندماج الخروج من الشركة بتقديم طلب كتابي للشركة، حيث يتم تقدير قيمة الأسهم أو الحصص بالاتفاق، وإذا تعذر ذلك فعن طريق القضاء، على أن تُؤَدَّى قيمتها قبل اتمام إجراءات الاندماج، ويرجع سبب تأييدنا لهذا الحل إلى ضرورة تنظيم هذه المسألة احتراما للطابع النظامي للشركات التجارية الكبرى، خاصة وأن الاندماج يترتب عليه بروز شركات أكبر تكون في أغلبها شركات مساهمة، لا سيما وإن كان يضم أكثر من شركتين، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن أن نستسيغ إجبار شريك أو مساهم لا يرغب أن يكون كذلك في شركة أخرى، ولهذا كان من الأنسب تنظيم خروجه منها إذا رغب في ذلك وفق إجراءات محددة تكفل حقه في استرجاع قيمة حصصه أو أسهمه، وتقديرنا في أحقية ذلك للشريك أو المساهم هو حقه في الخروج من شركة لا يرغب الاستمرار فيها، كون هذه الشركة انقضت قانونا وانتهت شخصيتها المعنوية بالمصادقة على قرار الاندماج، وبالتالي هو غير مجبر بأن يكون شريكا أو مساهما في شركة أخرى إذا لم ير مصلحة في ذلك.

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 152.

ب-إنهاء مهام القائمين بالإدارة في الشركة المندمجة:

يترتب على اندماج الشركة التجارية حل الشركة وانقضاء شخصيتها المعنوية كما سبق وأن بَيَّنَا، وإن كان هذا الحل يختلف عن الحل الطبيعي والمعتاد كون حل الشركة في هذه الحالة لا يستتبعه تصفيتها ولا قسمة لأموالها، وإنما تنتقل ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، مع بقاء مشروعها الاقتصادي قائما، ولكن ما مصير القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس الإدارة في هذه الحالة؟

بما أن الاندماج يؤدي بنتيجة حتمية إلى حل الشركة المندمجة فإن ذلك يعني انتهاء سلطة مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، لتزول صفتهم كممثلين عنها، دون أن يخلفهم المصفي في ذلك، لأن الشركة الدامجة أو الجديدة ممثلة في مجلس إدارتها هي من ستتولى تمثيل الشركة المندمجة وتحل محلها في تمتعها بكافة الحقوق وتحملها لكل الالتزامات المُحَوّلة إليها بموجب عقد الاندماج[1].

معنى ذلك أن إدارة الشركة المندمجة تفقد صفتها وتُنْهى مهام القائمين بها، حيث تتوقف كل النشاطات والأعمال التي كانوا يتولونها، فلا يكون لهم الحق في اتخاذ أي قرار بتعديل أو تغيير يمس الشركة المندمجة بعد اندماجها[2]، وهذا لا يعني التخلص من المسؤولية المدنية والجنائية عن الأخطاء المرتكبة قبل الاندماج[3]، إذ يكون القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو متضامنين، حسب الحالة، اتجاه الشركة أو الغير عن مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على الشركات التجارية، أو في حالة خرق القانون الأساسي، أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم[4]، ولا يتخلص القائمون بالإدارة من المسؤولية عن هذه الحالات حتى بعد انتهاء مهامهم بسبب اندماج الشركة.

وتسقط دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة بمرور ثلاث سنوات ابتداء من يوم ارتكاب العمل المرتب للمسؤولية، أو من وقت العلم به إن كان خفيا، كما تتقادم الدعوى

---

[1]- فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 19 وما يليها.

[2]- سعدون ليندة، مرجع سابق، ص 65.

[3]- Jean Marc moulin, op.cit, p 195.

[4]- المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري.

المدنية بمرور عشر (10) سنوات إذا كانت هذه الأفعال تكيف على أنها جناية[1]، وقد نص المشرع عن عقوبة الحبس والغرامة في حالة قيام المسؤولية الجنائية[2]، ويدخل في ذلك سعي القائمين بالإدارة للاندماج في شركة أخرى لهم فيها مصالح شخصية وتتسبب في الإضرار بالشركاء في الشركة المندمجة.

2: آثارالاندماج بالنسبة للغير.

من الطبيعي أن يمتد أثر عقد الاندماج إلى الغير باعتبار الشركة التي تعامل معها لم تعد موجودة، وزالت شخصيتها المعنوية، فما مصير هذه الديون التي ترتبت للغير في ذمة الشركة؟ ونفس التساؤل بالنسبة للعقود التي أبرمتها الشركة قبل اندماجها؟

أ- آثارزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على حقوق الدائنين:

تتعدد الآثار التي تلحق بأصحاب الديون المترتبة على عاتق الشركة التي انقضت بسبب الاندماج، فتختلف حسب ما إذا كان الدائنين عاديين أو أصحاب حقوق خاصة كأصحاب السندات أو حملة حصص التأسيس.

1- أثرزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على الدائنين العاديين:

اهتمت التشريعات بحقوق دائني الشركة المندمجة والدامجة من أجل الحفاظ على نوع من التوازن بين مصالح الشركات الناتجة عن الاندماج من جهة، ومصالح دائنيها في استيفاء حقوقهم من جهة أخرى، فمنها[3] من أجاز لدائني الشركات المندمجة الاعتراض على

---

[1]- المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- وقد نص المشرع الجزائري عن هذه العقوبات بنص المادة 811 من القانون التجاري، حيث يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من رئيس مجلس الإدارة والقائمون بالإدارة والمديرون العامون عن استعمال أموال الشركة أو سمعتها بسوء نية في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها، وذلك لأغراض ومصالح شخصية، ويعاقب كذلك عن استعمال سلطتهم وحقهم في التصرف في الأصوات لأغراض مخالفة لمصالح الشركة مع علمهم بذلك.

[3]- من بين التشريعات التي أجازت اعتراض الدائنين على الاندماج، التشريع الأردني، وذلك بنص المادة 234 من قانون الشركات لسنة 1997، والذي وضع الشروط التي يجب أن يتضمنها طلب الاعتراض الذي يوجه إلى الوزير خلال ثلاثون يوما من إحالتها عليه، والذي يحيلها بدوره إلى المراقب من أجل تسوية تلك الاعتراضات، وفي حال تعذر ذلك جاز للدائن اللجوء إلى المحكمة دون أن يكون لذلك أثر موقف على عملية الاندماج.

الاندماج خلال أجل محدد شرط توضيح موضوع اعتراضه، والأسباب التي يستند إليها، بالإضافة إلى عرض الأضرار التي لحقت به بسبب عقد الاندماج على وجه التحديد.

إلا أن تشريعات أخرى اعتبرت الشركة الدامجة مدينة بكافة ديون الشركة المندمجة، وهذا بمجرد تمام إجراءات الاندماج، كما أجازت لكل من له حق في مواجهة الشركة المندمجة أن يطلب من المحكمة المختصة تقرير ضمانات له في مواجهة الشركة الدامجة، وهذا قبل تمام عملية الاندماج مع تقديم اعتبارات جدية تبرر ذلك، فيتقرر له بذلك إما تعجيل الوفاء بالدين، أو تُنشأ له ضمانات كافية مثلما كانت تمثله موجودات الشركة المندمجة من ضمانات للوفاء بقيمة الدين[1].

هذه التشريعات حرصت على تقديم حماية جدية لحقوق دائني الشركات المندمجة، وإن كانت أخرى آثرت أن تحفظ هذه الحقوق من خلال انتقالها في مجملها من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة كأثر مباشر لعملية الاندماج باعتبارها خلف قانوني لها، وهو ما تطرقنا إليه سابقا عند حديثنا عن انتقال التزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة كعنصر من عناصر الذمة المالية للشركة المندمجة.

غير أن موقف المشرع الجزائري لم يكن محددا في نصوص القانون التجاري فيما يتعلق بحماية حقوق دائني الشركة المندمجة، فهو لم يحدد أساس مسؤولية الشركة الدامجة عن ديون الشركة المندمجة، وإنما نص في المادة 756 من القانون التجاري على تقرير هذه المسؤولية دون تحديد الأساس القانوني لمسؤولية الشركة الدامجة، فنص على أن تصبح الشركة الدامجة مدينة لدائني الشركة المندمجة، دون أن يترتب على ذلك تجديد الديون بالنسبة للدائنين.

كما نص على ضرورة تعيين وتقييم الأموال والديون المقرر نقلها للشركة الدامجة أو الجديدة[2]، وما يفهم من هذا النص أن المشرع جعل الضمانة المتعلقة بدائني الشركات

---

[1]- هذه الأحكام أقرها المشرع في نص المادة 298 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري، وأيضا المادة 215 من نظام الشركات السعودي.

[2]- المشرع الجزائري نص في المادة 747 من القانون التجاري على البيانات الإلزامية في مشروع الاندماج، فتطرق في العنصر (3) إلى تعيين وتقديم الأموال والديون المقرر نقلها للشركات المدمجة أو الجديدة، فوقع مرة أخرى في فخ الترجمة الرديئة، إذ يتحدث النص الفرنسي عن مصطلح « l'évolution » والذي يعني تقييم وليس تقديم، والمقصود في هذا النص تقييم

المندمجة مرتبطة بانتقالها إلى الشركة الدامجة، التي تُصبح في مركز المدين عن كل الديون السابقة للشركة أو الشركات المندمجة.

2- أثر الاندماج على الدائنين أصحاب الحقوق الخاصة (اصحاب السندات، حملة حصص التأسيس):

حصص التأسيس هي صكوك ليس لها قيمة إسمية تُمنح لمن قدم للشركة بعض الخدمات، وتمنحه الحق في الحصول على نسبة من الأرباح السنوية التي تُفيدها الشركة، غير أن حملة هذه الحصص لا يعتبرون مساهمين في الشركة المصدرة لهذه الحصص، وإنما يعتبرون دائنين لها حيث يتمتعون بنفس مركز البائع الذي يتقاضى ثمنا احتماليا غير محدد المقدار، والذي يمثل في هذه الحالة نصيبهم في أرباح الشركة[1].

ولما كان الاندماج يؤدي إلى انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، فإن ذلك سينعكس سلبا[2] على حقوق حملة حصص التأسيس في الحصول على الأرباح، ليطرح التساؤل عن مصير هذه الديون وكيفية التعامل معها؟

والجدير بالذكر أن مواقف التشريعات كانت متباينة حول إصدار هذه الحصص، فمنهم من أيد ذلك ومنهم من رفض، ومن بين التشريعات التي نظمت إصدار حصص التأسيس، هي التشريع المصري[3] ولكن بفرض قيود على إنشائها وتداولها، بالإضافة إلى تحديد نصيبها من الأرباح، فضلا عن إمكانية إلغائها مقابل تعويض عادل بعد مرور مدة معينة، ويتحدد أثر الاندماج على حملة حصص التأسيس حسب القانون المصري وفق فرضين، الأول ما إذا كان قرار الاندماج صادر بعد انتهاء المدة المحددة لإلغاء حصص التأسيس، وفي هذه الحالة يمكن تقرير إلغائها مقابل تعويض عادل، والثاني إذا كان قرار الاندماج صادرا قبل تلك المدة ففي هذه الحالة يسري الاندماج في مواجهة حاملي حصص التأسيس بكل آثاره دون

الأموال والديون المراد نقلها إلى الشركات الدامجة أو الجديدة، ولهذا نلفت المشرع الجزائري إلى تصحيح ما جاء في هذا العنصر من المادة 747 وذلك بالنص على : تعيين وتقييم الأموال والديون المقرر نقلها للشركة الدامجة أو الجديدة.

[1]- آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 175.

[2]- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الخامس، الشركات التجارية-دراسة مقارنة، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الأردن، 2009، ص 66.

[3]- المادة 34 من قانون الشركات المصري، والمادة 153 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري، كما سار على غرار ذلك المشرع السعودي في نظام الشركات.

الحاجة لموافقتهم، لتصبح الشركة الدامجة أو الجديدة هي المطالَبة بالحقوق التي كانوا يتمتعون بها في الشركة المندمجة، دون أن يؤدي قرار الاندماج إلى إلغاء هذه الحصص كونه لا يؤدي إلى تصفية الشركة المندمجة ولا إلى قسمة موجوداتها، ليستمر حق حملتها في الحصول على الأرباح من الشركة الدامجة أو الجديدة[1]، دون أن يكون لهم الحق في المطالبة بإبطال الاندماج، طالما لم يؤدي إلى انخفاض أرباحهم في الشركة الدامجة أو الجديدة.

وإن كانت بعض التشريعات لا تجيز ضمنا إعطاء مثل هذه السندات حماية لحقوق المساهمين، وخوفا من إساءة استعمالها من طرف المؤسسين، ومن بينها التشريع الأردني والفلسطيني، وذلك بتحديدها البيانات التي يجب أن يتضمنها القانون الأساسي، والتي لا يوجد من بينها ما يشير إلى إمكانية منح المؤسسين مزايا من غير باقي المساهمين بالشركة.

أما موقف المشرع الجزائري فقد كان صريحا بحظر إصدار مثل هكذا سندات، إذ نصت المادة 715 مكرر31 على أنه: "يحظر إصدار حصص المستفيدين أو حصص المؤسسين، تحت طائلة تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 811 أدناه"، وهي عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات، بالإضافة إلى غرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما بالنسبة لسندات القرض فإن الشركة تلجأ إلى هذا الخيار لتلبية احتياجاتها المالية لمواصلة مشروعها، وذلك عن طريق الالتجاء إلى الجمهور بإصدار سندات تُعْرَض للاكتتاب العام، ويكون هذا في حالات القروض طويلة الأجل[2].

ويجوز تداول سندات القرض في سوق الأوراق المالية، ويحق لحامله التصرف فيها ببيعها لمن يشاء، ويشبه في ذلك تصرف المساهم في أسهمه، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في كونه دائن للشركة وليس شريكا فيها، ولا يتمتع بحقوق المساهمين، وكل ما يتمتع به هو فائدة سنوية ثابتة محددة في نشرة إصدار السندات، بغض النظر عما كان للشركة من أرباح أو خسائر، وله أن يستوفي قيمة السند عند حلول أجل استيفائه، وتعتبر أموال الشركة ضامنة لهذا الوفاء باعتباره دائنا لها.

---

[1]- آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 176.

[2]- طاهري بشير، مرجع سابق، ص 225 و 226.

وقد أجاز المشرع الجزائري التعامل بمثل هذه السندات، إذا دعت الحاجة إلى الحصول على أموال جديدة، ولفترة طويلة، إذ أجاز لشركات المساهمة إصدارها[1].

ومن المؤكد أن أصحاب أسناد القرض تتأثر مراكزهم القانونية بسبب الاندماج، مثلها مثال سائر حملة السندات، وهو ما يتطلب وضع نظام محكم للمحافظة على حقوقهم، على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، الذي أوجب عرض عقد الاندماج على جماعة الدائنين من حملة السندات لإبداء رأيها قبل عرضه على الجمعية العامة للشركات المندمجة والدامجة، ويتعين عليهم في حالة قبول الاندماج تقديم طلب لاسترداد ديونهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطارهم بعرض الاندماج، لتصبح الشركة الدامجة مدينة بقيمة السندات مع الفوائد من تاريخ الاندماج، أما في حالة عدم طلبهم استرداد قيمة سنداتهم في المدة المحددة قانونا، فإنهم يصبحون من الدائنين حملة السندات في مواجهة الشركة الدامجة، مع احتفاظهم بالضمانات والأولويات المقررة في عقد القرض[2].

أما موقف المشرع الجزائري، فقد كان واضحا عندما نص على أن تصبح الشركة الدامجة مدينة لدائني الشركة المندمجة، دون أن يترتب على ذلك تجديد الديون بالنسبة للدائنين[3]، وبالتالي تحل الشركة الدامجة كما سبق وأن قلنا، محل الشركة المندمجة في جميع حقوقها والتزاماتها، رغم أن المشرع لم يتطرق بنص صريح لحقوق حملة السندات في حالة الاندماج، وهو ما يستوجب منا الرجوع إلى القواعد العامة وفق نص المادة 715 مكرر 88، والتي تقضي بأن يكون حاملو سندات الاستحقاق من نفس الإصدار جماعة بقوة القانون للدفاع عن مصالحهم المشتركة، وهي بذلك تتمتع بالشخصية المعنوية، مما يعني أن المشرع الجزائري ينظر إلى حاملي السندات باعتبارهم في حكم دائني الشركة.

---

[1]- المادة 715 مكرر 73 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- فايز اسماعيل بصبوص، مرجع سابق، ص 174.

[3]- المادة 756 من القانون التجاري الجزائري.

ب- آثارزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على العقود المبرمة:

تبرم الشـركة خـلال فترة نشـاطها العـديد من العقـود التي تسمح لها ببداية نشاطها أو خلال ممارستها للأعمال التي تدخل ضمن تحقيق غرضها، ومن بين تلك العقود، عقد الإيجار أو عقود العمل، أو الوكالة أو التأمين، وغيرها من العقود.

لكن هذه العقود تتأثر في حالة اندماج الشركة المتعاقدة في شركة قائمة أو جديدة، ويتجلى ذلك في انقضاء هذه الشركة وزوال شخصيتها المعنوية، وهو ما يطرح التساؤل حول مصير هذه العقود، وهذا ما نأتي على تفصيله كالآتي:

1- آثار زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على عقود الإيجار:

يثار التساؤل حول مصير عقود الإيجار المبرمة من طرف الشركة التي قررت الاندماج في شركة أخرى، فهل تستمر هذه العقود بعد الاندماج رغم انقضاء الشركة أم لا؟

يُعرف الإيجار على أنه عقد يُمَكِّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محدد مقابل بدل إيجار معلوم[1]،كما قرر المشرع الجزائري عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطل دون موافقـة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك[2].

ومن الطبيعي أن استمرار المشروع الاقتصادي الذي يؤول إلى الشركة الدامجة أو الجديدة يقتضي بالضرورة الحفاظ على استمرار عقود الإيجار التي أبرمتها الشركات المندمجة، كون الإيجارات المتعلقة بالأماكن التي تمارس فيها الصناعة أو التجارة أو تحقق الاتصال بالعملاء، تعد من أبرز عناصر المشروع الاقتصادي، ومن أهم دوافع عملية الاندماج[3].

ولما كان إعمال القواعد العامة للإيجار في القانون المدني لا يتماشى مع طبيعة الاندماج والهدف منه، تدخل المشرع الجزائري موجب أحكام القانون التجاري[4] حيث أجاز لمؤجري

---

[1]- المادة 467 من القانون المدني الجزائري.

[2]- المادة 505 من القانون المدني الجزائري.

[3]- فايز اسماعيل بصبوص، مرجع سابق، ص 200.

[4]- المادة 757 من القانون التجاري الجزائري.

الأماكن المؤجرة للشركات المندمجة أن يقدموا معارضة على الاندماج في أجل 30 يوما ابتداء من نشر مشروع العقد في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية، وهو الأجل المنصوص عليه في المادة 756 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الثانية، وهو الأجل الأصح كون المشرع الجزائري في المادة 757 أحال فيما يتعلق بالأجل إلى المادة 736 وهي إحالة خاطئة كون هذه المادة تتحدث عن اختصاص المحكمة بالنظر في دعوى البطلان.

وبإحالة آجال المعارضة المقدمة من المؤجر، يتضح بأن المشرع اعتبر معارضة المؤجر مثلها مثل معارضة دائني الشركة، فالأصل أن عقود الإيجار تنتقل بقوة القانون إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، طالما يلقى ذلك قبولا من المؤجر، أما في حالة رفضه استمرار العقد مع الشركة الجديدة كان له رفع معاضة للمحكمة المختصة مثله مثل الدائنين العاديين، وللقاضي الحكم بقبول المعاضة وبالتالي فسخ العقد، أو أ يقرر رفض المعارضة مع الحكم بتقديم ضمانات جديدة من طرف الشركة الدامجة أو الجديدة.

لكن ما يثير التساؤل هنا هو حالة وجود شرط في عقد الإيجار يقضي بعدم التنازل عنه إلا بموافقة صريحة من المؤجر؟ وهو ما لم يتحدث عنه المشرع الجزائري، بخلاف المشرع الفرنسي[1] الذي قضى بانتقال عقد الإيجار إلى الشركة الدامجة أو الجديدة حتى وإن وجد شرط يقضي بخلاف ذلك[2]، مع ضمان حق المؤجر في المعارضة[3]، غير أن القضاء الفرنسي استبعد انتقال عقود الإيجار الزراعية التي كانت تحوزها الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، واشترطت لذلك موافقة المؤجر[4].

2- آثارزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على عقود العمل:

عنصر آخر يمكن أن يثيره انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، وهو ما يرتبط بعلاقات العمل المبنية على عقد العمل المبرم مع الشركة المندمجة، فما مصير هذه العقود؟ وهل يمكن استمرارها مع الشركة الدامجة باعتبارها خلف عام للشركة المندمجة على أساس تحملها كافة الالتزامات المنتقلة إليها بناء على عقد الاندماج؟

---

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 241.

[2]- Article L16-145 de code commercial Français.

[3]- Article R10-236, le même code.

[4]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 305.

من المسلم به أن عقود العمل من العقود الشخصية، التي تنقضي بتغيير رب العمل[1]، غير أن تطور العلاقات التي تربط العامل برب العمل، غيرت من هذه الرؤيا، حيث أصبح ينظر إلى هذه العلاقة من منظور علاقة العامل بالمؤسسة المستخدمة، وليست برب العمل، إلى غاية القول بفقد عقد العمل هذه الشخصية،

ولم يتطرق المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون التجاري إلى مسألة تأثير عملية الاندماج على علاقات العمل، ومصيرها خاصة وأن الشركة المستخدمة انقضت وزالت شخصيتها المعنوية، مما حتّم علينا الرجوع إلى القواعد التي تحكم هذه العلاقة، إذ نص المشرع الجزائري على مصير عقد العمل في حالة الاندماج المبرم مع الشركة المندمجة، وذلك في نص المادة 74 من قانون العمل[2]، والتي تنص على أنه في حالة حدوث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، فإن العلاقات المعمول بها عند التغيير تبقى قائمة بين المستخدم الجديد والعمال، دون أن يطرأ عليها أي تعديل، إلا ما كان منه وفق الطرق والأساليب القانونية أو عن طريق المفاوضات الجماعية، ولم يفرق المشرع في هذه الحالة بين ما إذا كانت علاقة العمل فردية أو جماعية، بخلاف المشرع الفرنسي الذي قرر انتقال عقود العمل الفردية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة دون عقود العمل الجماعية التي تنتهي بحصول عملية الاندماج.

كما يستشف ذلك أيضا من نص المادة 615 من القانون التجاري، والتي تتحدث عن عدم جواز تعيين الأجير المساهم قائما بالإدارة إلا إذا كان عقد عمله سابقا بسنة واحدة على الأقل لتعيينه، ومطابقا لمنصب عمله الفعلي، وفي هذه الحالة نص المشرع على ضرورة الاعتداد في حالة الدمج بعقد العمل الذي أبرم مع الشركة المندمجة، وهذا يعنى أن المشرع يعتد صراحة باستمرارية علاقة العمل مع الشركة الدامجة أو الجديدة وانتقاله إليها بكافة آثاره كما لو كان صادرا عنها، وهو موقف سليم، لأن الشركة الدامجة أو الجديدة تخلف الشركة المندمجة خلافة عامة في كل ما لها من حقوق وما عليها من التزامات بما فيها التعاقدات، وهو أمر منطقي كونه يسعى إلى الحفاظ على كيان المنشأة واستمرار مشروعها

[1]- أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة، عمان، 1998، ص 91.

[2]- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر، عدد 17، الصادرة في أول شوال 1410.

الاقتصادي من جهة، وحماية العمال وبالتالي المحافظة على الاستقرار الاجتماعي[1] من جهة أخرى.

3- آثارزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على عقد الكفالة:

يعد عقد الكفالة من العقود محدد المدة، كما يعد من عقود التبرع، والكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بالوفاء به إذا لم يفِ به المدين نفسه[2]، غير أن للكفيل حق إنهاء هذا العقد من جانب واحد، على أن يلتزم فقط بالديون الناشئة قبل إنهائه.

ولما كان الاندماج يترتب عليه انتقال كامل الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، فإن التساؤل يكون حول مصير التزام الكفيل بضمان ديون الشركة المندمجة؟

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يَعرُج إلى هذه المسألة، خاصة وأن مثل هذه العقود تركز على الاعتبار الشخصي، وكذلك الأمر بالنسبة لجل التشريعات المقارنة، لذلك توجب علينا معرفة رأي الفقه في ذلك، حيث افترض التفرقة بين ما إذا كانت الشركة المندمجة كفيلة أو مكفولة[3]، وهذا وفق عدة فرضيات:

الأولى: إذا اندمجت الشركة الكفيلة دون أن تكون الشركة الناتجة عن الاندماج دائنة أو مدينة، ففي هذه الحالة تتحمل الشركة الدامجة الديون الناشئة قبل عملية الاندماج فقط.

أما الفرضية الثانية: وهي حالة اندماج الشركة الكفيلة مع الشركة المكفولة، وهنا ينقضي الالتزام باتحاد الذمة المالية.

وفيما يخص استمرار كفالة الشركة بعد اندماجها، فقد اختلف القضاء الفرنسي حول هذه المسألة، فمنهم من يؤيد ذلك بالنسبة للديون التي كفل الوفاء بها[4]، وهذا الرأي

---

[1]- عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010-2011، ص 74.

[2]- المادة 644 من القانون المدني الجزائري.

[3]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 246.

[4]- وهذا في قرار صادر عن محكمة كولمار بتاريخ 03-12-1981، مستندا لمبدأ شمولية الانتقال الكلي للذمة المالية دون تحفظ، يترتب عليه تبعية الالتزام الفرعي للالتزام الأصلي.

متشدد نوعا ما نظرا لهيمنة الطابع الشخصي على عقد الكفالة، إذ يجد الكفيل نفسه ملزما بكفالة دين الشركة الدامجة كون الشركة المكفولة فقدت شخصيتها المعنوية.

وفي اتجاه مخالف، ذهبت محكمة النقض الفرنسية[1] في قرار لها في 1987، إلى اعتماد فكرة سقوط الالتزام وانتهاءه نتيجة زوال الشخصية المعنوية للشركة المكفولة بسبب الاندماج، مستندا في ذلك لقواعد القانون المدني، وهذا الاتجاه يعد مرجحا ومنطقيا عكس سابقه.

ومن خلال ما سبق فإن الكفيل لا يلزم قانونا بضمان الديون الناشئة إثر عملية الاندماج، إلا إذا أعلن ذلك بمحض إرادته، ويبقى التزامه عن الديون الناشئة قبل تلك العملية قائما، وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي[2].

4- آثار زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على عقد الوكالة:

قد يحدث وأن تُوكل الشركة التجارية أشخاصا آخرين أو شركات للقيام ببعض المهمات أو الأعمال لفائدتها بناء على عقد وكالة، حيث يُعرف هذا الأخير بأنه عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه[3]، فالوكالة وفق هذا المعنى هي تفويض أو إنابة شخص يسمى الموكل لشخص آخر يسمى الوكيل مهمة القيام بتصرف قانوني محدد نيابة عنه، على أن تعود آثار ذلك على الموكل لا على الوكيل[4]، فهو إذا من العقود الرضائية _وإن كان يشترط الشكلية في بعض التصرفات_ ويقع على تصرف قانوني، إذ أنه يقوم على الثقة والاعتبار الشخصي المتبادل لكلا الطرفين.

ولما كان الاندماج يؤدي إلى انقضاء الشركة التجارية المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، وأيضا أن من مميزات عقد الوكالة أنه غير لازم كأصل عام، بالإضافة إلى ضرورات الاعتبار الشخصي، كان للطرفين الحق في إنهائه في أي وقت دون موافقة الطرف الآخر في حالة اختلال الثقة.

---

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 266.

[2]- المادة 421 من مجلة الشركات التجارية التونسية.

[3]- عرفه المشرع الجزائري في المادة 571 من القانون المدني، كما عرفه المشرع المصري بأنه عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

[4]- بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص9.

ونشير هنا أن الوكيل يستمد سلطته من سلطة الموكل، فمنع الموكل من التصرف يمتد أيضا إلى الوكيل بمنعه من ذلك أيضا، كحدوث عارض من عوارض الأهلية، أو الحجر عليه أو الإفلاس، أو بوفاة الموكل أو الوكيل، فينقضي بذلك عقد الوكالة[1].

وبما أن وفاة الموكل أو الوكيل يؤدي إلى انقضاء عقد الوكالة، فإن هذا الحكم الذي ينطبق على الشخص الطبيعي يمكن أن ينطبق في حالة انقضاء الشركة التجارية وزوال شخصيتها المعنوية بسبب الاندماج[2]، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب وهي:

*أن الوكالة عقد غير لازم في الأصل.

*أن سلطة الوكيل مستمدة من سلطة الموكل.

*أن عقد الوكالة قائم أساسا على الثقة المتبادلة، أي على الاعتبار الشخصي لكلى الطرفين.

5- آثارزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة على عقد التأمين:

يعد عقد التأمين من العقود الضرورية لاستغلال المحل التجاري، وهو مرتبط به ارتباطا وثيقا، إلى درجة اعتباره من ملحقاته الأساسية، ولقد جرى تعريفه على أنه عقد يلتزم بموجبه المُؤَمِّن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو تحقق خطر مبين في العقد، في مقابل قسط يؤديه المُؤَمَّن له للمُؤَمِّن[3].

ووفق هذا التعريف يمكن أن نقول أن عقد التأمين هو عقد رضائي –وإن كان دائما يتم في شكل مكتوب- فالكتابة هنا للإثبات لا للانعقاد، بالإضافة إلى كونه عقد إذعان، رغم أنه ملزم لجانبين، كما أنه من العقود الاحتمالية أو ما يسمى أيضا عقود الغرر، بالإضافة إلى أنه من العقود الزمنية أو المستمرة، كما أنه عقد شرطي[4] بمعنى معلق على شرط تحقق الخطر المؤمن منه.

---

[1]- وهذا الحكم قررته المادة 586 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أن الوكالة تنتهي بإتمام العمل الموكل له، أو بانتهاء الأجل المحدد للوكالة، أو بموت الموكل أو الوكيل، وكذلك تنتهي بعزل الوكيل أو بعدول الموكل.

[2]- آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 218.

[3]- المادة 619 من القانون المدني الجزائري.

[4]- محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، ط 1، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1988، ض 218.

والسؤال الذي يطرح في هذه المسألة هو هل لِتَحَقُق عملية الاندماج أي أثر على عقد التأمين المبرم من طرف الشركة المندمجة؟

من طبيعة عقد التأمين أنه من عقود المدة أي من العقود المستمرة التي يتطلب تنفيذها مرور زمن معين، مما يجعل احتمال تغير المراكز القانونية للأطراف واردا، فهل ينتقل عقد التأمين إلى الشركة الدامجة بزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة؟

لقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على الحكم بانتقال عقود التأمين من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، حيث قضت في حكم لها[1] بأن "مؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة قد آلت لها جميع ممتلكات شركة أوتوبيس نهضة مصر وحلت محلها في كافة حقوقها والتزاماتها بما في ذلك الحقوق المترتبة على وثيقة التأمين على السيارة مرتكبة الحادث، وترتيبا على ذلك يكون للمؤسسة المذكورة بوصفها خلفا قانونيا للشركة وقد تحقق الخطر برجوع المضرور بالتعويض المقضي به بحكم نهائي حَقَّ الرجوع على المؤمن تنفيذا لعقد التأمين الذي أبرمه السلف شركة نهضة مصر"، ومن هنا يمكن القول بأن عقود التأمين التي أبرمتها الشركة المندمجة تنتقل إلى الشركة الدامجة بسبب طبيعة هذا العقد الذي يمتد لفترات زمنية محددة.

ثالثا: الشخصية المعنوية للشركة المندمجة في حالة بطلان الاندماج

قد تتوفر بعض الأسباب التي يمكن أن تعيق عملية الاندماج، مما يؤدي إلى الحكم ببطلانه، ومن بين هذه الأسباب نذكر ما يلي:

1- تعسف الأغلبية التي قررت الاندماج:

ينطوي اندماج الشركات التجارية على العديد من الصعوبات، خاصة في شركات المساهمة، أين يخضع فيها التصويت لقانون الأغلبية، مما يمكن أن يؤدي إلى تعسف الأغلبية على حساب مصالح الأقلية ومدى تأثيره على قرار الاندماج في حالة ما إذا كان ينطوي على

[1]- قرار محكمة النقض المصرية رقم 577 بتاريخ 1983/12/27؛
نقلا عن فايز اسماعيل بصبوص، مرجع سابق، ص 221.

تعسف في استعمال الحق، أو أن هدفه كان تحقيق مصلحة شخصية مباشرة لمجلس إدارة أي من الشركات الداخلة في الاندماج أو لأغلبية الشركاء على حساب حقوق الأقلية[1].

اختلف الفقه[2] في تحديد شروط تعسف الأغلبية كسبب لبطلان الاندماج، فمنهم من ذهب للقول بكفاية شرط عدم المساواة بين المساهمين، ومنهم من قال بأن انتهاك المصلحة الجماعية هو المعيار المحدد لوقوع التعسف، فيما جمع أغلبية الفقه بين الشرطين المذكورين معا للقول بوجود التعسف.

غير أن ما استقر عليه القضاء للحكم ببطلان قرار الاندماج على أساس تعسف الأغلبية، يقوم على ثلاثة عناصر وهي:

أ- انتفاء مصلحة الشركة المندمجة.

ب- تقرير الاندماج لتحقيق مصلحة شخصية.

ت- الإضرار بحقوق ومصالح الأقلية.

2- الإضرار بحقوق الدائنين كسبب لبطلان الاندماج.

سبق لنا وأن تحدثنا عن أثر عملية الاندماج على حقوق الدائنين، فإذا كان الاندماج ينطوي على أضرار في حقهم جاز لهم المطالبة ببطلانه، ونفس الأمر في حالة ما إذا كان البطلان ينطوي على غش أو تدليس.

وقد كان موقف المشرع الجزائري واضحا في هذه المسألة، وذلك بنصه على أنه لا يُحتج بالاندماج على الدائنين الذين لم تسدد ديونهم، ولم تُنشأ الضمانات التي أُمر بتقديمها[3].

---

[1]- وكانت محكمة التمييز الفرنسية قد وضعت تعريفا للقرار التعسفي الصادر عن أغلبية المساهمين في الجمعيات العمومية، حيث قالت في الحكم الشهير المعروف بحكم "Piquard" الصادر في 18-04-1961، بأنه القرار الذي يناقض المصلحة الجماعية ويستهدف تحقيق مصلحة مساهمي الأغلبية على حساب مساهمي الأقلية، وهذا الحكم استندت عليه الأحكام الصادرة لاحقا.

CA Paris 26 mai 1978.

Cass. Com, 8 janvier 1973, Bull. civ, Iv,in 13.

[2]- محمود محمد الشوابكة، محمود العدوان، تعسف أغلبية المساهمين كسبب من أسباب بطلان الاندماج، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 3، 2016، ص 86.

[3]- المادة 756 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري.

3- زيادة التزامات المساهمين كسبب لبطلان الاندماج.

4- بطلان الاندماج بسبب خلق منافسة غير مشروعة أو احتكار.

5- صدور قرار الاندماج من جهة غير مختصة بإصداره.

6- الإخلال بالإجراءات القانونية المطلوبة لعملية الاندماج.

ووفقا للقواعد العامة لبطلان العقود، فإنه في حالة الحكم ببطلان قرار اندماج الشركة التجارية، فإن الوضع يُعاد إلى ما كان عليه قبل اتخاذ هذا القرار[1]، وبالتالي تبقى الشخصية المعنوية للشركة التي قررت الاندماج قائمة وكاملة، حسب الوضع القانوني الذي كانت عليه في تلك الفترة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة الدامجة

رأينا فيما تقدم آثار الاندماج على الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وقلنا أنه يؤدي إلى زوال هذه الشخصية مع انتقال ذمتها المالية للشركة الدامجة، فماذا عن آثار هذه العملية على الشركة الدامجة أو الجديدة؟

للبحث في هذه المسألة يتوجب علينا تحديد هذه الآثار على الشركة الدامجة القائمة من قبل، بالإضافة إلى الآثار المترتبة عن عملية الاندماج بالنسبة للشركة الجديدة الناتجة عنه.

أولا: آثار الاندماج على الشركة الدامجة القائمة من قبل

يترتب على قيام شركة تجارية بدمج شركة أو عدة شركات أخرى، العديد من الآثار، سواء فيما يتعلق بذمتها المالية من زيادة في رأسمالها بحصة عينية ممثلة في ذمة الشركة المندمجة، أو في زيادة عدد المساهمين فيها، وبالتالي زيادة أعضاء مجلس الإدارة.

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (113، سنة 38) الصادر بتاريخ 1972/12/18، عندما قررت أن: "اندماج الشركات بطريق الضم –يترتب عليه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تنقضي الشركة المندمجة، وتمحى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية، وتحل محلها الشركة الدامجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات،

[1]- مرامرية سناء، بطلان اندماج الشركات وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، العدد الثاني، المجلد الحادي عشر، 2018، ص 217.

وتخلفها في ذلك خلافة عامة، ومن ثم تختصم وحدها في خصوص الحقوق والديون التي كانت للشركة المندمجة أو عليها"[1].

وبما أن هذه الصورة من الاندماج تستلزم فناء شركة على الأقل، فإن ذلك يستلزم أيضا تعديل نظام الشركة الباقية لزيادة رأسمالها بالقدر الذي يستوعب الحصص أو الأسهم الجديدة التي ستعطى لمن كانوا شركاء أو مساهمين في الشركة المندمجة.

أما إذا كان الاندماج يهدف إلى تأسيس شركة جديدة فإن ذلك يستوجب اتباع إجراءات التأسيس المنصوص عليها في القانون التجاري.

ونوضح فيما يلي هذه الآثار مقتصرين على الجانب المتعلق بالتغيرات التي تطرأ على عناصر الشخصية المعنوية للشركة الدامجة من جهة، وحصر آثار الاندماج على الشركة الجديدة الناتجة عنه.

1- زيادة رأس مال الشركة الدامجة:

سبق القول بأن الشركة الدامجة تبقى متمتعة بشخصيتها المعنوية، إلا أن ذلك لا ينفي وجود أثار مترتبة على الاندماج، إذ يعد زيادة رأسمال الشركة الدامجة أول أثر مباشر عن هذه العملية، وذلك بضم ذمم الشركات المندمجة إلى ذمتها المالية، التي تنتقل محملة بكامل عناصرها من أصول أو خصوم[2]، وهي كما قلنا حصص عينية لأن الشركة المندمجة تنقضي ولكن يبقى مشروعها الاقتصادي مستمرا، وتتولى الشركة الدامجة إدارة هذا المشروع لمصلحتها ولحسابها، ولكن هذه العملية تتطلب تقدير هذه الحصص، ثم تحويلها إلى أسهم.

أ-تقدير الحصة العينية في الشركات:

يتم تقدير الحصص العينية للشركة المندمجة الممثلة في ذمتها المالية كاملة وفق نفس القواعد التي قررها القانون لكل نوع من أنواع الشركات، وهذا ما أحالت إليه المادة 754 من القانون التجاري الجزائري بتطبيق ما ورد في المادة 707 من نفس القانون في حال ما إذا كانت الشركة الدامجة هي شركة مساهمة، حيث يعين مندوب حصص واحد أو أكثر من المندوبين

[1]- آلاء محمد فارس حماد، مرجع سابق، ص 29.

[2]- سعدون ليندة، مرجع سابق، ص 65 ما يليها.

المكلفين بتقدير الحصص العينية بقرار قضائي بطلب من رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، ويُعرض تقرير هذا المندوب على الجمعية العامة غير العادية للمصادقة عليه.

ويسري على باقي أنواع الشركات الأخرى نفس الأشكال المتبعة في تقدير الحصص العينية، دون أن نفصل في ذلك أكثر لأنها تخضع للأحكام العامة للشركات التجارية.

غير أن المشرع الفرنسي سعى إلى إضفاء طابع خاص على هذه العملية، إذ نص على ضرورة تعيين مندوب الاندماج الذي يعين بموجب أمر على ذيل عريضة من المحكمة التجارية مختص فقط في الاندماج[1].

ب-تحويل الحصص العينية إلى أسهم:

بعد انتقال الذمة المالية للشركة الجديدة في شكل حصص عينية يتم تحويلها إلى أسهم قابلة للتداول، وهذا خاص بشركات المساهمة، حيث نصت المادة 715 مكرر 59 على أنه: "في حالة اندماج شركات أو في حالة تقديم الشركة لجزء من عناصر أصولها المالية لشركة أخرى، تصبح الأسهم قابلة للتداول قصد تحقيق هذا الاندماج، وتفتح هذه الأسهم المجال حسب الحالات، لإصدار أسهم جديدة تؤخذ بتحويل الاسهم القديمة إلى سعر معادل أو إلى تسعيرة".

وبهذه الحالة يصبح تداول الأسهم العينية المقدمة من الشركة المندمجة قابلا للتداول، وهذا مراعاة لطبيعة الاندماج وما يمكن أن يحققه من فرص لإنجاح الاستثمار وتشجيع المنافسة[2].

2- زيادة أعضاء مجلس إدارة الشركة الدامجة:

لا يطرح الأمر أي إشكال إذا ما كان الاندماج لصالح شركة تضامن أو توصية بسيطة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، فيما يخص مسألة زيادة أعضاء مجلس الإدارة لأن أعمال الإدارة يمكن أن يقوم بها كل الشركاء المتضامنون، أو يقوم الشركاء بتعيين مدير أو أكثر من الشركاء أو غيرهم.

---

[1] - Article L 236-10 de code de commerce Français.

[2] - طاهري بشير، مرجع سابق، ص 196.

أما فيما يتعلق بشركة المساهمة، فإن الأمر لا يطرح إشكالا في مشاركة المساهمين الجدد والقدامى في إدارة الشركة الدامجة من خلال الجمعيات العامة، وإنما تبرز الصعوبة في إدارة الشركة من خلال مجلس الإدارة، خاصة وأن القانون يضع حدا أقصى لعدد أعضاء المجلس، إذ لا يقل عن ثلاثة أعضاء بالنسبة لمجلس الإدارة، وعن سبعة بالنسبة لمجلس المراقبة، وأن لا يزيد عن اثني عشر عضوا في الحالتين[1].

غير أن المشرع أجاز في حالة الدمج رفع العدد الكامل للقائمين بالإدارة الممارسين منذ أكثر من ستة أشهر إلى (24) أربعة وعشرون عضوا، وهذا العدد هو حد أقصى لا يمكن تجاوزه في أي حال من الأحوال[2].

كما لا يجوز أي تعيين لقائمين جدد بالإدارة أو استخلاف من توفى أو استقال أو عزل ما دام عددهم لم يقل عن (12) اثني عشر عضوا، إلا في حالة الدمج الجديد[3].

وينتخب رئيس مجلس الإدارة من ضمن أعضائه، على أن يكون شخصا طبيعيا[4]، كما يمكن الاتفاق على الابقاء على الرئيس السابق.

أما إذا كانت الشركة تختار النظام الحديث للإدارة، فإن تعيين القائمين بالإدارة يمكن أن يتم وفق أحكام المادة 645 من القانون التجاري الجزائري، بحيث يقوم مجلس المديرين باقتراح عزلهم على الجمعية العامة، التي تصدر قرار العزل، ثم يتولى مجلس المراقبة الجديد بعد عملية الدمج بتعيين مجلس مديرين جديد يتوافق مع إرادة الشركات المندمجة، ثم تعيين رئيس مجلس المديرين.

لكن ما يمكن أن يثار في هذه المسألة هو ما إذا كان أعضاء مجلس الإدارة للشركات المندمجة يفوق الحد الأقصى المقرر قانونا، أي في حالة تجاوز هذا العدد (24) عضوا، وهي مسألة لم يُشِر إليها المشرع الجزائري، بخلاف المشرع المصري الذي اكتفى بتحديد حد أدنى لأعضاء مجلس الإدارة في حالة الدمج دون أن يضع حدا أقصى لذلك[5]، وإن كان هذا محل

---

[1]- المادتين 610 و 657 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 610 الفقرة الثانية من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 610 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري الجزائري.

[4]ـ المادة 635 من القانون التجاري الجزائري.

[5]- المادة 77 فقرة 01 من قانون الشركات المصري.

انتقاد من طرف الفقه المصري[1]، على اعتبار أن عدم تحديد عدد أقصى لأعضاء مجلس الإدارة يمكنه أن يؤدي إلى عرقلة نشاط المجلس وإضعافه، إذا بلغ عدد الأعضاء حدا يتعذر معه عملية إصدار القرارات.

ثانيا: آثارالاندماج على الشركة الدامجة الجديدة

ينتج عن عملية الاندماج عن طريق المزج شركات جديدة، مما يعني ضرورة اتخاذ إجراءات التأسيس المنصوص عليها في القانون التجاري وفقا لقواعد تأسيس الشركات حسب الشكل المختار الناتج عن عملية الاندماج[2].

غير أن هذه الطريقة تثير العديد من الصعوبات إذا ما تعلق الأمر بتأسيس شركة المساهمة، نظرا للإجراءات المعقدة التي تفرضها عديد المراحل الواجبة لتأسيس هذا النوع من الشركات، وهو ما يدفعها إلى اختيار الاندماج عن طريق الضم باعتباره أسهل وأبسط من ناحية الإجراءات.

وتخضع الشركات الجديدة الناتجة عن طريق الاندماج إلى الشروط الواجب توفرها عند التأسيس من أركان موضوعية عامة وخاصة، وكذا أركان شكلية، وفقا للأحكام العامة للشركات التجارية، غير أن تأسيس الشركة في هذه الحالة يكون بتقديم حصص عينية مكونة من ذمم الشركات المندمجة[3]، وهذا في حالة عدم وجود شركاء آخرين تمثلت مساهمتهم في حصص نقدية.

بالإضافة إلى الشروط الشكلية المقررة في حالة تأسيس شركات جديدة، وكذا نشر قانونها الأساسي، يتوجب كذلك نشر تقرير مندوب الحصص المتعلق بتقدير الحصص المقدمة من الشركات المندمجة، وتبيان ما إذا كانت تساوي مبلغ رأس مال الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج[4].

---

[1]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 258.

[2]- المادة 745 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- وهذا ما جاءت به المادة 755 من القانون التجاري الجزائري حينما نصت على أنه: "إذا تحقق الاندماج عن طريق انشاء شركة جديدة فإنه يمكن أن تتكون هذه الشركة دون حصص أخرى غير تلك التي تكونت من جراء الاندماج..."

[4]- المادة 759 من القانون التجاري الجزائري.

لكن يُثار التساؤل حول عدد الشركاء في شركة المساهمة باعتبار مقدم الحصة هو الشركة المندمجة، وأن المشرع اشترط أن لا يقل عدد الشركاء عن سبعة، فهل يشترط إذا لاندماج عدة شركات في شركة جديدة أن يكون عددها لا يقل عن سبعة شركات؟

مما لا شك فيه أن اشتراط الاندماج في شركة جديدة تأخذ شكل شركة المساهمة بعدد شركات لا يقل عن سبعة يعد عقبة أمام تحقيق هذه العملية[1]، ولذلك رأى الفقيه Royer[2] أنه لتجنب هذه الصعوبة ينبغي التوجه إلى تعديل طريقة الاندماج بواسطة الاستيعاب بدلا من الاندماج بتأسيس شركة جديدة، وهذا الرأي أخذ بفكرة الشركة المندمجة كشريك في الشركة الجديدة باعتباره مقدم الحصة العينية.

لكن اتجاه آخر سار خلاف ذلك[3]، حيث اعتبر أن عدد الشركات المندمجة لا يشكل عائقا أما تأسيس شركة جديدة، على أساس أن مساهمي الشركات المندمجة هم المساهمين في الشركة الجديدة بصفتهم الفردية ولا يمثلون الشركة المندمجة بوصفها شخص معنوي مستقل عنهم.

والراجح حسب رأينا هو ما قاله الاتجاه الثاني، لأن المساهمين في الشركة الجديدة هم من يتمتع بحقوق التصويت والإدارة والاستفادة من الأرباح لحسابهم الخاص وليس لحساب الشركة المندمجة التي كانوا مساهمين فيها، ولأنه سبق وأن قلنا أن الشركة المندمجة تنقضي وتزول شخصيتها المعنوية، وتنتقل ذمتها المالية إلى الشركة الجديدة والتي هي في الأساس حقوق المساهمين فيها، وهو الموقف الذي تبناه كل من المشرعين الفرنسي والجزائري[4].

وبالرغم مما سبق، يمكن للشركات الراغبة في الاندماج أن تلجأ إلى اجتذاب أشخاص من الغير بغرض الاكتتاب في رأس مال الشركة الجديدة، شرط تحقق الحد الأدنى القانوني لعدد المؤسسين.

---

[1]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 202.

[2]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 178.

[3]- مرجع نفسه، ص 179.

[4]- المادة 755 من القانون التجاري الجزائري.

المبحث الثاني: انفصال الشركة التجارية و أثره على شخصيتها المعنوية

يُعتبر الانفصال العملية العكسية لاندماج الشركات التجارية، بحيث تنشأ عنه شركات جديدة لم تكن موجودة سلفا، فيما يؤدي إلى اختفاء الشركة المنفصلة أو إلى تقليص حجمها، ولهذا السبب تخضع عملية الانفصال في كثير من أحكامها لنفس ما قيل عن عملية الاندماج، غير أننا قررنا في بحثنا هذا الحديث عن الجانب القانوني لكل منهما بشكل منفصل لتحديد تأثيرهما على الشخصية المعنوية للشركات الداخلة في عملية الدمج من جهة، وتحديد آثار عملية الانفصال على الشركة المنفصلة والشركة القائمة قبل الانفصال.

ووفقا لما تقدم، ارتأينا تقسيم دراسة عملية انفصال الشركات التجارية وتأثيراتها على الشخصية المعنوية إلى مطلبين:

الأول، نتحدث فيه عن آثار الانفصال على الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة والمستفيدة من الانفصال وعلى الغير.

أما الثاني، فنعرج فيه إلى أثر الانفصال على عناصر الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة.

المطلب الأول: آثار الانفصال على الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة وعلى دائنيها

يُؤدي الانفصال إلى تجزئة الشركة المنفصلة إلى أجزاء، إذ تنقضي هذه الشركة، فيما يأخذ كل جزء من الأجزاء المنفصلة حريته، ليشكل بذلك شركة جديدة، قائمة بذاتها، أو تُضم إلى شركة موجودة عن طريق الاندماج[1]، وهو ما يسمى بالاندماج عن طريق الانقسام.

ويقصد بالانفصال في اللغة الفراق والانقطاع عنه، وإن كانت بعض التشريعات تأخذ بمصطلح الانقسام، إلا أن الترجمة الصحيحة لكلمة scission وهو المصطلح المعتمد من طرف المشرع الفرنسي يقابلها في اللغة العربية مصطلح الانفصال وليس الانقسام الذي يمكن أن يُعَبر أيضا عن فروع الشركات والتي لا تتمتع بالشخصية المعنوية وتبقى تابعة للأصل.

ويعتبر الفقيه[2] Bruno dondero أن الانفصال هو تقسيم الشركة لذمتها المالية لعدة شركات موجودة أو جديدة.

---

[1]- عز الدين بنستي، الشركات في القانون المغربي، الجزء الثاني، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، المغرب، ص 179.

[2]- Bruno Dondero, Droit des sociétés, 2ème édition, Dalloz, France, 2011, p 251.
Laure Siné, Op.cit, p 126.

أما الفقيه[1] Michel Germain فرأى بأن الانفصال هو الآخر يؤدي إلى انحلال الشركة وانقضائها دون تصفية، وهو بهذا يقترب من النظام القانوني للاندماج، وإن كان هذا الأخير يتحقق بانتقال ذمتها المالية مجتمعة، فيما تنقسم ذمة الشركة المنفصلة إلى عدة ذمم.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الانفصال، وهو أمر اعتاد المشرع تعمده تاركا المجال للفقه، نفس الكلام يمكن قوله عن المشرع الفرنسي، غير أن الفقه الجزائري لم يتطرق كذلك لهذه المسألة بخلاف نظيره الفرنسي كما رأينا سابقا، أما المشرع التونسي فقد أورد تعريفه الخاص معتمدا على طريقة حصوله بقوله: "يتم انقسام الشركات بواسطة اقتسام ذمتها المالية بين عدة شركات موجودة أو بتكوين شركات جديدة، ويكون الانقسام جزئيا أو كليا، وإذا كان كليا ينجر عنه وجوبا اضمحلال الشركة المنقسمة دون تصفية، ويجب تحرير كامل رأسمال الشركة المجزأ.

ولا ينسحب الانقسام إلا على الشركات خفية الاسم وشركات المقارضة بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة"[2]

ومن خلال هذه التعريفات يظهر الفرق جليا بين الاندماج والانفصال، فالاندماج يقوم على الجمع والضم والتركيز، فيما يقوم الانفصال على التقسيم والتجزئة، ولذلك رأينا أن نتطرق إلى وضع الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة (فرع أول) مع اكتساب الشخصية المعنوية للشركات المستفيدة من الانفصال، وهذا ما يطرح التساؤل حول حقوق دائني الشركة المنفصلة (فرع ثاني).

الفرع الأول: أثار الانفصال على الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة

من خلال التعريفات السابقة لانفصال الشركات التجارية، يمكننا القول أن هذه العملية تتحقق بتقاسم عناصر الذمة المالية للشركة المنقسمة بين الشركات المستفيدة من الانفصال، فهي تقاسم أموال أو ذمم مالية، دون أن يكون بالضرورة انفصال أشخاص[3]، إذ

[1]- Michel Germain, Veronique Manjnier, Les sociétés commerciales, 19ème édition, Lextense édition, France, 2010, p 691.

[2]- المادة 428 من مجلة الشركات التونسية.

[3]- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية مرجع سابق، ص 173.

يمكن أن تتولد عنه شركتان أو أكثر بنفس الشركاء الأصليين في كل أو بعض الشركات الناتجة، كما قد يكون الانفصال باستحداث شركات جديدة مع تفرق الشركاء بينها[1].

وباعتبار الانفصال عكس الاندماج، فإن الانفصال مبدؤه شركة واحدة تنقسم إلى شركتين فأكثر، بمعنى الانتقال من الوحدة إلى التعدد، فهو تفكيك ذات معنوية واحدة إلى عدة ذوات معنوية، وتخضع في ذلك لنفس قواعد الاندماج إلا ما ورد به نص خاص.

وتتأثر الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة بحسب طبيعة الانفصال، فإذا كان الانفصال كليا فإن الشركة الأصلية تندثر وتزول شخصيتها المعنوية، أما إذا كان الانفصال جزئيا، فإن ذلك يعني بقاء الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية، مع استحداث شركة أو شركات أخرى إلى جانبها، وهذا ما أقرته المادة 744 من ق ت ج والتي أجازت للشركة أن تقدم رأسمالها لشركات جديدة بطريقة الانفصال، ولا يكون ذلك إلا بشروط محددة وإجراءات خاصة.

أولا: أنواع الانفصال وتمييزه عما يشابهه من عمليات

يختلف تطبيق النص القانوني في حالة الانفصال حسب نوع هذا الأخير، مما يحدد مآل الشركة المنفصلة ما إذا كانت ستزول كليا أو أنها ستبقى مع ما سينشأ من شركات جديدة، وما يترتب عن ذلك من أحكام، ولذلك سنتحدث فيما يلي عن أنواع الانفصال لتحديد حالة الشخصية المعنوية في كل نوع، مع ضرورة الإحاطة بالفروقات التي تفصل بين عملية الانفصال عما يشابهها من مصطلحات قانونية والمتمثلة في بعض العمليات التي يمكن أن تتداخل معها من حيث المفهوم الذي ينعكس حتما على طبيعة الآثار المترتبة عن كل منها.

1- أنواع الانفصال:

يمكن للانفصال أن يتم وفق عدة أنواع، تختلف فيما بينها من حيث الأثر المترتب على هذه العملية، ونذكر من بين هذه الأنواع ما يلي:

[1]- أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 586.

أ- الانفصال الكلي والانفصال الجزئي:

قد يكون انفصال الشركة التجارية كليا وهذا في حال ما إذا قامت بنقل كامل ذمتها المالية لشركات جديدة أو موجودة، دون تصفيتها، وهو ما يؤدي حتما إلى انقضاء الشركة المنفصلة مع زوال شخصيتها المعنوية[1].

كما قد يكون الانفصال جزئيا، إذا تخلت الشركة عن جزء من ممتلكاتها وتخصيصها لنشاط محدد، يمارس من خلال شركة أو شركات جديدة تنشأ لهذا الغرض، أو لشركة موجودة من قبل، ويكون الهدف من هذه العملية التخصص في العمل الاقتصادي[2]، ويتميز هذا النوع بعدم انحلال الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة التي تبقى قائمة ومستمرة في تحقيق غرضها.

ب- الانفصال البات والانفصال المصحوب بالاندماج:

يكون انفصال الشركة باتا إذا لم يقترن باندماجها في شركة أخرى موجودة سلفا، أي أن الانفصال في هذه الحالة يكون بنقل الذمة المالية لشركات جديدة تكتسب شخصية معنوية نتيجة هذه العملية، سواء كان الانفصال جزئيا أو كليا، وهو ما يصطلح المشرع الفرنسي على تسميته بالانفصال البسيط[3].

أما الانفصال المصحوب باندماج فمفاده تقديم الشركة المنفصلة ذمتها المالية لشركة أو عدة شركات قائمة بالتساوي أو بنسب يحددها مشروع الانفصال، أو تشارك معها في تكوين شركة جديدة، وسُمِّيت هذه العملية كذلك لاشتمالها على الاندماج والانفصال معا[4].

وقد يكون الانفصال في هذه الحالة بتقديم جزء من ذمة الشركة المنفصلة لشركة أو عدة شركات قائمة مع بقاء جزء آخر في ذمة الشركة المنفصلة –انفصال جزئي- وبالتالي احتفاظها بشخصيتها المعنوية، كما قد يكون بتقديم كامل ذمتها المالية فيؤدي ذلك إلى انقضاء الشركة المنفصلة وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية.

---

[1]- المادة 744 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 37.

[3]- أحمد محمد محرز، اندماج الشركة من وجهة النظر القانونية، مرجع سابق، ص 10.

[4]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الثالث عشر، تحويل الشركة وانقضاؤها واندماجها، ص 228.

ت- الانفصال الرأسي والانفصال الأفقي:

يكون الانفصال رأسيا إذا كانت الشركات الناتجة عنه تمارس نشاطا متكاملا، ولا يهم إن كان الانفصال باتا أو مصحوبا بالاندماج، أو كان جزئيا أو كليا.

أما الانفصال الأفقي فهو أن تمارس جميع الشركات الناتجة عن الانفصال نفس النشاط، بغض النظر عن نوع الانفصال.

وهذا التقسيم لعملية الانفصال يقتضي أن يكون المشروع ضخما يستدعي التقسيم إلى مشروعين أو أكثر بغرض زيادة الكفاءة الانتاجية للمشروع وتخفيض نفقات الانتاج، أو بهدف تفادي الصعوبات الناجمة عن إدارة المشروعات الضخمة[1].

ث- الانفصال الطوعي والانفصال القسري:

كأصل عام الانفصال هو عبارة عن عمل إرادي، تلجأ إليه الشركة المنفصلة دون تدخل من الدولة أو القضاء، ولا يلزمانها في ذلك ما دامت محترمة لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة،

فالانفصال في حقيقته هو قرار إرادي يصدر عن هياكل الشركة لأسباب يراها الشركاء وجيهة أو ضرورية لتطوير النشاط أو لمجابهة ظرف ما، كوضع حد للنزاعات بين الشركاء، أو بهدف التحول من نظام الشركة الواحدة إلى نظام تجمع الشركات، وهو ما يسمى بالانفصال الطوعي، وقد يكون الانفصال جبريا أو قسريا لتلافي الممارسات المخلة بالمنافسة، كوضعية الهيمنة الاقتصادية بغرض السيطرة على السوق [2].

---

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 40.

[2]- وفي هذا الصدد اعتبر القضاء الأمريكي أنه من ضمن اختصاصه وضع حد للهيمنة على الأسواق عبر الحكم بانقسام الشركات المعنية، وجاء حكم القاضي "توماس بنفيلد جاكسون" بتاريخ 2000/06/07 في هذا الاتجاه، حيث أصدر القاضي الأمريكي حكما ابتدائيا بانقسام شركة "مايكروسوفت" لمنع سيطرتها الكلية على سوق البرمجيات المعلوماتية، بناء على دعوى رفعتها وزارة العدل الأمريكية لمواجهة التعسف في استعمال وضعية الهيمنة في السوق وتعطيل المنافسة الحرة، إلا أن هذا الحكم تم نقضه بعد استئنافه.

واستند هذا القاضي إلى فقه قضاء قضية "ستاندر أويل" التي اعتبرت الحالة المرجعية في هذا المجال، حيث صدر عن المحكمة العليا الامريكية سنة 1911 حكما يقضي بحل الشركة السابقة الذكر بالنظر إلى ممارساتها الاحتكارية في مجال تجارة النفط المصفى، والنفط الخام بالتبعية، وهذا ما دفع بالقاضي جاكسون إلى اعتبار شركة مايكروسوفت "غير

2- تمييز الانفصال عما يشابهه من عمليات:

لتحديد تأثير الانفصال على الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة، توجب علينا تحديد مفهومه أكثر من خلال تمييزه عن العمليات التي يمكن أن تتداخل معه من حيث الشكل أو النتائج وغيرها، ومنها الإحالة الجزئية للأصول، والشركات القابضة والشركات الوليدة، بالإضافة إلى تمييز الانفصال عن تحول الشركات وانحلالها.

أ- الانفصال والإحالة الجزئية للأصول:

عرف الفقه الفرنسي[1] الإحالة الجزئية للأصول بأنها مساهمة شركة بجزء من أصولها لصالح شركة أخرى قائمة من قبل أو أنشئت لهذا الغرض، في مقابل الحصول على عدد من أسهم هذه الأخيرة، ويتم توزيعها على شركاء أو مساهمي الشركة المُحِيلة، فيما المشرع الجزائري لم يحدد نظام الإحالة الجزئية للأصول.

ولا يثير الأمر أي لبس في حالة الانفصال الكلي، لأن الشركة المنفصلة في هذه الحالة تنقضي وتزول شخصيتها المعنوية، فيما تبقى الشركة المُحِيلة لجزء من أصولها قائمة ومحتفظة بشخصيتها المعنوية، ولكن يقع الخلط بين العمليتين في حالة الانفصال الجزئي أين تبقى الشركة المنفصلة محتفظة بشخصيتها المعنوية، فقد يكون الانفصال الجزئي أقرب إلى الإحالة الجزئية للأصول إذا تخلت الشركة المنفصلة عن جزء من أصولها لصالح شركة قائمة من قبل أو تأسست لغرض.

غير أنه إذا أُحيل جزء من الخصوم والأصول إلى الشركة المستفيدة من الانفصال، فإن أحكام الانفصال وإجراءاته هي التي تسري على هذه الحالة.

جديرة بالثقة" وأنها منظمة بشكل يجعلها لا تقبل فكرة مخالفتها للقانون، مما يستوجب فرض معالجة هيكلية لهذه الوضعية، وهو القضاء بانقضائها الإلزامي.

وفي أوروبا، سنة 2014، تمت مباشرة إجراءات رسمية بهدف فرض انقسام شركة "Google" للتصدي لسيطرتها الكلية على سوق محركات البحث، وفي سبيل ذلك أصدر البرلمان الاوروبي في 2014/11/27 توصية إلى المفوضية الأوروبية لاتخاذ ما يلزم لضمان حسن تطبيق قواعد المنافسة في السوق التجارية المرتبطة بمحركات البحث، وكان جوهر التوصية هو إلزام الشركة بفصل الإشهار عبر الانترنت عن محرك البحث.

أحمد الورفلي، مرجع سابق، ص 589 ، 590.

[1]- Alexis Constantin, Droit des sociétés, 4ème édition, mementos Dalloz, France, 2010, p 330.

ب- تمييز الانفصال عن الشركات الوليدة:

نظرا لأهمية عملية الانفصال في حياة الشركة، فإن المشرع قد فرض جملة من الاجراءات والشروط لانتقال الذمة المالية للشركة المنفصلة إلى الشركات المستفيدة من الانفصال، ومن بين هذه الاجراءات ضرورة موافقة الجمعية العامة غير العادية على مشروع الانفصال، وهو ما لا ينطبق على الشركات الوليدة، التي تنشأ بقرار من مجلس الإدارة دون الحاجة إلى استشارة المساهمين أو تعديل القانون الأساسي للشركة، غير أن وجه الشبه بينهما هو أن كلاهما يؤدي إلى انشاء شركات جديدة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، إلا إذا كان الانفصال لصالح شركات قائمة من قبل.

كما يظهر الاختلاف جليا في حالة الانفصال الكلي، إذ تنقضي شخصيتها المعنوية، بخلاف الشركة الأم في حالة الشركات الوليدة، والتي تبقى قائمة ومتمتعة بشخصيتها المعنوية.

ت- تمييز الانفصال عن الشركات القابضة:

الشركة القابضة أو كما تسمى أيضا بشركة الهولدينغ، هي الشركة التي تملك مجموعة مشاركات في شركات أخرى، أو هي شركة لها موضوع حصري مالي أو إداري يَكْمُن في أخذ وإدارة المشاركات في الشركات الأخرى بهدف السيطرة عليها[1]، وهي شركات لا تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا، وإنما تنشط في المجال المالي فقط، وينحصر دورها في إدارة ومراقبة الشركات التي تمتلك فيها مجموعة من الأسهم التي تضمن لها السيادة فيها، وقد عرفها المشرع الجزائري[2] بأنها شركة مراقبة لشركة ما، كما حدد الحالات التي يمكن أن يشملها هذا التعريف.

ومن خلال الدور الذي تقوم به الشركات القابضة يظهر الفرق بينها وبين الشركة المنفصلة، فالأولى تنشأ من أجل المراقبة لشركات أخرى تملك فيها أسهما، فيما الثانية ليس لها أي دور رقابي على الشركات المستفيدة من الانفصال، بل إنها تفقد شخصيتها المعنوية في حالة الانفصال الكلي، أما في حالة الانفصال الجزئي فإنها لا تقوم بعملية الرقابة على

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 46.

[2]- المادة 731 من القانون التجاري الجزائري.

الشركات المستفيدة من الانفصال، وإنما تناط هذه المهمة لمجموعة المساهمين الذين انفصلوا عنها بموجب قرار الانفصال، وأضحو يمتلكون أسهما في الشركات الجديدة[1].

كما تختلف الشركة القابضة عن الشركة المنفصلة من حيث النشاط، فالأولى لها دور رقابي أو إداري على المشاركات التي تمتلكها في شركات أخرى، في حين الثانية تبقى تمارس نشاطها الصناعي أو التجاري في حالة الانفصال الجزئي.

ث- تمييز الانفصال عن تحول الشركات:

تحول الشركات هو تغيير الشكل القانوني للشركة التجارية من نوع إلى آخر، مع بقائه بكامل ذمته المالية وبنفس الشركاء أو المساهمين، ولكن يأخذ شكلا جديدا مغايرا للشكل القانوني الذي تأسس وفقه، فهذه العملية تمس شخصا معنويا واحدا.

أما عملية الانفصال فهي تتعلق بشخص معنوي واحد في البداية لتنتهي بقيام عدة أشخاص معنوية جديدة أو ترتبط بأشخاص معنوية قائمة من قبل، فضلا عن أن الانفصال الكلي للشركة يؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية، وهو ما لا نجده في تغيير شكل الشركة بتحولها إلى شكل آخر، وحتى في حالة الانفصال الجزئي فإن ذلك يؤثر على أبرز عناصر الشخصية المعنوية للشركة والمتمثل في ذمتها المالية، في حين أن تحول الشركات لا يؤدي إلى انتقال ذمتها المالية لشركات أخرى.

بالرغم من ذلك قد يترتب عن الانفصال في بعض الحالات تغيير في شكل الشركة، كانفصال شركة مساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، إلا أن حتمية الانفصال هي التي أدت إلى تغيير الشكل القانوني للشركة.

ج- تمييز الانفصال عن الانحلال:

قد يظهر اللبس بين الانحلال والانفصال في حالة الانفصال الكلي، إذ يؤدي كلاهما إلى انقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية، ولكن بالرجوع إلى تقنيات كل واحدة من هذه العمليات يمكننا تحديد أوجه الاختلاف بينهما.

---

[1]- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الثالث عشر، تحويل الشركاء وانقضاؤها واندماجها، مرجع سابق، ص 270.

بالرغم من أن الانفصال يؤدي إلى انحلال الشركة المنفصلة، إلا أن ذلك لا يعد سوى مرحلة إجرائية فرضها المشرع لتحقيق عملية الانفصال، فهو يمثل وسيلة إجرائية للوصول إلى هذه العملية، بخلاف الانحلال الذي يعد هدفا في حد ذاته، أي أنه يقصد وضع حد للشركة المنحلة مع إنهاء مشروعها الاقتصادي بتصفيتها وقسمة أموالها على الشركاء أو المساهمين.

ويختلف الأمر تماما في حالة الانفصال الجزئي، فهذه العملية لا يشملها الانحلال وتبقى الشركة المنفصلة قائمة ومتمتعة بشخصيتها المعنوية.

ثانيا: شروط تحقق انفصال الشركة التجارية

لم يترك المشرع الجزائري عملية انفصال الشركات دون تقييدها بشروط، وذلك ضمن النصوص المنظمة لعمليتي الاندماج والانفصال الواردة في القانون التجاري وهي:

1- ضرورة الموافقة على قرار الانفصال حسب الشروط المطلوبة في تعديل قانونها الاساسي[1]، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحصر هذه العملية على نوع محدد من الشركات التجارية، بل أجاز تحقيقها بين شركات ذات شكل مختلف، شرط أن تُأسس كل واحدة منها حسب القواعد الخاصة بكل شكل من الأشكال الموافق عليها، عكس المشرع التونسي الذي حصر امكانية تحقيق عملية الانفصال في شركات الأموال دون غيرها، أي لا يشمل سوى شركات المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم، دون شركات الاشخاص، وبالتالي إذا رغبت هذه الأخيرة في الانفصال فما عليها إلا أن تقوم أولا بتغيير شكلها القانوني إلى شركة أموال ثم بعد ذلك يمكنها الشروع في عملية الانفصال، وهذا الأمر لا ينطبق على التشريع الجزائري وإن لم ينص على ذلك صراحة، فقد نصت المادة 750 من ق ت ج على أن: "يقدم مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة حسب الأحوال، مشروع الإدماج أو الانفصال وملحقاته لمندوبي الحسابات إن وجدوا ...من انعقاد جمعية الشركاء أو المساهمين المدعوين للنظر في هذا المشروع"، فالمشرع تحدث عن مجلس الإدارة أو القائمين بالإدارة، وأيضا تحدث عن المساهمين والشركاء، كما أشار إلى مندوبي الحسابات إن وجدوا، وهذا النص لا يدع مجالا للشك في أن المشرع الجزائري أجاز عمليتي الانفصال و الاندماج لكل من

[1]- المادة 745 من القانون التجاري الجزائري.

شركات الأموال وشركات الأشخاص على حد سواء، وإن كانت مبررات عملية الانفصال تدل على أن هذه العملية لا ترد إلا على الشركات الكبرى والتي هي في مجملها شركات أموال.

2- عدم زيادة تعهدات الشركاء أو المساهمين لشركة أو عدة شركات معنية، وفي هذه الحالة لا يمكن تقرير عملية الانفصال إلا بموافقة الشركاء أو المساهمين المذكورين بالإجماع[1]، وهو تقييد لما ورد في نص المادة 745 في فقرتها الثانية، والتي أشارت إلى أن تأسيس الشركات المستفيدة من الانفصال الجديدة يتم حسب القواعد الخاصة بكل شكل من الشركة الموافق عليها، فإذا كانت الشركة الناتجة عن الانفصال الجديدة هي شركة مساهمة، وكان هناك زيادة في تعهدات المساهمين فيها، فإن الموافقة المطلوبة في هذه الحالة هي بالإجماع وليست بالأغلبية المقررة للجمعية التأسيسية، وينطبق على ذلك كل ما قيل عن هذه الجزئية في حالة الاندماج.

ثالثا: إجراءات انفصال الشركة التجارية

تتم عملية انفصال الشركات التجارية وفق ضوابط وشروط محددة قانونا[2]، وإن كانت في مجملها هي نفسها المتعلقة بعملية الاندماج، إلا أننا في هذا المجال سنتحدث عن خصوصيات الاجراءات المتعلقة بعملية الانفصال، كونه كما قلنا آنفا ينتج عنه عدة ذوات معنوية تتمتع كلها بشخصية معنوية مستقلة وما يترتب عن ذلك من آثار.

ويتخذ قرار الانفصال من طرف الجمعية العامة غير العادية للشركة المنفصلة ويؤول رأسمالها إلى الشركات الناتجة عنه ويوزع حسب الشروط المقررة في مشروع الانفصال، وبالرجوع إلى إجراءات الانفصال نجد المشرع الجزائري يتحدث في المادة 747 من ق ت ج عن مجلس الإدارة، مما يطرح التساؤل مجددا حول نوع الشركات التي يمكنها الانفصال؟ لأن مجلس الإدارة مرتبط بشركات الأموال دون شركات الأشخاص، كما أن المشرع تحدث في نفس المادة بنص صريح عن دور مجلس إدارة شركة المساهمة في إعداد مشروع الانفصال، والذي يجب أن يتضمن وجوبا العناصر التالية:

---

[1]- المادة 746 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 747 من القانون التجاري الجزائري.

1- الأسباب المؤدية إلى الانفصال ،وكذا الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والمالية والتقنية المرجو تحقيقها من عملية الانفصال وشروطه.

2- تواريخ قفل حسابات الشركات المعنية المستعملة لتحديد شروط العملية.

3- تعيين وتقديم الأموال المقرر نقلها للشركات المستفيدة من الانفصال، أي تحديد قيمة الأصول والخصوم التي ستحال إلى كل واحدة من الشركات التي ستنشأ عن الانفصال مع بيان طريقة تحديدها.

4- تقرير روابط مبادلة الحصص، أي تحديد نسب المبادلة، بمعنى تحديد عدد الحصص أو الأسهم الجديدة المقابلة لكل سهم أو حصة في الشركة المنفصلة، وبيان الطريقة المعتمدة لضبط نسب المبادلة وأسباب اختيارها.

5- المبلغ المحدد لقسط الانفصال، مع ضبط نسب الحصص التي ترجع إلى الشركة إذا كان الانقسام جزئيا، أو التي ترجع للشركاء إذا كان الانقسام كليا.

وبعد إعداد مشروع الانفصال بكافة العناصر القانونية المطلوبة، يقوم مندوب الحسابات للشركة بإعداد تقرير عن عملية الانفصال ويوضع تحت تصرف الشركاء أو المساهمين في ظرف (15) يوما السابقة لانعقاد الجمعية العامة غير العادية للشركة المنفصلة المدعوة للنظر في مشروع الانفصال[1].

ويتولى بعد ذلك المندوبون المكلفون بتقدير الحصص المقدمة للشركات الناتجة عن الانفصال التحقق من أن مبلغ رأس مال هذه الشركات يعادل المبلغ الناتج عن الانفصال[2].

وهذه إشارة موجزة للإجراءات المطلوبة للانفصال والتي يجب مراعاتها لتحقق هذه العملية والتي تؤدي في نهايتها إلى انقضاء الشركة المنفصلة في حالة الانفصال الكلي، وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية.

الفرع الثاني: أثر زوال الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة على دائنيها

قد يؤدي تطبيق الانفصال إلى مخاطر متعددة، وأبرزها استعماله كتقنية للتحايل على حقوق الدائنين، من خلال قسمة الذمة المالية للشركة المنفصلة بين شركتين أو أكثر،

[1]- المادتين 751 و 752 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 753 من القانون التجاري الجزائري.

مع إحالة جزء يسير من الأصول إلى إحداها، أو تقديم أصول في حالة مادية أو قانونية متدهورة، في مقابل جزء هام من الديون، وهو ما يضعف حظوظ الدائن في استيفاء دينه من الشركة المستفيدة من الانفصال إذا لم يقع إقرار مبدأ التضامن أو وحدة الذمة المالة للشركة الأصلية في حدود ما يلزم لوفاء الديون السابقة لعملية الانفصال[1].

ولحماية حقوق الدائنين قرر المشرع الجزائري[2] بأن تكون الشركات المستفيدة من الحصص الناتجة عن عملية الانفصال مدينة بالتضامن في مواجهة دائني الشركة المنفصلة، في المحل والمكان دون أن يترتب على هذا الحلول تجديد بالنسبة لهم.

غير أنه وخلافا للقاعدة العامة، أجاز المشرع الجزائري للشركة المستفيدة من الانفصال أن تشترط عدم التزامها إلا بجزء من دين الشركة المنفصلة الموضوع على عاتق كل منها، ودون تضامن بينها[3]، فيجوز في هذه الحالة لدائني الشركة المنفصلة تقديم معارضة عن الانفصال وفق الشروط التي تكلمنا عنها فيما يخص الاندماج، أي الرجوع إلى أحكام المواد 756 من ق ت ج وما يليها، غير أن هذه المعاضة لا تؤدي إلى منع الانفصال، وإنما إلى طلب الخلاص الفوري للديون أو طلب الحصول على ضمانات جديدة[4]، ويلاحظ في هذا النص، أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في صياغة الفقرة الثالثة من المادة 756 من ق ت ج، والتي جاء نصها كالتالي: "... ويتخذ بعد ذلك قرار قضائي إما برفض المعارضة أو يلغى الأمر إما بتسديد الديون، وإما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة..."، والأصح بدل عبارة "**يلغى الأمر**" التي لا تفيد أي معنى هو عبارة "**يأمر**"، لتصبح كالتالي:" ...أو يأمر إما بتسديد الديون، وإما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة..." وهي الترجمة الصحيحة للنص باللغة الفرنسية.

وفي هذا الصدد نص المشرع التونسي[5] على أن تبقى الشركة المنفصلة ملزمة تجاه دائنيها إلى غاية اتمام إجراءات الاشهار المتعلقة بالانفصال، والمقصود بهذا أن كل الديون التي

---

[1]- أحمد الورفلي، مرجع سابق، ص 591.

[2]- المادة 760 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 761 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- زكري إيمان، مرجع سابق، ص 199.

[5]- المادة 432 الفقرة الثانية من مجلة الشركات التونسية.

تنشأ إلى تاريخ إنجاز الإشهار القانوني يشملها التضامن، ويظل التضامن قائما إلى غاية وفاء تلك الديون أو التنازل عنه من قبل المدين.

ويخضع حملة السندات وسندات القرض في حالة انفصال الشركة التجارية لنفس التفصيل الذي أوردناه فيما يتلق بعملية الاندماج.

المطلب الثاني: أثرالانفصال على عناصر الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة

يؤدي الانفصال كأثر مباشر إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة، إذ تنقضي هذه الأخيرة بمجرد تمام هذه العملية لتنشأ في مقابل ذلك شركات أخرى بشخصية معنوية جديدة لكل منها، لكن هذا الانقضاء يختلف بطبيعته من حيث الآثار عن الانقضاء الطبيعي للشركات التجارية، والذي يبدأ أساسا بعملية التصفية ثم قسمة باقي أموال الشركة على الشركاء أو المساهمين، غير أن انقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية نتيجة انفصالها لا يخضع لعملية التصفية (الفرع الأول)، فهي عملية تقوم بها الشركة المنفصلة عبر توزيع ذمتها المالية على الشركات الناتجة أو المستفيدة من الانفصال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة بدون تصفية

قلنا أن عملية الانفصال تؤدي إلى انقضاء الشركة المنفصلة وزوال شخصيتها المعنوية، لكن السؤال الذي يطرح في هذه المسألة هو الوقت المحدد لزوال هذه الشخصية؟ فهل هو من وقت الموافقة على مشروع الانفصال من طرف الجمعية العامة غير العادية؟ أو من وقت انقسام ذمتها المالية بين الشركات المستفيدة من الانفصال؟ أم هو من تاريخ قيد هذه الشركات في السجل التجاري باعتباره التاريخ الذي تكتسب فيه الشخصية المعنوية؟

تحدث المشرع الجزائري عن حالة الانفصال بتقديم الحصص لشركات المساهمة الجديدة، حيث ربط الانفصال بقرار من الجمعية العامة غير العادية للشركة المنفصلة، فأجاز أن تتكون كل من الشركات الجديدة دون الحاجة إلى حصة أخرى غير الحصة المقدمة من الشركة المنفصلة، ويجوز في هذه الحالة للجمعية العامة للمساهمين والخاصة بهذه الأخيرة، أن تتحول بحكم القانون إلى جمعية عامة تأسيسية لكل من الشركات الناشئة عن

الانفصال[1]، وتُتَّبَع في ذلك إجراءات تأسيس شركات المساهمة، دون الحاجة لإجراء تحقيق لتقدير الأموال المقدمة من الشركة المنفصلة، وتسند الأسهم الصادرة عن الشركات الجديدة مباشرة لمساهمي الشركة المنفصلة، ويطبق نفس الإجراء إذا كانت الشركات المستفيدة من الانفصال ذات المسؤولية المحدودة .

ونستشف مما تقدم أن الشركة المنفصلة تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية إلى غاية تأسيس الشركات الجديدة المستفيدة من الانفصال، لأنها تبقى مالكة لذمتها المالية لغاية اكتمال عملية الانفصال بقيام شركات جديدة واكتسابها الشخصية المعنوية التي تخولها قانونا اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

غير أن المشرع المغربي كان أكثر تحديدا لهذه المسألة، وذلك بنصه على أن عملية الانفصال تكون سارية في حالة إنشاء شركة أو عدة شركات جديدة ابتداء من تقييد الشركة الجديدة أو تقييد آخر شركة منها في السجل التجاري، وفي باقي الحالات الأخرى ابتداء من تاريخ آخر اجتماع جمعية عامة وافقت على العملية ما لم ينص العقد على ابتداء سريان العملية في تاريخ آخر.

ويعد الانفصال سببا من أسباب انحلال الشركات التجارية، غير أن انقضاء الشركة المنفصلة لا يرجع من حيث أسبابه إلى الحالات العامة للانقضاء، والتي تهدف في مجملها إلى إنهاء المشروع الاقتصادي للشركة وقسمة موجوداتها، وهذا بعد القيام بتصفيتها إذ تعد التصفية نظام خاص أفرد له المشرع الجزائري مجموعة من القواعد القانونية المحكمة بغرض تحديد قيمة أصول الشركة والوفاء بكامل ديونها، وقسمة المال المتبقي على الشركاء.

هذه العملية لا تخضع لها الشركة في حالة انفصالها، ونتكلم هنا طبعا عن الانفصال الكلي، لأن الانفصال الجزئي لا يؤدي كما أسلفا إلى حل الشركة، وإنما تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية، وخلافا للقواعد المقررة لانحلال الشركات التجارية لا تخضع الشركة المنفصلة لعملية التصفية[2]، وإنما تقوم بتقديم ذمتها المالية لشركات أخرى إما جديدة وإما موجودة من قبل، أي أن الشركة تقسم موجوداتها على هذه شركات، ولهذا يمكن القول أن

[1]- المادة 759 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- عز الدين بنستي، مرجع سابق، ص 179.

الانفصال هو حل مسبق للشركة للمنفصلة لا يتبعه تصفية ولا قسمة، يؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية مع استمرار مشروعها الاقتصادي وانتقاله إلى شركات جديدة أو موجودة من قبل، مع احتفاظ الشركاء بصفتهم في هذه الأخيرة.

ويمكن للشركة التي تقرر حلها وكانت قيد التصفية أن تنفصل إلى شركات جديدة أو شركات موجودة من قبل، على أن يتزامن الحل مع الانفصال، لأن حل الشركة المنفصلة ليس مقصودا في حد ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق العملية ومرتبط بها ارتباطا وثيقا[1].

الفرع الثاني: أثر انفصال الشركة التجارية على ذمتها المالية

يعد انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة أو الشركة المنفصلة أساس هاتين العمليتين، إذ ينطبق على كليهما نفس الأحكام التي تطرقنا إليها عند حديثنا عن الاندماج، لكن وجه الاختلاف بينهما يكمن في أن تقديم الذمة المالية للشركة المندمجة يكون شاملا أو جزئيا لفائدة الشركة المندمجة، أي أن الأمر الطارئ يشمل ذات معنوية واحدة تخضع لتغيرات في شخصيتها المعنوية تنتهي بزوالها، وهو ما قلنا عنه بأنه انقضاء مسبق، أما الانفصال وإن كان يشمل كذلك ذات معنوية واحدة، إلا أن انتقال الذمة المالية يشمل عدة أشخاص معنوية مستفيدة من الانفصال، والذي قد تنشأ من خلاله عدة شركات جديدة بشخصيات معنوية مستقلة.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري تحدث عن انتقال الذمة المالية عن طريق الانفصال، ولم يتطرق صراحة إلى نوعي الانفصال الكلي والجزئي إلا في المادة 762 من ق ت ج، والتي نص فيها على جواز تقديم الشركة لجزء من مالها لشركة أخرى عن طريق الانفصال.

ويخضع أساس انتقال الذمة المالية للشركة المنفصلة إلى الشركات المستفيدة من الانفصال لنفس ما قيل عن انتقال الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، وقد كان الفقه الفرنسي قبل صدور قانون 1966 منقسما إلى رأيين حول أنواع عناصر الذمة المالية التي يمكن للشركة المنفصلة نقلها إلى الشركات المستفيدة من الانفصال[2]، بحيث رأى اتجاه أول أن الانفصال لا يتطلب انتقال كافة الأصول والخصوم، بل يجوز نقل الأصول فقط

[1]- بوجنان نسيمة، مرجع سابق، ص 133.

[2]- مرجع نفسه، ص 137.

دون الخصوم إلى الشركة المستفيدة من الانفصال، وبالتالي عدم قيام مسؤولية هذه الأخير عن ديون الشركة المنفصلة، ويتحقق ذلك بحل الشركة المنفصلة وتصفيتها مع سداد الديون، دون توزيع الفائض على الشركاء، وإنما يتم نقله إلى الشركات المستفيدة من الانفصال، أو عن طريق تخصيص جزء من أصول الشركة المنفصلة لسداد الديون ويُنقل باقي الأصول إلى الشركات المستفيدة من الانفصال، وهذا الرأي وإن كان مبررا في وقته إلا أن التشريعات لم تأخذ به.

أما الاتجاه الثاني، فيذهب إلى أن الانفصال يتطلب الانتقال الكلي للذمة المالية بكل عناصرها، أي بأصولها وخصومها، معتبرين أن نقل الأصول دون الخصوم لا يعد من قبيل الانفصال، ليحسم المشرع الفرنسي الأمر بصدور قانون 1966، والذي كرس فكرة الانتقال الشامل والكلي للذمة المالية.

ورغم أن المشرع الجزائري اشترط تحديد الديون في مشروع الاندماج، إلا أن التساؤل الذي يُطرح يدور حول حالة إخفاء ديون أو التزامات من طرف الشركة المنفصلة باعتبارها خصوم الشركة؟ وهذا في ظل سكوت المشرع عن هذا الشأن.

ونرى أن الأنسب في هذه الحالة –غياب النص القانوني- الرجوع إلى القواعد العامة، فإذا بلغت هذه الديون من الجسامة ما يجعل الشركات المستفيدة لا تُقْدِم على عملية الانفصال لو علمت به، فإنه يجوز للشركة أن تطلب إبطال عقد الانفصال على أساس التدليس، أما إذا لم تبلغ هذه الديون من الجسامة، أو أجازت الشركة المستفيدة من الانفصال هذه الديون، فإن المبدأ المعمول به هو تطبيق نظرية الوضع الظاهر حماية للغير حسن النية، ويكون لها في هذه الحالة الرجوع على القائمين بالإدارة السابقين في الشركة المنفصلة.

إلا أن بعض الفقه[1] يرى ضرورة الابقاء على مسؤولية الشركة المستفيدة من الانفصال حتى وإن لم تعلم بتلك الديون حماية للغير حسن النية.

[1]- فايز اسماعيل بصبوص، مرجع سابق، ص 83.

الفصل الثاني:

الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة الانقضاء

تتأثر الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعدة عوامل تؤدي إلى اختلالها أو إلى انقضائها وزوالها، ولكن هذا الانتهاء أو الزوال لا يكون بطريقة مباشرة أو آلية، وإنما يتطلب العديد من الأعمال والتصرفات من أجل تحديد صافي أموال الشركة بعد سداد ديونها وتحصيل مستحقاتها، وتسمى هذه العملية التصفية.

غير أن ما يهمنا في هذه الفترة هو مآل الشخصية المعنوية للشركة، فهل تنتهي من تاريخ الحكم بتصفيتها أو من تاريخ تحقق سبب انقضاء الشركة، كانتهاء مدتها؟ أم تستمر إلى غاية الانتهاء من هذه العملية وتوزيع أموال الشركة؟

ويعتبر تحديد وضع الشخصية المعنوية في فترة التصفية مهم جدا، لأنه يوضح حدود مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة، كما يبين أساس تعامل الغير مع الشركة في تلك الفترة، إن كان يتعامل مع الشركة أم مع الشركاء، خاصة إذا كان يرتبط معها بعدة أعمال لم تنتهي بعد.

غير أن دخول الشركة التجارية في مرحلة التصفية، وبالتالي بداية نهاية شخصيتها المعنوية، مرتبط بتحقق سبب من أسباب الانقضاء التي تؤدي إلى نهاية الشركة وزوال شخصيتها المعنوية، وهو ما يجعلها تتمتع بخصوصية سنأتي لتفصيلها في المبحث الأول.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة فيما يخص حماية حقوق الغير والشركاء على السواء، فإن الفقه استقر على استمرار الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية، وهو ما تبنته فيما بعد كمبدأ أغلب التشريعات، وهذا ما سنأتي على البحث فيه في المبحث الثاني.

المبحث الأول:

خصوصية الشخصية المعنوية للشركات التجارية في مرحلة الانقضاء

يتحدد النظام القانوني المطبق على انقضاء الشركة التجارية بحسب سبب الحل، فقد يكون قانوني بتوفر حالة من الحالات المنصوص عنها، وقد يكون إراديا وفق رغبة الشركاء

في وضع حد لحياة الشركة، كما قد يكون قضائيا بموجب حكم قضائيا، ويمكن أيضا أن تقسم الأسباب حسب الدافع لإنهاء الشركة، فقد يكون الحل اختياريا أو جبريا.

وسنتطرق في المطلب الأول إلى أسباب انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية، في حين سنتحدث في المطلب الثاني عن خصوصية الإفلاس والتسوية القضائية كسبب لانقضاء الشخصية المعنوية للشركة.

المطلب الأول: أسباب انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية

تنتهي الشركة التجارية وتزول شخصيتها المعنوية لعدة أسباب، منها ما هو أسباب عامة لانقضاء الشركات، وهي أسباب تنقضي بها جميع الشركات أيا كان نوعها أو شكلها، سواء كانت مدنية أو تجارية، وسواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال (الفرع الأول)، بالإضافة إلى أسباب خاصة مرتبطة في مجملها بالاعتبار الشخصي الذي يميز بالخصوص شركات الأشخاص (الفرع الثاني)، لأن الأصل هو استمرار الشركة التجارية في مزاولة مشروعها الاقتصادي لتحقيق غرضها إلى حين انتهاء المدة المتفق عليها في القانون الأساسي، أو تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، غير أن توفر بعض الأسباب الأخرى قد يُودِي بحياة الشركة ويُعَجل انقضاءها وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية مسبقا، وإن كان البعض الآخر[1] يصنف هذه الأسباب وفق معيار الإرادة، فيحصرها بين أسباب إرادية وأسباب لا إرادية، بمعنى أن حل الشركة يكون وفقا لإرادة الشركاء أو بغير إرادتهم كحالة الحكم بحل الشركة، أو في حالة هلاك رأسمالها، وغيرها.

ويخضع لعملية التصفية كل أنواع الشركات التجارية، ما عدا شركة المحاصة كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية التي ترتبط بها الذمة المالية المستقلة عن ذمم الشركاء[2]، ويرجع ذلك لطبيعتها المستترة، وتخضع عند حلها للشروط التي يحددها الشركاء.

وتُعتبر التصفية من المواضيع الهامة في الشركات التجارية عموما، كونا عملية ملازمة لانقضاء الشركة، إذ يترتب على توافر أي سبب من أسباب الانقضاء اتخاذ اجراءات معينة

[1]- هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 411.

[2]- عزيز العكيلي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 259.

يكون الهدف منها حصر موجودات الشركة لسداد ديونها وقسمة باقي الأموال بين الشركاء، وهذا ما يطرح مسألة تحديد مفهوم التصفية.

وبالرغم من تباين وتعدد التعريفات، إلا أنه يمكن أن القول أن التصفية هي: "مجموع الإجراءات الضرورية لإنهاء عمليات الشركة ودفع ما عليها من ديون وتحصيل ما لها من ذمم وتحويل موجوداتها إلى نقود لإمكان توزيعها على الشركاء بواسطة القسمة"[1].

الفرع الأول: الأسباب العامة لزوال الشخصية المعنوية للشركات التجارية

تشترك الشركات التجارية في بعض الأسباب المؤدية لانقضائها، ومن بين تلك الأسباب ما نص عليه المشرع الجزائري والتي تؤدي إلى انتهاء الشركة التجارية كلما تحقق السبب وبقوة القانون، ومن بينها انتهاء الأجل أو الغرض الذي تأسست من أجله، وأيضا هلاك رأس المال أو جزء كبير منه، وكذلك اجتماع حصص الشركة في يد شريك واحد وهو ما يعني انهيار ركن تعدد الشركاء.

بالإضافة إلى تلك الأسباب ترك المشرع للشركاء سلطة إنهاء الشركة التجارية سواء عبر الاتفاق على حلها، أو بقرار اندماجها.

أولا: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية بقوة القانون

تتمتع الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية طيلة فترة حياتها، غير أنه قد يطرأ عليها طارئ يؤدي إلى انقضائها وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية، ومن بين هذه الأسباب انقضاء الشركة بناء على نص قانوني ينهي حياتها، وهو انقضاء بقوة القانون.

وتتعدد الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الشركة بقوة القانون، منها انتهاء المدة المحددة لحياة الشركة المتفق عليها بين الشركاء في القانون الأساسي، أو انتهاء الغرض الذي وجدت من أجله الشركة، أو هلاك رأسمالها، أو تجمع رأسمالها في يد شريك واحد، أو حالة إفلاس أحد الشركاء، وسنتطرق لهذا الموضوع بشيء من التفصيل على النحو التالي لتوضيح أثر ذلك على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

[1]- أحمد محمود المساعدة، أثر التصفية على الشخصية المعنوية لشركة المساهمة العامة (دراسة مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثامن، جانفي 2016، ص 10.

1- انتهاء الأجل (المدة) المحدد في عقد الشركة:

حال الشركة كحال الشخص الطبيعي الذي ينقضي أجله بمرور مدة معينة، فهي تنقضي بانقضاء الأجل المحدد في قانونها الأساسي، وفي هذا الصدد نصت المادة 437 من القانون المدني على أنه: "تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عُين لها ..."، ووفقا لهذا النص فإن عقد الشركة ينقضي بقوة القانون بانتهاء المدة المحددة لها في قانونها الأساسي، غير أنه لا يلزم في هذه الحالة شهر انقضاء الشركة المترتب على انتهاء العمر المحدد للشركة[1].

ويرى بعض الفقه أن للشركاء كامل الحرية في تحديد مدة بقاء الشركة في قانونها الأساسي، كما يجوز أيضا للشركاء أن يتفقوا في عقد الشركة على تجديد الأجل المحدد لها، على أن يُخْطَر الشركاء الرافضين هذا التجديد قبل نهاية المدة المحددة لعقد الشركة[2]، فيما يعد اتفاق الشركاء على استمرار الشركة بعد انقضاء أجلها المحدد في قانونها الأساسي، بمثابة إنشاء لشركة جديدة تختلف عن الشركة الأولى التي انتهت بانقضاء الأجل المحدد لها بقوة القانون[3]، وتكون لها شخصية معنوية جديدة حتى وإن جرى اتفاق الشركاء في عقدها الأساسي على الاستمرار في نفس النشاط الذي أُنشأت من أجله الشركة الأولى.

غير أن المشرع الجزائري تحدث عن حالة اتفاق الشركاء على مد أجل الشركة ضمنيا، إذا استمر الشركاء في القيام بعمل من نفس أنشطة الشركة التي انقضت مدتها، فنكون أمام شركة جديدة على أن يمتد العقد سنة بعد سنة وبنفس الشروط[4]، إلا أننا في هذه الحالة نكون أما شركة من حيث الواقع، لعدم وجود عقد محرر وفقا لما يتطلبه القانون، مع عدم

---

[1]- سمير عبد العليم، القانون التجاري (الشركات التجارية)، مكتبة الرواد، الزقازيق، طبعة 2002، ص 212.

[2]- يؤيد هذا الاتجاه قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في 19-05-1985 والذي جاء فيه أنه: "وفقا للمادة 445 من القانون المدني تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين في العقد، وإذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا سبيل إلى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة".

وهو نفسه ما ذهب إليه المشرع الفرنسي،

Art 1844-6 C. civ Fr, Modifié par LOI n°2019-744 du 19 juillet 2019 - art. 4

نقلا عن: بن عفان خالد، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2016/2015، ص 22.

[3]- علي سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الثاني – الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005، ص 141.

[4]- المادة 437 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

سعي الشركاء إلى كتابته رغم توفر جميع الأركان الموضوعية لعقد الشركة[1]، ويبرر ذلك أن المشرع رتب على انتهاء الأجل المحدد في العقد الأساسي انقضاء الشركة ولو لم تنتهي من تحقيق الغرض الذي أُنشأت من أجله، وهو نفس الاتجاه الذي اتخذه المشرع الفرنسي[2].

ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على اتفاق الشركاء على استمرار الشركة في تحقيق غرضها صراحة أو ضمنا، عند انتهاء أجلها، ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه[3].

2- انتهاء العمل الذي قامت الشركة من أجله:

تنقضي الشركة بتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، بمعنى انتهاء الغرض الذي وجدت من أجله الشركة، لتبدأ بعد ذلك تصفيتها، وتنتهي بهذا شخصيتها المعنوية، وتفقد كل الآثار المترتبة عنها، وفي حالة انقضاء الأجل قبل انتهاء الشركة من تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله فيمكن أن تستمر الشركة حتى تمام العمل الذي تأسست من أجله رغم أن الأجل قد انتهى[4] - وهذا وفق ما ذكرنا أعلاه- أما في حالة انقضاء الغرض قبل انتهاء الأجل، فإن الشركة تنقضي لانتهاء النشاط الذي تأسست من أجله، ويقع هذا الانقضاء بناء على

---

[1]- في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 19-05-1985 بأن: "الاتفاق على امتداد الشركة بعد انتهاء المدة المحددة لها في العقد، هو في حقيقته إنشاء لشركة جديدة، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص في عقد الشركة الجديدة على أن الغرض منها هو الاستمرار في الشركة السابقة"

أنظر: سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في المواد التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2007، ص76.

[2]- Laure Siné, Op.cit, p 138.

[3]- نصت المادة 437 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري على أنه في حالة اعتراض أحد الدائنين على هذا الامتداد، تصفى الشركة حتى يمكن تحديد حصة الشريك المدين والتنفيذ عليها مع إمكانية استمرار باقي الشركاء في الشركة بعد خروج الشريك المدين، ويمكن للشريك الاستمرار في الشركة إذا رغب في ذلك بتقديمه حصة أخرى، ولهذا يرى بعض الفقه أن حق دائن الشريك في الاعتراض يعتبر حق خاص مصدره القانون مباشرة، مقرر لحماية الدائنين على وجه الخصوص، والائتمان التجاري على وجه العموم، يقتضي استعماله إثبات غش أو تواطؤ المدين.

أنظر: زكي زكي الشعراوي، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 77.

إلا أنه يمكن القول أن حق الدائن هو حق شخصي، لأن الدائن لا يحق له التنفيذ على الحصة التي ساهم بها مدينه في الشركة طبقا لمبدأ استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمم الشركاء، وهذا قبل انتهاء الأجل المحدد في القانون الأساسي، أما بعد انتهاء الأجل فمن حقه التنفيذ على حصة مدينه والاعتراض على استمرارية الشركة إلى غاية استيفائه دينه بالكامل، وإن كان ذلك لا يحول دون استمرار الشركة فيما بين الشركاء الآخرين.

محمد عبد الغفار البسيوني وآخرون، مرجع سابق، ص 263.

[4]- سمير عبد العليم، مرجع سابق، ص 216.

نص صريح وهو نص المادة 437 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: "تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عين لها أو بتحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها.

فإذا انقضت المدة المعينة أو تحققت الغاية التي أنشئت من أجلها ثم استمر الشركاء في القيام بعمل من الأعمال التي تكونت من أجلها الشركة، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها.

ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه".

غير أن الملاحظ أن تحقيق الغرض ليس وحده الاحتمال القائم بالنسبة لانتهاء الهدف الذي أنشئت من أجله الشركة، إذ أن المشرع الجزائري سكت عن وضع الشركة في حال استحالة تحقيق هذا الغرض، بخلاف بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع الأردني، الذي جعل انتفاء الغاية التي أنشئت من أجلها الشركة، أو استحالة تنفيذها سببا يؤدي إلى انقضائها، إلا أنه يجوز تلافي ذلك بتعديل غايتها في العقد الأساسي حسب شروط معينة[1] في قانون الشركات، ومثال ذلك أن يصبح نشاط الشركة ممنوع قانونا.

ولهذا فإن المشرع الجزائري مطالب بتوضيح موقفه من هذه الحالة، وهي حالة استحالة تنفيذ غرض الشركة، ونرى في ذلك صحة موقف المشرع الأردني حفاظا على استمرارية الشركة ودوام نشاطها وإن كان بغرض آخر يراه الشركاء بديلا عن الغرض الذي أنشئت من أجله والذي تعذر أو استحال تحقيقه.

3- هلاك رأس مال الشركة:

يؤدي هلاك رأسمال الشركة أو جزء كبير منه إلى انقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية، إذ لا يكون هناك فائدة من استمرارها، كونها تصبح عاجزة عن الاستمرار في نشاطها، وهو ما قررته المادة 438 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري.

والهلاك يمكن أن يأخذ إحدى الصورتين، فقد يكون هلاكا ماديا كالفيضانات أو الحرائق أو تحطم وسائل الإنتاج أو الاستغلال مثل تحطم الشاحنات محل نشاط شركة نقل البضائع، أو حريق شب في مصنع الشركة، وغيرها، كما قد يكون الهلاك معنويا، كإلغاء

[1]- المادة 175 من قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997، وتعديلاته.

ترخيص أو سحبه أو إبطال براءة الاختراع الذي تقوم الشركة أساسا على استغلاله، أو في حال قررت الدولة احتكار للنشاط الذي يمثل غرض الشركة[1].

كما تنحل الشركة في حق جميع الشركاء، إذا هلكت الحصة المعينة بالذات التي تعهد بها الشريك قبل تقديمها[2].

وبالرغم من ذلك فإننا نسجل توجه التشريعات الحديثة إلى تنظيم أكثر دقة لهذه المسألة، إذ تفرض على الشركاء حل الشركة في حالة بلوغ الخسارة نسبة معينة من رأسمالها، وهذا ما عبرت عنه المادة 589 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الثانية فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأنه: "في حالة خسارة (4/3) ثلاثة أرباع من رأسمال الشركة يجب على المديرين استشارة الشركاء للنظر فيما إذا كان يتعين إصدار قرار بحل الشركة" ويلتزم الشركاء بإشهار قرارهم في صحيفة معتمدة لتلقي الإعلانات القانونية في الولاية التي يتواجد على إقليمها مركز الشركة الرئيسي، كما يتم إيداعه بكتابة ضبط المحكمة التي يكون هذا المركز تابعا لها، بالإضافة إلى قيده في السجل التجاري.

أما إذا لم يستشر المديرون الشركاء، أو تعذر على الشركاء المداولة على الوجه الصحيح، جاز لكل من يهمه الأمر طلب حل الشركة أمام القضاء.

أما في شركة المساهمة فإنه في حالة ما إذا قل رأسمالها عن الربع (4/1) بسبب الخسائر التي تكبدتها، فإنه يكون لزاما على مجلس الإدارة أو مجلس المديرين استدعاء الجمعية غير العادية خلال (04) أربعة أشهر من المصادقة على الحسابات والبيانات التي كشفت عن هذه الخسائر للنظر فيما إذا كان يجب اتخاذ قرار حل الشركة قبل حلول الأجل[3].

وفي حالة ما إذا قرر الشركاء استمرار الشركة في نشاطها فإنهم ملزمون بتخفيض رأسمال الشركة بقدر يساوي مبلغ الخسائر التي لم تخصم من الاحتياطي.

أما في حالة هلاك رأسمال الشركة جزئيا، فإننا نميز بين حالتين:

---

[1]- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، طبعة 2000، ص 229.

[2]- المادة 438 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري.

[3]- المادة 715 مكرر 20 من القانون التجاري الجزائري.

الحالة الأولى: إذا نص القانون الأساسي للشركة على حالة الهلاك الجزئي فلا بد هنا من العمل بهذه القواعد، مثل تحديد نسبة الهلاك الجزئي لرأس المال بالنصف أو الثلث.

الحالة الثانية: وهي عدم النص في القانون الأساسي على هذه المسألة، فيكون لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تقرير حل الشركة من عدمه حسب أهمية الجزء المتبقي من رأس المال في استمرار نشاط الشركة، فإذا تبين للمحكمة أن ما تبقى من رأسمال الشركة لا يكفي لقيام الشركة بنشاطها كان الحكم بحلها[1].

غير أن هلاك رأسمال الشركة كليا أو جزئيا لا يؤدي بالضرورة إلى حلها، وهذا في حالة ما إذا بادر الشركاء إلى تعويض الشركة عن هذا الهلاك، أو إذا قبضت الشركة مبلغ التأمين الذي يعوض المال الهالك[2]، أما في حالة ما إذا التزم الشريك بتقديم حصة معينة بالذات ثم هلك هذا الشيء قبل تسليمه، كان الهلاك على عاتقه، ويترتب عنه حل الشركة، الذي يسري في حق جميع الشركاء لاستحالة تقديم الحصة بسبب الهلاك[3]، ويختلف الأمر عن الحالة التي تكون فيها الحصة شيئا معينا بالذات وتم تسليمها للشركة، لتهلك بعدها، فيقع الهلاك على عاتق الشركة، دون أن تنحل الشركة إذا كان باقي رأسمالها كافيا لاستمرار الأعمال التي تدخل ضمن غرضها[4].

4- اجتماع رأسمال الشركة في يد شريك واحد:

إضافة إلى الأسباب السابق ذكرها المؤدية لانقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية، هناك أسباب أخرى يترتب على توافرها انقضاءها، مثل اجتماع حصص الشركاء في

---

[1]- اعتمد القضاء الفرنسي على هذا المعيار حيث قضى باستمرار الشركة العالمية لقناة السويس البحرية رغم تأميمها في 1956، كما أبقى على الشركات البترولية بعد تأميم حقول النفط في أوربا الشرقية باعتبار أن الأموال المتبقية في رأسمال الشركتين كاف لقيامهما بالأعمال التي تدخل في نشاطها.

أنظر علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 146.

[2]- سلامة فارس عرب، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2004، ص 86.

[3]-المادة 438 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار النهضة العربية، طبعة منقحة، 1982، ص 229.

يد شريك واحد، وهنا يكون انقضاء الشركة لا محالة بقوة القانون، نظرا للمخالفة الواضحة لما تقرر في القانون بأن عقد الشركة يقوم بين شخصين أو أكثر[1].

هذا وكان المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ وحدة الذمة المالية إلى غاية صدور الأمر 96-27 الذي سمح بتكوين شركة الشخص الواحد، أي اعتمد مبدأ تجزئة الذمة، وهذا يرجع حسب بعض الآراء إلى التغيرات التي حدثت في الجزائر على الساحة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، واعتماد اقتصاد السوق بدل الاقتصاد الموجه، مع خوصصة الشركات العامة وتشجيع الاستثمار، والمقصود بتجزئة الذمة انفصال مجموع مالي عن ذمة شخص معنوي أو طبيعي[2]، بهدف إنشاء مشروع مستقل ماديا وقانونيا عن ذمة الشخص المكون له[3]، باعتبار عنصر الذمة المالية من العناصر المكونة للشخصية المعنوية للشركة التجارية.

وتم استحداث الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد بموجب أحكام المادة 590 من القانون التجاري المعدلة بالأمر 96-27[4]، والتي استثنت تطبيق أحكام المادة 441 من القانون المدني المتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد شريك واحد.

واعتمد المشرع الفرنسي[5] على اتجاه مخالف نوعا ما، إذ لم يعتبر تجمع الحصص في يد شريك واحد سببا لانقضاء الشركة، بل أجاز تصحيح وضع الشركة في أجل سنة من تاريخ

---

[1]- المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

[2]- يُلاحظ في هذا الخصوص أن المشرع الجزائري حينما أجاز تأسيس شركة ذات الشخص الواحد طبقا لنص المادة 564 من القانون التجاري، لم يفرض أن يكون هذا الشريك شخصا طبيعيا، مما يعني جواز أن يكون الشريك الوحيد المؤسس لشركة EURL شخصا معنويا، وإن كانت بعض التشريعات لا تستسيغ هذا النوع لتعارضه مع التعريفات المختلفة لعقد الشركة، خاصة وأنها تعرف بكونها عقد، وأن العقد لا يكون إلا بين شخصين أو أكثر، وهو ما تؤكده مختلف التشريعات التي عرجت على تعريف عقد الشركة، بأنها عقد بين شخصين طبيعيين أو معنويين أو أكثر، وهذا يعني توافق إرادتين، وهو ما لا ينطبق بتاتا على الشركة ذات الشخص الوحيد،

نادية فضيل، شركة ذات الشخص الواحد La E.U.R.L، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 4، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، 2001، ص 103 و104.

[3]- بن عفان خالد، مرجع سابق، ص 33.

[4]- الأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية، عدد 77، الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري.

[5]- المادة 09 من قانون الشركات الفرنسي سنة 1966، وكذا المادة 1844 من القانون المدني الفرنسي.

اجتماع الحصص في يد الشريك الواحد[1]، وبعد انقضاء هذه الفترة دون تصحيح الوضع، جاز لكل من كانت له مصلحة أن يطلب من القضاء تقرير انحلال الشركة، وفي حالة الحل يستلزم النقل الشامل لأصول الشركة إلى المساهم الوحيد دون الحاجة إلى التصفية[2].

وخلافا لذلك، لم يستسغ المشرع المصري فكرة تجزئة الذمة المالية على إطلاقها، بحيث أقر بأن اجتماع حصص الشركة في يد شريك واحد يعد سببا لانقضاء الشركة بقوة القانون، استنادا لمبدأ وحدة الذمة كقاعدة عامة بدون استثناء[3].

ويذهب بعض الفقه[4] بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد، إلى أن وفاة الشريك الوحيد لا يعتبر سببا لانقضائها، وإنما تستمر وتنتقل حصصها إلى ورثة الشريك الوحيد باعتبارها شركة أموال صغرى، على خلاف وفاة أحد الشركاء في شركات الأشخاص الذي لا يترتب عليه حلول الورثة محل مورثهم في الشركة على أساس الاعتبار الشخصي للشريك المتوفي، إلا إذا كانت إرادة الشريك الوحيد تتجه نحو انقضاء الشركة في حالة وفاته أو إفلاسه أو فقده أهليته.

5- بطلان الشركة:

يعد بطلان الشركة التجارية سببا من أسباب حلها، فقد نصت المادة 445 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على أنه: "وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة فإن المحكمة تعين المصفي وتحدد طريقة التصفية بناء على طلب كل من يهمه الأمر"، ويتقرر بطلان الشركة نتيجة الإخلال إما بالأركان الموضوعية العامة، أو بالأركان الموضوعية الخاصة، وكذلك بالشروط الشكلية التي يتطلبها كل نوع من أنواع الشركات[5]، فقد نص المشرع الجزائري على أنه يُشرع في تصفية الشركة متى قُضي ببطلانها[6]، وتخضع في ذلك للأحكام التي أوردناها في الفصل الأول من الباب الأول عند حديثنا عن الشركة الفعلية.

---

[1]- Cour d'appel de Nouméa, 28 juin 2021, 21/000165.

[2]- Laure Siné, Op.cit, p 140.

[3]- سميحة القليوبي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 141.

[4]- بن عفان خالد، مرجع سابق، ص 34.

[5]- عبد الرحيم شميعة، مرجع سابق، ص 57.

[6]- المادة 741 من القانون التجاري الجزائري.

ويُعد توقف الشركة عن نشاطها بسبب سحب الاعتماد منها سببا لفقدها الشخصية المعنوية بالضرورة، وكل ما تقوم به الشركة في هذه الفترة هو نشاط من حيث الواقع يخضع لكل ما أوردناه في تفصيلنا للأحكام المتعلقة بالشركة الفعلية.

ولا يُؤدي تغيير اسم الشركة أو غرضها أو رأسمالها إلى انقضاء شخصيتها المعنوية ما لم يتغير رقم قيدها في السجل التجاري[1].

6- التأميم:

يُعرف التأميم بأنه نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة مقابل تعويض لأصحابها، ويكون التأميم سببا من أسباب انقضاء الشركات، إذا أدى إلى انتهاء الشركة مقابل نشوء شخص معنوي جديد تعود ملكيته للدولة، وهذه الشخصية يحدد مصيرها غالبا القانون القاضي بتأميمها، ولا يعد التأميم سببا لانقضاء الشركة إذا أبقى على الوضع العام للشركة كما كان، فتبقى الشركة في هذه الحالة محتفظة بشخصيتها المعنوية[2].

ثانيا: الحل الاتفاقي للشركة

يسمح القانون التجاري الجزائري بحل الشركة التجارية باتفاق الشركاء على وضع حد لها مع إنهاء مشروعها الاقتصادي واقتسام المال الناتج عن عملية تصفيتها، كما يمكن للشركاء أيضا الاتفاق على إنهائها، ولكن ليس بقصد استرجاع مساهماتهم فيها، وإنما عن طريق اتفاقهم بالاندماج في شركة أخرى، أو حتى في حالة الانفصال، حيث يبقى مشروعها الاقتصادي قائما ومستمرا رغم حل الشركة.

1- اتفاق الشركاء على حل الشركة:

يمكن للشركاء وضع حد لحياة الشركة التجارية، وذلك بالاتفاق فيما بينهم على حل الشركة، وهذا قبل حلول الأجل المحدد لحياتها والمنصوص عليه في قانونها الأساسي، وهو ما جاءت به المادة 440 من القانون المدني في فقرتها الثانية بأن: "تنتهي الشركة أيضا بإجماع

[1]- Cass, Com, du 8 novembre 2005, 01-15.503, Inédit.

[2]- حنان بخيت سيد أحمد، أثر انقضاء الشركة على حقوق الأطراف في القانون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 24، بدون بلد نشر، أغسطس 2014، ص 244.

الشركاء على حلها"، فانقضاء الشركة في هذه الحالة إنما يكون بإرادة الشركاء، ويطلق عليه بعض الفقه تسمية الحل المبستر للشركة[1].

وفي ذات السياق منح المشرع الجزائري فيما يخص شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة، السلطة للجمعية العامة غير العادية لحل الشركة قبل حلول الأجل المحدد في قانونها الأساسي[2]، غير أنه يمكن أن يترتب البطلان على قرار الحل الاتفاقي إذا تبين أنه كان مبنيا على الغش، أو كان يهدف إلى الإضرار بمصالح الأقلية.

والملاحظ في هذا الخصوص أن المشرع الجزائري جعل اتفاق الشركاء على حل الشركة محصورا في حالة إجماعهم على ذلك، أي أن الاتفاق يكون آنيا[3]، فيما تمنح بعض التشريعات المقارنة على غرار المشرع الأردني[4] للشركاء سلطة تحديد الأسباب التي يمكن أن يترتب عنها حل الشركة غير تلك المنصوص عليها في القانون.

2- اندماج الشركة في شركة أخرى:

قد يرغب الشركاء في حل الشركة قبل انتهاء المدة المحددة لحياتها في القانون الأساسي، ليس عن طريق تصفيتها كما في الحالة الطبيعية لانقضاء الشركات، وإنما عن طريق اندماجها في شركة أخرى قائمة، أو باندماجها مع شركة أو عدة شركات أخرى وتكوين شركة جديدة.

والاندماج هو عملية قانونية تَنْضَمُّ فيه شركة إلى شركة أخرى، يترتب عليه اتحاد بين ذمتيهما المالية، ليصبح كل الشركاء في شركة واحدة، فتنقضي بذلك الشركة المندمجة وتزول شخصيتها المعنوية دون تصفية، ويترتب عليه انتقال جميع موجودات الشركة بأصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة[5]، وهو يتم بطريقتين وهما:

---

[1]- سميحة القليوبي، القانون التجاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، طبعة 2005، ص 140.

[2]- المادة 715 مكرر 18، والمادة 715 ثالثا 10، بالإضافة إلى المادة 589 فقرة 2، من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 440 من القانون المدني الجزائري.

[4]- المادة 259 من قانون الشركات الأردني.

[5]- Tayeb belloufe, droit des sociétés, berti éditions, Alger, 2006, p 145.

أ- الاندماج بطريق الضم.

ب- الاندماج بطريق المزج.

وما يميز عملية الاندماج هو انقضاء الشركة دون تصفيتها، الذي يؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية[1]، ويخضع لنفس الأحكام انفصال الشركة التجارية إلى عدة شركات جديدة أو انفصالها مع اندماجها في شركات قائمة، وهذا وفق التفصيل الذي رأيناه أعلاه.

ثالثا: الحل القضائي للشركة

يتم اللجوء إلى التصفية القضائية عندما لا يرى القاضي امكانية كبيرة لاسترداد الشركة من خلال خطة استمرار أو الحفاظ على نشاطها[2]، أو كما تسمى في بعض القوانين مسايرة أو متابعة الشركات المتعثرة

والأصل أن الشركة التجارية تنحل بتحقق أحد الأسباب التي أقرها القانون، والتي تكلمنا عنها فيما سبق، إلا أنه هناك أسباب أخرى تجيز للقضاء أن يتدخل ويقضي بحل الشركة بناء على طلب شريك أو أكثر.

ومن بين الأسباب التي تُسوغ تدخل القضاء لإنهاء الشركة وحلها، عدم وفاء شريك بما تعهد به أو أي سبب آخر ليس من فعل الشركاء، وأيضا حالة طلب إخراج شريك من الشركة.

01- عدم وفاء شريك بما تعهد به أو أي سبب آخر ليس من فعل الشركاء:

يمكن حل الشركة التجارية وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية عن طريق حكم يقضى بحلها، وقد أجازت المادة 441 من القانون المدني الجزائري ذلك بقولها: "يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو بأي سبب آخر ليس هو من فعل الشركاء، ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة.

ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

---

[1]- أحمد علي عبد الله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الخرطوم، 2016، ص 105.

[2]- Didier R. MARTIN, Op. cit, p 283.

وهذا النص من النظام العام وفق ما هو ظاهر في الفقرة الأخيرة من هذه المادة، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولا يجوز الاتفاق بين الشركاء على حرمان أي شريك من مطالبته القضاء بحل الشركة بسبب عدم وفاء شريك بما تعهد به، أو لأي سبب آخر ليس من فعل للشركاء[1]، ويبقى تقدير مدى جدية هذه الأسباب للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقضي إما بحل الشركة أو باستمرارها إذا رأى مصلحة في ذلك.

ومن بين الأسباب التي تُجيز للشريك طلب حل الشركة، حالة قيام خلافات هامة بين الشركاء، وهو أهم سبب لحل الشركات من الناحية العملية[2]، ولا يلزم أن يترتب عن هذه الخلافات عجز الشركة عن ممارسة نشاطها، وإنما يكفي أن يترتب عنها تحمل الشركة خسائر فادحة، أو شلها كليا أو جزئيا أو الحد من ازدهارها[3].

ويمكن أيضا أن تعد أخطاء الإدارة أو التعسف في استعمال السلطات المخولة لمديري الشركة من بين تطبيقات الأسباب المؤدية لحل الشركة، فقد قُضي بحل إحدى الشركات رغم صحتها من الناحية الاقتصادية، بسبب تراكم الأخطاء الجسيمة لمدير الشركة، كما قُضي بحل إحدى الشركات أيضا بسبب تعسف مدير الشركة، حيث كان شريك يملك أغلبية رأسمالها، ففرض على باقي الشركاء اختزالا لنشاط الشركة مما هدد مصالح جميع الشركاء[4]، كما قد يؤدي الخلاف الحاد بين المساهمين في شركة المساهمة إلى عدم تعيين مجلس الإدارة أو رئيس المجلس لتكون الشركة بدون جهاز تنفيذي يتولى تسيير شؤونها، وهو ما يمكن أن يمثل سببا يبرر طلب حل شركة المساهمة[5].

---

[1]- يثور التساؤل في مسألة النظام العام حول امكانية الاتفاق بين الشركاء على عرض النزاعات التي قد تنشب فيما بينهم، أو مع الشركة على التحكيم بدل القضاء؟ فهل يعد الاتفاق في هذه الحالة حرمانا للشريك من حقه في طلب حل الشركة قضائيا؟

يتجه الرأي الراجح إلى أنه متى كان التحكيم جائزا فإن المحكمة التي يطلب منها حل الشركة تصبح غير مختصة بذلك.

Cass.Com, 30 janvier 1967, Bulletin civil de la Cour de Cass, 1967, III, P 47.

[2]- هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 418.

[3]- مرجع نفسه، ص 419.

[4]- cass. Com, 18 mai 1982, Revue des Sociétés, 1982, p804.

[5]- Cass. Com, 16 février 1970, Bulletin civil de la cour de cass, 1970, IV, P 56.

نقلا عن هادي دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، مرجع سابق، ص 420.

كما يجوز للمحكمة أن تتخذ قرار حل شركة المساهمة بناء على طلب من يهمه الأمر، إذا خُفض عدد المساهمين عن الحد الأدنى القانوني منذ أكثر من عام، ولها أن تمنح الشركة أجلا أقصاه ستة أشهر لتسوية الوضع، ويمنع على المحكمة اتخاذ قرار حل الشركة إذا تمت هذه التسوية يوم فصلها في الموضوع[1]

هذا وقد لا يرجع السبب المسوغ لحل الشركة إلى الشركاء أو المديرين أساسا، وإنما إلى ظروف تلحق الشركة فتجعلها عاجزة عن مباشرة نشاطها في ظروفه المعتادة، كالأزمات الاقتصادية التي تجعل من استمرار الشركة أمرا عسيرا.

و تكون الصفة في طلب فصل شريك لأحد الشركاء الآخرين وليس للشركة[2]، أي أن هذا الحق مخول للشركاء دون الشركة نفسها.

02- حل الشركة نتيجة عقوبة جزائية خطيرة:

يمكن للقاضي أن يقضي بحل الشركة التجارية كعقوبة عن بعض الجرائم، ولم يحدد المشرع الجزائري هذه الجرائم على سبيل الحصر، وإنما أورد عقوبة الحل كعقوبة تكميلية في بعض الجرائم التي تشكل جناية أو جنحة[3]، ومثال ذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة، وجرائم التزوير وجرائم النصب وإصدار شيكات بدون رصيد، وجرائم الغش، وغيرها، فيما استبعد المشرع تطبيق الحل على الشركات التجارية في بعض الجرائم، ومنها جرائم الصرف[4].

---

[1]- المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1144395 بتاريخ 2016/12/15، قضية (ل.س) ضد الشركة ذ.م.م "الإخوة لاستغلال المربط"، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، ص 267- 272.

[3]- المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

[4]- المادة 5 من الأمر 96-22 المؤرخ في 9 يوليو 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 24 صفر 1417هـ، المعدل والمتمم.

قد يتم تقرير حل الشركة بناء على قيام مسؤوليتها الجزائية، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الأشخاص الاعتباريين ، باستثناء الدولة ، مسؤولون جنائيًا فقط عن الجرائم التي يرتكبها نيابة عنهم أجهزتهم أو ممثلوهم، يستنتج من هذا النص أن القاضي لا يمكنه أن يعلن أن شخصًا اعتباريًا مذنبًا بارتكاب جريمة دون إجراء تحقيق ما إذا كانت الانتهاكات المزعومة تُعزى إلى أحد أجهزتها أو ممثليها وما إذا كانت قد ارتكبت نيابة عنها.

Cass, criminelle, Chambre criminelle, 24 octobre 2017, 16-86.058, Inédit.

إلا أن ذلك لا يمنع من حل البنك بمقرر من اللجنة المصرفية التي تتكفل بتعيين مصفي، باعتبارها جهة رقابية على أعماله، وهذا وفق القواعد المقررة في المادة 116 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[1]، ويعتبر هذا الحل من نوع خاص، فهو يخرج من إطار الحل الودي، كما لا يمكن اعتباره حلا اتفاقيا لأنه لا يخضع لإرادة الأطراف في حل البنك، كما لا يُعد حلا من طرف القاضي، وإنما تتولى اللجنة المصرفية حسب المادة 116 من قانون النقد والقرض الجزائري تحديد كيفيات الإدارة والتصفية، وهو نص يخضع للقاعدة الخاص يقيد العام، وذلك بسبب العقوبة التي تُصدرها اللجنة المصرفية المقررة في المادة 114 من قانون النقد والقرض، والتي قد تصل إلى سحب الاعتماد وبالتالي حل الشركة نهائيا وفقا لما نصت عليه المادة 115 من نفس القانون بأن يُصبح قيد التصفية كل بنك أو كل مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري تقرر سحب الاعتماد منها، وكذلك الأمر فيما يتعلق بفروع البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية العاملة في الجزائر والتي تقرر سحب الاعتماد منها، حيث تقوم اللجنة المصرفية بإخضاع أي بنك أو مؤسسة مالية المذكورة أعلاه للتصفية وتعيين مصفي بسبب ممارسة العمليات المخولة لهم بطريقة غير قانونية أو الإخلال بأحد الممنوعات المنصوص عليها في المادة 81 من نفس الأمر، وفي هذه الحالة يُحظر على البنك القيام بكل العمليات إلا الضرورية منها لتطهير الوضعية، على أن يَذْكُر بأنه قيد التصفية، ويكون خاضعا في كل ذلك لرقابة اللجنة المصرفية[2].

---

[1] - الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، عدد 52، الصادرة في 27 غشت 2003.

[2] - وفي ذات الصدد صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/03/04، في قضية فريق (خ) ضد مصفي البنك التجاري والصناعي، والتي كان موضوعها يدور حول البنك قيد التصفية بقرار من اللجنة المصرفية وتعيين مصفي، وملخص هذه القضية هو تقديم طعن من طرف المساهمين في البنك وهم (خ.ك) و(خ.ن) و(خ.م) والمطالبة بإلغاء الأمر على ذيل عريضة والذي أمر بموجبه رئيس محكمة حسين داي مصفي البنك التجاري والصناعي في حالة تصفية بأن يسلم كافة الوثائق المتعلقة بإجراءات التصفية وخاصة التقرير المفصل عن أصول وخصوم الشركة وعن متابعة عمليات التصفية، والذي صدر بشأنه قرار بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي للنظر في ذلك الطلب وفقا للمادتين 787 و 790 من القانون التجاري كون الأمر يتعلق بمؤسسة مصرفية، على أنه لا يوجد أي نص خاص يقيد حق اطلاع الشركاء على إجراءات التصفية ووثائق الشركة، بالإضافة إلى أن المادة 116 من قانون النقد والقرض لا تستثني المؤسسات المصرفية من قواعد القانون التجاري بما فيها القواعد المتعلقة بالتصفية، فضلا عن أن المادتين 115 و 116 من قانون النقد والقرض أشارت إلى كيفيات التصفية بالنسبة لنشاطات المكلفين بالتصفية وعلاقتهم مع اللجنة المصرفية كهيئة رقابية دون المساس بحقوق المساهمين ومنها حق الاطلاع على وثائق شركتهم.

ونشير هنا أنه إذا كان انحلال الشركة بأمر قضائي فإنه ينبغي على هذا الأخير تعيين مصفي أو أكثر[1].

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لزوال الشخصية المعنوية للشركات التجارية

بالإضافة إلى الأسباب المذكورة أعلاه، يمكن أن تنقضي الشركة بأسباب خاصة، وتسمى بهذا الاسم كونها تختص بنوع معين من الشركات دون غيرها، أي لا تشمل جميع أنواع الشركات.

وتختلف هذه الأسباب من شركة لأخرى حسب التقسيم المعتاد إلى شركات أشخاص و شركات أموال، فيؤدي بعضها إلى حل الشركة التجارية وبالتالي خضوعها لعملية التصفية، دون أن يؤثر على غيرها، وهي في مجملها أسباب نص عليها القانون ومنها:

أولا: وفاة أحد الشركاء أو فقده الأهلية أو إفلاسه أو الحجر عليه في شركات الأشخاص

تتعدد الحالات التي يمكن اعتمادها كسبب لانقضاء الشركات التجارية وبالتبعية انقضاء الشخصية المعنوية، ومن بين هذه الأسباب ما نصت عليه المادة 439 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري بأنه: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره

فيما ذهبت المحكمة العليا إلى أن تطبيق المواد من 765 وما يليها المتعلقة بالتصفية، لا سيما المادتين 783 و 784 تفيد بكل وضوح أن الإجراءات التي حددها القانون التجاري تتعلق بعلاقة المصفي في إطار إما التصفية الودية أو التصفية الناتجة عن الحل القضائي للشركة، وهي حالات لا تنطبق على قضية الحال باعتبار حل البنك تم عن طريق اللجنة المصرفية مع تعيين مصفي، وأن المادة 115 من قانون النقد والقرض نصت على أن البنك يبقى خاضع لرقابة اللجنة المصرفية طيلة فترة التصفية، وبالتالي فإنه في وجود نص خاص يحدد كيفيات إجراء التصفية فلا يمكن التمسك بتطبيق نصوص عامة يتضمنها القانون التجاري والتي لم تتناول بصفة صريحة الحالة التي تطرحها قضية الحال، وعليه فباستبعادهم لتلك النصوص العامة وتطبيقهم النص الخاص الذي عالج الوضعية بدقة يكون القرار المطعون فيه قد طبق القانون تطبيقا سليما مما يجعل الوجه المثار غير سديد ما يؤدي إلى رفض الطعن.
قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 649601، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، ص 224 وما بعدها.

وفي اعتقادنا أن تطبيق قواعد القانون التجاري المتعلقة بالتصفية في الحالة المذكورة في هذه القضية ممكن بشرط عدم تطرق اللجنة المصرفية لذلك الإجراء، أما إذا قامت اللجنة بتحديد كيفية التصفية وإجراءاتها فإنه يتوجب تطبيقه وفقا لقاعدة الخاص يقيد العام، غير أنه حسب رأينا فإن اللجنة المصرفية مخولة لتحديد اجراءات وكيفيات التصفية وعلاقته معها، أما حقوق المساهمين في البنك فيجب أن تبقى قائمة باعتباره شركة مساهمة وتطبيق قواعد القانون التجاري ما لم تحدد اللجنة المصرفية ذلك.

[1]- المادة 784 من القانون التجاري الجزائري.

أو بإفلاسه"، وهذا النص ينطبق على شركات الأشخاص دون الأموال، إلا أن المشرع أجاز استمرار الشركة في نفس المادة بالفقرة الثانية والثالثة والتي نصت على الآتي: " إلا أنه يجوز الاتفاق في حالة ما إذا مات أحد الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كان قاصرا.

ويجوز أيضا الاتفاق على أنه إما مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أفلس أو انسحب من الشركة وفقا للمادة 440، أن تستمر الشركة بين الشركاء الباقين، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقدا ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر الحقوق الناتجة عن أعمال سابقة على ذلك الحادث".

ويعتبر موت أحد الشركاء من بين الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الشركة التجارية، إذ لا يمكن لورثته أن يحلوا محله، كون شخصية الشريك محل اعتبار، وهذا طبعا في شركات الأشخاص، غير أنه يجوز للشركة الاستمرار في نشاطها بحلول ورثة الشريك محله[1] شرط أن ينص قانونها الأساسي على ذلك، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة السالفة الذكر.

ولقد سارت في هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية[2]، إذ قضت أنه طالما أن القانون ينص على انتهاء شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء فإنه لا يصح القول باستمراريتها إلا باتفاق صريح، أو كانت طبيعة عمل الشركة أو الغرض من إنشائها يحتم استمراريتها رغم موت أحد الشركاء حتى يتم العمل الذي وجدت من أجله.

ويمكن لاتفاق الشركاء على استمرار الشركة في حالة وفاة أحد الشركاء أن يتخذ عدة صور، نذكر منها:

---

[1]- وفي هذا السياق كان قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 19-01-1987 والذي جاء فيه أنه: "لئن كان الأفضل في شركات الأشخاص أنها تنقضي بوفاة أحد الشركاء إلا أنه وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 528 من القانون المدني، يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصرا، فإذا كان قد نص في عقد الشركة على أنه في حالة الوفاة يكون لورثة الشريك المتوفي أن يطلبوا التصفية، أو أن يستمروا في الشركة بنفس شروط العقد فيما يخص بالنسبة للشريك المتوفي من شروط والتزامات، فإن مفاد ذلك أن الشركاء اتفقوا في الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفي، إلا إذا طلب هؤلاء تصفيتها فإن لم يفعلوا فإنها تعتبر مستمرة معهم".

أنور طلبة، العقود الصغيرة (الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة)، المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2004، بدون بلد نشر، ص 172.

[2]- قرار محكمة النقض جلسة 27-04-1944 طعن رقم 74 سنة 13، قضاء النقض المدني في المواد التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، طبعة 2007-2008، ص 76.

1- الاتفاق بين الشركاء في القانون الأساسي على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفي

في حالة اتفاق الشركاء في القانون الأساسي على أن الشركة تستمر بعد وفاة أحد الشركاء مع ورثته، فإن هذا البند يكون ملزما لهم، فيحل الورثة محل مورثهم في الشركة، ويكونوا مسؤولين تجاه الغير مسؤولية تضامنية شخصية، ويكتسبون بذلك صفة التاجر[1].

غير أن هذا الأمر لا يتوافق مع وجود ورثة قصر، مما تطلب من المشرع حمايتهم عبر نص المادة 562 في فقرتها الثانية من القانون التجاري الجزائري، إذ اعتبر مسؤولية ورثة الشريك القصر -في حالة استمرار الشركة- عن ديون الشركة بقدر حصص مورثهم في الشركة، ولكن في هذه الحالة يتوجب على الشركاء تحويل شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة، يكون فيها ورثة الشريك المتوفي القصر شركاء موصون.

إلا أن المشرع[2] قرر استمرار شركة التوصية البسيطة رغم وفاة شريكٍ موصٍ، وينطبق لاستمرارها في حالة وفاة شريك متضامن نفس الكلام الذي قيل أعلاه.

ونشير في هذا الصدد أن وفاة أحد الشركاء في شركات الأموال لا يؤدي إلى حل الشركة كونها قائمة على الاعتبار المالي، وتكون حصص الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة قابلة للانتقال عن طريق الإرث[3].

2- الاتفاق بين الشركاء في القانون الأساسي على استمرار الشركة مع بعض الورثة

قد يحصل كذلك أن يدرج الشركاء في القانون الأساسي شرطا يقضي باستمرار الشركة في حالة وفاة أحد الشركاء مع بعض الورثة فقط، كالابن الثالث أو الزوجة الثانية ...، دون غيرهم من الورثة، ويعتبر الشرط في هذه الحالة من قبيل تعامل الشريك في تركة مستقبلية، وهو مخالف للنظام العام، حيث حرمت المادة 92 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري التعامل في تركة شخص على قيد الحياة ولو برضاه، إلا في الحالات التي ينص عليها القانون.

---

[1]- المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 563 مكرر 8 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 570 من القانون التجاري الجزائري.

3-الاتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة فيما بينهم في حالة وفاة أحد الشركاء

قد لا يرغب الشركاء في الشركة إدخال شريك آخر غيرهم، فيعمدوا إلى الاتفاق فيما بينهم في القانون الأساسي على أنه في حالة وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة بين باقي الشركاء، دون إدخال ورثة الشريك المتوفي، وفي هذه الحالة يكون لزاما على باقي الشركاء أن يدفعوا لهم نصيب مورثهم نقدا حسب قيمته وقت وفاته[1].

ثانيا: إفلاس الشركة أو أحد الشركاء أو فقده الأهلية

قبل التطرق إلى أثر الإفلاس على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، يتوجب علينا تحديد معنى الإفلاس، والذي هو عبارة عن نظام للتنفيذ على المدين الخاضع لنظام الإفلاس، وهو مرتبط بالحامل لصفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، الذي توقف عن دفع ديونه، والغرض من الإفلاس تصفية أموال المدين تصفية جماعية ليتم توزيعها بين الدائنين قسمة غرماء طالما مراكزهم القانونية متساوية[2]، ويخضع لتطبيق نظام الإفلاس كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال.

ويعتبر إفلاس الشركة التجارية سببا من أسباب انقضائها[3]، كونه يشير إلى عدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها التجارية، إلا أنه يمكن للشركة التخلص من آثار هذا النظام عن طريق الصلح الواقي بالاتفاق مع الدائنين على مهلة إضافية تمكنها من الوفاء بديونها، وهو ما يشترط موافقة جميع الدائنين، وهو ما استقر عليه القضاء بأن رضا الدائنين الموافقين على شروط الصلح يبقى معلقا على شرط ضمني وهو شرط قبوله من الجميع، فإذا اعترض أحد الدائنين أو تمسك بطلب الإفلاس إنهار الصلح من أساسه[4] وإن كان المشرع الجزائري قد تحدث عن موافقة أغلبية الدائنين الممثلين لثلثي رأسمال الشركة.

---

[1]- المادة 439 من القانون المدني الجزائري.

[2]- أحمد محمد محرز، العقود التجارية ونظام الإفلاس في القانون التجاري المصري، النسر الذهبي للطباعة، بدون بلد نشر، طبعة 1996، ص 104.

[3]-المادة 563 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- على البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، الجزء الأول الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، طبعة 2000، ص 229.

ويختلف أثر الإفلاس حسب نوعي الشركات، إذ يؤدي إفلاس شركات الأشخاص إلى إفلاس الشركاء المتضامنين، لأنهم مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية، بحيث يُسألون عن ديون الشركة وكأنها ديونهم الشخصية، ولذا متى اعتبرت الشركة متوقفة عن دفع ديونها اعتبر الشركاء أيضا متوقفون عن ذلك، مما يؤدي إلى شهر إفلاسهم[1].

والعكس أيضا صحيح، ففي حالة إفلاس الشريك المتضامن فإن ذلك يؤدي حتما إلى انقضاء الشركة وتصفيتها بقوة القانون، ولكن يمكن تلافي ذلك باتفاق باقي الشركاء على استمرارها فيما بينهم مع تعهدهم بدفع ما يساوي حصة الشريك المفلس، وهذا الاتفاق لا يكون إلا في الشركات التي يزيد فيها عدد الشركاء المتضامنين عن (02) اثنين، وإلا كان انقضاؤها حتميا بقوة القانون لمخالفة نص المادة 416 من القانون المدني.

ويذهب جانب من الفقه[2] إلى القول بأن أسباب انقضاء الشركات المبنية على الاعتبار الشخصي لا تعتبر من النظام العام، وبالتالي يمكن أن تستمر بناء على اتفاق الشركاء الصريح أو الضمني في حالة وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه، وهو ما يعطي فرصة للشركة في الحفاظ على شخصيتها المعنوية، وفق مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

ثالثا: انسحاب أحد الشركاء

يذهب بعض الفقه إلى أن انسحاب الشريك يندرج ضمن الأسباب الإرادية لحل الشركة، غير أن الواقع يجعلها من بين الأسباب الخاصة للحل الذي يترتب عليه انتهاء الشخصية المعنوية للشركة وزوالها، لا سيما شركات الأشخاص، ويختلف أثر هذا الحل عند التمييز بين فرضين:

---

[1]- وفي هذا الاتجاه صدر قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 26-02-1993 والقاضي بأنه: " متى كان المطعون عليه شريكا متضامنا، فإن الحكم بإشهار إفلاس الشركة يستتبع حتما إفلاسه هو أيضا، إذ أن الشركاء المتضامنين مسؤولون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، فإذا توقفت الشركة عن الدفع، فمعنى ذلك أنهم هم أيضا توقفوا عنه، ولا يترتب على إغفال الحكم الصادر بإفلاس الشركة النص على شهر إفلاس الشركاء المتضامنين فيها، أو على إغفاله بيان أسمائهم أن يظلوا بمنأى عن الإفلاس، إذ أن إفلاسهم يقع كنتيجة حتمية ولازمة لإفلاس الشركة".

أنظر: سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص 110.

[2]- علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 161.

1- انسحاب الشريك من الشركة محددة المدة:

في حالة ما إذا كان عقد الشركة محدد المدة، فلا يجوز للشريك الانسحاب من الشركة إلى غاية انتهاء المدة المنصوص عليها في القانون الأساسي، فهو ملزم بالبقاء فيها إلى غاية حلول الأجل المحدد في قانونها الأساسي، إلا إذا توفرت لديه أسباب مبررة لذلك، فيتم الانسحاب بالمطالبة به عن طريق القضاء لأسباب معقولة وجدية، كأن يكون في وضع صحي لا يسمح له بمزاولة نشاطه، أو كأن يتعذر التعاون بين الشريك وباقي الشركاء، أو أن تبلغ أحواله المالية من السوء الذي احتاج معه تصفية نصيبه من الشركة، وهو ما أكدته صراحة المادة 442 في فقرتها الثانية بنصها أنه: "... يجوز أيضا لأي شريك إذا كانت الشركة معينة لأجل أن يطلب من السلطة القضائية إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها"[1].

2- انسحاب الشريك في الشركة غير محددة المدة:

أما في الحالة التي يكون فيها عقد الشركة غير محدد المدة فلا يجوز إجبار الشريك على البقاء في الشركة طيلة مدة حياتها، إذ يحق لكل شريك أن ينسحب من الشركة وفق إرادته المنفردة.

غير أن المشرع الجزائري لم يترك الأمر على إطلاقه، وإنما وضع شروطا تضمنتها المادة 440 في فقرتها الأولى من القانون المدني بنصها على أنه: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله إلى جميع الشركاء وأن لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق".

واعتبارا من الأثر الذي يلحق بالشخصية المعنوية للشركة جراء انسحاب الشريك منها، كان على المشرع ضبط الشروط التي يتوجب على المنسحب مراعاتها حتى يكون انسحابه صحيحا منتجا لآثاره، وهي تتمثل بمجملها في شرطين أساسين وهما:

---

[1]- تأكيدا لما سار عليه المشرع الجزائري، فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 26-03-1991 س 42 بأنه: "من المقرر أنه لا يجوز للشريك الانسحاب من الشركة إذا كانت معينة المدة، وكانت مدتها لم تنقضي بعد إذ يتعين في هذه الحالة البقاء في الشركة إلى انتهاء مدتها".

أنظر: سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص 86.

الشرط الأول: أن يعلن الشريك إرادته المسبقة في الانسحاب وإبلاغها جميع الشركاء، واكتفى المشرع هنا بعبارة الإبلاغ دون أن يحدد كيفياته أو طريقة إثباته.

الشرط الثاني: الانسحاب بحسن النية، أي ضرورة ألا يصدر الانسحاب عن غش، أو أن يكون في وقت غير لائق كالحالة التي تكون فيها الشركة في وضع غير مستقر أو كانت تمر بأزمة تتطلب لمجابهتها الحفاظ على استقرار الشركة، والهدف من ذلك هو الحفاظ على مصالح الشركاء من جهة[1]، وحقوق الغير الذي تعامل مع الشركة من جهة أخرى، فانسحاب الشريك في هذه الحالة يُكيف على أنه هروب من الشركة التي تشهد وضعا غير طبيعيا، كما لا يجب على الشريك طلب الانسحاب بقصد الإضرار بالشركاء أو الشركة[2].

ويعتبر وفاة أحد الشركاء أو فقده الأهلية أو إفلاسه أو الحجر عليه سببا لحل شركات الأشخاص، ويستوجب بتوفر أي منها البدء في تصفيتها وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية، وهذا نظرا للاعتبار الشخصي للشريك الذي يقوم عليه هذا النوع من الشركات، دون أن يؤثر ذلك على شركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي، ولا أهمية لشخصية المساهمين فيها.

ولقد حدد المشرع الفرنسي[3] أسباب انقضاء الشركات بموجب أحكام المادة 1844-7 من القانون المدني والتي نصت على أنه:

" La société prend fin :
1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6.
2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet.
3° Par l'annulation du contrat de société.
4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés.
5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

[1]- ما يمكن أن نشير إليه أن القضاء المصري أجاز منح الشريك تعويضا عن الأضرار التي تسبب فيها الشريك الذي كان محل فسخ عقد الشركة، وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 12-06-1969 والقاضي بأن: "حل الشركة لسبب يرجع إلى خطأ الشريك كإخلاله بالتزاماته يجيز للشريك أن يطالب بالتعويض وفق المادة 107 من القانون المدني، وللمحكمة أن تقضي له بما يستحقه من تعويض إذا كان له مقتضى قبل تصفية الشركة لأن الشريك المخطئ المقضى به في أمواله الخاصة وليس في أموال الشركة".

[2]- محمد عبد الغفار البسيوني وآخرون، مرجع سابق، ص 268.

[3]-Art 1844-7 C. civ. Fr, Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 100.

6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5.
7° Par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.
8° Pour toute autre cause prévue par les statuts".

المطلب الثاني: خصوصية الإفلاس والتسوية القضائية كسبب لانقضاء الشخصية المعنوية للشركة

يُعد الإفلاس سببا لحل الشركة ولكنه لا يؤدي دائما إلى تلك النتيجة، هذه الخصوصية جعلتنا تنطرق إليه بشكل منفصل عن أسباب الحل التي رأيناها أعلاه، ليتسع لنا المجال للخوض في كيفية تأثيره على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

وفي سبيل ذلك توجب علينا تحديد أثر الحكم بالإفلاس أو بالتسوية القضائية على الشخصية المعنوية، سواء كان بزوالها أو بانتهاء أسبابه لتعود لحياتها مرة أخرى ومتابعتها نشاطها (الفرع الأول)، فضلا عن الآثار المترتبة على هذه الشخصية لانقضاء إجراءات التسوية القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حدود الشخصية المعنوية للشركة في حالة الإفلاس

يُعد نظام الإفلاس نظاما خاصا بالتاجر، غير أنه في حالة ما إذا كان الشخص معنوي فإنه لا يهم إن كان تاجر أو غير تاجر، فمتى توقفت الشركة عن دفع ديونها[1] جاز تقديم طلب للمحكمة لشهر إفلاسها، أو لتمكينها من إجراءات التسوية القضائية بهدف تسوية الوضعية التي أصبحت عليها الشركة.

ويُعرف الإفلاس بأنه "الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر توقف عن دفع ديونه، أو هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديون في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء"[2]، ولا يمكن تطبيق نظام الإفلاس على الشركة التجارية التي توقفت عن الدفع إلا

[1] - تطرق المشرع الجزائري عن حالة التوقف عن الدفع ضمن أحكام القانون التجاري بالمادة 215 منه والتي أوجبت على التاجر في حالة توقفه عن دفع ديونه المستحقة أن يقدم إقرارا بذلك للمحكمة في أجل لا يتعدى 15 يوما بقصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس.

[2] - نادية فوضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، بدون سنة طبع، ص 5.

بموجب حكم قضائي بالإفلاس أو بالتسوية القضائية، والذي يُرتب آثارا قانونية أهمها غل يد المفلس وإدارة أعماله.

أولا: أثر الإفلاس على الشخصية المعنوية للشركة

تتجلى في حق شركة تجارية توقفت عن الدفع بعد صدور حكم بالإفلاس وشهره العديد من الآثار التي تغير ملامح شخصيتها المعنوية التي كانت قائمة من قبل من بينها:

1- قابلية إبطال كل التصرفات التي قامت بها الشركة المفلسة خلال فترة الريبة:

وهي الفترة التي تبدأ من تاريخ توقفه عن دفع ديونه المستحقة وتنتهي بحكم الإفلاس، ولهذا كان لزاما على المحكمة أن تحدد تاريخ التوقف عن الدفع والذي لا يمكن أن يزيد بأي حال من الأحوال عن ثمانية عشر (18) شهرا، وإن لم يحدد كان تاريخ الحكم بالإفلاس هو نفسه تاريخ التوقف عن الدفع[1].

2- تغيير ممثل الشركة:

بعد الحكم بإفلاس الشركة تُغل يد مديروها أو مسيروها عن إدارة الأموال الحاضرة والمستقبلية للشركة، ليحل محلهم الوكيل المتصرف القضائي الذي سنرى دوره فيما بعد، ولا ينفي ذلك امكانية استخدامهم قصد تسهيل عملية الإفلاس[2]، ومساعدة الوكيل المتصرف القضائي الذي أصبح الممثل القانوني للشركة.

غير أن الفقه اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لغل يد المدين، فمنهم من رأى بأنه نقص الأهلية يلحق بالشركة المفلسة[3]، وإن كان هذا الرأي منتقد لكون نقص الأهلية مقرر لحماية ناقص الأهلية لا في مواجهته، فإذا قام بتصرف ما كان قابلا للإبطال لمصلحته، في حين أن رفع يد الشركة في التصرف في أموالها مقرر لمصلحة دائنيها لا لمصلحتها هي.

فيما رأى فريق آخر من الفقه[4] أن رفع اليد هو تطبيق للدعوى البوليصية، واعتبار أن تصرف المدين غشا نحو الدائنين يخولهم الحق في الطعن فيها بطريق الدعوى البوليصية، إلا أن هذا الرأي منتقد أيضا كون أنه في الدعوى البوليصية إذا كان تصرف المدين بعوض

---

[1]- المادة 222 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 242 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 71.

[4]- نادية فوضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 46.

فيجب أن يثبت أن من تعامل معه كان سيء النية، أي أنه كان يعلم بأن هذا التصرف يترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره، بينما تصرفات المفلس بعد رفع يده لا يُحتج بها على جماعة الدائنين وإن كان من تعامل معه حسن النية.

وقد انتهى الرأي في الأخير إلى أن رفع يد المدين من قِبَل تجميد تصرفاته على افتراض أن هذه التصرفات تنطوي على غش نحو جماعة الدائنين، مما يترتب عنه حجز جماعي على أموال المدين لصالح دائنيه[1].

3- انتقال حق التقاضي للوكيل المتصرف القضائي:

يمتد رفع يد مديرو ومسيرو الشركة إلى الدعاوى القضائية، فلا يجوز لهم رفع الدعاوى أمام القضاء أو الطعن في الأحكام، وإنما يتولى ذلك الوكيل المتصرف القضائي، فهو يمارس جميع حقوق ودعاوى الشركة المتعلقة بذمتها طيلة مدة التفليسة[2].

4- أثر حكم الإفلاس على أهلية الشركة المفلسة:

تستمر الشركة في النشاط وفق الغرض المحدد في قانونها الأساسي إلى أن تتوقف عن دفع ديونها[3]، فيؤدي الحكم بإفلاسها إلى تعديل غرضها بحيث تتوقف عن ممارسة الأنشطة التي كانت تقوم بها، ليصبح غرضها الجديد السعي لسداد الديون التي عليها المستحقة الدفع، كون غرضها يتحول بحكم الإفلاس إلى حصر موجودات الشركة وجردها بهدف قسمتها على جماعة الدائنين، ويلتزم الوكيل المتصرف القضائي بتحقيق هذا الغرض بصفته ممثل الشركة من جهة وممثل جماعة الدائنين من جهة أخرى[4].

---

[1]- نادية فوضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 46.

[2]- المادة 244 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- ولتفصيل أكثر فيما يتعلق بأحكام التوقف عن الدفع من شروط وآثار وأنواع وتحديد تاريخه، وكل ما يتعلق بذلك، يمكن الرجوع إلى المقال المنشور بهذا الخصوص لمؤلفه: طباع نجاة، تواتي نصيرة، نظام التوقف عن الدفع بين قواعد الإفلاس ونظام الإنقاذ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 2 (عدد خاص)، كلية الحقوق والحلوم السياسية، بجاية، 2020، ص من 158 -175.

[4]- المادة 2 من المرسوم التنفيذي 97-418 ، المؤرخ في 9 نوفمبر 1997، يحدد أتعاب الوكلاء المتصرفون القضائيين، ر، عدد 74، الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 1997.

ويمكن للوكيل المتصرف القضائي أن يقترح على القاضي تحميل مديرو الشركة المفلسة المسؤولية عن ديون تفليستها تجاه دائنيها، سواء كان هذا المدير قانوني أو واقعي[1]، وإن كان المشرع الجزائري قد ميز بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، ففي الأولى اعتبره خطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس، بأن يثبت المسير بأنه قاد بأعمال الإدارة مثل ما يبذله الرجل الحريص[2]، فقد وسع هنا من نطاق الخطأ، وفق عناية الرجل الحريص وليس الرجل العادي.

أما في شركة المساهمة فيتحمل أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة وكل مدير فعلي مسؤولية إفلاس الشركة إذا ارتكبوا الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في المادة 224 فقرة 2 من القانون التجاري الجزائري، ويتمثل الأول في قيامهم بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أموالهم الخاصة، والثاني إن باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشركة عن دفع ديونها.

5-أثر حكم الإفلاس على استمرارية الشركة:

وفق القواعد المقررة في القانون التجاري فإنه إذا حكمت المحكمة بشهر إفلاس الشركة دون أن تتمكن من الوفاء بديونها، فإن مصيرها إلى التصفية محتوم، وذلك ببيع كل أصولها، لسداد ما عليها من ديون.

ولم يورد المشرع أي نص يشير إلى أحكام منظمة لبقاء المشروع الاقتصادي للشركة بعد توقفها عن الدفع وعجزها عن سداد الديون، إذ كان من الممكن إجازة شراء حصصها أو أسهمها من طرف الغير القادر على إبقاء وجودها، أو العمل على عرضها للاكتتاب لزيادة رأسمالها بغرض الحصول على موارد مالية تمكنها من الاستمرار، أو حتى إخضاعها للاندماج مع شركة أخرى إذا رغبت في ذلك، على أن يكون ذلك كله تحت إشراق قضائي ضمانا لاستمرارية النشاط الاقتصادي وحماية لمصالح العمال وحتى المساهمين[3].

---

[1]- مفتاح براشمي، إشكالية حماية الشركات من الإفلاس في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 1، جامعة الشهيد حمة لخضر، الواد، أفريل 2020، ص 26.

[2]- المادة 578 فقرة ثالثة من القانون التجاري الجزائري.

[3]- مفتاح براشمي، مرجع سابق، ص 22.

ثانيا: دور الوكيل المتصرف القضائي في حالتي الإفلاس والتسوية القضائية

الوكيل المتصرف القضائي هو شخص من أشخاص التسوية القضائية، والذي كان يسمى سابقا وكيل التفليسة، يعين بموجب حكم قضائي ويتمثل دوره في الإشراف والمساعدة للمدين حسن النية بصفة جبرية[1].

1- دور الوكيل المتصرف القضائي:

يُخول الوكيل المتصرف القضائي باتخاذ كل الإجراءات الضرورية لحماية حقوق الدائنين والتدخل في الدعاوى التي ترفع ضد الشركة، ويمكن أن يتولى هذه المهمة أكثر من وكيل، وللقاضي تقسيم العمل بينهم وتكليف كل واحد منهم بعمل معين، وتكون مسؤولية كل واحد منهم في حدود العمل الذي كُلف به، كما أنه يمارس عمله عبر كافة التراب الوطني[2].

كما يتولى القيام بأعمال إدارة الشركة المفلسة وله صلاحيات عديدة كالمطالبة بدفع الديون المستحقة بهدف تحصيلها، فضلا عن رفع الدعاوى مع الشركة، وفي حالة رفضها فإنه يتولى رفعها وإدخالها فيها[3].

ومن جهة أخرى فإن الوكيل المتصرف القضائي فإنه يختص بالدعاوى المتعلقة بجماعة الدائنين، كما يقوم بإجراءات التحكيم والتصالح التي تخصهم، فضلا عن كونه ممثلا لجماعة الدائنين المتحدين ضمن جماعة واحدة، فهو وكيل عن الدائنين[4].

2- حقوق والتزامات الوكيل المتصرف القضائي:

في سبيل قيام الوكيل المتصرف بمهامه على أكمل وجه فإن المشرع الجزائري أقر له حقوقا وحمله واجبات تضمن أداءه مهامه بحرص كبير.

أ- حقوق الوكيل المتصرف القضائي:

يتلقى الوكيل المتصرف القضائي أتعابا مقابل المهام التي يقوم بها، وهي محددة بموجب المرسوم التنفيذي 97-418، ولكل من له مصلحة الطعن أمام المحكمة في قرار

---

[1]- عمارة ابراهيم، محمد بلينة، دور الوكيل المتصرف القضائي في التسوية القضائية في القانون الجزائري، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد 11، العدد 2، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد الجزائر، 2022، ص 36.

[2]- راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، الجزائر، 2008، ص 249.

[3]- مرجع نفسه، ص252.

[4]- عمارة ابراهيم، محمد بلينة، مرجع سابق، ص 37.

القاضي المنتدب بتقدير أتعاب الوكيل المتصرف القضائي قبل تقسيم أموال الشركة على الدائنين، كما يمكنه أن يقبض مبالغ أخرى وفق أشكال حددها المرسوم السالف الذكر والتي لا يهمنا تفصيلها في بحثنا هذا.

ب- واجبات الوكيل المتصرف القضائي:

يتوجب على الوكيل المتصرف القضائي أن يلتزم بحدود المهمة الموكلة إليه سواء تعلق الإمر بالإفلاس أو التسوية القضائية، ومن بينها ما يلي:

* مسك فهارس للعقود التي ينجزها مع ترقيمها وتوقيعها من رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل الإقامة المهنية للوكيل المتصرف القضائي[1].

* حيازة ختم خاص يودع توقيعه لدى كتابة ضبط نفس المحكمة[2].

* مسك محاسبة لتسجيل الإيرادات والمصاريف وكذا دخول النقود والأوراق المالية المخصصة لحساب زبائنه وخروجها[3].

* اثبات اكتتاب التأمين بواسطة صندوق ضمان لضمان المسؤولية المدنية والمهنية بسبب الأخطاء خلال تنفيذ مهامه[4].

*ا إنشاء صندوق الالتزامات.

3- مسؤولية الوكيل المتصرف القضائي:

تقوم مسؤولية الوكيل المتصرف القضائي بصفته ممثل للشركة من جهة وممثل لجماعة الدائنين من جهة أخرى، فهو ملزم بالقيام بكل الإجراءات والتدابير الضرورية لذلك وفق الآجال المحددة قانونا، وفي حالة إخلاله يمكن إيداع شكوى ضده يفصل فيها القاضي[5].

ويمكن للوكيل المتصرف القضائي في حالة إخلاله بالتزاماته أن يتعرض لإجراءات تأديبية، ومنها الإنذار والتوبيخ والمنع المؤقت في حدود سنة على الأكثر، كما يمكنه أن يتعرض للشطب من سجل قائمة الوكلاء المتصرفين القضائيين[6].

---

[1]- المادة 27 من الأمر 96-23 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.

[2]- المادة 28 من الأمر 96-23 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.

[3]- المادة 29 من الأمر 96-23 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.

[4]- المادة 34 من الأمر 96-23 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.

[5]- عمارة ابراهيم، محمد بلينة، مرجع سابق، ص 45.

[6]- المادتين 21 و 22 من الأمر 96-23 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.

فضلا عن امكانية المتابعة الجزائية إذا تبين من خلال التفتيش أو التحقيق أن هناك إخلالا من شأنه إلحاق ضرر جسيم بالأموال المكلف بتسييرها[1].

4- آثار حكم فقل التفليسة:

سبق وقلنا أن الشركة بعد الحكم بإفلاسها تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية ولكن في حدود العمل على سداد الديون المستحقة التي عليها، وقسمة الأموال الناتجة عن عملية التفليسة على دائنيها، وما تبقى يقسم على الشركاء.

غير أن عملية الإفلاس لا تنتهي دائما بهذا الشكل، وإنما قد يواجه الوكيل المتصرف القضائي مشكلة عدم كفاية أموال الشركة لسداد حقوق الدائنين، وفي هذه الحالة يكون الحكم بإقفال إجراءات التفليسة لعدم كفاية الأصول دون أنهاء التفليسة، وإنما يتوقف فقط السير في إجراءاتها، وهو ما يترتب عنه آثار عديدة[2] وهي:

* استمرار غل يد المدين في إدارة أمواله.

* تبقى جماعة الدائنين قائمة.

* يمكن لكل دائن أن يرفع الدعاوى الفردية على الشركة المفلسة[3]، إلا أن حصيلة هذه الدعاوى تعود إلى جماعة الدائنين، وللوكيل المتصرف القضائي المطالبة به لصالح جماعة الدائنين.

* يستمر الوكيل المتصرف في أداء مهمته، ويمكنه التدخل لصالح الجماعة في الدعاوى التي ترفع ضد الشركة المفلسة.

* لا يحتج على جماعة الدائنين بالديون التي يعقدها المفلس، ولا يدخل أصحاب هذه الديون ضمن هذه الجماعة.

* للشركة المفلسة أو كل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة التي قررت حكم الإقفال أن تعدل عن هذا الحكم وتأمر باستئناف إجراءات التفليسة، متى ثبت أن للشركة المفلسة مالا يكفي

---

[1]- المادة 22 من الأمر 96-23 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.

[2]- نادية فوضيل، ، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 66.

[3]- المادة 355 من القانون التجاري الجزائري.

لسداد مصاريف اجراءات التفليسة، على أن تقوم الشركة بإيداع هذا المال بين يدي الوكيل المتصرف القضائي.

* يمكن للوكيل المتصرف القضائي أن يطلب المساعدة القضائية في الدعاوى التي يتدخل فيها لصالح جماعة الدائنين في الحالة التي لا يبقى عنده من مال الشركة شيء.

الفرع الثاني: أثر التسوية القضائية على الشخصية المعنوية للشركة التجارية

تختلف التسوية القضائية عن الإفلاس في أن الأول هو نظام لتسوية الديون المستحقة التي عجزت الشركة المتوقفة عن الدفع عن سدادها، وإن كان في بعض الحالات يمكن أن يتحول إلى إفلاس، أما الإفلاس فهو نظام يسعى إلى سداد الديون المستحة وغير المستحقة لأن الغرض منه إنهاء الوجود القانوني للشركة التجارية المفلسة مع ضمان حصول الدائنين على أموالهم كونها توقفت عن الدفع ولم تعد قادرة على السير في تحقيق هدفها، وإن كان في بعض الحالات التي يظهر فيها أن الشركة بالرغم من الحكم بإفلاسها يمكنها العودة والاستمرار في النشاط، ليقرر القاضي تحول الإفلاس إلى تسوية قضائية.

أولا: سلطة المحكمة في الحكم على الشركة بالتسوية دون الإفلاس

نص المشرع الجزائري في المادة 226 من القانون التجاري الجزائري على حالات الإفلاس الوجوبي، وكذا الحالات التي يلزم فيها الحكم بالتسوية القضائية[1]، ويكون للقاضي خارج هذه الحالات سلطة الخيار بينهما، إذ أنه بالإفلاس دون التسوية القضائية إلا إذا تحققت شروطها، كحسن النية والإقرار بالتوقف عن الدفع في الآجال القانونية (15 يوما من التوقف)، وعدم ارتكاب مدير الشركة لأخطاء محددة.

[1]- نصا المادة 226 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يُقضى بالتسوية القضائية إن كان المدين قد قام بالالتزامات المنصوص عليها في المواد215 و 216 و 217 و 218 المتقدمة.

ومع ذلك يتعين القضاء بشهر الإفلاس إن وجد المدين في إحدى الحالات التالية:

1- إذا لم يقم المدين بالالتزامات المنصوص عليها في المواد: 215 و 216 و 217 و 218 المتقدمة،

2- إذا كان قد مارس مهنته خلافا لحظر قانوني،

3- إن كان قد اختلس حساباته أو بذر أو أخفى بعض أصولهن أو كان سواء في محرراته الخاصة أو عقود عامة أو التزامات عرفية أو في ميزانيته قد أقر تدليسيا بمديونيته بما لم يكن مدينا بها،

4- إن كان لم يمسك حسابات مطابقة لعرف مهنته وفقا لأهمية المؤسسة"

ثانيا: حدود الشخصية المعنوية للشركة بعد الحكم بالتسوية القضائية

يمكن للشركة بعد الحكم عليها بالتسوية القضائية أن تستمر في نشاطها[1] ودون أن تُغل يد مسيروها في إدارة الشركة، ولن هذه الإدارة تتم بمساعدة الوكيل المتصرف القضائي وبصفة إجبارية[2]، ولعل الحكمة من ذلك وضع المدير أو المسير تحت رقابة المحكمة.

كما لا يُحتج بتصرفات مديري أو مسيري الشركة المقبولة في التسوية القضائية على الدائنين إذا قاموا بها دون مساعدة الوكيل المتصرف القضائي، أما إن تمت هذه التصرفات بمساعدة الوكيل المتصرف القضائي فإنه يُحتج بها على دائني الشركة مثلها مثل تصرفات الوكيل، ومن بين هذه التصرفات ما يلي:

أ- قبض ما يستحق من ديون قِبل مديني الشركة.

ب- بيع الأشياء القابلة للتلف.

ج- رفع الدعاوى الشخصية المتعلقة بالمنقول والدعاوى العقارية.

د- القيام بالأعمال الضرورية لمباشرة نشاط الشركة إذا صُرح لها باستئنافها، كما يمكن للمدير أو المسير القيام بالإجراءات التحفظية بمساعدة الوكيل المتصرف القضائي[3].

أما في حالة رفض ميرو أو مسيرو الشركة القيام بأي عمل منوط بهم جاز للوكيل المتصرف القضائي القيام بتلك الأعمال بعد إذن من القاضي المنتدب[4].

بعد الحكم على الشركة التجارية المتوقفة عن الدفع بالتسوية القضائية أو الإفلاس لا يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن القاضي المنتدب، ويُمنع ذلك على كل من تدخل في إدارة أموال الشركة مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل[5].

---

[1]- المادة 277 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 244 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 273 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- المادة 274 من القانون التجاري الجزائري.

[5]- المادة 262 من القانون التجاري الجزائري.

ثالثا: أثر انقضاء التسوية القضائية على الشخصية المعنوية للشركة التجارية

رأينا أن الحكم على الشركة بالتسوية القضائية يرتب عديد الآثار على عناصر شخصيتها المعنوية، إلا أن هذه التسوية لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تستمر طوال حياة الشركة، فهي إما أن تنقضي بانتهاء إجراءاتها وبالتالي عودة الشركة لممارسة نشاطها وتحقيقها لأهدافها بعد حصولها على الصلح مع دائنيها.

أما في حالة ما إذا تأزمت الوضعية المالية للشركة، أو أخلت بالتزاماتها القانونية، فإن التسوية القضائية ستتحول لا محالة إلى تفليسة، وبالتالي الحد أكثر من آثار الشخصية المعنوية للشركة المفلسة.

1- انتهاء إجراءات التسوية القضائية و أثره على الشخصية المعنوية للشركة

في حالة قبول الشركة في تسوية قضائية يقوم القاضي المنتدب باستدعاء الدائنين المقبولة ديونهم في الميعاد المقرر بموجب أحكام المادة 314 من القانون التجاري الجزائري، لإثبات قيام حالة الاتحاد إلا إن كان هناك اقتراح للصلح بين الشركة ودائنيها.

وتتميز التسوية القضائية عن الإفلاس بإمكانية عقد الصلح بين الشركة ودائنيها، وهو أمر غير متصور في الإفلاس، لأن الهدف الأساسي من التسوية القضائية هو الصلح، وليس تصفية أموال الشركة[1].

ومن خلال المادة 317 من القانون التجاري الجزائري يتبين أن الصلح القضائي يبرم في حالة التسوية القضائية، ولا يمكن أن يتحقق في عملية الإفلاس، لأن المشرع الجزائري رتب اقراح الصلح على قبول المدين في التسوية القضائية، وهو ما يميز هذه العملية عن الإفلاس.

ويُعرف عقد الصلح بأنه اتفاق بين المدين ودائنيه الذين يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها[2]، ولا يقوم الصلح إلا باتفاق الاغلبية العددية للدائنين المقبولين نهائيا أو وقتيا على أن يمثلوا الثلثين لجملة مجموع الديون، ويتم التوقيع على

[1]- راشد راشد، مرجع سابق، 321.

[2]- المادة 317 من القانون التجاري الجزائري.

الصلح في نفس الجلسة وإلا كان باطلا[1]، وتتوقف إجراءات الصلح متى قامت ملاحقات الإفلاس التدليسي.

ويخضع الصلح المبرم للتصديق عليه من طرف المحكمة التي يعرض عليها القاضي المنتدب تقريرا عن مميزات التسوية القضائية وقبول الصلح، ويجعل تصديق المحكمة الصلح ملزما لكافة الدائنين سواء كانت قد حققت ديونهم أم لا، غير أنه لا يُحتج بهذا الصلح في مواجهة الدائنين ذوي الامتياز أو المرتهنين عقاريا الذين لم يتنازلوا عن تأمينهم، ولا قبل الدائنين العاديين الذين نشأ حقهم أثناء مدة التسوية القضائية او الإفلاس[2].

ويترتب على التصديق عن الصلح توقف مهام الوكيل المتصرف القضائي بمجرد أن يصبح التصديق مكتسبا لقوة الشيء المقضي فيه، كما تتوقف مهمة القاضي المنتدب بعد تحرير محضر بهذا كله، ليستعيد مديرو الشركة حرية الإدارة والتصرف في أموالها[3].

2- آثار تحويل التسوية القضائية إلى إفلاس:

الأصل أن التسوية القضائية يراد بها مساعدة الشركة للخروج من أزمتها المالية حفاظا على بقائها واستمرارها بعد سداد ديونها، غير أنه بتوفر أسباب معينة قد يحكم القاضي بإفلاس هذه الشركة مما يرتب آثار جديدة تتماشى مع الحالة التي آلت إليها الشركة بعدما كانت تحت التسوية القضائية.

أ- أسباب تحويل التسوية القضائية إلى تفليسة:

يمكن للتسوية القضائية أن تتحول إلى إفلاس إذا توفرت مسوغات لذلك، ويكون هذا التجول بموجب حكم قضائي علني بصفة تلقائية أو بطلب من الوكيل المتصرف القضائي، أو من الدائنين بناء على تقرير من القاضي المنتدب، وذلك بعد سماع المدين[4].

وتقضي المحكمة بتحول التسوية القضائية إلى إفلاس في حالات حددها القانون وفق اعتبارات معينة، وهي:

- إذا حكم على المدين بالإفلاس بالتدليس.

---

[1]- المادة 320 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 330 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 332 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- المادة 337 من القانون التجاري الجزائري.

- إذا أبطل الصلح.
- إذا ثبت أن المدين يوحد في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 226 فقرة 2 من القانون التجاري الجزائري[1].
- إذا لم يعرض المدين الصلح أو لم يحصل عليه.
- إذا انحل عقد الصلح.
- إذا حكم على المدين بالافلاس بالقصير.
- إذا كان المدين بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع قد أجرى مشتريات لإعادة البيع بأدنى من سعر السوق أو استعمل بنفس القصد طرقا موجبة لخسائر شديدة ليحصل على أموال.
- إذا رأى أن مصاريف المدين الخاصة ومصاريف تجارته مفرطة.
- إذا كان قد استهلك مبالغ جسيمة في عمليات نصيبية محضة.
- إن كان قد عقد لحساب الغير تعهدات تبين أنها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعه عند التعاقد وكان لم يقبض مقابلها شيئا.
- إذا كان قد ارتكب في استغلال تجارته أعمالا بسوء نية أو بإهمال لا يغتفر أو قام بمخالفات جسيمة لقواعد وأعراف التجارة[2].

ب- آثار تحويل التسوية القضائية إلى تفليسة:

يترتب عن الحكم بإفلاس الشركة المقبولة في تسوية قضائية العديد من الآثار، إذ يؤدي حكم التحويل في كل الحالات إلى رفع يد مديري الشركة اعتبارا من تاريخ الحكم، ويتبع الوكيل المتصرف القضائي القواعد الخاصة بالإفلاس[3] كما رأينا اعلاه، لتتغير مهامه فبدلا من مساعدة مديري الشركة فإنه يحل محلهم في إدارة الشركة.

---

[1]- المادة 332 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 338 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- المادة 339 من القانون التجاري الجزائري.

المبحث الثاني:

مبدأ استمرار الشخصية المعنوية للشركة قيد التصفية و آثاره

يترتب عن توفر سبب من الأسباب المؤدية لانقضاء الشركة التجارية حلها، وهو ما يعني إنهاء وجودها القانوني عبر الشروع في تصفيتها، وبالتالي انقضاء شخصيتها المعنوية، لكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذه الحالة، هو وقت زوال هذه الشخصية؟ باعتبارها المعيار المحدد لوجود الشخص المعنوي الممثل في الشركة المنحلة، فهل تنقضي هذه الشخصية بمجرد الحكم أو الاتفاق على حل الشركة؟ أم تمتد وتبقى قائمة لمدة معينة حتى تمام تصفيتها؟

وتكتسي الإجابة عن هذه التساؤلات أهمية كبرى لتحديد وقت انتهاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية، للقول بزوالها في مواجهة الغير بدرجة أولى، و للاحتجاج بها بين الشركاء أو المساهمين أنفسهم، أو بينهم وبين الغير[1]، وهذه الحالة تتطلب منا الحديث عن وضع الشخصية المعنوية خلال فترة التصفية.

وتشمل هذه الدراسة تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون التجاري والمتعلقة بتصفية الشركات وتأثيرها على شخصيتها المعنوية، بدأ من المادة 765 إلى غاية المادة 795 منه، بالإضافة إلى الأحكام الواردة في القانون المدني الممثلة في المواد من 443 إلى 448 في القسم الخامس من الفصل الثالث تحت عنوان عقد الشركة، وإن كان هذا الأخير ينص في مادته 449 على أنه: "لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري"، والأصح القول بتطبيق هذا الفصل على الشركات إلا ما يخالف منه القوانين أو الأعراف التجارية، وعليه نقترح على المشرع تعديل هذه المادة وذلك بصياغتها على النحو التالي: "تطبق مقتضيات هذا الفصل ...الباقي بدون تغيير...".

ولتأصيل هذه المسألة، سنسعى في المطلب الأول للوصول إلى حدود الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية، ثم في المطلب الثاني نناقش مسألة ضرورات

[1]- هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، القسم الثالث، الشركات التجارية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1995، بيروت، ص 399.

الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية طيلة فترة التصفية، وما هي مبررات تمتع الشركة بهذه الشخصية.

المطلب الأول: حدود الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية

الأصل أن الشركة التجارية تحتفظ بشخصيتها المعنوية طالما بقي عقد الشركة صحيحا، وبانقضائه تنتهي هذه الشركة لتبدأ بعد ذلك مرحلة التصفية، إلا أن المشرع الجزائري ولاعتبارات معينة نص على أن الشخصية المعنوية للشركة تبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية[1]، وهي من دون شك قاعدة منطقية كون إجراء التصفية يستلزم القيام بالعديد من التصرفات باسم الشركة، وإن كانت تخالف الأصل العام القاضي بحل الشركة وانهاء وجودها.

وبالتالي يكون لزاما علينا أولا الحديث عن تكريس مبدأ احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية وتحديد إطارها الزماني (الفرع الأول)، ومحاولة حصر آثار الإبقاء على هذه الشخصية (الفرع الثاني)، وذلك بالموازنة بين أحكام التصفية في القانون المدني مع تلك الواردة في القانون التجاري.

الفرع الأول: تكريس مبدأ احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية وحدوده

تكريس هذا المبدأ لم يكن أمرا مستساغا لدى رجال القانون، قضاة وفقهاء في بدايته، بسبب ما يترتب على هذا الإبقاء من آثار هامة، خاصة وأن الشركة خلال فترة التصفية هي شركة تقرر حلها، وبالتالي وُضِع حد لحياتها، وهذا الأمر يدفعنا إلى البحث في تاريخ ظهور هذا المبدأ من جهة، ومن جهة أخرى تحديد الفترة التي تتمتع فيها الشركة قيد التصفية بالشخصية المعنوية، بمعنى تحديد المقصود بفترة التصفية.

[1]- المادة 444 من القانون المدني الجزائري.

أولا: تاريخ ظهور مبدأ بقاء الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية

لم يظهر مبدأ احتفاظ الشركة المنحلة بشخصيتها المعنوية إلا مؤخرا في الفقه وفقه القضاء الحديث، ويرجعه بعض الفقهاء[1] إلى النصف الأول من القرن الماضي، رغم أن بعض الدارسين لموضوع الشركات في الفقه الإسلامي يرو اعتراف الفقهاء المسلمين بالشخصية المعنوية للشركة في حالة التصفية[2] وإن لم يكن ذلك صريحا، وهذا يدل على أن الشخصية المعنوية في فترة التصفية لم يكن معترفا به في القانون الروماني ولا في القانون الكنسي ولا حتى القانون الفرنسي القديم.

ولم يكن القانون الرماني يعترف أصلا بالشخصية المعنوية للشركات التجارية، وإنما حصر ذلك على جماعات القانون العام فقط[3]، ولذلك نجد من المنطقي ألا تُطرح فكرة استمرار الشخصية المعنوية للشركات في فترة التصفية بما أنها غير موجودة أساسا، ويرجع ذلك إلى طبيعة المعاملات القائمة في تلك الفترة، والتي كانت ذات طبيعة فلاحية بسيطة أكثر منها تجارية.

ولم يتطرق القانون الفرنسي القديم أيضا إلى مسألة الشخصية المعنوية للشركة المنحلة خلال فترة تصفيتها، ومن بين المصادر التشريعية في ذلك الحين، مجلة سافاري لسنة 1673 عن التجار، والتي لم تتعرض لفكرة استمرار شخصية الشركة المنحلة أثناء فترة تصفيتها، وإن كان فقه القضاء وبعض الكتاب قد أشاروا إلى هذا المبدأ، ولكن ليس بالشكل الذي هو عليه اليوم، لأن فكرة الشخصية المعنوية في ذلك الوقت لم يكن لديها مفهوم واضح، وفي تلك الفترة كان الفقه يتحرك نحو ذلك دون أن يعبر عنه بوضوح، إذ يلاحظ الفقيه سافاري أن انتهاء مدة الشركة المحددة في قانونها الأساسي لا يؤدي إلى حلها، وإن انتهت بالنسبة لشراء البضائع، مستندا في ذلك إلى قوله بأن أثرها لا ينتهي إلا بتصفية أعمالها ببيع البضائع الموجودة في مخازنها واستيفائها لديونها لدى الغير، وآدائها للديون التي عليها وإجراء الحساب بين الشركاء[4]، ويتضح من كلام الفقيه سافاري أنه كان يتحدث عن استمرار

---

[1]- François (K), Les droits des créanciers d'une société dissoute, éd CUJAS, Paris, 1965, page 13.

[2]- علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث قانونية القاهرة، 1962، ص 109 وما يليها.

[3]- François kraemer, op. cit, p 14.

[4]- Ibid, p 14.

الشخصية المعنوية للشركة، وإن كان عبر عنه بتأجيل انحلال الشركة إلى غاية انتهاء آثارها وتصفية أموالها.

وظل الأمر على ما هو عليه بصدور المجلة التجارية الفرنسية سنة 1807، والتي أغفلت تنظيم مادة الشركات وبالتالي بقاء الحال على ما هو عليه، بإنكار أي شخصية معنوية للشركة التجارية خلال فترة التصفية، مع تطبيق قواعد الشيوع على ذلك، ثم صدر بعد ذلك قانون 24 تموز 1867 حول الشركات التجارية والذي جاء لسد الفراغ التشريعي الذي اعترى المجلة التجارية الفرنسية لسنة 1807، والذي تجاهل أيضا الآراء المُنادية بتكريس مبدأ بقاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية في فترة تصفيتها، وهو ما ترك السجال قائما بين الفقهاء إلى مؤيد ومنكر، إلى ما بعد سنة 1850 أين بدأت المحاكم تؤسس أحكامها على مبدأ استمرار الشخصية المعنوية للشركة التجـارية بشكل أكثر وضوحا، ولم يُجمع الفقـه على إقرار هذا المبدأ إلا في نهاية القرن التاسع عشر.

وبالرغم من أن الفقه والفقه القضائي أجمعوا على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية خلال فترة التصفية، إلا أن القانون الفرنسي لم يأخذ به إلا بعد صدور قانون الشركات سنة 1966 والذي نص على بقاء الشخصية المعنوية للشركة لحاجات التصفية ولغاية إقفالها، لَيُأكد بعد ذلك على نفس المبدأ في قانون 88-15 المتضمن المجلة المدنية الفرنسية[1].

هذه الخطوات المتلاحقة استفاد منها جل التشريعات العربية ومنها التشريع الأردني والجزائري والمصري والسوري والعراقي وغيرها[2]، ونجد هذا المبدأ كذلك في التشريعات الأوربية كإيطاليا وإسبانيا، غير أن التشريع الألماني استبعد تطبيق هذا المبدأ على شركات الأشخاص، واقتصر في ذلك على شركات الأموال فقط[3]، وبهذا يمكننا القول بأن هذا المبدأ بلغ من العالمية بما يدل على أهمية الآثار المترتبة عن تطبيقه.

[1]- Art 1844-8 C. civ Fr, Modifié par Loi n°88-15 du 5 janvier 1988 - art. 2 JORF 6 janvier 1988.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 387.

[3]- François kraemer, op. cit, p 40.

ثانيا: الإطار الزماني للشخصية المعنوية للشركة التجارية تحت التصفية

نلاحظ من خلال استقراء النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن، أن المشرع الجزائري أبقى على الشخصية المعنوية للشركة المنحلة طيلة فترة التصفية، وهو ما يستوجب منا تحديد المقصود بفترة التصفية، من أين تبدأ ومتى تنتهي؟ مع البحث عن أثر انتهاء هذه الفترة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية.

نص المشرع بصفة صريحة على أن فترة تصفية الشركة التجارية تبدأ من وقت حلها، إذ نص[1] على أن: "تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب ..."، ولكن يتبادر إلى ذهننا التساؤل حول حل الشركة في حد ذاته، فهل يصح القول بأن الشركة منحلة بعد تحقق سبب الحل مباشرة؟ أم هناك شروط ينبغي توفرها؟

سبق وقلنا أن تحقق أي سبب من أسباب الحل المذكورة أعلاه يؤدي إلى حل الشركة التجارية، وتعتبر هذه الأخيرة منتهية فيما بين الشركاء أو المساهمين، في انتظار استكمال متطلبات التصفية لاقتسام المال الناتج عنها، لأن المشرع نص في المادة 444 من القانون المدني الجزائري على أن مهام المتصرفين باسم الشركة تنتهي عند انحلال الشركة، كما نص على أن نشر انحلال الشركة يتم حسب نفس شروط وأجال العقد الأساسي ذاته[2]، وبالتالي لا يُحتج بهذا الانحلال إلا من تاريخ نشره في السجل التجاري.

ونشير في هذا المقام إلى أن المشرع اعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، غير أن هذا النص يرد عليه استثناء، وهو حالة حل الشركة بسبب الاندماج أو الانفصال، إذ لا تخضع الشركة في هذه الحالة لعملية التصفية[3]، وإنما تنتقل

---

[1]- المادة 766 فقرة أولى من القانون التجاري الجزائري، وتقابلها في التشريع الفرنسي؛

Art 1844-8 C. civ Fr: " La dissolution de la société entraîne sa liquidation, hormis les cas prévus à l'article 1844-4 et au troisième alinéa de l'article 1844-5. Elle n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après sa publication…".

Modifié par Loi n°88-15 du 5 janvier 1988 - art. 2 () JORF 6 janvier 1988.

Didier R. MARTIN, Op.cit, p 49.

[2]- المادة 550 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي؛

Art 1844-4 C civ Fr; Création Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

ذمتها المالية بكل أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وتزول بذلك شخصيتها المعنوية.

وتنتهي الشخصية المعنوية للشركة التجارية بانتهاء فترة التصفية، وهذه الأخيرة تنتهي وفقا للمشرع الجزائري بعد قرار المصفي الانتهاء من أعمال التصفية وإعلان إقفالها.

والمقصود بانقضاء التصفية، انتهاء كل أعمال التصفية عبر تسوية جميع الديون والحقوق التي على الشركة أو لها، مع القيام بكافة أعمال القسمة بين الشركاء وتوزيع الفائض وتقديم الحسابات الختامية لكل أعمال المصفي، وبناء على ذلك يتم قفل التصفية.

واعتبر البعض[1] أن مهمة المصفي تنتهي بتمام التصفية وتحديد صافي أموال الشركة، وهنا تزول الشخصية المعنوية للشركة المنحلة بصفة نهائية، وفي هذا الصدد نصت المادة 773 من القانون التجاري الجزائري على أن يُدعى الشركاء في نهاية التصفية للنظر في الحساب الختامي وفي إبراء إدارة المصفي وإعفائه من الوكالة والتحقق من اختتام التصفية[2]، وإذا لم يُدع الشركاء في نهاية التصفية جاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة تعيين وكيل يكلف بإجراءات الدعوى بأمر مستعجل، ومعنى ذلك أن إقفال التصفية لا يكون إلا بإقرار من جمعية الشركاء، بالإضافة إلى ضرورة استيفاء إجراءات الشهر الخاصة بذلك[3]، لتنتهي حينها عملية التصفية وبالتالي زوال الشخصية المعنوية للشركة المنحلة بصفة نهائية.

وقد اشترط المشرع ألا تتجاوز مدة وكالة المصفي للانتهاء من التصفية ثلاث (3) سنوات، قابلة للتجديد من طرف الشركاء أو رئيس المحكمة، بحسب الجهة المُعينة للمصفي، وفي حالة تعذر انعقاد جمعية الشركاء بصفة قانونية، جاز للمصفي أن يطلب التجديد من القاضي مع بيان الأسباب التي حالت دون إقفال التصفية، وكذا التدابير المزمع اتخاذها والآجال التي يقتضيها إقفال التصفية[4].

وبخلاف ذلك لم يحدد المشرع المصري أي مدة للانتهاء من أعمال التصفية، وفي حالة ما إذا كان القانون الأساسي للشركة المنحلة متضمنا لمدة محددة وجب على المصفي احترامها،

---

[1]- هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، مرجع سابق، ص 406.

[2]- Didier MARTIN, Op. cit, p 50.

[3]- نصت المادة 775 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يُنشر إعلان إقفال التصفية الموقع عليه من المصفي، بطلب منه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو في جريدة معتمدة بتلقي الإعلانات القانونية ...".

[4]- المادة 785 من القانون التجاري الجزائري.

إلا إذا كان هناك ما يفرض إطالتها، وهنا ينبغي اتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون الأساسي للشركة لمد أجل التصفية[1].

ثالثا: حدود الشخصية المعنوية للشركة قيد التصفية

بيّن المشرع الجزائري حدود الشخصية المعنوية للشركة التجارية خلال فترة التصفية، محددا الأسباب التي جعلته يقر بهذا المبدأ وهي المبررات التي تفرضها عملية التصفية وتسهيلا لها، لكون الإقرار بالشخصية المعنوية للشركة قيد التصفية قد تقرر خلافا للأصل[2]، إذ نص[3] على أنه: "تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها"، واشترط في ذلك تعديل اسم الشركة بإضافة عبارة "شركة في حالة تصفية"، والغرض من ذلك تحقيق العلم لدى الغير بحال الشركة التي يود التعامل معها مستقبلا.

وهذا النص يأتي تأكيدا لما ورد في القواعد العامة للقانون المدني[4]، التي نصت على أن مهام المتصرفين تنتهي عند انحلال الشركة أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية، ووفقا لمبدأ الخاص يقيد العام، فإننا نجد أن النص الخاص في القانون التجاري يضع حدودا لهذه الشخصية، والتي حصرها في حدود ما تتطلبه عملية التصفية أو لاحتياجات التصفية كما قال المشرع.

وفي نفس الاتجاه سار المشرع المصري بالنص على بقاء شخصية الشركة بالقدر اللازم للتصفية إلى غاية انتهائها، مع بقاء هيئات الشركة قائمة خلال فترة التصفية، واقتصارها على الأعمال التي لا تدخل ضمن سلطات المصفين، فيما ذهب المشرع الفرنسي إلى القول بأن شخصية الشركة تبقى ليس فقط لغاية التصفية، وإنما تبقى حتى شهر قفل التصفية[5].

وبناء على ما تقدم، فإنه لا يجوز للشركاء ترتيب رهن رسمي على حصصهم، ولا المطالبة باستردادها قبل إجراء التصفية، ولا يجوز أيضا لدائني الشركاء الشخصيين مزاحمة

---

[1]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 259.

[2]- حسين أحمد محمد الغشامي، الشخصية المعنوية للشركة خلال مرحلة التصفية في القانون اليمني وفي ضوء الفقه الإسلامي، مجلة المفكر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد التاسع، ماي 2013، ص 34.

[3]- المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

[4]- المادة 444 من القانون المدني الجزائري.

[5]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 236.

دائني الشركة في التنفيذ على أموالها طيلة فترة التصفية لاحتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية، وامتلاكها رأسمالها الذي يعد ضمانا عاما لدائنيها، وفي هذا الصدد يتبادر إلينا التساؤل عن امكانية التراجع عن قرار تصفية الشركة؟

والإجابة عن هذا التساؤل تنحصر بين رأيين بارزين:

الرأي الأول: جواز العدول عن التصفية

ويذهب هذا الاتجاه إلى جواز العدول عن تصفية الشركة أثناء السير بإجراءاتها[1]، ولجمعية الشركاء أن تقرر العدول عن التصفية إذا لم تعد مبرراتها قائمة، ويكون العدول تحت إشراف المحكمة بصدور قرار من جمعية الشركاء بعد الاطلاع على تقرير المصفي ومدقق الحسابات بالعدول عن التصفية، لتعود في هذه الحالة الشركة لممارسة نشاطها، وهذا في حالة التصفية الاختيارية.

أما في حالة التصفية القضائية، فيقوم القاضي إذا رأى زوال مبررات التصفية بعرض الأمر على جمعية الشركاء، التي لها أن تقرر استمرار الشركة في نشاطها أو إنهائه.

وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الاتجاه حيث نص في المادة 264 فقرة أ على أنه: " يجوز للمصفي أثناء سير التصفية الاختيارية أن يدعوا الهيئة العامة للشركة للحصول على موافقتها على أي أمر يراه ضروريا بما في ذلك العدول عن تصفيتها"، فيما أجاز في حالة التصفية الإجبارية في الفقرة التالية من نفس المادة، للوزير الطلب من المراقب أو من المحامي العام المدني إيقاف تصفية الشركة إذا قامت بتوفيق أوضاعها قبل صدور القرار بتصفيتها، في حين لم يتطرق إلى مسألة العدول عن التصفية الإجبارية بعد صدور قرار تصفية الشركة.

الرأي الثاني: لا يجيز العدول عن التصفية

يرى كثير من القانونيين[2] أنه في حالة ما إذا قرر الشركاء تصفية الشركة، أو صدر ما يقضي بذلك، فإنه لا يجوز لهم وقف التصفية واستئناف الشركة لنشاطها، أي أن قرار حل

---

[1]- رنا عمران الكبيسي، تحول التصفية في الشركة المساهمة العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، 2010، ص 36.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 114.

الشركة وتصفيتها هو قرار قطعي لا رجعة عنه، ولا سبيل غير ذلك إلا بإقفالها، وبالتالي انتهاء نشاطها بصفة نهائية، إذ ليس للمصفي القيام بأعمال جديدة غير لازمة لعملية التصفية، إلا ما هو ضروري لإنهاء أعمال قديمة.

وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري المصري[1] أنه: "إذا قررت الجمعية العمومية غير العادية للشركة حلها وتصفيتها وتعيين مصفين لها وقد باشر هؤلاء المصفون أعمالهم فليس لها بعد ذلك أن تعدل عن قرار الحل وتقرر استئناف الشركة لأعمالها، ولا حجة لما قررته المادة 61 من عقد الشركة من أن سلطة الجمعية العمومية للشركة تبقى قائمة طوال مدة التصفية، إذ أن هذه السلطة إنما تقوم لمراقبة عملية التصفية وأعمال المصفين" وطبعا هذا لا يشمل ما قلناه سابقا عن امكانية اندماج الشركة[2]، لأن هذه العملية مقررة بنص قانوني صريح.

وما نستطيع قوله في مسألة امكانية العدول عن التصفية، أن المشرع الجزائري لم يتبن أي موقف في هذا الشأن، سواء بجواز العدول أم لا، وفي رأينا أن هذه المسألة مهمة، وأن الاتجاه الأول الذي أجاز العدول عن تصفية الشركة بزوال مبرراتها كان سديدا، ذلك لأن مصلحة الشركة إذا رأت أن استمرارها يعود عليها بالفائدة، وأيضا مصلحة الاقتصاد الوطني وكذا مصالح العمال، تفرض نفسها بالمحافظة على وجود الشركة واستمرارها بدل حلها وانهائها الذي لم يعد له ما يبرره، طالما أن الشركة لا تزال محافظة على شخصيتها المعنوية، ولهذا ندعوا المشرع الجزائري إلى تدارك هذا النقص وتنظيمه ضمن الأحكام المقررة لتصفية الشركات الواردة في القانون التجاري الجزائري.

الفرع الثاني: نتائج استمرار الشخصية المعنوية للشركة أثناء عملية التصفية

تعتبر الشخصية المعنوية أساس الوجود القانوني للشركة التجارية، والتي يترتب عنها مجموعة من الآثار أبرزها، الأهلية التجارية، الاسم أو العنوان، وكذلك الذمة المالية المستقلة، فضلا عن الموطن والجنسية.

---

[1]- محكمة القضاء الإداري، 1947/11/18، مجلة المحاماة، السنة 30، ص 291، نقلا عن سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 237.

[2]- رنا عمران الكبيسي، مرجع سابق، ص 37.

والأصل أن انقضاء الشركة بتوافر سبب من أسباب الانقضاء يؤدي بالضرورة إلى زوال شخصيتها المعنوية[1]، لكن واقع الشركة وظروفها خلال فترة التصفية استلزم الخروج عن ذلك بالإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة خارج إرادة الشركاء، طالما أن هناك علاقات وروابط تفرض ذلك في تلك الفترة وبقدر الحاجة لإنهائها، لتظل هذه الشخصية مستقلة عن الشركاء ومستمرة لغاية اكتمال عملية التصفية[2].

ولما كانت الشخصية المعنوية تتأثر خلال فترة تصفية الشركة، فإن ذلك سينعكس لا محالة على تلك الآثار، نظرا لجعل المشرع الجزائري الغرض من الابقاء على الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية لإنهاء الأعمال التي باشرتها وكذا تحصيل حقوقها وسداد ديونها، والتي نظمها بأحكام خاصة منها ما هي قواعد آمرة ومنها ما هو مكمل، فكان التأثير يشمل الاسم، وكذلك الذمة المالية، فضلا عن أهلية الشركة في ممارسة نشاطها وفي تعاملها مع الغير.

أولا: الابقاء على خصائص الشخصية المعنوية

يترتب عن تمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية آثار عدة وهي اسم الشركة الذي يميزها عن غيرها، وموطن، فضلا عن الأهلية التجارية التي تخولها مباشرة نشاطها والتعامل مع الغير، بالإضافة إلى الذمة المالية التي تمثل المحرك الأساسي لها، فهل يؤثر دخول الشركة في مرحلة التصفية على هذه العناصر؟ هذا ما سنسعى إلى بحثه فيما يلي:

---

[1]- غير أن القول بزوال الشخصية المعنوية للشركة بمجرد حلها، يعني انتقال أموال الشركة إلى الشركاء ليصبحوا شركاء في الشيوع، وبالتالي على دائني الشركة مخاصمة جميع الشركاء، كون الشركة أصبحت مجردة من الشخصية المعنوية، ليصير الشركاء في موضع المطالبات الشخصية من طرف دائنيها، وهو ما يخلق أوضاع قانونية غير مستقرة، ولمجابهة كل هذه الآثار كان لا بديل عن ضرورة المحافظة على استقرار المراكز القانونية التي خلفتها الشركة المنقضية، عبر الاعتراف باستمرار الشخصية المعنوية للشركة خلال فترة التصفية، وهذا التحليل اعتمدته محكمة التمييز الأردنية في قرار لها تحت رقم 88/159 سنة 1990.

أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 18.

[2]- مروان بدري الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة (دراسة مقارنة بين القوانين المصري والأردني والإنجليزي)، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2000، ص 113.

1- اسم الشركة:

من الضروري أن تتمتع كل شركة باسم يميزها عن غيرها من الشركات الأخرى، والذي يمكنها من التعامل مع الغير، وما سار عليه الفقه والقانون هو السماح للشركة بالاحتفاظ بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية، واحتفاظها باسمها، على أن يتبع بعبارة "شركة في حالة تصفية"[1]، وتُلزم الشركة أيضا بإضافة هذه العبارة لاسمها في كل وثائقها ومستنداتها وفواتيرها، وذلك تحت مسؤولية المصفي عن أي ضرر قد يلحق بالغير، ويظهر احتفاظ الشركة المنقضية باسمها خلال مرحلة التصفية في كون كل الأحكام أو القرارات الصادرة عن المحاكم، بالإضافة إلى إجراءات التقاضي تصدر باسم الشركة كمدعية أو مدعى عليها.

والحكمة من ذلك إعلام الغير المتعاملين مع الشركة عن الحالة أو الوضعية القانونية التي تتمتع بها، وأنها في طريقها للانقضاء، وأن وجودها في تلك الفترة هو وجود مؤقت مرتبط بعملية التصفية.

2- موطن الشركة:

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وباعتبار الشركة شخصا معنويا متميزا عن الشركاء، فإن لها موطن مستقل عن موطن الشركاء فيها، وهو المركز القانوني الذي تتخذه الشركة لإدارة نشاطها[2]، فالعبرة إذا بمركز الإدارة الذي هو المركز الحقيقي للشركة لا بمكان مزاولة النشاط أو مكان الإنتاج.

وتبقى الشركة خلال فترة تصفيتها محتفظة بمقرها الرئيسي، نظرا لأهميته في تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم في الدعاوى المرفوعة ضدها، وإن كان القانون الجزائري يعتد أيضا بمقر الفروع، والذي يعتبره موطنا خاصا للشركة، مما يجعل المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الفرع مختصة بالنظر في الدعاوى التي ترفع أمامها خلال فترة التصفية[3].

---

[1]- المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- سلامي ساعد، مرجع سابق، ص 104.

[3]- بن خالد عفان، مرجع سابق، ص 85.

غير أن بعض الفقه[1] يُجيز نقل المقر الرئيسي للشركة في فترة التصفية إلى مقر جديد، بشرط استيفاء الاجراءات المطلوبة الخاصة بنقل المقر الرئيسي للشركة المنحلة والتي وتطلبها القانون، ومنها تعديل بيان المقر الرئيسي في السجل التجاري، وبخلاف ذلك يبقى المقر السابق هو المعتد به قانونا.

3- أهلية الشركة في فترة التصفية:

من أهم ما يترتب عن الشخصية المعنوية للشركة التجارية، هو الأهلية التجارية التي تخولها مباشرة حقوقها وتحملها الالتزامات، بالإضافة إلى الذمة المالية التي تعد الوسيلة الاقتصادية لتحقيق الشركة غرضها، فإلى أي مدى يمكن لعملية التصفية أن تؤثر على هذين العنصرين في فترة التصفية؟

رغم أن المادة 766 من القانون التجاري الجزائري، أقرت باحتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية خلال فترة التصفية إلى غاية إقفال التصفية، وهو نفس ما نصت عليه المادة 444 من القانون المدني، إلا أنها بينت حدود هذه الشخصية، فهي ليست شخصية كاملة كما هو عليه الحال في مرحلة حياة الشركة، وإنما تفقد جُزءا من أهليتها القانونية سواء في ممارسة نشاطها أو في التعامل مع الغير، كون المشرع حصر تلك الشخصية في حدود حاجات التصفية فقط.

ويترتب على إقرار الشخصية المعنوية للشركة حقها في التقاضي، ورفع الدعاوى باسمها للمطالبة بحقوقها والدفاع عن مصالحها[2]، وهذا استنادا لحكم المادة 50 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق ومن بينها حق

---

[1]- بن خالد عفان، مرجع سابق، ص 86.

[2]- تنص المادة 788 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يمثل المصفي الشركة وتخول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي، غير أن القيود الواردة على هذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير.

وتكون له الأهلية لتسديد الديون وتوزيع الرصيد الباقي.

ولا يجوز له متابعة الدعاوى الجارية أو القيام بدعاوى جديدة لصالح التصفية ما لم يؤذن له بذلك من الشركاء أو بقرار قضائي إذا تم تعيينه بنفس الطريقة".

ورغم أن سلطة التقاضي هي من صميم صلاحيات المصفي أثناء مرحلة التصفية، إلا أن نص المادة 788 من القانون التجاري الجزائري وضع قيدا على ممارسة هذا الحق ويتمثل في حصوله على الإذن برفع الدعاوى من طرف الجهة التي عينته.

التقاضي، والذي لا يمكن ممارسته إلا من طرف ممثل له، ويُناط للمصفي ممارسة هذا الحق في حالة تصفية الشركة التجارية، والذي يمكن أن يُعين من طرف الشركاء، أو في غياب ذلك يعين من طرف القاضي بناء على طلب أحدهم[1]، ليحل بعدها محل ممثلي الشركة، سواء كان الممثل مديرا أو مجلس إدارة، فيقوم حينها بإدارة الشركة والتصرف باسمها تحت مسؤوليته إلى غاية إتمام العملية وصدور قرار إقفال التصفية، دون أن يكون للشركة قيد التصفية التمادي في استعمال هذه الأداة القانونية قصد القيام بأعمال جديدة خارجة عن نطاق التصفية بحجة احتفاظها بأهليتها خلال تلك الفترة، وإلا كانت غير نافذة في حق الغير[2]، غير أنه لا مجال لتطبيق قواعد التصفية المتضمنة في عقد الشركة في حالة ما إذا كان سبب حل الشركة هو الحكم ببطلانها، لأن الشركة تكون قد باشرت نشاطها لفترة من الزمن لغاية الحكم ببطلانها، مما يستوجب تصفيتها طبقا للأحكام القانونية ودون أي اعتبار لما يرد في عقد الشركة لبطلانه[3].

ويترتب على احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لعملية التصفية، زوال صفة التاجر بالنسبة للشركاء المتضامنين بمجرد حل الشركة، كون الدعاوى ترفع على المصفي لا عن الشركاء طيلة فترة التصفية[4].

ومن بين القيود التي ترد على أهلية الشركة، ما نصت عليه المادة 446 من القانون المدني الجزائري، والتي قيدت المصفي من أن يباشر أعمالا جديدة للشركة إلا ما كان لازما لإتمام أعمال سابقة، وجعل سلطته في بيع الأموال المنقولة أو العقارية للشركة عن طريق المزاد العلني مرهونة بعدم تقييدها في قرار تعيينه[5].

---

[1]- المادة 445 من القانون المدني الجزائري.

[2]- حسين أحمد محمد الغشامي، مرجع سابق، ص 39.

[3]- هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، مرجع سابق، ص 403.

[4]- سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 114.

[5]- وفي ذات السياق قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1989/03/13، بأنه إذا انقضت الشركة بتحقق أي سبب من أسباب انقضائها فإنها تدخل في طور التصفية لتنتهي سلطة مديريها ويتولى المصفي أعمال التصفية وإجراء ما يلزم باسم ولحساب الشركة لاستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون، وبيع منقولاتها أو عقاراتها، وهو ما يستوجب بقاء شخصيتها المعنوية بالرغم من حلها تسهيلا لعملية التصفية، وحفظا لحقوق الغير....
بن خالد عفان، مرجع سابق، ص 90.

4- الذمة المالية للشركة في فترة التصفية:

من أهم النتائج كذلك على استمرار الشخصية المعنوية للشركة خلال فترة التصفية، هو احتفاظ الشركة بذمتها المالية المستقلة عن ذمم الشركاء فيها[1]، مما يعزز الضمان العام لدائنيها في استرداد حقوقهم.

يقوم المصفي فور تعيينه بإجراء جرد عام لأصول الشركة وخصومها، بعد أن يتسلم دفاترها وأوراقها وكل مستنداتها، ليباشر بعد ذلك استيفاء حقوق الشركة، سواء من الغير أو من الشركاء، فإذا تعلق الأمر بحقوق الشركة لدى الشركاء، كان على هؤلاء الشركاء الالتزام بتقديم الحصص التي تعهدوا بها لصالح الشركة، وفي حالة الامتناع جاز للمصفي مطالبتهم بتقديمها، كما لا يحق للشركاء توقيع الحجز على أي مال من أموال الشركة إلى غاية انتهاء فترة التصفية[2].

أما حقوق الشركة لدى الغير، فإننا نميز بين حالتي الديون العاجلة والديون الآجلة، إذ يحق للمصفي مطالبة الغير بأداء كافة الديون العاجلة، وفي حالة الامتناع عن الوفاء جاز للمصفي اتخاذ الاجراءات اللازمة لاستيفاء تلك الحقوق، بما فيها الاجراءات التحفظية والتنفيذية[3]، أما بالنسبة للديون الآجلة فالمصفي مطالب باحترام تلك الآجال، لأن انقضاء الشركة لا يترتب عليه سقوط آجال الديون التي لم تحل بعد.

---

[1]- تطبيقا للأحكام المتعلقة بذمة الشركة خلال فترة التصفية قضت محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 1977/03/28 بأنه: "لشركات الأشخاص سواء كانت شركات تضامن أو شركات توصية شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها وهو ما يستتبع انفصال ذمتها عن ذممهم فتكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضمانا عاما لدائنيها وحدهم، ولا يجوز لدائني الشركاء التنفيذ على أموال الشركة مزاحمين بذلك دائنيها، وإنما يجوز لهم أن ينفذوا على ما يدخل في ذمة الشريك من أموال الشركة كحصته في الأرباح أو نصيبه الصافي بما ينبغي من أموالها بعد التصفية، ولذلك نص المشرع في المادة 533 من التقنين المدني المصري على بقاء الشخصية المعنوية للشركة في حدود ما تتطلبه أغراض التصفية، كإنجاز الأعمال الجارية واستيفاء حقوق الشركة ووفاء ديونها، فإذا أنجز المصفي هذه الأعمال يصبح الشركاء مُلاكا على الشيوع للصافي من أموالهم، وتتم قسمته بينهم، أما قبل ذلك فلا يجوز الحجز على أموال الشركة استيفاء لدين على الشركاء".

[2]- أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 25.

[3]- هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، مرجع سابق ، ص 405.

ونتيجة لاستمرار الشخصية المعنوية للشركة فإن المقاصة لا تقع بين ديون الشركة وديون الشركاء، أي أنه لا يجوز لمدين الشركة أن يدفع بالمقاصة إذا أصبح دائنا لأحد الشركاء، والعكس صحيح، لأن هذا الدين لا يتعلق بذمة الشركة المستقلة عن ذمم الشركاء.

غير أن المشرع اشترط اتباع إجراءات خاصة، وسلطات معينة تناط للقائم بعملية التصفية، سواء كانت متضمنة في القانون الأساسي للشركة، أو في حالة غيابها بموجب أحكام القواعد المنظمة لعملية التصفية في القانونين المدني والتجاري، كما أوجب المشرع شهر تعيين المصفي، حتى يتسنى للكافة العلم بذلك الشخص الممثل للشركة في فترة تصفيتها، ونفس الأمر في حالة عزل المصفي.

واستثناء من هذه القاعدة سمح المشرع الجزائري للمصفي تقديم الذمة المالية للشركة المنحلة إلى شركة أخرى عن طريق الاندماج، وذلك بموافقة كافة الشركاء في شركات التضامن، وبالأغلبية اللازمة لتعديل القانون الأساسي للشركة ذات المسؤولية المحدودة، أما في شركات المساهمة فحسب شروط النصاب والأغلبية المنصوص عليها في الجمعيات العامة غير العادية[1]، وهذا يُعد الاستثناء الأبرز من غرض الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة المنحلة خلال فترة التصفية، وهو حاجات ومتطلبات هذه العملية، ولعل الهدف من ذلك ما توفره عملية الاندماج من مصالح مشتركة، منها ما يشمل الشركاء ، ومنا ما يعد ضمانا لحقوق دائني الشركة، ومنها ما يدعم أو يقوي الاقتصاد الوطني.

والأصل أن الشركة في حالة انقضائها تكون لها القدرة من خلال ما تتمتع به من ذمة مالية على الوفاء بديونها، بدءً من الدخول في عملية التصفية إلى غاية إقفالها، ولكن قد يحصل وأن تتوقف الشركة في هذه الفترة عن سداد ديونها[2]، فيكون لدائنيها حق طلب شهر إفلاسها، وفي حالة صدور الحكم بذلك يستمر المصفي بتمثيل الشركة وأداء مهامه أمام القاضي والوكيل المتصرف القضائي، ولا يؤدي إفلاس الشركة تحت التصفية إلى إفلاس الشركاء، إلا إذا كانت الشركة المنحلة من شركات الاشخاص، فيستتبع إفلاس الشركة إفلاس الشركاء بسبب مسؤوليتهم الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة[3].

---

[1]- المادة 772 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- Voir Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 février 2020, 18-22.745, Inédit

[3]- أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 25.

كما لا يجوز إبرام الصلح مع الشركة التي يُشهر إفلاسها خلال فترة التصفية، لأن الصلح يهدف إلى استمرار نشاط الشركة، في حين أن الشركة الموجودة تحت التصفية قد تقرر حلها وهي في طور الزوال، وبالتالي لا يمكن أن تعود إلى نشاطها السابق، وأن احتفاظها بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية مقتصر على حاجات التصفية وليس من أجل إحياء الشركة وعودتها للنشاط[1].

ثانيا: بقاء هياكل الشركة لضرورة التصفية

لم يُشر المشرع الجزائري إلى التغيرات التي يُحدثها انحلال الشركة ودخولها في مرحلة التصفية سواء على هياكلها أو تنظيمها، واكتفى بإنهاء سلطات مجلس الإدارة أو المسيرين بعد مباشرة المصفي لأعماله[2]، غير أن دخول الشركة في مرحلة التصفية لا يمنع من أن يكون أحد الشركاء أو أحد المديرين هو المصفي[3]، كما أن جمعيات الشركاء أو المساهمين تبقى مزاولة لصلاحياتها، بالإضافة إلى استمرار مهام مندوبي الحسابات بانحلال الشركة[4] وذلك بنص صريح.

أما قانون الشركات البحريني فقد كان أكثر تحديدا عندما نص على احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية بالقدر اللازم لأعمال التصفية مع بقاء هياكل الشركة قائمة طيلة تلك الفترة، غير أن سلطاتها تقتصر على أعمال التصفية التي لا تدخل ضمن اختصاص المصفين[5].

---

[1]- أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 25.

[2]- المادة 779 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- فرق القضاء الفرنسي بين النظام القانوني للتصفية الودية ونظام التصفية القضائية، ففي الحالة الأخيرة، يعمل المصفي القضائي بدلاً من المدين المحروم من جزء من حقوقه، ولا سيما الإجرائية منها، ولذا يجب أن تكون الإجراءات والطلبات مقدمة منه وضده بصفته؛ أما في حالة التصفية الودية، فيكون المصفي هو الممثل القانوني فقط للشركة التي تبقى شخصيتها القانونية لتلبية احتياجات التصفية مع جميع الحقوق المتعلقة بها، والحضور الشخصي للمصفي في العدالة ليس ضروريًا، كما أنه ليس ضد المصفي الودي يتم النطق بالأحكام وأنه ليس بأي حال من الأحوال مسؤولاً بشكل مشترك عن ديون الشركة قيد التصفية، ولكن فقط عن أخطاء الإدارة، مثل أي مدير للشركة.
Cass.civ, Com, 12 juin 2012, 10-20.540, Inédit.

[4]- المادة 780 من القانون التجاري الجزائري.

[5]- أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 17.

ونخلص مما سبق أن هياكل التسيير تبقى قائمة خلال فترة التصفية، إلى غاية إعلان إقفالها، دون أن يعني ذلك احتفاظها بما كان لها من سلطات وإنما لإجراء ما يلزم لإتمام الأعمال التي باشرتها قبل الانحلال ولم تنتهي منها بعد، ومساعدة المصفي في تصفية أعمال الشركة والمصادقة على ذلك، وغيرها من الأعمال التي منحها لها المشرع ولكن لحاجات التصفية فقط.

ونشير في الأخير أن الإشكال المتعلق بمصير هياكل الشركة خلال فترة التصفية قد طُرح قبل صدور قانون 1966، وقد توصل الفقه إلى أن انتهاء وجود هذه الهيئات بمجرد انحلال الشركة ودخولها مرحلة التصفية هو أمر لا يتماشى مع ما تقتضيه مصلحة الشركاء والدائنين من ضرورة وجود جهاز لمراقبة وتوجيه أعمال التصفية، فقد حاول الفقه وفقه القضاء الفرنسي إيجاد حل يتماشى ومقتضيات التصفية، وأجمعوا على أنه بالرغم من أن هذه الهيئات توقفت عن الانعقاد بدخول الشركة مرحلة التصفية، إلا أنها تظل موجودة للتفاوض في شأن المسائل التي تُعرض عليها ويبقى انعقادها بطلب من المصفي سواء لعرض ما توصلت إليه أعمال التصفية أو لطلب الموافقة على القيام ببعض الأعمال التي تتجاوز سلطته[1]، وهو نفس ما تبناه المشرع الفرنسي بقانون 1966، والذي انتقل بعده إلى باقي التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري.

وكخلاصة لما تقدم، فإن بقاء الشركة لا يعني احتفاظها بجميع هياكلها التي كانت لها قبل حلها، وإنما تحتفظ فقط بما هو ضروري من هذه الهياكل لإتمام عملية تصفيتها.

المطلب الثاني: الابقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية كأساس لحماية للغير

مما استقر عليه الفقه ودأبت على سنه القوانين، هو مبدأ استمرار الشخصية المعنوية للشركة التجارية المنحلة بكافة آثارها بما فيها أهلية الشركة وذمتها المالية، وكان الإبقاء على هذه الشخصية وفق مبررات عملية وقانونية (الفرع الأول)، بهدف حماية مصالح متعددة للوصول إلى حل الشركة في وضع متدرج يضمن انقضاءها فيما بين الشركاء من جهة، كما يوفر حماية لحقوق الغير من جهة أخرى بسبب التغير الطارئ على الشخصية المعنوية

[1]- Verdier (J), Liquidation et partage, Répertoire des sociétés, 2éme éd, Tom 2, paris, juris prudence général, Dalloz, 1970, p 9.

للشركة في حالة التصفية تجنبا لحالة الشيوع التي يقتضيها اختفاء الشركة ككائن قانوني، والمخاطر والتعقيدات التي تنجم عن ذلك سواء بين الشركاء أنفسهم فيما يتعلق بقسمة المال المشاع[1]، أو ضياع حقوق الدائنين بحثا عمن له الصفة لمطالبته بها (الفرع الثاني)، كما يترتب على إعلان المصفي انتهاء التصفية عدة آثار على الشخصية المعنوية وعناصرها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبررات الابقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية

من المنطقي أن يترتب عن انقضاء الشركة انتهاء شخصيتها المعنوية، باعتبار الحكم بحلها أو قرار الشركاء بذلك قد أفضى إلى زوالها، غير أن ذلك لا يتوافق عمليا مع متطلبات تصفية الشركة، إذ يتعذر القيام بإنهائها على الوجه الذي يضمن حقوق كل الأطراف ومصالحهم، وهو ما استدعى ضرورة احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لتصفيتها.

أولا: الحاجة إلى استمرار الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية

هذا المبدأ استقرت عليه معظم التشريعات، ومنها التشريع الجزائري[2]، ولا شك أن الأخذ بهذا المبدأ كان نتيجة قوة المبررات المقدمة للإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية أثناء فترة التصفية، إذ تقتضي عمليات التصفية بالضرورة إجراء بعض التصرفات القانونية، كالمطالبة بحقوق الشركة لدى الغير، أو الوفاء بالالتزامات التي عليها في مواجهته، وهذه التصرفات لا يمكن أن تقوم بها الشركة بعد قرار حلها بدون سند قانوني يخولها حق التصرف لإتمام كل الأعمال التي من شأنها إنهاء علاقتها مع الغير، فضلا عن تفادي مزاحمة دائني الشركاء لدائني الشركة في التنفيذ على أموال الشركة تحت التصفية، لأن زوال شخصية الشركة مباشرة بعد حلها سيؤدي إلى اعتبار أموال الشركة مملوكة للشركاء فَتُمَثِّل بذلك ضمانا عاما لدائنيهم[3]، ولهذا السبب أجازت التشريعات استمرار شخصية الشركة المعنوية لغاية الانتهاء من أعمال التصفية، كون الشركة بخلاف الشخص الطبيعي، لا يترتب

[1]- حسين أحمد محمد الغشامي، مرجع سابق، ص 32.

[2]- المادة 766 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، مرجع سابق، ص 400.

على انقضائها تملك الشركاء أموالهم على الشيوع، فالشركة لا تزول كلية بمجرد قرار حلها[1]، وإنما تستمر كشخص معنوي طول المدة اللازمة لاستكمال أعمال التصفية[2]، ويترتب عنه أن سلطة الجمعية العامة للشركة سلطة محدودة في تلك الفترة، مرتبطة أساسا بإصدار قرارات متعلقة بأغراض التصفية، وهذا تماشيا مع مبدا استقرار المعاملات الذي يحكم العقود والالتزامات.

---

[1]- وقد سلك القضاء الفرنسي نفس الاتجاه بإقراره الشخصية المعنوية للشركة التجارية قيد التصفية رغم أنه تم حلها بموجب قرار من الجمعية العامة، ومبرر ذلك تمكين الشركة من إتمام الأعمال التي باشرتها ، وتسوية الديون التي عليها.

"…a) Il est vrai :

* que la société ECI CONSULTING a cédé le 26 novembre 2008 les parts de la SCI FONCIERE D BOUSSAC qu'elle détenait et qu'elle a transféré son siège social au Luxembourg.

* que l'association EM HABANIM - LA SOURCE DE LA VIE a été dissoute le 20 mars 2009 en exécution d'une décision de l'assemblée générale du 31 décembre 2008.

Mais la société civile FONCIERE D BOUSSAC, créée le 4 octobre 1961, ne s'était pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés de PARIS alors que son siège social était au n°188 de l'avenue Victor Hugo à PARIS et que la loi du 15 mai 2001 dite loi NRE, article 44, fait obligation aux sociétés civiles créées avant le 1er juillet 1978 de procéder à leur immatriculation avant le 1er novembre 2002.

Le défaut d'immatriculation au RCS de la société civile entraîne la perte de la personnalité morale de celle-ci.

La société sans personnalité morale est inopposable aux tiers. Elle n'est plus sujet de droit dans les actes passés avec les tiers.

Elle n'est pas pour autant dissoute mais elle se mue en société en participation.

Dans les rapports entre associés, le pacte social éventuellement défini est appliqué, tandis qu'à l'égard des tiers, les règles de l'indivision deviennent applicables.

Le patrimoine social cède la place à une indivision. Les associés deviennent Co indivisaires du patrimoine de la société non immatriculée et, partant, débiteurs des dettes de la société.

L'association EM HABANIM - LA SOURCE DE LA VIE et la société ECI CONSULTING, qui étaient associés de la SCF D BOUSSAC lorsque celle-ci a perdu sa personnalité morale, sont devenues Co indivisaires du capital de la société à hauteur de leurs apports respectifs et débiteurs à l'égard des tiers en proportion de leurs droits dans le capital conformément à l'article 1872-1 du Code civil.

La qualité d'associé d'une société non immatriculée s'apprécie à la date à laquelle la société a perdu sa personnalité morale (1er novembre 2002) et non à la date de l'introduction de la demande contre les associés.

Le syndicat des copropriétaires créancier de la société dépourvue de personnalité morale dispose d'une action en paiement des dettes sociales contre les associés intimés.

Les cessions de parts que détenaient ceux-ci dans le capital social de la SCF sont inopposables au syndicat des copropriétaires dès lors qu'elles sont intervenues postérieurement au 1er novembre 2002.

Les cessions de parts sociales d'une société de fait, sans personnalité juridique, sont en effet inopposables à l'égard des tiers, et ce sans qu'il importe que ceux-ci en aient eu connaissance…".

Cass.civ, com, 7 janvier 2014, 11-25.635 11-26.918, Publié au bull.

[2]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 235.

ويُعد بقاء الشخصية المعنوية للشركة المنحلة خلال فترة التصفية أمر تفرضه ضرورات حتمية[1]، كونها تعمل أساسا على حماية مصالح الدائنين والشركاء وكذا الأصل التجاري المستغل من طرف الشركة، لذلك ربط الفقه والقانون استمرار هذه الشخصية بما يتوافق وحاجات التصفية، أي السماح لها بإتمام الأعمال التي باشرتها قبل حلها، دون أن يكون لها الحق في مباشرة أعمال جديدة إلا ما كان لازما وضروريا لإتمام أعمال سابقة[2]، لكن التساؤل الذي يثار هو حالة عدم قدرة الشركة على إتمام عمل كانت الشركة تباشره قبل حلها؟ فمن البديهي أن من صميم أعمال التصفية بيع موجودات الشركة كالآلات والمعدات وكذا ما يوجد من بضائع في مخازنها، الأمر الذي قد يمنعها من متابعة الأعمال التي بدأتها أو احترام تعهداتها والتزاماتها، مما يؤدي بالطرف الآخر إلى فسخ العقد، فهل يترتب على ذلك مطالبتها بالتعويض؟

طبعا لا يوجد ما يمنع الشركة من التصرف في عناصر ذمتها المالية، لأنه يدخل ضمن أعمال التصفية أساسا، وهو هدف الشركة بعد قرار حلها، غير أن ما تُلام عليه الشركة هو أنها وضعت نفسها في حالة لا تسمح لها بوفاء التزاماتها، وذلك باتخاذ قرار التصفية، فكان عليها أن تُنْذِر من تعاقدت معه بأن الشركة قد تنحل، ليتحمل مخاطر ذلك، أو أن تتخذ الاحتياطات الضرورية لتنفيذ التزاماتها، ولا يمكن للشركة أن تتحجج في هذه الحالة بالقوة القاهرة، لأن هذه الأخيرة هي واقعة لا يمكن ردها أو اجتنابها[3]، كما لا يمكن توقعها وهو ما لا ينطبق _في غالب الأحوال_ على انحلال الشركة ودخولها مرحلة التصفية، إذ يمكن للشركة

---

[1]- François Kraemer, Op.cit, p 48.

[2]- ما يلاحظ في هذا الخصوص أن المشرع الجزائري تطرق إلى طبيعة الأعمال التي يمكن للمصفي القيام بها ضمن نص المادة 766 من القانون التجاري، بحيث أبقى على الشخصية المعنوية للشركة المنحلة في حدود حاجات التصفية، دون أن يفصل أكثر خاصة فيما يتعلق بإمكانية القيام بأعمال جديدة لازمة لإتمام أعمال سابقة، وهو ما جعلنا نستقرئ ذلك من خلال التشريعات المقارنة التي تبنت نفس المبدأ الذي جاء به نص المادة المذكور، وقد كان المشرع الأردني أكثر دقة في ذلك، إذ نص في المادة 37 من قانون الشركات على أنه: "ليس للمعني أن يمارس أي عمل جديد من أعمال الشركة أو باسمها إلا ما كان لازما أو ضروريا لإتمام عمل سبق للشركة أن بدأته"، وهذا النص يقطع كل التأويل الذي يمكن أن يعتري عبارة "حاجات التصفية" التي اكتفى بها المشرع الجزائري.

[3]- تؤدي القوة القاهرة إلى سقوط التزام المدين وفقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، وبهذا نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

أن تتفادى حلها وفق ما يتطلبه القانون كأن تجدد عقد الشركة إذا انتهت مدتها، وبالتالي يترتب على فسخ العقد مطالبتها بتعويض الضرر المترتب عن عدم الوفاء بالتزاماتها[1].

غير أنه في حالة ما إذا كان سبب الانحلال غير متوقع، كهلاك الشيء كله أو جزء منه بحيث يتعذر الانتفاع به، على أن يكون ذلك راجع لسبب أجنبي خارج عن إرادة الشركة والشركاء، ففي هذه الحالة لا تُلزم الشركة بالتعويض عن الضرر الذي لحق المتعاقد بسبب استحالة تنفيذ ما التزمت به والذي أدى لفسخ الالتزام، وهذا يدخل في مفهوم القوة القاهرة.

ثانيا: الطبيعة القانونية لبقاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها

لا يكفي القول بأن الشخصية المعنوية للشركة تبقى قائمة في فترة تصفيتها بسبب حاجتها لتصفية أموالها، وإنما لا بد من الحديث عن تفسير قانوني لهذا البقاء يجعله منسجما مع المبادئ القانونية التي تحكم وتنظم عقد الشركة ليحدد النظام القانوني الذي يسوده، وكذا الآثار المترتبة عنه.

وفي سبيل ذلك جاءت محاولات الفقهاء في فرنسا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، والتي سُرعان ما تم التخلي عنها، ومن أبرزهم الفقيه ألوزي (Alauzet) الذي شعر بخطورة زوال الشركة بمجرد انحلالها، ودعى لبقائها، غير أنه لم يرى سبيلا لتحقيق ذلك إلا بحلول شركة أخرى محل الشركة المنحلة يكون موضوعها تصفية هذه الأخيرة، وتكون للشركة الجديدة شخصية معنوية لترث جميع حقوق والتزامات الشركة المنحلة باعتبارها شركة تصفية، تتولى فقط إنهاء الأعمال التي شرعت فيها سابقتها، دون أن يكون لها القيام بأعمال جديدة[2].

وللإجابة عن كيفية نشأة شركة التصفية بعد انحلال مورثتها، اعتبر الفقيه الألماني بهراند (Behrend) أن شركة التصفية تنشأ عن قرار الحل الذي اتخذه الشركاء، وأن تعبير الشركاء عن إرادتهم في إنهاء الشخص المعنوي الأول، هو في ذات الوقت اتفاق على احداث

[1]- وقد عالج المشرع الأردني هذه الجزئية، إذ نص في المادة 369 فقرة أ على أنه: "للمصفي إدارة اعمال الشركة في حدود ما تتطلبه إجراءات التصفية بما في ذلك تنفيذ العقود القائمة قبل التصفية"، وهو نص صريح على أولوية إتمام تنفيذ ما التزمت به الشركة قبل قرار حلها.

[2]- François Kraemer, Op.cit, p 16.

شخص معنوي ثانٍ يهدف إلى تصفية الأول، وهو ما اصطلح على تسميته حينها ب"شركة التصفية"، إلا أن هذا الرأي انتقد من بعض الفقهاء بسبب ما يرونه من أخطار على دائني الشركة ويجعل حقوقهم عرضة للتلاعب من قبل الشركاء، ولتفادي هذا الخطر رأى الفقيه فرانكن (Franken) أن شركة التصفية تنشأ عن عقد تكوين الشركة الأولى، وأن كل عقد شركة يقتضي ضمنيا تكوين شركة تصفية بمجرد انحلال الشركة الأولى، قائلا بأن العرف التجاري اقتضى أن كل عقد مُنْشِئ لشركة يشتمل ضمنيا على عقد آخر تبدأ آثاره من انحلال الشركة المؤسسة بصريح العقد، وكان هذا الاتجاه منتقدا كون هذا الكلام مبالغ فيه، فحسب الفقيه فرانسوا كرامار (Francois. K) لا يوجد عرف تجاري كهذا وأن كل ما قيل هو مجرد افتراض[1]، وهو ما جعل هذه النظرية عاجزة عن تقديم السند القانوني والواقعي.

وبعد ذلك اتجه غالبية الفقهاء الفرنسيين إلى تبني نظرية البقاء الصوري أو الخيالي للشخصية المعنوية، واعتبار بقاء الشخصية المعنوية للشركة في حالة التصفية مجرد افتراض قانوني يخالف الحقيقة القاضية بزوال هذه الشخصية بمجرد انحلال الشركة، واختفائها ككائن قانوني واقعا وقانونا، وأن انتهاء شخصيتها أمر غير قابل للنقاش، ولما كانت النتيجة تلحق ضررا بحقوق الدائنين، صار لا بد من قبول الحقيقة مراعاة لمصلحتهم، ببقاء شخصية الشركة افتراضا وتخيلا لضرورة التصفية وحماية لمصالح دائنيها[2].

وإن كانت الأسباب المبررة لهذه النظرية سليمة، إلا أنها لم تسلم من الانتقاد، فهي لا تقوم على أي أساس قانوني، كون فكرة الشخصية المعنوية هي في الأصل افتراض يخالف الحقيقة القاضية بأن الشخصية القانونية هي من خصائص الإنسان المؤهل وحده لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات[3]، فكيف يمكن إضافة افتراض ثانٍ يقضي ببقاء الافتراض الأول رغم الحقيقة القانونية الثابتة بشأن زواله، وهو ما يُفرغ مبدأ بقاء الشخصية المعنوية من جدواه القانونية والواقعية، وأن تلك الافتراضات جعلت هذه النظرية خالية من أي أساس،

[1]- François Kraemer, Op.cit, p 21.
[2]- Ibid, p 24.
[3]- George Ripert, René Roplot, Op.cit, p 117.

وأن هذا الحديث لا يتوافق مع كون بقاء الشخصية المعنوية للشركة بعد انحلالها هو حقيقة واقعية رغم انقضائها قانونا.

وبسبب كثرة الانتقادات لنظرية الافتراض ظهرت نظرية جديدة أخرى، وهي نظرية البقاء الحقيقي للشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية، والتي اعتبرت استمرار هذه الشخصية في فترة التصفية حقيقة واقعية وليست خيالية أو افتراضية، وقد دافع عن هذا القول الفقيه الإيطالي فيفانتي (Vivavnti. C)، قائلا بأن وجود الشركة في فترة التصفية هو حقيقة قانونية ومادية، وفي هذه الفترة يتواصل عقد الشركة والشخص القانوني الناشئ عنه، لتصبح إدارة الشركة في يد المصفي، دون أن تبرأ ذمة الشركاء مما تعهدوا به عند إبرام عقد الشركة، وتحتفظ بذلك الشركة بشخصيتها المعنوية وما يترتب عنها من آثار كالاسم والموطن والذمة المالية المستقلة ضمانا لحقوق دائنيها[1].

وفي نفس الاتجاه سار الفقيه الفرنسي كوبار رويي (Copper Royer)، مؤكدا أن الشركة لا تنتهي بانحلالها بل يستمر وجودها وتبقى قدرتها على القيام بنشاطها، لأن قرار حلها يعني أنها قررت الموت، مما يستدعي تغير نشاطها بالملاءمة مع ما يقتضيه قرارها الجديد، معتبرا أن نهاية الشركة حقيقة لا يكون إلا بتوقفها عن مباشرة أي عمل بانتهاء أعمال المصفي وإقفال التصفية.

وحسب هذين الفقيهين فإنه لا يوجد ما يدعوا للالتجاء لنظرية الافتراض لتفسير بقاء واستمرار الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية، بما أنها موجودة واقعا وقانونا، لأن المصفي كوكيل جديد للشركة قد يكون مسير سابق للشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها، وبالتالي لا شيء سيتغير في الشركة غير موضوع وكالة مديرها طبقا لإرادة الشركاء بأن يتولى هؤلاء المسيرون تحصيل أموال الشركة والوفاء بديونها وجعل ممتلكاتها قابلة للقسمة بينهم[2].

هذه النظرية وإن استندت في معرض حديثها عن أساس بقاء الشخصية المعنوية للشركة خلال فترة التصفية على أن الشركة مستمرة واقعا وقانونا لم تخلو من النقد، كونها

---

[1]- François Kraemer, Op.cit, p 27.

[2]- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الرابع –الشركات التجارية وفقا لقانون الشركات الجديد رقم 22، لسنة 1997، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 60.

لم تأخذ بعين الاعتبار ما يلحق الشركة من تغيرات، منها ما يشمل الاسم والذي يكون متبوعا بعبارة "شركة قيد التصفية"، ومنها ما يتعلق بالمقر الذي لا يكون بالضرورة المقر السابق، كما أن الجزم ببقاء الشركة قانونا أمر صعب، لأن الانحلال يتقرر نتيجة اختفاء عنصر أو عدة عناصر أساسية في الشركة يجعل من الصعب عليها أن تحقق الغرض الذي وجدت من أجله، وبالتالي تعذر استمرار ومواصلة نشاطها[1].

وختام حديثنا حول طبيعة بقاء واستمرار الشخصية المعنوية للشركة التجارية في فترة التصفية، ورغم المحاولات الفقهية السابقة الذكر، فإن التكريس التشريعي لهذا المبدأ يجعل من البقاء حقيقة قانونية لا تقبل الجدل[2].

الفرع الثاني: حماية الغير بسبب التغير الطارئ على الشخصية المعنوية في حالة التصفية

أقر المشرع الجزائري باستمرار الشخصية المعنوية للشركة التجارية خلال فترة التصفية، إلا أنه خصها لضرورات تتطلبها هذه العملية، مما يعني أن هذه الشخصية مستمرة من أجل القيام بأعمال إنهاء الشركة، وهذا الوضع يؤثر لا محالة على حقوق الغير والدائنين لأن الشركة في وضع الانحلال، فما هي الضمانات والإجراءات التي قررها المشرع لحماية هذه الفئة؟

وضع المشرع الجزائري شرطا لينتج الحل أثره في مواجهة الغير حماية لهم، فلا يمكن الاحتجاج بحل الشركة في مواجهة الغير إلا بعد نشره في السجل التجاري[3]، ولما كانت فترة التصفية تبدأ من وقت حل الشركة، فإن الوقت الحقيقي لبدأ هذه العملية هو تاريخ نشر هذا الحل.

ويستتبع قفل التصفية، ضرورة نشره كذلك للاحتجاج به في مواجهة الغير[4]، ليقوم بعدها المصفي بتقديم طلب شطب قيد الشركة من السجل التجاري، وإن لم ينص المشرع الجزائري على ذلك صراحة، فقد اكتفى بالنص على أن حل الشركة لا ينتج آثاره على الغير إلا

---

[1]- François Kraemer, Op.cit, p 29.

[2]- المادة 766 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص في فقرتها الثانية على أن: "تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها".

[3]- المادة 766 فقرة أخيرة من القانون التجاري الجزائري.

[4]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 269.

ابتداء من يوم نشره في السجل التجاري، وينبغي التمييز بين حل الشركة كسبب للدخول في مرحلة التصفية، وبين إقفال التصفية التي يعلنها المصفي، وبهذا يمكن أن تدرج مهام هذا الأخير في تقديم طلب شطب قيد الشركة في السجل التجاري بناء على نص المادة 768 من القانون التجاري الجزائري، والتي توجب على المصفي القيام تحت مسؤوليته بأعمال النشر الواقعة على الممثلين القانونيين للشركة[1].

ونشير هنا إلى أن شهر انقضاء الشركة مطلوب في كل حالة يترتب عنها زوال الشخصية القانونية للشركة، حتى يُحتج بذلك أمام الغير، وكاستثناء من ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يَلْزَم شهر انقضاء الشركة إذا كان سببه انتهاء مدتها، ولعل تبرير ذلك يرجع إلى أن هذا السبب واضح ومعلن في قانونها الأساسي، بخلاف الأسباب الأخرى التي قد تطرأ فجأة على الشركة لِتُنْهي وجودها، مما يستدعي حماية حقوق الغير الذي يجب أن يعلم بهذا من خلال شهر انقضاء الشركة ودخولها مرحلة التصفية، وإن كان المشرع الجزائري استوجب ذلك عن جميع الحالات، وهذا بنص المادة 766 من القانون التجاري في فقرتها الأخيرة، والتي تحدث فيها عن وقت الاحتجاج بحل الشركة في مواجهة الغير، وهو ابتداء من يوم نشره في السجل التجاري.

وبما أن الشخصية المعنوية للشركة التجارية تنقضي بانتهاء أعمال التصفية، فهل يجوز لدائني الشركة المنقضية الرجوع على الشركاء بما لم يتقاضوه في فترة التصفية؟

كأصل عام يجوز لدائني الشركة خلال فترة التصفية المطالبة بوفاء الديون المستحقة، وإن تطلب ذلك اللجوء إلى القضاء تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة باستيفاء الديون المقررة في نصي المادتين 6 و 160 من القانون المدني[2]، أما في حالة انتهاء التصفية فإنه

---

[1]- وتأكيدا على ضرورة شهر حل الشركة مهما كان سببه الاحتجاج به أمام الغير، قضت محكمة النقض المصرية بضرورة استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا للاحتجاج بقرار الجمعية العامة غير العادية بحل شركة المساهمة في مواجهة الغير، ورتبت على ذلك أن إعلان رئيس مجلس إدارة شركة عن الجمعية العامة غير العادية بحلها، صحيح لعدم حجية قرار الحل والتصفية في مواجهة الغير قبل إتمام إجراءات الشهر المطلوبة.

طعن رقم 293 لسنة 35 ق جلسة 1983/05/12.

سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 270.

[2]- وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية ملف رقم 475871 بتاريخ 2007/09/05، في قضية البنك التجاري الصناعي قيد التصفية ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة تيب إسي، والذي ملخصه أن البنك قيد التصفية طعن في قرار المجلس المؤيد للحكم الابتدائي، القاضي بدفع مبلغ الدين الذي قيمته

كقاعدة عامة لا يجوز رجوع الدائنين على الشركاء بما لم يتقاضوه خلال فترة التصفية، غير أن ذلك ممكن في شركات الأشخاص، نظرا للمسؤولية الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة المقررة في المادة 551 من القانون التجاري الجزائري حتى بعد قفل التصفية، وللحد من آثار هذه المسؤولية لجأت العديد من التشريعات إلى وضع نص خاص بتقادم قصير للتخلص من هذه المسؤولية[1]، تبدأ من تاريخ نشر حل الشركة، فضلا عن تقادم دعاوى دائني

4827406.97 دج لصالح شركة تيب إسي، حيث اعتبر الطاعن أن القرار المطعون فيه اقتصر في تسبيبه أن القاضي الأول أصاب في تطبيق قواعد استيفاء الديون، بتطبيق المادتين 9 و 160 من القانون المدني كقواعد عامة لاستيفاء الديون، واعتبر الطاعن أن هذا التسبيب ناقص كون الشركة في حالة تصفية وبالتالي تخضع لأحكام خاصة بهذه المرحلة الناجمة عن سحب الاعتماد كعقوبة، فكان على المجلس إثبات حق المدعى عليها وإحالتها أمام المصفي لقيد اسمها في قائمة الدائنين تطبيقا للمادة 245 من القانون التجاري الجزائري، وليس إلزام الطاعن بالدفع إضرارا بالدائنين الآخرين، كونها إجراءات مقررة للحفاظ على جماعة الدائنين، غير أن القرار المطعون فيه رأى أن البنك لم يتقرر إفلاسه بحكم كما ينص عليه القانون، وإنما كان بقرار اللجنة المصرفية بسحب الاعتماد وتقرير التصفية الودية التي لا تخضع لترتيب الدائنين بخلاف الإفلاس، وبالتالي لا تخضع لما ورد في نص المادة 245 من القانون التجاري، مما استوجب رفض الطعن لعدم التأسيس، وهو في رأينا تبرير سليم لأن مقرر اللجنة المصرفية والقاضي بتصفية البنك وإن كان في شكل عقوبة إلا أنه لا يرقى ليكون حكما قضائيا يُسوغ تطبيق المادة 245 السالفة الذكر المتعلقة بترتيب الدائنين.

قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقة 475871 الصادر بتاريخ 2007/09/05، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص 361 وما بعدها.

[1]- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 272 و 273.

وقد ساير هذا الطرح القضاء الفرنسي بقوله بأن تظل الشخصية الاعتبارية للشركة قائمة لاحتياجات تصفيتها ، حتى بعد إغلاقها وشطبها من سجل التجارة والشركات ، ما دامت الحقوق والالتزامات ذات الطابع الاجتماعي لم يتم تصفيتها، فإنه بإعلان عدم قبول الادعاءات التي قدمتها شركة HYPROMAT FRANCE ضد شركة VEYDIS التي تم تصفيتها وحذفها من سجل التجارة والشركات في كليرمون فيران في 30 يونيو 2014 ، أي قبل النطق بالحكم الصادر، عندما لم يمنع إغلاق عمليات التصفية وشطب شركة VEYDIS شركة HYPROMAT FRANCE من المطالبة بمسؤوليتها ، طالما أن الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة الاجتماعية لم يتم تصفيتها، وهو اتجاه جريء يضمن حقوق الغير، رغم أنه يميل إلى عدم الحفاظ على استقرار التعاملات القانونية.

Cass. civ, com, 20 février 2019, 17-20.652, Inédit.

"1. ALORS QUE la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation, même après sa clôture et sa radiation du Registre des commerces et des sociétés, tant que les droits et obligations à caractère social n'ont pas été liquidés ; qu'en déclarant irrecevables les demandes formées par la société HYPROMAT FRANCE contre la société VEYDIS, qui a été liquidée et radiée du Registre du commerce et des sociétés de Clermont-Ferrand, le 30 juin 2014, soit antérieurement au prononcé du jugement entrepris mais postérieurement à la date de l'introduction de la demande, quand la clôture des opérations de liquidation et la radiation de la société VEYDIS n'interdisait pas à la société HYPROMAT FRANCE de rechercher sa responsabilité, tant que les droits et obligations à caractère social n'avaient pas été liquidés, la cour d'appel a violé l'article 1844-8 du code civil .

2. ALORS QUE, survenues en cours d'instance, la clôture des opérations de liquidation de la société défenderesse et sa radiation du registre des commerces et des sociétés ne constituent pas une fin de non-recevoir mais seulement une cause d'interruption de l'instance qui ne produit

الشركة ضد الشريك الذي انقضت الشركة بالنسبة له فقط بنفس الآجال، على غرار المشرع المصري.

وكان المشرع الجزائري قد تطرق لهذه المسألة[1]، إذ كرس مسؤولية المصفي تجاه الشركة والغير عن النتائج الضارة بسبب الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء ممارسته لمهامه، وأحال كل الشروط المتعلقة بتقادم دعوى المسؤولية ضد المصفين إلى ما ورد في المادة 696 من القانون التجاري الجزائري، ولكن مرة أخرى كانت هذه الإحالة خاطئة، لأن هذه المادة تتحدث عن الاكتتاب في حالة زيادة رأس المال، وهو ما يستدي تدخل المشرع لتدارك هذا الخلل.

ومن جانب آخر كان على المشرع الجزائري وضع حد لمسؤولية الشركاء غير المصفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم، عن الأعمال التي قاموا بها قبل حل الشركة، فنص على تقادم كل دعاوى هذه المسؤولية بمرور خمس (5) سنوات بدء من نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري[2].

الفرع الثالث: مآل الشخصية المعنوية للشركة بعد إقفال التصفية

تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية طيلة حياتها، بل أن التشريعات الحديثة اتجهت نحو استمرار الشخصية المعنوية لهذه الشركة خلال فترة تصفيتها لتزول بعد إقفالها مباشرة[3]، وهذا باستثناء شركة المحاصة كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فهي لا تخضع لقواعد التصفية المقررة لباقي الشركات، وإنما تُصفى وفق ما اتفق عليه الشركاء فيما بينهم.

وقد أمر المشرع الفرنسي[4] المصفي أن يقدم تقريرًا بنهاية المهمة في غضون شهرين من استكمال مهمته، وفقًا للشروط المنصوص عليها في المواد R626-39 إلى R626-41 والتي تحدد كيفيات تقديم تقرير انتهاء مهمة الممثلين القانونيين إلى السجل.

---

d'effets que si elle a été notifiée à la partie adverse ; qu'en sanctionnant les demandes indemnitaires formées par la société HYPROMAT FRANCE à l'encontre de la société VEYDIS par une fin de non-recevoir tirée de la clôture de la liquidation de la société VEYDIS et de sa radiation du Registre du commerce et des sociétés, bien que ces événements soient survenus postérieurement à l'introduction de la demande en justice, la cour d'appel a violé les articles 370 et 376 du code de procédure civile par refus d'application".

[1]- المادة 776 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- المادة 777 من القانون التجاري الجزائري.

[3]- Laure Siné, Op.cit, p 142.

[4]- Art R643-19, Modifié par DÉCRET n°2014-736 du 30 juin 2014 - art 106.

ويترتب عن انتهاء الشخصية المعنوية بقفل التصفية العديد من الآثار، وأولها إنهاء عمل المصفي، بالإضافة إلى زوال صفة التاجر، فضلا عن زوال الشخصية المعنوية للشركة المنحلة وقسمة أموالها بين الشركاء، وهذه الآثار نتحدث عنها تفصيلا كالآتي:

أولا: إنهاء عمل المصفي

ينتهي عمل المصفي عند قيامه بجميع أعمال تصفية الشركة، أي بعد إتمام إنجاز الأعمال الجارية، واستيفاء حقوق الشركة ووفاء ديونها، وتحديد صافي أموال الشركة، ويتم ذلك بإعلان المصفي إقفال التصفية وتوقيعه عليه، ومصادقة جمعية الشركاء أو الجمعية العامة عليه، أو بقرار قضائي بطلب من المصفي في حالة تعذر على الجمعية المصادقة عليه أو رفضت ذلك، وفي هذه الحالة تحل المحكمة محل جمعية الشركاء أو المساهمين في إقرار إقفال التصفية[1]، في هذه الفترة تُنهى مهام المصفي ويفقد صفته كممثل للشركة، فلا يجوز له التصرف باسمها، كما لا يجوز للغير بعد المصادقة على الحساب الختامي متابعة المصفي قضائيا، وإنما يكون لهم الرجوع على الشركاء مباشرة في شركات الأشخاص، وفي شركات الأموال بحسب الحصص التي تم استردادها، أو بمقدار ما تم قسمته من أموال الشركة[2]، وهذا بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء في هذا النوع من الشركات.

ويكون المصفي مسؤولا تجاه الشركة والغير عن النتائج الضارة الناجمة عن الأخطاء المرتكبة أثناء ممارسة مهامه، وتحدث المشرع الجزائري عن تقادم دعاوى المسؤولية ضد المصفين بإحالتها إلى المادة 696، وبالرجوع إلى هذا النص نجده يتحدث عن الاكتتاب في حالة زيادة رأس مال شركة المساهمة، وبالتالي وقع المشرع مجددا في فخ الإحالات الخاطئة، وهو ما يستوجب تداركه للمحافظة على استقرار التعاملات التجارية، وإن كُنا نرى أن مدة ثلاث (3) سنوات هي فترة ملائمة لرفع العبء عن مسؤولية المصفي من جهة ولتحقيق الاستقرار في التعاملات التجارية من جهة أخرى، خاصة وأن المشرع الجزائري حدد أجل خمس (5) سنوات لتقادم كل الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم اعتبارا من نشر انحلال الشركة في السجل التجاري، أي خمس سنوات من وقت بداية التصفية.

[1]- المادة 774 من القانون التجاري الجزائري.

[2]- بن خالد عفان، مرجع سابق، ص 230.

ثانيا: زوال صفة التاجر

تكتسب الشركة صفة التاجر[1] باعتبارها شخص معنوي بمجرد قيدها في السجل التجاري، وتحتفظ بهذه الصفة طيلة تمتعها بشخصيتها المعنوية والتي تبقى قائمة حتى في فترة تصفيتها، وبناء على ذلك تحافظ الشركة على الصفة التجارية في تلك المرحلة، بل تمتد هذه الصفة لتشمل الشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص إلى غاية إقفال التصفية ونشرها، أين تنتهي بذلك عملية التصفية وتنقضي شخصيتها المعنوية، وبالتالي زوال صفة التاجر عن الشركة وعن الشركاء المتضامنين.

ثالثا: زوال الشخصية المعنوية للشركة بعد إقفال التصفية

بعد استكمال جميع الإجراءات المتعلقة بتصفية الشركة التجارية، يقوم المصفي بإعلان إقفال التصفية والذي يعد بمثابة إعلان وفاة الشخصية المعنوية لهذه الشركة نهائيا، وتختفي جميع الآثار المرتبطة بها، إذ نص المشرع[2] على ذلك صراحة بقوله: "... أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية"، وهو نفس ما تقرره المادة 766 من القانون التجاري الجزائري والتي ربطت نهاية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بإقفال التصفية.

غير أن التساؤل الذي يلفت الانتباه يدور حول الإشكالات التي تُثار بعد إقفال التصفية، كظهور حقوق للشركة لم تُستوفى بعد، أو ديون على عاتق الشركة لم يتم تسديدها، فهل يتم الرجوع في هذه الحالات على الشركة باعتبارها شخصا معنويا رغم إقفال التصفية؟

وكمحاولة للإجابة على هذه الإشكالية اتجه بعض الفقه إلى القول بأن التصفية بالنسبة للشركة لا تنتهي إلا بسداد جميع ديونها، وأنه باستطاعة أي دائن لم يستوفي حقه الرجوع على الشركة ممثلة في المصفي[3]، وكان القضاء الفرنسي يتجه إلى الحكم ببقاء

---

[1]- عرفت المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري التاجر بقولها: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

[2]- المادة 444 من القانون المدني الجزائري.

[3]- بن خالد عفان، مرجع سابق، ص 227.

الشخصية المعنوية للشركة حتى بعد نشر إقفال التصفية[1]، طالما أنه على عاتق الشركة ديون لم تسدد بعد، إذ يجوز للدائن أن يطلب من القضاء تعيين مدير كممثل الشركة بما أن المصفي قد انتهت مهامه[2]، فيما ذهب حكم آخر[3] إلى القول بأنه لا يمكن استئناف إجراءات التصفية القضائية بسبب عدم كفاية الأصول إلا إذا ظهر أن الأصول لم تتحقق أو أن الإجراءات لصالح الدائنين لم تبدأ أثناء الإجراء، وأنه يمكن فقط إعادة فتح العمليات التي تسمح بإعادة تكوين أصول التصفية القضائية وجاء هذا الحكم بعد حجز ومصادرة مبالغ محجوزة بعد بيع عقارات تابعة للشركة.

غير أن جانب آخر من الفقه كان له رأي مخالف، باعتبار أن انتهاء التصفية يتزامن معه انقضاء الشخصية المعنوية، فلا يكون للدائنين الادعاء على الشركة، وإنما يكون لهم الرجوع على الشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص[4]، وعلى المساهمين في حدود حصصهم التي استلموها عند القسمة في شركات الأموال[5]، أما في الشركات ذات المسؤولية المحدودة

---

[1]- وتأييدا لهذا الرأي أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها في 1980/07/21، والقاضي بأن أي شركة منحلة تستمر في البقاء لمتطلبات التصفية، وبما أن حقوق دائني الشركة لم تنقضي بالتصفية، فإن هذه الأخيرة تعتبر غير منتهية، وبهذا تم نقض حكم محكمة باريس والذي قضت فيه بأن الوقت كان متأخرا، ولم يعد في الإمكان مقاضاة المصفي لانتهاء التصفية.

كما قضت محكمة استئناف فرصاي أنه كان ، علاوة على ذلك ، موضوع قرار بإغلاق عمليات التصفية في 20 يناير 1999 وإشعار من سجل التجارة والشركات ، في 2 مارس 1999 ، أي قبل أكثر من عامين من اتخاذ القرار ، دون تبرير هذه العناصر في أي وقت في إجراءاتها أمام المحكمة ؛ وبالرغم من هذا الوضع ، فقد استأنف الحكم المطعون فيه ، في 6 يوليو 2001 ، دون الإشارة إلى تصفيته الودية ، مشيرة إلى أنه كان يتصرف "بالإجراءات والعناية الواجبة في شخص ممثليه القانونيين" ومن خلال الإعلان عن وجود مكتب مسجل لها في 75 avenue Parmentier 75011 PARIS ؛ ولما كانت المرافعات الوحيدة أمام المحكمة تحتوي على مواصفات متطابقة ؛ مع الأخذ في الاعتبار أنه حتى بعد الانتهاء من إجراءات النشر والحذف من السجل التجاري بعد إغلاق التصفية ، فإن شخصية الشركة قد تبقى ما دامت الحقوق والالتزامات لم يتم تصفيتها ، كما هو الحال عندما تدخل الشركة ، كما في الحالة الحالية ، في إجراءات قانونية ، تظل الحقيقة أنه يتعين على الشركة المذكورة الامتثال لقواعد الإجراءات الملزمة لأي طرف في الدعوى.

Cour d'appel de Versailles, du 2 octobre 2003, 2001-5382.

بن خالد عفان، مرجع سابق، ص 228.

[2]- علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 189.

[3]- Cass, civ, com, 21 octobre 2020, 19-14.894, Publié au bulletin.

[4]- وقد أيدت هذا الرأي محكمة الاستئناف المختلطة بقرار لها في 24-02-1986 والذي قضت فيه بأنه ليس للمصفي بعد انتهاء التصفية أن يمثل شركة التضامن وأن للدائن حق الرجوع على أي شريك متضامن بصفة شخصية، وما على هذا الأخير إلا الرجوع على باقي الشركاء.

[5]- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 273.

ذات الشخص الواحد فإنه لا يجوز مطالبتها بسداد الديون بعد انتهاء التصفية، وإنما يكون له الرجوع على الشريك الوحيد ومطالبته بما آل إليه في حدود حصته في رأسمال الشركة.

أما موقف القضاء الفرنسي فقد كان أكثر جرأة إذ قرر بأنه إذا انتهت الشركة التجارية إثر حكم يأمر بالتصفية القضائية ، فإن شخصيتها القانونية تبقى قائمة طالما لم يتم تصفية الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة الاجتماعية وهذا حتى بعد إغلاق التصفية، خاصة عند المسؤولية المدنية للمصفى العدلي المتهم بعدم القيام بكل العناية الواجبة لاسترداد دين الشركة وبالتالي إغلاق عمليات التصفية قبل الأوان، ولذلك بعد إغلاق التصفية ، لم يعد من الممكن تمثيل الشركة إلا من قبل ممثل خاص معين من طرف المحكمة ، وهذا طالما لم يتم الحصول على فترة التقادم للإجراء المتصور[1].

ولكن مثل هذا الكلام يتطلب الكثير من الحذر لأنه يفتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي في استخلاص الوقائع التي تدل على تقصير المصفي في أداء مهامه وانعكاساته على استقرار المعاملات بسبب تقرير الابقاء على الشخصية المعنوية للشركة بعد إقفال التصفية بالقدر اللازم لتصفية الحقوق، وهو في اعتقادنا إجراء لصالح الشركاء، وإن كان يقوم به شخص آخر مكلف بذلك غير المصفي.

وفي الأخير وبغض النظر عن التجاذبات التي ذهبت إليها النظريات التي حاولت تحديد طبيعة الشخصية المعنوية للشركة خلال فترة التصفية، فإنه يمكننا القول بأن الشركة التجارية تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة وما يترتب عن ذلك من أهلية ممارسة نشاطها في حدود الغرض الذي أُنشئت من أجله، ولما كان قرار انحلال الشركة والذي يُعد في نظرنا بمثابة تعديل لغرض الشركة، فبعد أن كان غرضها مباشرة نشاط معين بأعمال محددة،

[1]- Pour statuer ainsi la cour a rappelé que " si une société commerciale prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant sa liquidation judiciaire, sa personnalité morale subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés et ce même après la clôture des opérations de liquidation particulièrement lorsqu'est susceptible d'être recherchée la responsabilité civile du liquidateur judiciaire auquel il est reproché de n'avoir pas fait toutes diligences pour recouvrer une créance de la société et donc d'avoir clôturé prématurément les opérations de liquidation…. et qu'après clôture de la liquidation, la société ne peut plus être représentée que par un mandataire ad'hoc désigné en justice, et ce tant que la prescription de l'action envisagée n'est pas acquise ".
Cour d'appel de Papeete, Chambre Commerciale, 7 octobre 2010, 98/00057.

تغير غرضها ليصبح إنهاء الأعمال التي باشرتها من قبل مع استيفاء ما لها من حقوق وتنفيذ ما عليها من التزامات، بالإضافة إلى قسمة المال الناتج عن التصفية كأخر عملية.

كل هذه الفترة تكون فيها الشخصية المعنوية للشركة قائمة ومستمرة ولكن بأهلية مختلفة حسب الغرض الذي تقرر بحل الشركة، مع تغير في تسمية هذه الأخيرة ليتماشى مع ذلك الغرض لتصبح "شركة تحت تصفية"، بالإضافة إلى تعديل يمس أيضا هياكل الشركة كحل مجلس الإدارة وتولي المصفي للمهام المنوطة به، بالإضافة إلى تعديل يشمل صلاحيات جمعيات الشركاء أو جمعيات المساهمين.

وفي الأخير ما نخلص إليه هو أن الشخصية المعنوية للشركة التجارية تبقى مستمرة لاستمرار الشركة، وأن قرار حلها ما هو إلا إعلان عن إرادة الشركاء أو المساهمين في إنهاء وجود الشركة والتوقف عن مزاولة أي أنشطة جديدة، لتتولى بعد ذلك إتمام أو إنهاء الأعمال التي باشرتها قبل قرار الحل، مع العمل على استيفاء ما لَها والوفاء بما عليها، لتصل في نهاية المطاف إلى قسمة ما تبقى لها من أموال بين الشركاء أو المساهمين، والتي تعتبر نقطة نهاية شخصيتها المعنوية، على أن يقوم بهذا العمل شخص أو عدة أشخاص يدعى المصفي، فيما تخضع هذه العملية لقواعد خاصة بهذه المرحلة، فيُستبدل المدير أو المسير بالمصفي الذي يمكن أن يكون هو نفسه مدير أو مسير الشركة باعتباره أدرى بإدارة الشركة وكل تعاملاتها، وهذا بتعيينه من طرف الشركاء.

ولعل الدليل على ذلك –أي بقاء الشخصية المعنوية في فترة التصفية مع تعديل غرض الشركة_ هو أن الأحكام المنظمة لهذه العملية في شركات الأشخاص هي عبارة عن بنود اتفاقية بين الشركاء يتضمنها القانون الأساسي للشركة فمنها ما يتعلق بتأسيسها وكذا سيرها وإدارتها، إلى غاية إنهائها بتصفيتها وقسمة أموالها، مما يدل على أن الشركة تبقى قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية سواء في مرحلة نشاطها أو في مرحلة تصفية أعمالها[1]، وهذا بتطبيق القواعد المنصوص عليها في عقد الشركة إذا كانت شركة أشخاص، أو القواعد المنصوص عليها في القانون بالنسبة لشركات الأموال باعتبار أن طبيعتها القانونية تميل إلى

[1]- وتدعيما لهذا القول، فإننا نشير إلى حكم محكمة النقض المصرية والذي قضت فيه: "بأن فترة التصفية تعتبر فترة عمل تباشر فيها المنشأة نشاطها المعهود، ونتيجة لذلك فإنه يجوز شهر إفلاسها خلال هذه المرحلة، ...".
نقلا عن بن خالد عفان، مرجع سابق، 163.

كونها نظام أكثر من كونها عقدا، وأن القانون تكفل بتنظيم جل ما يتعلق بهذا النوع من التأسيس إلى التصفية، فضلا عما يتضمنه قانونها الأساسي من قواعد منظمة لهذه العملية.

الخاتمة:

ونظرا لتشعب فكرة الشخصية المعنوية كونها المحدد الأول والأخير في نظر القانون لأهلية الشركة فيما بين الشركاء أنفسهم أو في مواجهة الغير، باعتبارها تخلق شخصا قانونيا جديدا يختلف عن الشخص الطبيعي العادي، وهي أساسا فكرة افتراضية وجدت لفصل الذمة المالية لهذا الكائن عن ذمم الشركاء أو المساهمين فيه، وبالتالي تحديد المسؤوليات الملقاة على عاتق كل منهم.

هذه الشخصية كانت ومازالت محل جدل فقهي وحتى ضمن اجتهادات القضاء، في حالة تخلف ركن من أركان الشركة المؤدي لاعتبارها شركة فعلية وفق ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة، بسبب القول بوجود شخصية معنوية أثناء ممارستها نشاطها إلى غاية الحكم ببطلانها، لتكون شركة فعلية لا تتمتع بالشخصية المعنوية في نظر المشرع خلال الفترة السابقة لحكم البطلان، ليتم تصفيتها بنفس الطريقة التي تُصفى بها الشركة الصحيحة عند حلها، وهو ما يوحي بأن المشرع تعامل معها كما لو أنها كانت صحيحة رغم ما شابها من عيب، خاصة وأن القانون يفرض بقاء الشخصية المعنوية للشركة في تلك الفترة، وهو ما طرح التساؤل حول امكانية القول بتمتع هذه الشركة بتلك الشخصية بغرض تصفيتا، خاصة وأن المصفي يتصرف بصفته وكيلا عن الشركة في مواجهة باقي الشركاء والغير.

ولما كانت شركة المساهمة لا تتمتع –حسب معظم التشريعات- بالشخصية المعنوية خلال فترة تأسيسها، فإن ذلك لم يُرض الفقه الذي اختلف فيما بينه في تحديد طبيعة التصرفات التي يقوم بها المؤسسون من أجل ولادة الشركة كشخص قانوني، ونخص بالذكر شركة المساهمة، والتي تتطلب الكثير من الأعمال والتعهدات والإجراءات باسم ولصالح شركة غير موجودة قانونا، مما اضطر المشرعين إلى وضع الكثير من النصوص التي تكفل شفافية الإجراءات وتقديم الضمانات لكل الأطراف بما فيهم الغير الذي تعامل مع الشركة في هذه الفترة، غير أن بعض التشريعات المقارنة قررت مسايرة الفقه في منح الصفة للشركة في كافة التعاملات خلال مرحلة التأسيس عبر إضفاء الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس وفي حدود متطلبات تلك المرحلة، وهذا قياسا بالإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة في فترة تصفيتها، وفي تقديرنا أن هذا حل مناسب يُعطي للشركة وجودا بقدر مكتسباتها وتعهداتها

وأعمالها التحضيرية التي تكون باسمها ولحسابها، مما يعني التخلي عن كثير من النصوص التي وُضعت لضمان تعامل الغير مع الشركة والمكتتبين فيها باعتبار الشركة موجودة بالقدر اللازم لتمثيل نفسها في كل إجراءاتها إلى غاية اكتمال تأسيسها بقيدها في السجل التجاري واكتمال شخصيتها المعنوية.

ولعل خير دليل على ضرورة توافر جميع أركان الشركة للقول بتمتعها بالشخصية المعنوية، هو عدم تمتع شركة المحاصة بمثل هذه الشخصية، لعدم قيدها في السجل التجاري، وهو ما فرضه المشرع عبر ضرورة إخفاء وجودها، ويرجع ذلك لطبيعة الشركة كونها من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، واقتصار المشرع في تحديده لأنواع الشركات على المعيار الشكلي، وبالتالي لا يمكن القول مطلقا بوجود أي شخصية معنوية لشركة المحاصة، باعتبارها موجودة فقط فيما بين شركائها، دون أن تظهر للغير، وأن تمتعها بصفة الشركة لا يأتي إلا من كونها تشتمل على كافة الأركان الموضوعية العامة والخاصة، دون قيدها في السجل التجاري ونشرها، مع امكانية كتابة عقد الشركة ليكون أثره فيما بين الشركاء لا الغير.

كما لاقى إقرار الشخصية المعنوية للشركات التي تؤسسها شركات أخرى من خلال السيطرة على رأسمالها أو جزء كبير منه يمنحها التحكم في قراراتها بالاستحواذ على غالبية حقوق التصويت، وهذه الشركات التي تؤسس وفق متطلبات القوانين الوطنية تخدم في الأساس مصالح الشركة الأم حتى وإن تعارضت مع مصالحها، وهو ما أدى ببعض الفقه إلى القول بتبعية هذه الشركات للشركة الأم، مع إنكار الشخصية المعنوية عنها واعتبارها مجرد فرع للشركة الأم، بحجة أن ركن نية المشاركة غير موجود لغياب التعاون الإيجابي وعلى قدم المساواة لتحقيق غرض الشركة، بل ما يظهر في هذا النوع من الشركات هو الحرص على تحقيق مصلحة الشركة المسيطرة لا مصلحة الشركة الوليدة، كما أن ركن اقتسام الأرباح والخسائر غير واضح المعالم باعتبار الشركة المسيطرة لا تأبه في بعض الأحيان لما تحققه هذه الشركة من أرباح أو ما تتعرض له من خسائر، وإنما المهم لديها هو تحقيق المصالح المسطرة فقط، غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة معتبرا هذا النوع من الشركات مستقلا عن الشركة الأم، إلا أنه وضع بعض القيود في قوانين أخرى تحد من خطورة هذا

النوع كقاعدة الشراكة 49/51 وكذا تحديد بعض المجالات كقطاعات استراتيجية للحد من تلك الخطورة.

بالإضافة إلى حالات أخرى تطرأ على الشركة لتؤثر على شخصيتها المعنوية، كما في حالتي الاندماج والانفصال، بحيث تنقضي هذه الشخصية باستكمال الإجراءات المطلوبة لذلك مباشرة دون تصفية لأموالها، وتظهر أهمية هذا الموضوع في استمرار مشروع الشركة رغم انقضائها وزوال شخصيتها المعنوية، وإن كان المشرع الجزائري مقتضبا جدا في معالجته لهاتين العمليتين رغم أهميتهما خاصة في مجال حماية المنافسة.

وتبقى كذلك حالة أخرى يمكن أن تطرأ على الشخصية المعنوية، وهي حالة التصفية التي تتقرر بمجرد انحلال الشركة مع الإبقاء على شخصيتها المعنوية لضرورات التصفية والقيام بإتمام الأعمال غير المنتهية التي باشرتها الشركة قبل حلها، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري عندما نص على استمرار الشخصية المعنوية للشركة المنحلة لحاجات التصفية.

ومن خلال ما تقدم في هذا البحث، فإننا نسجل النتائج التالية:

أن الشركة الفعلية هي في الحقيقة شركة صحيحة غير أن تخلف أحد الأركان -كما سبق وأن رأينا- هو ما أعابها وأدى إلى الحكم ببطلانها، إذ فقدت الصفة القانونية التي يترتب عنها الاعتراف بالشخصية المعنوية، لكن في حقيقة الحال هي شركة صحيحة بالنسبة للشركاء فيما بينهم لأن سبب البطلان يعود لتقصيرهم في اتمام الإجراءات المطلوبة قانونا، وسعيهم لمباشرة نشاط الشركة رغم ذلك.

كما أن شركة المحاصة هي نوع من أنواع الشركات التجارية رغم عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، وذلك بحكم القانون الذي فرض صفة التستر والخفاء عنها، وإن كان هذا الاستثناء الوحيد للمادة 549 بإعفائها من القيد في السجل التجاري، ولذلك أُعفيت من تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بالشركات التجارية، وجعل كل أحكامها من عقد تأسيسها.

بالإضافة إلى أن تأسيس شركة المساهمة هو عملية معقدة جدا، فهي لا تتمتع بأي نوع من الشخصية المعنوية في تلك المرحلة، رغم أن الأعمال والتعهدات تتم باسم ولحساب

الشركة، وإن كانت غير موجودة قانونا، ولهذا بدأت بعض التشريعات تتجه لإضفاء شخصية معنوية في حدود حاجات التأسيس، وهذا استجابة لآراء الفقهاء الداعية لذلك.

أما فيما يخص الشركات الوليدة فهي قانونا شركة قائمة بذاتها متمتعة بشخصيتها المعنوية، وإن كانت من الناحية الاقتصادية هي شركة تابعة للشركة الأم ويصح عنها كل ما ذهب إليه الفقه المنكر لتمتعها بهذه الشخصية، ولذلك على التشريعات أن تراعي توافق الجانب التشريعي مع المصالح الاقتصادية للدولة.

وفضلا عن ذلك فإن الشخصية المعنوية للشركة تتأثر بخلاف ما هو معتاد بتحقق عمليتي الانفصال أو الاندماج، وهو ما يؤدي في حالة الاندماج الكلي إلى زوال هذه الشخصية بالنسبة للشركات المندمجة، وما يستتبعه من آثار على جميع أركان الشركة، خاصة في ظل استمرار مشروعها الاقتصادي، وبقاء نية الشركاء في المشاركة فيه وإن كان ذلك مع شركاء آخرين جدد يمثلون الشركة الدامجة.

وتبقى العملية الفاصلة بين حياة الشركة وانقضائها أهم عنصر مؤثر في شخصيتها المعنوية كونها تخضع لأحكام مختلفة تهدف أساسا للتوفيق بين إنهاء الشركة من جهة وضمان حقوق الغير من جهة أخرى، مما يفرض الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة إلى الحد الذي يضمن الوفاء بالتزاماتها كاملة، وتحصيلها حقوقها وصولا إلى إنهاء خصومها وتحديد صافي الأصول بهدف اتمام عملية قسمة الأموال المتبقية بين الشركاء.

التوصيات:

يظهر من خلال ما توصل إليه الفقه والقضاء فيما يتعلق بإمكانية القول بوجود شخصية معنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس أنه على المشرع الجزائري إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بمسؤولية المؤسسين عن الأعمال والتصرفات التي تمت في تلك الفترة، طالما أنه لا يعترف للشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، خاصة وأن هذه الفترة تتميز بكثرة التصرفات والأعمال التحضيرية لعملية التأسيس، والتي منها ما يُعد من قبيل ممارسة النشاط كحالة تقديم محل تجاري كحصة في الشركة، وإن كان الراجح ضرورة تمتع الشركة في مرحلة التأسيس بالشخصية المعنوية في حدود حاجات

ومتطلبات التأسيس، مع الإبقاء على مسؤولية المؤسسين في حالة فشلهم في تحقيق مشروع الشركة وإخراجها للحياة.

وفيما يتعلق بتنظيم شركة المحاصة فإن المشرع الجزائري وإن كان قد كرس الطابع العقدي لهذا النوع من الشركات إلا أنه مُطالب بتحديد الوضع القانوني لبعض الحالات التي يمكن أن تطرأ على الشركة وامكانية تحويلها لنوع محدد من الشركات التجارية في حالة فقدها لصفة التستر، كأن يكون بعض الشركاء فيها قُصرا، أو أن يكون غرضها مازال قائما، بالإضافة إلى توضيح مسؤولية الشركاء عن الأعمال والتصرفات القائمة في حالة تحولها إلى شركة بحسب الشكل، باعتبار أن هذه الأعمال يمكن أن تنتقل إلى الشركة الجديدة المُنشأة من شركة المحاصة، مع ضرورة توضيح طريقة انتقال أصول وخصوم هذه الأخيرة إلى الشركة الجديدة.

أما فيما يتعلق بالشركات الوليدة المشرع مُطالب أيضا بوضع قواعد تضمن نجاعة ونجاح هذه الشركات بما يخدم المصالح الاقتصادية للدولة، مع التأكيد على عدم المساس بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة في الجزائر، طبعا مع الحرص على تحقيق الاستقرار القانوني لضمان جذب الاستثمارات الحقيقية التي تحقق النفع الاقتصادي والاجتماعي الوطني.

كما ننبه المشرع الجزائري إلى ضرورة إعادة صياغة الفقرة الثالثة من المادة 756 من ق ت ج، والتي جاء نصها كالتالي: "ويتخذ بعد ذلك قرار قضائي إما برفض المعارضة أو يلغى الأمر إما بتسديد الديون، وإما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة..."، والأصح بدل عبارة "يلغى الأمر" التي لا تفيد أي معنى هو عبارة "يأمر"، لتصبح كالتالي:" ...أو يأمر إما بتسديد الديون، وإما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة...".

ومرة أخرى لم يكن فيها المشرع الجزائري موفقا عندما نص في المادة 449 من القانون المدني على أنه: "لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري"، والأصح القول بتطبيق هذا الفصل على الشركات إلا ما يخالف منه القوانين أو الأعراف التجارية، وعليه نقترح على المشرع تعديل هذه المادة وذلك بصياغتها على النحو التالي: "تطبق مقتضيات هذا الفصل ...الباقي بدون تغيير...".

كما نشير كذلك على المشرع الجزائري توضيح موقفه من حالة استحالة تنفيذ غرض الشركة كسبب مؤدي إلى حل الشركة وتصفيتها، وامكانية استمرارها بغرض آخر يراه الشركاء بديلا عن الغرض الذي أنشئت من أجله والذي تعذر تحقيقه، لأن القول بغير ذلك ينتج عنه بعض الآثار التي تؤدي إلى طرح إشكالات عديدة كحالة اندماج شركة قيد التصفية تم حلها بسبب استحالة تحقيق غرضها، فهل يعد في هذه الحالة بيع لأصول الشركة باعتبار المشروع الاقتصادي الذي تقوم عليه لم يعد موجودا؟ أم أن قرار الاندماج يكون صحيحا طالما أن الشركة الدامجة ستستفيد من تلك الأصول رغم استحالة تحقيق الغرض الذي تقوم عليه الشركة المندمجة؟

ونظرا للمسؤولية الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة المقررة في المادة 551 من القانون التجاري الجزائري حتى بعد قفل التصفية، وللحد من آثار هذه المسؤولية لجأت العديد من التشريعات إلى وضع نص خاص بتقادم قصير للتخلص من هذه المسؤولية، على غرار المشرع المصري، وإن كان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة بهذا الشكل، مما يستدعي تدخله لتوضيح موقفه من ذلك.

وما نستطيع قوله في مسألة امكانية العدول عن التصفية، أن المشرع الجزائري لم يتبن أي موقف في هذا الشأن، سواء بجواز العدول أم لا، وفي رأينا أن هذه المسألة مهمة، وأن الاتجاه الأول الذي أجاز العدول عن تصفية الشركة بزوال مبرراتها كان سديدا، ولهذا ندعوا المشرع الجزائري إلى تدارك هذا النقص.

أما في حديث المشرع الجزائري عن النتائج الضارة الناجمة عن الأخطاء المرتكبة أثناء ممارسة المصفي مهامه، فإنه تحدث عن تقادم دعاوى المسؤولية ضد المصفين بإحالتها إلى المادة 696 من القانون التجاري، وبالرجوع إلى هذا النص نجده يتحدث عن الاكتتاب في حالة زيادة رأس مال شركة المساهمة، وبالتالي وقع المشرع مجددا في فخ الإحالات الخاطئة، وهو ما يستوجب تداركه للمحافظة على استقرار المعاملات التجارية، وإن كُنا نرى أن مدة ثلاث (3) سنوات هي فترة ملائمة لرفع العبء عن مسؤولية المصفي من جهة ولتحقيق الاستقرار في التعاملات التجارية.

قائمة المراجع:

أولا- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

1- أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون الكويتي والمقارن، طبعة 1، دار الفكر العربي، مصر، 1976.

2- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، الجزء الأول، دار الفكر العربي، مصر، 1988.

3- أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة، عمان، 1998.

4- أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

5- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء 3، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط، 2003.

6- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2000.

7- أحمد محمد محرز، القانون التجاري (الشركات التجارية، الأحكام العامة، شركات التضامن، الشركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات المساهمة)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.

8- أحمد محمد محرز، اندماج الشركة من وجهة النظر القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1998.

9- أحمد محمد محرز، العقود التجارية ونظام الإفلاس في القانون التجاري المصري، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، طبعة 1996.

10- أحمد علي عبد الله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الخرطوم، 2016.

11- الطيب بلولة، قانون الشركات، Berti éd، الجزائر، 2008.

12- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، الأحكام العامة للشركات، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2008.

13- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

14- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

15- أنور طلبة، العقود الصغيرة (الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة)، المكتب الجامعي الحديث، بدون بلد نشر، طبعة 2004.

16- بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

17- بياراميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

18- بلال عطية حسن فرج الله، بطلان الشركات التجارية –دراسة مقارنة، طبعة أولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

19- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة منقحة، عنابة- الجزائر، 2017.

20- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، شركات الأموال، الجزء الثاني، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة منقحة، عنابة- الجزائر، 2017.

21- تامر محمود راجي أحمد، التنظيم القانوني للشركة متعددة الجنسيات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.

22- حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، الطبعة الثانية، دار الفكر، القاهرة، بدون سنة نشر.

23- حسام عيسى، الشركات متعددة القوميات – دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركيز الرأسمالي المعاصر، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، بدون سنة نشر.

24- حسن عبد الحليم عناية، موسوعة الفقه والقضاء في الشركات التجارية، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر 2008.

25- حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

26- حسني محمود عباس، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، القاهرة، 2004.

27- خلدون الحمداني، الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الدائنين، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

28- راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، الجزائر، 2008.

29- زكي الشعراوي، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

30- سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008.

31- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في المواد التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2007.

32- سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات –القانون التجاري العام، الشركات، المؤسسة التجارية، الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

33- سلامة فارس عرب، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2004.

34- سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية –دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011.

35- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

36- سميحة القليوبي، القانون التجاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، طبعة 2005.

37- سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

38- سمير عالية، أصول القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 1996.

39- سمير عبد العليم، القانون التجاري (الشركات التجارية)، مكتبة الرواد، الزقازيق، طبعة 2002.

40- سوزي عدلي ناشد، ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وآثارها على اقتصاديات الدول النامية، منشورات الحلبي، بيروت، بدون سنة نشر.

41- شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

42- صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

43- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.

44- عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999.

45- عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص والأموال والاستثمار، منشأة المعارف، مصر، 1997.

46- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.

47- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار النهضة العربية، طبعة منقحة، بدون بلد نشر، 1982.

48- عبد العزيز بن سعد الدغيثر، اندماج الشركات-المفهوم والأشكال والآثار، دراسة مقارنة بتنظيمات إقليمية ودولية، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.

49- عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

50- عز الدين بنستي، الشركات في القانون المغربي، الجزء الثاني، بدون دار نشر، المغرب، بدون سنة نشر.

51- عزيز العكيلي، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.

52- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الرابع –الشركات التجارية وفقا لقانون الشركات الجديد رقم 22، لسنة 1997، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

53- علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.

54- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007.

55- علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، الجزء الأول الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، طبعة 2000.

56- علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث قانونية، القاهرة، 1962.

57- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.

58- علي سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الثاني – الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005.

59- علي قاسم، قانون الأعمال (الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

60- عمـورة عمار، شرح القـانون التجاري (الأعمـال التجارية – التاجر – الشركات التجـارية)، دار المعـرفـة، الجزائـر، 2016.

61- عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد، 2002.

62- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثانية، بدون بلد النشر، بدون سنة نشر.

63- فاروق إبراهيم جاسم، النظام القانوني لمؤسسي شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.

64- فايز اسماعيل بصبوص، اندماج الشركات المساهمة العامة والآثار القانـونية المترتبة عليها، دار الثقـافة، عمـان، 2010.

65- فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

66- محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.

67- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج 1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

68- محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

69- محمد الصغير بعلى، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة-الجزائر، 2002.

70- محمد توفيق سعودي، القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، دار الأمين للطباعة، القاهرة، 1997.

71- محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، ط 1، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1988.

72- محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمة العينية في الشركات التجارية – دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.

73- محمد فريد العريني، الشركات التجارية: المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.

74- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.

75- محمد فريد العريني، القانون التجاري، الدار الجامعية للمطبوعات والنشر، القاهرة، 1999.

76- محمد فريد العريني، القانون التجاري _ شركات الأموال، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2001.

77- محمد فريد العريني ، محمد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

78- محمد عبد الغفار البسيوني وآخرون، القانون التجاري :دراسة موجزة في الأعمال التجارية والتاجر – الأوراق التجارية – الشركات التجارية، الجامعة العمالية – أكادمية الدراسات المتخصصة- شعبة العلاقات الصناعية، منتدى سور الأزبكية، 2009.

79- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الخامس، الشركات التجارية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الأردن، 2009.

80- محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

81- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، ط 3، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.

82- مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، جزء 1، طبعة 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1969.

83- مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، 1971.

84- معين فندي الشناق، الاحتكـــار والممارســات المقيــدة للمنـافسة، طبعــة أولى، دار الثقافــة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

85- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، الشركات الإلكترونية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.

86- ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد الثاني (الشركات التجارية)، ترجمة منصور القاضي وسليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

87- نادية فوضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري – شركات الأشخاص، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، 2008.

88-ا نادية فوضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، بدون سنة طبع.

89- نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

90- نبيل أبو مسلم، النظام القانوني للشركة في طور التأسيس، طبعة أولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2011.

91- نصار محمد عبد الستار، دور القانون الدولي في النظام الاقتصادي العالمي الجديد، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2007.

92- نعمان محمد خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1977.

93- هاني دويدار، الآثار الناشئة عن دمج الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

94- هاني محمد دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، الكتاب الثاني، القسم الثالث: الشركات التجارية، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1997.

95- هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، القسم الثالث، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.

96- وحي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1998.

97- يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، بدون دار النشر أو البلد أو السنة.

ب- الرسائل الجامعية:

1- أحمد رجب عبد الخالق قرشم، الشركات الدولية ذات النشاط وأثرها في تطوير الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر والدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.

2- آلاء محمد فارس حماد، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندمجة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2012.

3- أيمن عبد المجيد عرابي رضا، الدور السلبي للشركات متعددة الجنسيات في عمليات غسل الأموال وسبل مراقبتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.

4- بن عفان خالد، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2016/2015.

5- بوجنان نسيمة، اندماج وانفصال الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم-تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2016-2017.

6- رشيد فطوش، حماية الغير في شركة المساهمة –دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2012.

7- رفيقة قصوري، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2002-2003.

8- رنا عمران الكبيسي، تحول التصفية في الشركة المساهمة العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، 2010.

9- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2016-2017.

10- سالمي وردة، حماية الغير في إطار شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015-2016.

11- سعدون ليندة، النظام القانوني لاندماج الشركات في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2007.

12- طارق مسلم علي الشخانبة، المسؤولية الجزائية للمؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2018.

13- طاهري بشير، اندماج الشركات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016/2015.

14- عبد الهادي فوز جمال، فرمند غسان، الشخصية المعنوية لشركات المساهمة العامة المحدودة: مفهومها بموجب تشريعات الشركات السارية في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 1999.

15- عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010-2011.

16- مروان بدري الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة (دراسة مقارنة بين القوانين المصري والأردني والإنجليزي)، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2000.

17- محمد شوقي أحمد شاهين، الشركات المشتركة طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.

18- مهداوي حنان، الركن المعنوي في الشركات التجارية (نية الاشتراك)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين 2، سطيف، 2020/2019.

19- هناء عمر عباس فضل المولي، قواعد اندماج الشركات في قانون الشركات السوداني (2015)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، السودان، 2019.

20- يحي عبد الرحمان رضا، الجوانب القانونية للشركات عبر الوطنية، أطروحة دكتوراه، كليـة الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

ت- المقالات:

1- أحمد محمود المساعدة، أثر التصفية على الشخصية المعنوية لشركة المساهمة العامة (دراسة مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثامن، جانفي 2016.

2- اليونسي محمد، الشخصية المعنوية للشـركة في طـور التأسيس، مجـلة القانـون المغربي، عدد 24، دار السلام للطباعة والنشر، 2014.

3- بن حميدوش نور الدين، الجرائم المتعلقة بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث عشر، فيفري 2016.

4- حسين أحمد محمد الغشامي، الشخصية المعنوية للشركة خلال مرحلة التصفية في القانون اليمني وفي ضوء الفقه الإسلامي، مجلة المفكر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد التاسع، ماي 2013.

5- حلمي بطرس، التصرفات التي يجريها مؤسسو الشركة المساهمة مع الغير، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1961.

6- حنان بخيت سيد أحمد، أثر انقضاء الشركة على حقوق الأطراف في القانون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 24، بدون بلد نشر، أغسطس 2014.

7- حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين بشايره، مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، عدد 03، 2007.

8- خالد عبد القادر عيد، الشركة الفعلية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد التاسع عشر، يوليو 2017.

9- زكري إيمان، مبدأ المحافظة على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تسمسيلت، 2017.

10- طباع نجاة، تواتي نصيرة، نظام التوقف عن الدفع بين قواعد الإفلاس ونظام الإنقاذ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 2 (عدد خاص)، كلية الحقوق والحلوم السياسية، بجاية، 2020.

11- عبد الرحيم صباح، خصوصية شركة المحاصة في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، جوان 2018.

12- عبد العزيز بوخرص، المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركة المساهمة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 18، جانفي 2018.

13- عبد العزيز بوخرص، صغير بيرم عبد المجيد، مسؤولية مؤسسي الشركات التجارية في القانون الجزائري عن عدم كفاية وعدم فعلية النص القانوني، مؤلف جماعي: في إعادة صياغة ومراجعة أحكام الشركات التجارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، جوان 2021.

14- عمارة ابراهيم، محمد بلينة، دور الوكيل المتصرف القضائي في التسوية القضائية في القانون الجزائري، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد 11، العدد 2، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد الجزائر، 2022.

15- عمارة كريمة، الأحكام القانونية للشركات عديمة الشخصية المعنوية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، ديسمبر 2017.

16- محمد فتاحي، المركز القانوني للمؤسس في شركات المساهمة في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 02، سنة 2009.

17- محمود فياض، ضوابط اندماج الشركات وفق قواعد حماية المنافسة في ضوء تشريع الاندماج الأوروبي رقم (2004/5139)، ملحق خاص بأبحاث المؤتمر السنوي الثالث – الحوكمة والتنظيم القانوني لأسواق المال، العدد (1)، الجزء الأول، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، مايو 2016.

18- محمود محمد الشوابكة، محمود العدوان، تعسف أغلبية المساهمين كسبب من أسباب بطلان الاندماج، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 3، 2016.

19- مرامرية سناء، بطلان اندماج الشركات وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الثاني، المجلد الحادي عشر، 2018.

20- مفتاح براشمي، إشكالية حماية الشركات من الإفلاس في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 1، جامعة الشهيد حمة لخضر، الواد، أفريل 2020.

21- ميمي جمال، مغني دليلة، أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفقا لتحديد قانون 15-20، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد العاشر، سبتمبر 2018.

22- نادية فوضيل، شركة ذات الشخص الواحد La E.U.R.L، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 4، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، 2001.

ث- القرارات القضائية:

1- قرار محكمة استئناف مصر المختلطة مؤرخ في 1899/02/08 مذكور في: عواد القضاة، الوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

2- قرار محكمة استئناف مصر، الصادر بتاريخ 4 يناير 1943، منشور بمجلة المحامين، عدد 24.

3- محكمة القضاء الإداري، 1947/11/180، مجلة المحاماة، السنة 30.

4- طعن رقم 426 لسنة 35ق جلسة 25-02-1960 السنة 11.

5- نقض مصري، طعن رقم 390، جلسة بتاريخ 1963/01/24.

6- قرار محكمة باريس بجلسة 11 مارس 1967 دالوز، سير 1967-474. ريبير رقم 900.

7- طعن رقم 151 لسنة 40ق جلسة 1967/01/20 السنة 27.

8- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 36 لسنة 1982، مجلة نقابة المحامين، عدد 6 لسنة 1986.

9- قرار محكمة النقض المصرية رقم 577 بتاريخ 1983/12/27.

10- طعن رقم 293 لسنة 35 ق جلسة 1983/05/12.

11- قرار مؤرخ في 1985/06/15، المجلة القضائية، عدد 04، 1989.

12- قرار مؤرخ في 1990/12/20، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991.

13- قرار مؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص.

14- قرار المحكمـــة العليا، ملف رقم 277871، قرار بتاريخ 2002/04/30، المجلة القضائية، العدد 2004/1.

15- قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 475871 الصادر بتاريخ 2007/09/05، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007.

16- قرار محكمة النقض جلسة 27-04-1944 طعن رقم 74 سنة 13، قضاء النقض المدني في المواد التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، طبعة 2007-2008.

17- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 649601، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011.

18- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية ملف رقم 624252، الصادر بتاريخ 2010/06/03، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011.

19- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1144395 بتاريخ 2016/12/15، قضية (ل.س) ضد الشركة ذ.م.م "الإخوة لاستغلال المربط"، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016.

ج- النصوص القانونية:

*النصوص التشريعية:

1- الأمر رقم 66-211 المؤرخ في 21-07-1966 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 64، الصادرة في 26 يوليو 1966.

2- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

3- الأمر 75/ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975.

4- الأمر 96-22 المؤرخ في 9 يوليو 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 24 صفر 1417هـ، المعدل والمتمم.

5- الأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية، عدد 77، الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري.

6- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية، عدد 47، الصادرة في 22 غشت 2001 (الملغى).

7- الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد القرض، جريدة رسمية، عدد 52، الصادرة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.

8- القانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتضمن قانون النقد والقرض، الجريدة الرسمية، عدد 16، الصادرة في 18 أفريل 1990 (ملغى).

9- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر، عدد 17، الصادرة في أول شوال 1410.

10- القانون 15-20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر، عدد71، الصادرة في 30 ديسمبر 2015.

11- القانون 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية، عدد 46، صادرة في 03 غشت 2016.

12- قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997، وتعديلاته.

13- قانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

*** النصوص التنظيمية:**

1- مرسوم تنفيذي رقم 15-111 مؤرخ في 3 ماي 2015 يحدد كيفيات القيد والشطب في السجل التجاري، ج ر، عدد 24، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2015.

2- المرسوم التنفيذي 97-418 ، المؤرخ في 9 نوفمبر 1997، يحدد أتعاب الوكلاء المتصرفون القضائيين، ر، عدد 74، الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 1997.

3- مرسوم تنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، يتضمن أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر، عدد 80، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 1955.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

A- Les livres:

1- Jean- Marc maulin, Droit des sociétés et des groupes, 7 édition, Gualino les extenso édition, paris, 2013.

2- Jean ynes mercier, Fusion, apports partiels d'actif, Scissions, 2éme édition, Francis lefebvre , paris 2011.

3- Anne Françoise Rabaud, une fusion pour aller plus loin, le vrai management, 2001, Paris.

4- Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 january 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (text with EEA relevance).

5- François Barriére, Fusion-Filialisation, Revue des sociétés, N° 12 Décembre 2013.

6- Michel de juglart et Benjamin ippolitot, cours de droit commerciale, 3éme éd, paris , 1968.

7- Bruno Dondero, Droit des sociétés, 2ème édition, Dalloz, France, 2011.

8- Michel Germain, Véronique Manjnier, Les sociétés commerciales, 19ème édition, Lextense édition, France, 2010.

9- Alexis Constantin, Droit des sociétés, 4ème édition, mémentos Dalloz, France, 2010.

10- Verdier (J), Liquidation et partage, Rep pétoire des sociétés, 2éme éd, Tom 2, paris, juris prudence général, Dalloz, 1970.

11- François kraemer, Les droits des créanciers d'une société dissoute, éd CUJAS, Paris, 1965.

12- Tayeb belloufe, droit des sociétés, berti éditions, Alger, 2006.

13- George Ripert, Réné Roplot, Traité élémentaire de droit commercial , Tome 1, éd L.G.D.J 1996.

14- Ripert georges et roplot rené, traite élémentaire de droit commerciale, T1, 14éd, paris, 1990.
15- Dominique Legeais : « Société en formation » , fasc 1019, du 15 janvier 2012, J.C.C.
16- Didier MARTIN, Droit des affaires, Tome 2, 1ére édition, Diffusion Al Madariss, Maroc, 2019.
17- Robert Sinay, Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, revue des sociétés, 1966, n° 106-107-108.
18- George Ripert, René Roplot, sous la direction de Michel germain : Traite de droit commercial, Tome 1, Volume 2, Les société commerciales, 18eme édition, LGDJ, paris, 2002.
19- Ivan Tchotourian, Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société, Lextenso édition, Paris, 2011.
20- Alain Couret, Anne Charveriat, Mémento pratique, sociétés commerciales, édition francis lefebvre, paris, 2011.
21- Vincent cuisinier, L'affectio societatis, Bibliothèque de F.w.j. Didier, Droit pénal des affaires, 4eme éd ; Dalloz, France ; 2000.
22- Philippe Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, 8ème édition, Dalloz, paris.
23- Valérie. Gomez, et François Rouaix, Droit des sociétés, Fiches et Q.C.M , Foucher , France, 2008.
24- Yves Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, tome 1, 6éme éd, economica, paris, 1991.
25- Laure Siné, Droit des sociétés, 8éme édition, paris, 2008.
26- Henri. Temple, Les sociétés de fait, L.G.D.J, Paris, 1975.
27- Alfred Jauffret, Droit commercial, 20 éd, L.G.D.J Paris ; 1991.

28- Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, R.D.I, Dalloz, Paris, 1954.

B- Les thèses:

1- Bastian (Daniel), la situation des sociétés commerciales avant leurs immatriculation au registre de commerce Mélanges , études de droit commercial à la mémoire de henry cabillac, Libraire technique, paris, 1968.

2- Meriam Ouassini Sahli, La responsabilité de la sociétés mère du fait de ses filiales, Thèse pour l'obtention du titre de docteur, Discipline: Droit, Ecole doctorale de Dauphine, Université paris Dauphine, Présentée et soutenue le 19 décembre 2014.

C- Les articles:

1- Chrlaine Bouchard, La réforme du droit des sociétés: l'exemple de la personnalité morale, Les cahiers de droit, Volume 34, numéro 2, 1993.

2- Hervé Lécuyer, Reprise des actes conclus au nom et pour le compte de la société en formation, commentaire n° 53, droit des sociétés n° 4, avril 2006.

3- Yves Guyon ,Nécessite d'une reprise par la société des engagement souscrits au cours de la période constitutive, revue des sociétés, 1996.

D- Les textes de législation:

1- Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

2- Loi n°88-15 du 5 janvier 1988 - art. 2 JORF 6 janvier 1988.

3- Loi n°2019-486 du 22 mai 2019.

4- Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019.

5- Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014.

6- DÉCRET n°2014-736 du 30 juin 2014.

E- Les arrêts judiciaires:

1- Cass. Com. 19 juillet 1954, JCP, 1954, II 8322.

2- Cass.civ, 1er chambre, 14 Janvier 1959, D. 11959 – 106.

3- Cass.Com 27 juin 1966.

4- Cass.Com, 30 janvier 1967, Bulletin civil de la Cour de Cass, 1967, III.

5- Cass. Com, 16 février 1970, Bulletin civil de la cour de cass, 1970, IV.

6- Cass.Com,21 Février1972,N°69-14020.

7- Cass. Com, 8 janvier 1973, Bull. civ, Iv,in 13.

8- Cass. Com 3 april 1973 J.C.P. Ed 1973. IV. 203. Rev.soc 1974.

9- Cass. Com. 1er avril 1974, Rev. Soc. 1975.

10- Cass. Com, 13 fév. 1975, Bull. Cass, 1975.3.47)

11- Cass, 28 oct 1974, R.S, 1976.

12- C.A Paris 26 mai 1978.

13- Cours d'appel de Paris, ch.3, 30 avril 1980, R.D.S.

14- Cass. Com, 18 mai 1982, Revue des Sociétés, 1982.

15- Cass. Com, du 4 mars 1986, 84-13.836, Publié au bull.

16- Cass. Com. 14 Janvier 1992. N 90.12.825- Bulletin 1992 N 20 Dalloz.

17- C.A Versailles, 05 mars 1992, Bull joly n°06 de juin 1992.

18- Cass.civ 1er Novembre 1996. N 94-19-937 Bulletin 1996.

19- Cass.Com 24 septembre 2002 N°00-21

20- Cass. Com , 14 janvier 2003 n 00-12.557, bull, joly sociétés 2003.

21- Cour d'appel de Versailles, du 2 octobre 2003, 2001-5382.

22- Cass, Com, du 8 novembre 2005, 01-15.503, Inédit.

23- Cass. Com n 09-13.405, 02 février 2010, Rev mensuelle, Droit des sociétés, Lexis nexis, France, juillet 2010.

24- Cour d'appel de Papeete, Chambre Commerciale, 7 octobre 2010, 98/00057.

25- Cour d'appel de Lyon, 10 février 2011, 09/05338.

26- Cass.civ, Com, 12 juin 2012, 10-20.540, Inédit.

27- Cass.civ, com, 7 janvier 2014, 11-25.635 11-26.918, Publié au bull.

28- C.A Paris 19 mai 2000, Bull joly, n° 11 de novembre 2000, §265.

29- Cass. civ, Chambre sociale, 14 octobre 2015, Publié au bulletin.

30- Cass.civ, com, 10 novembre 2015, 14-18.179, Inédit.

31- Cass, criminelle, Chambre criminelle, 24 octobre 2017, 16-86.058, Inédit.

32- Cass civ, com, 20 février 2019, 17-20.652, Inédit.

33- Cass civ, com, 7 mai 2019, 17-27.229, Inédit.

34- Cass civ, com, 26 février 2020, 18-22.745, Inédit

35-Cass, civ, com, 21 octobre 2020, 19-14.894, Publié au bulletin.

36- Cass. civ, com, 10 février 2021, 19-10.006, Publié au bull.

37- C.A de Nouméa, 28 juin 2021, 21/000165.

F- Les sites internet:

- www.legifrance.gouv.fr

الفهرس:

مقدمة:..... 1

الباب الأول:..... 10

مظاهر الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس والآثار المترتبة على ذلك 10

الفصل الأول: 12

جدلية الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التأسيس 12

المبحث الأول: الشخصية المعنوية للشركة التجارية في حالة الوجود الو اقعي أو الفعلي..... 13

المطلب الأول: عوامل قيام الشركة الفعلية ومدى تأثيرها على وجود الشخصية المعنوية للشركة 13

الفرع الأول: النظـريات الفقهيـــة لتبرير قيام الشركة الفعلية واستمرار الشخصية المعنوية للشركة 14

أولا: نظرية العقد المستمر..... 14

ثانيا: نظرية الشخصية المعنوية..... 16

ثالثا: نظرية حماية الوضع الظاهر 17

الفرع الثاني: مفهوم نظرية الشركة الفعلية و أثرها على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية..... 18

أولا: تعريف نظرية الشركة الفعلية وتمييزها عن غيرها 19

ثانيا: أسباب اختلال الشخصية المعنوية للشركة التجارية..... 25

الفرع الثالث: موقف المشرع والقضاء الجز ائريين من تمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية 37

أولا: موقف المشرع الجز ائري من نظرية الشركة الفعلية 37

ثانيا: موقف القضاء الجز ائري من الشركة الفعلية:..... 40

ثالثا: آثار الاعتراف بالشركة الفعلية:..... 42

المطلب الثاني: الحلول القانونية لفكرة الشركة الفعلية و أثرها على شخصية الشركة..... 44

الفرع الأول: التمتع بالشخصية المعنوية الكاملة بتحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية..... 45

أولا: سلطة القاضي في الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية 45

ثانيا: احتفاظ الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية بعد تحويل شكلها القانوني 48

الفرع الثاني: زوال الشخصية المعنوية للشركة الفعلية بالانحلال والتصفية 50

المبحث الثاني:..... 51

الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس 51
المطلب الأول: فكرة الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس 53
الفرع الأول: الاتجاه الفقهي الر افض لوجود الشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس . 54
أولا: الرأي المنكر لوجود أي شخصية معنوية لشركة المساهمة قيد التأسيس وبعض التشريعات المسايرة لهذا الطرح 54
ثانيا: مبررات تفسير انتقال بعض الالتزامات إلى شركة المساهمة في مرحلة التأسيس..... 57
ثالثا: مبررات التصرف باسم شركة المساهمة في مرحلة التأسيس 62
الفرع الثاني: النظريات المؤيدة لوجود شخصية معنوية شركة المساهمة وقت التأسيس وموقف التشريعات منها..... 69
أولا: الرأي القائل بوجود شخصية معنوية محدودة لشركة المساهمة في وقت التأسيس 70
ثانيا: اعتراف بعض التشريعات بالشخصية المعنوية للشركة التجارية وقت التأسيس..... 73
المطلب الثاني: نطاق الشخصية المعنوية لشركة المساهمة وقت التأسيس 80
الفرع الأول: النطاق الزماني للشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس 80
الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للشخصية المعنوية لشركة المساهمة في مرحلة التأسيس 83
الفصل الثاني: 90
انعدام الشخصية المعنوية و أثره على الشركة التجارية 90
المبحث الأول: 91
آثار انعدام الشخصية المعنوية على شركة المحاصة 91
المطلب الأول: مظاهر عدم تمتع شركة المحاصة بالشخصية المعنوية..... 91
الفرع الأول: أساس اعتبار شركة المحاصة شركة تجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية 92
أولا: تعريف شركة المحاصة 92
ثانيا: الخصائص المميزة لشركة المحاصة 95
ثالثا: تمييز شركة المحاصة عن الشركة الناشئة من الو اقع..... 103
الفرع الثاني: عدم اكتساب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة رغم توفر أركان الشركة..... 105
أولا: ضرورة توفر الأركان الموضوعية العامة لشركة المحاصة..... 105
ثانيا: الأركان الموضوعية الخاصة لشركة المحاصة 106

ثالثا: الأركان الشكلية لشركة المحاصة 110
المطلب الثاني: آثار غياب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة 112
الفرع الأول: أثر غياب الشخصية المعنوية لشركة المحاصة على الشركاء فيما بينهم ومع الغير 112
أولا: علاقة الشركاء فيما بينهم في شركة المحاصة 113
ثانيا: علاقة الشركاء بالغير في شركة المحاصة 114
ثالثا: إثبات شركة المحاصة 116
الفرع الثاني: تأثير غياب الشخصية المعنوية على انقضاء شركة المحاصة وتصفيتها 117
أولا: القواعد المتعلقة بانقضاء شركة المحاصة 117
ثانيا: الآثار المترتبة على انقضاء شركة المحاصة 118
ثالثا: زوال صفة التستر عن شركة المحاصة و أثرها على عدم تمتعها بالشخصية المعنوية 119
المبحث الثاني: 122
استقلالية الشخصية المعنوية للشركات الوليدة 122
المطلب الأول: موقف الفقه من الاستقلال القانوني للشخصية المعنوية للشركة الوليدة 122
الفرع الأول: الاتجاه الفقهي التقليدي المؤيد لاستقلال الشخصية المعنوية للشركة الوليدة 123
الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي الحديث المنكر للشخصية المعنوية المستقلة للشركات الوليدة 126
المطلب الثاني: موقف القضاء الدولي من الاستقلال القانوني للشركات الوليدة 127
الفرع الأول: موقف القضاء المعارض لوجود أي شخصية معنوية للشركات الوليدة 128
أولا: موقف القضاء الإنجليزي 128
ثانيا: موقف القضاء الفرنسي 129
الفرع الثاني: موقف القضاء المكرس لوجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة 129
أولا: موقف القضاء الإنجليزي المؤيد لوجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة 129
ثانيا: موقف القضاء الفرنسي المؤيد لوجود شخصية معنوية مستقلة للشركة الوليدة 131
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الوجود القانوني للشركات الوليدة عن الشركة الأم 133
الباب الثاني: 136
تغيرات الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة حياتها 136

الفصل الأول: 138
مصير الشخصية المعنوية للشركات التجارية في حالتي الاندماج والانفصال 138
المبحث الأول: تأثير الاندماج على الشخصية المعنوية للشركة التجارية 139
المطلب الأول: زوال الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة 140
الفرع الأول: طبيعة الاندماج كعملية مؤثرة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية 140
أولا: تمييز الاندماج عما يشابهه من عمليات 141
ثانيا: الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية 148
الفرع الثاني: زوال الشخصية المعنوية للشركة التجارية في حالة الاندماج بدون تصفية 151
أولا: شروط الاندماج كسبب لزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة 152
ثانيا: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة خلافا للقواعد العامة لانقضاء الشركات ... 153
المطلب الثاني: آثار زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة بسبب الاندماج 155
الفرع الأول: أثر انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة 156
أولا: أثر الاندماج على عناصر الشخصية المعنوية للشركة المندمجة 156
ثانيا: أثر انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية المندمجة على الشركاء والغير 170
ثالثا: الشخصية المعنوية للشركة المندمجة في حالة بطلان الاندماج 186
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة الدامجة 188
أولا: آثار الاندماج على الشركة الدامجة القائمة من قبل 188
ثانيا: آثار الاندماج على الشركة الدامجة الجديدة 192
المبحث الثاني: انفصال الشركة التجارية و أثره على شخصيتها المعنوية 194
المطلب الأول: آثار الانفصال على الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة وعلى دائنيها 194
الفرع الأول: أثار الانفصال على الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة 195
أولا: أنواع الانفصال وتمييزه عما يشابهه من عمليات 196
ثانيا: شروط تحقق انفصال الشركة التجارية 202
ثالثا: إجراءات انفصال الشركة التجارية 203
الفرع الثاني: أثر زوال الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة على دائنيها 204
المطلب الثاني: أثر الانفصال على عناصر الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة 206

الفرع الأول: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المنفصلة بدون تصفية 206
الفرع الثاني: أثر انفصال الشركة التجارية على ذمتها المالية 208
الفصل الثاني: 210
الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة الانقضاء..... 210
خصوصية الشخصية المعنوية للشركات التجارية في مرحلة الانقضاء 210
المطلب الأول: أسباب انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية..... 211
الفرع الأول: الأسباب العامة لزوال الشخصية المعنوية للشركات التجارية..... 212
أولا: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية بقوة القانون 212
ثانيا: الحل الاتفاقي للشركة..... 220
ثالثا: الحل القضائي للشركة 222
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لزوال الشخصية المعنوية للشركات التجارية..... 226
أولا: وفاة أحد الشركاء أو فقده الأهلية أو إفلاسه أو الحجر عليه في شركات الأشخاص 226
ثانيا: إفلاس الشركة أو أحد الشركاء أو فقده الأهلية..... 229
ثالثا: انسحاب أحد الشركاء 230
المطلب الثاني: خصوصية الإفلاس والتسوية القضائية كسبب لانقضاء الشخصية المعنوية للشركة . 233
الفرع الأول: حدود الشخصية المعنوية للشركة في حالة الإفلاس..... 233
أولا: أثر الإفلاس على الشخصية المعنوية للشركة..... 234
ثانيا: دور الوكيل المتصرف القضائي في حالتي الإفلاس والتسوية القضائية..... 237
الفرع الثاني: أثر التسوية القضائية على الشخصية المعنوية للشركة التجارية 240
أولا: سلطة المحكمة في الحكم على الشركة بالتسوية دون الإفلاس 240
ثانيا: حدود الشخصية المعنوية للشركة بعد الحكم بالتسوية القضائية 241
ثالثا: أثر انقضاء التسوية القضائية على الشخصية المعنوية للشركة التجارية 242
المبحث الثاني:..... 245
مبدأ استمرار الشخصية المعنوية للشركة قيد التصفية و آثاره..... 245
المطلب الأول: حدود الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية 246
الفرع الأول: تكريس مبدأ احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية خلال فترة التصفية وحدوده..... 246

أولا: تاريخ ظهور مبدأ بقاء الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية 247
ثانيا: الإطار الزماني للشخصية المعنوية للشركة التجارية تحت التصفية 249
ثالثا: حدود الشخصية المعنوية للشركة قيد التصفية 251
الفرع الثاني: نتائج استمرار الشخصية المعنوية للشركة أثناء عملية التصفية 254
أولا: الابقاء على خصائص الشخصية المعنوية 254
ثانيا: بقاء هياكل الشركة لضرورة التصفية 260
المطلب الثاني: الابقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية كأساس لحماية للغير 261
الفرع الأول: مبررات الابقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية في مرحلة التصفية 262
أولا: الحاجة إلى استمرار الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية 262
ثانيا: الطبيعة القانونية لبقاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها 265
الفرع الثاني: حماية الغير بسبب التغير الطارئ على الشخصية المعنوية في حالة التصفية 268
الفرع الثالث: مآل الشخصية المعنوية للشركة بعد إقفال التصفية 271
أولا: إنهاء عمل المصفي 272
ثانيا: زوال صفة التاجر 273
ثالثا: زوال الشخصية المعنوية للشركة بعد إقفال التصفية 273
الخاتمة: 278
قائمة المراجع: 284

ملخص:

إن وجود الشركة مرتبط بالتمتع بالشخصية المعنوية كشخص مستقل عن الأشخاص الطبيعية وحتى الاعتبارية المكونة له، وبالتالي ارتباط الشركة وجودا وعدما بوجود هذه الشخصية وفق الشروط والضوابط المقررة لذلك، إلا أنه قد يطرأ عليها طارئ يؤثر بصفة مباشرة على شخصيتها المعنوية، كما قد يؤدي حتى إلى زوالها.

هذه التغيرات قد تطرأ على الشركة أثناء تأسيسها أو في مرحلة ممارسة نشاطها أو عند حلها وانقضائها، مما يؤدي إلى عدم اكتسابها الشخصية المعنوية أو التأثير في عناصرها، أو إنهائها وزوالها، وما يترتب عن ذلك من آثار في مواجهة الغير.

Abstract:

The existence of the company is linked to the enjoyment of the legal personality as a person independent of the natural and even legal persons that make up it, and thus the association of the company whether or not with the presence of this personality in accordance with the conditions and controls established for that, except that an emergency may occur to it that directly affects its legal personality, and may even lead to its demise .

These changes may occur to the company during its incorporation, at the stage of carrying out its activity, or upon its dissolution and termination, which leads to the company not acquiring legal personality or influencing its elements, or its termination and disappearance, and the consequent effects on others.

Résumé:

L'existence de la société est liée à la jouissance de la personnalité juridique en tant que personne indépendante des personnes physiques et même morales qui la constituent, et donc à l'association de la société avec ou non la présence de cette personnalité dans les conditions et des contrôles établis à cet effet, sauf qu'il peut lui arriver une urgence affectant directement sa personnalité juridique, voire entraîner sa disparition .

Ces changements peuvent survenir à la société lors de sa constitution, au stade de l'exercice de son activité, ou lors de sa dissolution et de sa résiliation, ce qui conduit à ce que la société n'acquière pas la personnalité juridique ou n'influe pas sur ses éléments, ou sa résiliation et sa disparition, et la conséquence effets sur les autres.