

جامعة باتنة 1 الحاج لخضر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



سلطة رأس المال في شركة المساهمة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في الحقوق

تخصص قانون الأعمال

إشراف الأستاذ

إعداد الطالب الباحث

د/ مخلوفي عبد الوهاب

بن مختار إبراهيم

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
زرارة صالح الواسعة	أستاذة التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيسا
مخلوف عبد الوهاب	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة 1	مشرفا ومقررا
بشير سليم	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة 1	عضوا مناقشا
بن حملة سامي	أستاذ محاضر أ	جامعة قسنطينة 1	عضوا مناقشا
بقة عبد الحفيظ	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	عضوا مناقشا
يوسفي نور الدين	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا

إهداء

إلى روحهما الطاهرة...

وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا

إبراهيم

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

القانون التجاري الجزائري	ت ج
دون دار نشر	د د ن
دون سنة نشر	د س ن
صفحة	ص
القانون المدني الجزائري	م ج

بالفرنسية"

Bull-joly bulletin joly societies

C A courd'appel

C c f code commerce français

C Civ f code civil français

Cass Civ Arrêt de lachambre civil de la cour de cassation

Cass Com Arrêt de lachambre commercial de la cour de cassation

Cass. Req Arrêt de lachambre des requêtes de la cour de cassation

Ch chambre

CNUCD Conférence des Nation Unis sur le Commerce et le Développement

COB commission des opérations boursière

D Dalloz

E économique

éd Edition

I U F M Institut Universitaire de Formation des Maitres

J C P juris-classeur périodique

LGDJ libraire General de Droit et de jurisprudence

Op-cit opus citatum (ouvrage cité)

p page

p – p	de la page - a la page
RD B	revus de droit bancaire
Rev soc	revue des sociétés
RTD Civ	revue trimestrielle de droit civil
RTD com	revue trimestrielle de droit commercial
RTDF	revue trimestrielle de droit financier
S	Sirey
S d e	sans date d'édition
S m e	sans maison d'édition
T	tome
th	thèse
Trib	tribunal

مقدمة

إن من أهم عوامل تحديد وجهة رؤوس الأموال في إطار الاستثمار أو الادخار، هو الاهتمام بالشكل أو الإطار القانوني الذي ستُجمع وتوظف فيه تلك الأموال، ولا أفضل في ذلك من شركات المساهمة، الوحدة الأساسية في الاقتصاد، والأداة المثلى لتنفيذ المشاريع الكبرى.

فشركة المساهمة تمثل النموذج الأمثل لشركات الأموال، والتي تجد لها مكانا بارزا في الاقتصاديات القوية الجاذبة للاستثمارات، بسبب قدرة هذه الشركات على تجميع رؤوس أموال ضخمة، وتعبئة الادخار العام بشكل لا يتأتى للعديد من أشكال المشاريع الأخرى.

ويساعد في هذا الأمر، الخصائص المميزة لهذه الشركات كالمسؤولية المحدودة للمساهم، إضافة إلى عدم اكتسابه لصفة التاجر، ومن جهتها تمثل قابلية الأسهم للتداول آلية لضمان التداول على ملكية رأس المال وبالتالي التداول على إدارة وتوجيه الشركة، والسيطرة على سلطة التقرير فيها، وذلك استنادا إلى الصلاحيات والسلطات المرتبطة بالأسهم والممارسة في إطار الجهاز السيادي في الشركة (الجمعية العامة)، إضافة إلى الحقوق الناشئة عنها لفائدة كل مساهم في الشركة، والتي تمارس وفق قاعدة التناسب، والتي تجد أساسها في مبدأ هام يحكم شركات المساهمة وهو مبدأ المساواة بين المساهمين.

لذلك تحظى هذه الشركات بتنظيم قانوني يعكس درجة الأهمية التي تتمتع بها، وتلقى كذلك اهتماما فقهيًا بالغًا، غَدَّاه أكثر، التجاذب الحاصل حول مفهوم هذه الشركة أساسا، والذي انعكس على الكثير من المفاهيم المرتبطة بها، من حيث تكوينها ونشاطها وتنظيم العلاقات فيها بين المساهمين أو بين الأجهزة المكونة لها، وخاصة كيفية توزيع وممارسة مختلف الحقوق والصلاحيات المرتبطة بتقديم حصة في رأس مالها.

إن سلطة رأس المال وبشكل عام، هي السلطة المستمدة والمستندة إلى الحصة التي يقدمها المساهم لتشكيل رأس مال الشركة، وقد عبّر أحدهم¹ عن ذلك بأنه " في شركات الأموال، أكياس النقود هي التي تتداول " «se sont les sacs d'écus* qui délibèrent» وهي بذلك تمثل الأثر المباشر

¹Paul Cordonnier, « L'actionnaire peut-il céder son droit de vote », journal des sociétés, 48^{ème} année, N°1, 1927, p 07

للاعتبار المالي الذي تقوم عليه من حيث المبدأ شركة المساهمة، حيث يتوارى المساهم خلف حصته في رأس المال، ولا يخاطب بالأحكام المنظمة لتكوين أو نشاط الشركة، سواءً في حقوقه أو في التزاماته، إلا من خلال تلك الحصة، فلا يغنم ولا يغرم في الشركة إلا بمقدار ما قدم في رأس المال.

وبذلك يمارس المساهم حقوقه أو سلطته في هذا الوضع العام الذي هو حالة من ديمقراطية المساهمة، بحيث تسود العدالة التوزيعية بين المساهمين في ممارسة حقوقهم، عبر إقامة التوازن بين المخاطر الناتجة عن توظيف الأموال كقيم منقولة (أسهم)، وبين السلطة التي تحمي ذلك الاستثمار.

هذا المفهوم العام لسلطة رأس المال يستند إلى عنصرين أساسيين، يشكلان في نفس الوقت مظهرين لهذه السلطة، ألا الطابع المجرد لسلطة رأس المال، بحيث يمتلك كل مساهم جزءاً من السلطة يمارسه بموجب حقوقه القانونية أو النظامية، وفي حدود نسبة مساهمته في رأس المال، (وهذا ما يجسده مبدأ التناسب)، وثانياً الصفة التراكمية، إذ عبر تجميع السلطات الفردية لكل مساهم، تتشكل السلطة الجماعية ممثلةً بأغلبية رأس المال التي تأخذ على عاتقها مسؤولية التعبير عن الإرادة الجماعية لكل المساهمين، من خلال إصدار القرارات الجماعية التي تخدم المصلحة الجماعية والمشاركة (وهذا ما يظهر من خلال مبدأ الأغلبية).

هذه الأحكام العامة قررها المشرع اعتباراً للطابع التنظيمي لشركة المساهمة، والذي يهدف لحماية الادخار العام، أي أن تدخل المشرع لضبط وتنظيم شركة المساهمة، تُمليه اعتبارات المصلحة العامة التي يتعين رعايتها.

وتأسيساً على أن لكل قاعدة استثناء يضمن تلطيف أحكامها ويضفي عليها بعض المرونة التي تسمح باحتواء مختلف الأوضاع والحالات، فإنه ومن جهة أولى، لا يمكن أبداً إغفال أمر جوهرى، وهو أن شركة المساهمة، تبقى مهما بلغ بها التنظيم القانوني مداه، موضوعاً من مواضع القانون الخاص، والذي هو المجال الطبيعي لممارسة الحقوق الخاصة، هذه الحقوق عادة ما تكون موضوع أخذٍ وردٍّ، بين تقييدٍ وإطلاقٍ، بين زيادةٍ ونقصانٍ، بين تمددٍ وتقلصٍ أو تنازلٍ، وقد راعت مختلف التشريعات - وإن بدرجات متفاوتة- هذه الجزئية حينما تركت للمساهمين مجالاً لتنظيم ممارسة حقوقهم أو بالأحرى سلطتهم، بما يرونه كفيلاً لتحقيق مصالحهم، متجاوزين في ذلك مبدأ التناسب، إما من خلال الآليات القانونية التي تنفصل فيها السلطة عن رأس المال، والتي تنشأ أساساً من تنوع طبيعة

الأسهم، أو بترك المجال لإرادة المساهمين في تنظيم ممارستهم لحق التصويت-الوجه المباشر للسلطة- خارج إطار التناسب.

ومن جهة ثانية، فإن الأغلبية التي أولاها المشرع سلطة التقرير نيابة عن مجموع المساهمين، حيث تكون إرادة الأغلبية تعبير عن الإرادة الجماعية، قد تتراجع سلطتها، أولاً، أمام سلطة الجهاز الإداري الذي يفترض فيه أن يعمل تحت إشراف ورقابة الجمعية العامة، لكنه ولاعتبارات أحيانا قانونية يسيطر فيها على اتخاذ القرار في الشركة، وأحيانا واقعية، تجعل من الجمعية العامة جهازا صوريا مفرغا من كل سلطة، ثانيا، أن الأغلبية قد تفقد سلطة التقرير عندما تضعف نفسها بتصرفاتها التي تحيد فيها عن الهدف الذي يفترض فيها تحقيقه وهو المصلحة الجماعية للمساهمين، فتواجه قراراتها سلطان القضاء الذي قد يستجيب لطلب الأقلية بإبطالها إذا ما ثبت له مخالفتها للمصلحة الجماعية، إضافة للاعتبارات القانونية التي تتراجع معها سلطة الأغلبية.

وغرض البحث هو محاولة دراسة شركة المساهمة من زاوية النفوذ والتأثير، انطلاقا من الأساس العام الذي تقوم عليه ألا وهو الاعتبار المالي، من خلال إبراز علاقة هذا الجانب المالي (ملكية الأسهم) باتخاذ القرارات داخل الشركة، من خلال السلطات والصلاحيات المرتبطة به، والحقوق الناشئة عنه، وانعكاس ذلك على واقع الشركة سواء داخليا أو خارجيا، ومن ثمة البحث في إمكانية تدخل عوامل أخرى يمكن أن تساهم كذلك في إدارة الشركة ورقابتها، وكذا اتخاذ القرارات بغض النظر عن استنادها لرأس المال (ملكية الأسهم).

لذلك فقد آثرنا في هذه الدراسة الانطلاق من عنصر رأس المال وليس من المساهم، مع أن المساهم هو صاحب رأس المال، وهو الموجه له وهو الذي يحدد الاستثمارات ويديرها، لأننا نعتقد أن اعتماد رأس المال كمرجع لدراسة السلطة في الشركة، يقيم رابطة مباشرة مع كل أشكال وكيفيات ممارسة السلطة في الشركة، وهذا تأسيسا على الاعتبار المالي الذي تقوم عليه هذه الشركة ابتداءً، والذي يحجب المساهم مبدئيا خلف حصته في رأس المال.

فالأغلبية المقررة هي أغلبية رأس المال وليست الأغلبية العددية للمساهمين، وقاعدة التناسب تقضي بأن لكل سهم صوت وليس لكل مساهم صوت، التحالفات والاتفاقيات بين المساهمين عند التصويت، تستهدف تجميع الأسهم لتحقيق أكبر نسبة عند التصويت ولا تستهدف تجميع المساهمين

كأفراد، حالات الخروج على مبدأ التناسب تتشأ من تنوع طبيعة الأسهم وليس اعتبارا للمساهمين، وغيرها من المسائل التي تجعل من ممارسة السلطة في الشركة تستند لرأس المال أساسا، ثم للمساهم بالتبعية لذلك.

و تعود أسباب اختيار الموضوع أساسا إلى الرغبة في إمطة اللثام و نفض الغبار عن الجوانب الخفية في شركات المساهمة، ومحاولة إثراء المجال القانوني الجزائري الذي يفتقر إلى دراسات معمقة و مستفيضة حول الكثير من النقاط التي تخص هذه الشركات، إضافة إلى الرغبة الشخصية التي أجدها في دراسة شركات المساهمة ومحاولة ملامسة مختلف الجوانب المتعلقة بها.

وبخصوص الدراسات السابقة فالحقيقة أن هناك بعض الدراسات العربية (على قلتها)، تناولت هذا الموضوع وبسطت العديد من جزئياته، أقربها إلى بحثنا الدراسة التي قدمها الأستاذ عبد الوهاب المريني، بعنوان "سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي"، وهو الموضوع الذي تناولناه بالدراسة كعنصر فقط، لأن مرجعية السلطة في موضوع بحثنا هي رأس المال وليس المساهمين.

بالإضافة إلى بعض الدراسات التي تناولت حقوق المساهمين الإدارية والمالية، والتي تتقاطع مع موضوع بحثنا فقط في الشق الأول من الحقوق، وحتى بالنسبة للحقوق الإدارية فقد وجدت أنها تنطلق من فكرة حقوق المساهم بشكل عام والضمانات والآليات المرصودة لحمايتها، في حين أن موضوع بحثنا تركز أكثر حول كيفية تلك الحقوق، وبحث علاقتها بممارسة السلطة في الشركة، سواءً في إطارها العام أو الاستثنائي، وهذا ما يظهر من خلال اتجاه زاوية المعالجة، وكذا تفرّد هذه الدراسة بهذا العنوان الذي لم نجد له سبقا في حدود ما انتهى لعلنا في الدراسات العربية.

ولإعطاء هذه الدراسة بُعدا عمليا من واقع شركات المساهمة في الجزائر، كان لزاما علينا البحث في تطبيقات القضاء الجزائري في الموضوع، ورغم أن النزر اليسير الذي حصلناه بجهدٍ من قضاء شركات المساهمة ما كان ليفي بذلك، ومع ذلك فقد وظفناه خدمةً للبحث، ودفعنا للحركة الفقهية والقضائية في هذا المجال الحساس والمهجور من بين باقي القوانين الاقتصادية.

أما بالنسبة للدراسات الغربية وتحديدا الفرنسية (فقها وتشريعا وقضاءً)، فهي تزخر بمثل هذه المواضيع ومن زوايا متعددة، وقد كان لها بالغ الأثر في إعداد هذه الدراسة.

وقد حاولنا جهدنا بالإمام بمختلف عناصر الموضوع، وتطرقنا لكل ما يجب معالجته من حقوق المساهمين السياسية التي تتصل بشكل مباشر أو غير مباشر بممارسة السلطة في الشركة، ولم نهمل أي عنصرٍ كان في تقديرنا ذو أهمية وعلاقة بالبحث، فقد استخدمناه ولو بإشارة عرضية، معتمدين في ذلك ضوابط البحث العلمي بان لا نتوسع في الدراسة حد الإسراف والخروج عن الموضوع، وأن لا نقتصد حد التقصير والإخلال بالمفاهيم، ويبقى في كل الأحوال، أن هذا البحث هو نتاج جهد وعمل بشري محدود ونسبي، نرجو أن يُستفاد من حسنه، وان يُقوِّمَ ويصحَّ سيئه في لاحق الدراسات.

يمثل الاعتبار المالي المعيار الأساسي لمجموع الخصائص العامة لشركة المساهمة، كما يمثل من جهة أخرى أساس توزيع وممارسة مختلف الحقوق المالية والإدارية التي يخولها السهم للمساهم، هذه الأخيرة (الحقوق الإدارية وعلى رأسها حق التصويت) والتي تعكس إرادة المساهم، هي تعبير عن ممارسة السلطة داخل الشركة، ويقدر ما تكون نسبة المساهمة في رأس المال، بقدر ما يكون للمساهم من سلطة، تمكنه من المشاركة في تكوين الإرادة الجماعية التي تمتلك فيها الأغلبية في النهاية سلطة التقرير.

- وبناء على هذا، فإن إشكالية البحث تتمحور حول كيفية وحدود ممارسة سلطة رأس المال، في ظل الاستثناءات التي تلحق بمبدأي التناسب والأغلبية؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية فقد تطلبت الدراسة الاعتماد على المنهج الاستقصائي لمحاولة ملامسة مختلف جوانب الموضوع مع بسط وتقصي مختلف جزئياته، واستحضار العناصر ذات الصلة، كما تم توظيف التحليل والاستنتاج، ومفهوم المخالفة، للبحث في عمق المعالجة التشريعية لموضوع السلطة المرادفة لحقوق المساهمين، ولأن الاعتماد على التشريع الجزائري فقط ما كان ليخدم البحث، وبالتالي كان لابد من استحضار وجهة نظر التشريعات المقارنة، لا سيما المشرع الفرنسي، ولهذا تم توظيف المنهج المقارن في بعض أجزاء الدراسة.

وقد أفرزت معالجة هذا الموضوع تبني خطة مشكلة من فصل تمهيدي خصصناه لعرض المفاهيم والعناصر الأساسية للموضوع توضيحاً وتأسيساً لها، وبابين تناولنا في الأول منهما الإطار العام الذي تكون عليه ممارسة سلطة رأس المال، باستعراض المبادئ العامة المتضمنة بالنصوص

القانونية التي تحدد أساس وآلية اتخاذ القرارات في الشركة والجهاز السيادي الذي تمارس من خلاله سلطة رأس المال، إضافة إلى بعض حقوق المساهمين التي تشكل ممارستها من طرفهم سندا رئيسيا لممارسة سلطة رأس المال.

أما الباب الثاني فقد تناولنا فيه الأطر الاستثنائية لممارسة سلطة رأس المال من خلال استعراض مختلف حالات وأوضاع ممارسة المساهمين لسلطتهم خارج ما تقضي به القاعدة العامة لمبدأ التناسب، وكذا الحالات التي تفقد فيها الأغلبية سلطة التقرير لاعتبارات قانونية، قضائية أو اتفاقية، و ختمنا بحثنا بخاتمة ضمناها مختلف النتائج المتوصل إليها وكذا المقترحات التي رأينا أنها تخدم أحكام شركة المساهمة في الجزائر بالنسبة لموضوع البحث.

الفصل التمهيدي

إطار مفاهيمي تأسيسي

الفصل التمهيدي

إن دراسة وتحليل مفهوم سلطة رأس المال في شركة المساهمة يركز على عدة عناصر سنتناولها تباعاً، وأول ما نبحت فيه قبل تفصيل مفهوم السلطة في الشركة (مبحث ثاني)، هو الأساس الذي تستند إليه (مبحث أول)، والأكد أن رأس المال هو منطلق أو مرتكز ممارسة هذه السلطة في الشركة، ولاستكمال تركيبة العناصر المشكلة لسلطة اتخاذ القرار لابد من معرفة وتحديد الطرف الذي يمارس هذه السلطة، وهو لا يخرج طبعاً عن أصحاب الأموال أو المساهمين (مبحث ثالث) فالمساهم لم يسمى كذلك إلا لأنه يساهم بماله في تكوين رأس مال الشركة، كما يساهم من جهة أخرى عبر قناعته وإبداء رأيه في تكوين قناعة عامة أو رأي عام يأخذ مبدئياً طابعاً إلزامياً، وهو ما يعبر عنه بالسلطة.

المبحث الأول: مفهوم رأس المال

إن الاعتبار المالي الذي تقوم عليه شركة المساهمة والذي ينعكس في مختلف الخصائص المميزة لها، يستوجب دراسة فكرة أساسية تمثل من جهة أساس قيام هذا الاعتبار، ومن جهة أخرى تمثل عصب حياة الشركة، وهو رأس المال.

فإن رأس مال الشركة هو الركيزة الأساسية لقيامها واستمرار نشاطها، فلا يمكن تصور قيام مشروع اقتصادي في أي شكل كان دون وجود رأس مال، فالاقتصاد عموماً لا يقوم إلا على المال.

ولهذا فقد حرك هذا المفهوم أفكار وأقلام القانونيين منذ أن تأكد لهم الدور والأهمية التي يلعبها في حياة الشركة التجارية عموماً وشركة المساهمة خصوصاً.

وبما أن محور دراستنا لا يرتبط برأس المال ذاته بل بحدود الآثار التي يترتبها في ممارسة الحقوق، فإننا سنقتصر فقط على القدر الذي يمكننا من أخذ نظرة عامة عنه من خلال تطور هذا المفهوم (مطلب أول) وكذا القواعد التي تحكمه (مطلب ثان) وأخيراً تشكيله وأهميته (مطلب ثالث).

المطلب الأول: تطور مفهوم رأس مال الشركة

سنحاول ابتداءً استعراض ظهور وتطور فكرة رأس مال الشركة (فرع أول) بالموازاة مع التطور الحاصل في مفهوم الشركة ذاتها، ثم التطرق إلى مختلف التعريفات التي وردت بشأن رأس مال الشركة (فرع ثاني).

الفرع الأول: ارتباط فكرة رأس المال بظهور الشخصية المعنوية للشركة

رغم أن الشركة هي مفهوم قديم شهدته العديد من النظم القانونية السابقة وفصلت الكثير من أحكامها، إلا أن فكرة رأس مال الشركة لم تكن تستقطب اهتمام رجال القانون، ففي القانون الروماني ارتبطت الشركة بفكرة العقد من حيث قيامها على الاعتبار الشخصي بين الشركاء، فقد كانت الشركات تقوم على أساس عائلي أو طائفي إضافة إلى المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء، وبالتالي فالمفهوم السائد آنذاك لم يصل إلى حد الفصل بين الشركة والشركاء في مواجهة الغير، فلم تكن الشركة سوى عقد ينظم العلاقات الداخلية للشركاء الذين يحتفظون بكياناتهم الفردية أمام الغير، دون أن يكون للشركة أي وجود مميز عن وجودهم¹.

¹ محمود مختار بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دار الفكرة العربي، 1985، ص 12.

وفي ظل هذا المفهوم لم تكن الشخصية المعنوية للشركة التجارية موضوع طرح أو مناقشة*، وبالتبعية لذلك غياب أي تصور أو معالجة للنتائج المترتبة عن اكتساب الشخصية المعنوية ومنها وجود ذمة مالية مستقلة للشركة، والتي يعد رأس المال أحد مكوناتها الأساسية، والنتيجة أن فكرة رأس المال كمفهوم واضح ومحدد المعالم لم تكن قد تبلورت ولم تأخذ أبعادها الرئيسية بعد.

واستمر الوضع إلى غاية ظهور الشركات ذات الأسهم، والتي نشأت من بداياتها كأشخاص معنوية وليست مجرد عقد، ونظرا لضخامتها فقد تطلب الأمر ضخ أموال كبيرة لضمان قيام وسير المشاريع التي تقوم عليها، هذه الأموال تمثل مجموع مساهمات الشركاء المقدمة لاستثمارها بشكل جماعي واقتسام ما يُعْمله نشاط الشركة من أرباح دون المساس بالأموال المخصصة لاستغلالها بهذا النشاط، "بحيث تنتهي سلطة الشركاء على ما قدموه من أموال لتكوّن هذه الأخيرة ذمة مالية خاصة بالشركة مستقلة على ذمم الشركاء"¹

إن فكرة انفصال الذمة المالية لا تتحقق إلا باقتطاع جزء من أموال الشخص وتخصيصها كحصة تلحق بالذمة المالية للشركة، بحيث لا يصبح بمقدور الشركاء اقتسام ذمة الشركة أثناء حياتها، كونها تمثل الضمان الوحيد لدائنيها²، وهذا ما يتعين معه حماية هذه الذمة المالية للشركة لضمان قيامها بنشاطها الذي أنشأت من أجله، وبعبارة أخرى حماية رأس مال الشركة.

ومن هنا كان لزاما الاهتمام بهذه الفكرة وتخصيصها بحيز من الدراسة للخروج بمفهوم عام حول رأس مال الشركة يسمح بإحاطته بجملة من الأحكام والقواعد لضبطه وتنظيمه.

وقد كان اهتمام الفقه والتشريع بتنظيم رأس مال الشركة، استجابةً للواقع العملي لنشاط الشركات، فمنذ بدايات القرن 17 كانت الشركات- وفي غياب النصوص القانونية في الموضوع- مجبرة على اتخاذ عدة إجراءات لتأمين وحماية رأس مالها، كون الحسابات والميزانية حينها لم تكن توفر أي ضمانات جدية

* مع أن القانون الروماني شهد العديد من تطبيقات الشخصية المعنوية في مجال القانون العام أو شركات ملتزمي جباية الضرائب.

¹ محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 22

² NANY ELODIE MABIKA, « L'utilité du capital social », thèse pour le doctorat, université ELERMONT 1, faculté de droit et de science politique, 2010, p08.

للشركاء، وهو ما ترجمته البنود النظامية التي تمنع المساس برأس المال عند توزيع الأرباح، كما شهدت هذه الحقبة ميلاد فكرة رأس المال الثابت غير القابل للتجزئة في أنظمة الشركات الانجليزية.¹

وإذا كان الفقه سابقا لطرح ومعالجة هذا الموضوع، فإن تخلف التشريع يبدو واضحا، حيث لم يظهر اهتمام المشرع الفرنسي مثلا بتنظيم أحكام رأس المال إلا من خلال قانون التجارة لسنة 1867، حيث ألزم هذا القانون الإشارة إلى مبلغ رأس المال والرقابة عليه، وإمكانية الترخيص المشروط بزيادته أو خفضه، كما تضمن إلزامية الخبرة الإدارية عند تقييم الحصص العينية²، وهذا ما أعطى انطبعا على إدراك المشرع الفرنسي لأهمية رأس مال الشركة كأحد المقومات الأساسية لشركة المساهمة، إن لم يكن عمودها الفقري.

الفرع الثاني: تعريف رأس مال الشركة

سنحاول تقصي ما ورد بشأن تعريف رأس المال من المنظور اللغوي (أولا)، ثم المفهوم الاصطلاحي (ثانيا).

أولا- المفهوم اللغوي لرأس مال الشركة

إذا ما أردنا توضيح المفهوم اللغوي لرأس مال الشركة Capital social يتعين علينا البحث ابتداءً في أصول المفردات المكونة لهذا المفهوم.

فبالنسبة للغة العربية، فإن مصطلح رأس المال وحسبما جاء في معجم لسان العرب لابن منظور، فقد ورد مجزأً إلى كلمتين، إذ جاء في كلمة رأس: رأس كل شيء أعلاه، أما بالنسبة للفظ المال: فهو في الأصل كل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يُقتنى ويملك من الأعيان، وجمع اللفظين معا (رأس المال) يُنتج لنا مفهوما ساميا يعبر عن شيء ذي قيمة وأهمية، وعن فكرة محورية تتجمع حولها العناصر المشكلة لمجال ما.

أما في الفقه الغربي، فمصطلح رأس المال Capital ينحدر من المصطلح اللاتيني Capitalis وهذا الأخير مشتق من كلمة Caput والتي تعني Tête أو "رأس"³، وهذا المعنى المُسند لهذا المصطلح

¹ NANY ELODIE M, th- précité, p10.

² MEHDI BALI, « La subordination Financière », thèse pour le doctorat en droit, université, Paris Dauphine, 2012, p274.

³ Dictionnaire le Grand ROBERT de la langue Française, sous la direction de A, Rey, 2^{ème} édition, 1995, société.

ينصرف إلى الإشارة إلى شيء مهم "Notion essentielle"، وهذا دليل على أهمية رأس المال باعتباره فكرة أساسية في قانون الشركات، فلا يمكن بحال تصور قيام شركة دون رأس مال.

بينما لفظ Social استعمل أول مرة سنة 1723 وهو مشتق من كلمة société الشركة، حيث استعمل كصفة تلحق بكل تصرف أو مفهوم يرتبط بتكوين ونشاط الشركة.¹

ثانيا : المفهوم الاصطلاحي (القانوني) لرأس مال الشركة²

أ / التعريف الفقهي لرأس مال الشركة

شهدت العقود الأخيرة عددا من الأعمال والدراسات التي تناولت رأس مال الشركات، وقد تعدد فيها زوايا المعالجة والنظر إلى مفهومه، حيث كثرت التعريفات التي صاغها الفقه بهذا الخصوص إلا أن أهم ما ميزها هو التركيز على مكونات رأس المال مع خلاف بسيط بين من يركز على الحصص المكونة لرأس المال وبين من يستند إلى قيمة الحصص المكونة له، مما يعني إقصاء العناصر الأخرى التي يمكن أن تساهم في وضع تعريف شامل يستوفي معظم جوانب الموضوع، وهذا ما يشكل في نظرنا قصورا يجب تداركه للوصول إلى تعريف معياري لرأس مال الشركة.

فقد عرفه البعض بأنه "قيمة مجموع الحصص التي يتعين على الشركاء أو المساهمين تقديمها للشركة"³ ويظهر أن هذا التعريف يشير إلى وجود تمييز بين الحصص وقيمتها، كما تم تعريفه بأنه: "مجموع القيم الاسمية للأسهم والحصص"⁴ كما أن هناك من عرفه من الفقه العربي بأنه: "مجموع

¹ NANY ELODIE M, op cit, p 01.

² تتعدد مجالات استخدام مفهوم Capital social, حيث نجده متداولاً في ميدان العلوم الاجتماعية، مع ملاحظة أن عناصر تعريف هذا المفهوم تتجاوز حدود مصطلح "Société، الشركة" إلى مفهوم أوسع لمصطلح "Société، المجتمع"، حيث يعرفه أحد المؤلفين بأنه: "قيمة الموارد الحالية والاحتمالية التي تعود لفرد أو لجماعة ما في إطار شبكة دائمة من العلاقات والمعارف والروابط التعاضدية" لتفاصيل أكثر أنظر: Denis SIBOX « capital social, philanthropie et identité » thèse pour le doctorat science de gestion, école doctorale ABBE GREGORIE, 2013, p31, كما يستعمل في ميدان العلوم الاقتصادية بمفهوم آخر حسب أحد المؤلفين: "رأس المال هو قدرة الأفراد على العمل بشكل جماعي لتحقيق هدف مشترك في إطار تنظيم معين" أنظر: thiery BAUDASSE, Thierry Montalieu « l'hypothèse du capital social, une application à la finance et au développement », revue tiers Monde, 2007/2 n°190, p418.

³ Yves Guyon, droit des affaires, droit commercial général et société, T1, economica 12^{ème} éd, 2003.

⁴ F, GORE, « composition et intangibilité du capital social », le capital social Grandeur ou décadence ?, coll. Paris 1977, مشار إليه في, NANY Elodie M, op cit, p03.

الحصص النقدية والعينية التي تقدم للشركة عند تأسيسها"¹، أو هو: "يتم تكوين رأس المال من مجموع أقيام الأسهم التي يكتب بها المساهمون وتدفع قيمتها نقداً أو عينا"²

ب / التعريف التشريعي لرأس مال الشركة

لم تخض معظم التشريعات في مسألة تعريف رأس مال الشركة كون التعريفات وفق ما هو متعارف عليه هي اهتمامات فقهية أكثر منها تشريعية، ومع ذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد أشار بشكل غير مباشر لرأس مال الشركة بمعرض تعريفه لشركة المساهمة، حيث نص بالمادة L225-1 من القانون التجاري " La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions "

ونفس المذهب سلكه المشرع الجزائري حينما عرّف شركة المساهمة بأنها: " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم"، المادة 592 ت ج³، ومن خلال تعريف شركة المساهمة يكون المشرع الجزائري قد عرف بشكل غير مباشر رأس المال، استناداً إلى مكوناته "الأسهم"، حيث يمكن اقتباس تعريف المشرع الجزائري بأن رأس مال الشركة هو مجموع الأسهم المصدرة من الشركة، والمكتتب بها من طرف المساهمين.

ج / التعريف المقترح لرأس مال الشركة

بعد استعراض بعض التعريفات لرأس مال الشركة ورغبة في الإسهام في هذا الموضوع ارتأيت أن أقدم تعريفاً يوظف مختلف العناصر الأساسية: كالمكونات أو الأهمية والغرض فرأس مال الشركة هو: "المبلغ الذي يظهر بنظام الشركة بعد تأسيسها أو بعد كل اكتتاب مشكلاً من مجموع المساهمات العينية أو النقدية للشركاء، والذي يمكن الشركة من مباشرة نشاطها كما يمثل الحد الأدنى لضمان حقوق الدائنين"

¹ مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 172.

² فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 283.

³ أمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 24/04/1993.

المطلب الثاني: القواعد التي تحكم رأس مال الشركة

سوف نتناول بعض النقاط مما استقر الذهن العام على اعتبارها مبادئ أو قواعد تحكم رأس مال شركة المساهمة، دون الخوض في الكثير من التفاصيل الناتجة عن اختلاف وجهات النظر بخصوص هذه القواعد، لذلك سنتطرق لمبدأ ثبات رأس المال (فرع أول)، ثم لمبدأ الحد الأدنى لرأس مال الشركة (فرع ثان)، وأخيراً لمبدأ حقيقة أو فعلية رأس المال (فرع ثالث).

الفرع الأول: مبدأ ثبات رأس المال

يتوجب حسب هذا المبدأ أن يحدد مقدار رأس مال الشركة في عقدها ونظامها الأساسي بمبلغ من النقود، ولا يمكن تغييره بعد ذلك زيادة أو نقصان إلا بإتباع إجراءات معينة نص عليها القانون لحماية لحقوق الغير والمساهمين.¹

وأول مهد تبلورت فيه فكرة ثبات رأس مال الشركة هو منظومة القوانين الأنجلوسكسونية، وذلك بعد أن درجت الشركات الانجليزية على إدراج بنود بأنظمتها تتعلق بثبات رأس المال وعدم جواز المساس به.²

إذن فهذا المبدأ يبعث على الارتياح بالنسبة لكل الأطراف المعنية بنشاط الشركة سواء المساهمين أنفسهم وكذا الدائنين والعمال والمستثمرين المحتملين في رأس مال الشركة، بأن حقوقهم بوجود مبلغ ثابت يغطيها هي أقرب للحفاظ منها إلى الضياع.

الفرع الثاني: مبدأ الحد الأدنى لرأس مال الشركة

تتجه التشريعات الحديثة إلى فرض حد أدنى لرأس مال شركة المساهمة حتى لا تلجأ المشروعات الصغيرة إلى اتخاذ شكل شركة المساهمة، وهو الشكل الذي لا يصلح إلا للمشروعات الكبيرة،³ أو المتوسطة على أقل تقدير.

فالحد الأدنى لرأس مال الشركة هو أمر مفروض قانوناً لتجنب إنشاء أو تكوين وهمي للشركات باعتماد رأس مال غير كافي بالمقارنة بحجم النشاط.⁴

¹ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 283 - أكرم ياملي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص 158.

² NANY Elodie, M, op cit, p10.

³ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 173.

⁴ G Ripert, R Roblot, traité de droit commercial, t1, 17^{ème} édition, LGDJ, 1998, p876

وقد نصت م 594 ت ج على مبدأ الحد الأدنى لرأس مال شركة المساهمة بأن جعلته 05 ملايين دينار جزائري بالنسبة للشركات التي تلجأ للادخار العلني، و01 مليون دينار جزائري بالنسبة للشركات التي لا تلجأ للادخار العلني (شركات المساهمة المغلقة).

ويظهر من هذا النص أن رأس مال الشركة ليس محدودا من الاتجاهين "الحد الأدنى والحد الأعلى"، لأن المشرع لا يمكنه في ظل اقتصاد السوق توقع حجم توسع نشاط الشركة أو الحد منه، لهذا تم الاكتفاء بتحديد أقل ما يمكن أن تعتمد عليه الشركة من أموال في تكوينها ونشاطها، ولها بعد ذلك أن تزيد في رأس مالها كيفما شاءت، وبالشكل المطلوب لضمان مسايرة نشاطها وحاجاتها عند التوسع.

مع العلم أن المشرع الجزائري بموجب المادة 28 من القانون رقم 11/82 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني (الملغى)¹، كان لا يسمح بإنشاء المشاريع التي تأخذ شكل شركة محدودة المسؤولية أو شركة ذات أسهم، إلا في حدود 30 مليون د ج، وهو حد أعلى قانوني لرأس مال شركات المساهمة الخاصة.

على أن هناك بعض التشريعات التي تأخذ بنظام رأس المال المرخص به، وهو الحد الأقصى الذي لا يمكن للشركة أن تتجاوزه عند زيادة رأس مالها المصدر،² على أن يكون هذا الحد الأعلى (رأس المال المرخص به)، محدد مسبقا بنظام الشركة.

الفرع الثالث: مبدأ حقيقة رأس المال

وفقا لهذا المبدأ يجب أن تكون المقدمات أو المساهمات فعلية أي يجب أن يتم الاكتتاب برأس المال كاملا، ولو لم يتم تحرير المساهمات أو دفع قيمتها دفعة واحدة. وقد كرست م 596 ت ج هذا المبدأ عندما نصت على أنه يجب أن يكتتب برأس المال كاملا.

ويتحقق هذا المبدأ بعد قفل باب الاكتتاب وإثبات تحقق هذه الواقعة من خلال بطاقة الاكتتاب التي تؤرخ وتوقع من المكتتب،³ وتأكيد ذلك من خلال التصريح الذي يقدمه المؤسسون أمام الموثق الذي يحرر عقدا بذلك.⁴

¹ قانون رقم 11/82 مؤرخ في 21 غشت 1982، المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر عدد 34 بتاريخ 24 غشت 1982.

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط06، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 644.

³ المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1998 يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة، ج ر عدد 80 بتاريخ 1998/12/24.

⁴ المادة 599 تجاري جزائري.

ولهذا المبدأ أهمية كبيرة كونه يحفظ حقوق مختلف الأطراف التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة برأس مال الشركة من خطر تشكيل رأس مال صوري أو وهمي، بدءا من الشركة ذاتها إلى المكتبتين وجمهور المستثمرين بشكل عام والمتعاملين مع الشركة من دائنين أو موردين.

المطلب الثالث: تشكيل رأس المال وأهميته

استكمالاً لما سبق تبيانه من مفاهيم وأحكام تلحق رأس مال الشركة، فإنه يتعين علينا بعد ذلك أن نحدد العناصر التي تشكل رأس المال، من بين كل ما تشتمل عليه ذمة الشركة (فرع أول)، ثم نستعرض بعض النقاط التي تعكس وتبين الأهمية التي يمثلها رأس المال في الشركة (فرع ثاني).

الفرع الأول: تشكيل رأس مال الشركة

يشارك المساهم في تشكيل رأس مال الشركة-المقسم إلى أسهم متساوية القيمة- من خلال تقديم حصته فيه، والمتمثلة في الأسهم التي يكتب بها،¹ إذن فالمكون الأساسي لرأس مال الشركة هي الأسهم التي يكتب بها المساهمون، وبالتالي يخرج من تشكيل رأس المال السندات على أشكالها، وخصص التأسيس في التشريعات التي تجيز إصدارها.

وإذا كان هذا الوضع لا يحتاج تفسيراً، كونه نتيجة منطقية وتحصيل حاصل لفكرة المساهمة في رأس مال الشركة، والقائمة على ملكية المشروع الاقتصادي من طرف الشركاء، ومع ذلك فهو يجد سندا تشريعياً من خلال تعريف شركة المساهمة، وذلك في التشريعات التي تُعرف شركة المساهمة على أنها الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم.²

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يكن يؤسس قانونياً لهذا الطرح، إذ كانت المادة 592 من قانون 1975 تُعرف شركة المساهمة بأنها: شركة المساهمة هي شركة مكونة بين شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم"، إذ أن فكرة الأسهم ورأس المال عموماً لم تكن حاضرة في تعريف شركة المساهمة بالنسبة للمشرع الجزائري، والذي تدارك الوضع بعد تعديل 1993، إذ أصبحت تنص المادة 592 ت ج على " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم".

¹ أسامة أحمد شوقي المليجي، التنفيذ الجبري على الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 16.

² المادة 416 ت ج، والمادة 1-225L تجاري فرنسي.

إذن، فالمكون الرئيسي والوحيد لرأس مال الشركة هي الأسهم، تلك السندات التي تشكل الرابطة الأساسية بين المساهم والشركة.

وإذا كانت العديد من التشريعات قد نأت بنفسها عن تعريف الأسهم، فإن المشرع الجزائري قد تصدى لتعريف السهم، عندما نص بالمادة 715 مكرر 40 ت ج على: "السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة مساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها".

ولو أردنا تحليل التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري لوجدناه يتضمن عدة أوجه في تحديد مفهوم السهم، الوجه الأول مستمد من الجانب المادي للسهم، ويتمثل في السند أو الصك المتضمن لبيانات معينة تمكن من إثبات هوية المساهم من جهة، والرابطة التي تجمعها بالشركة من جهة أخرى، وجه آخر مستمد من خاصية أساسية للسهم وهي القابلية للتداول، سواءً بالأسواق المنظمة أو غير المنظمة، ووجه متعلق بمنشأ السهم، أي جهة الإصدار، وهي شركة المساهمة (أو شركة التوصية بالأسهم، المادة 715 ثالثاً)، وأخيراً وجه متعلق بالجانب الوظيفي للسهم، إذ بتجميع الأسهم يتشكل رأس مال الشركة، والذي يمكن الشركة من مباشرة النشاط، ويضمن حقوق الدائنين، ويؤسس لحقوق المساهمين.

أما بالنسبة للفقهاء، المجال الحيوي للتعريفات، فقد شهد تقديم العديد من التعريفات للسهم، إذ جاء في الفقه العربي مثلاً بأن السهم هو: "نصيب المساهم في شركات الأموال وهو يقابل حصة الشريك في شركات الأشخاص، ويقصد به الصك الذي تمنحه الشركة للمساهم نتيجة اكتتابه في الشركة"،¹ كما عُرّف السهم بأنه: "صك يمثل حصة في رأس مال الشركة، وكلمة السهم تعني حق الشريك في الشركة كما تعني الصك المثبت لهذا الحق".²

أما في الفقه الغربي والفرنسي تحديداً، فقد ورد بأن السهم هو جزء من رأس المال، ومجموع الأسهم المصدرة تشكل رأس مال الشركة،³ كما جاء بأنه: السهم هو تمثيل لمصلحة في شركة المساهمة.⁴ وفي القانون الإنجليزي نجد أن التعريف السائد هو ما ذكره أحد القضاة والذي عرّف السهم بأنه: "هو مصلحة المساهم في الشركة مقومة بمبلغ من النقود، مصلحة من شأنها صيرورة المساهم مسئولاً من

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 06

² مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 204.

³ J A Rogron, code de commerce expliqué, par ces motifs et par des exemples, imprimerie de Rignoux, paris, 1831, p 29

⁴ Raymond Théodore Troplong, Commentaire du contrat de société en matière civile et Commerciale, éd MELINE, Bruxelles, 1843, p 697

ناحية وصاحب حق من ناحية أخرى كما ينطوي السهم على سلسلة من التعهدات المتبادلة التي ارتبط بها كافة المساهمين فيما بينهم، فالعقد المتضمن في مواد نظام الشركة هو واحد من الآثار الجوهرية للسهم، فالسهم ليس مبلغاً من المال ولكنه مجرد مصلحة مقدرة بمبلغ من المال أساسها الحقوق المختلفة المتضمنة في العقد والتي تشمل الحق في مبلغ من المال يقل أو يزيد عن قيمة السهم".¹

لذلك يرى البعض أن دراسة الأسهم لا تنفصل عن دراسة تأسيس ونشاط شركات المساهمة، فإذا كان السهم قيمة منقولة تغذي وتمول رأس مال الشركة، فهو يلعب دوراً استثنائياً كذلك في ممارسة السلطة.²

والحاصل، أن جل التعريفات لا تخرج في جوهرها عن فكرة أن السهم يمثل جزءاً من رأس مال الشركة.

ومفهوم السهم ينصرف إلى معنيين، فهو من جهة يمثل حق المساهم في شركة المساهمة، كما يمثل من جهة أخرى السند أو الصك الممثل لذلك الحق،³ لكن هذا التقسيم الذي درج الفقه على استعماله عند الحديث عن طبيعة السهم لم يعد ذا فائدة أو معنى، على الأقل بالنسبة للقانون الفرنسي والتشريعات التي سارته في ذلك، وذلك عندما ألغى فكرة السند المادي بموجب قانون المالية لسنة 1981 بالمادة 2-94 وألزم أن تمثل الأسهم بمجرد قيد في الحساب تمسكه الشركة المصدرة للسهم، أو الوسيط المؤهل لذلك-إذا تعلق الأمر بسهم لحامله-⁴، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه وإن تبني فكرة القيد في الحساب، إلا أنه لم يتخلى عن المفهوم التقليدي للسهم باعتباره سنداً مادياً (المادة 715 مكرر 37 ت ج).

وتتميز الأسهم بمجموعة من الخصائص منها: تساوي القيمة الاسمية للأسهم، ومع ذلك يجوز إصدار أسهم متفاوتة في القيمة الاسمية على أن تكون متساوية في القيمة بالنسبة للأسهم من نفس الإصدار⁵، وهذا التساوي في القيمة الاسمية للأسهم يُفضي إلى إقرار مبدأ المساواة بين المساهمين في الحقوق والسلطات على أساس تناسبي.

¹ أنظر في ذلك: عصام حنفي محمود، القانون التجاري، الجزء الأول، د د ن، د س ن، القاهرة، ص 365

² G Ripert- R Roblot, op-cit, p 1314

³ Philippe Merle, droit commercial, sociétés commerciales, 5^{ème} éd, édition DALLOZ, 1996, p275.

⁴ G Ripert- R Roblot, op-cit, p1109.

⁵ مصطفى كامل طه، مرجع سابق، ص 206.

كما تتميز الأسهم بقابليتها للتداول سواء بأسواق الأوراق المالية أو خارج هذه الأسواق، إضافة إلى تحديد مسؤولية المساهم بقيمة أسهمه في الشركة مهما كانت ديون الشركة، كما أن الأسهم غير قابلة للتجزئة حتى ولو تعدد مالكو السهم الواحد، فتبقى ملكية السهم على الشيوخ بينهم.

الفرع الثاني: أهمية رأس مال الشركة

إن الأساس المالي الذي تقوم عليه شركة المساهمة يجعل من رأس المال نقطة محورية في نشأة ونشاط الشركة، وما الكم الهائل من النصوص التي تضبط وتنظم رأس مال الشركة إلا دليل على هذه الأهمية، كما أن المسؤولية المحدودة للمساهمين كلٌ بقدر مساهمته في رأس المال، تجعل من رأس مال الشركة المساهمة مفهوما حاسما ومفصليا على عديد الأصعدة.

فمن الناحية الاقتصادية يعتبر رأس المال هو قوام الشركة ومحل التزام المساهمين اتجاهها، وبدونه لا يمكن للشركة القيام بالنشاط الاقتصادي الذي أنشأت لأجله، فالمشروع الاقتصادي دون رأس مال يبقى مجرد أفكار في ذهن صاحبها.

ومن الناحية القانونية، فهناك إجماع فقهي وتشريعي وقضائي على اعتبار رأس المال بمثابة الضمان -أو على الأقل الحد الأدنى من الضمان-¹ الذي يمكن أن تقدمه الشركة لدائنيها،² فضلا عن أن فكرة لجوء الشركة للاقتراض كعملية تحمل قدرا من المخاطرة بالنسبة للمقرض، لا تتحقق إلا باطمئنان هذا الأخير لوجود رأس مال خاص بالشركة يمكن أن يغطي مخاطر الإقراض.³

فعند تكوين الشركة فرض المشرع وجوب الاكتتاب برأس المال كاملا (المادة 596 ت ج)، ولم يُجز الخروج على هذه القاعدة إلا بنص تشريعي، كما تظهر الأهمية القانونية لرأس مال الشركة في أن انخفاضه إلى حد معين (أقل من 3/4) يقوم سببا كافيا لطلب حل الشركة وبالتالي انقضاءها (715م 20 ت ج)، وهذا الجزاء الاستثنائي الذي لا يلجأ إليه المشرع في مجال الشركات والمسائل التجارية عموما إلا بعد استنفاد عديد الإجراءات، هو دليل قوي على أهمية رأس مال الشركة، وبشكل عام فإن كل العمليات

¹ حيث يرى البعض أن رأس المال المحدد بنظام الشركة لا يشكل سوى حماية وهمية وأن الضمان الحقيقي يتمثل في الأموال الخاصة للشركة والتي يعد رأس المال أحد مكوناتها المحاسبية إضافة إلى الاحتياطات والنتائج أنظر في ذلك : G R Roblot, Ripert, op cit, p1060.

² NANY ELODIE M, op cit, p10.

³ Michel Albouy, « l'actionnaire comme apporteur de ressources financières », revue française de gestion, 2002/5, n° 141 p19.

التي ترد على رأس المال، من إصدار لأسهم جديدة أو تخفيض أو زيادة، كلها تخضع لضوابط قانونية يجب الامتثال لمقتضياتها تحت طائلة البطلان.

أما من الناحية السياسية - وهذا ما يمثل جوهر هذه الدراسة- فيعتبر رأس مال الشركة المفتاح الأساسي في توزيع السلطة بين المساهمين¹، فرأس المال هو الخلفية الأساسية للسلطة، فيقدر المساهمة في رأس مال الشركة بقدر ما تتعزز سلطة المساهم في الشركة، بغض النظر عن سبل وكيفيات ممارسة هذه السلطة، سواء في الشكل الرقابي على الإدارة والتسيير، أو التدخل المباشر عبر إبداء الرأي والتصويت بالجمعيات العامة، على ما سوف نرى لاحقاً.

المبحث الثاني: مفهوم سلطة رأس المال في الشركة

بعد استعراض أهم عناصر رأس مال شركة المساهمة، وتطبيقاً لما تفرضه منهجية البحث من تسلسل في الطرح، واستناداً للعنوان العام لهذا البحث، فإن ما يتعين بسطه في هذا المبحث الثاني هو فكرة السلطة التي تنشأ عن رأس المال.

ولهذا سنتناول ابتداءً تعريف سلطة رأس المال (مطلب أول) ثم نستعرض العناصر أو الركائز التي تقوم عليها هذه السلطة (مطلب ثان).

المطلب الأول: تعريف سلطة رأس المال

يعبر مصطلح "السلطة" عن القدرة أو القوة أو النفوذ الذي يتمتع به شخص أو جهاز ما، وقد شهد هذا المفهوم استعمالاً واسعاً بمختلف فروع القانون، لا سيما القانون الإداري والقانون الخاص، فبالنسبة للقانون الإداري فيعبر عن السلطة تارة بلفظ Pouvoir، وتارة بلفظ Autorité فيقال: Pouvoir public أو Autorité public² وقد حاول البعض التمييز بين اللفظين على أساس أن لفظ Pouvoir ينصرف إلى قدرة الشخص على فرض إرادته، بينما يعبر لفظ Autorité على القدرة على فرض الاحترام الإرادي للأوامر في إطار مؤسسي يفترض فيه شرعية تلك الأوامر.³

¹ MAYA S AFFEICH, « La réduction du capital à zéro », thèse droit des affaires, université libanaise Beyrouth, 2004, p04.

² Mustapha Henni, dictionnaire des termes économiques et financières Librairie du Liban, publishers, 2001

³ DIEMER Arnaud, cours d'économie d'entreprise, IUEM d'auvergne, p16.

أما بالنسبة للقانون الخاص وهو مجال بحثنا، فقد تم تداول هذا المفهوم بعدة معانٍ، وإن كان أكثر ما ارتبط به هي الحقوق الشخصية، إذ نجد أن العميد Ripert يجعل من الحق الشخصي بمثابة سلطة شخصية أنانية Pouvoir égoïste، أما "Saleilles" سالي، فيرى أن السلطة هي إحدى خصائص الحق الشخصي، وهو نفس ما ذهب إليه Bonnard كذلك حينما عبّر عن السلطة بأنها: الحقيقة البيّنة التي تشكّل جوهر الحق، وعلى نفس النهج سارت بعض التعريفات الحديثة نوعاً ما، والتي ترى في السلطة ما يعطيه الحق لصاحبه، أي أن الحق الشخصي هو السلطة التي يمتلكها صاحب الحق،¹ إذن فمعظم هذه التعريفات ترى السلطة من منظور الحق الشخصي، وهو ما يعبر عن الجانب الإرادي للفرد في ممارسته للصلاحيات أو السلطة التي يمكنه منها ذلك الحق.

ويبقى أن من أهم الدراسات التي عالجت موضوع السلطة في القانون الخاص، هو ما قام به الأستاذ Emmanuel Gaillard، والذي قدم مفهوماً خاصاً للسلطة في القانون الخاص، في مؤلفه الشهير le pouvoir en droit privé، وربطها بفكرتي التعسف في استعمال الحق، فيما يتعلق بالانحراف بالسلطة المرتبطة بالحق، وكذا الوكالة، أي السلطة التي يمارسها الشخص في إطار التفويض، لتحقيق مصلحة متميزة عن مصلحته الخاصة (ولو جزئياً)،² وكان من بين التطبيقات التي عرض لها في ذلك، السلطات التي يمارسها مجلس الإدارة في الشركة لتحقيق مصلحتها ومصلحة المساهمين فيها استناداً إلى الوكالة التي تربط مجلس الإدارة بالشركة.

إلا أننا من جهتنا ننطلق مما قال به الفقه التقليدي، ونقيم فكرة السلطة في الشركة مبدئياً على أساس فكرة الملكية والحقوق الناتجة عنها.*

إن مفهوم السلطة في شركة المساهمة يحمل بعض الخصوصية فهو أحياناً يرد بلفظ السلطة Le pouvoir وأحياناً يرد بلفظ السلطات les pouvoirs،³ وإذا كان هذا الأخير Les pouvoirs ينصرف إلى دراسة السلطة من حيث توزيعها بين مختلف الأجهزة في الشركة، الجمعية العامة، مجلس الإدارة، الإدارة التنفيذية، وهي بذلك تحمل مفهوماً وظيفياً أي السلطة التي تمارس في إطار وظيفة - pouvoir

¹ EMMANUEL Gaillard, le pouvoir en droit privé, éd economica, 1985, p 07-08.

² Ibid, p21

* ليس إنكاراً للمفهوم الذي طرحه الأستاذ Gaillard، إنما لأنه يمثل فقط جانباً من المفهوم العام للسلطة في الشركة والذي نحن بصدد معالجته.

³ DUCO Daniel, « Le Pouvoir dans les sociétés par actions », thèse, 2004, p 2-3

fonction، فإن مفهوم السلطة Le pouvoir هو مفهوم عام يفسر في إطار القوة والنفوذ والتأثير¹، ولتحديد صاحب هذه القوة أو السلطة فإننا نعود إلى فكرة الملكية والحقوق التي تنتجها، باعتبار أن هذه الحقوق بالنهاية هي آلية لممارسة السلطة في الشركات التجارية.

ومن هنا يمكن تحديد السلطة موضوع الدراسة، انطلاقاً من مصدر هذه السلطة وهو رأس المال، إلى المفوض لها وهم المساهمون، والتي تحوي كل السلطات بما فيها السلطة في إطار التفويض والتي تمارس لصالح الغير، أي سلطة مجلس الإدارة التي يمارسها لمصلحة المساهمين.

وهذا تحديداً ما كان قد أثاره الأستاذ Berle في مقاله المنشور سنة 1931 بعنوان " corporate powers as powers in trust"²، وذلك بعد تعاضم سلطة وسيطرة مجالس الإدارة على الشركات الأمريكية، حيث أكد فيه أن مصلحة المساهمين هي المصلحة العامة التي يتوجب على الشركة احترامها وباسم هذه المصلحة كذلك، دافع عن الرقابة القضائية على إدارة الشركة، كما بين أن المديرين مستأمنون على تسيير أموال المساهمين، وتقع عليهم واجبات ائتمانية تجاه المساهمين "Devoirs fiduciaires" عند ممارستهم لسلطاتهم في إدارة الشركة، وهو بذلك يكون قد رافع لفائدة سلطة رأس المال عبر إعلاء حقوق المساهم في الشركة لا سيما في مواجهة الجهاز الإداري.

وفي ذات السياق فقد شهد مفهوم السلطة من هذا المنظور العديد من الاستخدامات لاسيما ذات الخلفية الاقتصادية، إذ يرى فيه البعض: تلك القدرة على ممارسة التأثير على سلوكيات الشركاء والخصوم³، والتي لا تتأتى إلا من خلال استغلال وتفعيل الأدوات القانونية وأبرزها حق التصويت، لا سيما في إطار العلاقة بين المساهمين وأجهزة الإدارة في الشركة⁴، كما ورد بأن السلطة هي الأهلية والقدرة على التدخل والتأثير في إطار عملية التقرير في الشركة⁵.

¹ Cass civ 2^{ème} éd, 05 jan 1957, d 1957, p 261, note R. RODIERE

² Voir : Nicolas Delvigne, «La notion restrictive de l'intérêt social a travers la notion de « shareholder primacy », est-elle reçue et fondée en droit Belge ?, thèse, université libre, Bruxelles, 2012, p10

³ Alain Bienaymé, « le pouvoir dans l'entreprise », CADRES ET SOCIÉTÉ, la revue de la CFE-CGC, no 2, nov 2008, p 15

⁴ Ivan tchotourian, « main baisse sur le pouvoir dans les sociétés canadiennes, Eclairage sur les finalités et modalités des décisions actionnariales », revue général de droit, V43, n°1, 2013, p 181

⁵ Madeleine Cantin, « le pouvoir juridique », R D McGill, 2007, 52, p 225

إذن فالسلطة بهذا المعنى تستند مبدئياً إلى حق الملكية الذي يرد على الأسهم¹، هذه السلطة تعني بالنسبة للمساهم قدرته على التصرف وفرض إرادته على كل ما يتصل بموضوع ملكيته في الشركة (الأسهم)، وتسخير الحقوق الناشئة عنها لمصلحته.

هذا المفهوم الواسع للسلطة لا يعني أنه فضفاض أو غير دقيق، بل هو على اتساعه وشموليته مضبوط بمجموعة مفاهيم توضح معالمه وترسم حدوده بدقة، فالحديث عن السلطة التي يمارسها المساهم في الشركة، يعني الحديث عن وجود مجموعة آليات كفلها القانون للمساهم لممارسة هذه السلطة، هذه الآليات ليست في حقيقتها سوى مجموع الحقوق² الأساسية التي يتمتع بها المساهم تبعاً لمساهمته في جزء من رأس مال الشركة، أي أنها حقوق تنتج وترتبط بصفة المساهم، ولا يمارسها من حيث الأصل سوى المساهم.

فحق التصويت الذي يتمتع به المساهم مثلاً، هو آلية تسمح للمساهم من إبداء رأيه في أعمال الإدارة بشكل عام، كما تسمح له بتعيين وعزل مجلس الإدارة، وهذا يُحيلنا إلى فكرة أن كل الأعمال والتصرفات الخاصة بالشركة مصيرها إلى جمعية عامة تصوت عليها بالقبول أو الرفض، وبما أن المساهمون هم من يصوت بالجمعية العامة فهذا يعني أنهم أصحاب سلطة اتخاذ القرار داخل الشركة.

كما أن حق الإعلام يضمن للمساهم الإطلاع الكافي على وثائق وحالة الشركة المالية والإدارية، وهو الأمر الذي يمكنه من دخول الجمعيات العامة ومناقشة حصيلة النشاط والنتائج ومختلف التقارير المعروضة عن دراية ومعرفة، ومن ثمة إبداء رأيه وفق ما يقتنع به، وهذا ما يشكل أحد أبعاد سلطة المساهم.

ومن هنا يمكن تقسيم سلطة المساهمين في الشركة إلى قسمين:

يتعلق الشق الأول بسلطة إدارة الشركة وتوجيهها، بمعنى سلطة اتخاذ القرارات المرتبطة بالشركة، سواءً في إطار النشاط العادي للشركة بما فيها الإدارة والتسيير وتوزيع الأرباح أو ترحيلها، وإستراتيجية الاستثمار والتوسع، وبشكل أدق، ما يمكن مناقشته في إطار جمعية عامة عادية، أو ما تعلق بمصير الشركة بما فيها قرارات الانفصال أو الاندماج أو التحول، وهي القرارات التي لا تصدر إلا عن جمعية

¹ DIEMER Arnaud, op cit, p17.

² Abdoulaye Sakho, « analyse substantielle et relation de pouvoir », Revue internationale de droit économique, 2013/4, p 549

عامة غير عادية، وفي كلتا الحالتين تمارس هذه السلطة عادة في إطار تفويض يُمنح لجهاز مسير يأخذ على عاتقه هذه المهمة تحت رقابة المساهمين.

وهذه الأخيرة - الرقابة - تمثل الشق الثاني للسلطة، والتي تمارس على القائمين بالإدارة إما مباشرة من المساهمين عبر حقهم في الإعلام والإطلاع على كل ما يخص إدارة الشركة، أو بشكل غير مباشر عبر طرف وسيط كمراقبي الحسابات، ومجلس المراقبة، أو سوق الأوراق المالية، دون إهمال باقي مقومات السلطة الرقابية كحق اللجوء للقضاء، والحقوق الناتجة عن حوكمة الشركات، وغيرها.

ولاكتمال الصورة لابد من تتبع مسار هذه السلطة أي ضبط حدودها بدقة، لذا يتعين الخروج نوعا ما عن المفاهيم المدنية التي سبق الانطلاق منها في التفسير المبدئي للسلطة، سواء عند ربط السلطة بالحق العيني (سلطة المساهم على محل ملكيته) وذلك لقصوره نوعا ما عن تفسير العلاقة بين المساهم والسهم، خاصة بعد إزالة الكيان المادي للأسهم *la dématérialisation des titres*، أو بالحق الشخصي كون هذا الأخير ينصرف أساسا إلى الحقوق المالية التي تعجز لوحدها على احتواء مفهوم السلطة نظرا لوجود حقوق غير مالية كذلك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تتميز السلطة التي يمارسها المساهم (سلطة رأس المال)، عن السلطات التي يمارسها القائمون بالإدارة من حيث أن هذه الأخيرة هي سلطة موجهة إلى هدف معين *un pouvoir finalisé* ألا وهو تحقيق المصلحة الجماعية المتميزة عن مصلحة من يمارسها كما سبق وأن رأينا مع التحليل الذي قدمه الأستاذ Emmanuel Gaillard، مما يجعلها جزءاً من سلطة المساهمين، والتي تمثل الوجه الآخر للهدف الذي يتعين على القائمين بالإدارة التقيد به، أي المصلحة الجماعية للشركة وللمساهمين.

ويمكن أن نخلص مما سبق، أن مفهوم سلطة رأس المال في الشركة ذو بعدين متلازمين، أحدهما موضوعي والآخر شخصي، فمفهوم السلطة وفقا للبعد الأول يعتبر مفهوما معياريا، فهو يوصف السلطة بشكل مجرد، أي بغض النظر عن حدود تأثير هذه السلطة داخل الشركة، فكما للأغلبية سلطة اتخاذ القرارات، فإن للأقلية سلطة الاعتراض عليها، ومن جهة أخرى، وبما أن السلطة ترتبط (مبدئيا) وجودا وعدما برأس المال، فإنها كذلك تتمدد وتتقلص حسب نسبة المساهمة في رأس المال بالنسبة لكل مساهم، وهذا ما يجعل من المساهم أو المجموعة من المساهمين مالكي النسبة الأكبر في رأس المال، هم أصحاب سلطة اتخاذ القرار داخل الشركة، وهذا هو البعد الشخصي لسلطة رأس المال في شركة المساهمة.

ومن هنا يمكن القول أن سلطة رأس المال هي مجموعة الحقوق السياسية التي يتمتع بها ويمارسها المساهم، بحيث تمكنه من التأثير في عملية اتخاذ القرارات داخل الشركة في حدود نسبة مساهمته في رأس المال.

المطلب الثاني: الاعتبارات التي تؤسس لسلطة رأس مال

إذا كان الثابت أن السلطة داخل الشركة يمارسها المساهمون كونهم مالكو الأسهم المشكلة لرأس المال، فإن الأمر يستدعي معرفة الاعتبارات التي على أساسها يستند المساهمون في ممارسة السلطة في الشركة، والحقيقة أن هناك مجموعة أسس ساهمت التطورات القانونية والاقتصادية التي شهدتها شركات المساهمة في تعددها.

إن استعراض هذه الأسس ليس لتبيان مدى صلاحية كل أساس أو غلبة أو رجحان أساس على الآخر، إنما في واقع الأمر هو عرض للموضوع من عدة زوايا تساهم كل واحدة منها في تأسيس السلطة المرتبطة برأس المال، على نحو نرى أنه متكامل بحيث كل فكرة تكمل الأخرى، سواءً بشكل تدريجي بتراكم تلك الأسس وتكاتفها، أو أفقياً بتعاقبها في الزمن أي التطور والتبلور في الزمن حسب الظروف والمتغيرات الاقتصادية والقانونية، وحسب التطور الذي شهدته الحقوق الأساسية للمساهمين، من حيث موقعها تشريعياً وقضائياً وحتى فقهيًا تمدها وتقلصها، أو من حيث مدى تكريس تلك الحقوق في الممارسة العملية من جانب المساهمين أنفسهم.

وعلى هذا سنتطرق للأساس المستمد من المنطق التجاري الذي يميز الاستثمار بالقيم المنقولة (فرع أول)، ثم للاعتبار التعاقدي التقليدي الذي كان له اثر بارز في تأسيس السلطة المرتبطة برأس المال (فرع ثان).

على أن نرجئ استعراض الأساس المستمد من المفهوم النظامي للشركة إلى موضع لاحق لمتطلبات الطرح المنهجي.

الفرع الأول: الأساس المستمد من المنطق التجاري

إن طبيعة العمل التجاري بما تنطوي عليه من تقابل احتمال الربح والخسارة، هي نقطة أساسية في ذهن واعتبار كل مستثمر، فنتيجة المشروع تمس بشكل أولي الذمة المالية لصاحب رأس المال،

وسنحاول تتبع هذه العلاقة في جانبها التاريخي (أولاً)، على أن نبسط بعد ذلك مركز المساهم في الشركة باعتباره مصدر التمويل الأساسي لها (ثانياً).

أولاً: سلطة رأس المال من المنظور التاريخي

إن الروابط بين تاريخ الرأسمالية وظهور وتطور شركات المساهمة هي روابط عميقة، فتاريخ الرأسمالية الصناعية أو المالية نشأ وتبلور في معظم الأحيان حول المشاريع الكبرى، وهذا التحول الاقتصادي ما كان ليرى النور لولا وجود هيكل قانوني يسمح باستمرارية رأس المال وتفويض التسيير وتحديد مسؤولية المستثمرين، وحرية تداول الأسهم، وكانت شركة المساهمة هي النموذج الأمثل الذي يستجيب لهذه التطلعات¹.

فبالرجوع قليلاً في التاريخ إلى الرحلات الاستكشافية والتجارية التي شهدتها أوروبا منذ القرن 17 خاصة، أين لعب أصحاب رؤوس الأموال دوراً بارزاً في إنجازها واستمراريتها، حيث أسسوا شركات ترعى تلك الرحلات عبر تخصيص أموالها لضمان عقود التأمين المبرمة في إطار الرحلات التجارية، هذه الأزواجية الوظيفية التي تحققها الأموال المقدمة من طرف المكتتبين، بتمويل الشركة من جهة وضمان تأمين الرحلات من جهة أخرى، أسست-إضافة للتدفقات المالية التي يحققها المكتتبون- لنزعة إيجابية لديهم تدفعهم للتدخل في بعض أمور تلك الرحلات وذلك عبر التأثير في قرارات الشركة، على اعتبار أن الأمر يخص مصير أموالهم واستثماراتهم²، إذن فسلطة رأس المال في شركة المساهمة من المنظور التاريخي نشأت ملازمة لنشوء شركة المساهمة ذاتها كأحد عناصر ضبط التوازن داخل الشركة، وإذا كان هذا الوضع هو نتاج للفكر الليبرالي السائد حينها، والمتسم بغلبة الرأسمالية وتغولها على مختلف مناحي الحياة، إلا أن الأمر لا يخلو من بعض الواقعية، كون الأهمية البالغة لرأس المال في حياة الشركة تستلزم وجود سلطة مقابلة لمخاطر النشاط الاقتصادي، يترجمها التأثير الذي يمارسه المساهمون بالنسبة لعملية اتخاذ القرارات في الشركة.

¹ GUINANE. W Timothy, « pouvoir et propriété dans l'entreprise », pour une histoire internationale des sociétés à responsabilité limitée, annales : histoire, sciences sociales, 2008/1, 3^{ème} année, p73.

² ROGER Guesnerie, « la suprématie des actionnaires en question », colloque de l'autorité, collège de France, Paris, oct 2007, p02.

ثانيا: المساهم هو مستثمر ممول للشركة

يلعب المساهمون (المستثمرون) دورا أساسيا في الحياة الاقتصادية المتمسة بكثرة المخاطر، وهو دور لا يمكن أن يلعبه غيرهم، وفكرة الاستثمار بالقيم المنقولة عموما تحمل في طياتها تكريس لأولوية المستثمر، ويظهر ذلك من خلال اعتبار المساهم هو المصدر الأساسي والمحوري في تمويل الشركة. فهم أولا مصدر تمويل للشركة، وهذه الوظيفة على أهميتها، هي في الحقيقة ليست مقتصرة على المساهم، فالدائنون وأصحاب السندات كذلك يضمنون تمويلا للشركة، لكن بخلاف هؤلاء، فالمساهمون لهم دور جد خاص كونهم يتحملون مخاطر نشاط الشركة في أموالهم الخاصة التي قدموها كمساهمة في رأس مالها، كما يضمنون بفضل مساهماتهم حقوق الدائنين لفائدة الشركة¹، بل بالأساس لا يمكن للشركة اللجوء إلى الاقتراض إذا لم يكن لها أموال خاصة مشكلة أساسا من مجموع المساهمات، إضافة إلى الاحتياطي والنتيجة.

وأكثر مما سبق، يعتبر المساهم مصدر تمويل دائم للشركة يمتد بمدة حياة الشركة، ما لم يتم تخفيض رأس المال لسبب ما، وحتى لو تنازل عن أسهمه للغير (بكل طرق التنازل) فالتحويل في هذه الحالة لا ينقطع، لأن المساهم لا يسترد حصته من رأس مال الشركة مباشرة، بل من الغير الذي يخلفه في تمويل الشركة.

فالمساهم يحمل على عاتقه التزام اقتصادي بضرورة التصرف والمشاركة بإيجابية لمصلحة الشركة من باب افتراض تقاطع مصالحه مع مصالح الشركة، هذا (الواجب) تجاه الشركة يجعله في مرتبة متقدمة بالمقارنة بباقي الأطراف في محيط الشركة.²

إضافة إلى أنه وبخلاف الدائنين الذي يتقاضون نظير أموالهم فوائد ثابتة بموجب عقد القرض ولا تتأثر بنشاط الشركة، فإن للمساهم أرباحا احتمالية ترتفع أو تنخفض أو حتى تنعدم حسب نشاط الشركة،³ فمن هذا المنظور يظهر المساهمون بمثابة آخر المستفيدين (مستفيدين محتملين) من عوائد الشركة بعد أداء التزامات هذه الأخيرة اتجاه باقي أصحاب الحقوق المتقدمة،⁴ فضلا عن أن الاستثمار عموما يتطلب

¹ Albouy Michel, « l'actionnaire comme apporteur de ressources financières », art précité, p19.

² Gomez, P-Y, Korine, H, l'entreprise dans la démocratie- une théorie politique du gouvernement des entreprises, de BOECK, Bruxelles, 2009, p228.

³ AL BOUY Michel, art précité, p20

⁴ Nedra Abdelmoumen, « hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique », Thèse université Paris 1 Panthéon- Sorbonne, 2013, p 586

مدة معتبرة من الزمن بين وقت تسخير الموارد المالية في المشروع، وبين الاستفادة من نتائج هذا المشروع، أي العائدات المالية التي يتلقاها المساهمون المستثمرون، وأكثر من هذا أن هذا الأجل يتسم بالمخاطرة،¹ وهي وضعية وإن كانت طبيعية من الناحية الاقتصادية، كون النشاط الاقتصادي في عمومه يتصف بالمخاطرة وتقابل احتمال الربح والخسارة، إلا أن ذلك لا يلغي فكرة وجوب أن تكون لها معالجة بشكل من الأشكال، تضمن بعض التوازن الذي يُبقي حركة الاستثمار قائمة.

لذلك ومن أجل تمكين المساهم من حماية استثماره بالصورة السالف ذكرها، فهو يمتلك مجموعة من الوسائل والآليات القانونية، كتعيين أعضاء مجلس الإدارة وعزلهم والمشاركة بالجمعيات العامة وتوجيه الأسئلة والاستعلام عن أحوال الشركة والمصادقة على الحسابات والنتائج،² هذه الآليات والوسائل القانونية تعكس في جوهرها السلطة التي يتمتع بها المساهم والتي يمارسها داخل الشركة وفق مختلف أوجه الإدارة والرقابة.

إذن فمن خلال هذه المعطيات، يظهر المركز المتميز للمساهم في الشركة، والذي يفرض عليه لعب دور إيجابي في الشركة، من خلال الاهتمام بإدارتها وتسييرها، هذا الدور يصبح أكثر من ضرورة بالنسبة للمساهم بل ومركز اهتمامه كونه يستهدف تحقيق التوازن المالي والإداري، وتعظيم أرباح الشركة، وبالتبعية لذلك تعظيم أرباح المساهمين.

فسلطة المساهم هي سلطة المستثمر الذي يمتلك جزءا من أسهم الشركة التي يتشكل من مجموعها رأس المال، وهذا الوضع ينطوي على مخاطرة تتطلب وجود وزن مضاد *Contre poids* وهي "السلطة"، بحيث تضمن وتحقق نوع من التوازن بالنسبة لمركز المساهم داخل الشركة، وتشكل عامل جذب لرؤوس الأموال من خارج الشركة.

وبالتالي، فالأساس التجاري لسلطة رأس المال، يمثل مصدر ثقة بالنسبة للمساهمين والمستثمرين بالقيم المنقولة بشكل عام.

¹ Alain Bienaymé, « le pouvoir dans l'entreprise », art-précité, p15

² NANY ELODIE M, op cit, p404.

الفرع الثاني: الأساس التعاقدى التقليدي لسلطة رأس المال

لم تغب الفكرة العقدية عن الشركات التجارية، خاصة بالنسبة للعلاقات الخاصة التي يكون أطرافها، أو أحد أطرافها هم الشركاء، حيث تكون الإرادة حاضرة من جانبهم فيما يتعلق بتنفيذ محتوى الاتفاق، وسنتناول هذه الفكرة في إطار المفهوم القانوني للعلاقة العقدية كأساس لسلطة رأس المال (أولاً)، وكذا بالنسبة للمفهوم الاقتصادي للعلاقة التعاقدية كأساس لسلطة رأس المال (ثانياً).

أولاً: المفهوم القانوني للعلاقة العقدية كأساس لسلطة رأس المال

كثيراً ما ارتبط المفهوم التقليدي الكلاسيكي للشركة في الفقه القانوني بفكرة العقد، هذا التصرف القانوني المنشئ للشركة أثر على العديد من المفاهيم المرتبطة بالشركة، والتي كلما أردنا تأصيلها أو تفسيرها، تظهر فكرة العقد وبقوة لتأخذ لها حيزاً هاماً في ذلك، ومنها تفسير منشأ الحقوق الإدارية والسياسية للمساهم، وذلك تأسيساً على المفهوم العام للعقد ذاته (أ)، أو على أساس أحد أنواعه، الوكالة (ب).

أ : سلطة رأس المال مستمدة من عقد الشركة

الشركة تنشأ باتفاق شخصين أو أكثر للمساهمة في مشروع مالي وبتقديم حصة من مال أو عمل بنية اقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة¹، هذا المفهوم الذي يصور الشركة أنها عقد يستلزم حضور إرادة الشركاء واتجاهها إلى إنشاء هذا الشخص القانوني وتنظيمه.

والمساهم مرتبط مع غيره من المساهمين بعلاقة عقدية تتمثل في عقد الشركة، فمن جهة المؤسسون هم أطراف في العقد كونهم من وقّعوا عليه، كما أن كل من ينظم للشركة خلال فترة حياتها يعتبر طرفاً في العقد الأساسي لأنه ارتضى الاحتكام لبند هذا العقد، إذن فجميع هؤلاء المساهمين "مؤسسون ومضمون" هم أطراف في عقد الشركة، لأن لهم نفس الحقوق وعليهم نفس الالتزامات التي يرتبها عقد الشركة، كما أنهم يملكون عبر أجهزة الشركة صلاحية تعديل أو إنهاء العقد بشكل إرادي، فلكل مساهم الحق في حضور الجمعيات العامة والمشاركة في اتخاذ القرارات عبر حق التصويت²، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يتوقف مفهوم العقد عند العلاقة بين المساهمين بل يتعداه إلى العلاقات أو

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 06.

² DEBORAH ESKINAZI, « la qualité d'associé » thèse pour le doctorat en droit, université CERGY-Pontoise, 2005, p02.

العقود التي تربط الشركة بباقي الأطراف ذات الصلة بنشاطها، لأن شركة المساهمة حسب البعض " ليست سوى مجموعة من التعاقدات بين أصحاب رأس المال والمديرين والمقرضين والموردين"،¹ وهذا التعدد في العلاقات ينتج عنه بالضرورة تعدد وتباين في المصالح، وهنا يتعين الرجوع إلى أصل هذه العلاقات وهو عقد الشركة، وهذا ما يجعل من أطراف هذا العقد هم أصحاب سلطة اتخاذ القرار داخل الشركة.

إذن فالحاصل أن المساهمين وهم أطراف عقد الشركة، يستمدون سلطتهم من هذا العقد، وتتجلى مظاهر هذه السلطة في قدرة المساهمين على تعديل العقد أو إنهائه عبر قرارات الاندماج أو الانفصال، وتعيين ممثلين عنهم لإدارة الشركة أو عزلهم.

فعقد الشركة بما يوفره للمساهم من حقوق، هو المرجع في تفسير وتأسيس سلطة المساهم، فما يترتب على كون المساهم طرف في عقد الشركة، هو أن تكون له كامل الصلاحيات في مناقشة كل ما يتصل بموضوع هذا العقد، وأن يشارك في بلورة واتخاذ كل القرارات التي تنبثق عنه.

ب: الوكالة كأساس لسلطة المساهم

تظهر سلطة المساهمين بالنسبة لعلاقتهم بالجهاز الإداري تأسيساً على علاقة الوكالة التي تجمع الطرفين، انطلاقاً من فكرة التفويض الذي يتلقاه جهاز الإدارة.

إذ يفوض المساهمون جزءاً من سلطاتهم للوكلاء الاجتماعيين الذين يمارسون هذه السلطة باسم ولحساب المساهمين،² فتكون حدود التفويض الممنوح للقائمين بالإدارة مرهونة بإرادة الشركاء، كما وأنه كثيراً ما يعمد هؤلاء عبر بنود بنظام الشركة إلى جعل بعض التصرفات التي تدخل عادة ضمن إطار التفويض الممنوح للممثلين الاجتماعيين، خاضعة لإجماعهم أو للأغلبية منهم³، وبعبارة أخرى، يسعى المساهمون إلى جعل بعض التصرفات التي تدخل ضمن التسيير اليومي الذي يفترض أن يمارسه مباشرة القائمون بالإدارة، تتبع من إرادتهم، سواءً باشتراط صدور ترخيص بذلك من الجمعية العامة، أو اشتراط على الأقل وجوب مصادقتها على تلك التصرفات.⁴

¹ المعتمض بالله الغرياني: حوكمة شركات المساهمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 49.

² E Gaillard, op-cit, p 21

³ G Ripert, R Roblot, op-cit, p 903

² وهذا خارج الحالات المنصوص عليها قانوناً بوجوب خضوع بعض التصرفات لمصادقة الجمعية العامة، المواد 670/628 ت ج، أو لترخيص منها كزيادة رأس المال 691 ت ج أو خفضه م 712 ت ج

فالوكالة عموماً ووكالة أعضاء مجلس الإدارة خصوصاً، تُؤسس لتبعية الجهاز الإداري للجمعية العامة، أو تحديداً تبعية أعضاء مجلس الإدارة للمساهمين، ويظهر ذلك من خلال سلطة التعيين والعزل، والرقابة والإشراف على أعمال الإدارة والتسيير، ثم المصادقة عليها أو معاقبتها، وهي كلها اعتبارات تؤسس لسلطة المساهمين.

ثانياً: المفهوم الاقتصادي للعلاقة التعاقدية كأساس لسلطة رأس المال

إذا كانت سلطة المساهمين هي مسألة قانونية على الأقل بالنسبة لموضوعنا، بحكم ارتباطها بآليات قانونية تُقيم وتُنظم ممارسة تلك السلطة، فإن الخلفية الاقتصادية ليست بالأمر الغريب عن هذه المعالجة، بل كانت في وقت ما، مصدراً هاماً ومنطلقاً للعديد من الدراسات القانونية، فالفقه الاقتصادي كان له الفضل الكبير في إثارة ومناقشة مسألة سلطة المساهمين في الشركات التجارية.

وما يمكن تأكيده في هذا الشأن، هو أن الفقه الاقتصادي كان إيجابياً جداً حينما تصدى للمسألة عبر العديد من النظريات التي توالى ظهورها، والتي انطلقت في مجملها من فكرة تركيبة الشركة بوجود عدة أطراف متفاعلة، فكان أن تركزت الدراسات حول تفسير طبيعة العلاقة بين هذه الأطراف من جهة، وكذا الآثار المترتبة عنها من جهة أخرى، والقاسم المشترك لدى الأغلبية منهم، هو التركيز على دراسة العلاقة بين المساهمين مالكي رؤوس الأموال أو تحديداً وسائل الإنتاج، وبين الجهاز الإداري الذي يُدير ويُسيّر هذه الأموال لفائدة المساهمين، وذلك في ظل ميزة أساسية أثارها الاقتصاديون تطبع هذه العلاقة، وهي انفصال الملكية عن الرقابة، وسنستعرض أهم هذه النظريات¹ بشيء من الإيجاز في حدود ما يتصل بموضوع الدراسة:

¹ الحقيقة أن هناك العديد من النظريات الاقتصادية التي ظهرت وسادت في هذا الخصوص، كمنظرة تكلفة الوكالة ومنظرة تكلفة المبادلة، ومنظرة الملكية، ومنظرة العقود غير المكتملة، وهي تنطلق في مجملها من فكرة جوهرية، تمثل العلاقة بين الجهاز الإداري والمساهمين عنوانها الأبرز، وكل هذه النظريات حاولت حسب فلسفتها وتصورها إعطاء تفسير معين للعلاقة بين المساهمين ووكلائهم الاجتماعيين، لكن القاسم المشترك بينها، هو اعتماد فكرة الوكالة كأساس لتلك الرابطة من جهة، وبالتبعية لذلك الدفع في اتجاه إعادة الاعتبار للمستثمرين، الممولين الأساسيين للشركة، والمعنيين الأولين بنتائج المشروع. وقد آثرنا التطرق لهاتين النظريتين فقط لتعبرهما الصريح عن فكرة الوكالة والتقارب الكبير من المفاهيم القانونية في ذلك.

أ / نظرية الوكالة la théorie de l'agence

الحقيقة أن هذه النظرية تعود في أصولها إلى ما كان قد أثاره منذ مدة آدم سميث Adam Smith حينما طرح هذه الفكرة¹ بمعرض دراسته للشركات باعتبارها وحدات اقتصادية يقوم عليها النظام الرأسمالي: « Les directeurs de ces sortes de compagnies étant les régisseurs de l'argent d'autrui plutôt que de leur propre argent, on ne peut guère s'attendre qu'ils y apportent cette vigilance exacte et soucieuse que les associés d'une société apportent souvent dans le maniement de leurs fonds. »

ولم تتبلور هذه النظرية بالشكل الذي تُدرس به حاليا إلا بعد أن أثارها الباحثان Adolf Berle وزميله Gardiner Means حينما أفصت الأعمال التي قاما بها إلى إمطة اللثام عن حقيقة واقعية هامة في الشركة، تركزت حول فكرة انفصال ملكية المساهمين عن الرقابة (التحكم) الذي يمارسه فعليا الجهاز الإداري،² فنظرية الوكالة بهذا الطرح قد أظهرت الفائدة من كشف حقيقة اللعبة السياسية في شركات الأموال عموما، من حيث تركيزها على العلاقة بين المساهمين والمسيرين، من منطلق أن المسيرين هم وكلاء عن المساهمين في إدارة وتسيير ثرواتهم.³

والحال أن هذه العلاقة قد انتهت إلى روابط غير متكافئة لفائدة الجهاز الإداري، والذي غالبا ما يسعى إلى تعزيز ما يعرف بعدم تماثل المعلومات المتداولة بين المساهمين والمسيرين Asymétrie de l'information⁴، إذ عبر التحكم في المعلومات، ينحرف الجهاز الإداري بإدارة الشركة لتحقيق مصالح غير مصالح المساهمين، مستعينا في ذلك بمصادر أخرى للسلطة، عبر التحالف مع بعض المساهمين مثلا للمحافظة على احتكار سلطة التقرير في الشركة،⁵ لذلك تمحورت هذه النظرية حول وجوب رد الاعتبار للمستثمرين أصحاب رؤوس الأموال، الذين يُفترض أن يمارسوا الرقابة على تصرفات الجهاز

¹ Claude Simon, La théorie de l'agence, Gestion & management, Annexe 1, Collection MENTION, 2007, p 02

² المقصود بالملكية حسب Berle et Means هي الملكية الحقيقية والفعلية للأسهم،

Kloepfer Pelèse, contribution à « la détention réelle et concrète des actions » l'études des offres publiques en droit français et américain, Paris, 2007 n°222

³ Nedra Abdelmoumen, th-précité, p 581

⁴ P raimbourg, Asymétrie d'information, théorie de l'agence et question de l'entreprise, Encyclopédie de gestion, Economica, 1989 ; Gérard Charreaux, gouvernement d'entreprise- théories et faits, corporate governance, Economica, 1997

⁵ Gérard Charreaux, « mode de contrôle des dirigeants et performance des firmes », in économique industrielle, développements récents, revue éco indust, n° spécial, éd technique, 1995, p 135 et s

الذي يتولى إدارة وتسيير أموالهم، لاسيما عبر تفعيل آليات الرقابة وتشديد مسؤوليات الجهاز الإداري وفرض المزيد من الالتزامات عليه.

ب/ نظرية حزمة العقود: la théorie du nœud de contrats

هذه النظرية ذات الأصول الأمريكية، تنطلق من اقتراح لتحليل حقيقة اللعبة السياسية في الشركة، انطلاقا من اعتبار أن هذه الأخيرة هي: "نظام من العلاقات التعاقدية، يهدف إلى إدارة التنازع المحتمل بين الأفراد ويوجه السلوكات نحو الاتجاه الموافق لمصلحتهم المشتركة"¹.

وتشكل الأعمال التي قام بها Michael Jensen et William Meckling مرجعا أساسيا في ذلك، إذ تركز طرحهم حول إبراز دور العلاقات التعاقدية كعلاقات حرة بين الأفراد في اختيار الأشكال التنظيمية الأكثر ملاءمة، ومن هذا المنطلق فهم يرون أن الشركة هي نظام من العلاقات التعاقدية الفردية التي تربط الوكلاء بموكليهم، لتحقيق مصلحة هؤلاء الأخيرين،² فاعتبار الشركة كحزمة من العقود، يرتبط بها كل الشركاء الاجتماعيين المعنيون بنشاط الشركة، هو ما يجعل المساهمين يأخذون مركزا عقديا متميزا، بالنظر لكونهم في مرتبة الأصيل خاصة بالنسبة لوكلائهم الاجتماعيين،³ فأصحاب هذه النظرية يطرحون فكرة حزمة العقود من منطلق سلطة المساهمين كأحد أطراف هذه العقود، باعتبارهم أصحاب الأموال المستثمرة، والتي تدور حولها كل التعاقدات التي تخص المشروع.

لذلك كانت الفكرة الأساسية لنظرية حزمة العقود أنها تمنح للفرد المكانة الأولى، وهذا ما يجعل المساهمين هم مركز اهتمام هذه النظرية، وهم الطرف الممتاز في هذه العقود بالمقارنة بباقي الأطراف لاسيما الجهاز الإداري،⁴ وأن سلطة الرقابة على إدارة الشركة لا بد أن يتولاها المساهمون مالكي المشروع، وقد كان هذا التشخيص أحد أسباب رواج هذه النظرية في الفكر اللبرالي، إذ بخلاف العديد من النظريات الاقتصادية التي لم تكن ترى في الشركة سوى وحدة إنتاجية، فقد غاصت نظرية حزمة العقود في تفسير أساس أفضلية المساهمين،⁵

¹ Nedra Abdelmoumen, th-précité, p 582

² DAIGRE Jean-Jacques, « Le gouvernement d' entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », Dr. Patrimoine, juill.- août 1996, p 22

³ Abi Chacra Charbel, « L' influence de l' évolution du gouvernement d'entreprise sur les dirigeants des sociétés essai de droit comparé France et Angleterre », thèse, McGill University, Montreal, 2006, p 27

⁴ Nedra Abdelmoumen, th-précité, p 586

⁵ Nedra Abdelmoumen, th-précité, p 588

المبحث الثالث: مفهوم المساهم

بعد أن فصلنا في مفهوم رأس المال والسلطة الناتجة عنه، فإن تسلسل الطرح لا يكتمل إلا بمعرفة صاحب الحق في ممارسة سلطة رأس المال، وبالنظر إلى تركيبة شركة المساهمة، فهذه السلطة تعود مبدئياً لأصحاب المقدمات التي يتشكل منها رأس المال، وهم المساهمون بالشركة، ولهذا سنحدد تعريف المساهم (مطلب أول) ثم نبين طبيعة العلاقة التي تربط المساهم بالشركة (مطلب ثان) وأخيراً سنحاول التمييز بين سلطة المساهم وسلطة الجمعية العامة (مطلب ثالث).

المطلب الأول: تعريف المساهم

إن إعطاء تعريف دقيق للمساهم ليس بالأمر السهل، لخلو أياً من التشريعات أو الأحكام القضائية من إشارات أو تعريفات يمكن الاستناد إليها¹، وحتى ما ورد بالفقه من تعريفات لم تلامس مختلف عناصر الموضوع، حيث استندت كلها للرابطة التي تجمع المساهم بالشركة، وهي ملكية الأسهم، فجل ما قيل في تعريف المساهم لم يخرج عن إطار الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمتلك جزءاً من أسهم الشركة.

والأكيد أن مفهوم المساهم لم يعد شأنًا قانونيًا بحتًا، بمعنى لم يعد موضوعًا قانونيًا يعالج في إطار العلاقات والمراكز القائمة في ظل القواعد العامة فحسب، بل أصبحت تتنازع كذلك مفاهيم أخرى ذات نزعة اقتصادية واجتماعية وحتى بيئية، وذلك تبعاً لتغير طبيعة تركيبة المساهمة Structure actionnarial داخل الشركة، حيث أصبحت شركة المساهمة تضم أصنافاً عديدة من المساهمين، مثل المساهم المؤسساتي، الدولة، المنظمات غير الحكومية المعنية بالشؤون البيئية والمحيط،² ولهذا أصبح ينظر للمساهم من زاوية أنه فاعل أو طرف أساسي Acteur principal في الحياة الاجتماعية والاقتصادية خصوصاً، وأحد العناصر المكونة للمشروع الاقتصادي، أو ما تعرف بمفهوم Les parties prenantes³.

وعلى كل، يبقى الفقه القانوني مجعاً على أن الأمر الجوهري في تحديد وصف المساهم هو تملكه لسهم أو أكثر من أسهم الشركة، وهذا ما تترجمه العديد من التعريفات التي جاءت في الموضوع،

¹ THOMAS Jaéglé « l'actionnaire à court-terme dans les offres publiques », thèse pour le doctorat, université, Paris Descartes, 2013, p 40.

² YANNICK Roudaut, « les ONG s'invitent dans le débat d'actionnaires », l'express-Roularta/l'expression MANAGEMENT review, 2008/4, n°131, p36.

³ GERRARD Charreaux GERRARD Charreaux, ph desbrières, « l'actionnaire », revue française de gestion, 2002/5, n°141, p 07.

حيث عرف المساهم بأنه: "كل من اكتسب العضوية في الشركة المساهمة بتملكه أسهما فيها"¹، كما عرف بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك سهما أو أكثر من أسهم الشركة وتكون له تبعاً لذلك حقوق وعليه التزامات"².

وإذا كان وصف المساهم هو من المسلمات التي تتبع ملكية جزء من أسهم الشركة، فإن مسألة مركز هذا المساهم في الشركة تبقى مثار جدل، فهل يمكن اعتبار المساهم شريكاً في شركة المساهمة أم هو عضو فيها أم مضارب على أسهمها.

وانقسام الفقه حول هذه المسألة يعود بالأساس إلى الانقسام الحاصل بشأن طبيعة شركة المساهمة ذاتها، إذ وانطلاقاً من الأساس الذي قامت عليه الشركة ابتداءً في الفقه التقليدي وهو العقد، فالنتيجة هي عدم التفريق بين المساهم والشريك، واعتبار الكلمتين مترادفتين ويعبران عن مفهوم واحد، حتى أن العديد من التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري تُعرف الشركة بأنها عقد (المادة 416 م ج).

لكن الأمر مختلف بالنسبة للجانب الآخر من للفقه الذي يرى بأن شركة المساهمة هي نظام قانوني وذلك تأسيساً على الانتقادات الموجهة للاتجاه الأول، وقصور الفكرة العقدية على احتواء العديد من المفاهيم، وأولها أنه ما دام السهم في شركة المساهمة يختلف عن الحصة في شركة الأشخاص، فهذا يعني أن المساهم في ليس مركز الشريك.

ولذلك فمصطلح المساهم أو العضو هو الأكثر انسجاماً مع الطبيعة التنظيمية لشركة المساهمة³، فمن يشتري سهماً في البورصة ليبيعه بعد وقت قصير يصعب اعتباره شريكاً متعاقداً مع غيره من الشركاء⁴.

¹ فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2008، ص11

² بشرى خالد تركي المولي، التزامات المساهم في شركة المساهمة، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2010، ص18.

³ لتفاصيل أكثر أنظر: أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2008، ص197.

⁴ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 15.

المطلب الثاني: طبيعة علاقة المساهم بالشركة

يعتبر تقديم الحصص أحد الأركان الموضوعية الخاصة لقيام الشركة عموماً، وهو من جهة يحيل إلى مفهوم أساسي ومحوري في الشركة، وهو رأس المال الذي يتشكل أساساً من مجموع المقدمات العينية أو النقدية للمساهمين، ويمثل من جهة أخرى الرابطة الأساسية بين المساهم والشركة، وهذا المفهوم المزوج للمساهمة في الشركة يقودنا إلى طرح السؤال حول تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المساهم بالشركة؟

وباستقراء الآراء الفقهية في الموضوع، نجد أن هناك توجهين أساسيين سلكهما الفقه، بين من يعتبر طبيعة العلاقة من قبيل حق الدائنية لفائدة المساهم تجاه الشركة، وبين من يرى أنها لا تخرج عن إطار حق الملكية الذي يتمتع به المساهم في الشركة.

ويظهر أن الخلاف الحاصل حول تأصيل علاقة المساهم بالشركة مرده إلى الخلفية التي ينطلق منها كل فريق، ويمكن تفسير ذلك بصيغة السؤال المطروح والذي تشكل الإجابة عنه توجه كل طرف، فالفريق الذي قال بأن العلاقة هي حق دائنية، انطلق من السؤال: ما هي طبيعة حق المساهم تجاه الشركة؟ وهذا السؤال يعبر عن فصل واضح بين ذمتي الشركة والمساهم، لذلك كان أقرب ما يفسر العلاقة حسبهم هو حق دائنية (فرع أول)، بينما من قال بحق الملكية، فقد انطلق من صيغة السؤال التالي: ما هي طبيعة حق المساهم في الشركة؟ وهذا السؤال ينطوي على تداخل بين الذمم أو على الأقل تبعية إحدى الذمّتين للأخرى (فرع ثاني)، وبعد استعراض وجهة نظر الطرفين سنحاول طرح رأينا في الموضوع (فرع ثالث).

الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن حق المساهم هو حق دائنية

يعتبر المساهم وفقاً لهذا الاتجاه دائناً للشركة بمقدار الحصة التي قدمها في رأس مال الشركة، ودائناً بنصيبه في الأرباح التي تجنيها الشركة بالإضافة إلى أنه دائن بحقه في فائض التصفية¹، فحق المساهم تجاه الشركة هو من قبيل الحقوق الشخصية ذات الطبيعة المنقولة مهما كان نوع الحصة التي

¹ فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، ص

قدمها ولو كانت عقارا، كونها تنتقل إلى ذمة الشركة ولا يكون للمساهم بعد ذلك إلا دين في ذمة الشركة،¹ فالمساهم يبقى دائنا للشركة ولو كان دينه احتماليا.²

إذن فحق المساهم حسب هذا التوجه لا يخرج عن إطار النظرية العامة للالتزامات، فالشركة كشخص معنوي مستقل بذمة مالية مستقلة، لا تكتسب فيه الحقوق بل تكتسب ضده³، بحيث أن الحصة التي يقدمها المساهم كتمثيل لجزء من رأس مال الشركة يتولد عنها دين في ذمة الشركة لفائدة المساهم بالفوائد التي تنتجها وجزء من فائض التصفية حسب نسبة المساهمة في رأس المال.

إلا أن تعدد أوجه انتقاد هذا الرأي تجعل من الأخذ به أمرا مستبعدا:

1 - فالمساهم يتحمل مخاطر نشاط الشركة ويتقاضى نظير مساهمته أرباحا احتمالية بخلاف الدائن الذي يقتضي حقه كاملا مضافا إليه نسب فائدة ثابتة مهما كانت نتيجة النشاط.⁴

2 - ينصرف حق الدائنية للحقوق المالية للمساهم، "الحق في الأرباح، الحق في فائض التصفية"، وهي جزء من مجموعة الحقوق التي يتمتع بها المساهم، ومنها حق الإعلام وحق حضور الجمعيات العامة وحق تولي المناصب الإدارية في الشركة، وهي من قبيل الحقوق غير المالية التي لا يمكن لحق الدائنية تفسيرها.

3 - إذا سلمنا بصفة الدائن للمساهم فهذا يقتضي أن تكون الشركة مدينة له بقيمة ما قدمه في رأس المال، لكن بالرجوع إلى عنصر تقديم الحصص نجد أن الحصة التي يقدمها المساهم تخرج من ذمته لتضاف إلى الذمة المالية المستقلة للشركة على أساس التزام المساهم بذلك عند الاكتتاب، ويجمع الفقه والتشريع (م 596 ت ج) على اعتبار المساهم مدينا للشركة بقيمة ما اكتتب فيه من الأسهم،⁵ وعند التأخر في الوفاء يلتزم بالتعويض للشركة (م 421 م ج) وبالتالي إذا كان المساهم مدينا للشركة بقيمة أسهمه

¹ يعقوب يوسف صرخوة، الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، 1982، ص

² G Ripert, R Roblot, op-cit, p 1110

³ Tristan Auvray, François MORIN, « Le rapport de propriété dans les sociétés de capitaux », séminaire CREATIF, Paris, 30/05/2008, p10.

⁴ Michel ALBOUY, op cit, p19-20.

⁵ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، الوكالة والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت

فيها، فكيف يصح القول أنه يتحول بعد ذلك إلى دائن لدائنه السابق (الشركة) وبنفس الدين الأول (قيمة الأسهم المكتتب بها).

4 - إن انتماء المساهم إلى الشركة الشخص المعنوي يمنع عن اعتباره من الغير بالنسبة لها، وبالتالي فهو لا يملك سلطة الإلزام التي يمنحها حق الدائنية (للدائن) في مواجهة (المدين) الشركة.¹ وفي كل الأحوال يبقى حق التصويت بالجمعيات العامة أهم ما يميز المساهم عن الدائن.²

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن حق المساهم هو حق ملكية

يرى أصحاب هذا الرأي أنه وبجانب الحقوق الشخصية الممثلة بالحقوق المالية للمساهم، يتمتع هذا الأخير كذلك وفي نفس الوقت بحقوق إدارية، فالمساهم الذي يمتلك عددا من الأصوات تمكنه من تمرير وإصدار القرارات بالجمعية العامة، هو في الحقيقة صاحب حق عيني بالشركة.³ بالنظر للامتيازات والصلاحيات التي تخولها له ملكيته لجزء من أسهم الشركة.

وهذا الحق هو خالص للمساهم يسري في مواجهة الكافة، ويمكن صاحبه من جني ثماره ويجوز رهنه وانتقاله للورثة ويجوز للمساهم التصرف فيه عن طريق التنازل عن السهم⁴، وهذا ما يفسر حسب هذا التوجه تدخل المساهم في إدارة الشركة والرقابة عليها كون هذا الأمر نتيجة منطقية لحق الملكية.

ومع رجاحة هذا الرأي إلا أنه لم يسلم من الانتقادات التي وجهت له:

1 - إذا كانت فكرة الملكية تفسر إلى حد ما علاقة المساهم بالسند "السهم" الذي يمنح مالكة مجموعة من الحقوق المالية والإدارية، إلا أنها لا تفسر لنا طبيعة العلاقة بين المساهم والشركة ذات الشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

2 - لا يمكن التسليم بفكرة الملكية كأساس (مطلق) لعلاقة المساهم بالشركة، كون الأموال المقدمة من المساهم تخرج من ذمته المالية لتستقر بالذمة المالية للشركة، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية، التي قضت بأن الشركة تعتبر مالكة للحصص والأموال والمنقولات، وليس لأي من الشركاء أثناء قيامها أو حال تصفيتها إلا الحق في الاستيلاء على الربح،⁵

¹ Renée Kadouch, « le droit de vote de l'associé » thèse pour le doctorat, faculté de droit et de science politiques, université Aix Marseille, 2001, p 42

² Yves Reinhard, « le droit de vote de l'actionnaire », RTD com, 1999, p 902.

³ Tristan Auvray, François MORIN, op cit, p11.

⁴ أبو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، 1983، ص 110.

⁵ طعن رقم 660 سنة 26 (جنائي)، جلسة 1956/06/04، س7، ص 11، مذكور في مرجع: فتاحي محمد، مرجع سابق، ص 52.

الفرع الثالث: الرأي الخاص

إن التكييف القانوني لعلاقة المساهم بالشركة لابد أن يراعى فيه جوهر هذه العلاقة وموقع المساهم منها، والمتمثلة في الخلفية الاقتصادية.

إن المفهوم الحديث للمشروع الاقتصادي يضم العديد من الأطراف، فالمساهمين و الأجراء والدائنون، تجمعهم بشكل أو بآخر رابطة أساسية تتمثل في الشكل أو الوعاء القانوني للمشروع الاقتصادي، وهي غالبا شركة المساهمة¹، وكما يتداول الأجراء على الشركة بموجب عقود العمل، والدائنون بموجب عقود التوريد والخدمات والقروض، يتداول كذلك المساهمون على الشركة بتداول أسهمها بالأسواق المالية.

إذن فمن المنظور الاقتصادي، نجد أن المساهم يوظف جزءاً من أمواله بهدف تنميتها والإفادة من الأرباح التي تدرها سواء بالاشتراك في تأسيس شركة مساهمة، أو اقتناء أسهمها أثناء حياتها، بعبارة أخرى فالمساهم يستثمر أمواله أو جزءا منها في مشروع اقتصادي من خلال الاكتتاب بأسهم الشركة المساهمة²، آخذا بعين الاعتبار المخاطرة التي ينطوي عليها الاستثمار بين الربح والخسارة.

لهذا نرى أن علاقة المساهم بالكيان القانوني المعنوي "الشركة" هي **وضعية خاصة**³، تنبع من القواعد العامة للتجارة التي تقتضي أن أي مشروع تجاري يستلزم وجود رأس مال لقيامه وأن نتيجة هذا المشروع قد تكون ربحاً أو خسارة، هذه الأخيرة-النتيجة- تلحق مباشرة رأس المال الذي يمثل في شركة المساهمة مجموع الأسهم.

ومن هنا يمكن القول أن النسبة التي يقدمها المساهم والتي يقابلها جزء من الأسهم كتمثيل لجزء من رأس مال الشركة، هي النية التي تحذو كل مساهم في الاشتراك في هذا المشروع، وتحمل ما قد ينتج عن هذا النشاط من ربح أو خسارة.

فنية المشاركة تفسر تنازل كل مساهم عن كل أو بعض أمواله لفائدة المشروع المشترك عند اقتنائه لجزء من أسهم الشركة، هذه الأخيرة تخوله حقوقا مالية وإدارية يقتضيها ويمارسها بحسب نسبة

¹ SAMUEL MERCIER, « une analyse historique du concept des parties prenantes : quelle leçon pour l'avenir ? » management & avenir, 2010/3, n°33, p144.

² مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 189.

³ B lauret, C Bannel, V Baurgninaud, droit des sociétés, 3^{ème} éd, 1994, p272. « L'action confrère a son titulaire des droits spécifiques dont ne disposent pas les simples créanciers de la société »

مساهمته في تشكيل رأس المال وهذا أثناء حياة الشركة، كما أن فكرة اقتسام الأرباح والخسائر تفسر لنا طبيعة حق المساهم عند تصفية الشركة.

إذن فإن العلاقة بين المساهم والشركة في إطار نية الاشتراك واقتسام الأرباح والخسائر، هي ما يفسر طبيعة المركز القانوني للمساهم في الشركة، وكذا طبيعة السلطة التي يتمتع بها المساهم داخل الشركة، كونه استثمر أمواله ومول هذا المشروع وضارب على نشاطه، فيكون من الطبيعي جدا أن ينشأ له حق إدارة الشركة والرقابة عليها.

أما عن آلية نشوء هذا الحق للمساهم، فهي أشبه بما يمكن أن نسميه بالملكية المؤقتة، أو التداول على الملكية بين المساهم والشركة وكذا بين المساهمين أنفسهم، فالمساهم بالأساس هو مالك للأموال التي تنازل عنها للشركة بشكل مؤقت- لكن دون ضمان استعادتها بشكل قطعي- لينتقل من مجموع تلك المساهمات رأس مال تؤول ملكيته للشركة بشكل تام، ويستفيد المساهمون لقاء نقلهم لملكية تلك الأموال للشركة من حقوق مالية وإدارية، تمارس حسب نسبة المشاركة في رأس المال، على أن تعود ملكية تلك الأموال من جديد للمساهمين بعد تصفية الشركة لاقتسامها بينهم كلٌ بحسب نصيبه فيها زيادة أو نقصانا، ولهذا قال بعض الفقه بأن "رأس مال الشركة هو ملك تام للشركة في الحال، وملك مشترك للمساهمين في المستقبل"¹، وبتعبير آخر، وكأن المساهمين أصحاب المشروع قد فوضوا الشركة للشخص المعنوي في القيام وتحمل نشاط المشروع الاقتصادي، وصاحب هذا التفويض نقلا مؤقتا لملكية الأموال لفائدة الشركة، مع الاحتفاظ بحق رقابة وإدارة المشروع.

كما يتحقق التداول على الملكية أثناء حياة الشركة بين المساهمين أنفسهم وذلك عند تداول أسهم الشركة.

¹ شكري حبيب شكري، ميشيل ميكالا، شركات الأشخاص وشركات الأموال علما وعملا، مطبعة بروكاشايا، الاسكندرية، 1952، ص214.

المطلب الثالث: التمييز بين سلطة المساهمين وسلطة الجمعية العامة

كثيرا ما يلتبس الأمر بخصوص الجهة أو الطرف الذي تنسب له السلطة في الشركة بين المساهمين أو الجمعية العامة، ورغم أن الأمر يبقى نسبي من حيث جواز استعمال أحد الاصطلاحين للتعبير عن الآخر، إضافة إلى أن المشرع لم يميز صراحة بينهما ولم يرتب أي أثر جلي على ذلك.

ومع أن الأمر يبدو من قبيل المسائل النظرية الفقهية، إلا أنه وخدمةً للتصور العام للبحث، نرى أنه من المستحسن إثارة هذا التمييز وتوضيح المفاهيم بشأنه، خاصة في ظل وجود بعض نقاط الاختلاف التي يتعين إبرازها لتركيز وتثبيت محور الدراسة.

إن مفهوم السلطة محل الدراسة ينطلق من فكرة الملكية (ملكية الأسهم)، الأمر الذي يتطلب تقصي مفهوم السلطة لدى (المالك) المساهم، وبالتالي فالمسألة أوسع وأشمل من سلطة الجمعية العامة، فالعلاقة بين السلطة والملكية تقوم في جوهرها على فكرة طبيعية مطلقة تفسرها نظرية الحق بشكل عام.

وبما أننا بصدد الحديث عن حقوق مالية (الأسهم) فالترج العادي للحقوق ينتهي بنا عند حق الملكية الذي يخول صاحبه كل السلطات التي تضمن ممارستها بشكل طبيعي*، إذن فسلطة المساهم تنبع من حقه في رأس مال الشركة وهو حق أصيل وثابت.

بينما إذا تكلمنا عن سلطة الجمعية العامة، فهي لا تخرج عن الإطار النسبي وضمن الحدود التي رسمها القانون، فالجمعية العامة لا تملك من الصلاحيات إلا تلك المنصوص عليها بالقانون، فقرارات الجمعية العامة كجهاز، لا تصدر إلا ضمن الإطار والمجال الذي حدده لها القانون سلفا (الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاد الجمعيات وسير أشغالها)، هذا المجال يضيق ويتسع حسب طبيعة كل جمعية عامة، وحسب تنوع الأنظمة القانونية، وهي بهذا المفهوم تقترب أكثر للوظيفة منها إلى السلطة.

وهنا يظهر الفرق واضحا بين سلطة المساهم وسلطة الجمعية العامة، فحينما تستند أو تنطلق من قاعدة مطلقة فالأمر ينتهي إلى نتيجة مطلقة (وإن ضاقت بعض الشيء حسب الظروف). بينما إذا انطلقنا من أمر نسبي بالأساس فلا يمكن تصور الانتهاء إلى أمر مطلق.

إن هذا التمييز يفرز بعض نقاط الاختلاف منها:

* مع مراعاة خصوصية المحيط الذي يمارس فيه هذا الحق: البيئة التجارية، خصوصية عقد الشركة...

1 - أن الجمعية العامة مجبرة على ممارسة سلطتها وبالكيفيات القانونية تحت طائلة بطلان القرارات الصادرة عنها، كعدم تشكل النصاب القانوني أو تعسف الأغلبية عند اتخاذ القرارات، وهي ملزمة بالانعقاد سنويا (م 676)، حتى أن القانون يفرض عقوبات جزائية على القائمين بالإدارة الذين لم يعملوا على انعقاد الجمعية العامة (م 815)، بينما سلطة المساهم تنبع من حقوق أصيلة، فلا يمكن إجبار المساهم على ممارسة سلطته سواء الرقابية أو الإدارية، كما لا يمكن حرمانه من ممارستها تحت أي ظرف كان إلا استثناءا وبنص القانون.

2 - أن سلطة المساهم أوسع من سلطة الجمعية العامة، فقد يمارس المساهم سلطته في إطار الجمعية العامة عبر مختلف الحقوق: حق الإعلام، مناقشة القرارات، الاستجواب، التدخل في الإدارة بتعيين وعزل المدراء، التصويت، وكذا خارج إطار الجمعية العامة بمقتضى حقه في الإعلام الدائم الذي يتلقاه من الشركة¹ أو من أسواق الأوراق المالية²، وحقه في اللجوء للقضاء لطلب إبطال مداوات الجمعية العامة³، ولا يحذ من هذه الحقوق إلا ما قد يطرأ على مصدر ممارستها (الأسهم) كتتنوع طبيعة الأسهم أو عدم تحرير قيمتها كاملة.

إذن فصاحب سلطة رأس المال هو المساهم بالدرجة الأولى وليست الجمعية العامة، حتى وإن كانت قرارات هذه الأخيرة هي أبرز ما يجسد سلطة المساهمين المباشرة في إطار النشاط العادي للشركة، إذ تبقى هناك مظاهر أخرى لسلطة المساهم سواء داخل المحيط الخاص بالشركة وفي إطار السير الطبيعي لأمر الشركة، أو خارج هذا الإطار بتدخل أطراف وأنظمة الأخرى، تدعم سلطة المساهم في الشركة (وهي النقاط التي تشكل محتوى الفصل الثاني من هذه الدراسة).

إن إسناد السلطة مبدئيا للمساهم دون الجمعية العامة من شأنه أن يجنبنا الانحراف عن الرابطة المالية التي هي أساس هذه الدراسة (علاقة رأس المال بالسلطة)، وإلا كنا أمام معالجة هيكلية عضوية لمفهوم السلطة في الشركة، وهي التي لا تمثل سوى جزء من المفهوم العام للسلطة في الشركة.

¹ المادة 819 تجاري جزائري

² المادة 35 من المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في 23 مايو 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34 بتاريخ 23 مايو 1993، المعدل والمتمم بالقانون 04/03 ج ر عدد 11 بتاريخ 19 فبراير 2003

³ المادة 733 تجاري جزائري

الباب الأول

ممارسة سلطة رأس المال

تمهيد وتقسيم

إن الاعتبار المالي الذي تقوم عليه شركة المساهمة يمثل منطلقاً أساسياً لدراسة أي عنصر يخص هذه الشركات، فرأس المال يعد مبدئياً المكون الرئيسي لتحديد وضبط كل العلاقات داخل الشركة، فأى رابطة بين المساهم والشركة لا تقوم من حيث الأصل إلا في حدود منطقة تقاطع ذمتي المساهم والشركة، أي الحصة التي يحجزها المساهم لنفسه من رأس مال الشركة، والتي تقابل في نفس الوقت مقدار ما تتلقاه الشركة من المساهم لتشكيل رأس مالها.

لهذا فحصة كل مساهم في رأس مال الشركة يمكن تشبيهها بالوعاء الذي يتلقى الحقوق الناشئة عن الأسهم بقدر سعته، ومنه فعلاقة كل مساهم بالشركة لا تتعدى مقدار ما ساهم به في رأس مالها، فلا يتلقى من الحقوق المالية والسياسية إلا ما يمكن أن يحويه ذلك الوعاء، ومن جهة أخرى تتحدد علاقة كل مساهم بباقي المساهمين في ضوء نسبة مساهمته إلى مساهماتهم، أي أن مراكز القوى بين المساهمين يحكمها الوعاء الذي يحوي مصدر الحقوق والسلطات (الأسهم)، أي حصة كل مساهم.

وبالتالي فإن نسبة المساهمة في رأس المال تمثل المقياس الأولي لتحديد درجة القوة والتأثير والنفوذ في الشركة، فتكون سلطة اتخاذ القرار فيها لمن امتلك أكبر حصة في الشركة أي لصاحب الأغلبية.

وعليه سنتناول هذه الفكرة لنضعها في إطارها العام أو المبدئي، من خلال بسط الأحكام العامة للرابطة المالية التي يتحدد على هديها دور ومكانة المساهم في الشركة، أي القواعد العامة التي تحكم ممارسة المساهم لسلطة رأس المال (فصل أول).

ولما كانت هذه القواعد هي عبارة عن أحكام نظرية بالأساس وإن كانت تكفل تحقيق الإطار العام لسلطة رأس المال، إلا أنه يتعين لضمان ممارسة فعالة لهذه السلطة، تدعيمها بمجموعة من الحقوق الأساسية للمساهم يمكن اعتبارها كمقومات لسلطة رأس المال (فصل ثان).

الفصل الأول

التنظيم العام لسلطة

رأس المال

مقدمة الفصل الأول:

شركة المساهمة هي شركة أموال يغلب على أحكامها الطابع النظامي، فتكوينها وسير أشغالها ينظم وبشكل عام بقواعد آمرة، وما هذا التدخل التشريعي إلا مراعاةً لخصوصية هذه الشركة من حيث كثرة عدد المساهمين بها، الأمر الذي يجعل من اجتماعهم وإجماعهم حول كل المسائل أمراً عسيراً إن لم يكن مستحيلاً.

والمشرع عادة لا يهدف من فرض إرادته على الأفراد، إلا تحقيق مصالحهم بالدرجة الأولى، حينما يرى أنه لا سبيل للتوافق بينهم لأسباب شخصية أو موضوعية، وبذلك يكون التدخل التشريعي حاسماً لتنظيم العلاقات وحفظ المصالح العامة والحقوق، بأحكام تشكل على الأقل قواعد مبدئية، بحيث تضمن حداً أدنى من التوافق الذي يتعين الأفراد احترامه والتقيده به، وأخذة كمنطلق أو كمبدأ عام لتنظيم العلاقات بينهم.

وتمثل عملية اتخاذ القرارات في شركات المساهمة إحدى هذه المسائل التي خصها المشرع بتنظيم قانوني ارتأى أن تكون فيه الأغلبية هي صاحبة سلطة اتخاذ القرار، عبر حق التصويت الذي يتمتع به المساهمون (مبحث أول).

كما هيأ إطاراً قانونياً بإجراءات وشكليات مضبوطة تسمح بإصدار القرارات بشكل يفترض أن يعبر عن الإرادة الجماعية للمساهمين (مبحث ثان).

المبحث الأول: أساس وآلية اتخاذ القرارات في الشركة

إن القرارات الصادرة في الشركة هي تعبير عن إرادة حرة لكل مساهم، والمشرع يُقر ذلك ويرعاه، ولا غرابة في أن من أوجه الرعاية تلك، أن المشرع وحفظاً للحقوق والمصالح وتسهيلاً لسير أشغال المشروع الذي تقوم عليه الشركة، كونه يُمثل مصلحة جماعية ومشاركة بين المساهمين يتعين أن لا تنكسر وتتوقف أمام أي اختلاف في وجهات النظر، أو عدم توافق في الرؤى، لذلك فقد فرض على المساهمين قاعدة أساسية بأن سلطة اتخاذ القرار في الشركة تكون للأغلبية منهم (مطلب أول)، وأتاح لهم وسيلة قانونية للتعبير عن إرادتهم مباشرة وذلك عبر حق التصويت (مطلب ثان).

المطلب الأول: مبدأ الأغلبية

إن اتخاذ القرارات على مستوى الجمعيات العامة للمساهمين في شركات المساهمة يحمل الكثير من الخصوصية بالمقارنة بالجمعيات العامة لباقي الشركات التجارية، فأول ما يميزها هو كثرة عدد المساهمين الذين لهم حق الحضور والمشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية، وحق كل مساهم في إبداء رأيه فيما يخص كل النقاط المعروضة بجدول الأعمال، والتصويت عليها بكل حرية وفقاً لقناعاته ومدى اطلاعه، كما وأن لكل مساهم موقعه في الشركة ومصالحه التي يربحها، والتي قد تتحد مع مصالح بقية المساهمين ومصصلحة الشركة أو قد تتعارض معها.

وهذه الأوضاع لا شك وأنها تخلق الكثير من الصعوبات والعراقيل عند محاولة اتخاذ القرارات على مستوى الجمعيات العامة، ما يدعو حقيقةً إلى الجزم بأن عملية اتخاذ القرارات لا بد وأن تتم في إطار نظام محدد يضمن التوازن داخل الشركة، وبصيغة تحقق التراضي والقبول لدى كل الأطراف، أو على الأقل تسمح بتقاضي حالات الانسداد وعرقلة اتخاذ القرارات.

وهذا ما يدعونا إلى عرض المبررات والدوافع التي أدت إلى اعتماد مبدأ الأغلبية كأسلوب رائد وكحل وسط يضمن استمرارية نشاط الشركة (فرع ثاني)، لكن قبل ذلك لا بد وأن نستعرض ابتداء مفهوم هذا المبدأ (فرع أول).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الأغلبية

لضبط مفهوم الأغلبية كقاعدة تحكم سير أشغال الجمعيات العامة في شركة المساهمة، لا بد من استعراض العناصر التي تسمح بذلك، وأولها محاولة إعطاء تعريف لقانون الأغلبية (فرع أول) ثم المعالجة التشريعية لهذا المبدأ في القانون الجزائري (فرع ثان) لنطرح في الأخير بعض الخصائص التي أمكن استنتاجها عن هذا المبدأ (فرع ثالث).

أولاً: تعريف الأغلبية

تعرف الأغلبية مبدئياً بأنها جزء حسابي للمشاركين في تصويت يخص لائحة أو قرار ما¹، كما تعرف بأنها النسبة من الأصوات الواجب توفرها لصحة اتخاذ القرارات المعروضة بجدول الأعمال²، فالأغلبية عملياً هي الجماعة التي تمتلك النسبة الأكبر من بين مجموع الأصوات المشاركة في عملية اتخاذ القرار.

وبالنسبة لشركة المساهمة يمثل قانون الأغلبية قاعدة أساسية تحكم سير أعمال الشركة وتضمن استمراريتها³، لأنه يهدف لنقل إرادة جماعية وليس لنقل رأي واحد فقط، فهو لا يعبر عن الخضوع بقدر ما يعبر عن اختيار يتجسد في شكل قرار متخذ في الجمعية العامة⁴.

فالاعتبارات العملية التي يحققها مبدأ الأغلبية في حسن سير الشركة، هي ما يفسر علاقة السلطة التي تجمع الأغلبية بالأقلية، فأغلبية الأصوات هي التي تصنع القانون، وبالتالي فإن قرارات الأغلبية

¹ Marie-Danielle Poisson, « La protection des actionnaires Minoritaires dans les sociétés de capitaux » thèse pour le doctorat, faculté de droit et de sciences politique, université de Clermont, 1984, p192.

² M.A, MOREAU, « société Anonyme » BULLETIN pratique des sociétés, 1^{ère} année, Janvier 1932, n°1, p08.

³ Marie-Christine Monsallier, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, 1998, p 342

⁴ أمينة غميرة، "الشروط الأساسية لحسن تطبيق قانون الأغلبية داخل شركة المساهمة"، مجلة - القانونية - الإلكترونية،

تقرض على سائر المساهمين¹، وهنا تظهر الأغلبية كما شبهها البعض في صورة إجراء جماعي هادئ يمثل آلية تلافية مسبق للأزمات والتصادم بين الشركاء.²

إذن يمكن القول أن مبدأ الأغلبية تجسده الكتلة الأكبر من الأسهم المملوكة من جماعة من المساهمين، من بين المساهمين المشاركين أو الواجب أن يشاركوا في عملية اتخاذ القرارات، وهو بذلك تعبير عن سلطة رأس المال في شركة المساهمة، فيكفي لمساهم واحد أو جماعة مساهمين تحوز عدد من الأصوات يساوي أو يتجاوز الحد الأدنى لتشكل الأغلبية من النصاب المفروض (تساوي ثلثي الأصوات بالنسبة للجمعيات العامة غير العادية، وأكثر من نصف الأصوات للجمعيات العامة العادية) أن يضمن تمرير أي قرار بالجمعية العامة، وبالتالي تتحقق له السيطرة على الشركة والاستئثار بسلطة اتخاذ القرار فيها.

ثانيا: مبدأ الأغلبية في القانون الجزائري

تبنى المشرع الجزائري قانون الأغلبية كقاعدة عامة تحكم مداوات الجمعية العامة بشركة المساهمة، وأساسا لاتخاذ القرارات بها، لا سيما بالمادتين، 3/674 ت ج بنصها على: "...وتبت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها.."، وكذا المادة 3/675 ت ج: "...وتبت بأغلبية الأصوات المعبر عنها...".

إن قراءة تحليلية لنص المادتين 674، 675 تسمح بإبداء بعض الملاحظات التي تخص مبدأ الأغلبية في شركة المساهمة في القانون الجزائري:

أن الأغلبية التي يعتد بها القانون الجزائري لا تتشكل إلا من الأسهم ذات الحق في التصويت، ما يعني مبدئيا استبعاد الأسهم التي لم يسدد مبلغ الأقساط المستحقة منها في الآجال (م 715م 49) وكذا شهادات الاستثمار (م 715م 62)، إضافة للأسهم التي يكون لمالكها منفعة شخصية في القرار المعروض للتصويت، وغيرها من الأسهم المحروم مالكها من حق التصويت بشكل مؤقت أو دائم.

أن المشرع الجزائري يأخذ بالاعتبار في حساب الأغلبية، الأصوات المعبر عنها فقط، أي أن الأغلبية هي أغلبية الأصوات المعبر عنها وليست أغلبية النصاب المفروض، والذي يمثل إذن شرطا

¹ وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، بيروت، ص 348.

² Marie-Danielle Poisson, th précité, p192.

لصحة انعقاد الجمعية العامة وليس وعاءً لحساب الأغلبية، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي والذي منذ قانون 30 ديسمبر 1981 أصبح يستنتج الأغلبية من مجموع أصوات المساهمين الحاضرين والممثلين بعد استكمال النصاب.¹

وهذا ما يضعنا أمام تمييز هام بين التشريعين، مفاده أن المشرع الفرنسي يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة تصويت ضد القرار المعروض،² في حين لا يعتبره المشرع الجزائري كذلك، فتكون الأصوات الملغاة أو غير المعبر عنها (بالامتناع عن التصويت) في حكم العدم بالنسبة لعملية إصدار القرار، ولذلك علقت هيئة سوق الأوراق المالية بفرنسا AMF على ذلك بالقول: "عملياً، الوسيلة الوحيدة التي يمتلكها المساهم إذا أراد الامتناع عن التصويت هي عدم المشاركة بالجمعية العامة أصلاً، لأنه حينها فقط لا تؤخذ أصواته بعين الاعتبار عند احتساب الأغلبية."³

ويرى الفقه الفرنسي أن طريقة حساب الأغلبية كما اعتمدها المشرع الفرنسي، تمثل نظرياً وضعاً أفضل، كونها تسمح على الأقل بتفادي اتخاذ القرارات من طرف جماعة من المساهمين في ظل وجود نسبة قد تكون معتبرة من الممتنعين.⁴

في حين يرى البعض عكس ذلك، بأن الامتناع يؤسس على وضع محايد، ويبدو المساهم الممتنع كالعائب، كما أن الممتنع يرفض الاهتمام بأمور الشركة وبالتالي لا يستحق أن يدمج صوته أو يدرج لحساب الأغلبية⁵، ونرى أن هذا التفسير يجانب الصواب، فإذا شبهنا الممتنع عن التصويت بالعائب أو غير المهتم بأمور الشركة، فلماذا إذن تحتسب أصواته عند تشكيل النصاب دون الأغلبية، مع أن الأغلبية أساساً لا تتشكل إلا في ظل النصاب المفروض قانوناً أو بنظام الشركة، كما أن الامتناع هو تعبير عن موقف يغلب معه الظن بعدم الرضا عن مشروع القرار محل التصويت، أو على الأقل عدم الاقتناع به.

ولا نرى هنا مبرراً للاحتكام للقاعدة العامة التي مفادها أنه لا ينسب لساكت قول، لأن الأمر لا يتعلق بتقابل إرادتين ينجر عنه عدم انعقاد التصرف في حال لم يُعبر عنهما، بل بإرادة خالصة للمساهم لا يسبقها إيجاب من أي طرف، فالتصويت هو تصرف يعبر به المساهم عن موقفه من النقاط المعروضة

¹ Marie-Danielle Poisson, th précité, p193.

² Yves Guyon, assemblées d'actionnaires, Rep DALLOZ, 2002, p32.

³ Autorité des marchés financiers, rapport sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotés, présidé par, Olivier poupart Lafarge, 07 fev 2012, p 19

⁴ C, Berr, l'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Sirey, 1961, p 203

⁵ عماد أحمد أمين رمضان، حماية المساهم في الشركة المساهمة، دار الكتب القانونية، 2008 ص 711.

بجدول الأعمال والتي يقدمها مجلس الإدارة في شكل عرض حصيلة النشاط من الوكيل على صاحب الشأن، ولذلك فامتناع المساهم عن التصويت لا يصح أن يؤخذ على أنه سكوت لا يُعبّر به عن أي موقف-تأسيسا على قاعدة لا ينسب لساكت قول-، ولا أن يؤخذ على أنه موافقة ضمنية على القرار، ولا نراه هنا إلا على أنه موقف يطبعه رجحان الاعتراض، وبالتالي فلا مناص من حمله على رفض القرار وعدم الموافقة عليه.

وعلى كل، تظهر أهمية الرأي الأول في أنه يحقق أغلبية حقيقية، ويُخضع عملية اتخاذ القرار لموافقة أكبر عدد ممكن من المساهمين.

ولهذا نرى أنه من الأفضل للمشرع الجزائري أن يعتمد هذه الكيفية في حساب الأغلبية، لأنها تضمن تمثيلا أكبر للنسبة المصوتة على القرار، وهو ما يزيد معه افتراض استهدافه للمصلحة الجماعية، وبالتالي إعطائه مصداقية أكبر.

ثالثا: خصائص مبدأ الأغلبية

من جملة ما تقدم ذكره حول مبدأ الأغلبية، يمكن أن نستشف بعض الخصائص المميزة له بالنظر إلى اعتماده كقاعدة تحكم عملية اتخاذ القرارات في الشركة، فهو:

أ: مبدأ الأغلبية مبدأ نسبي

الأغلبية على غرار الأقلية ليست كتلة ثابتة أو جامدة، بل هي مفهوم نسبي،¹ حيث أن حساب الأغلبية يكون بالنسبة إلى قاعدة حسابية متغيرة حسب النصاب المفروض أو عدد الأصوات الحاضرة بالجمعية العامة.

هذا المفهوم النسبي للأغلبية أدى ببعض الفقه إلى التمييز بين الأغلبية الفنية أو التقنية Majorité technique والمقررة على أساس مجموع حقوق التصويت الموجودة بالشركة، والأغلبية السياسية Majorité politique والتي يتم حسابها بمناسبة انعقاد كل جمعية عامة، أي أغلبية النصاب أو أغلبية الحضور،² حسب الحالة.

¹ Renée KADOUCHE, th précité, p 400.

² C j. Berr, op cit, p203 et s.

على أن الراجح في حساب الأغلبية هو أنها تستشف من الأصوات الحاضرة أو المعبر عنها بالجمعية العامة- أي بمراعاة النصاب القانوني- وليس من خلال كامل حقوق التصويت بالشركة،¹ خاصة بالنسبة للشركات الكبيرة التي يصعب معها كثيرا استخراج الأغلبية من مجموع رأس المال، وكذا الشركات التي تشهد تشتتا معتبرا للملكية مما يقلل من احتمال الوصول إلى أمر توافقي يجتمع حوله نصف أو ثلثي رأس المال.

وبعبارة أخرى فالأغلبية تمثل نسبة معينة إلى مجموع معين، يرتفع حده الأدنى أو ينخفض حسب النصاب القانوني أو عدد الأصوات المعبر عنها.

ب: الأغلبية مفهوم غير ثابت

إن المساهمين المشكلين لأغلبية رأس المال والذين يتمكنون من اتخاذ القرار الأخير، هي مجموعة غير ثابتة، فمن كان من الأغلبية التي توصلت إلى فرض قرار ما في إحدى جلسات الجمعية العامة، قد لا يكون منها في جلسة لاحقة، أي أن الأغلبية غير مستقرة ولا تتشكل من نفس المساهمين دوماً، على أن الأمر يبقى نسبي فقط، إذ عادة ما تتشكل الأغلبية من مساهم أو مساهمين معينين.

وعلى كل، فهذه الخاصية يتراوح مداها حسب تغير طبيعة تركيبة المساهمة في الشركة، ففي الشركات ذات الملكية المركزة أين ترتفع نسبة امتلاك الأسهم بالنسبة للمساهم الواحد والمقدرة بأكثر من 10% من أسهم الشركة،² إضافة إلى التحالفات طويلة الأمد بين المساهمين في الشركة فغالبا ما تستقر الأغلبية نوعا ما،³ بينما في الشركات ذات الملكية المشتتة، والتي تتوزع فيها ملكية الأسهم بين عدد كبير من المساهمين وينسب صغيرة بالنسبة لكل مساهم، فتزداد حدة تقلب الأغلبية وتجدها مع كل جمعية عامة.

إضافة إلى أن ما قد يجعل من الأغلبية مفهوما غير مستقر، هي عمليات الدعوة العلنية للادخار OPA، والتي تحمل إلى الشركة مساهمين جدد قد يكتتبون بعدد كبير من أسهم الشركة، فتتقلب موازين القوى، وتظهر أغلبية جديدة تسيطر على سلطة اتخاذ القرار بالشركة، وهذا ما يجعل كبار المساهمين عادة متوجسين من ذلك، وعلى أهبة الاستعداد لمواجهة هذه الوضعيات خاصة في الشركات المدرجة

¹ Renée KADOUCHE, th précité, p400.

² Yves, Bozec, « structure de l'actionariat à contrôle minoritaire et gouvernance », Gestion, 2007/2, vol 32, p75.

³ Wiem EL MANAA, wafa KHELI, « effets de la structure de propriété sur la performance des entreprises tunisiennes », revue des sciences de gestion, 2010/3, n°243-244, p-p 63-70.

أسهمها بأسواق الأوراق المالية لتفعيل الآليات التي تضمن استقرارهم واستمرارية تحكمهم وسيطرتهم على الشركة، أو ما يعرف بـ *Mesures de défense anti OPA*.¹

ج: مبدأ الأغلبية ذو طابع عيني

تنص المادة 429 مدني جزائري على " كلما وجب أن يؤخذ القرار بالأغلبية، تعين الأخذ بالأغلبية العددية على حسب الأفراد ما لم يوجد نص يخالف ذلك"، بينما تشير المواد (628، 674، 675، 684) وغيرها من القانون التجاري والمتعلقة بشركات المساهمة، إلى ارتباط الأغلبية بعدد الأسهم أو نسبتها في رأس مال الشركة.

ويبدو أن المشرع التجاري قد أفرد شركات الأموال (وشركات المساهمة تحديدا) باعتماد عدد الأسهم أو نسبتها عند حساب الأغلبية وليس عدد الأشخاص أو الشركاء، وهذا بخلاف القواعد المدنية العامة، وحتى القواعد الخاصة بشركات الأشخاص، إذن فالعبرة في حساب الأغلبية ليست بعدد المساهمين بل بقدر المساهمة في رأس المال (إذا اعتمدنا القاعدة العامة للتناسب لكل سهم صوت)، أو بقدر ما يمتلكه المساهم من أصوات بالشركة إذا ما أصدرت الشركة أسهما بحقوق تصويت مزدوجة أو متعددة.

وهذا ما يجعل من الأغلبية في شركة المساهمة هي أغلبية عينية وليست أغلبية شخصية،² وهذا الطابع مرده إلى الأساس العام الذي تقوم عليه شركة المساهمة، ألا وهو الاعتبار المالي.

د: مبدأ الأغلبية من النظام العام

تحدد قوانين الشركات عموما النسبة المطلوبة لتشكيل الأغلبية في مداوات الجمعيات العامة، هذه النسبة تمثل في حقيقتها الحد القانوني الأدنى لتحقيق الأغلبية والذي لا يجوز النزول عنه تحت أي ظرف كان، وإلا كانت القرارات الصادرة عن الجمعية العامة معيبة ويتعين إبطالها لتعلق قواعد الأغلبية بالنظام العام.

وتختلف التشريعات في فرض نسب أغلبية معينة، فقد تكون نصف عدد الأصوات زائد واحد، وقد تكون ثلثي عدد الأصوات أو ثلاث أرباع عدد الأصوات حسب طابع كل جمعية عامة، سواء أكان وعاء احتساب الأغلبية هو مجموع حقوق التصويت بالشركة، أو عدد الأصوات الحاضرة أو المعبر عنها.

¹ Thomas Jaéglé, th précité, p308 et s.

² أمينة غميرة، مقال سابق

على أن الأمر لا يتوقف عند هذه الحدود، إذ تسمح التشريعات عادة للأنظمة أن تحدد نسب أعلى لتحقيق الأغلبية، بحيث تصبح النسب المحددة بالأنظمة بمثابة الحد الأدنى النظامي الذي لا يجوز النزول عنه إلا بتعديل نظام الشركة، دون إمكانية النزول عن الحد القانوني تحت أي ظرف كان.

وإذا كان القانون لا يمنع مبدئياً الصعود بهذه النسب إلى مستويات عليا جداً، إلا أن النص بالأنظمة على نسب تكاد تقترب من النسبة الكاملة (100%)، يجعل منها أشبه الإجماع، بحيث لا تحقق الغاية من اعتماد الأغلبية خاصة بالنسبة للشركات الكبرى التي تتوسع فيها قاعدة المساهمين إلى حدود كبيرة جداً.

الفرع الثاني: مبررات اعتماد مبدأ الأغلبية

سنقتصر في هذا الموضع من الدراسة على التركيز على الشق النظري أو الأسباب التي أدت إلى اعتماد مبدأ الأغلبية كحل وسط يحقق مصلحة الجميع، وسنرجئ الحديث عن العوارض التي تلحقه والسلبيات التي تعتوره إلى موضع لاحق.

فالأغلبية لم تعتمد إلا للتخفيف من التعجيز الذي تفرضه قاعدة أخرى لاتخاذ القرارات وهي الإجماع (أولاً)، كما أنها تعبير عن الأسلوب الديمقراطي لاتخاذ القرارات (ثانياً)، فضلاً عن أن الأغلبية يفترض فيها أنها تستهدف تحقيق المصلحة الجماعية للشركة ولمجموع المساهمين (ثالثاً) وبالتبعية لذلك، فالأغلبية هي أفضل وسيلة لاتخاذ القرارات الجماعية (رابعاً).

أولاً: قانون الأغلبية تخفيف من الإجماع

عند تكتل أشخاص داخل مجموعة من أجل القيام بعمل مشترك، فإنه من الضروري أن تطفو إلى السطح إرادة جماعية منفصلة عن الرأي الفردي للأشخاص المكونين لها، وقد كانت هذه غاية مبدأ الإجماع، حيث يحتفظ كل عضو باستقلاله التام مع تعزيز وحدة الجماعة حول القرارات التي صادق عليها الجميع.

ورغم أن الإجماع يحقق الحماية الكاملة لكل فرد في الجماعة، إلا أن له مساوئ عديدة عند اعتماده في كافة القرارات، بحيث يعطل سير عمل الجماعة،¹ وقد يؤدي إلى حلها، وبالتالي الفشل في

¹ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 353.

تحقيق الهدف المشترك، وهذا ما دعا الفقه عامة إلى وصف الإجماع بأنه مبدأ ضعف Principe de faiblesse مما يتعين معه ضرورة التخفيف من حدة هذا المبدأ.

إن الطبيعة الخاصة لشركة المساهمة تجعل منها مجالاً حيويًا لإسقاط هذه المقاربة، فالعدد الكبير للمساهمين وتوزعهم جغرافياً، يجعل من واقعة اجتماعهم وإجماعهم على رأي موحد أمراً بعيد المنال وذو أثر سلبي على الشركة، في الوقت الذي يتعين فيه اتخاذ القرارات التي تضمن استمراريتها وتحقيق المصلحة المشتركة للجميع، وفي نفس الوقت تجنب الانسداد وتعطل سير عمل الشركة إذا ما ظهر من بين المساهمين من يعارض هذه القرارات ولا يوافق عليها.

فواقع الحال كثيراً ما يُكذب فكرة أن تكون القرارات الصادرة عن الجمعية العامة تعكس فعلاً رغبة وإرادة مجموع المساهمين، على الرغم من الفكرة الشائعة حول افتراض أن تتطابق وتتسجم مصالح أطراف عقد الشركة، فهذه الفكرة تقترب من الاستحالة أكثر كلما زاد عدد المساهمين، حيث تتعدد أهدافهم وتطلعاتهم لواقع الشركة، وهذا ما يحيل إلى ضرورة اعتماد حل أكثر واقعية ومنطقية، وهو قانون الأغلبية، والذي يحقق مبدئياً التوازن المطلوب داخل الشركة، بحيث يحقق رغبة الأغلبية التي يفترض أن تمثل أو على الأقل تقترب من المصلحة الجماعية من جهة، ومن جهة أخرى يضمن تقادي الانسداد وعرقلة نشاط الشركة.

فالأمر إذن يتعلق برهان الفعالية التي يحققها قانون الأغلبية في شركة المساهمة، بخلاف القواعد العامة للعقود التي يحكمها من حيث الأصل قانون الإجماع.¹

إن هذا التمييز القائم بين العقود والتصرفات المدنية، وبين مداوات الجمعية العامة بالشركة المساهمة من حيث اعتماد الأولى على الإجماع والثانية على قانون الأغلبية، ينسحب وبنفس الكيفية عند المقارنة بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، وهذا ما يجعل من قانون الأغلبية يفرض نفسه في شركات المساهمة كمبدأ أصيل وليس كاستثناء²، رغم أن القانون يتطلب الإجماع بخصوص بعض قرارات الجمعية العامة والمحددة حصراً على ما سوف نرى لاحقاً.

¹ GOZIAN M, viandier. A, deboissey. F, droit des sociétés, lexisnexis, 25^{ème} éd, 2012, p233.

² Bee RECEVEUR, « la force obligatoire de contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés » thèse pour le doctorat en droit, université CERGY-Pontoise, 2006, p36-37

ثانيا: قانون الأغلبية تعبير عن ديمقراطية المساهمة

الديمقراطية هي نظام سياسي يمنح السلطة العليا للشعب الذي يمارسها بنفسه أو عبر ممثلين عنه يختارهم هو، وقد درج الفقه التجاري على إسقاط هذه الفكرة على واقع شركات المساهمة واعتبارها- ديمقراطية مصغرة- تتجسد فيها السلطات الثلاث المشكلة للنظام الديمقراطي،¹ حتى أن البعض يرى أن شركات المساهمة تقوم أساسا على المبدأ الديمقراطي، الذي يمتلك فيه المساهمون حق الرقابة على الشركة، وحق التصويت الذي يمكنهم من تكوين الإرادة الجماعية، وأكثر من هذا فالجهاز الذي يجمعهم(الجمعية العامة)، هي جهاز انتخابي وتشريعي في نفس الوقت.² على أن الأمر لا يجب أن يتجاوز حدود الخطوط العريضة لمفهوم الديمقراطية في إسقاطها على شركة المساهمة، كالتمثيل والتصويت وتوزيع السلطات وحرية إبداء الرأي، لأن التماهي في هذا التمثيل واستحضار كل التفاصيل، من شأنه أن يبرز لنا العديد من أوجه الاختلاف بينهما، وأولها طبيعة الرابطة-الاقتصادية-التي تجمع المساهمين، وحرية الانسحاب من الشركة والتصويت حسب الحصة وليس حسب الرؤوس..، لكن لا بأس هنا أن نستحضر نقاط التشابه لأنها تشكل منطلقا إيجابيا يساعد في تأصيل العديد من المفاهيم.

وانطلاقا من هذه الفكرة يعتمد بعض الفقه³ على ثلاث عناصر أساسية في تحديد مفهوم الديمقراطية في شركات المساهمة، أولا: أن الديمقراطية هي أن تحكم الجماعة نفسها بنفسها، وذلك عبر المحافظة على حرية أعضاء الجماعة والمساواة بينهم، ثانيا: أن من شروط الديمقراطية في الشركة توزيع السلطات، ووجود التمثيل واختيار الممثلين بانتخابهم، والمشاركة في اتخاذ القرارات الملزمة للجميع، ثالثا: أن الآثار المفترضة من تطبيق الديمقراطية في الشركة هي تحقيق المصلحة الجماعية، والحد من التعسف في ممارسة السلطة، والمحافظة على استقرار الجماعة.

ومن خلال طرح هذه العناصر تطفو للسطح فكرة السيادة التي يتمتع بها أعضاء الجماعة وهم تحديدا المساهمون في الشركة، فنظريا يمارس المساهمون سيادتهم من خلال التصويت بالجمعيات العامة على القرارات المتصلة بنشاط الشركة والتي تكون ملزمة للكافة، غير أن ما يחדش هذه الفكرة هو انقسام

¹ Arnaud Charpentier, « les actionnaires dans la gouvernance des sociétés cotées françaises », MASTER2, droit des affaires, université Paris1, 2012, p 05.

² BAHAR, Rashid. La démocratie comme principe directeur du droit des sociétés anonymes : mythes et réalités. In: Tschannen Pierre. *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*. Genève: Schulthess, 2005. p. 86

³ REMI Jardat, « de la démocratie en entreprise, quelques résultats empiriques et propositions théoriques », Revue française de gestion, 2012/9-n°228-229, p172.

جماعة المساهمين، بين مؤيد ومعارض لقرار محل التصويت، حيث ينتهي الأمر إلى أن تعلق إرادة الأغلبية على حساب الأقلية التي ليس أمامها سوى الخضوع والانصياع مكرهة لما يخالف رغبتها.

في حين يرى البعض الآخر أن خضوع الأقلية هو أمر طوعي ينبع من إيمانها بأن الأغلبية تُعبر عن الإرادة الجماعية التي يجب على الجميع الخضوع لها.

ومها كان الموقف بالنسبة لخضوع الأقلية لإرادة الأغلبية، فالثابت في كل الأحوال أن الأغلبية هي من يُقرر بالنهاية، وأن الأقلية وإن كانت تملك حق الاعتراض، إلا أنها لا تملك حق وقف قرار الأغلبية.

وقد حاول روسو تفسير وتبرير هذا التعارض عندما اعتبر أن احترام قرار الأغلبية هو بمثابة خضوع للإرادة الجماعية،¹ فالمؤيدون والمعارضون لقرار ما يمثلون بالنهاية مجموع المساهمين، إذن فالمساهمون هم أصحاب السيادة (بالنسبة للأغلبية) عندما يصوتون بالجمعية العامة لصالح قرار ما، وهم في نفس الوقت (بالنسبة للأقلية) خاضعون ومرؤسون عندما يقبلون التزام نتائج التصويت، رغم أنهم صوتوا ضد القرار المعتمد.²

فالمساهم عندما ينضم للشركة يكون قد ارتضى مسبقاً تطويع إرادته في سبيل إعلاء الإرادة الجماعية التي تعبر عنها الأغلبية،³ وهنا تظهر أهمية قانون الأغلبية في إدارة شؤون أي جماعة تشتغل في إطار تنظيم معين، ولهذا يمثل قانون الأغلبية المحور الذي تركز عليه كافة التنظيمات السياسية والاجتماعية والاقتصادية.⁴

ففي هذا الإطار تشكل فكرة التراضي منطلقاً أساسياً قامت عليه العديد من التيارات التي استرسلت في محاولة تبرير الأخذ بمبدأ الأغلبية كقاعدة أساسية تحكم أي تنظيم أو جماعة ذات هدف موحد، وهو الحال مع الدراسات التي قام بها عالم الاجتماع جون لوك John LOCKE في مؤلفه الشهير Le second traité du gouvernement والذي اعتبر فيه أن التراضي le consentement هو المرجع

¹ أنظر لتفاصيل أكثر: أمينة غميرة، مقال سابق.

² REMI JARDAT, art précité, p174.

³ وإن كان البعض قد أنكر هذه الفكرة واستبعد تقبل افتراض وجود إرادة ضمنية تقبل بالخضوع لإرادة الأغلبية مسبقاً « un consentement donnée à l'avance à un acte que l'on ne peut connaître ni dans son objet ni dont sa cause, n'est pas susceptible de créer l'acte juridique » - G Ripert, « la loi de la majorité dans le droit privé », Mélanges sugiyama, 1940, p351, cité par renée Kadouch, th-précité, p 401.

⁴ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 353.

في تفسير الأخذ برأي الأغلبية داخل الجماعة، انطلاقاً من التزام كل فرد من هذه الجماعة بتطويع إرادته لفائدة الإرادة الجماعية، إذ يقول بهذا الخصوص:¹

« Car, lorsqu'un certain nombre d'hommes ont, par le consentement de chaque individu, formé une *communauté*, ils ont par là même fait de cette *communauté* un corps, doté d'un pouvoir d'agir en tant que corps, qui n'existe que par la volonté et la décision de la *majorité*. Car ce qui fait agir une communauté quelconque n'est que le consentement des individus qui la composent; et puisqu'il est nécessaire à ce qui constitue un corps de se mouvoir dans une seule direction, il est nécessaire que le corps se meuve dans la direction où l'emporte la plus grande force, qui est le *consentement de la majorité*; dans le cas contraire, il est impossible qu'il agisse ou qu'il continue de former un corps ou *une communauté*, ce que le consentement de chaque individu qui s'y était joint avait pourtant voulu qu'il soit; ainsi chacun est tenu par ce consentement, de se laisser diriger par la *majorité* ».

بينما رأى البعض الآخر أن تجسيد الأغلبية لمعاني الديمقراطية داخل الجماعة الواحدة يرتكز على ما سُمي بـ: *les méthodes de partage équitable* أو أساليب التقاسم المنصف أو النزيه، من منطلق أن ما يجب أن يحكم الجماعة هو التقاسم العادل للسلطة، بالشكل الذي يحقق جميع الرغبات، وبشكل توافقي ودون إقصاء لأي طرف ولو تعلق الأمر بالأقلية المعترضة.²

وهذا ما يمكن أن يجعل من قبول الأقلية لقرار الأغلبية ليس من باب الخضوع لها، بل من باب أن للأقلية جزء من السلطة تمارسه دون أن تُرغم على ترك قناعتها ولو سلّمت بقرار الأغلبية، لأن هذه القناعة قد تصبح يوماً هي الرأي السائد إذا ما استجمعت الأقلية عناصر سلطة التقرير (أي أصبحت أغلبية).

والحقيقة أن هذا الفكر يعكس تطور المفهوم الديمقراطي لقانون الأغلبية في إطار شركة المساهمة، وتجاوز المنظور الكلاسيكي الذي سبق طرحه، وذلك بجعل الأقلية تشارك بشكل إيجابي في أغلب مراحل وضع القرار، من خلال احترام شروط تطبيق هذا القانون من شكليات تسبق اتخاذ القرار،

¹ John Locke, Le second traité du gouvernement, traduction en français Jean-Fabien Spitz, Christian Lazzeri, Paris, PUF, 1994, p 71

² Risse Mathias, « Justifier la règle de majorité », *Raisons politiques*, 2014/1, N° 53, p 53-54

والسماح لها بمناقشة جدول الأعمال، والمشاركة الكتابية أو الشفهية في المداولات، ليظل القرار النهائي بيد الأغلبية التي لا يجب أن تتعسف في اتخاذه حيث يكون للأقلية حق الاعتراض عليه أمام القضاء.¹

وهذا الوضع يعبر إلى حد بعيد عما وصلت إليه فكرة الديمقراطية الحديثة، التي يكون فيها لكل فرد في الجماعة الحق في المشاركة في مختلف مراحل وضع القرار، والتعبير عن رأيه بكل حرية، لكن دون أن يفرضه على غيره إلا في إطار الرأي الجماعي الذي تعبر عنه الأغلبية.

وعلى غرار الفقه الذي استرسل كثيرا في المفهوم الديمقراطي لشركة المساهمة، وأثره في تكريس مبدأ الأغلبية كقاعدة أساسية تكفل انتظام سير أشغال الشركة، فإن القضاء كذلك قد أدلى بدلوه في الموضوع، حيث اعتبرت مثلا محكمة بيروت في أحد قراراتها أن: " الشركات مؤسسات ديمقراطية تخضع للمقررات المتخذة من أكثرية المساهمين".²

ثالثا: قانون الأغلبية تبرره المصلحة الجماعية

إن فلسفة مبدأ الأغلبية تقوم على فكرة أن مصالح المساهمين هي متماثلة في الشركة الواحدة، هذه المصلحة المشتركة للمساهمين تفرض عليهم التزامات متماثلة، فكلا من المصالح والالتزامات المتماثلة تتبع من وحدة الهدف المشترك للمساهمين والذي ينظمه القانون الأساسي الذي ارتضاه المساهمون،³ ومن هنا فإن افتراض وحدة مصالح المساهمين، يقودنا ولو نظريا إلى افتراض أن القرارات الصادرة عن أغلبية المساهمين لا تستهدف سوى تحقيق الهدف المشترك للمساهمين، أي أن الأغلبية تستهدف مبدئيا تحقيق المصلحة الجماعية للمساهمين وللشركة.

ومن هنا يظهر أن مبدأ الأغلبية يفرض نفسه في شركة المساهمة اعتبارا لمفهوم المصلحة الجماعية الذي يقترن به،⁴ فالأخذ برأي الأغلبية عند البحث عن المصلحة الجماعية، يعود إلى أن أهمية

¹ أمينة غميرة، مقال سابق.

² قرار مذكور في : الجسر محمد نديم "الشخصية المعنوية في الشركات التجارية" أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، 1983.

³ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 351.

⁴ Céline Karam, « le droit de vote des actionnaires dans les assemblées générales des sociétés anonymes en droit libanais », DEA université libanaise, 2005, p 09.

الأغلبية في الشركة تجعلنا نعتقد أن المصالح الخاصة للأغلبية تطابق وتمائل مصلحة الشركة بشكل عام،¹ وأن ترجيح الأغلبية على الأقلية هي قاعدة ذات أهمية ولها ما يبررها بالنسبة لكل تجمع مُنظَّم.²

فالمصلحة الجماعية هي عامل حاسم لضبط وتحديد العديد من المفاهيم في الشركة، ومنها التأسيس لاعتماد مبدأ الأغلبية، ويظهر ذلك من خلال أن الصبغة الجماعية لعملية اتخاذ القرارات، قد تضرب المصلحة الجماعية في الصميم، مما يهدد الكيان القانوني المعنوي بالزوال، وذلك إذا ظهر من بين المساهمين من يعرقل تلك العملية بدعوى الحق في المشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية، فأحياناً تعرض أمام الجمعية العامة مشاريع قرارات على قدر كبير من الأهمية، ومن شأنها في حال المصادقة عليها أن تحقق المصلحة الجماعية للمساهمين وللشركة، وكل انسداد يعرقل عملية اتخاذ تلك القرارات نتيجة التصارع والانتصار للمواقف الشخصية، سيكون معولاً يهدم المشروع الاقتصادي ككل، ويكون تفعيل فكرة المصلحة الجماعية هنا، بمثابة صمام الأمان الذي يحفظ للشركة كيانها ووجودها الذي قد يتصدع جراء الانسداد، وأفضل ما قد تقتضيه حماية المصلحة الجماعية في هذه الحالة، هو اعتماد الأغلبية كقاعدة تحكم عملية اتخاذ القرارات، فالمصلحة الجماعية وفي كل الأحوال تُجِب المصالح الفردية للمساهمين، والذين عليهم الامتثال لقرارات الأغلبية منهم، لأنها يُفترض أن توافق وتخدم المصلحة الجماعية، وبهذا نصل لتحقيق التوازن بين فكرة العمل الجماعي الذي يسمح لكل مساهم بالشركة، بقول كلمته والتعبير عن موقفه، وفي نفس الوقت تسهيل عملية اتخاذ القرارات التي تخص مجموع المساهمين والشركة معاً.

إن افتراض استهداف قرارات الأغلبية للمصلحة الجماعية لم ينشأ عن أفكار فقهية مجردة، بل هو نتاج واستنتاج للعديد من الأحكام التشريعية- والتي إن لم تكن صريحة في ذلك- إلا أنها تعبر بصفة أو بأخرى على هذه الغاية، فالمادة 428 مدني جزائري تضمنت عبارة "... وأن يكون الحق لأغلبية الشركاء المنتدبين أن يرفضوا هذا الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً"، ويظهر أن حق الأغلبية في فرض إرادتها على الأقلية المعترضة، إنما هو إقرار من المشرع بأن جماعة الأغلبية يُفترض فيها أنها تسعى لتحقيق المصلحة الجماعية.

¹ Marie Danielle poisson, th précité, p200.

² Raymond Théodore Troplong, Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale, V 2, librairie MELINE, Bruxelles, 1843, p 702

كما تضمنت نفس المادة 428 عبارة: "أما إذا وقع الاتفاق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالإجماع أو بالأغلبية، فلا يجوز الخروج على ذلك، إلا أن يكون لأمر عاجل يترتب على إغفاله خسارة جسيمة لا تعوض"، وهذا النص يحمل في مدلوله إشارة قوية إلى أن القرارات الصادرة عن الأغلبية، إنما تستهدف تحقيق المصلحة الجماعية، والمشروع لم يسمح بالخروج عن تلك القرارات إلا استثناءً، وللضرورة التي تبررها الخسارة الجسيمة التي يمكن أن تلحق بالشركة من وراء قرار الأغلبية (أي ثبوت مخالفة قرار الأغلبية للمصلحة الجماعية)، فالمشروع يفترض أن قرار الأغلبية إنما الأصل فيه تحقيق المصلحة الجماعية.

أما بالنسبة للقضاء الذي يعد مصدراً للحلول واستنباط المبادئ، فإنه لم يتخلف عن ذلك، إذ أقرت محكمة استئناف باريس في أحد أحكامها، فكرة التلازم المفترض بين قرارات الأغلبية والمصلحة الجماعية،¹ وجعلته مصوغاً لفرض تلك القرارات على مساهمي الأقلية.

إذن فالمصلحة الجماعية تمثل مؤشر لمدى مشروعية قرارات الأغلبية، بحيث كلما زادت نسبة الأغلبية المصوتة على القرار كلما زاد افتراض استهدافها للمصلحة الجماعية في ذلك، وقد عبر أحد المؤلفين عن أهمية المصلحة الجماعية بالنسبة لقانون الأغلبية بالقول أن "المصلحة الجماعية القائمة في ظل تجمع هيكلية يضم المساهمين هي بمثابة الرباط الوثيق Le ciment لمبدأ الأغلبية،² كما اعتبرها البعض أنها المقياس أو المعلم المحدد لسلطة الأغلبية في الشركة،³ في حين يرى البعض الآخر أنها الأساس الوحيد الممكن تصوره بالنسبة لمبدأ الأغلبية.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن التماثل بين المصلحة الجماعية ومصلحة الأغلبية، ليست سوى قرينة بسيطة تبررها الحاجة لتسيير أمور الشركة،⁵ ولهذا يجب مراعاة نقطة مهمة، وهي أن فكرة المصلحة الجماعية كمبرر قوي لاعتماد قانون الأغلبية، تمثل من جانب آخر قيوداً جدياً على سلطة الأغلبية لا يجوز لها بحال أن تتجاوزها.

¹ CA. Paris, 02 Nov 1954. D 1954, p758 « si la majorité d'une assemblée générale peuvent, sous certaines conditions imposer des décisions valables à la minorité, c'est uniquement parce que celle-ci est présumée agir dans un intérêt social ».

² Le doux p, le droit de vote des actionnaires, LGDJ, 2002, p168

³ Marie-Danielle poisson, th précité, p201.

⁴ Renée Kadouch, th-précité, p 399

⁵ Ibid, p201 : « l'assimilation entre intérêt social et intérêt des majoritaires, n'est qu'une présomption simple justifiée par les nécessités du fonctionnement de la société »

رابعاً: مبدأ الأغلبية أفضل طريقة لاتخاذ القرارات الجماعية

إن العراقيل التي قد تعترض صدور أي قرار عن الجمعية العامة، تكمن في عملية اتخاذ القرار ذاته، وتحديدًا صعوبة أو استحالة الوصول إلى قرار يرضي الجميع وبشكل كامل، فكثيراً ما تكون الجمعية العامة أمام تنوع وتضارب في المواقف والآراء التي تمنعها من الوصول إلى اتخاذ القرار التوافقي والمناسب.

واعتباراً لهذه الصعوبة وأحياناً الاستحالة لاتفاق الجماعة بشكل مطلق ودائم على مختلف المسائل المعروضة للنقاش، والتي يتوجب مهما كانت الظروف اتخاذ قرار ما بشأنها، بحيث يعتبر هذا القرار جماعياً ولو خالف إرادة بعض أفراد الجماعة، فهنا تحديداً تبرز فكرة الأغلبية كأفضل وسيلة لاستخلاص القرارات الجماعية.

فقرار الأغلبية يعبر عموماً عن وجهة النظر الجماعية المتولدة عن المواجهة بين مختلف وجهات النظر، من خلال الحركية التي تصاحب التجاذب والأخذ والرد بين الآراء، مما يسمح بصياغة خلاصة تأخذ الإيجابيات دون السلبيات،¹ فهو يمثل على الأقل أحسن وأرجح الحلول في ظل الظروف والمعطيات المتميزة بالنسبة لكل مساهم، بحيث تكون قاعدة الأغلبية هنا تعبير على توافق أكبر عدد ممكن من الآراء، بما يسمح أن يضافي على القرار الصفة الجماعية حتى ولو لم يشارك فيه الجميع.

هذا التناقض الظاهري، بين اعتبار القرار جماعياً رغم أنه يقصي إرادة بعض أفراد الجماعة، وإن كان ينطوي على انتهاك وخرق لمبدأ نسبة العقود، إلا أن في هذا الخرق تحديداً يكمن سر اعتماد قرار الأغلبية للتعبير عن القرار الجماعي أو الإرادة الجماعية، ولهذا اعتبر البعض أن خرق قرار الأغلبية لمبدأ نسبية العقود هو أهم ميزة تسمح وتتيح لقانون الأغلبية أن يشكل عملاً جماعياً،² حيث يضمن هذا الوضع استمرارية الجماعة وانتظام سير أشغالها.

¹ أمينة غمزة، مقال سابق

² G rojou de Boudée, « ESSAI sur l'acte juridique collective », thèse Toulouse, 1961, p295

إن طبيعة العمل الجماعي الذي تقوم عليه شركة المساهمة يبرر اللجوء لهذه الوسيلة في اتخاذ القرارات، بل ويفرض اعتماد قانون الأغلبية كقاعدة عامة اعتبارا للفعالية التي يحققها،¹ لأنه إجراء عملي يُسهل كثيرا تسيير أمور الشركة.²

ومن أجل ذلك، فقانون الأغلبية هو أفضل الطرق لاتخاذ القرارات الجماعية،³ وهو الآلية الأكثر تحقيقا للتوافق بين مختلف الآراء التي يعبر عنها المساهمون بعد التناقش والتداول خلال اجتماعات الجمعية العامة.

المطلب الثاني: حق التصويت

لضبط أبعاد حق التصويت باعتباره الآلية الرئيسية لممارسة سلطة رأس المال، لا بد أولا من تحديد مفهومه (فرع أول)، ثم استعراض أهم المبادئ المرتبطة به (فرع ثان)، ونستكمل العناصر بتحديد الطبيعة القانونية لحق التصويت (فرع ثالث).

الفرع الأول: مفهوم حق التصويت

لا تختلف شركة المساهمة من خلال تركيبها وطريقة تسييرها عن المفهوم السياسي لأي تنظيم يضم مجموعة من الموارد البشرية والمالية.

لهذا كثيرا ما نجد فقهاء القانون التجاري يأخذون بالعديد من المفاهيم السياسية والدستورية، ويسقطونها على واقع شركات المساهمة، كالتمثيل والأغلبية واتخاذ القرارات الجماعية وحق التصويت، هذا الأخير يجسد رمز الديمقراطية في الجمعيات العامة.

والحقيقة في اعتقادنا أن فكرة التصويت هي أوسع من ذلك، فالتصويت يجد أساسه في طبيعة العمل الجماعي بشكل عام، أي كان مجاله أو وصفه، وإذا كان اتخاذ القرار على المستوى الفردي هو أمر يسير، لا يأخذ أكثر من أن يقرر الشخص في قرارة نفسه ما استقر عليه رأيه، وما وصل إليه تفكيره، ثم

¹ Sophie Shiller, les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, LGDJ, 2002, p187, « la justification du principe majoritaire établie par son efficacité »

² Dominique SCHMIDT, « Propos introductifs », RJ com, nov 1991, n° spécial, *La loi de la majorité*, p 07

³ Khaled Agumon, « REFLEXION SUR L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES DANS L'espace OHADA », thèse pour le doctorat, université jean moulin, Lyon, 2013, p 130.

يباشر تنفيذ ذلك، فإن عملية اتخاذ القرار على مستوى الجماعة هي عملية منظمة تحتاج إلى انسجام وتوافق مجموعة من الآراء.

ولأن القرار الجماعي ينبع من إرادة الجماعة، فهذا يتطلب المرور عبر إجراء أساسي يسمح بإفراغ المواقف الشخصية لكل فرد في قالب معين يضمن علانيتها وتجسدها أمام أفراد الجماعة، بمعنى أن الإرادة الكامنة لكل فرد تتحول إلى إرادة ظاهرة تُعبر وبكل وضوح عن موقف صاحبها، وهذا التعبير عن الإرادات الفردية بشكل تراكمي، هو ما يسمح بتشكيل الإرادة الجماعية التي تُقرّر للجميع.

ولهذا يمكن القول أن التصويت هو الآلية التي يعبر بها الفرد عن موقفه من مسألة ما معروضة أمام الجماعة ليقرروا بشأنها ما يرونه مناسباً لمصلحتهم المشتركة في إطار هذه الجماعة.

وحق التصويت هو أهم ركيزة لحسن سير أشغال ونشاطات الشركة، فبدونه لا يمكن اتخاذ القرارات بالجمعية العامة وهو الأمر الذي يعرض الشركة لخطر الانسداد، حتى أن العديد من الفقهاء أوردوا بعض التعبيرات القوية لوصف أهمية التصويت مثل " est...d'une très grande importance".¹ أو " le droit de vote est souvent présenté comme la prérogative la plus importante de l'actionnaire"² كما وُصف في مقام آخر بأنه " L'une des vaches sacrées en droit des sociétés".³

ولهذا فحق التصويت مثل دوما موضوعا متجددا ومجالا للنقاش في شركات المساهمة،⁴ بالنظر إلى ما تثيره ممارسة هذا الحق بين القاعدة العامة والاستثناءات التي يتغير مداها بين مختلف التشريعات، وحتى بالنسبة للتشريع الواحد بعد كل تعديل، وموقف الفقه والقضاء من كل هذه التطورات.

* أهمية حق التصويت

يعتبر حق التصويت أهم الحقوق الإدارية بالنسبة للمساهم، فرغم ارتباطه الوثيق بباقي الحقوق كحق حضور الجمعيات العامة وحق الإعلام، إلا أنه يبقى وفي كل الحالات أكثر ما يثبت به المساهم وجوده ويمارس به سلطته داخل الشركة، وسنحاول إبراز هذه الأهمية من خلال طرح مقارنة تقوم على التركيز على البعد الوظيفي، والنهائيات التي تصل إليها ممارسة كل حق.

¹ E.TYAN, « droit commercial », T1, librairie Antoine, 1968, p607,cité par Céline KARAM, th précité, p05.

² Maurice Gozian, Alain Viandier, Droit des sociétés, Litec, 1987, p 287

³ A.VIANDIER, "observation sur les conventions de vote", JCP.E, 1986, 15405.

⁴ Renée KADOUCHE, th précité, p03.

فحق الحضور والمشاركة بالجمعيات العامة مثلا متاح حتى لغير المساهمين، بينما حق التصويت لا يثبت مبدئيا لغير المساهم،* كما يمكن للمساهمين التصويت دون حضور الجمعيات العامة كأن يكون عبر الوسائل التقنية الحديثة Visioconférence أو أن يوكل المساهم غيره، أو أن يصوت بالمراسلة.¹

كما أن حق التصويت ينتج أثارا أوسع من تلك التي ينتجها حق الحضور، لأن التصويت يعني مشاركة المساهم في اتخاذ القرار الجماعي، وهو بذلك يمارس تأثيرا في حياة الشركة، في حين أن مجرد الحضور لا يشكل سوى إعلاما لفائدة من حضر الجمعية العامة، وفي أقصى الحالات يوفر إمكانية الاستشارة من المساهم الحاضر.²

ومن جهته، فحق الإعلام هو عنصر أساسي لتتوير المساهمين ليكونوا على دراية بأمر الشركة، وبالتالي القيام بواجبهم الرقابي على أعمال الإدارة، لأن أساس كل رقابة فعالة هو إعلام كاف وواف يحصل عليه المساهمون، إذن فالوظيفة التي يحققها الإعلام هي الرقابة التي يفرضها المساهمون على القائمين بالإدارة، لكن ماذا عن المآل الذي ينتهي عنده هذا الحق؟ بمعنى هل الرقابة التي يفرضها المساهمون من خلال حق الإعلام هي غاية بذاتها أم هي مقدمة لغاية أخرى؟

الأكد أن حق الإعلام هو حلقة أو عنصر من المكونات الخلفية للسلطة التي يمارسها المساهمون، وهو مظهر من مظاهر سلطة المساهم، لكنه لا يمثل غاية بذاته، فالرقابة الناشئة عن الإطلاع لا تضمن في غالب الأحيان أي فائدة عملية للمساهمين متى كانت مجردة، فقد يمارس المساهم حقه كاملا في الإعلام لكنه لا يعبر بعد ذلك عن أي موقف تجاه ما اطلع عليه، حتى أن بعض أنواع الأسهم كشهادات الاستثمار، أسهم ذات أفضلية في الربح دون حق تصويت، تمنح حاملها إعلاما كاملا، لكنها مفرغة من أي سلطة في الشركة لافتقارها لحق التصويت، لهذا لا يكون للإعلام أي أثر ما لم يترجم في مظهر مادي إيجابي، أي ما لم يولد رد فعل من المساهم، وإذا ما استثنينا لجوء المساهم للقضاء - كونه يستلزم تدخل طرف ثالث وفي حالات تخرج عن السير العادي لأمر الشركة-، فإن أهم رد فعل يلي

* على أن هناك بعض الاستثناءات ترد على هذه القاعدة سنعرض لاحقا.

¹ Yves Guyon, 'assemblées d'actionnaires', Rep sociétés, op-cit, p33 ; Marie Danielle P, th-précité, p167.

² Yves Guyon, « assemblées d'actionnaires », Rep sociétés, op-cit, p33.

الإعلام أو الاطلاع هو التصويت بالجمعية العامة، إما بمباركة النقاط والقرارات المعروضة بالمصادقة عليها، أو بمعاقبتها بالتصويت ضدها.

ومن خلال كل ما سبق، تظهر التراتبية بين مختلف عناصر ومكونات السلطة داخل الشركة، والتي يمثل فيها حق التصويت منتهى كافة الحقوق التي يمارسها المساهمون، ومآل كل التصرفات التي يقوم بها القائمون بالإدارة.

فالتصويت إذن، هو الأداة المثلى والأساسية لإصباح الشرعية على كل التصرفات التي تخص الشركة، وبعبارة أخرى هو الآلية القانونية الرئيسية لممارسة المساهمين للسلطة داخل الشركة، حتى أن هناك من يرى أن حق التصويت يترجم السلطة،¹ أو يمكن القول أنه هو السلطة ذاتها.

الفرع الثاني: المبادئ التي تحكم حق التصويت

اعتباراً لأهمية حق التصويت كونه رأس الحقوق السياسية للمساهم، والآلية الرئيسية لممارسة السلطة في الشركة، فهو محكوم بعدة مبادئ تضبط وتضمن ممارسته بالشكل المطلوب، ويظهر ذلك من خلال خضوعه لمبدأ التناسب (أولاً)، ومبدأ حرية التصويت (ثانياً)، وكذا مبدأ المساواة (ثالثاً).

أولاً: مبدأ التناسب

إن ظهور مبدأ التناسب كان ثمرة ونتيجة لترك وهجران مبدأ التصويت بحسب عدد الرؤوس²، وأول نص أسس لهذه القاعدة في فرنسا، هي المادة 27 من قانون 27 جويلية 1867 بمناسبة إلغاء الترخيص الحكومي لإنشاء شركة المساهمة،³ ويجب التتويه ابتداءً أن مبدأ التناسب ليس من النظام العام، لأن معظم التشريعات تتيح للأنظمة إمكانية مخالفة هذه القواعد وبأشكال وصيغ قانونية أو اتفاقية مختلفة، وقد اعتمد المشرع الجزائري مبدأ التناسب في الشركات التجارية عموماً، سواءً بالأحكام العامة للقانون المدني أو الأحكام الخاصة في القانون التجاري ويظهر ذلك في عدة مواضع:

أولاً، بخصوص تحديد الأرباح والخسائر، حيث نصت المادة 425 مدني جزائري على أنه إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال.

¹ عماد محمد أمين رمضان، مرجع سابق، ص 595.

² CELINE KARAM, op cit, p12.

³ Tristan AURAY, François MORIN, « le rapport de propriété dans les sociétés de capitaux », séminaires CREATIF, 30/05/2008, Toulouse, p09.

ثانياً بمناسبة قسمة أموال الشركة بعد تصفيتها حيث نصت م 447 على أن يسترد كل واحد من الشركاء مبلغاً يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال.

أما بالنسبة للتصويت وهو ما يهنا فلم يعتمد المشرع المدني مبدأ التناسب بل قرر قاعدة أخرى وهي التصويت بحسب عدد الرؤوس م 429.

بينما في شركة المساهمة يعتبر مبدأ التناسب القاعدة العامة التي تحكم علاقة المساهم بالشركة في مختلف أبعادها سواءً المالية أو الإدارية، وهذا راجع بالأساس إلى الاعتبار المالي الذي تقوم عليه شركة المساهمة كالمسؤولية المحدودة للمساهم حسب نسبة المشاركة في رأس المال وكذا الأرباح والفوائد، واقتسام فائض التصفية، وحقوق التصويت، وهذه الأخيرة مقررة بموجب المادتين 603-684 ت ج، والتي يتضح من تحليلها أن المشرع الجزائري قد اعتمد صورتين للتناسب في التصويت، الصورة الأولى تترجمها قاعدة "لكل سهم صوت واحد" أو ما يمثل التناسب المطلق، أما الصورة الثانية فهي التناسب على أساس الحصة التي تمثلها الأسهم في رأس المال "La quotité".

فبالنسبة للصورة الأولى أو التناسب المطلق لكل سهم صوت واحد "Action égal vote égal"، فهي تمثل المعيار standard أو القاعدة العامة لحساب حقوق التصويت في حال تساوي القيمة الاسمية لكل أسهم الشركة، بحيث يكون لكل مساهم عددً من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يحوزها، وهذه القاعدة ليست في جوهرها سوى تطبيقاً لمبدأ المساواة بين المساهمين.¹

فالتناسب بهذا الشكل يعكس الصورة المثالية أو المعيارية لشركة المساهمة التي تتساوى فيها حقوق المساهمين، سواءً المالية أو الإدارية في إطار التوازن الذي يحققه مبدأ التناسب بين مقدار المساهمة في رأس المال ومدى الحقوق التي تنتجها تلك المساهمة.

ويؤدي اعتماد مبدأ التناسب بهذه الصورة إلى عدم الفصل بين الأسهم وحقوق التصويت، وهو ما يجعل من صفة المساهم كافية للاعتراف بحق التصويت، وبشكل مجرد عن الحالة التي تكون عليها الأسهم أو نوعها، كأن تكون أسهم محررة كلية أو جزئياً، أسهم انتفاع أو رأس مال² ولا ينفصل فيها حق التصويت إلا بنص القانون.

¹ فريد العريني، مرجع سابق ص 281.

² Celine KARAM, op cit, p15.

وقد قرر المشرع الجزائري، هذا المبدأ بنص المادة 603 ت ج، التي نصت على أن لكل مكتتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي اكتتب بها، والملاحظ هنا أن المشرع لم يعتمد هذه القاعدة إلا بخصوص الجمعيات العامة التأسيسية دون باقي الجمعيات العامة، والسبب قد يرجع إلى أن المشرع أراد أن يكرس المساواة بين المكتتبين في بداية حياة الشركة، بالسماح للجميع بقول كلمته في حدود مساهمته، ودون أن تتجاوز السقف القانوني، خاصة في ظل وجود حصص عينية يجب أن يشارك الجميع في تقديرها لا أن يستقل بذلك قلة منهم، حتى أن المشرع وبغرض إتاحة الفرصة لأقلية المساهمين وتقادي هيمنة الأغلبية قد عمد إلى تسقيف حقوق التصويت بالجمعية التأسيسية في حدود 05% لكل مكتتب مهما كان عدد الأسهم المكتتب بها، وهذه هي الحالة الوحيدة التي تدخل فيها المشرع للحد من حق التصويت وبشكل مطلق.

تجدر الإشارة أن التناسب بهذا الشكل يمثل معيارا كميا في حساب حقوق التصويت بالنسبة لكل مساهم في الجمعية العامة، فالتناسب يتحقق هنا باعتماد عدد أسهم المساهم بالنسبة لمجموع أسهم الشركة، وأقرب الأوضاع التي تحقق هذا التناسب، هي إصدار الشركة لمجموع أسهمها بنفس القيمة الاسمية، ودون أي امتياز.

أما الصورة الثانية لمبدأ التناسب، وهي أن حقوق التصويت تتناسب مع ما تمثله قيمة الأسهم في رأس المال بالنسبة لكل مساهم¹، وقد نصت على هذه القاعدة المادة 684 ت ج بقولها: "... يكون حق التصويت المرتبط بأسهم رأس المال أو الانتفاع، متناسب مع حصة رأس المال التي تنوب عنها"، فمثلا إذا كان جزء من أسهم الشركة بقيمة اسمية 500 دج للسهم، وجزء آخر بقيمة 1000 دج للسهم، فإذا كانت الأولى تعطي لصاحبها الحق في صوت واحد، فالثانية حسب هذه الصورة من التناسب تُمثل بصوتين في الجمعية العامة، وقد كان المشرع الفرنسي قد أقر هذه القاعدة منذ قانون 1933/11/13²، ويبرر اللجوء لهذه الصورة من التناسب جواز إصدار الشركة لأسهم بقيم اسمية متفاوتة، بحيث يكون من غير اللائق أن تتمتع كلها بنفس حقوق التصويت، فالمساهم الذي يمتلك مثلا 10 أسهم بقيمة اسمية 1000 دج للسهم، يخاطر بقيمة مالية أكبر من المساهم الذي يمتلك 10 أسهم بقيمة 500 دج للسهم، لذلك يكون لكل مساهم حقوق تصويت تعادل النسبة التي تمثلها قيمة أسهمه في رأس مال الشركة. وبعبارة أخرى، تكون سلطة المساهم في الشركة بمقدار مسؤوليته عن ديون الشركة.

¹ G Ripert, R Roblot, op cit, p 1147; Philippe Merle, op cit, p308

² تقابلها المادة 174 من قانون 1966.

وهذا ما يجعل من التناسب بحسب نسبة الحصة "Quotité"، معيارا نوعيا قوامه النسبة التي تمثلها مجموع أسهم الشخص بالنسبة لمجموع رأس المال، فيقال مثلا أن هذا المساهم يمتلك نسبة 10% أو 20% من رأس مال الشركة، وتكون له بذلك حقوق تصويت مماثلة لتلك النسبة، أي 10% أو 20% من حقوق التصويت في الشركة.

على أن هذا لا ينفي حق الجمعية العامة في إقرار حقوق تصويت متساوية لأسهم بقيم اسمية متفاوتة، وتعد حينها الأسهم ذات القيمة الأقل أسهما ممتازة في التصويت.

وعلى كل، يبقى مبدأ التناسب وفي كل صورته، المعيار العام لقياس مدى السلطة التي يتمتع بها كل مساهم في الشركة.¹

ثانيا: مبدأ حرية التصويت

إذا كان حق التصويت من الحقوق المعترف بها للمساهم، فالأمر لا يتوقف عند هذا الحد، إذ لا بد من أن يتمتع المساهم كذلك بالحرية التامة في التصويت على نحو ما يراه صالحا لحفظ حقوقه وتحقيق المصلحة الجماعية.

ومقتضى حرية التصويت أن المساهم له كامل الإرادة في توجيه صوته نحو الموافقة أو الرفض، استنادا إلى الاطلاع السابق على الوثائق المعروضة والمناقشات التي تدور بالجمعية العامة²، فالتصويت في جوهره هو التعبير عن الإرادة الحرة والمستقلة لكل مساهم، وعلى ذلك فهو لا يمارس إلا من المساهم نفسه أو ممن ينوبه قانونا³، ويمثل هذا التعبير عن هذه الإرادة، خلاصة النقاش والتداول بالجمعية العامة.⁴

ومبدأ حرية التصويت هو من المبادئ الثابتة في قانون الشركات، لا سيما بالنسبة للقضاء الفرنسي الذي كان يرفض دوما كل اتفاق يمس بحرية ممارسة حق التصويت⁵، وتأسيسا على ذلك فقد

¹ Tristan AUVRAY, François MORIN, art précité, p 09.

² عماد أحمد أمين رمضان. مرجع سابق، ص 524.

³ Paul cordonnier, « l'actionnaire peut-il céder son droit de vote », journal des sociétés, 48^{ème} année, N°1, 1927, p 06.

⁴ G RIPERT, R ROBLOT, op cit, p 1183.

⁵ Ibid, 1182.

قضى بعدم جواز التنازل عن حق التصويت لأن الأمر يتعلق بحق أساسي مرتبط بصفة المساهم،¹ كما قضى ببطان وكالة التصويت غير القابلة للإلغاء، باعتبارها تنازلا من المساهم عن حقه في التصويت.²

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي والذي أغفل النص على مبدأ حرية المساهم في التصويت في قانون 1867³، فإنه تدارك الوضع بعد صدور قانون 31 أوت 1937 الذي فصل في الموضوع بشكل واضح حينما نص على أن البنود التي تتضمن في موضوعها أو في آثارها خرقا لحرية ممارسة حق التصويت بالجمعيات العامة تعتبر باطلة وعديمة الأثر.⁴

مع الإشارة إلى أن الاتفاقيات والبنود المحظورة قانونا وقضاءً، هي تلك التي تمس بحرية المساهم في التصويت على نحو لا يُعبر به عن قناعته الحقيقية، بينما الاتفاقيات الأخرى التي تستهدف تنظيم ممارسة حق التصويت فهي صحيحة مبدئيا، بمراعاة الشروط القانونية والقضائية في ذلك،⁵ على ما سنرى لاحقا.

هذا ولم يتخلف المشرع الجزائري أسوة بباقي التشريعات، في إقرار مبدأ حرية التصويت، وإن كان ذلك بمعرض تقرير المخالفات المتعلقة بالجمعيات العامة للمساهمين، حيث نصت المادة 814 ت ج على " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 20000 دج إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين: ... كل من حصل على منح أو ضمانات أو سمح له بمزايا الاستعادة من التصويت في اتجاه ما، أو يمتنع عن المشاركة فيه، وكذلك الأشخاص الذين ضمنوا أو وعدوا بهذه المزايا".

وهذا النص يحمل إشارة قوية لمبدأ حرية التصويت، وضرورة الالتزام بعدم المساس به بأي شكل من الأشكال، خاصة وأن الأمر يتعلق بعقوبات جزائية سالبة للحرية.

إذن فحرية المساهم في التصويت تقتضي أن يكون هذا الأخير، أولا: حرّ في ممارسة حق التصويت أو الامتناع عن ذلك، فلا يجوز إجباره على التصويت أو على عدم التصويت تحت أي ظرف

¹ C.A, Paris, 22 Fev 1933, D H, 1933.2, p258 ; Cass Req, 23 Juin 1941, journal des sociétés, 1943, p209 ; Cass com, 10 Juin 1960, bull Cass, 1960, 2, n°227, Rev sociétés, 1961, p34.

² Cass com, 17 Juin 1974, RDC, 1975, p 534, OBS, Houin, Rev société, 1977, p100.

³ Celine KARAM, op cit, p111.

⁴ Art 04 loi 13 Nov 1933, complété par le décret loi du 31 Aout 1937.

⁵ Yves, Reinhard, « le droit de vote de l'actionnaire », art précité, p 902.

كان، ثانياً: أن المساهم حرٌ في توجيه صوته وبالشكل الذي يراه مناسباً، فليس لأحد أياً كان أن يختار بدلاً عنه.

إضافة إلى ما سبق، يمكن أن يستشف مبدأ حرية التصويت من المبادئ العامة ولو لم يتم النص عليه صراحة، فاعتماد المشرع مبدأ الأغلبية كقاعدة عامة تحكم اتخاذ القرارات داخل الشركة، يمثل إقراراً ضمناً بمبدأ حرية التصويت، إذ بمفهوم المخالفة، نجد أنه في مقابل كل أغلبية صادقت على قرار ما، هناك أقلية عارضته، وجماعة من الممتنعين أو المتغيبين أساساً، وبالتالي فوجود أغلبية مصادقة وأقلية معارضة أو ممتنعة عن التصويت، يعكس الحرية التي يتمتع بها كل مساهم عند التصويت.

فالمشرع وحتى القضاء، لا يعارض مبدأً تصويت المساهم في أي اتجاه يراه مناسباً، ما لم يتعسف في استعمال حق التصويت.

ثالثاً: مبدأ المساواة

إن المساواة داخل تنظيم معين أو بين أفراد يشكلون جماعة ما، هي ذات بعدين مختلفين، مساواة عددية، والتي تتحقق عندما يتلقى أعضاء الجماعة بدون استثناء، حصص متساوية للشيء الموزع بينهم، ومساواة نسبية والتي تظهر من خلال حصول الأفراد على حصص بقيم متناسبة مع مقدار ما قدموه بينهم¹، والأكد أنه وبعد كل ما شهدته شركات المساهمة من تطورات في مختلف أحكامها، فإن الصورة الثانية من المساواة هي ما يطبع شركات المساهمة الحالية.

ولئن مثَّل هذا المبدأ وعلى مر تاريخ الشركات التجارية مفهوماً راسخاً يحكم المعاملة بين المساهمين، فإن العديد من الفقهاء الآن يرون فيه مبدأً نظرياً فقط، ومجرد افتراض لا يعبر عن الواقع²، حتى أن البعض يصفه بالشيطان القديم "Le vieux démon" في قانون الشركات³، وهذه النظرة طبعاً وإن كان فيها بعض التطرف والتكرار لفكرة سامية تحكم العلاقات بين أفراد الجماعة الواحدة، إلا أنها لم تأتي من فراغ، إذ لا يمكن إنكار أن مفهوم المساواة في شركات المساهمة قد تغير كثيراً بعد ظهور أنواع جديدة من الأسهم، والتي تمنح لحاملها حقوقاً مختلفة رغم المساواة بينهم في عدد الأسهم أو قيمتها.

¹ HELEN GUEBIDIANG, « la cession des droits sociaux de l'associé minoritaire », thèse pour le doctorat, université d'auvergne, 2010, p244.

² P Ledoux, op-cit, p35 ; M Jeantin « les catégories d'actions » recueil DALLOZ- Sirey, p1995, 12^{ème} CAHIER, p 88.

³ HELENE GUEBIDIANC, thèse précité, p248.

ومع ذلك تعتبر المساواة بين المساهمين إحدى اهتمامات وأولويات المشرع، فرعاية هذا المبدأ تشكل ضماناً وآلية فعالة لتفادي العديد من الإشكالات والأوضاع التي قد تعصف بالشركة وترهق القضاء، كالتعسف وتجاوز الصلاحيات أو الانتقاص من حقوق الأقلية، كما يضمن من جهة أخرى ممارسة سليمة وعادلة لسلطة رأس المال، حينما تطبق المساواة لمجموع أسهم الشركة أو على الأقل الأسهم من نفس الفئة بحيث تتمتع بنفس حقوق التصويت.

وما يلاحظ في هذا الخصوص، هو غياب نص صريح وجامع لمفهوم مبدأ المساواة، وهذا ربما ليس عيباً في التشريع، بل قد يكون ضرورة تملئها خصوصية شركة المساهمة، لا سيما مع التحولات التي شهدتها هذا المبدأ نفسه، بعد التخلي عن الصفة المطلقة للمساواة بين المساهمين، خاصة بالنسبة للتصويت حسب عدد الرؤوس أو الأغلبية الشخصية، فالاعتبارات التي بررت دخول العديد من الاستثناءات على هذا المبدأ، هي اعتبارات عملية ولها ما تحققه من عدالة توزيعية وحماية للحقوق.

ومع ذلك فهناك العديد من النصوص التي تتضمن إشارات سواء صريحة أو ضمنية حول ضرورة احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، وتقرير جزاءات مدنية أو جزائية عن كل إخلال بهذا المبدأ أو تجاوزه.

فبداية، تضمن القانون المدني نص المادة 426، والمتعلقة ببطلان عقد الشركة لوجود شرط الأسد، فالمشرع لم يرتضي أن يكون من بين الشركاء من يحتكر لنفسه حق الاستيلاء على كل أو جل أرباح الشركة، أو أن يعفي نفسه من تحمل خسائر الشركة.

كما تنص المادة 677 وما بعدها من القانون التجاري على حق المساهمين في الحصول على إعلام متساوٍ وبدون استثناء، وهو الوضع الذي تنتج عنه مساواة في الموقع الذي ينطلق منه كل مساهم عند التصويت، إضافة للمادة 715 م 04 التي تمنح لمندوب الحسابات سلطة التحقق من مدى احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، وهو يشمل مختلف الحقوق ومنها حقوق التصويت، كما تؤكد المادة 715 م 42 على أن جميع الأسهم العادية تتمتع بنفس الحقوق والواجبات، ولا يكون التمييز بينها إلا باختلاف طبيعة الأسهم ذاتها، فالأسهم من نفس الفئة، أو كافة الأسهم إن لم يكن هناك فئات متعددة، تتمتع بنفس القدر من الحقوق، دون أي اعتبار لشخص المساهم، تمييزاً أو محاباةً له.

كما كرس المشرع المساواة عند التصويت، عندما نص على جزاءات جنائية في حق رئيس الجلسة وأعضاء مكتب الجمعية الذين لم يحترموا أثناء اجتماع جمعية المساهمين الأحكام المتعلقة بحقوق

التصويت والملحقة بالأسهم (م821 ت ج)، إضافة لوجوب احترام الجمعية العامة للمساواة بين المساهمين عند تخفيض رأس المال (المادة 712 ت ج).

ومبدأ المساواة بين المساهمين عند التصويت ليس من النظام العام، وهذا ما تضمنته المادة 715 م 30 حينما نصت بمعرض تعريفها للقيم المنقولة بشكل عام ومنها الأسهم، أنها تمنح حقوقا مماثلة حسب الصنف، ما يعني جواز إصدار الشركة لعدة أصناف من الأسهم بحقوق تصويت مختلفة، على أن أهم ما يضبط هذه الوضعية هو أن اختلاف حقوق التصويت بالنسبة لمجموع أسهم الشركة، لا يجب أن يخرق المساواة التي تحكم الأسهم من نفس الصنف، وهذا ما أصبح يعبر عنه بالمساواة في المعاملة والذي يقتضي أن يتمتع كل المساهمين أو المساهمون من نفس الفئة، بنفس الظروف ويخضعون لشروط متطابقة فيما يخص ممارسة الحقوق في الشركة.¹

أما بالنسبة للشركات التي لم تصدر فئات مختلفة من الأسهم، فإن المساواة في حقوق التصويت تبقى هي الأساس، ولا يجوز مخالفتها بحال، ومع ذلك يمكن أن نشهد عمليا تحقق حالة المساواة المطلقة بين المساهمين عند التصويت، وذلك فيما لو كانت الشركة تضم عددا قليلا من المساهمين الذين يمتلكون جميعا نفس عدد الأسهم، ودون وجود فئات مختلفة من تلك الأسهم، وتعتبر الشركات العائلية الصغيرة أقرب ما يحقق هذا الفرض.

تجدر الإشارة بعد كل ما تم بسطه، أن فكرة المساواة بين المساهمين تبقى، ويجب أن تبقى قائمة كمبدأ أصيل ولو بكثير من الاستثناءات، لأنها تضمن حدا أدنى من العدالة التوزيعية للحقوق بين المساهمين بشكل يرتضيه الجميع، أو كما عبر عنها المشرع الجزائري بقوله أنها: " تمنح حقوقا متماثلة حسب الصنف"، أو قوله: " وتتمتع جميع الأسهم العادية بنفس الحقوق والواجبات ".

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لحق التصويت

ينطوي حق التصويت على مصلحة مزدوجة، فهو من جهة يسمح للمساهم بالمشاركة في إعداد الإرادة الجماعية، كما يمثل من جانب آخر وسيلة للدفاع عن المصالح الشخصية للمساهم في الشركة، هذه الازدواجية في الموضوع قسمت الفقه حول تفضيل أحد المفهومين على الآخر عند البحث عن الطبيعة القانونية لحق التصويت،² بين من قال بأن حق التصويت هو حق شخصي (أولا) وبين من قال

¹ PELTIER.F, « l'inégalité dans les offres publiques », revue de droit bancaire et financier, n°4, Juil-Aout 2003, p244.

² Marie Danielle Poisson, th précité, p171.

بأنه وظيفة(ثانيا) وبين من حاول التوفيق واعتبره حقا مختلطا(ثالثا)، ثم نختم باستعراض رأينا في الموضوع (رابعا).

أولا: حق التصويت ذو طبيعة شخصية

بالنسبة لهذا الاتجاه- وهو ما نميل إليه مبدئيا-، يمثل حق التصويت أحد الحقوق الفردية للمساهم،¹ وهو أهم حق من طائفة الحقوق غير المالية، والتي يضمن من خلالها المساهم الدفاع عن حقوقه المالية في الشركة، إذ أنه يشكل وزنا مضاداً للمخاطرة التي يتحملها المساهم في أمواله التي قدمها كحصة في رأس مال الشركة،² لأنه يسمح بمعاينة أو بمباركة تسيير أمواله التي عهد بها إلى القائمين بالإدارة، وقد أثر هذا التوجه في قناعة المشرع الفرنسي، وهذا ما جعله ينص بقانون 13 نوفمبر 1933 على أن حقوق التصويت المرتبطة بالأسهم تكون متناسبة مع الحصة التي تمثلها في رأس المال.³ هذه الصفة أكدها القضاء⁴ ومنذ زمن بعيد، حيث اعتبرته محكمة النقض الفرنسية كحق خاص لا يمكن لأي أغلبية أن تسلبه من المساهم.

ثانيا: الطبيعة الجماعية لحق التصويت "حق وظيفة" Droit fonction

وفقا لهذا المفهوم، فالمساهم لا يصوت فقط لحماية مصالحه المالية الخاصة في الشركة، ولكن أيضا لضمان حسن سير أشغال الشخص المعنوي.⁵ وتمثل الفكرة النظامية للشركة السند الرئيسي لاعتبار حق التصويت كوظيفة، من حيث أنه يخدم مصلحة الشخص المعنوي التي تعلق على كل المصالح الفردية، ولهذا تحريم مختلف التشريعات المساهم الذي تتعارض مصالحه مع مصلحة الشركة من حق التصويت، كأن تكون له منفعة خاصة في التصرف المعروض على التصويت.⁶

واعتباراً من أن قرارات الجمعية العامة التي تخص الشركة لا تتحقق بدون تصويت شخصي من المساهمين، والأغلبية التي تصادق على القرار تعبر عن الإرادة الجماعية، كما يعبر التصويت عن

¹ G Ripert. R Roblot, op cit, p1180, Philippe Merle, op cit, p307.

² Celine KARAM, op cit, p14.

³ Jean-Noirel, les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, T1, 2^{ème} éd, Sirey, 1976, p267.

⁴ Cass civ, 07 Avril 1932, D, 1993.1, p153.

⁵ Jean Noirel, op cit, p267.

⁶ Celine KARAM, op cit, p09.

تراضي المساهمين حول القرار الجماعي، وبالتالي المساهمة في تحديد المصلحة الجماعية، وهنا تتحد الغاية من التصويت مع غاية الشركة¹، بحيث يخرج التصويت من دائرة الحق الشخصي ويرتقي لخدمة مصلحة عُليا (مصلحة الشركة).²

ويستدل البعض على ذلك بأن التصويت بمجلس الإدارة يمثل وظيفة، لأن كل عضو يهدف من التصويت إلى إتمام وظيفته في إدارة الشركة وليس لحماية مصالحه الخاصة،³ وهذا ما لا نوافقه تماما، على أساس أنه لا يصح في هذه الحالة قياس التصويت بالجمعية العامة على التصويت بمجلس الإدارة، نظرا للفرق الجوهرى بين طبيعة الجهازين، وللأحكام التي تنظم سير عملهما، وإلا لجاز لنا كذلك إسقاط التصويت حسب عدد الرؤوس والذي يتم بمجلس الإدارة على الجمعية العامة كذلك.

ثالثا: الاتجاه التوفيقي

بالنظر إلى صعوبة الترجيح المطلق لأحد المفهومين على الآخر، ذهب البعض إلى فكرة الطبيعة المختلطة لحق التصويت⁴، باعتباره حقا شخصيا وحقا جماعيا أو وظيفة في نفس الوقت، فهو يظهر حسبهم كوسيلة للدفاع عن الحقوق المالية للمساهم، وفي الوقت ذاته هو إجراء أساسي لسير الشركة⁵، حتى أن محكمة العرائض الفرنسية ذهبت أبعد من ذلك حين اعتبرت أن حق التصويت يشكل حقا أساسيا للمساهم، وفي نفس الوقت هو تنفيذ للالتزام تعاقدى في ذمته تجاه الشركة.⁶

ولا شك أن هذا موقف متطرف نوعا ما، وهو ما عرّضه للعديد من الانتقادات، فحق التصويت يبقى وفي كل الظروف حقا للمساهم وليس التزاما عليه، فهو يملك ممارسة أو عدم ممارسة هذا الحق مع مراعاة أن لا يشكل هذا الامتناع تعسفا من جانبه.⁷

ولهذا وتقاديا لما طال هذا الرأي من انتقادات، من أنه يعقد أكثر الموضوع ولا يفصل في طبيعة حق التصويت،⁸ فضلا عن أن فكرة الحقوق المختلطة أساسا لا يعترف بها الكثير من الفقهاء،⁹ لأن الحق

¹ Renée KADDOUCH, th précité, p411.

² R David, « le caractère social du droit de vote », journal des sociétés, 1929, p 401

³ Jean Noirel, op cit, p267.

⁴ Noëlle lesourd, « l'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », RTD com, 1962, p 14

⁵ P. Coppens, « l'abus de majorité dans les sociétés anonyme », thèse, Paris, 1945, p83, Cité par Céline KARAM, p 08

⁶ Jean Noirel, op cit, p266-267.

⁷ Yves Guyon « assemblées d'actionnaires » op-cit, p33.

⁸ P. Le doux, op-cit, p12.

⁹ Ibid, p14.

لا يكون مطلقاً ومقيداً في نفس الوقت،¹ ذهب البعض إلى طرح تصور آخر مفاده أن يتم الاحتكام لمعيار المصلحة الجماعية في تحديد طبيعة حق التصويت، فمتى كان التصويت يهدف لتحقيق مصلحة خاصة للمساهم اعتبر حقا شخصيا، ومتى كان يرعى مصلحة أعلى من مصلحة صاحبه اعتبر وظيفة.²

ومن جهتنا نرد على هذا التمييز بأنه غير عملي وإن كان منطقيا بعض الشيء، ففي غياب قرائن جدية فإن الدوافع النفسية لا تقوم منفردة كمعيار لتحديد طبيعة حق التصويت، كما أنه يتعين المرور أمام القضاء كل مرة ليبحث ويقرر ما إذا كان المساهم يصوت لمصلحته الخاصة أو للمصلحة الجماعية، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا لاحقا أي بعد كل تصويت، مما يجعل هذا المعيار غير قادر على تفسير طبيعة حق التصويت ابتداءً، ناهيك عن أن المصلحة الجماعية نفسها هي مفهوم مرن ومتغير حسب الظروف، فالمراد ليس إعطاء تكييف قانوني لتصويت المساهم بعد كل جمعية عامة، بل تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق ابتداءً وبشكل عام.

رابعاً: الرأي الخاص

بما أن المفهوم المزدوج لهذا الحق يحمل جانبا من الصحة بالنسبة لكل اتجاه، فهذا ما يدعونا إلى طرح تقسيم آخر يعتمد على التمييز بين المساهم والجمعية العامة، ومن ثمة النظر إلى حق التصويت من زاوية كل طرف على حدى، أي ماذا يمثل حق التصويت بالنسبة للمساهم، وماذا يمثل حق التصويت بالنسبة للجمعية العامة، وهنا نرى أن حق التصويت هو حق شخصي بالنسبة للمساهم، وهو وظيفة بالنسبة للجمعية العامة.

فبالنسبة للمساهم، فما يدعونا إلى القول بما اتجه إليه جانب من الفقه³، الذي اعتبر التصويت حقا شخصي للمساهم وليس وظيفة، هو أن المساهم يمارس حقه في التصويت في إطار مبدأ حرية التصويت، سواء حرية ممارسة التصويت من عدمه، أو حرية التصويت في أي اتجاه يراه مناسبا، وهذا ما يتنافى مع فكرة الوظيفة، كما أن حق التصويت يمثل مجالا لإعمال الجانب التعاقدى بين المساهمين، فهو موضوع للعديد من الاتفاقيات، كالتصويت بالوكالة، أو البنود النظامية التي تستبعد المساهم من التصويت مدة معينة بعد انضمامه للشركة⁴، أو الاتفاق الذي يسمح لإحدى الشركات بتملك أغلبية

¹ E Gaillard, op-cit, p 38

² Celine KARAM, op cit, p10 et S

³ G Ripert. R Roblot, op cit, p1180.

⁴ G Ripert, R Roblot, op cit, p1181

الأصوات في شركة أخرى¹، وغيرها من الاتفاقيات التي تنظم حق التصويت في إطار سلطان الإرادة، والذي يجد مجاله في الحقوق الفردية والشخصية، أضف لذلك أن حق التصويت يمثل في جوهره قيمة مالية، والثابت أن مفهوم القيمة مرتبط أساساً بالحقوق الشخصية وليس بالحقوق الوظيفية²، فضلاً عن أن اعتبار حق التصويت وسيلة للتعبير عن الإرادة، لا يجعله تماماً في مرتبة الوظيفة.

أما بالنسبة للوظيفة فهي مستبعدة بالنسبة لمالك الأسهم (مصدر حق التصويت)، وهي أقرب ما تكون لأن تمارسها جمعية عامة تتعقد لإتمام مهام محددة وفقاً للقوانين والأنظمة، فالجمعية العامة كجهاز داخل الشركة لا تمارس حقوقاً (بالمفهوم المرتبط بملكية الأسهم) بل سلطات وصلاحيات خولها لها القانون لا يجوز لها أن تتجاوزها، وإلا أُبطلت قراراتها يعيب تجاوز السلطة، كما أن التصويت بالجمعية العامة تسبقه إجراءات معينة (الدعوى للحضور، إعلام المساهمين، النصاب، الأغلبية...)، وكل إخلال بها يعرض قرارات الجمعية العامة للبطلان، أضف لذلك أن الجمعية العامة ملزمة باتخاذ قرار ما يخص جدول الأعمال المعروض للتصويت، وإلا جاز للقضاء الحكم بحل الشركة على أساس الانسداد الحاصل في سير أشغالها.³

وكل هذه الأمور في اعتقادنا، لا يمكن تفسيرها سوى بأن الجمعية العامة تؤدي وظيفتها داخل الشركة وفقاً لما تحدده القوانين والأنظمة.

وعلى كل، ومهما كان الموقف من حق التصويت، إلا أن الثابت أنه يمثل الأداة أو الوسيلة القانونية الأبرز لممارسة المساهم لسلطته داخل الشركة، فحق التصويت بشكل عام ومجرد، هو الآلية التي يعبر بها المساهم عن موقفه من قرار معين معروض أمام الجمعية العامة إما بقبوله أو برفضه، وهو بهذه الطريقة إذ يمارس سلطته الفردية فيما يراه ويقتنع به - بغض النظر عن خلفيته في ذلك - إنما يساهم من جانب آخر في تشكيل السلطة الجماعية التي تمثل مجموع رأس المال أو أغلبيته.

¹ المادة 2/731 ت ج.

² P. Le doux, op-cit, p51.

³ Cass com, 12 Mars 1996, Rev. Soc, 96, p554

المبحث الثاني: قرارات الجمعية العامة تعبير عن الإرادة الجماعية للمساهمين

اعترف المشرع للمساهم بمجموعة من الحقوق يضمن من خلالها ممارسة سلطته في الشركة، وإذا كانت بعض الحقوق يمكن ممارستها خارج محيط الشركة، كحق اللجوء للقضاء وحق الإعلام الذي توفره أسواق الأوراق المالية، فإن حق التصويت وهو أهم هذه الحقوق في التعبير عن الإرادة الجماعية من حيث اتصاله مباشرة بسلطة التقرير، لا يمكن ممارسته إلا في إطار الجمعية العامة التي تضم مجموع المساهمين.

فحق التصويت بالنسبة لكل مساهم هو تعبير عن إرادته الحرة والشخصية، والتي يهدف من وراءها إلى تحقيق الهدف الذي انضّم على أساسه للشركة، أي تحقيق مصلحته المتضمنة في المصلحة المشتركة، وبتجميع حقوق التصويت في الشركة، يصدر قرار الأغلبية -الذي يُعبر مبدئياً عن الإرادة الجماعية- في إطار قانوني منظم هو الجمعية العامة للمساهمين (مطلب أولاً):

على أن الأمر لا يكتمل لتوضيح أهمية هذا الجهاز، إلا من خلال استعراض مظاهر سلطة الجمعية العامة في الشركة (مطلب ثان).

المطلب الأول: الجمعية العامة هي الإطار العام لاتخاذ القرارات بالشركة

الجمعية العامة هي السلطة العليا في أية شركة، وهي صاحبة الاختصاص باتخاذ (أو على الأقل المصادقة) على جميع القرارات المتعلقة بالقضايا الثانوية أو الجوهرية في الشركة، والتي تتجاوز سلطات مجلس الإدارة أو أي جهاز آخر بالشركة في إطار عمليات التسيير اليومي.

وكما هو معروف، فإن هناك مسائل حيوية، دورية واعتيادية تختص بها الجمعية العامة العادية، وتتنظر فيها سنوياً، وهناك مسائل مصيرية تختص بها الجمعية العامة غير العادية، فالجمعية العامة هي صاحبة القرار سواءً في المسائل الروتينية الاعتيادية، أو في المسائل الجوهرية الاستثنائية، ويتجلى بذلك دورها السيادي فيما إذا قامت بأداء مهامها على الوجه الصحيح، وهنا يبرز دور المساهم الفعال في ممارسة حقوقه في الشركة، فمجموع المساهمين هم من يكون الجمعية العامة لأية شركة، وعليهم تقع مسؤولية ممارسة الحقوق التي كفلها لهم القانون.

وعلى هذا سنتناول عملية اتخاذ القرارات بالجمعية العامة (فرع أول)، وكذا شروط اتخاذ القرارات بالجمعية العامة (فرع ثان).

الفرع الأول: اتخاذ القرارات بالجمعية العامة

إن عملية اتخاذ القرارات من طرف الجمعية العامة ليست عشوائية ولا عفوية، وهي وإن كانت نتاج لإرادة المساهمين، إلا أن هناك إطارا قانونيا محددًا يجب أن تمارس فيه، فالمشرع وإن اعترف للمساهمين بسلطة التقرير عبر الجمعية العامة، إلا أنه ضبط ذلك من خلال تنظيم حق الحضور بالجمعية العامة (ثانياً)، وشكليات انعقاد الجمعية العامة (ثالثاً)، وكيفيات التصويت بالجمعيات العامة (رابعاً)، وسنعرض لكل ذلك بعد تناول أهمية الجمعية العامة (أولاً).

أولاً: أهمية الجمعية العامة

تعتبر الجمعيات العامة السلطة العليا في شركات المساهمة، وهي تجسد من حيث المبدأ، الطريقة الديمقراطية، حيث يكون فيها لجميع المساهمين دور سواء في الرقابة على إدارة الشركة وسير أعمالها أو في تعديل نظامها بحيث يوافق إرادة المساهمين وأهدافهم.

وتتعدد الجمعيات العامة للمساهمين وتختلف بحسب الأهداف التي تسعى الجمعية لتحقيقها، فقد تكون جمعية تأسيسية، أو جمعية عامة عادية، أو جمعية عامة غير عادية، وفي كل الأحوال فهي تتكون من المساهمين الذين يجتمعون فيها لاتخاذ القرارات اللازمة لسير الشركة،¹ وتعتبر قرارات الجمعية العامة ملزمة لمجلس الإدارة ولجميع المساهمين الذين حضروا أو لم يحضروا الاجتماع، شرط أن تكون تلك القرارات قد صدرت بطريقة صحيحة وطبقاً للقوانين،² ولأنظمة الشركات.

والجمعية العامة تمارس مهامها بصفة سيادية، فهي لا تتلقى توكيلاً من أي جهة، ولا توجيهها للتحرك في أي اتجاه، بل على العكس من ذلك، فهي من تُوكّل وتوجه باقي الأجهزة، كما أن اختصاصاتها أصيلة وحصريّة، حتى أنه لا يجوز لها في غالب الأحيان تفويضها كتعيين وعزل مجلس الإدارة.³

وتمثل الجمعية بشكل عام، إطاراً قانونياً لتعبير المساهمين عن إرادتهم، وممارستهم للسلطة الناشئة عن الحقوق التي يتمتعون بها، فخلال الجمعية العامة يمكن لكل مساهم المشاركة في إدارة الشركة

¹ إيلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج12، ط1، 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص05، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 910.

² فوزي محمد سامي. مرجع سابق، ص361.

³ Stéphane MERCIER, « le rôle de et l'importance de l'assemblée générale annuelle », Pacioli, n°359, Mars 2013, p01

عبر اختيار من يمثله في الإدارة والتسيير أو عزله، كما يحق لكل مساهم استوفى الشروط القانونية الترشح لعضوية مجلس الإدارة، وفي الجمعية العامة يعين المساهمون مندوبي الحسابات، ويناقشون القائمين بالإدارة حول أعمال الإدارة والتسيير، ويصادقون على العقود والنقاط المدرجة بجدول الأعمال الذي يعده مجلس الإدارة، ولهم كذلك إدراج مشاريع قرارات بجدول الأعمال،¹ إلى غيرها من الصلاحيات والسلطات التي لا يمكن ممارستها إلا في إطار جمعية عامة تضم كل المساهمين، حتى أن حق التصويت وهو رأس الحقوق السياسية، لا يمارس إلا في إطار جمعية عامة، لذلك فإن فعاليته مرهونة بمدى كفاءة الجمعية العامة في إدارة شؤون الشركة.²

وتضمن الجمعية العامة للمساهمين في سبيل ذلك، الإطلاع على مختلف الوثائق والمعلومات حول ما يجري التداول بشأنه سواء قبيل انعقاد الجمعية العامة عبر الوثائق المبلغة لهم وفقا للمواد (677-678) ت ج، أو أثناء انعقادها لا سيما توجيه الأسئلة واستجواب القائمين بالإدارة، وهي آليات تسمح بتتوير المساهمين حتى يتمكنوا من أداء واجبهم الرقابي على أكمل وجه.

ثانيا: حق الحضور بالجمعية العامة

يمثل حق المساهم في الحضور للجمعية العامة أحد الحقوق الأساسية التي لا يجوز حرمان المساهم منها،³ وهو حق مطلق كونه يترتب على مجرد اكتساب صفة المساهم في الشركة،⁴ ولئن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة بالقانون التجاري على هذا الحق ولم يقيدده، فهو بالمقابل، لم يتضمن كذلك أي نص يجيز لأنظمة الشركات تقييد هذا الحق أو الحد منه، كاشتراط عدد معين من الأسهم للتمتع بحق حضور الجمعية العامة، وهذا بخلاف بعض التشريعات التي تجيز للأنظمة إدراج بند يقضي بتحديد عدد الأسهم التي يشترط امتلاكها من أجل حضور الجمعية العامة.⁵

¹ المادة 3/678 ت ج ، وإن كان المشرع الجزائري لم يبين لا كيفية تقديم مشاريع القرارات ولا آجال تقديمها ولا حتى

نسبة الأسهم التي يجوزها المساهم أو المساهمون للتقدم بتلك المشاريع، وهذا ما يجعل من هذا الحق-لاسيما في ظل خلو نظام الشركة من أي تحديد لها منقوص الفعالية على الرغم من أهميته في تكريس سلطة المساهمين في الشركة.

2 Neumayer Karl, « l'information et le pouvoir des actionnaires en Allemagne, droit en vigueur et projet de reforme », revue international du droit comparé, V14, n°2, 1962, p 329

³ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 927، فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 488، أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 238.

⁴ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 306.

⁵ المادة 165 من القانون التجاري الفرنسي لسنة 1966

ويرى الفقه عامة أن هذا التحديد لا يخالف القانون، بل بالعكس هو أمر عملي نظرا لكثرة عدد المساهمين، بحيث لا يتسع مكان الاجتماع لحضور الجميع، فهذا التحديد لا يؤدي لحرمان المساهم من الحضور المطلق، إذ يكون له أن يشترك مع غيره لبلوغ نصاب الحضور ثم تفويض أحدهم للحضور وتمثيلهم¹.

وحق الحضور مكفول لكل مساهم ثبتت ملكيته لسهم أو أكثر من أسهم الشركة مهما كان نوع تلك الأسهم ومهما كانت طبيعتها، سواءً أكانت أسهم عينية أو أسهم نقدية، أسهم اسمية أو أسهم لحاملها، أسهم تمتع أو أسهم رأس مال، أسهم عادية أو أسهم ممتازة، وهذا تأسيسا على الصفة الجوهرية لحق الحضور والمشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية بالنسبة لكل مساهم في الشركة.

ويثبت حضور المساهمين كتابيا بموجب ورقة للحضور تُمسك في كل جمعية عامة مصدق عليها من مكتب الجمعية، وتتضمن البيانات الأساسية لكل للمساهمين الحاضرين والمساهمين المُمثّلين، ووكلائهم وعدد الأسهم التي يمتلكها كل مساهم موكل، وعدد الأسهم محل الوكالة²، وهذا ما يضمن تعريفا بهوية المساهمين المشاركين بالجمعية العامة.

وللمساهم الحق في الحضور بنفسه، وهذا هو الأصل الذي يفترض أن يطبع اجتماعات الجمعية العامة، لأن الأمر بالنهاية ينطوي على تصرف من جانب المساهم يعبر من خلاله عن إرادته الحرة، وبما يخدم مصالحه في الشركة، على أنه يجوز له توكيل غيره في حضور الجمعية العامة والتصويت مكانه.

أما بالنسبة لحضور أعضاء مجلس الإدارة، ومع أن الأمر يعتبر بديهي بالنسبة لهم، إلا أن المشرع الجزائري قد أغفل تنظيم الموضوع، ولم يتضمن نصوصا صريحا بخصوص حضور أعضاء مجلس الإدارة، ولم يبين كذلك ما إذا كان يتعين حضورهم جميعا، أو الاكتفاء بحد أدنى من الأعضاء، وكذا مصير المداولات في حال تغيبهم أو تغيب بعضهم، وما إذا كان يتعين حضور الرئيس (رئيس مجلس الإدارة)، أو أنه يجوز له أن ينيب أحد الأعضاء مكانه.

ومن جهتنا نرى أنه وفي ظل غياب أي بند بنظام الشركة يسد هذا الفراغ، فالأقرب هو اعتماد النصاب المحدد بالمادة 626 ت ج، والخاص بمداولات مجلس الإدارة، وبالتالي وجوب حضور نصف

¹ فريد العريني، مرجع سابق، ص 276.

² المادة 681 ت ج

عدد الأعضاء على الأقل، أما بالنسبة لرئيس مجلس الإدارة فلا نرى عيبا في تغييره متى ما أُناب عضوا آخر ليخلفه بصفته تلك.

بالإضافة إلى ذلك يتقرر حق الحضور بالجمعية العامة لمندوب الحسابات،¹ باعتباره طرفا أساسيا في الشركة، على الأقل بالنسبة للجانب الرقابي الذي يمارسه في إطار مهامه لفائدة المساهمين في الشركة.

ثالثا: انعقاد الجمعية العامة للمساهمين

لا تنعقد الجمعية العامة للمساهمين إلا بعد إعداد الوثائق اللازمة والتي تخص نشاط الشركة خلال السنة المالية المتداول بشأنها، لا سيما الجرد والميزانية، وتكون عادة بعد بضعة أشهر من قفل السنة المالية²، وقد حددت المادة 676 أجلا أقصى لانعقاد الجمعية وهو ستة أشهر من قفل السنة المالية، فيما عدا تمديد هذا الأجل بأمر من الجهة القضائية المختصة بناء على طلب من مجلس الإدارة أو المديرين حسب الحالة، والملاحظ على نص المادة 676 ت ج، أنه وبخلاف الصياغة الفرنسية للنص والتي جاءت واضحة، فإن النص العربي قد تميّز بسوء صياغة، حيث نص المشرع على: "تجتمع الجمعية العامة العادية مرة على الأقل في السنة خلال الستة أشهر التي تسبق قفل السنة المالية..."، وهي عبارة غامضة ومعجزة عند التطبيق الحرفي لها، إذ يكون اجتماع الجمعية العامة حينها خلال نفس السنة المالية للمصادقة على حساباتها التي لم تكتمل بعد، وهو وضع غير منطقي، والحال أن يكون الاجتماع خلال الستة أشهر التي تلي قفل السنة المالية، والقضاء الجزائري مستقر على هذا، حيث أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها على أنه: "من المقرر قانونا أن عمليات السنة المالية وإجراء الجرد وحساب النتائج والميزانية الناشئة عن المديرين تعرض على جمعية الشركاء للمصادقة عليها في أجل ستة أشهر اعتبارا من قفل السنة المالية"³.

ولهذا ندعو المشرع الجزائري لتدارك هذا الخلل بإعادة صياغة النص بما يستقيم والمعنى

المقصود منه.*

¹ المادة 715 مكرر 12 ت ج

² G Ripert, R Roblot, op cit, p1156.

³ قرار رقم 192189، مؤرخ في 1999/05/08، المجلة القضائية لسنة 2000، العدد الأول، ص 129
* مع العلم أن صياغة المادة 645 من قانون 1975 الملغاة والمستخلفة بالمادة 676 كانت سليمة ودقيقة إذ نصت على:
تجتمع الجمعية العادية مرة واحدة على الأقل في السنة وخلال ستة أشهر من قفل السنة المالية.

نقطة أخرى في غاية الأهمية أغفلها المشرع الجزائري، وهي حالة عدم انعقاد الجمعية العامة خلال الأجل المحدد (سنة أشهر من قفل السنة المالية)، وهي الحالة التي يترتب عليها تعطل نشاط الشركة وعدم انتظام حساباتها بما يهدد المصلحة الجماعية للشركة والمساهمين، وهو الاحتمال الذي تنبه له المشرع الفرنسي واحتاط له بالنص على إجراء ملائم لتقاعده، يتمثل في تمكين النيابة العامة أو كل مساهم من حق إخطار رئيس الجهة القضائية المختصة بدعوى استعجالية، من أجل إلزام جهة الإدارة وتحت طائلة الغرامة التهديدية عند الاقتضاء، بدعوة الجمعية العامة، أو تعيين وكيل يباشر هذا الإجراء¹، ونرى أنه من المفيد جدا اعتماد هذا الحل في التشريع الجزائري لسد هذه الثغرة التي تنجم عن إهمال أو تهاون مجلس الإدارة.

ويعتبر مجلس الإدارة أو المديرين هو المخول والمكلف بدعوة الجمعية العامة للانعقاد، على أساس أنه هو من يُحصّر لانعقاد الجمعية بإعداد تقريره وكذا جدول حسابات النتائج ومختلف الوثائق المرتبطة بالنقاط المدرجة بجدول الأعمال وتبليغ المساهمين بها (م 676 وما بعدها)، حتى أن المشرع رتب عقوبات جزائية في حق القائمين بالإدارة الذين لم يعملوا على انعقاد الجمعية العامة (م 815 ت ج)، وكذا رئيس شركة المساهمة الذي لم يُحيط علما المساهمين بموجب رسالة موصى عليها بالتاريخ المحدد لانعقاد الجمعية العامة قبل خمسة وثلاثون يوما من التاريخ المحدد للانعقاد م 817.

مع العلم أن القانون التجاري لسنة 1975 تضمن نصا (م 644)² يبين صراحة أن مجلس الإدارة هو الطرف الأصيل المكلف بدعوة الجمعية العامة، إضافة إلى الأطراف الأخرى التي لها حق دعوة الجمعية العامة في حال تخلف مجلس الإدارة عن ذلك، أو عند الضرورة، وهو النص الذي تخلى عنه المشرع بعد تعديل 1993.

¹ Art L225-100 ccf « L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de prolongation de ce délai par décision de justice. Si l'assemblée générale ordinaire n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou tout actionnaire peut saisir le président du tribunal compétent statuant en référé afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, aux dirigeants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire pour y procéder ».

² م 644 ت ج لسنة 1975 كانت تنص على: " تدعى الجمعية العامة للانعقاد من قبل مجلس الإدارة، كما يمكن أن تدعى أيضا للانعقاد:

1- من طرف مندوبي الحسابات، -2 من الوكيل المعين قضائيا، بطلب من كل معني في حالة الاستعجال أو من واحد أو أكثر من المساهمين الحائزين لعشر رأس مال الشركة -3 من طرف المصفين."

كما يجوز استثناءً لمندوبي الحسابات استدعاء الجمعية العامة للانعقاد في حالة الاستعجال
المواد 715 مكرر 4 - 715 مكرر 11 - 715 مكرر 20.

أما بالنسبة للمساهمين ومع أن حقهم كان مكفولا بموجب م 644 من قانون 1975 في طلب
دعوة الجمعية العامة للانعقاد، إلا أن المشرع قد سلبهم هذا الحق بعد تخليه عن م 644 وهذا ما يمثل
تراجعا بالنسبة لسلطة رأس المال وانتقاصا من حقوق المساهم، وإذا كان البعض قد حاول تبرير موقف
المشرع الجزائري بحرمان المساهمين من حق اللجوء للقضاء لطلب تعيين وكيل يكلف باستدعاء الجمعية
العامة للانعقاد، بأن من شأن ذلك يؤدي إلى نزاعات وحسابات بين المساهمين أو بين المساهمين
ومسيري الشركة، وأن هذا الإجراء يقف كحجر عثرة في طريق المساهمين الذين يسعون جاهدين
ومتعاونين لإنجاح مشروع الشركة،¹ إلا أننا نستبعد ذلك، ولا نعتقد بوجود أي سبب جدي يبرر هذا المنع،
على أساس أنه لا يمكن الجزم مسبقا أن المساهم الذي يطلب تعيين وكيل قضائي لاستدعاء الجمعية
العامة أنه يعرقل نشاط الشركة، بل بالعكس قد يكون هو من يسعى جاهدا لإنجاح مشروع الشركة،
ويحرص أكثر من مجلس الإدارة الذي يتراخى في استدعاء الجمعية العامة، كما أن إمكانية اللجوء إلى
القضاء لطلب تعيين وكيل يستدعي الجمعية العامة، لا يعني بالضرورة قبول القضاء لهذا الطلب، فهذه
الإمكانية لا تعدو أن تكون وسيلة احتياطية بيد المساهمين، والقاضي يقدر جدوى ذلك من عدمه، فضلا
عن أن حرمان المساهم من هذه الإمكانية يخالف نوعا ما التوجه العام لقوانين الشركات الحديثة، والتي
تعتمد قواعد حوكمة الشركات منطلقا لها، مع ما تحمله هذه الأخيرة من رعاية لحقوق المساهمين من
تعسف جهاز الإدارة، كما لا يعكس من جهة أخرى متطلبات التحولات التي انتهجتها الجزائر في سبيل
تدعيم الاستثمار وتحفيز توظيف الأموال كقيم منقولة بشركات المساهمة.

وتجب الإشارة أن الحالة الوحيدة التي أجاز فيها المشرع للمساهم أن يلجأ للقضاء لطلب تعيين
وكيل يكلف باستدعاء الجمعية العامة، هي حالة شغور منصب أو أكثر بمجلس الإدارة، وأهمل مجلس
الإدارة القيام بالتعيينات المطلوبة أو استدعاء الجمعية العامة لذلك (م 2/618)، والحقيقة أن هذا النص لم
يرد صريحا بتخصيص المساهم بهذه المكنة، بل استعمل المشرع عبارة "جاز لكل معني بالأمر"، وهي
عبارة عامة تشمل المساهم وغير المساهم، كما أنها تخص فقط إجراء التعيينات التي تخلف عنها مجلس

¹ نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، 2007، ص 278.

الإدارة، أو المصادقة على التعيينات التي بادر إليها هذا الأخير في حالة شغور منصب قائم بالإدارة أو أكثر (م617)*.

هذا وتتعدّد الجمعية العامة عادة بمقر الشركة إلا إذا كان عدد المساهمين كبير جدا بحيث لا يسعه مقر الشركة، فتتعدّد حينها في مكان عام يحضره كل المساهمون.

رابعاً: التصويت بالجمعيات العامة

يمثل التصويت منتهى ما قد يمارسه المساهم بشكل إيجابي في الشركة، ويعبر به عن إرادته التي تعكس تفاعله مع نشاط الشركة وأداء الجهاز الإداري، وإذا ما أردنا أن نعرف الكيفية أو الطريقة التي يتم بها التصويت داخل الجمعية العامة، لا بد من استحضار مجموعة من المعطيات التي تؤثر على شكل التصويت، فالشركات الكبيرة ذات القاعدة المساهماتية العريضة تختلف عن الشركات الصغيرة أو المتوسطة، كما أن التشريعات يمكن أن تحدد كيفية التصويت، إضافة إلى ما قد يرد بأنظمة الشركات.

وبالنسبة للمشرع الجزائري الذي لم يفرض أي طريقة محددة للتصويت، لذلك فالراجح وفقاً لما قال به الفقه، أن يكون التصويت حسب الطريقة التي يعينها نظام الشركة،¹ والشكل الغالب في ذلك هو تصويت المساهم بنفسه بعدد من الأصوات يقابل نسبة ما تمثله الأسهم في رأس المال، مع مراعاة بعض المحددات في ذلك حسب ما أسلفنا كحجم الشركة وعدد المساهمين بها.

ومن حيث شكل التصويت فقد يكون إما عبر الاقتراع السري والمباشر، المشار إليه بالمادتين 674-675 ت ج، وهو حال الشركات الكبيرة والتي تُحصي آلاف المساهمين أو أكثر، والتي لا بديل لها عن التصويت بالأوراق في صناديق خاصة، لإمكانية احتواء الجميع وفي وقت مقبول، ويمكن اعتماد هذه الطريقة كذلك بالنسبة لتعيين أو عزل أعضاء مجلس الإدارة، وكذا في كل الحالات التي تتطلب السرية وعدم كشف هوية المصوتين، وإما كذلك عبر رفع الأيدي أثناء الاجتماع، وهي الطريقة المناسبة أكثر للشركات المتوسطة والصغيرة.

* ونفس الحكم يخص شغور منصب أو أكثر من مجلس المراقبة (م 665).

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 944.

- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 290 . مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 312.

أما بالنسبة لكيفية التصويت، فقد تعتمد الأنظمة أسلوباً آخر للتصويت وهو التصويت التراكمي *le vote cumulatif*¹، وهو إجراء يسمح بأن يكون لكل مساهم في الشركة عدداً من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يحوزها مضروباً في عدد أعضاء مجلس الإدارة المراد انتخابهم، هذه الأصوات التي يحوزها كل مساهم يمكنه التصويت بها كلها لفائدة عضو واحد أو توزيعها بين عدة أعضاء²، فلو افترضنا أن مساهماً يمتلك 100 سهم، وكان عدد المقاعد الشاغرة 04، فإن هذا المساهم يمتلك 4*100 أي 400 صوت، وله أن يوزعها بين من يشاء من المرشحين، أو أن يصوت بها كلها لفائدة مرشح واحد.

ويمثل التصويت بهذا الشكل إجراءً تحفيزياً لأقلية المساهمين للمشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية، لأنه يمكنهم من تجميع أصواتهم لاختيار من يمثلهم بمجلس الإدارة³، وهذا ما لا يمكن لهم تحقيقه وفق الطريقة العادية للتصويت التي تستأثر فيها الأغلبية بالسلطة المطلقة في تعيين مجلس الإدارة كاملاً، هذا، ولا يشكل التصويت التراكمي أي مساس بمبدأ التناسب، وهو من تقنيات المشروعة التي يمكن لأنظمة الشركات اعتمادها⁴.

وللمساهمين أن يصوت بنفسه، وهذا هو الأصل الذي ينبغي أن يطبع عملية التصويت بالجمعيات العامة، لأن المساهم يُفترض أن لا يصوت إلا بعد أن يكون قد حصل على إعلام كافٍ بمشاريع القرارات المعروضة للتصويت بشكل يمكنه من تكوين قناعته بشأنها، وبالتالي يجب أن يمارس هو عملية التصويت، ومع ذلك يحق له قانوناً أن يوكل عنه غيره في التصويت⁵، وإذا كان المساهم قاصراً فلوليّه أن ينوب عنه في التصويت، لأن الأمر يتعلق بالتعبير عن الإرادة بالتصويت، والقاصر لا يمكنه ذلك⁶.

¹ Frank Cleeren, « La protection des intérêts de certains actionnaires », Droit des sociétés, Accountancy & Tax, Numéro 2/2002, p 21

² Fernand Morin, « le vote cumulatif en droit des companies » Les Cahiers de droit, vol. 4, n° 2, 1960, p 26.

³ Simon Ho, Traité de gouvernance corporative : la gouvernance corporative en chine, les presses de l'université laval, Québec, 2006, p 376 ; pascal Hainaut, Gilberte R, op-cit, p 453

⁴ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 240

⁵ المادة 602 ت ج.

⁶ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 289.

ولا يخفى على أحد ما لتطور التقنيات الحديثة للاتصال على النشاط الاقتصادي عموماً، والشركات التجارية ليست بمنأى عن ذلك، لذلك لم تتأخر التشريعات الحديثة¹ خاصة التي تعتمد قواعد حوكمة الشركات منطلقاً لها في تنظيم الشركات التجارية، في الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة في عملية التصويت، لا سيما اعتماد ما يعرف بالتصويت بالجمعيات العامة عبر الإنترنت،² وهي التقنية التي تسمح بالمشاركة الواسعة بالجمعيات العامة،* وتمكن المساهمين أياً كان موقعهم أو بعدهم عن مقر انعقاد الجمعية العامة، من المساهمة الفعلية والمباشرة في صنع الإرادة الجماعية عبر التصويت الإلكتروني الذي تتيحه لهم الإنترنت ووسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة.

وتحقيقاً لممارسة آمنة وفعالة للتصويت الإلكتروني عن بعد، فقد تضمن التقرير السنوي لهيئة أسواق الأوراق المالية بفرنسا AMF لسنة 2005، إشارةً لنقطتين اعتبرتتهما الهيئة كركيزتين في هذا الأمر، وهما أولاً، ماسك الحسابات، أو الوسيط المؤهل (لمسك الحسابات المتضمنة أسهم المساهمين)، وثانياً، أرضية مشتركة لتبادل المعلومات بين الوسيط المؤهل والشركة المصدرة للأسهم.³

أما بالنسبة للتشريعات التي لم تنص على هذه الطريقة في التصويت ومنها التشريع الجزائري، فهذا لا يعني عدم إمكانية الاستعانة بها، إذ يمكن للشركات اعتمادها بأنظمتها، ولا نرى حرجاً في ذلك، ما دامت تتم بوسائل مشروعة، وتحقق الغرض الأساسي من إقرارها وهو تسهيل عملية التصويت وتسمح بالوصول للنصاب المحدد للانعقاد، لكن ينبغي التأكيد دوماً، على أن الأحكام التي تقر حقوقاً للمساهمين

¹ Art L 225-107 c f : « I. Tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites. Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée, dans les conditions de délais fixées par décret en Conseil d'Etat. Les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs.

II. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ».

² Abdennadher Sonia et Cheffi Walid, « L'adoption du vote par internet aux assemblées générales des actionnaires de sociétés cotées en France : une perspective institutionnaliste », Systèmes d'information & management, 2011/2 Volume 16, p 37

* وعلى الرغم من ذلك فقد بين التقرير السنوي لهيئة أسواق الأوراق المالية بفرنسا لسنة 2005 أن نسبة التصويت عبر الإنترنت تبقى ضعيفاً جداً ولا يمثل سوى 0.2% من معدل الأصوات المعبر عنها

Rapport AMF sur l'exercice des droits de vote aux assemblées générales en France – 06 septembre 2005, P 30.

³ Rapport AMF sur l'exercice des droits de vote aux assemblées générales en France – 06 septembre 2005, p 31.

أو تمنح لهم ضمانات إضافية في ممارسة تلك الحقوق، لا ينبغي على المشرع يكمل أمرها للأنظمة، وذلك إمعاناً في رعاية وحماية مصالح المساهمين وحتى المستثمرين المحتملين في رأس مال الشركة، لذلك يتعين على المشرع بالنسبة للتصويت الإلكتروني عن بعد مثلاً، أن يتولى هو أمر تنظيمه، نظراً لقيامه على مسائل تقنية مؤثرة، من حيث التعريف بالمساهم المصوت عن بُعد، والتأكد من الهوية، وحماية الأصوات من التلاعب والاستغلال.

الفرع الثاني: شروط اتخاذ القرارات بالجمعية العامة

صحيح أن عملية اتخاذ القرارات الجماعية بالشركة تتم على مستوى الجمعية العامة، وهذه الأخيرة تضم أعداد هائلة من المساهمين الذين تتباين أهدافهم وآفاق استثمارهم بالشركة، بحيث عادة ما لا يتوافقون على كل شيء، لهذا وفي إطار السعي للتقريب بين القرارات التي تصدر عن الجمعية العامة، وبين الإرادة الجماعية لكل المساهمين، كان التدخل التشريعي واضحاً ولا يحتمل الخلاف، وذلك بإقرار شروط معينة تضمن من جهة حضور حد أدنى من المساهمين يشهدون عملية اتخاذ القرار أو ما يعرف بنصاب انعقاد الجمعية العامة (أولاً)، ومن جهة أخرى تضمن أن يصدر القرار بمباركة أكبر عدد من المساهمين ويتعلق الأمر بالأغلبية (ثانياً).

أولاً: النصاب

النصاب هو الحد الأدنى من الأسهم الحاضرة أو الممثلة التي يجب توفرها لصحة انعقاد الجمعية العامة وتداولها، وقد حددته م 675 بالنسبة للجمعيات العامة العادية بقولها: "ولا يصح تداولها في الدعوة الأولى إلا إذا حاز عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين على الأقل ربع الأسهم التي لها الحق في التصويت ولا يشترط أي نصاب في الدعوة الثانية"، أما بالنسبة للجمعية العامة غير العادية فنصت م 674 على: "ولا يصح تداولها إلا إذا كان عدد المساهمين للحاضرين يملكون النصف على الأقل من الأسهم في الدعوى الأولى وعلى ربع الأسهم ذات الحق في التصويت أثناء الدعوى الثانية، فإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير، جاز تأجيل اجتماع الجمعية الثانية إلى شهرين على الأكثر وذلك من يوم استدعائها للاجتماع مع بقاء النصاب المطلوب هو الربع دائماً".

ولا بأس أن نورد بعض الملاحظات على هذه النصوص:

- أول ما يلفت الانتباه على هذه المواد، هو أن المشرع قد أغفل إجراءً جوهرياً، وهو الأجل الذي يفصل الدعوة الأولى عن الدعوة الثانية، فقد أشار إلى نصاب صحة انعقاد الجمعية العامة غير العادية وهو

نصف الأسهم في الدعوة الأولى وربع الأسهم في الدعوة الثانية، وذلك باستعمال حرف (الواو) للربط بين العبارتين، وهذا ما يفيد عدم وجود فارق بين الدعوة الأولى والثانية، إلا ما يمكن أن توحى به كلمتي (الأولى والثانية)، أما قانونيا فنرى أنه قصور تشريعي في موضوع إجرائي يمثل فيه الأجل نقطة جوهرية*، ولا يُغني في هذه الحالة ما قد ينص عليه نظام الشركة من آجال، لأن الأمر يتعلق بشكليات وإجراءات قانونية يتعين على المشرع التصدي لها بنص القانون، وليس له أن يكلها إلى الأنظمة وإرادة الشركاء، (ونفس التعليق ينطبق على م 675).

- قد يعتقد البعض من ظاهر النص أن المشرع يعتمد دعوتين لانعقاد الجمعية العامة غير العادية، ولكنه في الحقيقة يحيل إلى اجتماع ثالث من دون الإشارة إلى الدعوة له، وهو ما تعبر عنه عبارة "... جاز تأجيل اجتماع الجمعية الثانية إلى شهرين على الأكثر مع بقاء النصاب المفروض هو الربع"، ولعل هذا الأجل الأخير "شهرين" هو ما يوهم البعض بأنه المدة التي تفصل انعقاد الاجتماع الأول عن الثاني، ولكنه في الحقيقة يفصل الاجتماع الثاني عن الثالث، لأن التأجيل هنا يلحق الاجتماع الثاني وليس الأول، كما نلاحظ كذلك أن المشرع لم يبين مصير الجمعية العامة إذا لم يتوفر النصاب في الاجتماع الثالث خاصة وأنه اشترط بقاء نفس النصاب هو الربع دائما.

- ورد بالفقرة الثانية من المادة 674 عبارة "... فإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير جاز تأجيل اجتماع الجمعية .."، ولا نجد تبريرا جديا ومقنعا لاعتماد المشرع لصيغة الجواز هنا، ما يعني بمفهوم المخالفة إمكانية أن لا يتم تأجيل الاجتماع مادام التأجيل جوازيا، وبالتالي يبقى انعقاد الجمعية العامة معلقا، وهذا أمر غير محمود، ولا يغني عن ذلك اعتبار أن إلزامية انعقاد الجمعية العامة سنويا يخص الجمعية العادية (م 676) دون الجمعية غير العادية، خاصة إذا ما كانت النقاط المدرجة بجدول أعمال هذه الأخيرة مهمة ومصيرية بالنسبة للشركة، كأن تتعلق الأمر بزيادة في رأس المال تحفظ للشركة وجودها واستمراريتها، أو أن يتعلق الأمر بعملية اندماج تقوي وتعزز مركز الشركة، أو إلغاء أحد البنود من نظام الشركة كان يعرقل ويؤثر من الاستثمار برأس مالها.

- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 674 على "وتبث الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها..." وكذا المادة 675 "و تبث بأغلبية الأصوات المعبر عنها..." والظاهر هنا أن

* كان يتعين مثلا استعمال عبارة "فإذا لم يتوفر النصاب في الدعوة الأولى، تستدعى الجمعية العامة للاجتماع ثان ينعقد في أجل..."

المشرع الجزائري اكتفى باعتماد النصاب كشرط لصحة انعقاد الجمعية العامة، ولم يجعل منه وعاءاً أو قاعدة لاحتساب الأغلبية كما فعل المشرع الفرنسي على ما سبق تبيانه.

ويحتسب النصاب من خلال طرح الأسهم التي ليس لها حق تصويت من مجموع الأسهم،¹ أي أن النصاب لا يتشكل إلا من الأسهم ذات الحق في التصويت، هذه الأخيرة تمثل الأساس الذي تستخرج منه نسبة النصاب المفروض، وبالتالي لا يدخل في تشكيل النصاب² شهادات الاستثمار (م715م 62) كما لا تحتسب في النصاب أسهم المساهم المستفيد من أسهم جديدة عند الزيادة في رأس المال (م700)، كما تكف الأسهم التي لم يسدد مبلغ الأقساط المستحقة منها في الآجال المحددة عن إعطاء الحق في القبول والتصويت بالجمعيات العامة وتخضع لحساب النصاب القانوني (م715م 49)، كما لا تدخل في حساب النصاب أسهم مقدم الحصة العينية سواء عند تأسيس الشركة (م603)³ أو عند كل زيادة في رأس المال (م707)، ويعطي أحد الفقهاء تفسيراً عملياً لعدم احتساب أسهم مقدم الحصة العينية في النصاب، بأن الحصة العينية المقدمة لم تتم المصادقة على تقديرها بعد، وبالتالي فهي لا تمثل جزءاً من رأس المال.⁴

ويتشكل النصاب من المساهمين الحاضرين أو الممثلين بالاجتماع، فالحضور الشخصي للمساهم ليس ضرورياً لاستكمال النصاب مادام قد وكل غيره لتمثيله، فالعبرة هي بعدد الأسهم الحاضرة وليس بعدد المساهمين، وهذا على أساس الاعتبار المالي الذي يسود هذه الشركات.

ويختلف النصاب القانوني لصحة انعقاد الجمعية العامة غير العادية عن نصاب انعقاد الجمعية العامة العادية، وذلك بسبب أهمية وخطورة المواضيع التي تُبحث في الاجتماع غير العادي، وبالتالي أهمية القرارات التي تتخذ بشأنها، حيث يكون لها أثر كبير في استمرار الشركة وتطوير نشاطها أو انقضائها وتصفيتها.⁵

¹ G RIPERT. R ROBLOT, op cit, p1162.

² تشكل هذه الحالات موضع ضعف بالنسبة لسلطة رأس المال على ما سنرى لاحقاً.

³ نصاب الجمعية العامة التأسيسية نصت عليه م 602 والتي أحالت إلى م674.

⁴ E.TYAN, droit commercial, t1 éd, librairie Antoine 1968, p546, cité par Céline KARAM, p74.

⁵ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 502.

وإذا عُرضت في الاجتماع غير العادي مسائل تتعلق بجمعية عادية فيرى البعض أن تصدر القرارات التي تخصها بالأغلبية والنصاب المطلوب للجمعية العامة العادية،¹ وعلى هذا تفصل الجمعية العامة غير العادية حسب شروط النصاب والأغلبية للجمعية العامة العادية إذا تعلق الأمر بزيادة في رأس المال خارج الحالات المنصوص عليها بالمادة (687) أي بإلحاق الاحتياطي والأرباح أو علاوات الإصدار أو تحويل سندات استحقاق.²

ويعتمد المشرع الجزائري (وهو موفق في ذلك في تقديرنا) معيارا كميا في حساب النصاب قوامه عدد الأسهم الحاضرة، بغض النظر عما تمثله من حقوق تصويت، فالنصاب يُحتسب على أساس عدد الأسهم من دون تفرقة بين أنواعها، فلا تؤخذ الأسهم متعددة الأصوات في حساب النصاب إلا كأسهم وكفى، دون أي اعتبار لصفة الامتياز التي تلحقها، لأن هذا الأخير (النصاب) يمثل جزءا حسابيا من مجموع الأسهم (ذات الحق في التصويت) وهذا في اعتقادنا أرجى وأجدى لتحقيق المساواة بين المساهمين.

إن اعتماد نصاب معين لتداول الجمعية العامة يثير إشكالية التوفيق بين نقطتين متناقضتين: فمن جهة يجب أن يكون تمثيل المساهمين بالجمعية العامة مرتفعا، لأن القرارات الصادرة ستفرض على المتغيبين، وهذا ما يستدعي فرض نصاب مرتفع، ومن جهة أخرى فالعديد من القرارات الضرورية للسير المنتظم للشركة واستمرارها تواجه مشكلة تغيب المساهمين بسبب عدم اهتمامهم بأمر الإدارة، ما يتعين معه خفض النصاب³، وهنا يظهر دور أنظمة الشركات في خلق التوازن وفقا لمتطلبات الشركة وفي ظل احترام الحد الأدنى القانوني، والذي لا يجوز النزول عنه تحت أي ظرف كان.⁴

لذلك وفي ذات السياق، بادر المشرع الفرنسي⁵ إلى خفض النصاب القانوني لانعقاد الجمعيات العامة غير العادية من النصف إلى ربع الأسهم بالنسبة للدعوة الأولى، ومن الربع إلى الخمس في الدعوة الثاني (art L. 225-96)، أما الجمعية العادية فتتعدّد بحضور خمس الأسهم في الدعوة الأولى، ودون

¹ نفس المرجع، ص 503.

² المادة 691 ت ج.

³ Yves Guyon, traité des contrats -les sociétés-aménagement statutaires et convention entre associés, 3^{ème} LGDJ 1997, p 232.

⁴ P Mousseron, les conventions statutaires, LGDJ 2010, p 250.

⁵ Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 - art. 6 JORF 27 juillet 2005.

أي نصاب في الدعوة الثانية (art L 225-98)، ويرى الفقه أن هذه الحلول توافق أكثر الشركات التي تشهد توزعا كبيرا لرأس المال.¹

وفي الجهة المقابلة أثارت مسألة رفع نصاب انعقاد الجمعيات العامة بعض الجدل، فبعد أن كان القضاء الفرنسي يعتبرها من النظام العام، بحيث لا يجوز لأنظمة الشركات خفض النصاب ولا حتى رفعه،² إلا أنه عاد وأقر بصحة ذلك،³ ومع ذلك يبقى بعض الفقه عموما متوجسا من صحة هذه البنود المعدلة للنصاب،⁴

ومن جهتنا نرى أن مسألة رفع النصاب بنظام الشركة تبقى متاحة ومقبولة خاصة بالنسبة للشركات الصغيرة والمتوسطة، شريطة أن لا يمس ذلك بالمصلحة الجماعية، كأن تصبح الشركة في وضعية انسداد تام بسبب عدم اكتمال النصاب مما قد يؤدي إلى حلها، فضلا عن أن زيادة تمثيل المساهمين بالجمعية العامة يعكس الوضعية المثالية لشركة المساهمة والتي تمتلك فيها أغلبية رأس المال سلطة اتخاذ القرار.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يُشر إلى إمكانية رفع النصاب بنظام الشركة ولم يحضُر ذلك أيضا، مما يجعل من الفرض السابق طرحه حول جواز ذلك قائما، فإن المشرع الفرنسي قد تصدى لهذه الفرضية ونص صراحة على جواز رفع نصاب انعقاد الجمعية في نظام الشركة وذلك بالمادة L225-96 بالنسبة للجمعية العامة غير العادية، وبالمادة L225-98 بالنسبة للجمعية العامة العادية، على أن الأمر يخص فقط الشركات التي لم تطرح أسهمها للاكتتاب العام.

ثانيا: الأغلبية *

تَبَّت الجمعية العامة غير العادية بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها على أنه لا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا ما أجريت العملية عن طريق القرعة (م674)، أما بالنسبة للجمعية العامة العادية فهي تَبَّت بأغلبية الأصوات المعبر عنها... (م675).

¹ Paul le Cannu, « Baisse du quorum des assemblées des sociétés anonymes », RTD com, 2005, p 769

² Cass Com, 2 Juin 1947, D1948, p373.

³ Cass Com, 20 Fev 1948, Bull, Civ IV, n°70, p56

⁴ Yves Guyon traité de contrats, les sociétés, op-cit, p234-235.

* نحيل بشأنها إلى ما سبق تفصيله بالصفحة 44 وما بعدها.

فحساب الأغلبية إذن بالصورة التي نص عليها المشرع الجزائري يتم بالنسبة إلى الأصوات المعبر عنها وليس بالنسبة إلى نصاب الحضور، والحقيقة أن هذه الكيفية التي اعتمدها المشرع تثير حفيظة وانتقاد جانب من الفقه،¹ فهي تمكن من اتخاذ القرارات بنسب بسيطة من الأصوات بالمقارنة مع النصاب المفروض، فيكفي لمجلس الإدارة أن يسعى إلى تشكيل النصاب بأي وسيلة كانت، كاعتماد مكافئات بسيطة على الحضور لفائدة المساهمين في شكل Jettons de presence، أو إرسال نسخ تفويض على بياض لكل المساهمين،² ثم تكوين أغلبية بعد ذلك قد تكون وهمية، أو لا تمثل شريحة واسعة من المساهمين بعد استبعاد الممتنعين والأوراق البيضاء أو الملغاة.

وبالنسبة للتعديل النظامي لقواعد الأغلبية، فإذا كان النزول عن الحد الأدنى القانوني مرفوض تماما لتعلقه بالنظام العام، فإن مسألة تدعيم الأغلبية بنظام الشركة بدورها غير محسومة، حتى أن القضاء لم يقبلها إلا بشروط ويرفضها بالنسبة لبعض القرارات كعزل القائمين بالإدارة.³

ومن جهته فإن المشرع الجزائري لم يكن حاسما في المسألة، فهو لم يُجز تدعيم الأغلبية صراحة ولم يحظره كذلك، ومع ذلك فإننا نعتقد أنه لا بأس بذلك طالما أن الفقه عامة يُقر بجواز رفع نسبة الأغلبية في الجمعيات العامة،⁴ شرط أن لا يؤدي ذلك إلى الانسداد في سير أشغال الشركة.

ولذلك ورغبة في تحقيق أكبر قدر من التوافق حول القرارات المتخذة في الشركة ذات الملكية المركزة نوعا ما، والتي لا تضم عددا كبيرا من المساهمين، فقد ينص نظام الشركة على أغلبية مدعمة، كأن تكون نصف أو ثلثي رأس المال كاملا، أو أن تكون ثلاث أرباع النصاب.

وقد يثير التساؤل حول ما إذا كان يجوز لمساهم واحد أن يمتلك وحده الأغلبية من الأصوات عند التصويت بالجمعية العامة؟ والحقيقة أن المشرع الجزائري قد تصدى لهذا الفرض حينما نص بالمادة 654 من قانون 1975 على عدم جواز أن يمتلك المساهم بنفسه فقط وفي كل الظروف أغلبية الأصوات، لكن وبعد تعديل 1993 تخلى المشرع عن هذا الحكم بعد أن أعاد تنظيم أحكام 654 بالمادة 684.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد أراد من خلال هذا التعديل، التخفيف من حدة القيود التي كانت مفروضة على توظيف الأموال في الشركات التجارية، من أجل استقطاب الاستثمارات لا سيما الأجنبية

¹ أنظر الصفحة 46

² G RIPERT. R ROBLOT, op cit, p1162.

³ Cass com, 04 Juin 1966, bull. Civ III, 1966, n°284, p255.

⁴ Pierre Mousseron, op cit, p251 ; Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op cit, p235-236.

منها، وإعطاء حافز أكبر لأصحاب رؤوس الأموال عبر توسيع هامش الحقوق التي يتمتعون بها في الشركة لا سيما الحقوق الإدارية منها، خاصة وأن فترة صدور هذا التعديل تميزت بتراجع الاقتصاد وشح الموارد المالية وصعوبة الأوضاع الأمنية.

المطلب الثاني: مظاهر سلطة الجمعية العامة في الشركة

رغم أن السلطة التي يمارسها المساهمون في الشركة استنادا للرابطة المالية التي تجمعهم بها، تمارس على نطاق واسع وبأشكال مختلفة، فقد تكون أحيانا بوساطة طرف ثالث خارج إطار الشركة كحق طلب تدخل القضاء، وتقرير المسؤولية المدنية أو الجزائية في حق القائمين بالإدارة، أو الإعلام الذي يحصل عليه المساهمون من أسواق الأوراق المالية - بالنسبة للشركات المسجلة بالبورصة-، إضافة للإعلام الذي يحصل عليه المساهمون من الشركة على مدار السنة، ومع ذلك يبقى أن أهم إطار تمارس فيه سلطة المساهمين في الشركة هو الجمعية العامة للمساهمين لا سيما عبر حق التصويت، بحيث يفرض المساهمون سلطتهم داخل الشركة من خلال تشكيلهم للجمعية العامة الجهاز السيادي، والتي تفرض بدورها إرادتها على باقي الأجهزة عبر سلطة التعيين والعزل (فرع أول)، إضافة إلى السيادة التي تتمتع بها الجمعية العامة في اتخاذ القرارات المتعلقة بنشاط الشركة ومصيرها (فرع ثان).

الفرع الأول: الجمعية العامة هي الجهاز السيادي في مواجهة باقي الأجهزة

تتميز شركة المساهمة عن غيرها من الشركات التجارية بالتعقيد الناتج عن تعدد الأجهزة المتدخلة في نشاطها، والذي تمثل فيه الجمعية العامة أعلى هيئة في الشركة (أولا)، وتتأكد أكثر هذه السيادة من خلال سلطة التعيين والعزل لباقي الأجهزة (ثانيا).

أولا: سمو الجمعية العامة في إطار التدرج الهرمي للسلطات في الشركة

إن فكرة ممارسة السلطة في الشركة تطرح مسألة العلاقات السلمية أو التدرجية بين مختلف مستويات المسؤولية في الشركة،¹ وشركة المساهمة في هيكلها العام يطبعها تدرج السلطات،² فالأجهزة المكونة لها تأخذ شكلا مركبا في اتجاه تصاعدي، فالجمعية العامة العادية تصادق على الحسابات، وتمنح براءة الذمة في ذلك لمجلس الإدارة، وتصوت على توزيع الأرباح، والجمعيات غير العادية تتعقد حين

¹ Alain Bienaimé, « le pouvoir dans l'entreprise », CADRES ET SOCIÉTÉ - La revue de la CFE-CGC - no 2 - nov 2008, p 15

² Yves de Cordt, l'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale, Académica, 2008, p 12

يتطلب الأمر ذلك كزيادة رأس المال وتعديل النظام، ومن جهته فمجلس الإدارة هو أهم جهاز يضمن إدارة الشركة بموجب السلطة التي يتلقاها تفويضا من الجمعية العامة، والمدراء التنفيذيون والمفوضون المعيّنون من مجلس الإدارة، يتكفلون بالتسيير اليومي للشركة، ومن جهتهم فمندوبو الحسابات المعينون من الجمعية العامة يضمنون رقابة انتظام حسابات الشركة لفائدة المساهمين.¹

إذن فكل هذه الأجهزة تضمن تكاملا في الأداء للقيام بهذا المشروع، فكل جهاز يؤدي دوره في الشركة بموجب السلطة التي يتمتع بها، والتي يتلقاها من الجهاز الأسمى منه، أو على الأقل تحت رقابة هذا الأخير إن كان يتلقى سلطته من القانون مباشرة، وفي كل الأحوال يبقى أن الجمعية العامة هي الجهاز الأسمى بين كل الأجهزة، ويظهر ذلك إما عند تفويضها لجزء من السلطات إلى الأجهزة السفلى لاسيما مجلس الإدارة، أو بالرقابة على ممارسة تلك السلطة إن كان مصدرها القانون.

وقد أكد القضاء الفرنسي هذا الأمر في أحد أشهر قراراته المعروف بـ: *arrêt motte* والذي قررت فيه المحكمة أن الأجهزة المشكلة لشركة المساهمة يطبعها التدرج الهرمي، وأن إدارة الشركة يتولاها مجلس منتخب من الجمعية العامة.²

ويبقى أن آخر ما يميز المكانة العليا للجمعية العامة، هو الحد الأدنى من السلطة الذي تمارسه في شكل الرقابة القبلية أو البعدية على أعمال الجهاز الإداري بالنسبة للاختصاصات القانونية لهذا الأخير.

هذه الهرمية والتدرج في السلطات، تُؤسس في جانب كبير منها على الفكرة النظامية أو المؤسسية للشركة *la notion institutionnelle de la société*، والتي ترى في مجلس الإدارة أحد أعضاء الشركة إلى جانب الجمعية العامة، والأکید طبعا وبالنظر للاعتبارات المتعلقة بصلاحيات كل جهاز، فالجمعية العامة هي صاحبة الصلاحيات الأكبر والأوسع، وسلطة التعيين والعزل التي تتمتع بها، هي برهان ساطع على سيادة وسمو هذا الجهاز في مواجهة باقي الأجهزة الخاضعة لنظام العزل.

¹ Ibid, p 12

² Cass Civ, 04 juin 1946, gaz pal, 1946.2, p 146, « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dont laquelle l'administration est exercé par un conseil élu par l'assemblée générale ».

وفكرة النظام العام هي المرجع لهذا التنظيم القانوني الأمر لتأسيس شركة المساهمة ونشاطها وتنظيم العلاقات بين أجهزتها، وإذا ما أردنا استقصاء النصوص المتعلقة بتشكيل أجهزة الشركة، يظهر بما لا يدع مجالاً للشك، أن الجمعية العامة هي أسمى جهاز:

أولاً، لأنها تتشكل من مجموع المساهمين أصحاب المقدمات المشكّلة لرأس المال، فما يصدر عنها في الحقيقة يصدر عن المستثمرين مالكي المشروع، ولا يمكن تصور أن تكون الكلمة العليا لغير هذا الجهاز، حتى ولو تعلق الأمر بجهاز آخر يضم بعض هؤلاء المساهمين، أي مجلس الإدارة.

ثانياً، أن هذه النصوص في إطار تنظيم العلاقة بين أجهزة الشركة نجد أن عناوينها الرئيسية هي: التعيين، العزل، المصادقة، الإبراء، التفويض، إقامة دعوى المسؤولية، الرقابة... وهي كلها تفيد معنى السيادة من جانب الجمعية العامة، وتفيد صفة الخضوع والتبعية من جانب الأجهزة الأخرى.

والحقيقة أننا آثرنا إرجاء الحديث عن أثر المفهوم النظامي للشركة في التأسيس لسلطة رأس المال، إلى هذا المقام لارتباطه الكبير بفكرة توزيع السلطات في إطار مؤسسي أو نظامي، يقوم على التنظيم القانوني ذي الصبغة الأمرة للعلاقات بين الأجهزة داخل المنظمة أو المؤسسة الواحدة* (شركة المساهمة)، وهو ما يتوافق مع ما نحن بصدد معالجته في هذا الموضوع، وهي الجمعية العامة للمساهمين والتي هي بالتأكيد جهاز من أجهزة الشركة، أو بالأحرى هي عضو من بين باقي الأعضاء (بمفهوم الفكرة النظامية للشركة)، فالشركة على حد تعبير القضاء الفرنسي في أحد أحكامه¹، هي مؤسسة بمفهوم الهيكل أو الجسم الاجتماعي، والفقهاء الفرنسي المؤيد لهذا الطرح يرى أن ما يجمع هذه الأجهزة هي رابطة عضوية، تكفل القانون بتنظيمها.²

على أننا لا نوافق تماماً الجزئية المتعلقة باعتبار مجلس الإدارة (كجهاز) عضو بالشركة، ليس من باب إنكار الفكرة النظامية لشركة المساهمة، والتي تبقى حاضرة وبقوة في تفسير العديد من المفاهيم الخاصة بهذه الشركة، بل لأننا لا نرى في الجهاز الإداري سوى وكيلاً عن الشركة، وليس عضواً فيها،

* استخدمنا هذا التعبير انطلاقاً من أن الفكرة النظامية أو المؤسسة بالأساس هي وليدة الفقه الإداري وتحديداً الأفكار التي قدمها العميد هوريو والتي تمت استعارتها وإسقاطها على شركات المساهمة من طرف الفقه التجاري، بعد أن تبين عجز النظرية العقدية عن تفسير العديد من المفاهيم التي تخص هذا النوع من الشركات

¹ C A Reims, 24 avril 1989,

² [Maurice Cozian, Florence Deboissy, Alain Viandier](#), Droit des sociétés Lexisnexis, 28ème édition, 2016, p 04 et s

فوصفه بالجهاز لا يعني بالضرورة صفة العضوية، وسنستعرض لاحقا مبررات هذا الموقف وخاصة الأسس التشريعية له.

فمجلس الإدارة هو جهاز قانوني تربطه بالشركة علاقة عقدية، وهذا الموقف لا يؤسس على أساس المرافعة لفائدة الطبيعة العقدية للشركة، إذ لا نريد إقحام هذه الجدلية (الطبيعة العقدية أو النظامية للشركة) في موضوع البحث، فكلا الاتجاهين له ما يبرره، لكن نرى أن ما يؤسس للعلاقة العقدية بين الشركة ومجلس الإدارة هي النصوص القانونية في الموضوع، والتي تشير صراحة إلى فكرة الوكالة، والتي من أبرز مقتضياتها حق الموكل في عزل الوكيل بعد تعيينه.

ثانيا: سلطة الجمعية العامة في التعيين والعزل

يمثل التعيين والعزل صلاحيات متقابلة تمارسها نفس الجهة وفقا لقاعدة توازي الإشكال، فمن يملك التعيين يملك العزل، وهذه الصلاحيات تمثل في قانون الشركات، دلالة قوية على سلطة وسيادة الجمعية العامة للمساهمين في مواجهة باقي الأجهزة بالشركة،* سواء بالنسبة لمجلس الإدارة (أ)، أو مندوبي الحسابات (ب).

أ: تعيين وعزل مجلس الإدارة

تختص الجمعية العامة للمساهمين في إطار اختصاصاتها الأصلية بسلطة تعيين مجلس إدارة الشركة (1)، كما تملك بالمقابل لذلك سلطة عزله (2).

1 / تعيين مجلس الإدارة

" تنتخب الجمعية العامة التأسيسية¹ أو الجمعية العامة العادية القائمين بالإدارة، وتحدد مدة عضويتهم في القانون الأساسي دون أن يتجاوز ذلك 06 سنوات" م 611 ت ج.

إذن فالأصل أن تعود سلطة تعيين أعضاء مجلس الإدارة للجمعية التأسيسية بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة الأول، وللجمعية العامة العادية أثناء حياة الشركة بعد ذلك.

* سنكتفي بهذين الجهازين لأن نفس الأحكام تقريبا تنطبق على باقي الأجهزة لا سيما مجلس المراقبة.

¹ نصت على هذه الصلاحية كذلك المادة 600 ت ج.

وإذا كانت الجمعية العامة هي من يختار الأعضاء من الأشخاص الطبيعيين مباشرة، فإن ممثل الشخص المعنوي في مجلس الإدارة تختاره الجهة التي يمثلها،¹ ويمارس ممثل الشخص المعنوي مهامه بشكل دائم، لذلك يتعين على الشخص المعنوي استبداله في نفس الوقت الذي يُعزل فيه م 612 ت ج. وقد أطلق المشرع الجزائري سلطة الجمعية العامة في إعادة انتخاب أعضاء مجلس الإدارة دون التقيد بعدد معين من العهدة م 613 ت ج، فالأمر منوط دائما برغبته وإرادة المساهمين من خلال الجمعية العامة.

وإذا كانت سلطة الجمعية العامة العادية في تعيين أعضاء مجلس الإدارة ثابتة بنص القانون، فهل يجوز للجمعية العامة غير العادية أن تسعى في ذلك؟ ورغم أن الجواب من ظاهر النصوص يصب في خانة النفي، على اعتبار أن المادتين 611-613 جاءتا صريحيتين بذكر الجمعية العامة العادية دون الجمعية غير العادية، ولو شاء المشرع غير ذلك لاكتفى على الأقل بذكر عبارة (الجمعية العامة) فقط، ويكون الحكم حينها عاما يحتمل الجمعية العامة العادية، وغير العادية، أضف إلى ذلك أن صلاحيات الجمعية العامة غير العادية مرتبطة بتعديل نظام الشركة م 674 وهذا غير وارد بالنسبة لتعيين أعضاء الإدارة، أضف إلى كل ذلك أن المادة 614 قضت بأن، كل تعيين مخالف للأحكام السابقة يعتبر بالطلاء، ماعدا التعيين الواقع حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 617.

إلا أننا نرى أنه كان يتعين مع ذلك الاعتراف للجمعية العامة غير العادية بسلطة تعيين أعضاء مجلس الإدارة، لا سيما بالنسبة للحالات التي تفرض ذلك كالاستقالة الجماعية لمجلس الإدارة خلال انعقاد الجمعية العامة غير العادية أو عزلهم من طرفها، وذلك لتقاضي إجراءات انعقاد جمعية عامة عادية أخرى تُستدعى لتعيين أعضاء جدد، وبالتالي الاقتصاد في الجهد والوقت والتكاليف، على أن يتم الاكتفاء بالنصاب والأغلبية المقررين للجمعية العامة العادية.

وتأكيدا في ذات السياق، فإنه ومن باب القياس (ولو بشكل نظري) انطلاقا من التماثل النسبي بين أحكام التعيين لعضوية مجلس الإدارة وعضوية مجلس المراقبة، فإن المشرع الجزائري قد أقر إمكانية تعيين أعضاء مجلس المراقبة من طرف الجمعية العامة غير العادية في حالة الدمج أو الانفصال (المادة 622)، ولا نرى مانعا من إسقاط هذه الوضعية مبدئيا على مجلس الإدارة، إذ لا نرى مبررا لحرمان

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 1020.

الجمعية العامة غير العادية من هذه الصلاحية، على الأقل بالنظر لصلاحية هذه الأخيرة في العزل على ما سنرى.

وهذا ما قد احتاط له المشرع الفرنسي، حينما نص صراحة على أن تعيين أعضاء مجلس الإدارة، يمكن أن تتولاه الجمعية العامة غير العادية، سيما في حالات الاندماج والانفصال.¹

وإذا كان الأصل أن يكون تعيين أعضاء مجلس الإدارة بناء على إدراجه كنقطة في جدول الأعمال لاجتماع الجمعية العامة (تأسيسية كانت أو عادية)، فهل يجوز تعيين أعضاء مجلس الإدارة بنظام الشركة؟ والجواب على هذا السؤال يقتضي استقصاء النصوص المنظمة للمسألة، فقد كان نص المادة 25-3² من قانون التجارة الفرنسي لسنة 1867 يجيز صراحةً بأن يكون تعيين أعضاء مجلس الإدارة بموجب نظام الشركة، ويعلق بعض الفقه الفرنسي على هذا النص، بأنه لا يشكل استثناءً على سلطة الجمعية العامة في التعيين، فالمساهمون الأولون يشاركون ضمناً في هذا التعيين الذي تمّ بنظام الشركة، لأن باكتتابهم بالأسهم والانضمام للشركة، فهم قد صادقوا على هذا النظام.³

والحال بالنسبة لقانون 1966 أن المشرع الفرنسي⁴ قد أسقط هذا الحكم، وجعل من واقعة تعيين مجلس الإدارة اختصاصاً أصيلاً بالنسبة للجمعية التأسيسية أو الجمعية العادية خلال انعقاد الجلسة، في حين احتفظ بالمقابل بالحكم القاضي بتعيين أعضاء مجلس الإدارة بنظام الشركة، لكن فقط بالنسبة للشركات المؤسسة دون اللجوء العلني للادخار، حسب الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تحيل للمادة L.225/16.⁵

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنص المادة 611 لم يتضمن أي إشارة إلى إمكانية تعيين مجلس الإدارة الأول بنظام الشركة، رغم أنها تقضي بأن: "تنتخب الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العادية القائمين بالإدارة، وتحدد مدة عضويتهم في القانون الأساسي دون أن يتجاوز ذلك ست سنوات"، فالنص

¹ Art L225-18 ccf : « Toutefois, en cas de fusion ou de scission, la nomination peut être faite par l'assemblée générale Extraordinaire »

² Art 25/3 c c f du 1867 : « Toutefois ils peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale. En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de trois ans ».

³ Lyon-Caen ch, L Renault, traité de droit commercial, des sociétés, 2^{ème} éd, T2, librairie cotillon, paris, 1892, p 602

⁴ Art L225-18 : « Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire ».

⁵ Art L225-16 : « Les premiers administrateurs ou les premiers membres du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes sont désignés dans les statuts ».

يتضمن فقط تحديد مدة العضوية بنظام الشركة وليس تعيين القائمين بالإدارة أنفسهم، وحتى بالرجوع لنص المادة 600 والتي تحدد اختصاصات الجمعية التأسيسية، فهي تقضي بأنه وبعد المصادقة على القانون الأساسي، تُعين القائمين بالإدارة الأولين، وبالتالي فلا يمكن انطلاقاً من هذه النصوص تأكيد فرضية أن يتم تعيين أعضاء مجلس الإدارة الأولون بنظام الشركة، مع أن المشرع الجزائري وعلى غرار نظيره الفرنسي قد نص على إمكانية التعيين بنظام الشركة بالنسبة للشركات المؤسسة دون اللجوء العلني للادخار حسب ما قضت به المادة 609 ت ج.*

وفي كل الأحوال، يبقى أن تعيين أعضاء مجلس الإدارة سواءً تمّ بنظام الشركة أو تمخض عن مداولات جمعية عامة تأسيسية أو عادية، فهو بالنهاية صادر عن إرادة المساهمين التي تتجسد إما عبر نظام الشركة، أو في قرار صادر عن الجمعية العامة، وهو تعبير صريح عن سلطة رأس المال التي يمارسها المساهمون من خلال الجمعية العامة أياً كان نوعها.

2/ عزل مجلس الإدارة

يمثل عزل أعضاء مجلس الإدارة بالنسبة للجمعية العامة العادية امتداداً لسلطة التعيين، وهذا ما أكدته المادة 613 ت ج بقولها: "يجوز إعادة انتخاب القائمين بالإدارة، كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت".

ويمثل هذا النص تكريساً لعلو إرادة الجمعية العامة على أعضاء مجلس الإدارة¹، ويمثل العزل سلطة مطلقة للجمعية العامة تمارسه في أي وقت، وهي طريقة معروفة في فقه الشركات بـ: révocation ad nutum أي بمجرد إيماء بالرأس ودون تسبب، وحتى دون وجوب إدراج العزل بجدول الأعمال²، رغم أن القضاء الفرنسي³ لم يكن يعترف بصلاحيّة العزل دون إدراجه بجدول الأعمال، إلا أنه

* بخلاف حالة تعيين مجلس المراقبة (بالنظر لتقارب إجراءات التعيين مع مجلس الإدارة)، فالمادة 662 جاءت واضحة بخصوص إمكانية تعيين أعضاء مجلس المراقبة الأولون بنظام الشركة، وهذا ما يظهر من خلال الفقرة الثانية منها والتي تقضي بأن: "تحدد فترة وظائفهم بموجب القانون الأساسي دون تجاوز ست سنوات في حالة التعيين من الجمعية العامة، ودون تجاوز ثلاث سنوات في حالة التعيين بموجب القانون الأساسي"،

¹ كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، ج2، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص 96.

² سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 1027، محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 269.

³ Cass, Req, 2 Juin 1924, S, 1927.3, p252.

عاد وأقر ذلك بعدما تبين له أن الأمر مرهون بإرادة أعضاء مجلس الإدارة أنفسهم،¹ كون هذا الأخير (مجلس الإدارة) هو من يختص عادة بإعداد جدول الأعمال، ومن المستبعد جدا أن يضع مصيره بين يدي المساهمين، بإدراج مسألة عزله من بين نقاط جدول الأعمال.

ومع ذلك، فإن البعض يحد من سلطة الجمعية العامة في العزل حينما يشبه وكالة عضو مجلس الإدارة بالوكالة التي يمنحها الشعب لممثليه والتي لا يمكن الرجوع عنها، فالجمعية العامة -حسبهم- كذلك لا تملك سلطة عزل أعضاء مجلس الإدارة إلا بوجود السبب الجدي وتحت رقابة القضاء.²

على كل، ومهما كان الخلاف حول حدود سلطة الجمعية العامة في عزل أعضاء مجلس الإدارة، إلا أن الثابت أن فكرة العزل ذاتها تبقى واردة في كل الحالات، ويبقى الإجماع قائما على الاعتراف للجمعية العامة للمساهمين بالسيادة التامة التي تسمح لها حتى بعزل مجلس الإدارة كاملا وتعيين آخرين مكانهم دون أن تُسأل عن ذلك، فالجمعية العامة مبدئيا غير ملزمة بتسيب قراراتها.³

وإذا كان الثابت من حرفية نص المادة 613 بأن سلطة عزل مجلس الإدارة تعود للجمعية العامة العادية، فهل تملك الجمعية غير العادية هذا الاختصاص؟

ويرى الفقه عموما بجواز ذلك، طالما أنه لا يشترط أن تكون مسألة العزل واردة بجدول الأعمال لإمكان اتخاذ قرار بشأنها⁴، فضلا عن أن وكالة مجلس الإدارة هي لمصلحة الشركة ومتى تبين للجمعية العامة أن مصلحة الشركة لم تعد قائمة في هذه الوكالة، كان لها أن تقرر إنهاءها،⁵ وهنا لن تكون الجمعية العامة العادية بأحرص من الجمعية غير العادية على مصلحة الشركة، وهي التي يتطلب القانون لانعقادها شروطا أقسى من الجمعية العامة العادية.

هذا، وأن القضاء الفرنسي عموما يُقر بجواز عزل أعضاء مجلس الإدارة، سواء من طرف الجمعية العامة العادية أو غير العادية.⁶

¹ Cass, Com, 06 Mai 1974, Rev. Soc 1974, p526, Civ, 11 Mars 1936, 1, p249.

² G Ripert. R ROBLOT, op cit, p1221.

³ Cass. Com, 26 Oct 1559, JCP, 1960, 2, 11696

⁴ فريد العريني، مرجع سابق، ص 270، كمال العياري، مرجع سابق، ص 97

⁵ صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 2007، ص 611

⁶ Trib de renne, 25 Fev 1972, JCP, 1972 ; CA, Paris, 15 Mars 1990, D.S, 1972, p180

وحق الجمعية العامة في عزل أعضاء مجلس الإدارة من النظام العام، بحيث يكون باطلا كل شرط يعطل هذا الحق أو يقيده،¹ وقد قضت محكمة النقض الفرنسية² في ذلك بأنه: « Est illicite toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la libre révocabilité de l'administrateur d'une société anonyme »

وأن عزل المدراء في شركات المساهمة حسب نفس القضاء، هو معلق على مشيئة المساهمين، بالرغم من وجود ما يخالف ذلك اتفاقا،³ ويفسر بعض الفقه الفرنسي هذه السلطة في العزل، بأنه وكما يتغير المساهمون باستمرار عند تداول أسهم الشركة، فلا بد أن يكون لهم الحق في عزل القائمين بالإدارة الذين لم يكن لهم دور في انتخابهم سابقا، أو الذين اهتزت ثقة المساهمين فيهم.⁴

ولذلك، وتقاديا لأي انتقاص من سلطة الجمعية العامة في العزل، فإن القضاء الفرنسي كذلك ورغم أنه يقبل عادة الشروط النظامية التي تفرض أغلبية مرتفعة عند اتخاذ القرارات، إلا أنه يرفض ذلك تماما بالنسبة لمسألة عزل أعضاء مجلس الإدارة، فحسب محكمة النقض الفرنسية، فهذه الأغلبية لا يجب أن يلحقها أي قيد،⁵ وإلا كان ذلك مطية أمام مساهمي الأغلبية لتشكيل مجلس إدارة يشتغل لصالحها فقط، وتعمل على تثبيته على رأس الشركة، عبر رفع نسبة الأغلبية المطلوبة بالنسبة لقرارات العزل، وهو ما يشل مساهمي الأقلية عن لعب أي دور في ذلك.

لذلك يرى البعض أنه حتى وإن وقع عزل مجلس الإدارة من طرف الجمعية العامة غير العادية، فلا مناص من أن يكون ذلك بحسب الأغلبية والنصاب المطلوبين لانعقاد الجمعية العامة العادية فقط.⁶

ب: تعيين وعزل مندوبي الحسابات

تعين الجمعية العامة للمساهمين في إطار التشكيل القانوني لأجهزة الشركة مندوبا واحدا أو أكثر للحسابات (1)، بينما تنتقل سلطتها بالنسبة لمسألة عزله (2).

¹ صفوت بهنساوي، مرجع سابق 2007، ص 623 / مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 279

² Cass com, 14 mai 2013, N° de pourvoi: 11-22845, Bulletin 2013, IV, n° 80

³ Cass com, 10 avril 1878, D 1878, 1, p 314

⁴ Leon-Caen ch, L Renault, op-cit, p 603

⁵ Cass.Com, 04 Juin 1966n BULL Civ III, 1966, p255

⁶ صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 613

1 / تعيين مندوبي الحسابات

"تعين الجمعية العامة للمساهمين مندوبا للحسابات أو أكثر لمدة 03 سنوات تختارهم من بين المهنيين المسجلين على جدول المصنف الوطني" م715 مكرر4، بينما تعين الجمعية العامة التأسيسية مندوبو الحسابات الأولون م600.

وسواءً تعلق الأمر بجمعية عامة عادية أو تأسيسية أو حتى غير عادية (قياسا على سلطة الجمعية غير العادية في تعيين مجلس الإدارة)، فالثابت أن سلطة التعيين هنا بيد المساهمين المجتمعين بجمعية عامة أيا كان شكلها، وهي تقرر ذلك بكل سيادة.

وهذا الاختصاص بتعيين مندوبي الحسابات هو اختصاص أصيل للجمعية العامة، لذلك يرى الفقه¹ أنه لا يجوز تفويض مجلس الإدارة مثلا في ذلك.

غير أنه ولأهمية وجود مندوب الحسابات في الشركة، فلا يعتبر تعيين مندوب الحسابات مجرد امتياز تمارسه الجمعية العامة في إطار صلاحياتها القانونية، بل هو التزام قانوني كذلك، لذلك فقد أقر المشرع استثناء على هذا الأصل، يتمثل في إمكانية تدخل القضاء في واقعة التعيين على التفصيل الآتي: إذا أغفلت الجمعية العامة تعيين مندوب للحسابات أو في حالة وجود المانع أو رفض التعيين، يتم تعيينه قضاءً بناءً على طلب من مجلس الإدارة أو المديرين، أو من كل معني، أو من السلطة المكلفة بتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها بالنسبة للشركات التي تلجأ للادخار العلني.²⁻³

في حال الانتهاء المسبق لمهام مندوب الحسابات بأي شكل كان، وأغفلت الجمعية العامة استبداله، يجوز لكل مساهم أن يطلب من الجهة القضائية المختصة تعيين مندوب حسابات ويبلغ قانونا بالحضور رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، وتنتهي المهمة الممنوحة له عندما تقوم الجمعية

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 1092 ; فريد العريني، مرجع سابق، ص 312 ; كمال طه، مرجع سابق، ص294.

² المادة 715 مكرر 4 فقرة (7-8)

³ للعلم فإن نص المادة 678 من قانون 1975 كانت تعلق تدخل القضاء مباشرة بناءً على طلب كل معني بالأمر، وباستدعاء القائمين بالإدارة قانونا.

العامّة بتعيين مندوب آخر للحسابات،¹ والملاحظ هنا أن التعيين القضائي لمندوب الحسابات، هو تعيين مؤقت ينتهي بتعيين الجمعية العامة لمندوب حسابات آخر.

ويظهر من خلال ما سبق، أن تعيين مندوب الحسابات وإن كان من صلاحيات الجمعية العامة، فهي لا تملك أي سلطة في تقدير ذلك، سواءً من حيث القيام بالتعيين أو عدم التعيين، أو وضع إطار آخر للرقابة بتعيين جهاز لا يحمل صفة مندوب الحسابات حسب ما تحدده أحكام القانون التجاري في الموضوع.

2 / عزل مندوبي الحسابات

إن تطبيق المبادئ العامة المتعارف حولها يقتضي أن سلطة العزل تعود بشكل عام لمن يملك سلطة التعيين ابتداءً،² والحال هنا أن تكون الجمعية العامة هي من يملك سلطة عزل مندوب الحسابات، بالتبعية لسلطتها في تعيينه ابتداءً.

لكن الوضع لم يستقر على هذا المبدأ، حيث شهدت سلطة الجمعية العامة في تعيين مندوب الحسابات تحولاً عميقاً، إذ منذ تعديل القانون التجاري بالمرسوم التشريعي 08/93، لم يعد مندوب الحسابات ذلك الوكيل عن المساهمين الذي تعينه الجمعية العامة وتعزله في أي وقت حسب النسخة الأولى للقانون التجاري لسنة 1975، إذ كانت تنص المادة 2/678 على: "على أن بقاء المندوب المعين من الجمعية بدلاً عن آخر لا يستمر في شغل هذا المنصب إلا للمدة الباقية من وكالة سلفه"، كما نصت المادة 680 على: "يضع المندوبون تقريراً يبلغون فيه الجمعية العامة بتنفيذ الوكالة التي عهد إليهم بها"، إضافة للمادة 682: "يحدد مدى وآثار مسؤولية المندوبين نحو الشركة حسب القواعد العامة للوكالة".

وكان هذا وبوضوح، تصريحاً من المشرع بأن مندوب الحسابات يمارس مهامه في إطار الوكالة، لذلك كانت الجمعية العامة هي من يتولى تعيينه وعزله حسب مشيئتها.

بينما حالياً وبعد أن عدلت كل هذه النصوص بشكل انتقت فيه تماماً فكرة الوكالة، لم يعد مندوب الحسابات في مركز الوكيل، بل أصبح جهازاً بنظام ومهام محددة قانوناً،³

¹ المادة 715 مكرر 2/7.

² Yves Djian, op-cit, p27.

³ Mohamed SALAH, « la voie judiciaire de révocation des commissaires aux comptes de sociétés par actions, questionnements et réponse », revue entreprise et commerce, 2007, p81.

وفي هذا نصت المادة 715م9 ت ج على أنه: "في حالة حدوث خطأ أو مانع يجوز بناء على طلب من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو من مساهم أو أكثر يملكون عُشر رأس المال على الأقل، أو الجمعية العامة، إنهاء مهام مندوبي الحسابات قبل الانتهاء العادي لهذه الوظائف عن طريق الجهة القضائية المختصة"، وهو التعديل الذي استوجاه المشرع الجزائري من نظيره الفرنسي بموجب قانون 148/84¹ والذي يهدف لتدعيم مركز مندوب الحسابات وحمايته من التعسف وضمان حياده في أداء مهامه.²

ويبدو جليا أن الجمعية العامة لم تعد صاحبة السلطة المطلقة والحصرية في عزل مندوبي الحسابات، بل لم تعد تملك هذه السلطة تماما، فمن جهة أصبح العزل يتضمن وجوبا المرور على القضاء لتقريره، فالعزل لم يعد شأنًا داخليا بين أجهزة الشركة، بل أصبح قضائيا، ومن جهة أخرى فقد دخلت عدة أطراف على الخط في حق طلب العزل إلى جانب الجمعية العامة* تبعا لما قضت به المادة 715مكرر9، إضافة إلى اشتراط المشرع وجوب توفر السبب الجدي لطلب العزل، إذ يتعين على القضاء امتثالا لنص المادة، البحث في مدى توفر هذا السبب الجدي أو المشروع (حدوث الخطأ أو توفر المانع) في جانب مندوب الحسابات قبل إجابة طلب العزل.

وعلى كل يبقى هذا التوجه من المشرع الجزائري منتقدا من الفقه، على أساس أنه يسمح يتدخل القضاء في سير أعمال الشركة، كما يضع كل الأطراف التي لها حق طلب العزل على قدم المساواة،³ والحال أنها ليست كذلك، على الأقل بالنسبة للجمعية العامة صاحبة السيادة وسلطة التعيين ابتداءً.

فضلا عن أن إقرار العزل القضائي لمندوب الحسابات يهدم قاعدة توازي الأشكال، والتي مقتضاها أن من يملك التعيين يملك العزل، أو على الأقل في هذه الحالة، أن يملك وحده حق طلب العزل.

لذلك نرى أنه يتعين الاعتراف للجمعية العامة بسلطة عزل مندوب الحسابات، باعتبارها الجهاز السيادي في الشركة، ولا بأس من الإبقاء على شرط توفر السبب الجدي لتبرير العزل، وإلا لزم الشركة

¹ Loi n° 84/148 du 1er Mars 1948, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF du 02 Mars 1984, p751.

² Mohamed SALAH, op cit, p81-82.

* للإشارة أن المشرع الفرنسي توسع في الأطراف التي لها حق طلب العزل، إضافة إلى ما أورده المشرع الجزائري، فهناك لجنة المؤسسة، النيابة العامة، وهيئة سوق الأوراق المالية.

³ Mohamed SALAH, art-précité, p 85 et S

تعويض مندوبي الحسابات عن كل عزل تعسفي- مع أن مندوب الحسابات عموما ليس محروما من الحماية القضائية وحق طلب التعويض في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية-، مع حفظ حق باقي الأطراف عند الاقتضاء في تقديم طلب العزل أمام القضاء كطريق استثنائي إذا لم تسعى الجمعية العامة في ذلك، مع وجود السبب الجدي دائما.

وكل هذا من أجل تمكين الجمعية العامة والمساهمين تحديدا من ممارسة السلطة والسيادة اللازمة داخل الشركة.

للاشارة أنه وبجانب العزل، فإن المشرع الجزائري¹ قد نص كذلك على رفض مندوب الحسابات، أو ما يعرف بنظام رد مندوب الحسابات.²

الفرع الثاني: الجمعية العامة صاحبة السيادة في اتخاذ القرارات في الشركة

للجمعية العامة سلطان واسع في إصدار القرارات التي تكون ملزمة للجميع متى صدرت من جمعية عامة مكونة تكويننا صحيحا ومنعقدة طبقا للقانون.³

وقد ميّز المشرع الجزائري بين الجمعية العامة العادية والجمعية العامة غير العادية في إطار توزيع الاختصاص بينهما لتقادي التداخل في الصلاحيات، على أساس عدم تماثل الإجراءات الخاصة بانعقاد وتداول كل جمعية، وتفاوت درجة أهمية المواضيع التي تختص بها كل جمعية.

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد وُفق إلى حد ما، بخلاف العديد من التشريعات في الفصل بين اختصاصات كلا الجمعيتين العادية وغير العادية، حيث يحسب له اعتماده معيار شامل وواضح، وهو ارتباط الاختصاص بتعديل النظام الأساسي حيث نصت المادة 674 على: "تختص الجمعية العامة غير العادية وحدها بصلاحيات تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه"، بينما نصت م 675: "تتخذ الجمعية العامة العادية كل القرارات غير المذكورة في المادة 674، وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد تقادى الخوض في تعداد اختصاصات وسلطات كل جمعية عامة على جدا، مع ما قد ينجم عن ذلك من خلاف وتباين في التأويل والقياس والتفسير.

¹ المادة 715 مكرر 8.

² لتفاصيل أكثر أنظر: بوقرقور سعيد، "النظام القانوني لرد محافظ حسابات شركة المساهمة"، مجلة المؤسسة والتجارة، العدد 2، 2006، ص 33 وما بعدها.

³ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 313.

ومع ذلك وإثراءً للموضوع سنحاول تصنيف هذه الاختصاصات وفقا لما درج عليه الفقه سواءً بالنسبة للجمعية العامة العادية(أولا) وكذا الجمعية العامة غير العادية (ثانيا).

أولا: سلطات الجمعية العامة العادية

تحدد اختصاصات الجمعية العامة العادية للمساهمين على ضوء مهامها في الرقابة والإشراف على إدارة الشركة،¹ ولذلك فهي تتمتع بسلطات واسعة وصلاحيات متعددة كونها تتعدّد بصفة دورية على الأقل مرة واحدة في السنة لطرح ومناقشة مختلف المواضيع التي تخص سير وانتظام أعمال الشركة، ثم التصويت عليها.

ولن نخوض كثيرا في التفاصيل بقدر ما سنحاول التركيز على تعداد أهم العناصر التي تعكس سلطات الجمعية العامة العادية وعلو إرادتها في كل المسائل المرتبطة بحياة الشركة، وعلى ذلك سنصنّف سلطات الجمعية العامة العادية إلى:

أ / بالنسبة للمسائل الإدارية

إضافة إلى ما سبق ذكره من سلطة الجمعية العامة العادية في تعيين وعزل باقي الأجهزة في الشركة، تمتلك الجمعية العادية سلطة إصدار القرارات المتعلقة بتسيير الشركة، لا سيما المصادقة على التعيينات التي تلي حالة الشغور والتي يقوم بها مجلس الإدارة م618، وكذا مجلس المراقبة م665، وكذا المصادقة على الاتفاقيات المبرمة بين الشركة وأحد أعضاء مجلس إدارتها م628، أو أحد أعضاء مجلس المراقبة م672، وتصل في تقرير مندوب الحسابات الخاص بتلك الاتفاقيات، كما تملك قرار ممارسة دعوى الشركة ضد القائمين بالإدارة* م715م23، وغيرها من المسائل القانونية.

ويكون نقل مقر الشركة إلى خارج المدينة بقرار تصدره الجمعية العامة العادية م625، - مع أنه كان يتعين على المشرع إدراج فرضية نقل مقر الشركة إلى خارج الوطن وتحديد الجهة المخولة بذلك والتي نرجح أن تكون الجمعية العامة غير العادية-.

¹ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 247.

* مع أن المشرع الجزائري لم يحدد كيفية ممارسة دعوى الشركة من طرف الجمعية العامة ويرى بعض الفقه أن تعيين الجمعية من يقوم بمباشرة الدعوى باسمها أو أن تقيل مجلس الإدارة مجتمعا وتعين مجلسا آخر يباشر دعوى الشركة ضد القائمين بالإدارة السابقين، مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 287.

إضافة إلى ما قد يعهد به نظام الشركة للجمعية العادية من سلطات وصلاحيات تقرضها طبيعة نشاط الشركة أو هيكلها وتركيبتها.

ب / بالنسبة للمسائل المالية

تختص الجمعية العامة العادية بالمصادقة على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر للسنة المنقضية، وتصادق على تقرير مجلس الإدارة وتقارير مندوب الحسابات ، وورقة الحضور، وبشكل عام المصادقة على كل النقاط التي تخص النشاط المالي للشركة خلال السنة المالية والمتضمنة بالوثائق التي يتعين على مجلس الإدارة عرضها أمامها حسب المواد 676، 678، 680، 681.

وتمتلك الجمعية العادية سلطة تحديد مكافأة أعضاء مجلس الإدارة م632، ومجلس المراقبة م668، كما تحدد بعد الموافقة على الحسابات والتحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع، الحصة الممنوحة للمساهمين في شكل أرباح م723، وتحدد كفيات دفع هذه الأرباح م724، وكذا تكوين الاحتياطات في الشركة م721-728.

ثانيا: سلطات الجمعية العامة غير العادية

على خلاف الجمعية العامة العادية التي تنظر في الأمور العادية والدورية الملازمة للنشاط السنوي للشركة، فإن الجمعية غير العادية وكما يظهر من اسمها، لا تختص إلا بنظر المسائل غير العادية والتي لا يتكرر حدوثها على مدار السنة، بحيث تشكل وضعا استثنائيا يمس بجوهر الشركة، وهو ما يتعين معه تعديل النظام، ولذلك فقد لا تتعقد هذه الجمعية إلا نادرا طوال حياة الشركة، وقد لا تتعقد إطلاقا.

وقد مرت سلطة الجمعية العامة غير العادية بتطور لافت لتقرير هذا الاختصاص، وذلك راجع أساسا لتطور مفهوم الشركة ذاتها، ففي ظل سيادة المفهوم التقليدي للشركة والذي يصورها على أنها عقد، لم تكن قاعدة الأغلبية قد أخذت مكانها بعد، ورغم البادرة التي ظهرت بعد صدور المادة 31 من قانون 24 جويلية 1867، والتي كانت تقضي بأن الجمعية العامة المنعقدة للنظر في تعديل نظام الشركة لا تكون صحيحة إلا إذا حضرها على الأقل مساهمون يملكون نصف عدد الأسهم المشكلة لرأس المال، إلا

أن الفقه¹ والقضاء² المتأثرين بالفكرة التعاقدية للشركة، كانوا يصرون على أنه وفي غياب البند النظامي الصريح، لا يمكن للجمعية العامة غير العادية أن تعدل نظام الشركة إلا بإجماع المساهمين، وقالوا أن المادة 31 لا تتعلق إلا بفرض نصاب أدنى في حال تضمن نظام الشركة إمكانية التعديل بالأغلبية، فالشركة حسبهم تركز على نظامها (العقد) الذي يتضمن أحكاما وقواعد جوهرية والتي لولاها لما انظم المساهمون للشركة،³ أي أن الأغلبية لا يمكنها تعديل النظام إلا إذا أجاز النظام عينه ذلك.

هذه النظرة التعاقدية المتطرفة للشركة، جعلت منها حبيسة أنظمتها وأبعدتها عن مواكبة التغيرات والتطورات، لهذا وأمام المتطلبات العملية فقد اظهر القضاء الفرنسي⁴ بعض الليونة حينما أقر أن الجمعية العامة غير العادية تملك سلطة تعديل نظام الشركة لكن فقط في أحكامه الثانوية دون الرئيسية، أي أن لا يمس التعديل الأحكام المتعلقة بالشروط الأساسية التي انظم على أساسها المكتتبون والمساهمون للشركة.

لكن هذا الوضع لم يدم طويلا بعد تعاقب النصوص التي راعت واقع الشركات والظروف التي تصدر فيها القرارات، خاصة في الشركات الكبرى التي يصعب بل ويستحيل فيها اجتماع المساهمين لاستصدار قرار جماعي بتعديل النظام، وفي هذا تمثل المادة L225-96 الأساس القانوني لسلطة الجمعية العامة غير العادية بالنسبة للمشرع الفرنسي، والتي تقابلها المادة 674 من القانون التجاري الجزائري.

ويمكن عموما إجمال الحالات التي تستدعي اتخاذ قرارات لا تصدر إلا عن جمعية عامة غير عادية، ويترتب عليها تعديل نظام الشركة في:

- زيادة رأس مال الشركة، إذ يشكل هذا القرار اختصاص أصيل للجمعية العامة غير العادية* (المادة 691 ت ج)، والتي تملك كذلك بالمقابل إلغاء حق التفاضل في الاكتتاب المصاحب له (المادتين 697-700)، إضافة إلى سلطة المصادقة على الحصص العينية إن وجدت عند الزيادة في رأس المال (المادة 707).

¹ Boistel, précis de droit commercial, 2eme édition, 1878, p 225, cité par Jean Noirel, op-cit, p 276-277

² Req 14 dec 1869, D P, 1870-1, p 179

³ Jean Noirel, op-cit, p 277

⁴ C A Paris, 19 avril 1875, D 1875- 2, p 161

* مع إمكانية تفويض هذه الصلاحية لمجلس لإدارة بشروط معينة على ما سنرى لاحقا.

- كما تقرر الجمعية العامة غير العادية تخفيض رأس المال م715، أو أن ترخص لمجلس الإدارة شراء عدد من أسهم الشركة قصد إبطالها لتحقيق تخفيض رأس المال في حالة عدم وجود خسائر (م714)، كما تقرر القيام بعملية استهلاك الأسهم (المادة 709)، وتأخذ على عاتقها قرار تحويل الشركة إلى شكل آخر (المادة 715 م15)، وتتخذ قرار حل الشركة قبل حلول الأجل (المادة 715 م18)، كما تصدر عن الجمعية غير العادية قرارات الاندماج والانفصال بين الشركات (م749)، وتصادق على تقدير الحصص العينية المقدمة عند الاندماج (م754).

وبشكل عام وكما عبر عنه المشرع الجزائري، تصدر عن الجمعية العامة غير العادية كل القرارات التي تتعلق بتعديل نظام الشركة.

كل هذه القرارات تعكس حقيقة السلطة التي تتمتع بها الجمعية العامة في الشركة وعلو إرادتها على باقي الأجهزة، وبما أن الجمعية العامة مشكلة أساسا من المساهمين أصحاب المقدمات المكونة لرأس مال الشركة، فإنه يمكن القول أن الجمعية العامة هي الإطار القانوني الأمثل لممارسة سلطة رأس المال في شركة المساهمة.

ملخص الفصل الأول

حاولنا من خلال هذا الفصل بسط أساس وآلية ممارسة سلطة رأس المال، وهذا هو محور هذه الدراسة، لأنه يمثل النقطة الأولى لبداية تحديد أبعاد سلطة رأس المال.

فبالنسبة لأساس ممارسة سلطة رأس المال، رأينا أن أفضل قاعدة تحكم عملية اتخاذ القرار في الشركة هي قاعدة الأغلبية، وتناولنا أبعادها وكيف أن المشرع قد اعتمدها كقاعدة أصيلة، بحيث تكون قرارات الأغلبية من حيث المبدأ تعبير عن الإرادة الجماعية للمساهمين بما فيهم المعارضين للقرار، لأنها تستهدف تحقيق مصلحة الجميع.

أما بالنسبة لآلية اتخاذ القرار، فإن حق التصويت يشكل الأداة الرئيسية التي تمارس بها سلطة رأس المال في الشركة، وهو منتهى كل الحقوق التي يمتلكها المساهم، لذلك حُقَّ أن يعبر عنه بأنه السلطة ذاتها.

وقد أثرنا أن نفرد للجمعية العامة للمساهمين مبحثا خاصا لتبيان أهميتها ومكانتها بين باقي أجهزة الشركة، فهي الجهاز السيادي الذي يجمع المساهمين أصحاب رأس المال، وهي الفضاء الذي يعبر فيه المساهم عن موقفه، ويحاسب مجلس الإدارة عن المهام الموكولة له، ويحدد فيها مصير استثماره، وقرارات الأغلبية تصدر فيها باسم الجمعية العامة للمساهمين، لذلك فهي تمثل ببساطة الإطار القانوني الأمثل الذي تمارس فيه سلطة رأس المال.

الفصل الثاني

مقومات سلطة رأس

المال

مقدمة الفصل الثاني

إذا كانت سلطة اتخاذ القرارات في الشركة تستند إلى أساس عام وهو قانون الأغلبية، وتتم بآلية قانونية حاسمة هي حق التصويت، فالأمر لا يتوقف عند هذا الحد، لأن سلطة رأس المال في الحقيقة، هي نتاج ممارسة المساهم لمجموع حقوقه الأساسية خاصة السياسية منها.

فحق التصويت وهو آلية التعبير المباشر عن السلطة، لا يمكن ممارسته بشكل فعال وإيجابي، إلا إذا تلقى المساهم ما يكفي من المعلومات عن المسائل ومشاريع القرارات التي سيصوت عليها، لذلك لا ينفصل حق المساهم في التصويت عن حقه في الإعلام (مبحث أول).

ونظراً لأن المساهم هو صاحب مصلحة في الشركة، لأنه الممول المباشر لها عبر مساهمته في رأس المال، ولأن الجهاز الإداري هو الوكيل الذي يتعين عليه رعاية تلك الأموال وإدارتها، فقد وضعه (الجهاز الإداري) المشرع تحت طائلة المسؤولية القانونية، فضلاً عما تلزمه به قواعد حوكمة الشركات، وهذا ما يقيم حق المساهم في مقاضاته بدعوى المسؤولية بمختلف صورها، وكذا الاستفادة من الامتيازات المقررة بموجب قواعد حوكمة الشركات (مبحث ثان).

المبحث الأول: حق المساهم في الإعلام

شركة المساهمة كما هو معلوم، هي كيان قانوني يعتمد في قيامه على الادخار العام، وهذه الآلية تسمح بتدفق هائل للأموال التي يستثمرها أصحابها عبر اقتناء الأسهم بالشركة، لهذا كان من الطبيعي جدا أن يكون أصحاب الشأن (المساهمين) على علم ودراية بكل التصرفات التي يجريها القائمون بالإدارة والتي ترهن مصير استثماراتهم.

وتعد مشاركة المساهمين في إدارة شركات المساهمة عن طريق مراقبتهم لعمليات الإدارة والتسيير أمرا ضروريا، فالدور الرقابي الذي يقوم به المساهم يعد ركيزة أساسية ودعامة قوية في النهوض بالشركة وتطويرها، وتمكين المساهم من هذا الدور مرهون بحصوله على القدر الكافي من المعلومات اللازمة التي تخص الشركة، ولهذا يعتبر حق المساهم في الإعلام من الحقوق الأساسية التي تمكن المساهم من إبداء رأيه بموضوعية ودراية، وتضمن مشاركته الفعالة في حياة الشركة.

غير أن الأمر لا يجب أن يقتصر على مجرد النص على حق المساهم في الإعلام وإقراره كمبدأ ثابت، بل لا بد من إحاطته بالضمانات الضرورية للخروج به من الإطار النظري، وترجمته واقعا كسند وخلفية رئيسية للسلطة التي يفترض أن يتمتع بها ويمارسها المساهم في الشركة.

ولم يشذ المشرع الجزائري عن التوجه العام لمختلف التشريعات في هذا المجال، وحاول توفير المناخ الملائم، والآليات الكفيلة لضمان ممارسة المساهم لحقه في الإطلاع كاملا، سواءً بالطرق الوقائية أو العلاجية.

وعلى هذا، سوف نتناول هذه الفكرة من خلال التطرق لمفهوم حق المساهم في الإعلام في مختلف أبعاده (مطلب أول)، وبعدها سنتعرض لما كفله المشرع للمساهم من آليات ووسائل قانونية، تضمن حسن استفادته من حقه في الإعلام (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم ومضمون حق المساهم في الإعلام

نرى أنه من المفيد في هذا الموضوع أن نستعرض بعض النقاط العامة التي نحاول من خلالها أن نلم بمفهوم حق المساهم في الإعلام (فرع أول)، ثم نستعرض أهم شكليات هذا الحق لا سيما بالنسبة

للمستندات والوثائق اللازمة، وكيفية اتصال المساهمين بها وما تضمنته من معلومات تحقق إعلام المساهمين (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم حق المساهم في الإعلام

سنحاول تقصي مفهوم حق المساهم في الإعلام من خلال تتبع التطور التاريخي لحق المساهم في الإعلام (أولاً)، ثم لاستعراض العوامل المساعدة على تكريس وتوسع حق الإعلام (ثانياً)، قبل أن نبين أهمية حق الإعلام (ثالثاً)، ونختم بتحديد نطاق حق المساهم في الإعلام (رابعاً).

أولاً: التطور التاريخي لحق المساهم في الإعلام

رغم أن حق المساهم في الإعلام هو من الحقوق الأساسية والتي لا يجوز بحال المساس بها، إلا أنه لم يكن بنفس القدر من الأهمية التي يشهدها حالياً، إذ لم يكن يتضمن القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة 1867 وكذا التعديلات اللاحقة له، سوى حق المساهم في معرفة النتائج النهائية لحصيلة نشاط الشركة خلال السنة المالية وفي شكل أرقام إجمالية، ولهذا فقد ذهب الفقه الفرنسي حينها إلى القول أن القانون هو من تكفل بتنظيم وإدارة شركة المساهمة والتي أناطها بمجلس الإدارة، وأن تعديل أو تحسين هذا الوضع مرهون بصدور إجراءات قانونية مماثلة وليس بالتدخل الشخصي للمساهمين، فالأفضل أن يبقى كل طرف في مركزه، لأن الرقابة الفردية تعني خلق حالة من الفوضى في إدارة الشركة.¹

إذن فالتصور التقليدي لهذا الحق لم يجعل منه ذو أهمية كبرى، بل ذهب إلى حد التضيق من نطاق حق المساهم في الإعلام، بقصره على تقديم مجلس الإدارة لحد أدنى من المعلومات مع حظر الاطلاع على سجلات الشركة ووثائقها إلا بمقتضى إذن صريح من الجمعية العامة،² حتى إن محكمة الاستئناف المختلطة في مصر قضت في قرار لها بتاريخ 1939/12/27 بأن حق المساهم في التفتيش في دفاتر الشركة هو حق استثنائي ويخضع للشروط المنصوص عليها في القانون أو نظام الشركة.³

¹ G Ripert, « le droit des actionnaires à la communication des documents sociaux » Rev Fiducie, n° 283, 1952

² فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 211

³ مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء، ج 1 منشأة المعارف، الإسكندرية، 1958، ص 165

وقد تأسس هذا التوجه على عدة مبررات من أهمها المحافظة على أسرار الشركة، فالمساهم هو حائز عابر لسهم لا يهيمه سوي الربح ولا يتورع عن منافسة الشركة إذا اقتضت مصلحته ذلك، عبر الإفادة من المعلومات التي لديه واستغلالها تحقيقاً لمصلحته وإضراراً بالشركة.

لكن الأمر لم يبقى على ما هو عليه، حيث أصبح حق المساهم في الإعلام يأخذ تدريجياً مكانة هامة بين باقي الحقوق الأساسية للمساهم باعتباره احد الدعامات الأساسية التي تمكن المساهم من ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، وكذا التصويت عن دراية و معرفة بوضع الشركة، حيث بادر المشرع الفرنسي بإقرار عدة إصلاحات بهدف تدعيم هذا الحق وترقية ممارسته من طرف المساهمين، لجعلهم أكثر إيجابية وفاعلية فيما يخص الرقابة على أمور الشركة.

وقد نص القانون الصادر بتاريخ 193/10/30¹ على هذا الحق بشكل صريح وفصل بعض أحكامه، حين نص على الوثائق الواجب على مجلس الإدارة إعلام المساهمين بها، وهي الوثائق المحاسبية والجرد والميزانية وحساب الأرباح والخسائر، وقد أعقبه المشرع الفرنسي بتعديل آخر بالقانون الصادر بتاريخ 1937/08/31 والذي نص على أن حساب الأرباح والخسائر لا بد وأن يوضح وفي جداول متميزة، تبين العمليات التي نتجت عنها هذه الأرباح والخسائر.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي² على هذه الإصلاحات (قانوني سنتي 1935 - 1937) في الربط بين حق التصويت وحق الإعلام، واعتبار هذا الأخير عنصر أساسي في الممارسة الفعالة لحق التصويت. كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية³ إلى أبعد من ذلك، حين ألزمت مجلس الإدارة بضرورة إعلام المساهمين بحساب النفقات العامة للسنة المالية التي تتداول بشأنها الجمعية العامة، وكذا السنوات السابقة ليتمكن المساهمون من معاينة تطور النفقات، كما اعتبرت أن الاكتفاء بأرقام عامة حول حساب الأرباح والخسائر لا يمثل إعلاماً للمساهمين.

¹ Art 35 ,loi du 30/10/1935

² Cour de Lyon, 21 mai 1951, JCP, 1951 II, 6547, note Bastian ; S 1952,2, 173, note alsace ; journal des sociétés, 1952,269, note granger.

³ Cass com , 09 fev 1954

وتوسع المشرع الفرنسي في قانون الشركات لسنة 1966 في تكريس هذا الحق، من خلال إلزام الشركة بإعلام المساهمين، وتنظيم وسائل التحقق من صحة المعلومات، وإقرار العديد من الجزاءات المدنية والجنائية في حال مخالفة هذه الأحكام.¹

ومع انتشار قواعد حوكمة الشركات، سارع المشرع الفرنسي إلى تبني العديد من أحكامها، لاسيما قواعد الإفصاح والشفافية، وتجلّى ذلك من خلال صدور القانون رقم 2001/420² المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة، والذي اعتبر حق المساهم في الإعلام كعامل ضبط وتنظيم داخل الشركة.³

وبالنسبة للمشرع الجزائري الذي لم يتخلف في إقرار هذا الحق، فقد نص عليه بالمواد 677-678-680-682-683 من القانون التجاري، حيث بين واجبات مجلس الإدارة في إعلام المساهمين، وكذا الوثائق والمعلومات التي من شأنها تمكين المساهم من معرفة الوضعية المالية والإدارية للشركة، كما تضمنت المواد من 818 إلى 820 ت ج الجزاءات المقررة لخرق الأحكام السابقة والمتضمنة إعلام المساهمين.

إضافة لما تضمنته العديد من النصوص المنظمة لنشاط الشركة، لا سيما بالنسبة لأجهزة الإدارة والرقابة، فضلا على ما ورد ببعض القوانين الخاصة، وأهمها القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية، والتي يعد إعلام المساهمين والمستثمرين عموما من أولوياتها.

ثانيا: العوامل المساعدة على تكريس وتوسع حق الإعلام

إضافة إلى الالتزام القانوني أو النظامي على القائمين بالإدارة بتزويد المساهمين والمدخرين في القيم المنقولة بشكل عام، بكل المعلومات والمعطيات المتعلقة بنشاط الشركة في شقه المالي أو الإداري، فإن هناك بعض العوامل الأخرى التي ساعدت في تطوير الحس الاستعلامي لدى المساهمين، ومنها التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال (أ)، تزايد حركة الاستثمار بالقيم المنقولة (ب)، تغير تركيبة المساهمة في الشركة (ج).

¹ Yves Guyon, droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op-cit, p 282

² loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques.

³ Léa RIBEIRO PEDRO, « Les nouvelles règles sur l'information des actionnaires ont-elles permis un réajustement des pouvoirs au sein de la société? », DEA en droit des affaires, université ROBERT SCHUMAN, 2002, p 03

أ/ التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال

يمثل التطور التقني والتكنولوجي ميزة أساسية فارقة بالنسبة للعصر الحديث، حيث ألقى بظلاله على مختلف مناحي الحياة لاسيما الاقتصادية منها.

فالمعلومة في هذا العصر أخذت بعدا آخر على ما كانت عليه سابقا، والأكد أن قانون الشركات ليس بمنأى عن هذه التحولات،* حيث تم اعتماد الوسائط التكنولوجية والتقنيات الحديثة كالانترنت في مجال الإعلام الذي توفره الشركة لمساهميها¹

فالامتيازات التي توفرها التكنولوجيا بخصوص إعلام المساهمين، سواء من حيث سرعة إيصال المعلومة بحيث تصل في الوقت الحقيقي(فالوقت الذي يفصل بين تحقق الواقعة محل الإعلام ووصولها للمساهمين ثم للجمهور قد تقلص إلى أبعد حد)إضافة إلى انخفاض تكاليف انتقالها وتعدد طرق الحصول عليها، ساعد كثيرا في زيادة الفعالية التي يحققها حق الإعلام.² وهذا ما يخدم أكثر سلطة رأس المال.

ب/ تزايد حركة الاستثمار بالقيم المنقولة

شكل الإقبال المتزايد للمستثمرين على توظيف الفائض من أموالهم في شكل قيم منقولة بشركات المساهمة، نظرا لما توفره لهم من مزايا تعكسها الخصائص العامة لهذه الشركات، كالمسؤولية المحدودة وعدم اكتساب صفة التاجر، ميزة فارقة في الاقتصاد الحديث، هذا الانتقال من الاقتصاد القائم على الاستدانة إلى اقتصاد قائم على الأموال الخاصة، صاحبه تزايد التزامات الشركات تجاه الممولين الجدد(المساهمين).³

فالشركة عندما تلجأ للادخار العلني تجد نفسها مجبرة على نشر وتزويد المساهمين والمستثمرين عموما بالمعلومات التي كانت وإلى وقت قريب حكرًا على القائمين بالإدارة وعند الضرورة المقرضين والبنوك.

* يظهر ذلك من خلال تتابع صدور القوانين التي تركز الاستفاداة من التقنيات الحديثة في إعلام المساهمين كالمشرع الفرنسي الذي أصدر قانون التنظيمات الاقتصادية الحديثة لسنة 2001 وقانون الأمن المالي لسنة 2003.

¹ Rahma Chakker, Pierre Labardin, « de l'information comptable a la connaissance financière: des années 1670 a nos jours ». Comptabilite et Connaissances, May 2005, France., p 11

² Denis Kessler, « l'entreprise entre transparence et secret », revue pouvoirs, n° 97, 2001, p34

³ Ibid, p 36

ج/ تغير تركيبة المساهمة في الشركة

يمثل دخول أصناف جديدة من المساهمين في تركيبة المساهمة داخل الشركة عاملا مؤثرا في إقرار مزيد من التزامات الإعلام بالنسبة للشركة، فالمساهمون المؤسسون مثلا، يمارسون ضغوطا هائلة على مجالس إدارة الشركات للحصول على أكبر قدر من المعلومات، وإلا فستضطر الشركة لمواجهة العقوبات التي يفرضها السوق المالي بعدم الاستثمار في أسهم الشركة أو التصويت ضد كل القرارات التي يقدمها مجلس الإدارة.¹

ثالثا: أهمية حق الإعلام

تعتبر المعلومة حجر الزاوية في البناء القانوني للشركة المساهمة الحديثة، لأنها أهم عامل يضمن مشاركة فعالة وإيجابية للمساهمين في اتخاذ القرارات الحاسمة والمتعلقة برسم السياسة العامة للشركة.

فالمساهم الذي لا يتوفر على معلومات كافية ونوعية حول واقع الشركة، لن يكون بمقدوره مواجهة ومناقشة مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أثناء عرض حصيلة النشاط المالي والإداري في الجمعية العامة، وهذا ما يجعل من انعقاد هذه الأخيرة مجرد إجراء شكلي لا غير.

والحقيقة أن الاقتصاديين كانوا سابقين في تشخيص الدور الفعال والحاسم للمعلومة في ممارسة السلطة في الشركة،² فالمعلومة من جهة تجعل ممن يحوزها في مركز امتياز مقارنة بغيره، لكن بالمقابل فهذا الامتياز هو مؤقت وذلك لوجود معلومات أخرى يمكن أن تجعل من الأولى نسبية، أو قد تكملها أو قد تعارضها تماما بشكل يجعل من امتلاك السلطة يعتمد أساسا على القدرة على التمتع الجيد في مركز تبادل المعلومات.³

فالمعلومات التي تخص الشركة هي عبارة عن حقائق ووقائع تُتداول داخل أو خارج محيط الشركة، وتتعلق أساسا بالمركز المالي لهذه الأخيرة ونشاطها وقدراتها التنافسية ومكانتها في السوق وآفاقها المستقبلية، وكل هذه المعطيات هي أساس تحرك المسيرين والمساهمين والمستثمرين عموما، وهي بذلك تمثل مطلبا حيويا تنتشه كل الأطراف سواء المسيرين أو المساهمين داخل الشركة، أو المستثمرين

¹ Denis Kessler, art précité, p 37

² Alain Bienaymé, « le pouvoir dans l'entreprise », art-précité, p 18

³ Ibid, p 19

(المساهمين المحتملين) في السوق المالي أي خارج الشركة، ومن تمكن من حيازة المعلومات المناسبة وفي الوقت المناسب، فقد امتلك امتيازاً وأفضلية على باقي الأطراف، وهذا ما يعد أحد أسباب الصراع الخفي والمحتمل دوماً بين المساهمين والجهاز الإداري، والذي تغذيه أكثر فكرة المصلحة التي يسعى كل طرف لتحقيقها بناءً على المعلومات التي يحوزها.

لذلك فغالباً ما يعتمد المسكرون وحتى أعضاء مجلس الإدارة ممن لا يمتلكون إلا نسب ضعيفة من الأسهم،* إلى احتكار المعلومات الحساسة والمؤثرة عن باقي المساهمين وتوظيفها لتحقيق أغراض خارجة عن مصالح المساهمين.

إذن، فأهمية الاطلاع والإعلام بالنسبة للمساهمين تكمن في تمكينهم من ممارسة حقوقهم في التصويت وهم على بيّنة من الأمر، فهي تعتبر شرط ضروري لتمكين المساهمين من مراقبة أعمال وتصرفات القائمين بإدارة الشركة، فالمعلومة هي أساس أي تحرك في اتجاه معين، لأن نوعية وكمية وكيفية الاتصال بالمعلومات، هي عناصر جوهرية تمكن المساهمين من الإطلاع على الوضعية الحقيقية للشركة سواءً في شقها المالي أو الإداري، وبالتالي المساهمة في تكوين قناعة تستند إلى معلومات كافية وصحيحة تدعم في النهاية الدور الرقابي الذي يمارسه المساهمون على القائمين بإدارة الشركة.

وحق الإعلام هو من الحقوق الثابتة والتي يستفيد منها المساهم بصفته مساهماً بغض النظر عن مدى تمتعه بباقي الحقوق، وعلى ذلك فهو يثبت لكل المالكين للسهم على الشروع، ولمالك الرقبة والمنفعة من السهم،¹ وكذا لحاملي شهادات الاستثمار.²

رابعاً: نطاق حق الإعلام

إذا كان حق المساهم في الإعلام من الحقوق الأساسية والذي يستفيد منه أي كانت صفة الأسهم التي يحملها وأي كان عددها وبغض النظر عن الحقوق المرتبطة بها، وبرغم الضمانات القانونية والنظامية التي تركز هذا الحق والتي تجعل منه حقاً حاسماً في تنوير المساهم عند التصويت، إلا أن الأكيد أنه غير مطلق في مده، أي أن المساهم لا يحصل على المعلومات إلا بالقدر الذي يفيد ويضمن

* وهذا ما يجعل مصالحهم في الشركة غير ذات أهمية بالمقارنة بما قد تكون عليه مصالحهم خارجها، وبالتالي ترجيح مصالحهم الخاصة على مصالحهم في الشركة.

¹ المادة 682 ت ج.

² المادة 715 م 69 ت ج.

إطلاعهم على الأمور التي سيقدر بشأنها، سواءً عند التصويت بالجمعية العامة، أو بالنسبة للقرارات التي يتخذها بشأن مصيره ووضعيتها في الشركة، وكذا المعلومات التي يرسم على ضوءها مستقبل الشركة... إلى غيرها من الأغراض المشروعة التي تبرر حصول المساهم على تلك المعلومات، أما ما عدا ذلك فيدخل في دائرة المحظورات التي تحد هذا الحق.

وهذا الأمر نسبي بالطبع، لأن نطاق حق الإعلام لا ترسمه النصوص القانونية مسبقاً، بل يتحدد في ضوء ما تفرزه المعلومات المقدمة من آثار سلبية على الشركة أو ما يعرف بالسر المهني الذي يتوجب الحفاظ عليه لارتباطه بعناصر جوهرية بالنسبة للشركة، بحيث يشكل خطراً إذا ما تمت إذاعته.

وإلا فالخطر الضمني والبسيط الذي يهدد الشركة لا يقوم سبباً مقنعاً لرفض تقديم المعلومات،¹ ويبقى وحده السر المهني المرتبط بكينونة واستمرارية الشركة لا نقاش في المحافظة عليه وعدم كشفه.²

وللجانب التعاقدية في الشركة دور في فرض بعض السرية على المعلومات المقدمة للمساهمين، وهي ضمانات تفرض بموجبها الشركات على المساهم الذي يحصل على معلومات هامة تخص نشاط الشركة ودفاتها المحاسبية وإستراتيجيتها المستقبلية، التزام السرية التامة بخصوص هذه المعلومات، وهذا ما تحققه الاتفاقيات المتضمنة الالتزام بعدم إذاعة المعلومات المتحصل عليها من طرف المساهم، أو ما تعرف بـ: confidentialité Les clauses de.³

وتحقق هذه الاتفاقية هدفاً مزدوجاً، إذ تسمح من جهة للمساهم بالحصول على معلومات هامة حول الشركة تمكنه من حسن اتخاذ القرار عند التصويت، وتضمن من جهة أخرى للشركة عدم تسرب معلومات سرية عن نشاطها المالي والمستقبلي إلى الشركات المنافسة، ومع ذلك تبقى هذه الاتفاقيات ضعيفة الأثر فيما يخص الالتزام بأحكامها، خاصة بالنسبة لمسألة إثبات إخلال المساهم بالتزامه بعدم إفشاء ما تحصل عليه من معلومات حصرية عن الشركة.

¹ Olivier HARI , « le droit a l'information et la participation des actionnaires d'une société anonyme dans une procédure d'assainissement », transparence et secret dans l'ordre juridique, suisse, Genève, 2010, p 95.

² Ibid, p 95

³ DANIEL la fortune, « les conventions d'actionnaires », revue juridique Thémis, 202, n°36, p251.

الفرع الثاني: مضمون حق المساهم في الإعلام

صحيح أن المعلومات التي يتلقاها المساهم هي ذات أهمية كبرى للتحضير للموعد الذي يحسم فيه أمره بالتصويت، لكن الأهم من ذلك هو نوعية المعلومات التي يتحصل عليها والشكل الذي تقدم فيه، وذلك بأن تكون في وثائق منظمة ومحددة قانوناً (فرع أول)، بما يسمح له بفهمها وتحليلها بنفسه أو بالاستعانة بخبير، كما أنه وبغرض تحقيق إعلام كاف، فإن المشرع قد نظم الإطار القانوني للاستعلام وبيّن أشكال اتصال المساهمين بالمعلومات (فرع ثان).

أولاً: الوثائق التي تحقق إعلام المساهم

إن من أهم التزامات مجلس الإدارة أن يسهر على إيصال مختلف المعلومات المتعلقة بنشاط وإدارة الشركة إلى المساهمين، ويتم ذلك عبر تبليغ مختلف الوثائق المتضمنة لتلك المعلومات وأهمها، تقرير مجلس الإدارة أو المديرين (أ)، والوثائق المالية والمحاسبية (ب)، إضافة إلى ورقة الحضور (ج)، وجدول الأعمال (د).

أ: تقرير مجلس الإدارة أو المديرين

يمثل تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، المعروف على الجمعية العامة عنصراً أساسياً في إعلام المساهمين، فهو يتضمن مختلف المعلومات الأساسية حول نشاط الشركة ووضعيتها المالية، والنتائج المحققة خلال السنة المالية،¹ وتظهر أهمية هذا التقرير في أنه يضع مجلس الإدارة أمام مسؤولياته في مواجهة المساهمين، لأنه بمثابة إقرار كتابي بصحة وسلامة المعلومات المقدمة للمناقشة والمصادقة عليها أمام الجمعية العامة، كما يسمح للمساهمين من معرفة الجهاز المسير للشركة وكذا السياسة العامة التي ينتهجها ومدى تنفيذ الشركة لخطتها السنوية السابقة.²

وإذا كان المشرع الجزائري قد ألزم مجلس الإدارة بتقديم تقريره إلى الجمعية العامة (المادة 678 ت ج)، كما ألزمهم بوضع تقرير مكتوباً عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة (المادة 3/716 ت ج)، فإن ما يؤخذ على هاته النصوص هو أنها جاءت بصيغة العموم، ولم تفرض أي

¹ Somsak NAWATRAKULPISUT « contrôle de droit, contrôle de fait », thèse pour le doctorat, université jean moulin-Lyon III, 2007, p 197

² فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 217

عناصر أو نقاط محددة يتوجب على مجلس الإدارة إدراجها في تقريره، وهو الوضع الذي قد يتخذه مجلس الإدارة ذريعة لحرمان المساهمين من حقهم في الإعلام بالشكل المطلوب، كأن يُعد تقارير تحوي معلومات سطحية أو معلومات معقدة ومبهمّة، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي¹ مثلاً، والذي توسع كثيراً في تفاصيل تقرير مجلس الإدارة خاصة بعد إصلاحات 2001 و 2003²، حيث أصبح هذا التقرير يتضمن وبشكل واضح ودقيق، تحليلاً موضوعياً ووافياً لتطور نشاط الشركة، وكذا الوضعية المالية والنتائج ومؤشرات النجاح، إضافةً لأهم المخاطر التي تواجه الشركة، ودرجة استخدام الموارد المالية والآفاق المستقبلية والصعوبات التي تواجهها، وهذا ما يجعل منه ولو نسبياً وثيقة متكاملة³، حتى أن المشرع الفرنسي قد رتب

¹ Art L225 – 100 « Le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée son rapport ainsi que les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent. Ce rapport comprend une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société et indépendamment des indicateurs clés de performance de nature financière devant être insérés dans le rapport en vertu d'autres dispositions du présent code, l'analyse comporte le cas échéant des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel. Le rapport comporte également une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée.

Le rapport comporte en outre des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits. Ces indications portent sur les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale de transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture.

Elles portent également sur l'exposition de la société aux risques de prix, de crédit, de liquidité et de trésorerie.

Est joint à ce rapport un tableau récapitulatif des délégations en cours de validité accordées par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration ou au directoire dans le domaine des augmentations de capital, par application des articles L. 225-129-1 et L. 225-129-2. Le tableau fait apparaître l'utilisation faite de ces délégations au cours de l'exercice ».

فضلاً عما تضمنته النصوص اللاحقة، L225-100-1، L225-100-2، L225-100-3. L225-102، L225-102-1، L225-102-2 والتي تضمنت العديد من التفاصيل التي تخص وضعيات خاصة احتاط لها المشرع الفرنسي ولم يشأ تركها دون تنظيم.

² Loi n°420/2001 du 15 mai 2001, sur les Nouvelles Régulations Economiques - et la loi n° 706/2003 du 01/08/2003 sur la sécurité financière

³ Tchotourian Ivan, « Informing good to do well : Une approche comparée de la participation (imparfaite) du droit des sociétés par actions à une gestion responsable », La Revue des Sciences de Gestion, 2008/5 n°233, p.37.

البطلان كجزء يلحق مداوات الجمعية العامة التي تمت خرقا لأحكام المادة L225-110،¹ كما ذهب القضاء الفرنسي² في بعض أحكامه إلى إبطال آثار زيادة رأس المال من طرف مجلس الإدارة بمناسبة تجديد رأس المال، وبررت المحكمة قرارها بأن كل عملية ترد على رأس المال لا بد وأن تكون محل تقرير مفصل يقدمه مجلس الإدارة.

كما يلتزم مجلس الإدارة أو مجلس المديرين بإعلام المساهمين بكل الاتفاقيات والعقود التي تتم بينهم وبين الشركة (المادتين 672/628 ت ج)، لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري هنا أيضا، أنه لم يذكر صراحة وجوب تقديم تقرير مفصل حول هذه الاتفاقيات بل أشار فقط إلى وجوب عرض هذه الاتفاقيات على الجمعية العامة للمصادقة عليها، وهذا الأمر يشكل ثغرة من حيث نوعية المعلومات المقدمة للمساهمين، قد تكون لها آثار سلبية إذا ما تعمد مجلس الإدارة تبسيط أو تمييع مضمون هذه الاتفاقيات، وبالتالي يفوت على المساهمين ممارسة حقهم الرقابي على أعمال الإدارة.

ب : الوثائق المعروضة على الجمعية العامة - الوثائق المالية والمحاسبية

جاء تدخل المشرع صريحا وبصيغة الوجوب فيما يخص إلزام الشركة بتبليغ المساهمين بالمعلومات الضرورية لتمكينهم من المناقشة والتصويت عن معرفة وتبصر، حيث ألزمت المادة 677 ت ج مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة أن يبلغ المساهمين أو يضع تحت تصرفهم الوثائق الضرورية التي تمكنهم من إبداء رأيهم عن دراية وإصدار قرار دقيق فيما يخض إدارة الشركة وتسييرها.

وقد عدت المادتين 678 و680 ت ج الوثائق التي يتعين إطلاع المساهمين بها، سواء عبر تبليغها لهم أو سعيهم في الإطلاع عليها، وهي تتضمن في مجملها تفاصيل عن القائمين أو المترشحين للإدارة، من أسماء و ألقاب ومواطن، وكذا الشركات التي مارسوا فيها أعمال تسيير أو إدارة وعدد الأسهم التي يمتلكونها، إضافة إلى المعلومات المالية والمحاسبية للشركة، ويتعلق الأمر بجدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة، والتقارير الخاص لمندوب الحسابات المبين لنتائج الشركة خلال الخمس سنوات الأخيرة، إضافة إلى المبلغ الإجمالي المصادق على صحته، والأجور المدفوعة للأشخاص المحصلين على أعلى أجر (في حدود خمسة أشخاص).

¹ Art L225-121 ccf.

² Cass com, 10 dec 2013, n°12-24232, bull jolly, Fev 2014, p 83/84.

وعند قفل كل سنة مالية، يضع مجلس الإدارة جردا بمختلف عناصر الأصول والديون الموجودة في ذلك التاريخ، ويضعون حساب الاستغلال العام وحساب النتائج والميزانية.¹

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري عندما نص على إعلام المساهمين، استعمل لفظي (التبليغ والإطلاع)، غير أنه لم يبين لا كيفية ولا مكان التبليغ أو الإطلاع، وهذا ما يفتح المجال أمام كافة أشكال وطرق التبليغ والإطلاع متى كانت مشروعة وتحقق الغاية التي استخدمت لأجلها، وهي ضمان اتصال المساهم بالمعلومات الضرورية وفي الآجال المنصوص عليها، ومع ذلك فإن أعمال القواعد العامة يقتضي أن التبليغ يكون عادة بموطن أو العنوان الرسمي الذي يقدمه المساهم، أما الإطلاع فيكون مبدئيا بمقر الشركة أو بأحد فروعها عند الضرورة.

ج: ورقة الحضور

تكتسي ورقة الحضور أهمية بالغة، فهي تعد مصدرا من مصادر الاستعلام، تمكن المساهمين والمشاركين من معرفة عدد الأسهم التي يملكونها سواء بصفة أصلية أو بالنيابة، كما تسمح بالتعرف على مدى اكتمال النصاب وحساب الأغلبية، وتضمن الشفافية ونزاهة التصويت.²

لذلك نص المشرع الجزائري بالمادة 681 ت ج على مسك ورقة للحضور تتضمن البيانات الشخصية لكل مساهم وعدد الأسهم التي يمتلكها، إضافة للبيانات الشخصية لكل مساهم ممثل والمعلومات الخاصة بموكله وعدد أسهمه في حالة التصويت بالوكالة، على أن يصديق مكتب الجمعية على صحة ورقة الحضور الموقعة قانونا من حاملي الأسهم الحاضرين والوكلاء.

ويتأكد أكثر حرص المشرع على ضرورة تمكين المساهمين من الإطلاع على ورقة الحضور (لثلاث سنوات الأخيرة)، بأن رتب على واقعة إخلال القائمين بالإدارة بهذا الواجب، عقوبات جزائية تضمنتها المادة 819 ت ج تتمثل في الغرامة من 20000 د ج إلى 200000 د ج، كما نصت المادة 820 على عقوبة الغرامة من 20000 د ج إلى 50000 د ج ضد القائمين بالإدارة الذين لم يقدموا عمدا

¹ المادة 716 تجاري جزائري

² عبد الوهاب المريني، "سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، 1997، ص 1.

أثناء كل اجتماع للجمعية العامة ورقة الحضور الموقعة من المساهمين الحاضرين والوكلاء مصدق عليها من مكتب الجمعية.

وبخصوص إطلاع المساهمين على ورقة الحضور فقد تضمنت المادة 681 عبارة " ويجب أن تبلغ هذه الوكالات حسب نفس الشروط المتعلقة بورقة الحضور وفي نفس الوقت " لكنها بالمقابل لم تأتي على ذكر أي شرط أو أجل يتعلق بالتبليغ، كما أنها لم توكل صراحة تحديد تلك الشروط لنظام الشركة، وإن كان هذا الأخير هو الأقرب لضبط وتفصيل مثل هذه الإجراءات.

د /: جدول الأعمال

يشكل جدول الأعمال جزءا من الوثيقة المتضمنة الدعوة للحضور والتي يرسلها القائمون بالإدارة للمساهمين لإعلامهم بالمسائل المعروضة للتداول والتصويت.

والقاعدة العامة تقضي أنه لا يجوز تعديل أو التداول في غير المسائل الواردة بجدول الأعمال¹ (باستثناء ما مرّ بنا من بعض المسائل كعزل أعضاء مجلس الإدارة)، وهذه القاعدة ذات أهمية كبرى، إذ فيها ضمان لكل المساهمين ومجلس الإدارة على السواء، ضمان للمساهمين حتى لا يفاجئوا أثناء جلسة الجمعية العامة بمسائل لم تصل إلى علمهم من قبل، وبالتالي لا تتاح لهم فرصة دراستها وإجراء نقاش بشأنها أثناء الاجتماع مما يعطل حقهم الأساسي في الرقابة، كما تمثل ضمانة لمجلس الإدارة حتى لا يجد نفسه أمام مسألة مطروحة للمداولة دون أن يكون مستعدا لبحثها والرد عليها.²

¹ صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 462

² محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 279-280

وقد أشار المشرع الجزائري بشكل عارض لجدول الأعمال بالمادة 678 وكذا بالمادة 820 (عند النص على الجزاءات الخاصة بجمعيات المساهمين)، والغريب أن المشرع الجزائري تجاهل تحديد على الأقل كيفية إعداده، وهي النقاط التي كانت تنظم بعضها المادة 644 من القانون التجاري قبل التعديل،¹ في حين أن المشرع الفرنسي قد تناوله بشيء من التفصيل وكرس أهميته القانونية وكيفية وشروط تدخل المساهمين لإدراج بعض النقاط بجدول الأعمال.²

ولا نرى أي داعٍ لإسقاط هذا النص من أحكام انعقاد الجمعية العامة، لأنه كان يتضمن ضمانات هامة للمساهمين، وهذا ما يتعارض مع روح التعديل الذي جاء به المرسوم التشريعي 08/93 الذي كان يستهدف فيما نعتقد (وفي غياب أي مذكرة إيضاحية) تحفيز الاستثمارات وجذب رؤوس الأموال عبر توظيفها كقيم منقولة في الشركات التجارية استجابة لمتطلبات الانفتاح الاقتصادي.

ولا تقتصر أهمية جدول الأعمال على القيمة الإعلامية التي ينطوي عليها، بحيث يلفت نظر المساهمين مسبقا إلى الموضوعات التي ستناقش بالاجتماع، بل له قيمة قانونية كذلك،³ إذ لا يجوز إلغاء

¹ المادة 644 من القانون التجاري لسنة 1975: "يحدد جدول أعمال الجمعيات من الشخص الذي صدر عنه الاستدعاء. غير أنه يعطى حق الخيار لواحد أو أكثر من المساهمين الحائزين على 5% على الأقل من رأس مال الشركة أن يطلبوا بأن يسجل في جدول الأعمال مشروع القرار الذي لا يخص تقديم مرشح في مجلس الإدارة. ويجوز للمساهم الذي يرغب في استعمال هذا الحق أن يطلب من الشركة أن تسلمه بواسطة رسالة موصي عليها عن التاريخ المقرر لانعقاد الجمعيات أو بعضها قبل ثلاثين يوما على الأقل من هذا التاريخ، وتُلزم الشركة بإعلامه إذا أرسل المساهم لها ثمن تكلفة الإرسال.

ويجب أن ترسل طلبات التسجيل المتعلقة بمشروع القرار بجدول الأعمال قبل خمسة وعشرين يوما على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية بناءً على الاستدعاء الأول."

² Art L225-105 ccf: « L'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution. Ces points ou ces projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée et portés à la connaissance des actionnaires dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci peut réduire le pourcentage exigé par le présent alinéa, lorsque le capital social excède un montant fixé par ledit décret.

L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Néanmoins, elle peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement.

L'ordre du jour de l'assemblée ne peut être modifié sur deuxième convocation. »

³ صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 618

أي موضوع مدرج بجدول الأعمال أو مناقشة موضوع خارج عن جدول الأعمال،¹ ما عدا مسألة جواز عزل مجلس الإدارة على ما رأينا، وهي النقطة التي تؤكد من زاوية أخرى السلطة القانونية التي تتمتع بها الجمعية العامة في مواجهة مجلس الإدارة.

ثانيا: أشكال اتصال المساهمين بالمعلومات

تتعدد أشكال اتصال المساهم بالمعلومات، فقد يتلقى تلك المعلومات بشكل قبلي، أي الإعلام الذي يحصل عليه في فترات محددة قبل انعقاد الجمعية العامة (أ)، أو أثناء اجتماعات الجمعية العامة عبر حق توجيه الأسئلة لمجلس الإدارة (ب)، كما قد يتحقق إعلام المساهم بشكل دائم، أي إمكانية الاستطلاع على مدار السنة (ج)

أ: الإعلام القبلي أو المؤقت

بما أن الجمعية العامة هي الفضاء الذي يمارس فيه المساهمون سلطاتهم، عبر مناقشة الوثائق المعروضة ومشاريع القرارات، وكذا تعيين أو عزل القائمين بالإدارة حسب جدول الأعمال المطروح للتداول بشأنه، فقد كان لزاما أن يعلم المساهمون بتفاصيل تلك النقاط قبل وقت معين من عرضها للتصويت.

فالإعلام القبلي أو المؤقت الذي يسبق انعقاد الجمعية العامة، له بالغ الأثر في تنوير وتبصر المساهم عند التصويت، وبالتالي تمكينه من ممارسة سلطته عن دراية وبكل شفافية ومعرفة بالأسباب.²

وقد منح المشرع الجزائري مهلة 30 يوما للمساهمين لمراجعة وتحليل الوثائق المقدمة لهم، قبل مناقشتها والتصويت عليها بالجمعية العامة (م 677 ت ج)، والحقيقة أن المشرع الجزائري قد وُفق إلى حد ما باعتماد هذا الأجل،* والذي يعتبر كافٍ في نظر الفقه،³ لتمكين المساهم من دراسة وتحليل محتوى الوثائق المالية والمحاسبية للشركة، وتكوين قناعاته بخصوص التصويت وفق ما يراه مناسباً.

¹ Cass com. 06 mai 1974, journal des sociétés, 1974 p 524, note ph merle.

² Renée Kadouch, th précité, p 361

* بخلاف العديد من التشريعات العربية والتي اعتمدت آجال أقصر مثل: المشرع المغربي 15 يوم، م 141 - المشرع

العراقي 10 أيام، م 124 - المشرع اللبناني 15 يوم، م 197

³ انظر في ذلك: فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 222 وما بعدها.

ب: الإعلام أثناء اجتماعات الجمعية العامة - حق توجيه الأسئلة

يعتبر حق توجيه الأسئلة من الآليات القانونية الفعالة لضمان حصول المساهم على معلومات كمية ونوعية تخص وضع الشركة، فهو يسمح للمساهم بالاستفسار وطلب التوضيح بشأن النقاط التي يراها غامضة أو تثير الشكوك بوجود خروقات أو تجاوزات في الإدارة والتسيير.

وما يجب التنويه إليه بداية، أن المشرع الجزائري لم يدرج صراحة ضمن حقوق إعلام المساهم، حقه في توجيه الأسئلة الكتابية إلى أجهزة الإدارة،¹ بخلاف نظيره الفرنسي الذي سمح للمساهم أو المساهمين بهذه الضمانة بموجب المادة 108-225 L من القانون التجاري الفرنسي، حيث يمكن لأي مساهم مهما كانت نسبة مساهمته في رأس المال أن يوجه أسئلة مكتوبة لمجلس الإدارة أو المديرين، والتي يتعين الإجابة عنها أثناء انعقاد الجمعية العامة، كما منح بموجب المادة 232-225 L للمساهمين المالكين لنسبة لا تقل عن 05 % من رأس المال، الحق في توجيه أسئلة كتابية للقائمين بالإدارة مرتين خلال السنة المالية حول أي وضع يمكن أن يعرض نشاط الشركة للخطر.

ونظرا لجدية الإجراء وما قد يترتب عليه من نتائج سلبية كالتعسف في توجيه الأسئلة، وإرهاق مجلس الإدارة بتحضير وعرض إجابات عن كل الأسئلة المقدمة، فقد قيد المشرع الفرنسي² ممارسة هذا الحق باشتراط توجيه الأسئلة قبل أربعة أيام على الأقل من انعقاد الجمعية العامة، وكذا وجوب أن تكون الأسئلة ذات علاقة مباشرة بالنقاط المدرجة بجدول الأعمال، وهذا ما يسمح برفع مستوى النقاش داخل الجمعية العامة.³

وعلى كل، لا يمكن القول بأن المشرع الجزائري بعدم نصه صراحة على هذه الضمانة، يكون قد استبعداها من حقوق المساهمين في الإعلام، لأنه وفق المجرى الطبيعي للأمر، فإن الحق في توجيه المساهمين للأسئلة هو من المسائل المنطقية، على اعتبار أن أي نقاش أو تداول بين طرفين لا يخلو من توجيه الأسئلة لتوضيح الأمور، كما أن اعتبار المشرع الجزائري لمجلس الإدارة كوكيل عن الشركة، يجعل من حق الموكل استجواب الوكيل (مجلس الإدارة) بخصوص المهام الموكلة له في إطار الوكالة.

¹ أيت مولود فاتح، "حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 113.

² art 34, décret n° 2006/1566, du 11 décembre 2006

³ Anne Ducros, « renforcement des pouvoirs des actionnaires », dossier Corporate Governance, journal des sociétés, n° 63, mars 2009, p 47

مع ذلك، كان الأولى بالمشرع الجزائري أن ينص صراحة على هذا الحق، تدعيما للدور الرقابي للمساهمين، وعدم ترك المجال لمجلس الإدارة في تمرير حصيلة النشاط ومشاريع القرارات أمام الجمعية العامة بإجراءات شكلية محضه، يسقط معها الالتزام القانوني لمجلس الإدارة بالرد على تساؤلات المساهمين.

ج: الإعلام الدائم

المقصود بالإعلام الدائم أو المعلومة الدائمة، هو حق المساهم في المطالبة بها على مدار السنة¹، وهو يمثل وسيلة فعالة بيد المساهمين تمكنهم من فرض رقابة دائمة ومستمرة على التصرفات التي يجريها القائمون بالإدارة خلال السنة المالية، والتي قد لا تكون محل اطلاع واسع لدى عموم المساهمين.

فما يلاحظ في غالب الأحيان، هو هجران الكثير من المساهمين لموقعهم ودورهم الأساسي في الشركة، كونهم مالكين للأسهم التي تشكل بدورها رأس مال الشركة، إضافة لعدم اهتمامهم بأمر الشركة طوال السنة، واكتفائهم بما يقدم إليهم من معلومات قبيل انعقاد الجمعية العامة، ولهذا عمد المشرع الفرنسي² مثلا، عبر قانون 1966/07/26 - في إطار سعيه لتدعيم نية الاشتراك لدى المساهمين - إلى تمكين المساهمين من أكبر قدر من المعلومات وعلى مدار السنة³.

وما يلاحظ بخصوص المشرع الجزائري، أنه وإن تخطى عن النص الصريح الذي كان يكرس الإعلام الدائم للمساهم على مدار السنة بموجب المادة 684 قبل تعديل 1993، واكتفى بالإعلام القبلي أو المؤقت، في النصوص التي تضبط اتصال المساهم بالمعلومة، لا سيما المواد 677/ 678/ 680 ت ج، إلا أنه أبقى على فكرة الإعلام الدائم، لإعطاء المساهم دوراً أكبر في الرقابة على أعمال وتصرفات القائمين بالإدارة، وإن كان ذلك بمعرض النص على الجزاءات المترتبة عن المخالفات المتعلقة بجمعيات المساهمين، حيث نص بالمادة 819 على: "يعاقب بغرامة من 20000 د ج إلى 200000 د ج رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها الذين لم يضعوا تحت تصرف كل مساهم ... السندات الآتي ذكرها :

¹ Renée Kadouch, th précité, p361

² Art L225 - 117

³ Alcouffe Alain et Kalweit Christian , « Droits à l'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et Allemagne. » Revue internationale de droit économique, 2003/2 t. XVII, 2, p.170

حساب الاستغلال العام والجرد وحسابات النتائج والميزانيات وتقارير مجلس الإدارة وتقارير مندوبي الحسابات وأوراق الحضور ومحاضر الجمعيات وذلك في أي وقت من السنة "، وهي تقريبا نفس الوثائق التي ألزم المشرع الفرنسي الشركة بتبليغها للمساهمين.¹

المطلب الثاني: فعالية حق المساهم في الإعلام

من أجل تمكين المساهم من لعب هذا الدور الإيجابي في الشركة لم يتخلف المشرع الجزائري عن إقرار العديد من الأحكام التي تضمن وتدعم حق المساهم في الحصول على المعلومات المالية والإدارية الخاصة بالشركة، لكن الأمر لا يخلو من الصعوبات والعراقيل التي تحول دون تجسيد الشفافية المطلوبة في المعلومات، خاصة عند محاولة مجلس الإدارة الاستئثار بمعظم المعلومات، إما إفراطا في السر المهني، أو تعسفا في حق المساهمين.

وعلى هذا، سنتناول فعالية حق الإعلام من حيث آليات التحقق من صحة المعلومات (فرع أول)، ثم نستعرض أهم الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري للمساهم في الحصول على المعلومات، ومدى تحقيقها للحكمة التي شرع من أجلها حق الإعلام (فرع ثاني).

الفرع الأول: آليات التحقق من صحة المعلومات

لم يكتفي المشرع الجزائري كغيره من التشريعات بإلزام مجلس الإدارة كمثل عن الشركة، بتبليغ المساهمين بالمعلومات الضرورية، بل أتاح لهم بعض الآليات القانونية لتمكينهم من التحقق والتأكد من مدى صحة ومطابقة الوثائق المقدمة لهم، سواء من خلال تواجد مندوب الحسابات بالشركة، ومختلف التقارير التي يعدها في إطار المهام الموكولة له (أولا)، أو الحضور الدائم لمجلس المراقبة (ثانيا) بالنسبة للشركات التي تتبع نظام الإدارة الحديث، إضافة إلى حق اللجوء إلى الخبرة الإدارية (ثالثا)، وذلك في التشريعات التي تجيزها.

أولا: مندوب الحسابات

لمندوب الحسابات دور بارز ومؤثر في تحقيق إعلام نوعي للمساهم (أ)، وذلك من خلال التقارير التي يعدها ويعرضها على المساهمين بمناسبة انعقاد الجمعية العامة (ب).

¹ Art L. 225-115 loi du 24 juil 1966

أ/: أهمية عمل مندوب الحسابات

يظهر دور وأهمية مندوب الحسابات في تنوير المساهمين وإعطائهم نظرة واضحة ودقيقة على الوضعية المالية للشركة، وتبصيرهم بخصوص التصرفات والعقود التي يبرمها مجلس الإدارة، خاصة منها المخالفة للمصلحة العامة للشركة والمساهمين.

وتشكل طريقة تعيين مندوب الحسابات من طرف الجمعية العامة للمساهمين،¹ إضافة إلى الجانب المهني والاحترافي الذي يطبع عمله والمتمثل أساسا في الشروط التي يتعين توفرها فيه،² إضافة إلى المسؤولية المدنية³ والجزائية⁴ التي قد تلحقه جراء أي تقصير أو إخلال بواجباته الأساسية، تأكيد على الضمانة التي يوفرها التقرير الذي يعده هذا الأخير، والأثر الإيجابي له في طمأنة المساهمين حول صحة ومطابقة المعلومات المقدمة لهم، والتي يكون قد دقق فيها بوصفه خبيرا في هذا الشأن.

وتتمثل المهمة الدائمة لمندوب الحسابات حسب نص المادة (715 مكرر 4) في التحقيق في الدفاتر والأوراق المالية للشركة وفي مراقبة انتظام حسابات الشركة وصحتها، كما يدقق في صحة المعلومات المقدمة في تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، وفي الوثائق المرسلة إلى المساهمين حول الوضعية المالية للشركة وحساباتها، ويُصدق على انتظام الجرد وحسابات الشركة والموازنة وصحة ذلك.

ويتحقق مندوب الحسابات بموجب نفس المادة كذلك، إذا ما تم احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، -ويظهر ذلك من خلال مختلف العمليات والعقود المرتبطة بنشاط الشركة، والتي يُطلعه الجهاز الإداري بها، ويكلف عادة بإعداد تقارير عنها تعرض على الجمعية العامة للمساهمين-، ويجوز له أن يُجري طيلة السنة التحقيقات أو الرقابة التي يراها مناسبة، كما يمكنه استدعاء الجمعية العامة للانعقاد في حالة الاستعجال.

¹ تعود سلطة تعيين مندوب الحسابات للجمعية العامة العادية للمساهمين (م 715 م 4) مع مراعاة أحكام المواد 600 / 609 / 715 م 4 - 7.

² المادتين 07 و 08 من القانون 10-01 المؤرخ في 29/06/2010 المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج ر عدد 42 مؤرخة في 2010/07/11.

³ المادة 60 من القانون 10/01 السابق ذكره وكذا المادة 715 م 14 ت ج.

⁴ المادة 62 من القانون 10/01 السابق ذكره.

وهذه الصلاحية تحديدا تشكل موقع قوة بالنسبة له، وضمانة إضافية بالنسبة للمساهمين، إذ يمكن لمندوب الحسابات عبرها أن يُشرك المساهمين في الرقابة على كل العمليات التي لا تصل إلى علمهم، أو التي من المحتمل أن لا يُقدروا خطورتها بالنظر إلى محدودية قدراتهم على فهم وتحليل المعلومات والمعطيات المقدمة لهم من الجهاز الإداري، فيكون له أن يدعوهم إلى اجتماع عاجل ليعرض عنهم ما لاحظته من عدم انتظام في حسابات الشركة، أو ما وقف عليه من خروقات وتجاوزات في ذلك.

وزيادة في أهمية الدور الذي يلعبه مندوب الحسابات في إعلام وتثوير المساهمين، فقد رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية تتمثل في الغرامة المالية وكذا الحبس في حق القائمين بإدارة الشركة، وذلك في حال عدم استدعائهم لمندوب الحسابات لحضور أشغال الجمعية العامة للمساهمين،¹ أو عند تعمد وضع العراقيل أمامه، أو الامتناع عن تزويده بكل المعلومات والوثائق اللازمة للإطلاع عليها،² وكل ذلك تسهيلا له في أداء مهامه الرقابية والإعلامية حسب ما تقتضيه مصلحة المساهمين والشركة.

ب- تقارير مندوب الحسابات

بما أن مندوب الحسابات هو خبير محاسبي ومالي بالأساس، ولا شأن له بتقدير مدى ملائمة أو جدوى أعمال الإدارة، لذلك فإن المهمة الأساسية له لا تتعدى مراقبة مدى انتظام وصحة حسابات الشركة، ومن أجل إكماله لهذه المهمة وفق الأصول، فقد أناط به المشرع مهمة إعداد تقارير عن كل المسائل التي تخضع لرقابته وتقديمها للجمعية العامة، كما حدد المرسوم التنفيذي 202/11³ عدة معايير يخضع لها إعداد تلك التقارير وأشكال وآجال إرسالها.⁴

¹ المادة 828 ت ج

² المادة 831 ت ج

³ مرسوم تنفيذي رقم 202 - 11 مؤرخ ف26 مايو سنة 2011، يحدد معايير تقارير محافظ الحسابات وأشكال وآجال إرسالها ج ر عدد 30، بتاريخ 01 يونيو 2011

⁴ تنص المادة 02 من المرسوم 202/11 على: تتعلق معايير تقارير محافظ الحسابات على الخصوص بما يأتي:

- معيار المصادقة بتحفظ أو بدون تحفظ على انتظام وصحة الوثائق السنوية وصورتها الصحيحة أو عند الاقتضاء رفض المصادقة المبرر

- معيار المصادقة على الحسابات المدعمة أو الحسابات المدمجة

- معيار حول الاتفاقيات المنظمة

- معيار حول تفاصيل أعلى خمسة (5) تعويضات

1: التقارير الخاصة بوجود خروقات في التسيير والحسابات

مكن المشرع الجزائري مندوب الحسابات من صلاحيات هامة، تمثل بالنسبة للمساهمين ضمانات قوية في حصولهم على معلومات جديّة بخصوص الوقائع التي تعرقل استمرار الاستغلال، والتي يطلب مندوب الحسابات التوضيح بشأنها من القائمين بإدارة الشركة، وفي حالة عدم الرد عنها أو كان الرد ناقصا، وبعد استدعاء مجلس الإدارة للتداول بشأنها، وملاحظة مندوب الحسابات لبقاء الوضع على حاله، فإنه يعدّ تقريرا خاصا بذلك يقدمه للجمعية العامة للمساهمين لتكون على بينة من أمرها،¹ وتتخذ ما تراه مناسبا في ذلك، ويكون هو قد أخلى ذمته من أي التزام أو مسؤولية قانونية تجاههم.

ويقدم مندوب الحسابات هذا النوع من التقارير، إما عند أقرب جمعية عامة تتعقد بالشركة، سواء أكانت عادية أو غير عادية، أو في حال الاستعجال في جمعية عامة يقوم هو نفسه باستدعائها.²

- معيار حول الامتيازات الخاصة الممنوحة للمستخدم

- معيار حول تطور نتيجة السنوات الخمس الأخيرة والنتيجة حسب السهم أو حسب الحصص الاجتماعية

- معيار حول إجراءات الرقابة الداخلية

- معيار حول استمرارية الاستغلال

- معيار يتعلق بحياسة أسهم كضمان

- معيار يتعلق بعملية رفع رأس المال

- معيار يتعلق بعملية خفض رأس المال

- معيار يتعلق بإصدار قيم منقولة أخرى

- معيار يتعلق بتوزيع التسبيقات على أرباح الأسهم

- معيار يتعلق بتحويل الشركات ذات الأسهم

- معيار يتعلق بالفروع والمساهمات والشركات المراقبة.

يحدد محتوى كل معيار من هذه المعايير بقرار من الوزير المكلف بالمالية

وتنص المادة 03 من نفس المرسوم على: يؤرخ تقرير محافظ الحسابات عند نهاية أشغال المراقبة. ولا يمكن أن يكون هذا

التاريخ سابقا لتاريخ وقف الحسابات السنوية من طرف الأجهزة المختصة.

يؤرخ التقرير قبل خمسة عشر (15) يوما على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية العامة أو الجهاز التداولي المؤهل

¹ المادة 715 مكرر 11-2 ت ج

² المادة 715 مكرر 11-3 ت ج

2: التقارير الخاصة بالاتفاقيات بين الشركة والقائمين بإدارتها

تمثل الاتفاقيات بين الشركة والقائمين بإدارتها مجالا حساسا يخضع لتنظيم قانوني صارم، نظرا لما تنطوي عليه هذه الاتفاقيات من شبهة استغلال النفوذ والمعلومات الوافية والحصرية من القائمين بالإدارة، وتوظيف ذلك في تحقيق مكاسب على حساب الشركة والمساهمين، لذلك جاء تدخل المشرع واضحا بهذا الشأن بإلزام كل عضو من مجلس الإدارة أو المديرين أو مجلس المراقبة يكون في وضع من شأنه أن يُفضي إلى تعارض في المصالح بينه وبين الشركة عند التعاقد معها، أن يُعلم بذلك مجلس الإدارة أو المراقبة حسب الحالة، ويتولى رئيس مجلس الإدارة أو المراقبة إعلام مندوب الحسابات بمضمون الاتفاقية أو العقد، على أن يقدم هذا الأخير تقريره المتضمن ملاحظاته حول العملية للجمعية العامة لتفصل فيه.¹

ويمثل حرص المشرع على هذا التقرير ضمانا هامة للمساهمين في حصولهم على إعلام واف ودقيق، وتمتد هذه الأهمية إلى القضاء الذي كثيرا ما يستند إلى تقرير مندوب الحسابات في تكوين قناعته، حيث صدر حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية بإبطال عقود تمنح بموجبها الشركة امتيازات خاصة لشركة أخرى أحد أعضاء مجلس إدارتها، عضو بمجلس إدارة الشركة المعنية، وهذا تأسيسا على التقرير السلبي لمندوب الحسابات.²

ويتبين حرص المشرع على إلزام مجلس الإدارة أو المديرين أو مجلس المراقبة بوجود إعلام مندوب الحسابات بمضمون هذه الاتفاقيات والتعاقدات التي يجريها هؤلاء بأسمائهم أو عبر وسطاء مع الشركة، بالنظر إلى خطورة هذه التصرفات على ذمة الشركة، لأن العضو المعني بالاتفاقية يكون في وضعية تعارض بين في المصالح بينه وبين الشركة، ومتى ما رجحت لديه مصلحته خارج الشركة، فسوف لن يتوانى عن التضحية بمصلحة الشركة في سبيل ذلك، لهذا أخضع المشرع هذه العملية لرقابة مندوب الحسابات ابتداءً، والذي عليه أن يقدم تقريرا بذلك إلى الجمعية العامة لتفصل فيه.

فضلا عن أن اعتبار مندوب الحسابات من الخبراء الماليين أو المحاسبين، يجعله في مركز يؤهله لتقدير جدوى العملية بالنسبة للشركة ومدى مطابقتها لمعطيات السوق.

¹ المادتين 628-672 ت ج.

² Cass com, 10 dec 2013, n°12-24232, bull Joly, fev 2014, p 83, 84.

3- التقارير الخاصة بمختلف التعديلات الواردة على نظام الشركة

تمثل التعديلات التي ترد على نظام الشركة محطات هامة في حياتها، وهو ما يبرر صدورها عن جمعيات عامة غير عادية، وهذا ما يجعل من تقرير مندوب الحسابات عن هذه العمليات ذو أهمية بالغة بالنسبة للمساهمين الذي تتجاوز معظم تلك العمليات حدود فهمهم وتحليلهم.

فبالنسبة لعملية زيادة رأس مال الشركة، ألزم المشرع مثلا الجمعية العامة عندما تلغي حق التفاضل في الاكتتاب، أن تقرر ذلك بناء على تقرير مندوب الحسابات¹، كما يتعين عليها تحديد سعر الإصدار بناء على تقرير خاص لمندوب الحسابات²، أما بالنسبة لتخفيض رأس المال، ومع أن المشرع أوجب تبليغ مندوب الحسابات بمشروع تخفيض رأس المال قبل 45 يوما من انعقاد الجمعية العامة³، إلا أنه لم يشر إلى تقرير مندوب الحسابات بهذا الخصوص، ومع أن الأمر يصب في خانة وجوب تقديم تقرير بذلك، إلا أنه كان يتعين على المشرع عدم إغفال ذكر ذلك لتقادي القصور والثغرات في النصوص.

أما عمليات الاندماج والانفصال فألزم المشرع القائمين بالإدارة بتقديم مشروع الاندماج أو الانفصال وملحقاته لمندوب الحسابات⁴، على أن يقدم هذا الأخير لكل شركة تقريرا عن طرق الاندماج وخاصة عن مكافئات الحصص المقدمة للشركة المدمجة، ولأجل ذلك يصوغ لمندوب الحسابات الاطلاع على كافة المستندات المفيدة⁵، على أن يوضع تقرير مندوب الحسابات في المقر الرئيسي للشركة ويُجعل تحت تصرف المساهمين قبل 15 يوما من انعقاد الجمعية العامة⁶.

وبخصوص إصدار القيم المنقولة فترخص بها الجمعية العامة غير العادية بناء على تقرير مندوب الحسابات⁷، أما عملية تحول الشركة إلى شكل آخر، فيُتخذ هذا القرار بناء على تقرير مندوب الحسابات الذي يشهد أن رؤوس الأصول تساوي على الأقل رأس مال الشركة⁸.

¹ المادة 697 ت ج.

² المادة 699 ت ج.

³ المادة 2/712 ت ج.

⁴ المادة 750 ت ج.

⁵ المادة 751 ت ج.

⁶ المادة 752 ت ج.

⁷ المادة 715 مكرر 110 ت ج

⁸ المادة 715 مكرر 16 ت ج

تجدر الإشارة أنه ومن خلال كل هذه التقارير التي يلزم المشرع مندوب الحسابات بتقديمها للجمعية العامة للمساهمين، أنه يريد أن يضمن إعلاما وافيا للمساهمين عن كل العمليات والوقائع المعروضة عليهم للمصادقة عليها، وما ذلك إلا تأكيد على أهمية حق الإعلام بالنسبة للمساهمين، ورغبة المشرع في أن يكون المساهمون على دراية تامة بكل أمور الشركة لاتخاذ القرار المناسب لحفظ مصالحهم المشتركة.

ثانيا: مجلس المراقبة

يشكل مجلس المراقبة في نظام التسيير الحديث لشركات المساهمة، الهيئة التي تضمن الرقابة على أعمال الإدارة والتسيير وإفادة المساهمين بنتائج ذلك، وهذا ما سنبينه من خلال استعراض النظام القانوني لمجلس المراقبة (أ)، وكذا المهام الرقابية والإعلامية التي يضمنها مجلس المراقبة لفائدة مجموع المساهمين (ب).

أ- النظام القانوني لمجلس المراقبة

1/ الأصول الألمانية لمجلس المراقبة

لم تكن فكرة رقابة التسيير والإدارة سائدة لدى العديد من التشريعات، إذ غالبا ما كانت تكتفي برقابة الحسابات أو أن تدمج معها رقابة التسيير بشكل عرضي، إلى أن أطل المشرع الألماني بنظام جديد للرقابة ينصب على رقابة التسيير، يتولاها جهاز خاص، وبذلك يكون قد أسس للفصل التام بين رقابتي التسيير والحسابات.¹

فإدارة شركات المساهمة حسب الأسلوب الألماني، تتميز بوجود جهازين أساسيين يضمنان توازن الصلاحيات، جهاز إداري- مجلس المديرين - Vorstand والذي يتولى إدارة الشركة تحت مسؤوليته، وجهاز رقابي- مجلس المراقبة - l'aufsichtsrat مكلف بضمان الرقابة على الجهاز الأول في تسيير الشركة.²

وقد استوحيت العديد من التشريعات هذا النظام، ومنها المشرع الفرنسي الذي أدخل هذا الأسلوب في إدارة الشركة بموجب المواد 118 وما بعدها من قانون 1966، مع بعض الفوارق التي تجعل من مجلس المراقبة في القانون الفرنسي أقل أهمية من نظيره الألماني، نظرا لامتداد سلطات الجمعية العامة في القانون الفرنسي عنها في القانون الألماني، إذ تعود لهذه الأخيرة مثلا سلطة عزل أعضاء مجلس

¹ Yves Dijan, le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché Commun, librairie Sirey, 1965, p75.

² Yves DJIAN, op-cit, p82

المديرين بناء على اقتراح من مجلس المراقبة، بينما تعود هذه السلطة لمجلس المراقبة مباشرة حسب القانون الألماني.¹

أما المشرع الجزائري فلم يعتمد هذا الأسلوب في إدارة الشركة إلا بعد تعديل 1993، ليفتح بذلك المجال أمام الشركات أن تختار ابتداءً عند تأسيسها هذا الأسلوب، كما أتاح لها إمكانية التحول إليه بعد تعديل نظامها الأساسي.²

2/ تشكيل مجلس المراقبة

رغم أن المركز القانوني لأعضاء مجلس المراقبة يقترب من مركز أعضاء مجلس الإدارة، لاسيما بالنسبة للقواعد التي تحكم تشكيل ومداومات كل منهما، إلا أن الفرق الجوهرية بين الجهازين يكمن في مدى السلطات الممنوحة لكل منهما، والتي هي محدودة بالنسبة لمجلس المراقبة³، تأسيسا على المهام الموكولة له أصلا وهي الرقابة على الإدارة.

فبالنسبة لصفة أعضاء مجلس المراقبة، فالمشرع الجزائري يشترط أن يكونوا من المساهمين وذلك من خلال أسهم الضمان التي يلتزمون بتقديمها⁴ وهذه الصفة يفترض أن تشكل ضمانا إضافية لباقي المساهمين، بأن أعمال الرقابة على إدارة الشركة ستمارس في مصلحة الجميع، ومنهم أعضاء مجلس المراقبة المعنيين كذلك بنتائج نشاط الشركة.

حتى أن المشرع الفرنسي في هذا الخصوص يشترط أن يكون رئيس ونائب رئيس مجلس المراقبة أشخاصا طبيعيين⁵، يضمنون حضورا دائما، ومصالح مباشرة في الشركة.

ولا يجوز أن يكون عضو مجلس المراقبة، عضوا بمجلس المديرين في نفس الوقت⁶، ويتراوح عدد أعضاء مجلس المراقبة ما بين 07-12 عضوا حسب رغبة المساهمين وتبعا لحجم ونشاط الشركة، بما يضمن قيامهم بمهام الرقابة في أحسن الظروف ليقدموا إعلاما نوعيا يخدم المساهمين عند التصويت.

¹ G RIPERT, R ROBLOT, op cit, p1252.

² المادة 642 ت ج.

³ G RIPERT. R ROBLOT، op cit، p1261.

⁴ المادة 659 ت ج.

⁵ Art L225-81 c c f

⁶ المادة 657 ت ج.

ب- المهام الرقابية والإعلامية لمجلس المراقبة

يمارس مجلس المراقبة الرقابة الدائمة على الأعمال التي يقوم بها مجلس المديرين في إدارة الشركة¹، وهذا الحق الرقابي لا يتضمن فقط حق رقابة انتظام وقانونية أعمال الإدارة والتسيير، بل يتعداه إلى سلطة تقدير مدى نجاعة هذه الأعمال²، أي القيمة أو الجدوى الاقتصادية لأعمال التسيير، من حيث ما تحققه من امتيازات للشركة وما تحمله من مخاطر³، وهو من هذا الجانب يختلف عن الرقابة التي يمارسها مندوب الحسابات، فرقابة مجلس المراقبة تنصب على كافة أشكال الإدارة والتسيير.

وتتحدد مهام مجلس المراقبة الرقابية في ضوء النصوص القانونية، من حيث كفاءات اتصاله بالمعلومات والوقائع محل المراقبة، ثم من حيث إفادة المساهمين بحصيلة عمليات المراقبة، وما تم تدوينه من ملاحظات بشأنها.

فابتداءً، مهام الرقابة لمجلس المراقبة هي ذات بعد وظيفي، لأنها وكما وصفها المشرع بمهمة الرقابة الدائمة على الشركة م 654، حيث يقوم مجلس المراقبة في أي وقت من السنة بإجراء الرقابة التي يراها ضرورية، ويمكنه أن يطلع على الوثائق التي يراها مفيدة للقيام بمهامه⁴، كما يتلقى من مجلس المديرين تقريراً حول تسييره مرة كل ثلاث أشهر على الأقل، وعند نهاية كل سنة مالية.

كما يلتزم مجلس المديرين بتزويد مجلس المراقبة بعد قفل كل سنة مالية بوثائق الشركة المذكورة بالمادة 716/2-3 * قصد المراجعة والرقابة⁵.

إذن فهذه المعلومات التي يتلقاها مجلس المراقبة من هيئة الإدارة، تجعله نظرياً في نفس المرتبة من حيث سعة الإطلاع على أمور الشركة، فلا يجوز لمجلس المديرين أن يحجب عن مجلس المراقبة أي معلومة كانت وأي وثيقة يطلبها، وقد كان المشرع صريحاً في ذلك عندما استعمل عبارة: "يمكنه أن يطلع على الوثائق التي يراها مفيدة للقيام بمهامه وفي أي وقت من السنة" وهي عبارة عامة وتتطوي على سلطة مطلقة لمجلس المراقبة في الإطلاع والرقابة على كل أعمال الإدارة والتسيير.

¹ المادة 654 ت ج.

² Yves DJIAN, op cit, p82

³ G RIPERT. R ROBLOT, op cit, p1266

⁴ المادة 655 ت ج.

* تتضمن هذه الوثائق: حساب الاستغلال العام وحساب النتائج والميزانية، تقرير مكتوب عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة.

⁵ المادة 656 ت ج.

إن الرقابة التي تمارس بهذا الشكل ومن طرف جهاز مشكل أساسا من بعض المساهمين وبتعيين من جمعية المساهمين، يمتلك سلطة تعيين مجلس المديرين ويقترح على الجمعية العامة عزله، يفترض وفي أسوأ الأحوال أن تكون جديرة بالاهتمام إن لم تكن ذات فعالية ومصداقية، وهذا طبعا يصب في خانة حماية المصلحة المشتركة للمساهمين وللشركة.

فالدور الرقابي لمجلس المراقبة هو في جوهره وجه آخر من أوجه الاستعلام من طرف المساهمين، وكذا التأكد من صحة ما تم الحصول عليه من معلومات، ويتلخص ذلك من خلال تقديم مجلس المراقبة ملاحظاته للجمعية العامة حول تقرير مجلس المديرين وعلى حسابات السنة المالية.¹ هذا، وتوصف رقابة مجلس المراقبة بأنها رقابة لاحقة لأنه يتعين عليه ممارستها بشكل لا ينطوي على أي تدخل في الإدارة ولا وقف أو عرقلة لهذه الأخيرة²، ولهذا تبقى مسؤولية مجلس المراقبة محدودة بالمقارنة بمجلس الإدارة أو مجلس المديرين.

ثالثا: طلب تعيين خبير إداري "خبرة إدارية" Expertise de gestion

إن الحق في طلب تعيين خبير إداري هي من أهم الوسائل التي يمارس بها المساهمون رقابتهم على الشركة، نظرا للدور الكبير الذي يلعبه الخبير الإداري المعين، والذي لا ينحصر حسب البعض في التأكد من صحة الحسابات ومطابقة الأعمال الإدارية للقانون، بل يمتد لبحث مدى ملائمة أو مطابقة هذه العملية لسياسة الشركة³، مع أن هناك من يُنكر عليه هذه الأخيرة (تقدير الملائمة) على أساس بأن ذلك محظور حتى على القاضي، فكيف بالخبير المعين، استنادا لمبدأ عدم التدخل في تسيير الشركة Principe de non immixtion كما أنه يفقد المديرين المنوط بهم أساسا تقدير ملائمة أعمال التسيير للمصلحة الجماعية لروح المبادرة⁴، وهذا ما نرجحه.

وعلى كل، فالخلاف حول هذه النقطة لا يغير شيئا في الموضوع، لأن ما يهم هي مهام الرقابة التي يضمنها الخبير الإداري، من خلال التأكد من صحة الحسابات وعدم مخالفة أعمال التسيير والإدارة لأحكام القانون ونظام الشركة، وهو بذلك يهدف إلى شرح وتفسير المعلومات الداخلية التي لها تأثير في الوضعية المالية والاقتصادية للشركة، والتي تشكل معرفتها من طرف المساهم أثرا كبيرا في ممارسته لحقوقه⁵ وهنا تظهر أهمية الخبير الإداري المعين قضائيا، ومدى مساهمته في إعلام وتبصير المساهمين

¹ المادة 3/656 ت ج

² Yves Guyon, droit des affaires, droit commerciale générale et société, op-cit, n°356.

³ Paillusseau J, « les groupes des sociétés », RTD.com, 1972, p 834

⁴ لتفاصيل أكثر أنظر، وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 326-327.

⁵ OLIVIER HARI, art précité, p 96.

والقضاء بما استشكل عليهم واستعصى فهمه، أو كل ما يثير الشكوك عن وجود خروقات في التسيير، فهو يتأكد من صحة ومطابقة المعلومات، ومن ثمة تزويد المساهمين والقضاء بنتائج التحقيق الذي يجريه.¹

على أن موضوع اتصال المساهمين بنتائج الخبرة أثار بعض الجدل لدى الفقه الفرنسي في مده، من حيث تأسيس الخبرة على نص م226 من قانون الشركات الفرنسي، المتعلقة بطلب تعيين خبير إداري، أو على القواعد المنصوص عليها بقانون الإجراءات المدنية، الخاصة بالخبرة القضائية، إذ تمت إثارة مبدأ المجابهة بالدليل²، حيث اعتبرت محكمة استئناف *Orléans* أن الأمر يتعلق بخبرة خاصة لا تخضع لمبدأ المجابهة بالدليل³ وبالتبعية لذلك ليس للمساهمين طالبي الخبرة سوى حق الاطلاع على نتائج الخبرة دون إمكانية أخذ نسخة عنها، لأن مهمة الخبير لا تتجاوز حدود إعلام المساهم⁴، في حين رفض الأستاذ *y Guyon* تماما هذا المنطق، حينما أكد أن مهمة الخبير قد ترد على النقاط القانونية كذلك، وليس فقط على المسائل التقنية، وهي بذلك ذات طابع عام، ولهذا فأول من يجب أن يقدم له تقرير الخبرة، هم المساهمون أصحاب طلب تعيين الخبير إضافة إلى إدارة الشركة وكذا مندوب الحسابات، هذا الأخير يتعين عليه أن يلحق تقرير الخبرة بالتقرير العام الذي يقدمه في الجمعية العامة لكل المساهمين.⁵

ورغم هذه الأهمية للخبرة الإدارية في تدعيم سلطات المساهمين في الشركة عبر توسيع حقهم في الإعلام، والتي أقرتها العديد من التشريعات ومنها المشرع الفرنسي، إلا أن المشرع الجزائري لم يدرج هذا الإجراء ضمن أحكام حق الإعلام، والحقيقة أن غياب هذا الإجراء لا يشكل انتقاصا من حق المساهم في الإعلام- وإن كان حضوره يمثل إضافة لذلك-، إذ يمكن لأجهزة أخرى أن توفر نفس المزايا تقريبا لاسيما مجلس المراقبة أو مندوب الحسابات وبنفس كفاءة العمل والأداء عموما، أضف لذلك أن الخبرة الإدارية لا يلجأ لها إلا بمعرض واقعة أو عمل محدد، وفي حالات يشتبه بمساسها بالمصلحة الجماعية⁶، إلا أن ما يميز الخبرة الإدارية ويرفع من قيمتها في الاستعلام، هو أنها تدبير قضائي أي تطلب من القضاء ويأمر

¹ وجدي سلمان حاطوم، نفس المرجع، ص 316.

² Paul le Cannu, « les limites du caractère contradictoire de l'expertise de l'article 226 », revue des sociétés, 1997, p98.

³ CA Orléans, 22 Nov 1971, Revue société, 1973, note Hémard.

⁴ Paul le Cannu, « les limites du caractère contradictoire de l'expertise de l'article 226 » art-Précité, p98.

⁵ C A Orléans, 22 Nov 1971, JCP, 1972, II, 17154, note Yves Guyon.

⁶ Cass.com, 15 Juil 1987, RTD com, 1988, p75, note Reinhard, cass.com, 10 Fev 1998, BULL Joly, 1998-16, p486 note M.MENJUCQ

بها القاضي وتعرض حصيلتها على القضاء، فالخبرة الإدارية هي وسيلة استعلام مستقلة وليست احتياطية.¹ والصبغة القضائية تزيد من قيمتها ومصداقيتها وفعاليتها كإجراء رقابي.

هذا، ويتعين على القضاء إجابة طلب المساهم بتعين خبير إداري دون تحميله عبء إثبات وجود خروقات في التسيير، لأن ذلك أساسا من مهام الخبير التي عُين لإثباتها.²

وإذا كانت الخبرة الإدارية تهدف لخدمة مصلحة الشركة، بضمان الشفافية والتزام حسن النية وتحري الكفاءة في الإدارة والتسيير من جهة، كما تشكل من جهة أخرى ضمانا هامة للمستثمرين والمساهمين لتوظيف أموالهم عند الدعوة العلنية للدخار، فإنه يتعين على الخبير الإداري الموازنة بين مصلحة الشركة ومصلحة المساهم صاحب طلب الحصول على المعلومات، بشكل لا يعري بعض المعلومات الخاصة جدا بالشركة.³

وعلى كل، ولمواجهة التطور الكبير الحاصل في تقنيات المحاسبة وتعقيد وغموض المعلومات المقدمة للمساهمين، فإنه يتحتم على المشرع مراعاة هذه النقطة، وتفعيل مثل هذه التدابير، خاصة في ظل التطور الحاصل على مستوى وسائل الإعلام، وتسخير هذه الأخيرة في سبيل إعلام أفضل للمساهمين.

الفرع الثاني: ضمانات الممارسة الفعالة لحق الإعلام

لم يكتفي المشرع الجزائري بالزام مجلس الإدارة بإعلام المساهمين وفق إجراءات وأجال محددة، وبوجود أجهزة مختصة تتولي مهام التدقيق والرقابة وإعلام المساهمين بنتائج ذلك، بل حاول توفير ضمانات أخرى تتجاوز العلاقة المباشرة بين أجهزة الشركة، وذلك عبر تدخل طرف ثالث يقدم ضمانا إضافية للمساهمين في الحصول على المعلومات الضرورية، فيكون أمام المساهمين الحق في اللجوء إلى القضاء (أولا)، وكذا الاستفادة من ضمانات الإعلام التي توفرها أسواق الأوراق المالية (ثانيا)، إضافة إلى تعزيز هذه الضمانات من خلال تفعيل الإرادة التعاقدية للمساهمين (ثالثا).

¹ D.VIDAL, manuel droit des sociétés, LGDJ, 2001, p342.

² Cass.com, 22 Mai 1988, Rev soc, 1988, p227

³ Olivier HARI, art précité, p96.

أولاً: الضمانات القضائية

أتاح المشرع الجزائري للمساهمين حق اللجوء للقضاء، إما لطلب الحصول على المعلومات تحت طائلة الإكراه المالي (أ)، أو لطلب إبطال مداوات الجمعية العامة التي تمت خرقاً لقواعد إعلام المساهمين (ب)، إضافة إلى قيام المسؤولية الجزائية للقائمين بالإدارة في حال إخلالهم بواجب الإعلام تجاه المساهمين (ج) .

أ: الغرامة التهديدية

مكن المشرع الجزائري المساهم الذي يرى أن المعلومات المقدمة له بخصوص مداوات الجمعية العامة، لم تكن كافية لتشكيل قناعته بالتصويت باتجاه معين، بسبب نقصها أو غموضها أو تناقضها، و كذا المساهم الذي لم يبلغ بأي وثيقة تتضمن المعلومات المالية والإدارية للشركة، أن يلجأ إلى الجهة القضائية المختصة لاستصدار أمر استعجالي يلزم الشركة بتبليغ الوثائق اللازمة والتي بينتها المواد 677-678-680 من القانون التجاري الجزائري، تحت طائلة الإكراه المالي.

والحقيقة أن هذه الآلية (الإكراه المالي) تشكل ضماناً قوية بيد المساهم تمكنه من ممارسة حقه في الإطلاع على وثائق الشركة لمعرفة الوضعية المالية والإدارية لها، والتبصر بكل الأعمال والتصرفات التي أجازها مجلس الإدارة خلال الفترة ما بين انعقاد جمعية عامة وأخرى.

فالغرامة التهديدية تضع مجلس الإدارة في موقع المسؤولية خاصة في مواجهة مجموع المساهمين، مع أن المبالغ المحكوم بها في إطار الإكراه المالي سوف تقتطع من حساب الشركة،* وليس من الحسابات الشخصية لهم، كما أنها تكلف الشركة مصاريف وأعباء هي في غنى عنها، فضلاً عن أن التقاضي من الأساس يضعف العلاقة بين مختلف أعضاء الشركة، ويهز ثقة المساهمين بمجلس الإدارة، وهي كلها أوضاع عادة ما يرغب مجلس الإدارة في تفاديها.

ورغم جدية وفعالية الإجراء، إلا أن المشرع الجزائري قد صَمَّن نص المادة 683 ت ج عبارة " أن تأمر بناءً على طلب المساهم الذي رُفِض طلبه"، وهي عبارة تبعث على التساؤل حول جدوى وجدية

* كان من الأجدى أن تقرض هذه الغرامة على القائمين بالإدارة والتسيير، لأن فرض الغرامة على ذمة الشركة فيه ضرر للمساهمين جميعاً، وحتى المستفيدون من الحكم.

الإجراء الذي نصت عليه؛ فالمشرع هنا يشترط أن يتقدم المساهم للشركة بطلب الحصول على المعلومات التي يحتاجها، وأن يصدر ردُّ سلبيٍّ من الشركة، حتى يمكن قبول طلب المساهم أمام القضاء.

فبالإضافة إلى أن اقتران تدخل المحكمة بواقعة رفض الشركة لطلب المساهم يطرح إشكال الآجال المرتبطة به، أي متى يقدم الطلب ومتى يتوجب على الشركة الرد عليه، فإن هذا الإجراء يثقل كاهل المساهم بتحميله عبئ الإثبات، كما أن الحكم الصادر حينها سيكون بإلزام الشركة بإجابة طلب شخصي للمساهم، وليس بالامتنال لمقتضى قانوني في شكل قاعدة أمر، وردت بالمواد (677 وما بعدها).

كما أن تكليف المساهم بتقديم طلب للحصول على المعلومات وانتظار رد سلبي من الشركة كإجراء يهدف لإقامة الدليل على عدم قيام الشركة بواجب التبليغ، هو إجراء في غير محله، كونه غير مُجدٍ لاستكمال إجراءات اللجوء للقضاء، لأن المشرع قد ألزم الشركة ابتداءً بوجوب تبليغ المساهمين بالوثائق اللازمة أو وضعها تحت تصرفهم قبل 30 يوماً من انعقاد الجمعية العامة (م 677 ت ج) دون انتظار طلب المساهم،* وهذا ما تقوم معه قرينة عدم التبليغ لفائدة المساهم عند خرق أجل 30 يوم قبل انعقاد الجمعية العامة، و يكفي المساهم حينها، التقدم بطلبه أمام القضاء بتأسيسه على نص المادة 677 لينتقل عبئ الإثبات إلى الشركة، والتي لها أن تدفع بإقامة الدليل على حصول واقعة التبليغ خلال الآجال القانونية.

في حين أن المشرع الفرنسي مثلاً كان واضحاً بخصوص هذا الإجراء الذي تضمنته المادة L 238-1¹ ونص فيه مباشرة على أن عدم حصول المساهم على المعلومات المتضمنة بالوثائق الواجب تبليغها له، كفيل بإقامة حقه في اللجوء للجهة القضائية المختصة لضمان اتصاله بتلك الوثائق، من دون تكليف المساهم بطلب تلك الوثائق.

هذا، وقد تضمنت نفس المادة L238-1 إجراءً آخر كحل اختياري ثانٍ للمساهم أمام القضاء، وهو حق طلب تعيين وكيل قضائي يسعى في إعلام المساهمين.

* وهو الأمر الذي يثير شبهة التناقض وعدم الانسجام بين النصين من الناحية الإجرائية.

¹ art. L. 238 -1: « Lorsque les personnes intéressées ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission des documents visés aux articles L. 221-7, L. 223- 26, L. 225-115, L. 225-116, L. 225-117, L. 225-118, L. 228-69, L. 237-3 et L. 237-26, elles peuvent demander au président du tribunal statuant en référé, soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou aux administrateurs, gérants, et dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication. »

كما أن محكمة النقض الفرنسية وفي حكم حديث لها بمناسبة إلغائها لقرار استئنافي، أسسته على أنه كان يتعين على جهة الاستئناف، أن تأخذ بالحسبان أن من يلتزم قانونا أو اتفاقا بالإعلام، أن يثبت أنه وقي بالتزامه هذا، وأن محكمة الاستئناف بقضائها بخلاف ذلك، قد قلبت قواعد الإثبات بتحميلها المساهم عبئ إثبات عدم التبليغ.¹

ب: بطلان مداوات الجمعية العامة

من المقرر أن الجمعية العامة تمثل السلطة العليا في الشركة، وأنها تتمتع تبعا لذلك بسلطات واسعة في اتخاذ القرارات وفق قانون الأغلبية، وفي حدود احترام القانون وأنظمة الشركات، ومع ذلك يتعين على الأغلبية احترام مصلحة الشركة ومصالح باقي المساهمين،² تحت طائلة بطلان القرارات الصادرة عنها.

وبما أن القواعد المتعلقة بإعلام المساهمين هي من النظام العام لارتباطها بصيغة الوجوب، فالنتيجة الحتمية لخرقها هي بطلان كل ما يليها أو يستند إليها من إجراءات ومنها مداوات الجمعية العامة،³ و لهذا فقد اعتمد القضاء⁴ هذا الحل، كما نصت عليه العديد من التشريعات،⁵ ومنها المشرع الجزائري الذي أقره - ولو في سياق الأحكام العامة - كجزء لإخلال الشركة بالأحكام المتعلقة بإعلام المساهمين، حيث نصت المادة 2/733 ت ج على: " لا يحصل بطلان العقود والمداوات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون"، وهذا في الحقيقة جزاء عام يلحق كل إخلال بالأحكام المنضمة لكل الشركات التجارية، وهو مستمد من الأحكام العامة للالتزامات العقدية.

وبالرجوع لأحكام المواد 677-678-680 ت ج، نجد أن المشرع الجزائري، قد أوجب على الشركة أن تبلغ المساهمين بالوثائق الضرورية والمعلومات اللازمة، وبالتالي، فالأثر المباشر لخرق هذا

¹ Cass com , 26 oct 2010,(09-71.404) , n° 1068 , www.courdecassation.fr

² فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 237.

³ ربيعة غيث، "المساهم في الشركة المساهمة" أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال جامعة محمد الخامس، الرباط 2005

⁴ قرار محكمة استئناف بيروت التجارية بتاريخ 1965/04/29 الذي جاء فيه أنه إذا لم تودع المستندات ضمن المهلة القانونية تحت تصرف المساهمين تبطل قرارات الجمعية العامة، مشار إليه في: على البارودي، القانون التجاري اللبناني، بدون دار نشر، ص 435.

⁵ المادة 76 قانون الشركات مصري - المادة 152 قانون الشركات مغربي.

الالتزام هو قيام حق المساهمين في طلب إبطال المداولات المتعلقة به، على أنه لا يجوز الاحتجاج بالحكم القاضي ببطان المداولات تجاه الغير حسن النية (م 742 ت ج).

هذا، وتتقدم دعوى بطلان مداولات الجمعية العامة بانقضاء أجل ثلاث سنوات من تاريخ حصول البطلان (م740) ت ج.

ج: المسؤولية الجزائية للقائمين بالإدارة

ذهب المشرع في سبيل توفير ضمانات جدية لحق المساهم في الإعلام، إلى حد تجريم كل تصرف يصدر عن القائمين بالإدارة يهدف إلى سلب المساهم حقه في الإعلام، أو عرقلة ممارسة هذا الحق، أو مجرد عدم إتباع الإجراءات القانونية في الإعلام.

وقد نص المشرع على جملة من العقوبات الجزائية تتراوح بين الغرامة والحبس ضد القائمين بالإدارة، وهذا في إشارة قوية جدا إلى مدى خطورة وجدية الوضع، وحرصا منه في رعاية المصالح العامة، وتوفير نوع من التوازن فيما يخص الحصول على المعلومات، بين مجلس الإدارة مع المركز القانوني المتميز الذي يمكنه بل ويفرض عليه الإطلاع على كل ما يخص الشركة للسير بها إلى بر الأمان، وبين مجموع المساهمين الذين - وبحكم الرابطة المالية التي تجمعهم بالشركة - يتعين على مجلس الإدارة إحاطتهم بما يكفي من المعلومات.

وقد نصت المادة 811 ت ج على عقوبة الحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20000 د ج إلى 200000 د ج أو بإحدى هاتين العقوبتين، ضد رئيس شركة المساهمة أو القائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يتعمدون نشر أو تقديم ميزانية للمساهمين غير مطابقة للواقع، لإخفاء حالة الشركة الحقيقية.

كما عاقب المشرع بموجب المادتين 818 و 819 ت ج، بالغرامة من 20000 د ج إلى 200000 د ج، القائمين بالإدارة الذين لم يوجهوا لكل مساهم نموذج وكالة إذا كان قد طلبها، إضافة إلى قائمة القائمين بالإدارة ونصوص مشاريع القرارات المقيدة بجدول الأعمال وتقارير مجلس الإدارة ومندوبي الحسابات وحساب الاستغلال العام وحساب النتائج والميزانية، والجرد وكذا المبلغ الإجمالي المصادق عليه، والأجور المدفوعة للأشخاص الأعلى أجرا، وقائمة المساهمين المحددة في اليوم السادس عشر السابق للاجتماع وعدد أسهمهم، إضافة لأوراق الحضور ومحاضر الجمعية العامة.

كما تنص المادة 820 على عقوبة الغرامة من 20000 د ج إلى 50000 د ج، ضد القائمين بالإدارة الذين لم يقدموا عمدا أثناء كل اجتماع للجمعية العامة ورقة الحضور الموقعة من المساهمين

الحاضرين والوكلاء، مع إرفاقها بالتفويضات المسندة لكل وكيل، ولم يقوموا بإثبات قرارات الجمعية العامة بمحضر مفصل يحفظ بمركز الشركة.

ثانيا: الضمانة التي توفرها سوق الأوراق المالية

تشكل أسواق الأوراق المالية فضاءً لتداول القيم المنقولة، نظرا لما توفره من آليات وضمانات قانونية ومنها المساواة في تحصيل المعلومات بالنسبة للمدخرين بشكل عام، وللمساهمين على وجه التحديد.¹

ورغم أن أحكام الإعلام في إطار سوق الأوراق المالية لا تختلف كثيرا عن تلك المنصوص عنها في القانون التجاري، بل وتستند إليها من حيث المضمون، إلا أن الفرق يظهر جليا في ضمان حق الإعلام وبشكل كافي وملائم ليس للمساهمين فحسب، بل لكل مدخر أو مستثمر يرغب في اقتناء أسهم بالشركة (والأمر هنا يخص الشركات المسجلة بالبورصة فقط).

وقد أشار تقرير لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها COSOB لسنة 2010²، بأن المعلومات المالية التي يتم تبليغها للسوق، هي في الواقع معلومات موجزة وتقتد إلى التحليل والتعليق بشأن سياسة الاستثمار، ونسب التحليل المالي والآفاق المستقبلية، وأن شفافية سوق القيم المنقولة لا يمكن ضمانها إلا من خلال نشر معلومات ذات جودة عالية، ويجري تقدير هذه المعلومات في المقام الأول من خلال مدى احترام الآجال التنظيمية لنشرها، ومدى وثوقيتها وصحتها ونزاهة محتواها، وفي النهاية من خلال جاهزيتها للاستخدام بالنسبة إلى مختلف المستعملين المعنيين بها (المستثمرون، المحللون، أصحاب البنوك، الشركاء...).

وتضمن سوق الأوراق المالية مبدئيا، إعلاما كافيا وموثوقا، بوجود الأجهزة التي أنيط بها ضبط عمليات التداول داخل السوق، خاصة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها.³

¹ لتفاصيل أكثر أنظر: أيت مولود فاتح، مرجع سابق، ص 261

² التقرير السنوي للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها لسنة 2010، ص 83

³ المادة 20 من المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في 23 مايو 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة - ج ر عدد 34 بتاريخ 23 مايو 1993، المعدل والمتعم بالأمر 10/96 بتاريخ 10/01/1996 - والقانون 04/03 بتاريخ 2003/02/17

فحسب المادة 35 من المرسوم التشريعي 10/93، "تتأكد اللجنة من أن الشركات المقبول تداول قيمها المنقولة في بورصة القيم المنقولة تنقيد بالأحكام التشريعية والتنظيمية السارية عليها ولا سيما في مجال القيم المنقولة وعقد الجمعيات العامة، وتشكيل أجهزة الإدارة والرقابة وعمليات النشر القانونية".

إذن فمن صلب اهتمامات اللجنة، السهر على ضمان إعلام المدخرين والمساهمين، عبر الرقابة التي تفرضها على الشركات بخصوص احترام الأحكام القانونية والتنظيمية والخضوع لها، وبالتالي السعي لتكريس إعلام ذو نوعية، يخدم عموماً مختلف حقوق المساهمين التي تركز عليه.

كما تنص المادة 37 من نفس المرسوم على أنه: "تجري اللجنة عن طريق مداولة خاصة وقصد ضمان تنفيذ مهمتها في مجال المراقبة والرقابة، تحقيقات لدى الشركات التي تلجئ إلى التوفير علناً... ويمكن الأعوان المؤهلين أن يطلبوا إمدادهم بأية وثائق أيا كانت دعامتها، وأن يحصلوا على نسخ منها"، كما تنص المادة 41 من نفس المرسوم كذلك على: "يجب على كل شركة أو مؤسسة عمومية تصدر أوراقاً مالية... أن تنشر مسبقاً مذكرة موجهة إلى إعلام الجمهور تتضمن تنظيم الشركة ووضعيتها المالية وتطور نشاطها"

ولذلك فقد جاء في تقرير لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها لسنة 2010¹ مثلاً، أن تتولى اللجنة مهمة تنظيم سوق القيم المنقولة ومراقبتها، بالسهر خصوصاً على حماية المستثمرين في القيم المنقولة وحسن سير سوق القيم المنقولة وشفافيتها، وذلك بأن تسهر لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها على حماية المستثمرين من خلال تسليم تأشيرة على المذكرات الإعلامية التي تعدها المؤسسة التي تلجأ إلى الطلب العلني على الادخار بمناسبة إصدار قيم منقولة، أو إدخال في البورصة، أو بمناسبة إجراء عمليات عروض عمومية.

وتمارس اللجنة زيادة على هذه المراقبة القبلية على الإعلام، مراقبة بعديّة على الشركات المقبولة في التسعيرة، وتتعلق هذه المراقبة بالمنشورات القانونية والتنظيمية التي تخضع لها هذه الشركات: الكشف المالية والتقارير السنوية، ولا تشمل تأشيرة اللجنة تقيماً لنوعية العملية التي يقرّها المصدر، بل تعني أنّ المعلومة التي تتضمنها المذكرة الإعلامية صحيحة وكاملة وكافية لتمكين المستثمر من اتخاذ قراره بالاكتتاب أو باقتناء قيم منقولة عن سابق علم ودراية.

¹ التقرير السنوي للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها لسنة 2010، ص 08 - 09

وفي هذا الإطار تتمتع اللجنة بألية قانونية فعالة وجد مهمة تفتقدها العديد من الهيئات المماثلة، وتتمثل في ممارسة مهامها في رقابة وتنظيم القطاع عبر السلطة التنظيمية، فهي تتمتع بسلطة سن التنظيمات التي تهم على الخصوص: ... القيام دوريا بنشر المعلومات التي تخص الشركات المحددة لأسعار قيمها.¹

كما أنه وبهدف تحسين إعلام المساهمين، يجب على المصدر (الشركة المصدرة للأسهم)، أن يودع لدى اللجنة وشركة إدارة بورصة القيم المنقولة، تقريراً سنوياً يحتوي على الجداول المالية السنوية، وتقرير مندوب الحسابات والمعلومات الأخرى التي تتطلبها اللجنة في أجل 30 يوماً قبل انعقاد الجمعية العامة.²

كما تظهر ميزة هامة في هذا الإطار تتعلق بنوعية المعلومات المقدمة، والمقصود بها أن تجتمع في المعلومة عدة صفات وهي: الصحة، والدقة، وقابلية التوظيف، وقابلية مقارنة المعطيات، والملائمة، والوضوح.³

ولم تغب هذه الفكرة عن المشرع الجزائري، حينما أوجب أن تتوفر المعلومة الواردة في الكشف المالية على الخصائص النوعية للملائمة، والدقة، وقابلية المقارنة، والوضوح،⁴ وهي كلها صفات حاسمة ومؤثرة عند استخدام حق الإعلام.

ثالثاً: الضمانات الاتفاقية لحق المساهم في الإعلام

تمثل العودة إلى الاعتراف بالجانب التعاقدى بين المساهمين مصدر قوة بالنسبة لهم، وهو يشمل العديد من مجالات نشاط الشركة إلا ما تعارض منها مع النظام العام، إما عند مخالفة النصوص القانونية أو أنظمة الشركات.

¹ المادة 31 من المرسوم التشريعي 10/93 السالف الذكر

² المادة 07 من نظام اللجنة رقم 02/2000 بتاريخ 20/01/2000 المتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف

المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة بالبورصة ج ر عدد 50، بتاريخ 16/08/2000

³ Alain Bienaymé, « le pouvoir subversif de l'information dans l'économie », commentaire, n°125, 2009

⁴ المادة 08 من المرسوم التنفيذي 156/08 بتاريخ 26 مايو 2008 المتعلق بتطبيق أحكام القانون 11/07 المتضمن

النظام المحاسبي المالي، ج ر عدد 27، بتاريخ 28/05/2008

فالواقع يظهر عديد الاتفاقيات بين المساهمين لتنظيم ممارسة حقوقهم الفردية،¹ ومنها حق الإعلام، وتتعدد الصيغ التي ترد بها هذه الاتفاقيات، كأن تكون في شكل اتفاقيات جانبية بين المساهمين من جهة والقائمين بالإدارة أو الأغلبية المسيطرة من جهة أخرى، وتسمح حينها من استفادة هؤلاء من إعلام خاص ونوعي²، أو قد تكون في شكل بنود متضمنة بنظام الشركة فتكون الأنظمة بذلك سندا آخر لدعم حقوق كل المساهمين في الإعلام، وإضفاء شفافية أكثر على التسيير،³ مع أن هذا الشكل الأخير قد يكون هو الأفضل والأقرب للتطبيق العملي، على أساس أن واجب الثقة والولاء بالنسبة لمجلس الإدارة تجاه مجموع المساهمين، يمنعم أحيانا من تخصيص بعضهم (بعض المساهمين) بإعلام حصري يفترض أن يحصل عليه الجميع.⁴

وفي جميع الأحوال تبقى هذه الاتفاقيات ذات فائدة خاصة بالنسبة للمساهمين، إذ تشكل امتيازاً إضافياً⁵، وتسمح لهم بالاستفادة من نوعية المعلومات المتحصل عليها، كما تقيد الشركة إذ أحسن المساهمون المستفيدين منها استخدامها لاسيما عند التصويت.

ومع أن مضمون هذه الاتفاقيات لا يخرج عن إطار تدعيم حق المساهمين في الإعلام بغض النظر عما تلتزم به الشركة قانوناً، إلا أن مدى ما يحصل عليه المساهمون من إعلام يبقى نسبياً ومرهون بحدود تأثير المساهم المتعاقد داخل الشركة، ومدى قوته التفاوضية مع القائمين بالإدارة، بما يمكنه من انتزاع حق الحصول على أقصى ما يمكن أن يصل إليه من معلومات.

ولهذا يشهد الواقع العملي اللجوء لبعض الاتفاقيات التي تضمن إعلاماً متقدماً وذو نوعية للطرف المستفيد منه (المساهم)، عبر تمكينه حق إجراء عمليات تحقيق وتدقيق واسعة داخل الشركة، أو تفويض غيره في القيام بذلك.⁶

وتتضمن اتفاقيات الإعلام عموماً التزاماً من جانب الطرف المدين بها (مجلس الإدارة أو الأغلبية المسيطرة) بأن يزود المستفيد منها وفي كل وقت أو في الوقت المتفق عليه، بكل المعلومات التي يطلبها

¹ G RIPERT, R ROBLOT, op cit, p1195.

² Pierre Mousseron, op cit, p340.

³ J.J Daigre, Monique sentilles dupont, pactes d'actionnaires, GLN, Joly éditions, 1995, n°98.

⁴ Pierre Mousseron, op cit, p341.

⁵ Ali Bougrine, Arme laure legout, « Organisation des relations entre associés », journal des sociétés, n°51 Février 2008, p39

⁶ Yves GUYON, traité des contrats, les sociétés, op cit, p179 ; Caroline Leroy, « le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétairé » thèse pour le Doctorat université PARIS – EST, 2010 , p86.

أو أن يتم إعلامه بشكل تلقائي بكل ما يطرأ على نشاط الشركة، أو بكل ما من شأنه أن يخل بالوضعية المالية لها.¹

كما تتضمن عادة التزاما مقابلا من جانب المساهم المستفيد منها، بتوخي السرية لاسيما إن كان من شأن ذبوع تلك المعلومات أن يلحق ضررا بمركز الشركة.²

وعلى كل تبقى هذه الاتفاقيات صحيحة ومنتجة لآثارها ما لم تقضي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المساهمين.³

¹ Caroline Leroy, op cit, p85.

² Yves GUYON, traité des contrats, les sociétés, op cit, p178 ; D LAFORTUNE art précité, p252.

³ Yves GUYON, traité des contrats, les sociétés, op cit, p178.

المبحث الثاني: مسؤولية والتزامات مجلس الإدارة

إن شركة المساهمة هي الشكل القانوني الذي يتخذه المشروع الاقتصادي الممول والمملوك أساس من المساهمين الذين توافقوا على بلوغ هدف معين، والذي لا يخرج في كل الأحوال عن غرض العمل التجاري وهو تحقيق الثراء، وبهذا الشكل فالمساهمون لهم كامل الحق في إدارة استثمارهم بما يحقق مصلحتهم المشتركة التي تحتويها وتعتبر عنها مصلحة الشخص المعنوي، الشركة.

لكن العدد الهائل للمساهمين يجعل من المستحيل أن يجتمعوا معاً للقيام بشؤون الإدارة والتسيير اليومي للشركة، لذلك فالشكل التنظيمي لشركة المساهمة يفرض أن تدار من قبل جهاز إداري مكون من جماعة تتولى ذلك باسم ولمصلحة الشركة.

وبما أن هذا الجهاز الإداري (سواءً تكون من المساهمين أو من غيرهم)، يُفترض فيه الاحترافية في إدارة وتسيير الشركة، فإنه مطالب بحفظ ورعاية أموال ومصالح المساهمين تحت طائلة المسؤولية القانونية أمام الشركة والمساهمين (مطلب أول).

ومن جهة أخرى، فقد أفرز واقع النصوص القانونية الراعية لحقوق المساهمين في مواجهة الجهاز الإداري بعض القصور، وهذا ما دفع بالعديد من التشريعات إلى الاستعانة بالقواعد والأحكام المستحدثة التي جاءت بها حوكمة الشركات، والتي تستهدف في مجملها رعاية حقوق ومصالح المساهمين، بتحديد الالتزامات والمسؤوليات الملقاة على مجلس الإدارة في الشركة (مطلب ثان).

المطلب الأول: مسؤولية مجلس الإدارة تجاه الشركة والمساهمين

يجب التتويه ابتداءً من أن رئيس أو عضو مجلس الإدارة هو مساهم بالأساس، ويمتلك جزء من رأسمال الشركة (في التشريعات التي تفرض أسهم الضمان)، يُفيد مما يفيد المساهمون ويصيبه ما يصيبهم في الشركة من خسائر، ومصالحه يفترض أن تتوافق مع مصالح باقي المساهمين والشركة عموماً، ولم يوضع مجلس الإدارة إلا لتحقيق تلك المصالح ورعايتها.

لكن من زاوية الواقع نجد أن أعضاء مجلس الإدارة في مركز متميز عن باقي المساهمين، فهم أولاً أصحاب السلطة الفعلية في إدارة وتسيير الشركة، ويمتلكون من المعلومات عن نشاط ووضع الشركة ما يسمح لهم من اتخاذ قرارات استباقية لحماية مصالحهم الشخصية ولو على حساب باقي المساهمين، فضلاً عن أنهم يفيدون من الأرباح التي تنتجها الأسهم بالشركة، وكذا الأجور والمستحقات التي يتلقونها

نظير عضويتهم بمجلس الإدارة، وأكثر من كل هذا، فالوضعية الخاصة لعضو مجلس الإدارة تفتح أمامه عديد المجالات والفرص التي يمكن أن يفاضل بينها لتحقيق مصالح خاصة به، بين مصلحته في الشركة ومصلحه خارج الشركة، ما يجعل من احتمال تعارض مصالحه مع مصالح الشركة قائما وبقوة.

ومن أجل إقامة التوازن بين الامتيازات والسلطات التي يتمتع بها هؤلاء، وبين حقوق المساهمين التي يمكن أن تتأثر بسبب التعسف أو الانحراف بتلك السلطات، فقد أقر المشرع أحكاما خاصة بمسؤولية مجلس الإدارة تجاه الشركة والمساهمين وحتى تجاه الغير، وبما أننا لسنا بصدد دراسة مسؤولية مجلس الإدارة، لذلك لن نتوسع فيها- لاسيما في الشق الإجرائي- إلا بالقدر الذي يحقق المراد من هذه الدراسة وهو التأكيد على أن حق المساهم في اللجوء للقضاء لطلب تقرير مسؤولية القائمين بالإدارة، هو من قبيل الحقوق الأساسية التي تضمن تدعيم سلطة المساهمين في الشركة.

وعلى هذا سنتناول طبيعة هذه المسؤولية (فرع أول) ثم لدعوى المسؤولية ضد مجلس الإدارة (فرع ثان).

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة

لا شك في أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة هي مسؤولية مشددة بالمقارنة مع المسؤولية المحدودة في شركات المساهمة، وبالنظر إلى الأصل العام الذي مفاده أن تتحمل الشركة المسؤولية عن كافة الأعمال التي يأتيها مجلس إدارتها.

ولمعرفة أساس فرض هذه المسؤولية الخاصة على مجلس الإدارة، سنتطرق إلى طبيعة الرابطة أو العلاقة بين الشركة ومجلس إدارتها، أو المركز القانوني لمجلس الإدارة (أولا)، ثم نبين طبيعة هذه المسؤولية (ثانيا)، وأخيرا سنستعرض الحالات التي تتحقق فيها هذه المسؤولية (ثالثا).

أولا : المركز القانوني لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة

إن مسألة اعتبار أعضاء مجلس الإدارة وكلاء عن الشركة أم أعضاء فيها يرتبط بإشكال اعتبار شركة المساهمة عقد أم نظام، ولا يزال اختلاف الفقهاء قائما بخصوص المسألة، ويمكن حصر مواقف وآراء الفقهاء في توجيهين: الاتجاه الأول يعزو علاقة مجلس الإدارة بالشركة إلى فكرة الوكالة، ويستندون في ذلك إلى أن شركة المساهمة تنشأ أساسا عن عقد تجتمع فيه إرادة المؤسسين، وهو ما أسس له المشرع الفرنسي بالقانون المدني لسنة 1804 بالمادة 1832، حيث اعتبر الشركة عقدا تحكمه القواعد المدنية،

ولم يكن ذلك في الحقيقة سوى نقلا عن مؤلف Poitier عن عقد الشركة، والذي نقله بدوره عن مدونة جوستينيان¹. وقد أيدت بعض التشريعات ومنها المشرع الجزائري² هذا الطرح في اعتبار الشركة عقد، واعتبار أعضاء مجلس الإدارة وكلاء عن الشركة³، كما استندوا إلى النصوص القانونية التي تجيز للجمعية العامة عزل أعضاء مجلس الإدارة في أي وقت⁴.

في حين ذهب رأى آخر وانطلاقا من نظرتهم إلى تكييف طبيعة شركة المساهمة بأنها نظام قانوني، إلى تكييف مركز مجلس الإدارة بأنه عضو في الشركة مرتبط برابطة قانونية معها⁵. وإن كان هناك من حاول التوفيق بين الاتجاهين، باعتبار مجلس الإدارة عضوا من أعضاء الشركة فيما يخص شؤون الشركة الداخلية بحيث يمارس مهامه مباشرة دون حاجة إلى توكيل، واعتباره وكلاء عن الشركة فيما يتعلق بالأعمال الخارجية للشركة في مواجهة الغير⁶ ولا نرى أي داعٍ يبرر هذا التقسيم كون مجلس الإدارة يمثل الشركة وفي كل الأحوال، وهي مسؤولة بحسب الأصل عن كل أعماله سواءً الداخلية أو الخارجية.

إلا أن الراجح فقها وحتى تشريعا هو أن أعضاء مجلس الإدارة هم وكلاء عن الشركة، وهو ما نميل للأخذ به، وإن كان هناك من يرى أنها وكالة من نوع خاص، نظرا لطبيعة موكلهم (الشركة) كشخص معنوي⁷، كما اختلف الفقهاء في تحديد نوع الوكالة، فيما إن كانت قانونية أم اتفاقية⁸، ومن جهتنا فإننا ندعم الرأي الذي يقول بالوكالة الاتفاقية⁹ حتى وإن تدخل القانون ونظم بعض أحكامها، على أساس حضور الإرادة من كلا الطرفين، من الجمعية العامة التي تختار مجلس الإدارة ومن الأعضاء الذين

¹ Florence DEBOISSY, « Le contrat de société - RAPPORT FRANÇAIS », Université Montesquieu-Bordeaux IV, p 120

² - تنص المادة 416 ق م ج على: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيا أو اعتباريان أو أكثر..."

³ - م 619 ق ت ج "... أو إذا توقفت أثناء توكيله ملكيته لها..."، م 715 م 26 ق ت ج "...أثناء القيام بوكالتهم..."

⁴ المادة 613 ق ت ج "... كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت"

⁵ لتفاصيل أكثر أنظر: صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 501 وما بعدها

⁶ توفيق سعودي، المسؤولية المدنية والجنائية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة، دار الأمين، 2001، ص 32/31

⁷ أكرم ياملكي، القانون التجاري - الشركات، مرجع سابق، ص 267.

⁸ إن مسألة تحديد نوع الوكالة فيما إن كانت قانونية أم تعاقدية، لا يعد أمرا نظريا، بل هو مرتبط بنوع المسؤولية المترتبة عن ذلك، فإن كانت الوكالة قانونية كانت المسؤولية المترتبة عن الإخلال بها تقصيرية، أما إذا كانت الوكالة تعاقدية ترتب عنها مسؤولية عقدية. انظر في ذلك: وحي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دار الفكر العربي، 1998، القاهرة - مصر ص 272 - 273

⁹ صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 503

يقبلون مهام الوكالة، فضلا عن سلطة الجمعية العامة في عزلهم في أي وقت، وغيرها من الأحكام التي تؤكد أن وكالة أعضاء مجلس الإدارة هي اتفاقية، ولو كانت قانونية لما كان بإمكان الطرفين إنهاؤها في أي وقت، وكان القانون هو من يتكفل بتحديد الوكيل كما في حالة الولي مثلا.

ثانيا: المسؤولية التضامنية والشخصية لأعضاء مجلس الإدارة

تقضي القواعد العامة في شركات المساهمة بأن مسؤولية المساهم تكون محدودة بقدر نصيبه في رأس المال م 592 ق ت ج، فالأصل هو أن تتحمل الشركة مسؤولية كل التصرفات التي يأتيها أعضاء مجلس الإدارة متى كانت ضمن غرض الشركة وصلاحيات المجلس،¹ وذلك بالنسبة لعلاقة الشركة بمجلس إدارتها، إضافة إلى ذلك وجوب توفر حسن النية لدى الغير المتعامل معه في علاقة الشركة بالغير.

إلا أن الاستثناء يظهر بالنسبة لمجلس الإدارة بإقرار المشرع لمسؤوليته التضامنية والشخصية عن التزامات الشركة، استنادا لموقعهم المتميز في الشركة، وذلك من أجل الموازنة بين صلاحياتهم الهامة في إدارة الشركة واتخاذ القرارات باسمها، وبين المحافظة على حقوق المساهمين والشركة وكذا الغير.²

إن أهم ما يبرر تدخل المشرع وبأحكام صارمة لا تعكس أهم خاصية في الشركة المساهمة، ألا وهي المسؤولية المحدودة، هي الصفة الجوهرية - كونهم أعضاء مجلس الإدارة -، والتي تجعلهم في مركز ربان الشركة والمتحكم في مصيرها ومصير استثمارات ضخمة لمجموع المساهمين، وهذه الصفة تمثل اعتبارًا شخصيا كرسه المشرع لإقامة المسؤولية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة.

وقد وضعت المادة 715 م 21-2 والمادة 715 م 23 حكما خاصا مفاده أن أعضاء مجلس الإدارة مسؤولون مسؤولية تضامنية تجاه الشركة والمساهمين، ويجد هذا التضامن أساسه في مبدأ وحدة السلطة الذي يحكم عمل مجلس الإدارة،³ إضافة إلى القاعدة العامة التي وضعتها م 579 مدني ج، بأنه إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك.

¹ المادة 623 ق ت ج

² - Paul SOENS, « le conflit d'intérêt de l'administrateur », Pacioli, n° 317, avr 2011, p 03.

³ محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 262

وتطبيقا لذلك فقد تصدى القضاء الفرنسي لهذه المسألة، وأقر المسؤولية الشخصية والتضامنية لأعضاء مجلس الإدارة الذين سعوا في عملية شراء الشركة لأسهمها، وألزمهم بإعادة السيولة التي قاموا بتجميدها من خلال عملية إعادة الشراء، وتعويض الشركة عن كل الأضرار التي لحقتها جراء هذه العملية.¹

ولئن كان الغالب أن يقع التضامن بين أعضاء مجلس الإدارة عند اتخاذ قرار مخالف للقانون أو لنظام الشركة أو مشوبا بالغش، فإن التضامن قد يقع كذلك في حالة إهمال أو تقصير أعضاء مجلس الإدارة في مهامهم الرقابية على رئيس مجلس الإدارة إذا كان يتولى كذلك مهام المدير العام.²

للإشارة فإن المسؤولية التضامنية للمؤسسين والقائمين بالإدارة حسب م 42 من قانون التجارة الفرنسي لسنة 1867 لم تكن كذلك إلا في مواجهة الغير دون المساهمين، والذين لم يستفيدوا منها سوى بموجب تعديل 01 أوت 1893، إذ كانت المسؤولية التضامنية تجاه المساهمين قبل هذا القانون تقام على القواعد العامة (م 1995 ق م ف)³ على اعتبار أن القائمين بالإدارة هم وكلاء عن المساهمين الذين فوضوهم من خلال الجمعية العامة.

على أن المسؤولية التضامنية لعضو مجلس الإدارة تتحدد في المقابل بمدى اشتراك العضو في التصرفات الموجبة للمسؤولية أو عدم تسجيل اعتراضه عليها، وهذا ما يستفاد من المادة 579 من القانون المدني: "على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها " وكذا في حالة توزيع المهام بين الأعضاء كقبض الدين أو وفائه حسب الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

ثالثا: نطاق المسؤولية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة

تنص المادة 715 م 23 ق ت ج على: "يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة، اتجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو

¹ Trib com Toulouse، 25 mai 1886، rev soc 1887، p 69

² إلياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية، مجلس الإدارة، مرجع سابق، ص 292

³ Louis FOURÎVIER, « de la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes », thèse pour le doctorat, faculté de droit, université de DIJON, 1899. P 57 ; art 1995 code civil français : « à moins de stipulation formelle, il n'y a pas de solidarité entre les personnes auxquelles un mandat a été décerné conjointement ».

التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، وإما عن خرق القانون الأساسي، أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم".

ويتضح من هذا النص أن الحالات التي تتحقق فيها المسؤولية الشخصية لأعضاء مجلس الإدارة (خلافا للأصل المتضمن المسؤولية المحدودة للمساهمين بقدر مساهمتهم في رأس المال من جهة، وكذا مسؤولية الشركة عن كافة أعمال مجلس الإدارة ما لم يثبت سوء نية الغير) تتمثل في:

أ / مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية

الثابت أن شركات المساهمة تخضع للعديد من الأحكام القانونية والتنظيمية سواء بموجب القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة التي تُستقى منها الأحكام العامة للشركة أو بموجب القانون التجاري، أو بموجب قوانين أسواق الأوراق المالية وكذا القوانين والتنظيمات الخاصة، وهي في مجملها تتضمن أحكاما وقواعد أمرية يتعين وفي كل الأحوال على القائمين بإدارة الشركة مراعاتها وعدم مخالفتها لارتباطها بالنظام العام، وكل إخلال بتلك الأحكام يعرض مجلس الإدارة أو القائم بالإدارة للمساءلة المدنية أو الجزائية أمام القضاء، وإثقال ذمته بعبء التعويض الذي قد يحكم به للشركة أو للمساهمين، وهذه المسؤولية طبعا تمثل الوزن المضاد للسلطات والصلاحيات التي يمنحها القانون للقائمين بالإدارة في التصرف باسم الشركة وتسيير أموالها.

ويمكن بصورة عامة يمكن إجمال حالات تحقق مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية من طرف القائمين بالإدارة في:

1/ مخالفة غرض أو موضوع الشركة

ممكن المشرع التجاري مجلس الإدارة ورئيسه من كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة، ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة.¹

هذه السلطات الواسعة التي منحها القانون لمجلس الإدارة إنما يستهدف من ورائها تحقيق موضوع أو غرض الشركة باتخاذ القرارات أو التصرفات التي تحقق مصالحها،² وبالتالي فكل خروج على هذه السلطات يمثل تجاوزا لموضوع الشركة يضعهم تحت أحكام المسؤولية، كأن يتعلق الأمر بالتعسف في

¹ م-622 ت.ج.م 21638 ت.ج.

² عماد محمد أمين رمضان، مرجع سابق، ص 852.

استعمال أموال الشركة مع اللجوء للغش، أو التدليس، مما قد ينجر عنه فشل مشروع الشركة،¹ أو القيام بعمليات مضاربة بأسهم الشركة، أو ممارسة أنشطة وتعاقدات خارج موضوع الشركة كالقيام بمشاريع خارج التخصص أو الإمكانيات أو الإقراض، مما يسبب انخفاض قيمة أسهم الشركة ويضعف مركزها المالي.²

أما الالتزام العام المفروض هنا بالقواعد المدنية، فقد أشارت إليه المادة 432 م ج بقولها: "على الشريك أن يمتنع من أي نشاط يلحق ضرراً بالشركة أو يعكس الغاية التي أنشأت لأجلها"، ومجلس الإدارة هنا باعتباره مساهماً وقائماً بالإدارة في نفس الوقت، فهو أقرب من تسري في حقه هذه الأحكام.

وهذا النص صريح فيما يخص إلزام مجلس الإدارة - وكل مساهم عموماً - بعدم مخالفة الغرض الذي أنشأت لأجله الشركة، وبأي شكل من الأشكال وفق ما عبرت عنه المادة (يمنتع من أي نشاط)، وهذا الالتزام في أحد أبعاده يجد أساسه في مبدأ سلطان الإرادة، وما يتطلبه من عدم جواز مخالفة الاتفاق الذي تولد عن الإرادة الجماعية للشركاء، فمجلس الإدارة ملزم بتحقيق الغرض الذي اتفق عليه المساهمون، وأنشئوا لأجله هذا المشروع، وبالتالي فغرض الشركة هو الذي يرسم خط السير بالنسبة لكل من يتولى دفة إدارة الشركة، وكل خروج عن هذا الخط هو خروج عن الإرادة الجماعية للمساهمين.

2/ مخالفة الالتزامات القانونية لمجلس الإدارة

بالموازاة مع السلطات الواسعة التي زود بها القانون مجلس الإدارة للقيام بمهامه، فقد فرض عليه كذلك عدة التزامات تجاه المساهمين خاصة، وهي من الحساسية والأهمية بأن رتب على مخالفتها مسؤولية مدنية وجزائية، حمايةً لحقوق ومصالح المساهمين وللأموال المخصصة لقيام المشروع الذي أنشأت لأجله الشركة، ومن صور مخالفة مجلس الإدارة للالتزامات القانونية بمقتضى القانون التجاري، أن يقبل من الشركة عقد عمل بعد تاريخ تعيينه قائماً بالإدارة،³ لتوفر شبهة استغلال المنصب وتحقيق مكاسب مالية على حساب الشركة، وكذا إفشاء المعلومات ذات الطابع السري والمتعلقة باجتماعات مجلس الإدارة،⁴ إبرام اتفاقيات مع الشركة بالمخالفة للأحكام التي تضمنتها م 628 وم 671 للتعارض البين في المصالح، وخشية تغليب العضو لمصلحته الخاصة على حساب مصلحة الشركة، عدم تمكين

¹ محمد توفيق سعودي. مرجع سابق، ص 48، أبو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 635.

² عماد محمد أمين رمضان. مرجع سابق، ص 853.

³ المادة 616 ت ج.

⁴ المادة 627 ت ج.

المساهمين من حقهم في الإعلام وفقا للشروط والكيفيات التي حددها القانون¹، إضافة لمختلف الإجراءات القانونية لانعقاد الجمعيات العامة للمساهمين والتي يتعين على مجلس الإدارة مراعاتها وفقا للأصول.

أما بموجب القواعد العامة للوكالة، فمجلس الإدارة ملزم بمراعاة مختلف نصوص القانون المدني بهذا الخصوص لا سيما المواد 576 إلى 580، والتي تضع مجلس الإدارة تحت طائلة المسؤولية عن كل إخلال بواجباته كوكيل عن الشركة.

3/ تجاوز اختصاصات الجمعية العامة

منذ بداية التنظيم القانوني لشركة المساهمة، عمد المشرع إلى تنظيم الاختصاصات داخل الشركة، وأولى عناية بالغة في توزيعها بين الأجهزة، وأهم ما يراعيه المشرع في ذلك هو تدرج السلطات بين الأجهزة، والذي ينتج عنه بالضرورة تباين في أهمية الاختصاصات المنوطة بكل جهاز.

وإذا كان مجلس الإدارة هو الجهاز المختص بالإدارة الفعلية والتسيير اليومي لأمر الشركة لاستحالة قيام الجمعية العامة بذلك، فإن القانون قد أناط بالجمعية العامة اختصاصات أسمى، تشمل المراقبة والمصادقة على كل التصرفات التي يجريها مجلس الإدارة، والمصادقة على حسابات ونتائج السنة المالية، وبشكل أهم اتخاذ القرارات المصيرية التي تخص كينونة ومستقبل الشركة، هذه الاختصاصات لا يجوز بحال لمجلس الإدارة أن يمارسها أو على الأقل، لا يجوز له ممارستها دون ترخيص صريح وخاص من الجمعية العامة، وإلا غدّ متجاوزا لسلطاته ومتعديا على اختصاص جهاز أسمى منه، وهذا ما يقيم مسؤوليته عن تعويض كل ضرر قد يصيب الشركة أو المساهمين بالتبعية لذلك، كنقل مقر الشركة خارج المدينة المتواجدة بها،² المبادرة بزيادة رأس المال،³ أو تخفيضه⁴ دون ترخيص صريح من الجمعية العامة، الاكتتاب بأسهم الشركة دون إذن من الجمعية العامة،⁵ وبشكل عام كل ما يدخل ضمن الاختصاصات الحصرية والأصيلة للجمعية العامة.

¹ المواد 677-678-680 ت ج.

² المادة 1/625 ت ج.

³ المادة 691 ت ج.

⁴ المادة 712 ت ج.

⁵ المادة 715 م.

ب: مخالفة نظام الشركة

يمثل نظام الشركة الحالة الاتفاقية التي تراضي المؤسسون على ما تضمنه من بنود وارتضاه المكتتبون وصادقوا عليه بالجمعية التأسيسية، بحيث يشكل الميثاق الذي يجمع كافة المساهمين وينظم العلاقات بينهم فيما لم يرد نص قانوني بشأنه، وبذلك يصبح بمرتبة القانون ويلزم كافة الأطراف سواء المساهمين بالجمعية العامة أو مجلس الإدارة.

واستناداً للأساس التعاقدى لنظام الشركة، فقد أتاح المشرع للمساهمين أن يُضمّنوا نظام الشركة ما يشاءون من بنود وقيود على سلطة مجلس الإدارة، بشرط أن لا تتعارض مع نصوص القانون،¹ إضافة إلى ما يُفترض أن يتمتع به مجلس الإدارة من صلاحيات وهامش حركة، يمكنه من حسن أداء مهامه كوكيل عن الشركة.

وبما أن نظام الشركة هو القاعدة التي ارتضى على أساسها المساهمون الانضمام للشركة لما رأوا فيها من حماية لمصالحهم واطمئنان على مصير استثماراتهم، فإنه يتعين على مجلس الإدارة أن لا يقوم بأي تصرفات مخالفة لهذا النظام،² وهو ما ينجر عنه المساس بحقوق الشركة أو المساهمين، ما يقيم حقهم في مقاضاته بدعوى المسؤولية عن كل ضرر قد يلحقهم تبعاً لذلك، كأن يتعلق الأمر بمخالفة القيود النظامية على تداول الأسهم مما قد يسمح بدخول مساهمين غير مرغوب فيهم، أو مخالفة الشروط المحددة بنظام الشركة حول مناقشات مجلس الإدارة واجتماعاته وتداوله، وكذا علاقته بالمساهمين عند عرض حصيلة النشاط أثناء انعقاد الجمعية العامة.

للإشارة فإن مخالفة نظام الشركة لا يشكل دوماً سبباً لقيام المسؤولية المدنية للقائمين بالإدارة، باعتبار أن هناك حالات لا يشكل فيها خرق أحكام النظام خطأً من جانب القائم بالإدارة، كما لو كان البند الذي وقع خرقه أساساً هو مخالفاً للنظام العام أو لأحكام قانونية في الموضوع.³

¹ عماد محمد أمين. مرجع سابق، ص 855.

² إلياس ناصيف، مجلس الإدارة، مرجع سابق، ص 299.

³ كمال العياري، مرجع سابق، ص 266

ج : الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير

يشكل الخطأ في التسيير إحدى حالات تحقق المسؤولية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة، وبغض النظر عن الطبيعة النسبية للخطأ وعن مفهومه المتغير الذي يتأرجح بين الطابع الشخصي والموضوعي،¹ وبغض النظر عن الخلاف القائم بشأن تأسيس دعوى المسؤولية بالتبعية لذلك إما على خطأ تقصيري أو خطأ عقدي،² فالأكيد أنه وفي كل الحالات، يتعين على المدعي إما الشركة أو المساهم إثبات الخطأ في جانب مجلس الإدارة وإثبات حصول الضرر والعلاقة السببية بينهما، وفقا لمقتضيات المسؤولية المدنية.

ويتمثل الخطأ الذي يصدر عن مجلس الإدارة إضرارا بالشركة أو المساهمين وفقا لوصف المادة 715 م 23 بأنه خطأ في التسيير، كل تصرف يجريه مجلس الإدارة لا يخرج عما تقتضيه حسن إدارة الشركة فحسب، بل كل ما لا يجوز إتيانه بمعيار الرجل العادي Le bon père de famille وهو ما أكدته م 576 ج بقولها: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

والخطأ الموجب للمسؤولية هنا قد يكون مجرد إهمال أو رعونة، كالتراخي في المطالبة بدين الشركة حتى سقوطه³، أو تقديم قرض لأشخاص ظاهري الإعسار، أو إهمال تسجيل العقود الخاصة بالشركة، وتطبيقا لذلك فقد درج القضاء في فرنسا على اعتبار أن إهمال أعضاء مجلس الإدارة يمكن أن يتمثل في إغفال الرقابة على تصرفات المديرين، مما يسمح لهؤلاء من الاستمرار في مباشرة نشاط يضر بالشركة وبالمساهمين⁴.

كما قد يكون خطأ عمديا كتوزيع أرباح صورية على المساهمين لأغراض مشبوهة، أو إساءة استعمال أموال الشركة⁵ أو استغلال موجودات الشركة للقيان بمصالح خاصة.⁶

والخطأ في التسيير قد يحمل وصفا عقديا أو تقصيريا، كما قد يشكل أحيانا وضعاً مركبا بأن يكون عقديا وتقصيريا في نفس الوقت،⁷ كأن يتضمن مخالفة التزام قانوني بالأساس ومدعوم ومكمل ببند

¹ لتفاصيل أكثر أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، 2008، الجزائر، ص 142 وما بعدها

² أنظر لاحقا، صفحة 155 وما بعدها

³ Cass Req, 22 Juin 1936, journal des sociétés, 1937, p539, Cass, com, 10 Mai 1948, JCP, 1948-II, p4937, Cass.com, 17 Janv 1970, DS, 1970, p480.

⁴ عماد محمد أمين رمضان، مرجع سابق، ص 845.

⁵ Annie Médina, Abus de biens sociaux, Dalloz référence, paris, 2001

⁶ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 471.

⁷ Louis FRAISSAINGEA, « la responsabilité des fondateurs et des administrateurs de sociétés anonymes », annales de droit commercial, étranger et international, 1907, n° 4 – 5, p21.

نظامية، وعلى هذا قد يتبادر إلى الذهن أن إضافة الخطأ في التسيير بهذه الصورة هو تزيّد، كون مخالفة القوانين أو نظام الشركة كفيل بتحقيق المسؤولية، إلا أننا نرى أن النص على الخطأ في التسيير إلى جانبها ربما يهدف المشرع من وراءه إلى جعله من قبيل الضمانات الإضافية للشركة، إذ أن الخطأ في التسيير يرتبط مباشرة بواقعة إدارة الشركة، وهذا ما يجعل من حق الشركة قائماً وفي كل الأحوال في متابعة القائمين بإدارتها حتى خارج الحالات التي لا تتحقق فيها مخالفة النصوص القانونية أو النظامية، فضلا عن أن مجلس الإدارة هو مكون بالأساس من أعضاء محترفين وذوو كفاءة وخبرة في مجال الإدارة والتسيير، وكل خطأ في أداء مهامهم يقيم مسؤوليتهم عنه.

للإشارة فمسؤولية المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة قد تكون مدنية¹، كما قد تكون جزائية²، ومرد ذلك يعود إلى :

أن المسؤولية المدنية تصطدم في الغالب باعتبار الأشخاص المسؤولين³، فعضوية أو رئاسة مجلس الإدارة كصفة تلحق المساهم، من شأنها أن تقلب طبيعة المسؤولية بالنسبة إليه، من مسؤولية محدودة وغير تضامنية، إلى مسؤولية تضامنية وغير محدودة.

أما بالنسبة للمسؤولية الجزائية، فاستنادا إلى مبدأ شخصية العقوبة، وكذا عدم فعالية الجزاءات المدنية أحيانا، قد يجعل من المسؤولية في شركات المساهمة ذات وصف جزائي نظرا لما تنطوي عليه الأفعال المرتكبة من خطورة.

الفرع الثاني: دعوى المسؤولية ضد مجلس الإدارة.

بعد استعراض طبيعة مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة وكيف أنهم يسألون تضامنيا عن أخطائهم فإنه يتعين علينا التطرق لدعوى المسؤولية في حقهم سواء في شقها المدني (أولا) أو الجزائي (ثانيا) على أن نتطرق أخيرا لصورة خاصة من صور المسؤولية التي تلحق مجلس الإدارة بامتداد إفلاس الشركة إليه (ثالثا).

¹ راجع المواد من 715 م 21 إلى 715 م 26 ت ج

² راجع المواد من 811 إلى 813 ق ت ج

³ جورج ريبير، رينيه رولوبو، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، ترجمة: منصور القاضي وسليم حداد،

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان، 2008، ص 423

أولاً: الدعوى المدنية

إذا أخل مجلس الإدارة بالتزاماته القانونية بالشكل الذي يحقق شروط متابعتها مدنياً، أمكن للشركة أن تقاضيه عبر أجهزتها المختصة بما يعرف بدعوى الشركة (أ)، كما يمكن للمساهم أن يرفع دعوى الشركة باسمها (ب)، أو أن يرفع دعواه الفردية (ج)، وسنفرد عنصراً لنعرض فيه معايير تمييز دعوى الشركة عن دعوى المساهم (د).

أ: دعوى الشركة Action social

هي الدعوى التي ترفعها الشركة كشخص معنوي على القائمين بإدارتها، وتستهدف تعويضها عن الأضرار التي لحقتها جراء أخطائهم.

وصاحب الحق المبدئي في تقرير إقامة دعوى المسؤولية هي الجمعية العامة، والتي لها أن تكلف رئيس أو أحد أعضاء مجلس الإدارة غير المعنيين بالدعوى بمباشرتها، أما إذا تعلق الأمر بخطأ المجلس كاملاً، فلها أن تقبل هذا المجلس وتعين مجلساً آخر يكلف برفع دعوى المسؤولية على سابقه، كما لها أن تختار وكيلًا خاصاً لرفع الدعوى باسمها،¹ وإذا كانت الشركة في حالة تصفية فلا يجوز للمصفي رفع الدعوى إلا بإذن من المساهمين أو بقرار قضائي حسب جهة التعيين.²

وتمثل المادة 715 م 23 السند القانوني لرفع هذه الدعوى وفق ما سبق تفصيله، وهي تشكل آلية من آليات الرقابة التي تمارسها الجمعية العامة على القائمين بالإدارة، تحوّل دون تحوّل سلطة مجلس الإدارة إلى سلطة موازية أو سلطة أعلى من سلطة المساهمين في الشركة.

ومن المخالفات التي تجيز رفع دعوى الشركة على القائمين بإدارتها، قبض المجلس لمكافآت بخلاف ما هو منصوص عليه بالمواد: 727-728، إساءة استعمال أموال الشركة³ أو سمعتها أو السعي لتحقيق مصالح خارج مصلحة الشركة م 811 ت ج.

وجدير بالذكر أن المشرع قد أمعن في تكريس حقوق المساهمين والشركة في رفع دعوى المسؤولية ضد مجلس الإدارة حينما وفر لهم ضمانات إضافية تتمثل في نص م 715 م 25 والتي تبطل كل شرط في

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 1067؛ فريد العريني، مرجع سابق، ص 236؛ كمال طه، مرجع سابق، ص 287

² م 786 ت ج.

³ Cass. (crim.) 31 mai 2006, revue des sociétés 2007 p. 121, note Bernard Bouloc

القانون الأساسي يقضي بجعل ممارسة دعوى الشركة مشروطاً بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها، أو يتضمن مبدئياً العدول عن ممارسة هذه الدعوى.

وتأسيساً على القاعدة التي تقضي بأن الإقرار اللاحق كالإذن السابق، فقد اجتهد القضاء في حكم يمكن وصفه بالمعزول نوعاً ما، حينما اعتبر أن إجازة الجمعية للتصرفات الخاطئة لأعضاء مجلس الإدارة وإن كانت لا تعفيهم من المسؤولية، إلا أنها يمكن أن تخفف منها.¹

ولا نرى مبرراً لتخفيف مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة هنا، على أساس أن ثبوت الخطأ في حقهم من شأنه أن يستتبع بإبطال القضاء لقرار الجمعية العامة المتضمن إجازة تلك التصرفات، وبالتالي يصبح عديم الأثر (قرار الجمعية العامة)، خاصة وأن مجلس الإدارة قد يوجه التصويت بطريقة أو بأخرى داخل الجمعية العامة، أو أن تتواطأ الأغلبية المصوتة مع مجلس الإدارة في إبراء ذمته، وهنا قد تُقحم الشركة في الدعوى إلى جانب مجلس إدارتها، على أساس مشاركة الأغلبية في إلحاق الضرر بباقي المساهمين.

ولا يُطرح هذا الإشكال مبدئياً بالقانون الجزائري، لأن المشرع قد حسم الأمر ابتداءً حينما نص على أنه لا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة أي أثر لانعقاد دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم.²

على أن تتقدم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة بمضي ثلاث سنوات ابتداءً من تاريخ ارتكاب الفعل الضار، أو من وقت العلم به، أما إذا كان الفعل يشكل جنائية فتتقدم الدعوى بمضي عشر سنوات.³

ب: دعوى الشركة المرفوعة من المساهم Action social ut singuli

إضافة إلى الأصل المتضمن حق الشركة في رفع دعوى المسؤولية ضد القائمين بإدارتها وفق ما سبق تفصيله، فقد أتاح القانون ممارسة هذه الدعوى وباسم الشركة، لكن من طرف أحد أو بعض المساهمين، وهذا ما أكدته المادة 715 مكرر 24 بقولها: "يجوز للمساهمين بالإضافة لدعوى التعويض

¹ Cass.com 16 nov 1956, Bull Cass-3, 1956, p262.

² المادة 715 م 2/25.

³ المادة 715 م 26.

الذي لحقهم شخصياً، أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة، وللمدعي متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة...^{*}

وتحرص التشريعات عامة على تمكين المساهمين من رفع هذه الدعوى تفادياً لكل ما من شأنه تعطيل رفع الدعوى الأصلية (دعوى الشركة)، كتقاعس الجمعية العامة أو محاباتها لمجلس الإدارة، أو تخاذل مجلس الإدارة اللاحق عن رفعها، وبهذه المكنة القانونية يكون المشرع قد ضمن مبدئياً تقرير حماية إضافية لحقوق المساهمين المتضررين من تصرف مجلس الإدارة.¹

وهذه الدعوى هي دعوى جماعية بالنظر إلى طبيعة الضرر الذي تسعى إلى جبره، لكنها دعوى فردية بالنظر إلى من يباشرها،² وتمكين المساهم من ممارسة دعوى الشركة، تبرره مصلحته باقتضاء الشركة لتعويض من أعضاء مجلس الإدارة، وهو ما سيفيد منه المساهم لاحقاً.³

ولذلك كان القضاء الفرنسي واضحاً بخصوص اشتراطه صفة المساهم فيمن يرغب في رفع دعوى الشركة، حيث أكد انه لا يجوز مباشرة هذه الدعوى إلا من المساهمين الذي مازالوا محتفظين بصفتهن هذه.⁴

ومع أن الاعتراف للمساهم بممارسة دعوى الشركة يعتبر امتيازاً قانونياً وضمانة أساسية يستفيد منها جميع المساهمين،⁵ بحيث يمكن تصنيفها ضمن مقومات ممارسة سلطة رأس المال في الشركة، إلا

* تضمن النص العربي للمادة 24م715 عبارة "...دعوى على الشركة بالمسؤولية..." ونستكر على المشرع إضافة حرف الجر (على) لأنه بذلك يكون قد قلب مراكز أطراف الدعوى، بخلاف الحكم الذي كان يتعين على هذا النص تثبيته، وهو إقامة المساهم لدعوى الشركة ضد القائمين بالإدارة وهذا ما تؤكد الصياغة الفرنسية لنص المادة، والتي جاءت سليمة إذ تنص على: «...Les actionnaires peuvent...» ، soit en groupant، soit individuellement ، intenter « action social en responsabilité contre les administrateurs » مع التذكير أن بإمكان المساهم رفع دعوى على الشركة نتيجة خطأ مجلس الإدارة لكن فقط في إطار القاعدة العامة أين تسأل الشركة على كل أعمال مجلس إدارتها (كعدم تمكين المساهم من حق الإعلام)

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 1067، صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 674، عزيز العكلي، مرجع سابق ص 310.

² فريد العريني، مرجع سابق: ص 265.

³ Guychesme : « l'exercice singulier de l'action sociale dans la société anonyme », RTD com, 1962, p350

⁴ Cass com, 16/01/1970 « la semaine juridique », 1970, n°16385.

⁵ طارق البختي، "دور القضاء في حماية مساهمي الأقلية داخل شركة المساهمة" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، يوليو غشت، 2013، ص 145 وما بعدها

أن ذلك لا ينفي عنها صفة أنها دعوى احتياطية¹، أي أن المساهم لا يمكنه ممارستها إلا إذا استوفى جملة من الشروط، بأن لا تكون الشركة قد بادرت برفعها، وأن ترفع قبل سقوط حق الشركة في رفعها.²

على أن ما يحكم به من تعويض يلحق ذمة الشركة مباشرة، والتي عليها أن تعوض المساهم عما أنفقته في سبيل الدعوى فضلا عن نصيبه من قيمة التعويض،³ إضافة لما قد يُحكم له به من تعويض.⁴

على أن تمكين المشرع الجزائري المساهمين من هذا الحق إنما جاء مطلقا، ولم يرد عليه أي قيد، من حيث وجوب توفر نسبة معينة من رأس المال لإمكان ممارسة هذه الدعوى، وبالتبعية لذلك فمن غير المستبعد أن يمارس دعوى الشركة مساهم واحد أو بعض المساهمين مهما كانت نسبة تمثيلهم في رأس المال، وكان يتعين على المشرع وتحقيقا للتوازن بين الحقوق والواجبات، أن يفرض حدًا أدنى في شكل نسبة مئوية من رأس المال لا يجوز النزول عنها لإمكان ممارسة هذه الدعوى، وإلا صارت هذه السلطة مطية أمام المساهمين لإحراج الجهاز الإداري بدعاوى كيدية، وعرقلة حسن سير وانتظام نشاط الشركة.

ولئن كانت هذه المكنة هي امتياز تشريعي للمساهم، وهي مدعومة فقها وقضاء على ما سبق بسطه، فإن هناك بعض الفقه من يرى فيها غير ذلك تماما، بأنه لا يصوغ أن يُمكن المساهمون من ممارسة دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لمصلحة المجمع، إلا إذا كان هذا المجمع لا يتمتع بالشخصية المعنوية، ولا يمكنه التقاضي،⁵ والحال أن شركة المساهمة تمتلك الشخصية القانونية التي تستغرق الدعاوى الفردية لأعضائها، ويضيف كذلك أن مجلس الإدارة هو وكيل عن الشركة وليس عن المساهمين فرادى، وهنا لا يمكن للمساهم أن يتنمر من سوء تنفيذ الوكالة التي لم يُعطاها بصفته الشخصية.

أما من الناحية القانونية، فإن منح الشركاء هذا الحق من شأنه أن يساهم في عرقلة سير أشغال الشركة نتيجة الدعاوى المتكررة ضد مجلس الإدارة.

¹ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 222.

² م 715 م 26 ت ج

³ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 1065، فريد العريني، مرجع سابق ص 265.

⁴ المادة 715 مكرر 24

⁵ ملتقى حول "الجديد"، A Omrane، « le droit de l'associé à l'information et à la l'accès à la justice »، في قانون الشركات التجارية بعد تنقيح 16 مارس 2009، مركز الدراسات القانونية والقضائية، صفاقس، جوان 2009، ص 111

ورغم وجاهة هذا الرأي وواقعيته، إلا أن الردّ الفقهي عليه كان في تقديرنا أكثر واقعية، ويُصدّق الرأي الأول في تقرير هذا الامتياز، إذ يرى الأستاذ كمال العياري أن النص على هذا الامتياز يقدم حلاً علاجياً للوضعية التي تسبب فيها تصرفات الجهاز الإداري ضرراً للشركة، دون أن تتمكن هذه الأخيرة من مساءلته قضائياً، بحكم أنه مازال يتولى دفة التسيير ويسيطر على سلطة التقرير في الشركة، إما بموجب حصته في رأس المال، أو بالتواطؤ مع حلفائه من المساهمين، بما يشل قدرة الجمعية العامة على رفع دعوى المسؤولية ضده.¹

وبذلك يكون حق الشركاء في مساءلة الجهاز الإداري باسم ولمصلحة الشركة، هو شكل من أشكال الرقابة التي يمكن أن يمارسها الشريك على إدارة الشركة، بالرغم من أنه لا يتوافق تماماً مع المبادئ العامة للمسؤولية التي تمنح فقط المتضرر وخلفه أو من ينوبه قانوناً، حق رفع دعوى المسؤولية.² ولا نرى بُداً من أن نساند هذا الرأي وندعمه كذلك، ونرى أن الخروج على القواعد العامة للمسؤولية هنا، تبرره فكرة أساسية وسامية في قانون الشركات، وهي حماية المصلحة الجماعية، فإذا كان من يملك حق رفع دعوى المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة، هو من تضررت مصلحته - أو من ينوبه قانوناً -، فإن المساهمين في دعوى الشركة ليسوا من الغير، لأنه ورغم انفصال الذمة المالية للشركة عن ذممهم الشخصية، إلا أن ما يجمعهم بها هو وحدة المصلحة، فالمصلحة الجماعية هي مصلحة المساهمين ومصلحة الشركة مجتمعين، وكل ضرر يصيب الشركة ينعكس لا محالة على مصالح المساهمين.

وقد يقول قائل أن تطابق مصلحة الشركة مع مصالح المساهمين هو أمر مفترض فقط، قد نشهد عكسه في واقع الشركة، وهذا قول صحيح، لكن يبقى الأصل أن تقدير ذلك محمول على الوضع الظاهر الذي يُفترض أن يطبع العلاقة بين المساهمين والشركة وهو اتحاد المصالح، ومتى لم يُثبِت المساهم الذي يرفع دعوى الشركة بعد ذلك أمام القضاء أنه يستهدف تحقيق المصلحة الجماعية، بل بالعكس هو يستهدف تحقيق مصلحة خاصة خارجة عن مصلحته في الشركة، رُفِض طلبه، لأن دعوى الشركة كما أسلفنا يفيد منها الجميع، الشركة بشكل مباشر والمساهمين بالتبعية لذلك، وليس رافع الدعوى فقط.

¹ كمال العياري، مرجع سابق، ص 283

² نفس المرجع، ص 283.

وتأكيدا في ذات السياق، فإن الأمر يتعلق بأعضاء الجماعة الواحدة، فالمساهمين هم أصحاب المقدمات المشكّلة لرأس المال، وهم الذين يشكلون الجمعية العامة التي تملك حق رفع هذه الدعوى أصالةً، وكل زيادة أو نقصان في أصول الشركة، هي زيادة أو نقصان في استثمارهم وأموالهم، ولا اقل هنا من أن تكون لهم سلطة مقاضاة الجهاز الإداري باسم الشركة انطلاقا من حماية المصلحة الجماعية.

ج : الدعوى الفردية Action individuel

على غرار دعوى الشركة، يحق للمساهم ممارسة دعوى فردية قصد المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به شخصيا،¹ نتيجة تصرفات خاطئة من مجلس الإدارة، كامتناع هذا الأخير عن تمكين المساهم من نصيبه في الأرباح،² أو تبديد المبالغ التي دفعها المساهم وفاء للباقي من قيمة أسهمه،³ ولذلك، فلا تكون الدعوى فردية إلا إذا تعلق الأمر بضرر أصاب مساهم أو بعض المساهمين خاصةً، خارج الضرر الذي يصيب المساهمين في إطار الجماعة⁴ Collectivité social.

وتؤسس هذه الدعوى على نص م 124 ق م التي تقضي بأن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، أي أنها من قبيل المسؤولية التقصيرية.

وتمثل هذه الدعوى آلية فعالة بيد المساهم تمكنه من اقتضاء حقه في التعويض ممن تسبب له في حصول الضرر، كما تمثل من جهة أخرى وجها من أوجه السلطة التي يتمتع بها المساهم في الشركة، وهي حق من الحقوق المطلقة التي تمارس بعض النظر عن نسبة المساهمة في رأس المال فهي تثبت للمساهم بصفته مساهما بالشركة، يمارسها لوحده، أو في إطار تجمع يضم مجموعة من المساهمين المتضررين من خطأ مجلس الإدارة.

وتمارس هذه الدعوى بشكل مستقل عن دعوى الشركة إذ لا ارتباط بينهما، فقد تبرا نمة مجلس الإدارة بعد مصادقة الجمعية العامة على تقريره، ومع ذلك فلا يسقط حق المساهم في رفع دعواه الفردية،⁵ كما أن ممارسة المساهم لدعواه الفردية لا يمنعه من ممارسة دعوى الشركة، وهذا ما أكدته محكمة النقض

¹ طارق البختي، مقال سابق، ص 147

² Ca Paris, 2 Mai 1935, GAZ PAL, 1953 II, p113.

³ Cass Req, 30 Oct 1945, D 1946, p 93.

⁴ Alfred Jauffret, Jacques Mestre, Droit commercial, LGDJ, 21 éd, 1993, p 293

⁵ محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 265.

الفرنسية، حينما اعتبرت رفع المساهم لدعوى الشركة بسبب تخاذل الوكلاء الاجتماعيين، لا يمنعه من ممارسة دعواه الشخصية أمام القضاء لتعويضه عما أصابه من ضرر.¹

هذا فضلا عن أن ما يحكم به من تعويض تأسيسا على الدعوى الفردية هو حق خالص للمساهم لا تشاركه فيه الشركة ولا غيره من المساهمين.²

د: معايير تمييز دعوى الشركة عن دعوى الفردية للمساهم

تتميز دعوى الشركة عن الدعوى الفردية للمساهم من حيث الأساس التي تستند إليه كل دعوى، وكذا من حيث النتائج التي تصل إليها.

وقد وضع الفقه التقليدي معيارا بسيطا للتمييز بينهما قوامه تحديد الضرر الحاصل لكل طرف، فنكون أمام دعوى الشركة إذا كان الضرر قد أصاب الشركة أو مجموع المساهمين وتستحق الشركة عليه التعويض، وتكون الدعوى فردية إذا قامت على خطأ سبب ضررا لمساهم واحد أو مجموعة من المساهمين، بحيث تستهدف تعويضهم شخصا عن ذلك الضرر.³

لكن هذا المعيار لم يثد بعد أن تم اعتماد معيار آخر بدا للفقهاء أنه عملي أكثر، ويقوم على تحديد الأساس القانوني لدعوى المسؤولية بالإجابة على التساؤل التالي: ما هي طبيعة الخطأ المرتكب من طرف القائمين بالإدارة؟ فإن كان خطأ عقديا ناشئ عن خرق أحكام الوكالة، نكون أمام دعوى الشركة التي تهدف إلى حفظ أو تقويم أصول الشركة، أما إذا كان الخطأ تقصيريا فنكون أمام الدعوى الفردية التي تستهدف تعويض كل مساهم أصابه ضرر نتيجة ذلك الخطأ.⁴

ويفسر البعض هذا التمييز بأن الرابطة التي تجمع مجلس الإدارة بالشركة هي رابطة عقدية (الوكالة) في حين تنتفي أي علاقة عقدية بين المساهم ومجلس الإدارة،⁵ وقد ساير القضاء الفرنسي هذا التوجه واعتمد نفس المعيار في قبول دعوى الشركة ضد القائمين بإدارتها على أساس خرق أحكام الوكالة، ودعوى المساهم الفردية تأسيسا على الخطأ التقصيري.⁶

¹ Cass com، 03/11/1950، Bull Jdy، 1980، p698.

² مصطفى كمال طه، مرجع سابق ص 290، فريد العريني، مرجع سابق ص 265.

³ Louis FRAISSAINGEA، op cit، p19

⁴ ibid، p19.

⁵ فوزي محمد سامي، مرجع سابق ص 477.

⁶ Trib. Seine، 3 Fev 1904، Journal des sociétés، 1904، p 428؛ cour Orléans، 27 Fev 1904، D، 1905-2، p337.

على أن هناك من ذهب مذهبا مغايرا تماما،¹ بأن مسؤولية مجلس الإدارة ليست من قبيل المسؤولية المعروفة بالقواعد العامة، فلا هي بالمسؤولية التقصيرية ولا هي بالمسؤولية العقدية، بل هي مسؤولية خاصة تقررها نصوص خاصة بالقانون التجاري، بحيث تجعل منها تضامنية أو فردية حسب الحالة، وتقوم على مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية أو خرق نظام الشركة، أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير حسب المادة L225-252² وهو ما لا يوجد بالقواعد العامة، كما تخضع لتقادم خاص حسب المادة L225-254³ وليس للأحكام العامة للتقادم.

وإذا كانت مسؤولية مجلس الإدارة في شركة المساهمة حقيقةً هي مسؤولية استثنائية وخاصة على ما رأينا سابقا، فهذا لا يجعل منها صنفاً آخر من المسؤولية المدنية بالعموم، لأن وجه الخصوصية في هذه المسؤولية هو من حيث مداها فقط، لا من حيث تأسيسها، لذلك فإننا نرى بعض التطرف في هذا الموقف، كون النصوص الخاصة التي تكرر مسؤولية طرف ما، ليست في الحقيقة سوى خرقاً إما لأحكام الاتفاق أو لنص القانون، ولا وجود لصنف آخر من المسؤولية، وبالتالي فهي في النهاية لا تخرج عن إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية في كل الأحوال.

ولهذا، وفي محاولة للخروج من هذا الخلاف، ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى إنكار أي أهمية للأساس القانوني لدعوى المسؤولية في هذه الحالة، لأن المهم في هذه الدعوى حسبهم هو إثبات الخطأ المرتكب من أعضاء مجلس الإدارة، والأضرار التي أصابت الشركة أو المساهمين، والعلاقة السببية بينهما.⁴

أما بالنسبة للمشرع الجزائري (وأسوة بالمشرع الفرنسي)، فلم يقم نفسه في هذا الجدل ويبدو أنه لم يقيّد نفسه بأي معيار ظاهر الوضوح، على أنه ومع ذلك يمكن أن نستشف أن المشرع قد أسس الدعوى الفردية للمساهم على أساس الضرر اللاحق به نتيجة خطأ مجلس الإدارة، وهذا ما تشير إليه العبارة الأولى من نص المادة 24م715 بقولها: "يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصياً..." وبالتالي ففي ظل غياب الرابطة العقدية بين المساهم ومجلس الإدارة وفي غياب النص الصريح، فلا يمكن إقامة هذه الدعوى إلا على أساس الخطأ التقصيري، أما دعوى الشركة

¹ Etienne Grosbois, « responsabilité civil et contrôle de la société », thèse pour le doctorat, université, Caen, dec 2002, p,324-325.

² تقابلها المادة 715 م 23 ت ج.

³ تقابلها المادة 715 م 26 ت ج.

⁴ G Ripert, R Roblot, n°1374, p834.

فيقيّمها على أساس الخطأ المتمثل في المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية، أو عن خرق القانون الأساسي، وكذا عن أخطاء التسيير، أي أن مسؤولية مجلس الإدارة تجاه الشركة تتسع لتشمل أي خطأ مهما كانت طبيعته يصدر عن هذا الأخير ويثبت أنه كان السبب في حصول الضرر.

فبمقتضى النص السابق، يظهر أن المشرع لم يقيد الشركة بدعوى معينة بل أتاح لها أيا من المسؤوليتين لتأسيس عليها دعواها، إذ أنه وسع من نطاق مسؤولية مجلس الإدارة بأن جعلها تقصيرية حينما نص على الخطأ الناشئ عن مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية، كما مكن من جهة أخرى من إقامة دعوى الشركة بالمسؤولية العقدية الناشئة عن خرق القانون الأساسي للشركة، إضافة إلى الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير والتي قد تشكل خرقا إما لالتزام قانوني أو لالتزام تعاقدية.

وبالخلاصة لذلك يبدو أن المشرع لم يعتمد معيار طبيعة الخطأ الموجب للتعويض، أي لم يقف لا عند طبيعة العلاقة بين الشركة ومجلس إدارتها، رغم أنه أقر بصريح النص وفي عدة مواضع على أنها وكالة، ولا عند طبيعة العلاقة بين المساهم ومجلس الإدارة، بقدر ركونه أكثر إلى فكرة الضرر وفق ما جاء في الفقه التقليدي الفرنسي.

ويبدو أن القضاء الجزائري بدوره قد استنقذ من سعة هذا المجال في تأسيس دعوى المسؤولية على القائمين بالإدارة، وهذا ما يظهر من خلال القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا،¹ في القضية التي بادر فيها المسير سراً إلى شراء القاعدة التجارية التي تمارس فيها الشركة نشاطها، حيث اعتبرت المحكمة العليا أن مثل هذه العمليات تستلزم الحصول على موافقة الجمعية العامة، امتثالاً لنص المادة 580 ت ج وهو ما لم يكن، كما رأيت أن اكتساب الشريك المسير للقاعدة التجارية يدخل تعديلاً على القانون الأساسي للشركة، واستخلصت بالنهاية أن المسير بتصرفه هذا، قد خالف القانون الأساسي للشركة بتجاوزه لمهامه، وتجاوز كذلك القانون.

ثانياً: المسؤولية الجزائية لأعضاء مجلس الإدارة

إضافة إلى ما سبق تفصيله بمعرض الحديث عن المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة، فإن التصرفات أو الأخطاء التي تصدر منهم، قد تحمل وصفا جزائياً، سواءً مما نصت عليه أحكام القانون التجاري أو أحكام قانون العقوبات أو بموجب نصوص خاصة.

¹ قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قضية رقم 350353، بتاريخ 21 مارس 2007، مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2008.

وبذلك يُسألون مسؤولية جزائية تشمل عقوبتي الغرامة والحبس، وعلى هذا فقد تضمن القانون التجاري مجموعة من الجزاءات الجنائية، إذ تعاقب المادة 811 بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين: رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها ومديروها العامون الذي يباشرون عمدا توزيع أرباح صورية على المساهمين دون تقديم قائمة للجرد أو بتقديم قوائم جرد مغشوشة، والذين يتعمدون نشر أو تقديم ميزانية للمساهمين غير مطابقة للواقع لإخفاء حالة الشركة الحقيقية ولو في حالة عدم وجود توزيع للأرباح.

والذين يستعملون عن سوء نية أموال الشركة أو سمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها لأغراض شخصية أو لتفضيل شركة أخرى أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة، والذي يستعملون عن سوء نية وبهذه الصفة ما لهم من السلطة أو حق في التصرف في الأصوات استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة لبلوغ أغراض شخصية.

كما تعاقب المادة 812 الرئيس أو القائم بالإدارة الذي يرأس الجلسة ويتخلف عن إثبات مداوات مجلس الإدارة في المحاضر التي تحفظ بمقر الشركة بالغرامة من 5000 دج إلى 20000 دج.

إضافة إلى نص م 813 التي تعاقب القائمين بالإدارة بالغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج والذين يتخلفون في كل سنة مالية عن وضع حساب الاستغلال العام وحساب النتائج، والجرد، والميزانية، والتقارير الكتابي عن حالة الشركة ونشاطها، والذين يتخلفون في إعداد هذه المستندات، عن استعمال نفس الأشكال وطرق التقدير المتبعة في السنين السابقة.

ثالثا: امتداد إفلاس الشركة إلى أعضاء مجلس الإدارة

يعتبر امتداد أثر إفلاس الشركة إلى القائمين بإدارتها (والشركاء عموما)، من أهم ما يميز شركات الأشخاص عن شركات الأموال، فهو يعبر عن خاصية جوهرية تقوم عليها هذه الشركات، ألا وهي الاعتبار الشخصي والارتباط في المصير بين الشركة والشركاء، فكل ما يمس بمالية الشركة ينعكس على ذمة الشركاء.

وهذه الوضعية تعتبر إذن غريبة عن شركات الأموال التي تقوم على محدودية المسؤولية، كما أن القائمين بإدارتها لا يملكون صفة التاجر،* ومع ذلك فهناك حالات تتسلل فيها هذه الخاصية إلى شركات المساهمة، وبالتالي جواز الحكم بشهر إفلاس أعضاء مجلس الإدارة تبعا للحكم بشهر إفلاس الشركة.

وبغض النظر عما إذا كانت هذه النتيجة أو الجزاء تستند إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية أم لا،¹ فإن ما يلاحظ، أن هذا الجزاء يمثل وضعاً خاصاً لا يتم اللجوء إليه إلا نادراً، كما يمثل إجراءً جوازياً وبسلطة تقديرية من المحكمة، ولها أن تقدر الديون التي يلتزمون بها، وما إذا كانوا يسألون عنها بالتضامن أو منفردين،² ولهذا يقدر البعض أنه يمكن للمحكمة تقاديه بإجراء مقاصة بين حقوق القائم بالإدارة الناتجة قبل الحكم بشهر إفلاسه كالأجور والمكافآت والعلاوات، وبين ديون الشركة المنسوبة إليه.³

وقد أقر المشرع الجزائري - شأنه شأن العديد من التشريعات⁴ - هذه المسؤولية، عندما نص بالمادة 715 م 27 على: " في حال التسوية القضائية للشركة أو إفلاسها يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالتسوية القضائية أو الإفلاس أو التفليس مسؤولين عن ديون الشركة.."، وبالرجوع للأحكام الخاصة بالإفلاس نجد أن المادة 1/224 من القانون التجاري تنص على أنه: " في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصياً على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني، مأجوراً كان أم لا"، كما بينت نفس المادة في الفقرتين الثانية والثالثة منها حالات امتداد إفلاس الشخص المعنوي إلى القائمين بإدارته وهي:

- إذا كان المدير قد قام لمصلحته بأعمال تجارية، أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

* بغض النظر عن الإشكال القائم حول قانونية المادة 31 من القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري المؤرخ في 18 غشت 1990، المعدل والمتمم بالأمر 07/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 ج ر عدد 03 بتاريخ 14 يناير 1996.

¹ هناك خلاف فقهي بهذا الشأن، بين من يقول بأن التزام مجلس الإدارة بديون الشركة هو تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، سواء على أساس المخاطر أو على أساس الخطأ، وبين من يقول بأن هذا الالتزام يخضع لنظام خاص. لمزيد من التفاصيل، انظر: محمد توفيق سعودي، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها.

² هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن، ص 775

³ Manuel BIANCHI, « couvrir les risques de l'administrateur », publication CEDIDAC, Lausanne, 2012, p 55

⁴ المادة 704 قانون الشركات المصري

- إذا باشر لمصلحته باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع.

فهذا النص إذن يفيد جواز الحكم بشهر إفلاس كل مدير أساء استعمال أموال الشركة وتصرف فيها كأنها أمواله الخاصة أو وظيفها لحسابه الخاص.¹

هذا وفي حالة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس الصادر طبقاً للأحكام السابقة تشمل الديون علاوة عن الديون الشخصية، ديون الشخص المعنوي م 4/224.

للإشارة فقد دعم المشرع هذه الأحكام بالمادة 673 التي نصت على جواز اعتبار أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة المذكورين في المادة 671، مسؤولين عن ديون الشركة في حالة التسوية القضائية أو الإفلاس، وهو نص كما يظهر يخص مجلس المديرين ومجلس المراقبة بهذا الحكم دون مجلس الإدارة، مع أن التصرفات والعقود الموجبة للمسؤولية والمتضمنة بالمادة 671 المحال إليها، والمتمثلة في الاقتراض من الشركة أو جعلها ضامناً احتياطياً أو كفيلًا، هي نفسها العقود المحظورة على مجلس الإدارة بموجب المادة 628، ولئن كان الوضع صحيحاً من ناحية البناء الشكلي للنصوص كون هذه المادة (673) وردت بنهاية القسم الفرعي الثاني المتعلق بمجلس المديرين ومجلس المراقبة، إلا أننا نتساءل لماذا لم يورد المشرع نصاً مماثلاً بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة؟ وهم في الحقيقة الأقرب لأن تسري في حقهم هذه الأحكام - في حال وقوعهم في تلك المحظورات - نظراً للسلطات الواسعة التي يتمتعون بها كونهم يجمعون بين صلاحيات مجلس المراقبة ومجلس المديرين في نفس الوقت.

وللتذكير، أنه إذا تكلمنا عن حقوق المساهمين سيما حق اللجوء للقضاء ضد القائمين بالإدارة، لا يعني تكريس هذا الوضع كصفة مطلقة تطبع العلاقة بين المساهمين والقائمين بالإدارة، فتعداد هذه الحقوق والتركيز عليها ليس إلا من باب ارتباطه بموضوع الدراسة وبالمنهجية التي تتطلبها.

وإلا، فحقوق القائمين بالإدارة بالمقابل تبقى قائمة كذلك، سواء من حيث حقهم في التعويض عن كل تعسف في عزلهم دون سبب جدي، أو وجوب إثبات الخطأ في حقهم، أو استعادتهم مما يعرف بقضاء الأعمال، أي أن القاضي لا يملك حق تقدير مدى ملائمة القرارات التي يتخذها القائمون بالإدارة ومدى

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 1080

نجاحتها الاقتصادية، ومتى ما بذلوا العناية اللازمة في ذلك والتزموا واجب الاستقامة والنزاهة في أعمالهم، فلا يضارون حينها إن لم ينجحوا أو إن تضررت الشركة بعد ذلك.

المطلب الثاني: تأثير حوكمة الشركات في علاقة المساهمين بمجلس الإدارة

استنادا لما تم بسطه بخصوص سلطة المساهمين في الشركة، يمكن القول أن هذه المعطيات تحيلنا إلى افتراض أن المساهمين بمرتبة السيد Le maître، وأن القائمين بالإدارة هم في خدمتهم وتحقيق مصالحهم.

لكن الأمر قد يعدو مجرد فكرة نظرية متى ما تخلى هذا السيد عن مكانه وتنازل عن سلطانه، إذ أن أول من سيخلفه في هذا الموقع هم القائمون بالإدارة، فيجمعون بذلك إلى جانب السلطة الممنوحة لهم قانونا وبموجب التفويض أو الوكالة، سلطة فعلية تُفرض على المساهمين بشكل أو بآخر.

ولهذا كان الرهان الأساسي للحوكمة هو موضوع السلطة في الشركة¹، وذلك انطلاقا من فكرة المصلحة، أي وجوب تحديد من هو صاحب المصلحة العليا في الشركة، ولا خلاف (على الأقل بالنسبة لدعاة الحوكمة)، في أن من يجب على مجلس الإدارة مراعاة مصلحته بالدرجة الأولى هم المساهمون، أصحاب التمويل الدائم والمخاطر للشركة، وبشكل آخر، مصلحة الشركة المطابقة لمصلحة المساهمين، ولهذا تبلورت قواعد الحوكمة بخصوص سلطة المساهمين وتركزت حول فكرة حقوق المساهمين في الشركة، والتي إن تمت رعايتها وحمايتها بفعالية، ستشكل القاعدة الأساسية للسلطة القائمة على الرابطة المالية التي تجمع المساهم بالشركة.

وعلى هذا سنفصل في هذه الفكرة من خلال تحديد مفهوم حوكمة الشركات (فرع أول) ثم نتطرق لمجموعة الحقوق التي توفرها قواعد الحوكمة للمساهم في شكل التزامات على عاتق مجلس الإدارة (فرع ثان) وأخيرا، وفي إطار تفعيل الرقابة الداخلية على الجهاز الإداري، سنستعرض اشتراطات الحوكمة فيما يخص تشكيل مجلس الإدارة وتوزيع المهام بين أجهزته الداخلية، زيادة في شفافية أشغاله، وتعزيزا لكفاءة الأداء لديه (فرع ثالث).

¹ DANIEL HURSTEL, Thomas Beider, « est-il urgent et indispensable de reformer le droit des sociétés au non de la Corporate governance » revue des sociétés, 1995/04, p633.

الفرع الأول: مفهوم حوكمة الشركات

سنتناول مفهوم حوكمة الشركات من خلال الرجوع إلى بدايات ظهور الحوكمة (أولا) ثم استعراض أهم ما قيل بشأن تعريفها (ثانيا)، على أن نلقي نظرة بسيطة على تعاطي المشرع والمنظمات الجزائرية مع قواعد الحوكمة (ثالثا) لننتهي أخيرا لتقدير مدى رعاية قواعد الحوكمة لحقوق ومصالح المساهمين بالشركة (رابعا).

أولا: ظهور حوكمة الشركات

إن مصطلح حوكمة الشركات "Corporate governance"، هي لفظ مستحدث يعبر عن مفهوم خاص مستمد من النظام الاقتصادي الذي نشأ فيه، وهو النظام الأنجلوسكسوني، والذي يجعل من التمويل في أسواق الأوراق المالية نقطة الارتكاز في نشاط الشركات، وهي الوضعية التي ينتج عنها تشتت كبير في الملكية، نتيجة سهولة وحركية تداول الأسهم بأسواق المال، ما يجعل من تجمع المساهمين وتكاتفهم للقيام بأمر الشركة والرقابة عليها من المسائل بعيدة المنال إن لم تكن مستحيلة، وهذا ما يؤدي في النهاية إلى انتقال السلطة من المساهمين أصحاب رأس المال، إلى جهاز إداري، والذي قد يمتلك فقط جزءا يسيرا من رأس المال، لكنه يسيطر فعليا على الشركة، وهذه الوضعية تحمل في طياتها الكثير من المخاطر، لاسيما تغليب القائمين بالإدارة لمصالحهم الخاصة حينما تتعارض مع مصلحة الشركة، وهو ما يهدر حقوق المساهمين الذين يتحملون مخاطر ذلك في استثماراتهم في الشركة، وهذا طبعا ما حرك أفكار وأقلام المختصين والمهتمين بهذا الشأن.

وتعتبر الدراسات التي قام بها الأستاذان Berles et Means¹ والتي توجت بإصدار كتاب "The modern corporation and private property" سنة 1932، أول عمل جدي شكل اللبنة الأساسية لنظام حوكمة الشركات، ورغم أن هذه الدراسة هي اقتصادية بالأساس، إلا أنها تناولت بإسهاب أساليب إدارة الشركة وعلاقتها بحماية حقوق الملكية،²

وتقوم هذه النظرية على فكرة التطور المتزايد لحجم المساهمة، مما أدى إلى تشتتها، وهذا ما نجم عنه انفصال بين الملكية والرقابة أو التحكم في الشركة. وقد تركز الطرح الذي قدمه Berles et Means

¹ Adolph Berles أستاذ القانون بجامعة كولومبيا، وGardiner Means خبير اقتصادي من جامعة هارفارد، أنظر في

ذلك: ABI Chraca ch p 120 th-précité

² Arnaud Charpentier, 'les actionnaires dans la gouvernance des sociétés côtés française', thèse, université, Paris 1, 2012, p07.

على ثلاث محاور أساسية، تشتت الملكية بين عدد كبير من المساهمين، وظهور جزء أو جماعة صغيرة مهيمنة تمتلك الرقابة على الشركة (جهاز إداري)، وكذا تباين المصالح بين المساهمين والمدراء،¹ وهذا ما أفضى إلى انتقال السلطة من المساهمين إلى الجهاز الإداري.

وتوالى الدراسات النقدية الاقتصادية لموضوع تعاضد سلطات أجهزة الإدارة وتركز السلطة بيد القلة من الأشخاص، ولم يواكب رجال القانون هذه التطورات بجدية إلا منذ بداية سبعينيات القرن الماضي، أين ظهرت مجموعة من الدراسات والكتابات تحذر من هذا الموضوع،² غداها ذبوع معلومات عن أجور ومكافئات خيالية يتقاضاها القائمون بالإدارة، وهذا ما ولد وعيا بضرورة إعادة هيكلة شركات المساهمة وبشكل صارم، لاسيما تحديد وتقسيم المهام، ووضع رقابة فعالة على عمليات الإدارة، وتفعيل نظام المسؤولية في الشركة ورعاية حقوق المساهمين.³

ولئن كانت هذه القواعد هي في الحقيقة من المسائل المألوفة في فقه الشركات، ولا يكاد يخلو منها أي تشريع، إلا أن توالي النكسات والأزمات التي أصابت عالم الأعمال وأدت لانهيئات بالجملة لكبريات الشركات العالمية كشركة ENRON، وبنك الائتمان والتجارة الدولي BCCI، وشركة World com للاتصالات،⁴ أدى بأصحاب الشأن لاسيما الهيئات والمنظمات الدولية والفقهاء إلى تكثيف الدراسات لتشريح الوضع أكثر للوقوف على الأسباب الرئيسية لهذه الأزمات.

وكانت النتائج التي خلصت لها معظم التقارير والدراسات تشير إلى نقطة مشتركة، تتمثل في وجود خلل في الجهاز الإداري للشركة، سواء من حيث تركيبة الجهاز وكيفية الأداء، أو من حيث الرقابة عليه وآليات تفعيلها.

أي أن الأمر أصبح يتطلب أكثر من القواعد العامة المنظمة للشركات التجارية، لاسيما المدرجة أسهمها بأسواق الأوراق المالية، والتي تتوزع فيها الملكية بشكل كبير مع اتساع قاعدة المساهمين وانتشارها، مما يضعف إلى حد كبير العلاقة بين المساهمين وأجهزة الإدارة لاسيما في المجال الرقابي،

¹ Abi Chraca ch, th-précité, p 12

² Daniel Hurstel, th Beider, art précité, p 633

³ André TUNC, « la direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law institute », revue internationale de droit comparé, vol 39 N°04, 1987, p947.

⁴ أحمد بن محمد الرزين، حوكمة الشركات المساهمة-دراسة فقهية-، كرسي سابق لدراسات الأسواق المالية، 2012،

ويتعين في هذه الحالة طرح البديل الأصح لتصحيح هذه الأوضاع الشاذة والتجاوزات التي طبعت إدارة الشركات، وهو ما تحقق- أو على الأقل يُؤمل ذلك- من خلال قواعد حوكمة الشركات.

هذا المفهوم الأنجلوسكسوني الذي نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية ومنها انتقل إلى باقي دول العالم، يعد من أهم ما ابتدعه الفقه نظريا وصاغه المشرع تنظيميا في مجال الإحاطة بالعلاقات الناشئة عن نشاط الشركة،¹ لاسيما بين المساهمين وجهاز الإدارة.

وقد امتد النقاش حول الحوكمة إلى خارج عالم الأعمال، ليصبح رهانا سياسيا دوليا، فتنظيم وتأمين واستعادة ثقة المستثمرين، أصبحت بالنسبة للحكومات هاجسا ورهانا حيويا يتعين مراعاته بالجدية اللازمة.²

ثانيا: تعريف حوكمة الشركات.

كما سبق تقديمه، أن لفظ حوكمة الشركات Co. Gov هو لفظ انجلوسكسوني غريب عن معظم النظم القانونية لاسيما اللاتينية أو الجرمانية وكذلك الدول العربية، وهذا ما ولد صعوبة بالغة في ترجمته ترجمة دقيقة، الأمر الذي أدى بمعظم التشريعات إما إلى اعتماده بنفس اللفظ، أو في أحسن الأحوال إعطائه ترجمة حرفية.³

وقد تعددت التعريفات التي قيلت بشأن الحوكمة، وإن كانت كلها تصب في قالب واحد وهو فكرة إدارة الشركة والرقابة عليها، وذلك عبر ترشيد الإدارة وتثقيف الرقابة من أجل حماية هذا البناء القانوني، ومن وراءه حماية مصالح وحقوق المساهمين بالدرجة الأولى والمستثمرين في القيم المنقولة بشكل عام.

ومن التعريفات التي وردت من الهيئات الدولية، تعريف لجنة كادبري الذي جاء فيه: " حوكمة الشركات هي نظام بمقتضاه تدار الشركات وتراقب"⁴، وهذا التعريف وإن كان مقتضبا ولا يغطي العديد من

¹ عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحوكمة الشركات، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011 ص 12.

² Dominique BESSIR et Al, « norme de gouvernance et effets d'universalisation : le cas de l'administrateur indépendant en pratique et théorique », revue française de gouvernance d'entreprise n°04, 2^{ème} semestre 2008, p12.

³ NICOLE Decoopman, « du gouvernement des entreprises, à la gouvernance », université Picardie Jules verne, p106.

⁴ Sir ADRIAN CADABURY, « intervention du 25 oct 1994 lors du séminaire, « la Corporate gouvernance, actionnaires, administrateur, dirigeant- Objectifs, pouvoir et responsabilité » les échos conférences, p 05 cité par D HURSTEL art précité, p633.

العناصر، إلا أنه يشير إلى أهم ما تهدف إليه الحوكمة وهو الإدارة والرقابة، وإذا كان لم يصرح بالكيفية التي يراد أن تدار بها الشركة، و نوعية وآليات الرقابة عليها، إلا أن ذلك متضمن بفلسفة وروح الحوكمة ذاتها، والتي قامت من أجل ترشيد الإدارة وتحقيق رقابة فعالة عبر توسيع الشفافية.

أما منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OCED فعرفت الحوكمة بأنها: "مجموعة العلاقات التي تنظم في إطار العمل بين إدارة الشركة التنفيذية ومجلس إدارتها والمساهمين فيها والأطراف ذوي المصلحة والعلاقة الآخرين"¹ وقد انتقد البعض هذا التعريف على أساس عموميته² وافتقاره للدقة والوضوح.

ومن بين التعريفات الفقهية ما قال به البعض أنها تعني: "ممارسة السلطة والرقابة"³ ومع أن هذا التعريف لم يلقى قبولا لدى بعض الفقه، إلا أنه يعكس بنظرنا جزءا هاما من حقيقة وخلفية نظام الحوكمة، إذ لا يمكن إنكار وتجاوز حقيقة أن من صلب اهتمامات الحوكمة، هو تعزيز سلطة المساهمين عبر توسيع ممارسة حقوقهم الرقابية وتشديد مسؤولية القائمين بالإدارة.

كما تم تعريف الحوكمة كذلك بأنها: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين إدارة الشركة والمتعاملين معها من الشركاء وأصحاب المصلحة الآخرين، على أساس تحديد الحقوق وتنفيذ الالتزامات وفقا لما يستوجبه حسن النية في إدارة الشركة والرقابة عليها"⁴.

ورغم محاولة هذا التعريف ملامسة عدة عناصر، إلا أننا نرى فيه بعض القصور، على أساس أنه يجعل من جهاز الإدارة هو محور العلاقات داخل الشركة، في حين أن المساهمين هم من يفترض فيهم ذلك، أما جهاز الإدارة فيسخر لخدمة مصالحهم.

كما يساوي نوعا ما بين المساهمين وباقي الأطراف ذات الصلة، وهذا ما يناقض مبادئ الحوكمة، فالمساهمين ليسوا من المتعاملين مع الشركة، بل هم النواة الأساسية للشركة، ويشكلون الجمعية العامة الجهاز السيادي في الشركة، أضف إلى ذلك أنه يقصي النظرة الاقتصادية التي لا يمكن إنكار أنها هي أساس نشوء فكرة الحوكمة.

¹ التعريف متاح على موقع www.OCED.org وبكل اللغات.

² عمار حبيب جهلول، مرجع سابق، ص 29.

³ سميحة فوزي، حوكمة الشركات في مصر، مقارنة بالأسواق الناشئة الأخرى "مستقبل الاقتصاد المصري في ظل ممارسة سلطة الإدارة الرشيدة" مؤتمر وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، القاهرة، 2001/10/24، ص 01.

⁴ عمار حبيب جهلول: نفس المرجع، ص 31.

إذن، وبما أن كل التعريفات وإن اختلفت في مبناها، إلا أنها تتفق في جوهرها ومعناها، فإننا نقترح تعريفا مستمدا من روح وفلسفة الحوكمة فنقول بأن حوكمة الشركات هي: "القواعد التي تستهدف حسن إدارة الشركة والرقابة عليها حمايةً لحقوق المستثمرين".

ثالثا: حوكمة الشركات في التشريع الجزائري

يمكن القول أن الاهتمام الرسمي بقواعد الحوكمة في الجزائر لم يرقى بعد إلى ما هو مأمول منه، على الأقل بالنسبة لتهيئة الظروف المناسبة التي تسمح للشركات بتبني قواعد الحوكمة، ويترجم هذا التخلف عن مسايرة التطورات الحاصلة بشأن قوانين الشركات، بخلو التشريع الجزائري من أي إشارة لقواعد الحوكمة، وهي التي تصنع الحدث بمختلف تشريعات العالم،¹ باستثناء ما ورد بالنظام رقم 08/11 الصادر عن بنك الجزائر المتعلق بالرقابة على البنوك.

ولعل ما يمكن اعتباره كمرجع ولو نظريا في تعريف الحوكمة في الجزائر، ما جاء به ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، حينما نص على أن "الحكم الراشد هو عبارة عن فلسفة تسييرية ومجموعة من التدابير العملية الكفيلة، في آن واحد لضمان استدامة وتنافسية المؤسسة بواسطة:

- تعريف حقوق وواجبات الأطراف الفاعلة في المؤسسة.
- تقاسم الصلاحيات والمسؤوليات المترتبة عن ذلك

وبصفة عامة فإن فحوى وتدبير الحكم الراشد للمؤسسة مدونة ضمن ميثاق يشكل مرجع لجميع الأطراف الفاعلة في المؤسسة".²

وأول ما يمكن إبداءه من ملاحظات حول هذا التعريف، أنه نتاج لفكر اقتصادي بحت، وهذا ما يظهر من المصطلحات المستعملة: مؤسسة، استدامة، تنافسية... وهي مصطلحات اقتصادية لا يمكنها أن تضعنا أمام مفهوم قانوني دقيق، الأمر الذي لا يخدم بشكل وافٍ، الدراسات التي تتناول الموضوع من منظور قانوني.

¹ نأمل أن يتم تدارك هذا الوضع من طرف المشرع الجزائري ليأخذ مكانا له بين التشريعات المقارنة خاصة بعد أن أعلن وزير العدل في سبتمبر 2015 عن تعديلات جوهرية ستمس القانون التجاري، إذ لا يمكن إنكار أن اعتماد قواعد الحوكمة بالشركات تعد من أهم عوامل جذب الاستثمارات الأجنبية وتفعيل الحركة الاقتصادية للدولة.

² ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، 2009، ص 16.

أنه وبالرغم من حداثة هذا التعريف في مقابل ما قطعتة التشريعات المقارنة من أشواط في مفهوم الحوكمة وتقنياتها وآليات تطبيقها، فإنه مازال يتكلم عن الفلسفة والتدابير، في حين تحمل هذه القواعد في تشريعات الدول الطابع الإلزامي وقوة القانون.

أن هذا الميثاق يعتبر كدليل استرشادي أكثر منه وثيقة تكرر مبادئ وأحكام، خاصة وأن الأمر قد تجاوز هذا الحد، وأنا أمام تقنيات خاصة بالحوكمة.

ولعل ما يبرر صدور هذا التعريف بهذا الشكل، هو طبيعة التركيبة البشرية لتشكيلة فريق العمل الذي أعد هذا الميثاق، والمكون أساسا من رؤساء مؤسسات اقتصادية وموظفي بعض الهيئات الاقتصادية والوزارية والخبراء.¹

وعلى كل، تبقى محاولة فنية وحذرة نوعا ما، بالنظر إلى واقع الشركات التجارية عموما، وركود السوق المالي في الجزائر، وهو الذي يعد الوسط الطبيعي لنشوء الحوكمة وتطبيقها، ولهذا يتعين إتباعها بمبادرات أكثر جرأة إن كنا نرغب فعلا في انتهاج هذا الطريق.

وإلى جانب هذا الميثاق فقد تضمن التشريع الجزائري ما يفيد الحوكمة وذلك من خلال النظام رقم 08/11 الصادر عن بنك الجزائر² والمتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ولم يرد بهذا النظام أي توضيح لمفهوم الحوكمة ولا لقواعدها ومبادئها، بل عالجه من زاوية محددة متعلقة بالجانب الرقابي على نشاط البنوك، بحيث وضع مجموعة من الآليات لضمان تحقيق رقابة فعالة على الإدارة التنفيذية للبنك، ودور مجلس الإدارة وجهاز المداولة في ذلك.³

وبالتالي يمكن القول أن قواعد حوكمة الشركات في الجزائر، لا تجد لها أي سند قانوني، يمكن أن يشكل إطاراً واضحاً لدراساتها، وطرحها كقواعد مُكملة للأحكام المُتضمنة بالقانون التجاري.

¹ أنظر ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، ص 10.

² نظام رقم 08/11 مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، متعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 29 غشت 2012.

³ جلييلة مصعور، "الحوكمة المصرفية تطبيق لحوكمة الشركات"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 5، مارس 2015، ص 390 وما بعدها.

رابعاً: تقدير مدى رعاية الحوكمة لحقوق المساهمين

بالرجوع إلى الكتابات والآراء حول الحوكمة ومختلف التقارير والمواثيق الصادرة عن عديد الهيئات الدولية والمنظمات المختصة، وكذا العديد من التشريعات التي تبنت قواعد الحوكمة في شكل نصوص صريحة، نلاحظ أن هناك بعض التميز في الهدف من توظيف قواعد حوكمة الشركات، وبعبارة أخرى اختلاف في المصلحة المراد تحقيقها وحمايتها من وراء اعتماد قواعد الحوكمة.

وإذا كان الأمر لا يبدو جلياً للوهلة الأولى، ولكن في الحقيقة هناك مصلحتين متميزتين على طرفي نقيض مع بعض التدرج بينهما، يتنازعان احتواء مفهوم المصلحة المشتركة، أولاً مصلحة المساهمين وتقترب منها مصلحة الشركة المطابقة لمصلحة المساهمين، وثانياً مصلحة المشروع الاقتصادي الذي يضم كافة الأطراف ذات العلاقة مع الشركة، كالعمال والموردين والدائنين والزبائن إضافة للشركة كشخص معنوي.

ولعل السبب في هذا التباين يعود إلى:

أ: اختلاف موقع وطبيعة الأطراف الذين ساهموا في اقتراح وصياغة ووضع قواعد الحوكمة من نظام قانوني لآخر، فمثلاً نجد أن قواعد الحوكمة في الولايات المتحدة تتجه أكثر لتحقيق مصلحة المساهمين عبر تعظيم حقوقهم، وهذا الأمر هو نتيجة طبيعية للتدخل القوي والفعال والتأثير البالغ الذي يلعبه المساهمون المؤسسيون،¹ فيما يعرف ب: *Activisme des investisseurs institutionnels* في حين نجد مثلاً أن ميثاق الحكم الراشد في الجزائر ينص صراحة على أن المصالح التي يتبناها تتجاوز بوضوح دائرة اختصاص مالكيها، وذلك بدمج الأطراف الفاعلة الرئيسية على نطاق واسع في تسييرها،² وهو تعبير صريح عن فكرة مصلحة المشروع التي تتجاوز مصلحة المساهمين، بخدمة كل المصالح المتقاطعة في المحيط الاقتصادي للشركة.

ب : طبيعة التمويل الذي تحصل عليه الشركات: والذي يختلف من نظام لآخر، فبخلاف الاقتصاديات التي تعتمد على التمويل عبر الاستدانة خاصة من البنوك، أين نجد أن قواعد الحوكمة تستهدف رعاية مصالح كل الأطراف المرتبطة مع الشركة لاسيما المقرضين، نجد أن قواعد الحوكمة في الاقتصاديات التي تعتمد على التمويل من أسواق الأوراق المالية تتعد عن الهدف الاجتماعي، وتقترب أكثر من ترقية

¹ Bradet Julienne : « la main visible des investisseurs institutionnels », revue française de gestion, mai 2005, n°41, p-p 203-224

² ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، ص 14

قيمة المساهمة، وهو ما يجعل الحوكمة تسعى لتسخير الإدارة لخدمة المساهمين أصحاب الرقابة والسيطرة على الشركة، والذين يعتبرون الملاك الوحيدين لنتائج الشركة،¹ والحقيقة أن هذا الوضع الأخير هو أقرب ما يعبر عن جوهر وفلسفة الحوكمة في منشئها الأول، لأن حركية تداول الأسهم بأسواق الأوراق المالية لاسيما في الولايات المتحدة، هي أحد أهم العوامل التي دفعت للوجود بفكرة حوكمة الشركات، كآلية لحماية المستثمرين بالقيم المنقولة.

ج: في الدول التي تشهد تشتتا كبيرا للملكية كالولايات المتحدة، نجد أن مضاعفة القيمة السوقية للأسهم، وحماية حقوق المساهمين، أصبحت هي المعايير الأساسية لجذب المستثمرين في القيم المنقولة²، أي أن إرضاء المساهمين وتحقيق مصالحهم هي النقطة المحورية في إعداد قواعد حوكمة الشركات، في حين أن الأنظمة التي تشهد تركزا في نظام الملكية في الشركات، أي سيطرة بعض المساهمين على رأس المال لاسيما في أوروبا، فالتحدي الأكبر لقواعد الحوكمة ليس حماية مصالح المساهمين فقط، بل رعاية حقوق الأقلية كذلك ضد تعسف الأغلبية، أي حماية المساهمين من بعضهم البعض من جهة، ومن جهة أخرى محاولة الموازنة بين درجة تركيز الملكية والأثر السلبي الذي تخلفه في استقلالية مجلس الإدارة³، إذ غالبا ما تسيطر الأغلبية على مجلس الإدارة وهو ما يشكل سببا أساسيا لتعارض المصالح في الشركة.

د: أن أهداف الحوكمة تتباين بحسب ما إذا كان تبني هذه القواعد هو خيار تشريعي مفروض على كل الشركات، بحيث تأخذ الحوكمة شكل القواعد التشريعية والتنظيمية التي يراعي فيها المشرع مصلحة أوسع من مصالح المساهمين، بهدف خدمة التنمية والاستقرار، بينما إذا كان اعتماد قواعد الحوكمة متروك لرغبة الشركات، فيكون للسوق وتحديد المساهمين المستثمرين صلاحية تحديد مدى ونوعية قواعد الحوكمة المطبقة في الشركة.⁴ وهذا محكوم من جهة، بمدى قابلية الدول للاستجابة لرغبات المستثمرين في توفير الضمانات اللازمة لضخ أموالهم، ومن جهة ثانية لتأثير حجم السوق ومدى توفر خيارات الاستثمار والمفاضلة بين المشاريع القائمة.

¹ DANIEL BACHEY : « pour sortir de la domination financière » l'express roolarta, l'expansion management, review, 2008/4, p11

² Christopher Lantenois, Benjamin Coriat, « Investisseurs institutionnels non-résidents, corporate governance et stratégies d'entreprise », Revue d'économie industrielle, n°134, 2011, p 51 et s

³ Richard BOZEC : « la gouvernance d'entreprise en dehors des Etats-Unis, mécanismes obligatoirement consentis », revue internationale d'études canadienne, n°39-40, 2009, p305-306 ; Auvray Tristan, « Droit des actionnaires et concentration de la propriété en Europe », Revue économique, 2014/1 Vol. 65, p. 159-199

⁴ Richard BOZEC, art-précité, p 306.

الفرع الثاني: التزامات مجلس الإدارة

بما أن حوكمة الشركات أساساً هي نظام أو آلية وجدت لعلاج مشاكل واختلالات الإدارة في الشركة، والناجمة عن التعسف وسوء استغلال المناصب الإدارية، فكان من الطبيعي أن تحمل قواعد الحوكمة في طياتها ما تكبح به جماح القائمين بالإدارة، ويظهر ذلك من خلال إلزامهم بتحقيق غرض الشركة ابتداءً (أولاً)، ووجوب امتثالهم لما تمليه عليهم قواعد الإفصاح والشفافية (ثانياً)، إضافة إلى الالتزامات السلوكية التي يجب أن تطبع تصرفاتهم (ثالثاً)

أولاً: الالتزام بتحقيق غرض الشركة

"يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة..."¹

ويعتبر هذا النص بمثابة البوصلة بالنسبة لمجلس الإدارة، سواء من حيث تحديد المهام التي يتوجب عليه القيام بها-والتي تتولى عادة أنظمة الشركات إضافة لقوانين الشركات تحديدها- أو من حيث مدى السلطات التي يتمتع بها في الشركة، فغرض الشركة يمثل بالنهاية نقطة الوصول أو المَعْلَم الذي إذا ما التزم مجلس الإدارة نهجه، يكون قد وُفق في أداء واجبه واستبرأ لذمته من المُسائلة.

ولئن كانت النصوص القانونية والبنود النظامية تضبط مهام ومسؤوليات مجلس الإدارة في تحقيق غرض الشركة في الشق القانوني الذي تحكمه الحقوق والواجبات، فإن قواعد الحوكمة ترتقي بالالتزامات مجلس الإدارة إلى بُعد آخر يقوم على مقومات نفسية وسلوكية، وهذا ما يشير إليه مثلاً ميثاق الحكم الراشد في الجزائر،² حينما اعتبر أن مجلس الإدارة مسؤول عن التنفيذ الحسن لمهامه من أجل مصلحة الشركة ومساهمتها، ويجب عليه أن يؤدي هذه المهام بعلم بالأسباب وبحسن نية وبكل عناية، وأن يأخذ بعين الاعتبار المصالح الحاضرة ويسهر على معالجتها بالعدل، وأن تؤسس قراراته على معايير الإنصاف والشفافية وعلى المعايير الأخلاقية العالية.

وبما أن غرض الشركة يتحدد في ضوء مبدأ تخصص الشخص المعنوي، والذي مفاده أن يكون للشركة هدفها ومصالحها المنفصلة عن مصالح الشركاء فيها،³ فهذا ما يحيلنا إلى التساؤل أنه في حالة

¹ المادة 622 ت ج يقابلها L225-35 تجاري فرنسي.

² ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، ص 38

³ عمار حبيب جهلول، مرجع سابق، ص 139.

ما إذا تعارضت مصالح المساهمين مع مصلحة الشركة، فمصلحة من يغلب القائمون بالإدارة؟ وقد رأي البعض أن مبادئ الحوكمة تنزع نحو إعلاء مصلحة المساهمين أو على الأقل اعتبار مصلحة الشركة ما هي إلا المصلحة المشتركة للمساهمين.¹

ومع أن الأمر يحمل جانب كبير من الصحة، لأن الحوكمة نشأت أساسا في بداياتها بهدف استعادة سلطة المساهمين التي تمت مصادرتها من طرف مجلس الإدارة،² لكننا نعتقد أن حكما من هذا القبيل لن يكون بهذه الدقة أو السهولة، لأن الأمر لا يرتبط بمبادئ الحوكمة ذاتها بقدر ما يرتبط بالنظام القانوني للدول التي تطبق حوكمة الشركات، لأنه إذا ما تتبعنا قواعد الحوكمة المنصوص عليها بتوصيات ومواثيق المنظمات والهيئات الدولية والتي تصدر غالبا في شكل نماذج وقواعد استرشادية، نجدتها تقرر دائما مصلحة الشركة بمصلحة المساهمين ولا تُغلب أيا من المصلحتين على الأخرى، بينما نجد أن عملية تقنين قواعد الحوكمة بتشريعات الدول تختلف حسب كل نظام قانوني، إذ نجد وكما هو معروف أن الأنظمة الأنجلوسكسونية تقدم حماية أكبر للمساهمين وهذا ما يجعل من قواعد الحوكمة في خدمة مصالح المساهمين أولا، بينما الأنظمة اللاتينية لا توفر نفس القدر من الحماية للمساهمين وتغلب مصلحة الشركة إذا ما تعارضت مع مصالح المساهمين،³ وهذا لعدة اعتبارات سبق تفصيلها.

وعلى كل تبقى مصلحة المساهمين متضمنة في مصلحة الشركة، ولا تتعارض المصلحتان إلا إذا كان للمساهم مصالح خارج ما تمليه عليه مصلحته في الشركة، ويتعين على مجلس الإدارة رعاية هذه المصالح مجتمعة، لأنه إذا طرحنا التساؤل التالي: لماذا وجدت الشركة أساسا؟ والجواب الذي جاءت به الحوكمة-وبغض النظر عن بعض المحددات الخارجية- هو أن الهدف النهائي من تحقيق غرض الشركة هو تحقيق الثراء للمساهمين على المدى البعيد.⁴

ولذلك فتحقيق مصلحة الشركة هو المقدمة الأولى لتحقيق مصالح المساهمين، وقد أكد مركز المشروعات الدولية الخاصة CIPE هذا الأمر حينما ذكر أن الحوكمة تهدف إلى زيادة قيمة استثمارات

¹ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 555.

² Alain Couret, « La gouvernance dans les sociétés anonymes, un Bouclier pour les dirigeants ? » Colloque De CRDA, 12 Mai 2009, chambre de commerce et d'industrie, Paris, p 07.

³ Renée Kadouch, th précité, p50.

⁴ Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise, CNUCD, p07

حملة الأسهم إلى أقصى درجة ممكنة على المدى الطويل، وذلك عن طريق تحسين أداء الشركات وترشيد اتخاذ القرارات فيها، ويتضمن ذلك إعداد حوافز وإجراءات تخدم مصالح حملة الأسهم.¹

ثانيا: الالتزام بالشفافية والإفصاح

يعتبر الإفصاح عن الأوضاع المالية والاقتصادية للشركة مظهرا هاما من مظاهر الثقة وحسن النية في الحياة التجارية، يسمح بتحديد قرارات الاستثمار في الشركة،² وإذا كانت قواعد الإفصاح والشفافية والشفافية في عمومها هي امتداد لحق الإعلام المنصوص عليه بقوانين الشركات وأحيانا هو تكرار لنفس تلك النصوص، إلا أن هذا الإفصاح في إطار قواعد الحوكمة له أبعاد وخلفيات أخرى فرضها الواقع، لاسيما الضغوط التي يمارسها المساهمون المؤسسيون على الشركة التي يستثمرون بها أو يمكن أن يستثمرون بها، بحيث أصبحت هذه الاشتراطات ميزة هامة تطبع جل المستثمرين في أسهم الشركات العالمية، وقد انتهى الأمر إلى اعتمادها كمبادئ أساسية من طرف الهيئات والمنظمات الدولية المختصة، ثم تقنينها كقواعد قانونية بالعديد من التشريعات.

فمثلا يشترط المساهمون المؤسسيين بخصوص الإفصاح والشفافية أن توفر لهم الشركات المعلومات التي تسمح لهم بالمقارنة بين مراكزها المالية ومردوديتها، وهذا من أجل المفاضلة بين فرص الاستثمار في تلك الشركات.

ومن أهم ما تفرضه قواعد حوكمة الشركات على مجلس الإدارة في إطار الإفصاح والشفافية، ما يعرف بـ *Comply or explain*، *Se conformer ou s'expliquer* أي التزم أو فسر،³ وتهدف هذه الآلية أساسا إلى إلزام مجلس الإدارة بتقديم ما وراء المعلومة، إذ عليه الالتزام بمطابقة المعايير أو تقديم التفسيرات في الحالة العكسية، وأكثر من ذلك فإن المشرع الفرنسي قد حاول إعطائها بُعدًا ثانيا عبر اعتماد ما يسمى بـ *Appliquer ou s'expliquer, si vous appliquer, se conformer ou s'expliquer* أي طبق أو فسر، إذا طبقت التزم المطابقة والامتثال أو فسر، والمنطق الذي تفرضه هذه الآلية هو أنه يجب أن يتضمن تقرير مجلس الإدارة الإفصاح عن الخيار الذي اتخذته الشركة بتطبيق أو عدم تطبيق معايير الحوكمة، وفي حالة عدم التطبيق، على الشركة أن تقدم تفسيراً لذلك، أما إذا اختارت

¹ حوكمة الشركات في الأسواق الناشئة، مركز المشروعات الدولية الخاصة، C.I.P.E.

² عمار حبيب جهلول، مرجع سابق، ص 168.

³ Bertrand Richard, Dominique Miellet, la dynamique du gouvernance d'entreprise, édition d'organisation, 2003, p 16.

التطبيق فعليها أن تمتثل وتحقق المطابقة لتلك المعايير، أو أن تفسر عدم المطابقة، والبدائل التي تطرحها بالمقابل.¹

وقد خطى المشرع الفرنسي خطوة كبيرة في هذا المجال عندما أدمج هذا الالتزام بالقانون التجاري ليصبح قاعدة قانونية تضمنتها المادة L225-37 al 7 ، وأصبحت إحدى معايير تقدير الخطأ في جانب مجلس الإدارة.²

وما يدعم أن واجب الإفصاح والشفافية في ظل قواعد الحوكمة يشكل تقدما نوعيا هاما بالمقارنة مع قواعد الإعلام المتضمنة بقوانين الشركات، أنها تستهدف أبعد من أن يطلع المساهمون على كل المعلومات المتعلقة بالشركة، مع توفير المعلومات للمساهمين، وهو أن يضمن من جهة صحة وحقيقة المعلومات المقدمة، والتي تسمح للمساهم أو المستثمر من أخذ فكرة حقيقة ودقيقة عن الشركة، ومن جهة أخرى أن يكون الإفصاح في الوقت المناسب بحيث يسمح باتخاذ القرار المناسب.³

وقد أشار ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر إلى أهمية نشر المعلومات المالية الكاملة والصحيحة وفي الوقت المناسب، بحيث تسمح للمساهمين بالاطلاع الفوري على كل التغيرات التي من شأنها التأثير في علاقتهم بالشركة.⁴

لذلك، فرهان الحوكمة لا يقف عند حصول المساهم على المعلومة، بقدر ما ينصب حول شفافية هذه المعلومات، من حيث سهولة الحصول عليها وسهولة فهمها، فنظرا لأهمية المعلومات المالية بالنسبة للمساهم وللمستثمر عموما والتي غالبا ما يشتكي من تعقيدها وصعوبة تحليلها، فإن الهيئات الدولية⁵ التي تعنى بحوكمة الشركات، تدعو إلى أهمية توحيد القواعد المحاسبية للشركات على المستوى الدولي، لتسهيل عملية المراقبة والمراجعة للحسابات من أي طرف كان، وهي الفكرة التي تبناها ميثاق الحكم الراشد في الجزائر، حينما دعا للانتقال إلى المعايير الدولية للمحاسبة والمعايير الدولية للإفصاح المالي، والتحيين

¹ FasterLing Bjorn, DURAMEL J CH, « le comply or explique : la transparence conformiste en droit des sociétés » revue international de droit économique, 2009/2, t23, p136.

² Arnaud Rey Grobellel, « la gouvernance des sociétés anonymes en Europe l'exemple du régime de la responsabilité des dirigeants » colloque 19 Mais 2009, p13.

³ عمار حبيب جهلول، مرجع سابق ص 170 وما بعدها

⁴ ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، ص 46.

⁵ OCDE, CIPE

الدوري لمخطط الأعمال، لأنه يحوي بيانات مالية استشرافية تسمح بتحديد الوضع المالي للمؤسسة على المدى المتوسط على الأقل.

يبقى أن نشير إلى أن التزام مجلس الإدارة بالإفصاح والشفافية بموجب قواعد حوكمة الشركات، وإضافة إلى الجانب الإلزامي على مجلس الإدارة، فهو ينطوي على عودة قوية وحضور ملفت للمساهم في مجال الشركات، واستعادة للمكانة الريادية وسلطة التقرير في الشركة، وما الشفافية والنوعية في المعلومات التي يحصل عليها إلا تكريس لهذه المكانة، لأنها تمثل آلية جد فعالية في ممارسة السلطة الطبيعية داخل الشركة، سواء من خلال استخدام هذه المعلومات عند اتخاذ القرارات، أو من خلال المسؤولية المترتبة على مجلس الإدارة عند الإخلال بواجب الإفصاح والشفافية.

ثالثا: الالتزامات السلوكية

تجد هذه الالتزامات أساسها في منظومة القوانين الانجلوسكسونية¹، فيما يعرف بـ obligations fiduciaires أو Fiduciary duties أي الواجبات الائتمانية، أو ما ترتبه التصرفات الائتمانية في ذمة المدين بها، وهي تشمل كلا من واجب الاستقامة *devoir de loyauté*، وواجب العناية والاهتمام *Devoir de diligence*.²

فبالنسبة لواجب الاستقامة في إدارة الشركة فقد عرفه الأستاذ Le Nabasque بأنه: "التزام مديري الشركة بعدم استعمال سلطتهم أو استغلال المعلومات التي يحوزونها لتحقيق مصالحهم الخاصة بما يلحق الضرر بمصلحة الشركة ومصالح المساهمين".³

ورغم أن هذا التعريف يبدو مألوفاً بالنسبة للالتزامات العامة لجهاز الإدارة تجاه الشركة والمساهمين، إلا أن تكريس هذا الالتزام من زاوية سلوكية من شأنه أن يغطي بعض الفراغات التي تنفذ

¹ وقد أوردت في هذا الشأن المحكمة العليا الكندية تعريفاً عاماً للالتزامات الائتمانية مضمونه: "

- Agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.
- Respecter la confiance qui leur a été accordée et gérer les actifs qui leur sont confiés de manière à réaliser les objectifs de la société.
- Éviter les conflits d'intérêts avec la société.
- Ne pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel.
- Préserver la confidentialité des renseignements auxquels leurs fonctions leur donnent accès.
- Servir la société de manière désintéressée et avec loyauté et intégrité." Jugements de la Cour suprême, 2004-10-29, n° 29682, 2004 CSC 68, [2004] 3 RCS 461

² SARAH XERRI-HANOTE, « l'obligation de loyauté du dirigeant social », la tribune de l'assurance, déc 2012, n°175, p53.

³ LE NABASQUE, Hervé, « le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com., avr- juin 1999, n°52, 273.

منها سوء نية المديرين، والتي يتعذر فيها إثبات الخطأ في حقهم، لاسيما وأن إخلال المديرين بهذا الالتزام، يتم في ظل علاقة ثقة وائتمان يمنحها المساهمون للمديرين.

ولذلك عبرت محكمة النقض الفرنسية في تقريرها السنوي لسنة 1996، بأن الأمر لا يتعلق بالالتزام صريح متضمن بنصوص القانون، بل هو مبدأ مستمد من منطلق أن الوكلاء الاجتماعيين ملزمين بالتصرف بما يوافق المصلحة الجماعية وفي ظل احترام المساواة بين المساهمين.¹

وبما أن هذا الالتزام يحمل قيمة أخلاقية بالأساس، إذ يمثل المساس بها مدعاة للاستهجان والنكران، بغض النظر عما قد يرد بالقانون من عقوبات، لذلك سنحاول تقصي أساس هذا الالتزام في المبادئ العامة التي يمكن أن يسترشد بها القضاء ويؤسس عليها أحكامه إذا ما رجح لديه احتمال تلك المبادئ لواجب الاستقامة، ولعل أول وأهم ما يحظر إلى الذهن في هذا المقام هو مبدأ حسن النية، ولا بأس أن ننطلق من أحد التعريفات التي وردت بشأن هذا المبدأ بأنه: "حسن النية عند تنفيذ العقد أو الاتفاق يتضمن بشكل طبيعي احترام الأطراف لواجب الاستقامة والوفاء للالتزام المتعهد به"²، كما عرّف بأنه: "قاعدة سلوكية تفرض على الأفراد ولاءً وأمانة خالية من كل نية سيئة"³، ما يعني أن على مجلس الإدارة أن يمتنع عن أي مناورة من شأنها أن تلحق الخسارة بالمساهمين أو أن تفوت عليهم كسباً، وبمفهوم المخالفة يمكن القول أن أول وأهم ما يؤسس واجب الاستقامة هو مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات بشكل عام لاسيما التعاقدية منها، والمنصوص عنها بالمادة 107 ق م ج.

وقد شهدت هذه المقاربة تبايناً فقهيًا في الطرح، تركز حول حدود العلاقة بين حسن النية وواجب الاستقامة، لكن دون أن يصل أبداً إلى حد الفصل أو الإنكار، حيث يستعمل جزء كبير من الفقه المصطلحين كمترادفين⁴، في حين يرى البعض أن لفظ واجب الاستقامة أدق من حسن النية ولذلك يفضل استخدام الأول على حساب الثاني لاسيما في العلاقات التعاقدية⁵، بينما ذهب أحد المؤلفين إلى أن واجب

¹ Rapport annuel de la cour de cassation française, 1996, p312.

² XAVIER Labée, introduction générale de droit : une approche éthique, presses universitaire du septentrion, 4^{ème} éd, Paris, 2010, p254.

³ Rita Jabbour, La bonne foi dans l'exécution du contrat, LGDJ, 2016, p 03

⁴ GHESTIN J, traité de droit civil, la formation de contrat, 3^{ème} éd, LGDJ, 1993, p234- 235

⁵ Picod Y, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Paris LGDJ, 1989, p12, « Alors que l'on utilise généralement la notion de bonne fois pour caractériser des relations qui se nouent entre les parties après la formation du contrat, il nous paraît préférable d'utiliser la notion plus adaptée, plus précises, de loyauté ».

الاستقامة يتجاوز كثيرا حدود تنفيذ العقود، إذ أن له روابط مع كل ما يتعلق بشخص الإنسان في تعاملاته من صدق وأمانة ووفاء.¹

وفي كل الحالات يبقى واجب الاستقامة بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة، تعبيراً عن التزامهم بعدم الإضرار بالشركة وبالمساهمين، بما يضمن أداءهم لمهامهم التي انتدبوا لأجلها، وهي حسن تسيير وإدارة الشركة وبالتبعية لذلك تحقيق الثراء للمساهمين.

وإذا ما عدنا للقضاء باعتباره المرجع الأساسي في تحديد طبيعة وأساس هذا الالتزام في ظل غياب النص الصريح، يتأكد الطابع المرن لهذا الالتزام، ويظهر ذلك من خلال تعدد دعاوى المسؤولية التي رفعت أمام القضاء والتطور الحاصل بهذا المجال، إذ كانت تؤسس هذه المسؤولية على قواعد القانون المدني، لاسيما على أساس التدليس، كما في القضية التي استغل فيها أحد القائمين بالإدارة حاجة أحد المساهمين لبيع أسهمه بعد أن كان قد عرضهم عليه بسعر منخفض (5650 فرنك) استناداً للثقة التي بينهما، فقام هذا المدير بمفاوضة مشترٍ للأسهم، واتفق معه على سعر أعلى (أكثر من 7000 فرنك)، دون أن يُعلم المساهم البائع، محققاً بذلك فائدة كبيرة على حساب المساهم، والذي طالبه أمام القضاء بالتعويض على أساس التدليس.²

وفي قضية أخرى رفعتها شركة ضد مديرها العام السابق، والذي بعد أن قدم استقالته، أنشأ شركة منافسة للشركة الأولى ووظف العديد من موظفي الشركة الأولى بعد أن أغراهم ودفعهم إلى الاستقالة والالتحاق بشركته، ما دفع الشركة الأولى إلى مقاضاته على أساس المنافسة غير المشروعة.³

والملاحظ على كلا القرارين اللذين فصلت فيهما محكمة النقض الفرنسية - واللذين يعدان مرجعين في بداية تكريس هذا الالتزام -، أن هذه الأخيرة قد استعملت عبارة **واجب الاستقامة** في كلا القرارين، إذ عللت قرارها الأول بـ: « a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant a l'égard de toute associé » أما القرار الثاني فعلمته بـ: « ... tenir à une obligation de loyauté envers cette entreprise »

¹ Aynes L, « l'obligation de loyauté », archive de philosophie et du droit, 2000, n°44, p198.

² Cass, com., 27 Fev 1996, Recueil DALLOZ-Sirey, 1996 jur, p518, note MALAMRIE

³ Cass, com. 24 Fev 1998, Bull Joly société, 1998, p813, note petit. B

أي أنه كان يتعين على القائم بالإدارة أن يتخذ سلوكا مستقيما وولاءً للمساهم الذي ائتمنه، وللشركة التي اطلع على أسرارها،¹ وهذا ما يبين أن واجب الاستقامة والولاء يقع على عاتق القائمين بالإدارة تجاه أصحاب المصلحة الأساسية بالدرجة الأولى، وهم الشركة والمساهمون على حدٍ سواء،² ولا يمنع ذلك من أن يمتد هذا الالتزام لفائدة الدائنين والهيئات المعنية بنشاط الشركة (كصناديق الضمان الاجتماعي، ومصلحة الضرائب، وهيئات أسواق الأوراق المالية).

ومن حينها لم تتوانى محكمة النقض الفرنسية في تأسيس أحكامها على مخالفة واجب الاستقامة كسبب كفيل بإقامة المسؤولية في حق القائمين بالإدارة، ففي قرار حديث نسبيا للغرفة التجارية نقضت بموجبه قرارا لمحكمة الاستئناف، على أساس أن هذه الأخيرة لم تجب الطلب المقدم لها بأن القائم بالإدارة قد أدخل بواجب الاستقامة تجاه المساهمين المتنازلين عن أسهمهم، عندما لم يلفت انتباههم إلى أن هناك أرباحا ستوزع بنسب أعلى مما كان متوقفا عليه.³

وقد اعتبر بعض الفقه أن هذا القرار يشكل تقدما ملحوظا في تعريف واجب الاستقامة، كونه لا يتعلق فقط بواجب الإعلام، ولكن بالالتزام بلفت انتباه المساهمين *Attirer l'attention* إلى أهمية المعلومة المقدمة وأثرها على حقوقهم في الشركة.⁴

وواصلت محكمة النقض الفرنسية تكريسها لهذا الواجب حينما أصبحت تؤسس مسؤولية المديرين بالشركة على الإخلال بواجب الاستقامة ولو تعلق الأمر بأخطاء منصوص عليها بالقواعد العامة كالمنافسة غير المشروعة، وهذا ما ورد بقرار حديث لمحكمة النقض،⁵ اعتبرت فيه أن المنافسة غير المشروعة لمدير الشركة تشكل إخلالا بواجب الاستقامة والولاء الذي في ذمته تجاه الشركة.

وهذا ما دعا البعض إلى القول بأن محكمة النقض في طريقها عبر هذه القرارات إلى إنشاء مدونة قواعد سلوكية أو أدبيات تسيير الشركة⁶ « La cour de cassation serait entrain de créer une sorte de code de déontologie de la gestion des sociétés »

¹ ADRIANA MARIA RODRIGUEZ, « les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés », thèse, université Panthéon-ASSAS, Paris, 2011, p59.

² Stikeman Elliott, « Les administrateurs et les dirigeants au Canada », *Aperçu juridique*, STIKEMAN ELLIOTT S.E.N.C.R.L., S.R.L. JANVIER 2008, p 09

³ Cass, com. 6 Mai 2008, n°7.13.198, Bull, Civ. IV

⁴ SARAH XERRI-HANOTE.ART précité, p54.

⁵ Cass, com. 15 Nov 2011, n°10.15.049, Bull Joly société, 2012, p112 note le NABESQUE

⁶ Le NABESQUE Hervé, art précité, p282

هذا، وكان أحدث قرار لمحكمة النقض الفرنسية¹ في الموضوع، قد صدر بتاريخ 2016/07/05 عندما أيدت القرار الإستثنائي الصادر عن محكمة فرساي، في القضية التي عزلت فيها الشركة مديرها العام بسبب أنه أذاع معلومات عن الوضعية المالية السيئة للشركة، وبأن هذه الأخيرة تبحث عن استبدال مساهم الأغلبية فيها، وتبعاً لذلك أبطلت محكمة استئناف فرساي الحكم الابتدائي الذي كان قد منح تعويضاً للمدير العام المعزول وقضت بأنه « le directeur général en cause, était en sa qualité de dirigeant, mandataire social, spécialement tenu à un devoir de loyauté envers les associés et au profit de l'entreprise ».

وهو ما أيدته محكمة النقض التي أكدت بأن: « ces agissements étaient constitutifs d'actes déloyaux contraires aux intérêts communs de la société Europcar et de l'actionnaire ainsi qu'aux dispositions du contrat de mandat du dirigeant »

دون أن تُغفل التأكيد أن على المدير العام للشركة قد تصرف إضراراً بالمصلحة الجماعية، « Mr. Guillemot avait agi au détriment de l'intérêt social »

أما الالتزام الثاني على عاتق الجهاز الإداري، فهو الالتزام بالعناية والاهتمام *diligence* وهو لا يختلف عن واجب الاستقامة والولاء، حتى أن العديد لا يفرقون بينهما، لا في إطار الأحكام القضائية ولا في إطار تعليقات الفقه، ومع ذلك حاول البعض إعطاءه مفهوماً مميزاً، ربما لترقية هذه الالتزامات السلوكية، والتي إن تم احترامها من طرف إدارة الشركة، فقد تغني عن الوقوع في كثير من الأخطاء والتجاوزات، وقد عرف بعضهم هذا الواجب بأنه " الالتزام بالنشاط والفعالية " ².

وربما ما يميز هذا الواجب عن سابقه، هو ارتباطه أكثر بالشركة كشخص معنوي مستقل عن المساهمين، حيث يتعين على إدارة الشركة أن تسهر على مصالح الشركة، وأن تقوم بمهامها وفقاً لمعايير الحذر واليقظة والكفاءة،³ وهذا ما يجعل من هذا الالتزام ترجمة فعلية لواجب التزام المصلحة الجماعية والعمل في إطارها.⁴

على أن القضاء بخصوص هذا الالتزام عادة ما يوظف ما يعرف بقضاء الأعمال تطبيقاً لمبدأ عدم تدخل القضاء في تسيير الشركة *principe de non immixtion*، وهو نوع من الحصانة للموازنة

¹ Cass. com, 5 juil. 2016, n° 14-23904. Arrêt non publié. cité dans : <https://brunodondero.com/> le 07 JUILLET, 2016 à 17 :15

² SCHOLASTIQUE Estelle, le devoir de diligence des administrateurs des sociétés, droit français et anglais, LGDJ, 1998, p19.

³ NICOLE Delvigne, th précité, p34.

⁴ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 545.

مع واجب العناية في حالات معينة، لكي لا يكبل المدراء ويقتل روح المبادرة عندهم،¹ فالقضاء وفي كل الظروف، لا يملك حق تقدير الجدوى الاقتصادية للقرارات الصادرة عن مجلس الإدارة متى ما صدرت دون مخالفة لأحكام القانون.

تجدر الإشارة أخيرا، أن من شأن تفعيل هذا الالتزامات السلوكية والائتمانية، أن يقلل من حالات تعارض المصالح بين الشركة والقائمين بإدارتها.

الفرع الثالث: تشكيل مجلس الإدارة.

بخلاف التشكيل التقليدي لمجلس الإدارة (أعضاء مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة) والذين يسهرون على إدارة وتسيير الشركة تحت مسؤوليتهم، فإن الأفكار التي جاءت بها الحوكمة تحمل الكثير من التغيير من حيث تركيبة مجلس الإدارة، وبالترتبة لذلك تقسيم المهام بين مختلف مكوناته، ومن أهم هذه الأفكار نجد عنصر الاستقلالية داخل مجلس الإدارة والذي يمثله المدير المستقل (أولا)، إضافة إلى توزيع المهام بين اللجان التي تتشكل على مستوى مجلس الإدارة (ثانيا).

أولا: المدير المستقل.

تعود فكرة المدير المستقل في أصلها إلى الدول ذات أنظمة القانون العام Common Law تحت تسمية "Non exécutif director"² وذلك في إطار التوصيات التي شدد عليها المعهد الأمريكي للقانون American Law institute واعتبرها من أهم العناصر المشكلة لحوكمة الشركات،³ وقد كان للمخاطر والأزمات التي تعرض لها مجال الأعمال والشركات وبشكل متكرر، وكذا الآثار السلبية الناتجة عنها، أن خلقت جوا حذرا لدى المستثمرين عموما، وهو ما دفع باتجاه تطور فكرة إدراج نسبة محددة من المدراء المستقلين في مجالس إدارة شركات المساهمة، من مجرد فكرة نظرية إلى حقيقة تأخذ لها مكانا هاما كقاعدة أساسية من قواعد حوكمة الشركات.⁴

¹ ANDRE Tunc, « la direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law institute », art précité, p 949 et s

² DANIEL Hurstel, thomas Beider, art précité, p634.

³ MELANIE mainhaut, « l'administrateur indépendant », DEA en droit des contrats, université LILLE 2, faculté des sciences juridiques et politiques, 2003, p10.

⁴ Raymonde Grête, Stéphane rousseau, droit des sociétés par actions, 3^{eme} éd, Thémis, 2011, p 288

وانتقلت هذه الفكرة إلى الفقه الأوروبي، حيث يعتبر الأستاذ Dominique Schmidt من أشد المتحمسين لوجود المدير المستقل بالشركة، ودعا إليها كضرورة تفرضها قوانين الأعمال الحديثة وقواعد حوكمة الشركات¹، إضافة للأستاذ A Couret الذي دعم بقوة هذه الفكرة استنادا إلى الخلفية الاقتصادية التي انطلق منها، أو ما تعرف بنظرية الوكالة التي تربط المساهمين بالمدراء، والتي يفترض فيها Couret حتمية التعارض في المصالح، والتي لا يمكن تفاديها إلا بوجود المدير المستقل².

ومضمون الاستقلالية بالنسبة لمجلس الإدارة، أن يضم هذا الأخير بين أعضائه عددا من الأعضاء المستقلين تماما عن الشركة، ليس فقط من خلال انتفاء الرابطة المالية بينه وبين الشركة، أي أن لا يكون مساهما بها، بل أيضا من خلال عديد العناصر ذات البعد الوظيفي والقانوني والشخصي، أو كما عبّر عنه البعض بأن يكون المدير المستقل libre d'intérêt³ أي لا تربطه أي مصلحة بالشركة، لا من حيث المحيط الداخلي، ولا من حيث المحيط الخارجي، فالمدير المستقل ليس صديقا لأحد في الشركة ولا مرؤوسا ولا مرشدا أو مستشارا، ولهذا يتعين عليه ترك مسافة واحدة من كل الأطراف، لتتأكد استقلاليته وعدم تبعيته لأي طرف على حساب الآخر⁴.

ودون الخوض كثيرا في تفاصيل معايير تحديد درجة الاستقلالية في المدير المستقل، سنكتفي بالتذكير بالتعريف الاسترشادي الذي بادرت به مؤسسة التمويل الدولية IFC في تقريرها الصادر في 2012/09/20 بأن المدير المستقل هو عضو مجلس الإدارة الذي:

- لا يكون موظفا لدى أحد الأطراف المتصلة بالشركة خلال الخمس سنوات السابقة.
- لا يكون مرتبطا بأي شركة تقوم بأعمال استشارية للشركة.
- ليس مرتبطا بأي من كبار العملاء أو الموردين للشركة.
- ليس لديه عقود خدمات شخصية مع الشركة.
- ليس مرتبطا بأي هيئة تتلقى دعما أو تمويلا من الشركة.
- لا يعمل بوظيفة تنفيذية بشركة أخرى.

¹ DOMINIQUE Schmidt, « les lois de 1er Aout 2003, et le droit des sociétés » DALLOZ, 2003, p2618.

² A. Couret, « le gouvernement d'entreprise » DALLOZ Sirey, 1995, Chronique, p163.

³ SCHOLASTIQUE Estelle, « l'administrateur indépendant - quelle indépendance ? Cahier de droit et de l'entreprise, n°5, Sept-Oct 2005, p35.

⁴ DENIS Kibler, « indépendance et gouvernance, le courage d'être différent », APIA, Mars 2012, p52.

- ليست لديه صلة قرابة بأي مدير تنفيذي بالشركة.
- أن لا يكون من الأشخاص المسيطرين على الشركة أو من أيا من قرابته.

ويرى أنصار هذه الفكرة أن هذه المعايير تساهم بشكل فعال في ضمان كفاءة الأداء لدى المدير المستقل وتجعل منه عنصرا جوهريا¹، وقد ساهم في تدعيمها أكثر المساهمون المؤسستيون les investisseurs institutionnelles الذين يرغبون في رؤية جهاز إداري مستقل تماما يعمل لصالح كل المساهمين دون أي خلفية أخرى قد تخدش العلاقة بينهما، كما تحاول فرضه وبشدة بعض الهيئات كالمعهد الفرنسي للمديرين IFA، وهي تقترح نسبا دنيا لحضور المدراء المستقلين بالشركة لا تقل عن ثلث عدد أعضاء مجلس الإدارة.

وبغض النظر عن غرض هؤلاء في فرض المدير المستقل، وبغض النظر عن مدى توفيق القوانين والتشريعات التي أولت اهتماما بالغا بهذا الموضوع وخصصت نطاقا أو حيزا معتبرا يشغله المدير المستقل، فإننا نرى أن وجود المدير المستقل في الجهاز الإداري للشركة، هو تعبير صريح على تكريس سلطة المساهمين في الشركة وإعلاء لصوتهم على حساب القائمين بالإدارة، فهو يثبت وفي كل الأحوال تبعية مجلس الإدارة للمساهمين سواء من حيث التعيين والعزل النهائي من الشركة، أو من حيث الأهداف التي يسعى المدير المستقل لتحقيقها وهي مصلحة الشركة والمساهمين بالدرجة الأولى، في ظل غياب أي مصلحة مباشرة لهذا المدير يمكن أن تتعارض مع مصالح المساهمين، ومن هذا المنظور فإن استقلالية عضو مجلس الإدارة، تضمن إلى حد ما تقادي إشكال تعارض المصالح بينه وبين الشركة، مما يقلل ما يعرف بتكلفة الوكالة. coût d'agence² والتي تنتج أساسا عن تفويض المساهمين للجهاز الإداري مهمة تسيير وإدارة أصولهم المستثمرة بالشركة، وما يستتبع ذلك من نفقات وتكاليف يتحملها الأصيل (المساهمون)، تتصل بوضع أنظمة التحفيز والرقابة على الوكيل (الجهاز الإداري).³

¹ SAMUEL Schmidt, Jacques-olivier sales, « réorganisation des pouvoir des dirigeants », journal des sociétés, n°63, Mars 2009, p22.

² Marc Auberger, « Les difficultés de la valorisation des entreprises par les marchés financiers », Revue d'économie financière 2011/4 (N° 104), p.212

³ Gérard Charreaux, « Les grands auteurs en théorie des organisations: Michael Jensen: la théorie positive de l'agence et ses applications à l'architecture et à la gouvernance des organisations », Cahier du FARGO n° 1041203 Décembre 2004, p 10 ; Alain Bienaymé, « le pouvoir dans l'entreprise », art-précité, p 16

ثانيا: اللجان المختصة

إن وضع نظام رقابي فعال يُعد من أهم التزامات مجلس الإدارة، لاسيما بالنسبة للشركات التي لا يتولى فيها مجلس الإدارة، الإدارة التنفيذية، وهنا يصبح من الضروري الاستعانة بمجموعة من اللجان المختصة تساعد المجلس في أداء مهامه الأساسية.

أ- لجنة التدقيق: Comité d'audit تم اقتراح إنشاء هذه اللجنة أول مرة في فرنسا بموجب تقرير 1 Vienot لسنة 1995، وهذا من أجل القيام بمهام التدقيق المالي في حسابات الشركة، وتم توسع مهامها بعد تقرير 2 Vienot لسنة 1999 ليشمل التأكد من استقلالية محافظي الحسابات وابتعادهم عن الضغوط والمؤثرات.¹

وتشمل المهام الأساسية للجنة التدقيق، مساعدة مجلس الإدارة في مهامه الرقابية على الجهاز التنفيذي فيما يخص المعلومات المالية، والتأكد من فعالية نظام الرقابة الداخلي²، لاسيما بالتنسيق بين الجهات الرقابية المختلفة في الشركة،³ وطرق اتصال مجلس الإدارة بالمعلومات التي يوفرها لهم مندوبو الحسابات، واقتراح الآليات الكفيلة بتحسين أداء العملية الرقابية ككل، بما يضمن في النهاية توفير إعلام نوعي وشفاف للمساهمين يمكنهم من اتخاذ القرارات السليمة بخصوص استثماراتهم، فالأمر يتعلق كما يراه البعض بالتدقيق في التدقيق⁴ il s'agit d'un audit de l'audit.

ب- لجنة الترشيح والتعيينات: Comité de nomination تختص هذه اللجنة بتقديم الاقتراحات بشأن اختيار المدراء المستقلين في الشركة، وتحدد إجراءات استقبال المدراء الجدد والمستقبلين في إطار الاستخلاف عند شغور أي منصب بالشركة،⁵ وقد عدّ فريق العمل التابع للمعهد الفرنسي للمدراء IFA، مجموعة من المهام الأساسية لهذه اللجنة تمثلت أساسا في، تحديد هيكله مجلس الإدارة وتنظيم تجديد وتعاقب المدراء والوكلاء الاجتماعيين، ووضع شروط شغل هذه المناصب وبرمجة الدورات التكوينية، وتسهر على حسن سير المجلس ككل من حيث تطبيق قواعد الحوكمة.⁶

¹ Pierre-Henri Conac, « l'avenir des reformes, les nouveaux organes », petits affiches, Aout 2007, n°154, p 34.

² HUGUES Fronville, Charles de streel, art précité, p253.

³ عمار حبيب جهلول، مرجع سابق، ص 200

⁴ BISSARA PH, « comités d'audit, opération de séduction des investisseurs ou éléments moteur de la transparence », colloque, IFA CI, Paris 21 Nov 1996.

⁵ Pierre-Henri CONAC, art précité, p35.

⁶ Comité de nomination : « gouvernance & bonne pratique », IFA septembre 2011, présidé par pierre roducanchi

ج- لجنة الأجور والمكافآت: *de rémunérations Comité* تمثل هذه اللجنة آلية فعالة لضبط أجور القائمين بالإدارة والمكافآت التي يحصلون عليها، فهي تضع قواعد تحديد الجزء المتغير من هذه الأجور وتقدر مجموع المكافآت والامتيازات بالمقارنة مع الأداء المقدم من المستفيدين منها، وتناقش السياسة العامة للأجور وطرق منحها كامتياز خيار شراء الأسهم "Stock options".¹ والذي يُعد إحدى طرق منح الأجور أو المكافآت للمدراء، وهي وسيلة فعالة لجعل المدراء يعملون من أجل الرفع من قيمة أسهم الشركة، كونهم سيصبحون مساهمين في الشركة إذا ما عمدوا إلى تفعيل خيار شراء الأسهم وبثمن محدد سلفاً،² وهو الأمر الذي سيكون في مصلحة المساهمين بالدرجة الأولى، لاسيما من حيث رفع قيمة المساهمة على المدى البعيد.

وفي هذا الخصوص يشدد المعهد الفرنسي للمدراء IFA في تقريره السنوي لسنة 2013 على أهمية اعتماد ما يعرف بـ *say on pay*، وذلك بتصويت المساهمين بالجمعيات العامة على السياسة و/أو مختلف العناصر المشكلة لأجور المدراء التنفيذيين وغير التنفيذيين، وإلزام رئيس لجنة الأجور على حضور اجتماعات الجمعية العامة لتوضيح وتبرير السياسة المتبعة في منح الأجور والمكافآت التي يستفيد منها الجهاز الإداري، وإجابة المساهمين عن كل الأسئلة المتعلقة بذلك.³

وهذا ما يصب في خانة زيادة الشفافية، وتفعيل الدور الرقابي للمساهمين في أحد أهم المسائل المرتبطة بتكاليف رأس والتي يتحملها المساهمون بالنهاية، وهي الأجور والمكافآت التي يتلقاها الجهاز الإداري للشركة.

¹ Pierre-Henri CONAC, art précité, p35.

² OUELD DAOUD E Nedjla, « la propriété managériale, la politique de financement de l'entreprise et les stock-options, interrelation et impacts sur la richesse des actionnaires », revue des sciences de gestion, 2009/3, n°237-238, p 68.

³ Rapport sur LES travaux de L'IFA, « SAY ON PAY: comparaisons internationales & bonnes pratiques », novembre 2013, p 08

ملخص الفصل الثاني:

إذا كان مبدأ الأغلبية هو أساس ممارسة سلطة رأس المال، وحق التصويت هو الآلية الرئيسية لمباشرة تلك السلطة، فإن هناك مجموعة أخرى من الحقوق، لا غنى للمساهم عنها من أجل الممارسة الفعالة والإيجابية لسلطته في الشركة، وهي تشكل السند الرئيسي في ذلك.

فأول وأهم ما يقترن بحق التصويت هو حق الإعلام، وقد مر معنا المراحل التي شهدتها تطور هذا الحق إلى أن وصل إلى ما هو عليه الآن من ملازمة لحق التصويت، وتنوير المساهم بالحقائق والأرقام حول وضعية ومصير الشركة.

ومن جهة ثانية فإن حق المساهم في اللجوء للقضاء لطلب تقرير مسؤولية مجلس الإدارة عن التجاوزات التي يأتيها أثناء تأدية مهامه، تشكل ضماناً قوية تدعم سلطة المساهم وتكرس موقعه الريادي، ناهيك عما تفرضه قواعد حوكمة الشركات على مجلس الإدارة من التزامات تصب كلها في اتجاه رعاية حقوق ومصالح المساهمين.

الباب الثاني

الممارسة الاستثنائية لسلطة

رأس المال

تمهيد وتقسيم:

بعد استعراض المبادئ والأحكام المشككة للإطار العام لممارسة سلطة رأس المال في شركة المساهمة، يكتمل الوجه الأول للسلطة التي يُفترض أن يتمتع بها ويمارسها المساهمون في الشركة. ونقول يُفترض، لأن ما تفرزه هذه الأحكام، إنما هو الوضع المبدئي أو المعياري standard لما يمكن أن يكون عليه شكل سلطة المساهمين في الشركة.

ولما كانت دراسة الأصل تستوجب منا التعرّيج على الاستثناء - الوجه الثاني - لنستجمع بذلك الصورة الكاملة أو على الأقل الصورة العامة لسلطة رأس المال في الشركة، وعليه، سنتناول هذه الأطر الاستثنائية من خلال تتبع حالات تنظيم ممارسة هذه السلطة خارج مبدأ التناسب (فصل أول)، ثم محاولة ملامسة حدود سلطة رأس المال انطلاقاً من مبدأ الأغلبية (فصل ثاني).

الفصل الأول

تنظيم ممارسة سلطة رأس المال

خارج مبدأ التناسب

مقدمة الفصل الأول

عندما أقرت التشريعات مبدأ التناسب بين الحصة المقدمة في رأس المال والحقوق المقابلة لها ومنها حق التصويت، إنما كان ذلك تكريساً لوضعٍ منطقي يفرضه اعتبارات العدالة والمساواة (بمفهومها التناسبي وليس المطلق)، ولأن التناسب لا يتعلق بحقوق المساهمين فقط، بل التزاماتهم اتجاه الشركة كذلك، لذلك كان مبدأ التناسب أفضل ما يحقق هذا التوازن والعدالة في توزيع الحقوق والالتزامات بين المساهمين.

وبما أن حق التصويت كما مرّ معنا، هو من الحقوق الفردية التي يستهدف المساهمون من ممارستها تحقيق مصلحتهم المشتركة في إطار الشركة، فالمرشح لا يجد حرجاً في تقرير بعض العوارض على هذا الحق، بما ينعكس على كيفية ممارسة السلطة من طرف المساهمين، وذلك في الحالات التي نشهد فيها انفصالا كلياً أو جزئياً بين السلطة ورأس المال تبعاً لما يرد على مصدر ممارسة حق التصويت (مبحث أول).

كما يتيح المشرع لإرادة المساهمين أن تدخل على خط تنظيم ممارسة هذا الحق وإن كان في حدود ما يسمح به القانون (مبحث ثان).

المبحث الأول: انفصال الملكية عن السلطة

يتجه الاقتصاد الحديث تدريجياً نحو التحول من طرق التمويل التقليدية القائمة أساساً على الاقتراض، إلى التمويل الذاتي في إطار ما يعرف بتنمية الأموال الخاصة، من خلال طرح الأسهم للتداول في الأسواق المالية، وهذه الطريقة تحقق عدة فوائد للشركات التجارية، إذ تضمن لها من جهة تمويلًا دائمًا جراء الاكتتاب الذي يحصل عند كل زيادة في رأس المال، كما أن ثمار هذا التمويل لا تظهر ولا تتحملها الشركة إلا عند تحقيق نتائج إيجابية، فالشركة لا توزع الأرباح والفوائد على المساهمين إلا إذا كانت نتيجة السنة المالية إيجابية، وبصدور قرار من المساهمين أنفسهم.

لكن ومن جهة أخرى، يبدو أن التطبيق العملي في واقع الشركات وكذا التدخلات التشريعية المتتالية والاجتهادات القضائية، أنتجت تحولاً جذرياً في وظيفة السهم، من مجرد أداة تمويل لفائدة الشركة، إلى أداة لممارسة السلطة داخل الشركة.

إذ تظهر رغبة بعض المساهمين في السيطرة على الشركات واحتكار النفوذ والسلطة لتحقيق أهداف متوسطة أو بعيدة المدى، وهو الوضع الذي يقابله من جهة أخرى عزوف تام عن ذلك من البعض الآخر، والذين لا يهمهم سوى جني الأرباح.

لذلك واستجابة لهذا التنوع في دوافع الاستثمار، تدخل المشرع لتنظيم ومرافقة هذا الوضع، وأقر تنوعاً كذلك في الأسهم بما يحقق كل الرغبات، كما أقر من جهة أخرى أحكاماً تضبط وضعيات التحكم والسيطرة على الشركة، على نحو يضمن به احترام حقوق باقي المساهمين والشركة وحتى الغير.

هذه الأحكام في مجملها، تخرج عن الإطار العام الذي سبق تفصيله، لتعالج وتنظم أوضاعاً استثنائية تختل فيها العلاقة التقليدية بين رأس المال والسلطة المقابلة له والقائمة على مبدأ التناسب، لنشهد انفصلاً بين السلطة ورأس المال، إما بأن تتجاوز السلطة رأس المال، أو أن يفرغ رأس المال تماماً من السلطة، أو أن تنفصل السلطة مؤقتاً عن رأس المال، أو أن تتوزع السلطة الناشئة عن الحصة الواحدة بين أكثر من مساهم.

وسنحاول استعراض وتفصيل هذه النقاط من خلال التطرق لتأثير الصفة والوضعية القانونية للأسهم على حق التصويت (مطلب أول)، ثم لتأثير طبيعة ملكية الأسهم في ممارسة حق التصويت (مطلب ثان).

المطلب الأول: تأثير الطبيعة والوضعية القانونية للأسهم على حق التصويت

إذا كانت الأسهم هي أجزاء متساوية من رأس المال (أو على الأقل بالنسبة للأسهم من نفس الصنف) وتمنح لحاملها حقوق تصويت متساوية تمارس حسب نسبة تمثيل تلك الأسهم في رأس المال، فإن هذا الوضع-المثالي- قد يشهد انحرافا بهذه الحقوق زيادة أو نقصانا، بناءً على ما قد يرد من تنوع على طبيعة الأسهم (فرع أول)، أو ما قد تكون عليه وضعية تلك الأسهم في نظر القانون (فرع ثان).

الفرع الأول: اختلاف سلطة المساهمين تبعا لتنوع أسهم الشركة

إذا كان الثابت من حيث الأصل، هو أن أسهم الشركة تخول للمساهمين حقوقا متساوية، انطلاقا من المبدأ العام وهو تساوي القيمة الاسمية لأسهم الشركة، أي أن المساواة بين المساهمين في الحقوق المالية أو الإدارية، ما هي إلا نتيجة لازمة تفرضها المساواة في قيمة الأسهم، فإذا ما أضفنا لذلك مبدأ آخر، هو مبدأ التناسب -خاصة بالنسبة لحق التصويت- تكون النتيجة هي افتراض أن تتوزع السلطة بين المساهمين كلّ بقدر ما ساهم به في رأس مال الشركة.

غير أن هذا المبدأ لا يسري دوما على إطلاقه، فقاعدة المساواة بين المساهمين ليست من النظام العام كما أن التناسب في الحقوق المرتبطة بالأسهم ليس كذلك.

حيث تجيز العديد من التشريعات- وإن بدرجات متفاوتة- إمكانية الخروج على هذا الإطار العام، وذلك عبر النص بأنظمة الشركات على تقرير حقوق متفاوتة بين المساهمين لا تعكس حسابيا نسبة ما تمثله في رأس المال، فتكون لبعض المساهمين وفي حدود الاعتبارات والضوابط القانونية، سلطة تفوق نسبة تمثيل أسهمهم في رأس المال (أولا)، بينما تكون بعض الأسهم الأخرى مفرغة تماما من السلطة (ثانيا).

أولا: الأسهم الممتازة

تشكل الأسهم الممتازة صنفا مقابلا للأسهم العادية التي تحقق مبدأ التناسب بين الحصة المقدمة والحقوق المقابلة لها، من حيث أن أسهم الامتياز في الحقوق السياسية هي مرادف للسلطة في الشركة (أ)، وسنتطرق لمعالجة المشرع الجزائري لهذا الصنف من الأسهم (ب)، ونختم بتعداد أنواع أسهم الامتياز في الحقوق السياسية (ج).

أ-أسهم الامتياز في الحقوق السياسية مرادف للسلطة في الشركة

تأخذ الأسهم الممتازة في قوانين الشركات العديد من الأشكال، فقد تكون الامتيازات المرتبطة بها ذات طبيعة مالية، لا مجال لتناولها في هذه الدراسة كالأفضلية في الأرباح، وقد تكون من طبيعة سياسية، أي تتطوي على جملة من الحقوق السياسية تترجم السلطة التي يتمتع بها المساهمون في الشركة بالتبعية لذلك على ما سنرى.

ويجب التنويه ابتداءً أن أسهم الأفضلية أو الامتياز، هي أسهم شأنها شأن باقي الأسهم، غاية ما في الأمر أنها تمنح حقوقاً مالية أو إدارية إضافية لمالكها.

ووجه الزيادة في الحقوق، هو تجاوز ما يُفترض أن يمنحه السهم عادة من حقوق في إطار مبدأ التناسب، وهذا ما يجعل من أسهم الامتياز لاسيما في الحقوق السياسية تجسيداً للفصل بين السلطة ورأس المال، وتجعل من قياس مدى السلطة في الشركة ليس بمعياري مدى ما يساهم به الشخص في رأس مال الشركة، بل بمدى ما تمثله تلك الأسهم من حقوق تصويت وما تمنحه من مزايا وحقوق إضافية للمساهم، فهي بالنهاية آلية للاستحواد على سلطة اتخاذ القرار بالشركة.

وباعتبار مبدأ التناسب ليس من النظام العام وبالتبعية لذلك مبدأ المساواة، وهذا ما تؤكدته الأسهم الممتازة التي لا تجعل المساهمين على نفس القدر من التأثير، فيكون للفريق الذي يمتلك هاته الأسهم قوة ترجيحية تسمح له بتسيير الأمور داخل الشركة،¹ على الرغم من ضعف مساهمته في رأس المال في خروج ظاهر عن الإطار العالم لسلطة رأس المال في شركة المساهمة، لذلك عبر عنها البعض² بأنها: "Un titre merveilleux qui se prête à des multiples combinaisons et applications".

¹ Dimitri, Gaulis, J TRISTAN, Michel, « les actions à droit de vote privilégié » CEDIDAC. Bulletin n°50, Lausanne Oct 2008, p 03.

² C. Houpin, « de l'usage des actions de priorité » journal des sociétés, 1905, p244.

لذلك، فهذه الخاصية للأسهم الممتازة شكلت في إحدى صورها، آلية جد فعالة بالنسبة لبعض الحكومات في عملية خوصصة الشركات العمومية مع نية الاحتفاظ بسلطة اتخاذ القرارات فيها، فيما يُعرف بالسهم الذهبي Golden shares، أو actions spécifiques¹، وهو نوع من أسهم الامتياز تحتكر الدولة عادة حيازته لتُبقي سيطرتها على الشركة رغم التنازل عن أغلبية رأس المال، ولذلك فقد لجأ المشرع الفرنسي مثلاً إلى تقنية السهم الذهبي كحل قانوني عملي لمنع سيطرة الأجانب والأطراف غير المرغوب فيها على الشركات الوطنية، وقد جاءت المادة العاشرة المعدلة من قانون إجراءات الخوصصة الفرنسي رقم 912/86 الصادر بتاريخ 1986/08/06 لتجيز تحويل سهم عادي تملكه الدولة إلى سهم ذهبي.²

ب- الأسهم الممتازة في القانون الجزائري

لم يتخلف المشرع الجزائري في تقرير مثل هذا النوع من الحقوق للمساهمين متماشياً في ذلك مع ما يجري به العمل في العديد من التشريعات وإن ببعض التمييز عنها.

فقد نصت المادة 715 م 44 على: "يمكن تقسيم الأسهم العادية الاسمية إلى فئتين اثنتين حسب إرادة الجمعية العامة التأسيسية، تتمتع الفئة الأولى ببحث تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها، أما الفئة الثانية فتتمتع بامتياز الأولوية في الاكتتاب لأسهم أو سندات استحقاق جديدة".

¹ ظهرت تقنية السهم الذهبي القانونية في المملكة المتحدة في عهد حكومة مارغريت تاتشر من أجل منح الحكومة البريطانية حقوقاً استثنائية يمكن من خلالها حماية مصالحها الوطنية في الشركات المشمولة ببرنامج الخوصصة، وقد احتفظت الحكومة البريطانية بالعديد من الأسهم الذهبية في الشركات التي تمت خوصصتها في الثمانينيات، مثل British Aerospace و British Energy و Rolls-Royce، استطاعت الحكومة من خلال هذا السهم الذهبي، حضور الجمعيات العمومية والتصويت، وتعيين ممثل في مجلس الإدارة، وبذلك كان السهم الذهبي هو عين الدولة داخل الشركات التي تمت خصصتها. لتفاصيل أكثر أنظر: إبراهيم يوسف هرموش، "السهم الذهبي وتحدياته المعاصرة في قضاء محكمة العدل الأوروبية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 30 - العدد الأول - 2014، ص 477 - 478

² Article 10 , Loi n°86-912 du 6 août 1986 , Modifié par Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 " ...préalablement à la saisine de la commission de la privatisation, un décret détermine, ... si la protection des intérêts nationaux exige qu'une action ordinaire de l'Etat soit transformée en une action spécifique...".

إذن فالمشرع الجزائري كان واضحا في تحديد صفة أو طبيعة الامتياز، إما أن يأخذ شكل الأفضلية عند التصويت، أو الأفضلية عند الاكتتاب بالأسهم الجديدة، وسنحاول أن نورد بعض الملاحظات حول تقرير حق الامتياز بهذا النص:

أولا، أن المشرع الجزائري يضع شرطا أساسيا للاستفادة من هذا الامتياز، وهو أن تكون الأسهم اسمية، ما يعني أن الأسهم لحاملها ليست مرشحة لأن تتمتع بأي امتياز من هذا القبيل وهذا لاعتبارات عدة تمنع ذلك.

ثانيا، يبدو أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في تمييز أسهم الامتياز عن غيرها من الأسهم(العادية تحديدا)، فاستعمل عبارة: "يمكن تقسيم الأسهم العادية الاسمية إلى فئتين..."، والظاهر من هذا النص أن المشرع قد وقع في خطأ لغوي وقانوني في نفس الوقت، بأن جعل الأسهم الممتازة من قبيل الأسهم العادية، والحال أنهما صنفان متمايزان تماما من الأسهم، وأول ما يدل على ذلك هو تسمية كل منهما.

وربما نلتمس العذر للمشرع بأنه كان بمعرض التمييز بين أسهم رأس المال وأسهم التمتع المنصوص عليها بالمادة الموالية 715 مكرر 45، فاستعمل عبارة "الأسهم العادية" للتعبير عن أسهم رأس المال فوق في هذا التداخل، ومع ذلك كان حرئاً به التصريح بأن الأمر متعلق بأسهم الأفضلية أو الامتياز، أو على الأقل إسقاط كلمة "العادية" لأننا بصدد نفس القسم الفرعي الثاني المتعلق بالأسهم بشكل عام.

ثالثا، الملاحظ على هذا النص كذلك، أن المشرع قد قصر صلاحية إصدار أسهم بهذه الأشكال على إرادة الجمعية العامة التأسيسية، وأول ما يبدو من ظاهر النص هنا، ما مفاده أن إصدار أسهم الامتياز هو اختصاص حصري للجمعية التأسيسية، وبمفهوم المخالفة لذلك، فإن الجمعية العامة غير العادية لا يمكنها ذلك.

وهذه الحالة تجبرنا على عدم تقبل النص بهذه الصياغة، فرغم أننا نتوسم حسن نية المشرع، بأنه ربما كان يقصد من وراء ذلك تمكين المؤسسين من الاستفادة من أسهم الامتياز عند تأسيس الشركة كمكافأة أو كتحفيز لهم، أو ربما عدم ترك مسألة حساسة مثل هذه بيد مساهمي الأغلبية يتمكنون من خلالها وفي أي وقت من الاستفادة من هذا الامتياز عبر تعديل النظام، ومع ذلك فهذا الحكم يطرح العديد من الإشكالات ويضعنا أمام تضارب في النصوص، فيما أن إصدار مثل هذه الأصناف من الأسهم

يتطلب بدهاء النص عليها بنظام الشركة، وإذا قصرنا هذا الحق على إرادة الجمعية التأسيسية فقط، فأين هو موقع الجمعية العامة غير العادية، وهي التي لها صلاحية تعديل النظام الأساسي في كل أحكامه؟ (م674).

فضلا عن أن المادة 697 تجيز للجمعية العامة غير العادية إلغاء هذا الامتياز (حق التفاضل في الاكتتاب عند زيادة رأس المال)، لذلك وبمفهوم المخالفة كذلك، فإنه يفترض فيها أن تمتلك ابتداءً الحق في تقرير هذا الامتياز.

لهذا لا نرى أي داعٍ لتعليق المشرع حق إصدار أسهم الامتياز على إرادة الجمعية التأسيسية التي تتعد مرة واحدة أثناء تأسيس الشركة، دون الجمعية العامة غير العادية التي لها كامل الصلاحيات أثناء حياة الشركة، وبالتالي على المشرع رفع هذا القيد لتجنب إشكال تعارض النصوص والصلاحيات، وتقادي تعطيل ممارسة الجمعية غير العادية لأحد اختصاصاتها الأصلية والحصرية (تعديل النظام الأساسي في كل أحكامه).

ولو عدنا لموقف المشرع الفرنسي لوجدناه أكثر وضوحا وبساطة في معالجة هذه المسألة، إذ تنص المادة L228-11 على: Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125. ويبدو أن المشرع الفرنسي لم يخالف الأصل العام المتضمن اختصاص الجمعية العامة غير العادية بصلاحيات تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه، ومنها تقرير حقوق امتياز على الأسهم بالشكل الذي بينته المادة L228-11، وبالتالي فالمعالجة التشريعية في فرنسا لا تطرح أي إشكال من قبيل ما تم بسطه.

ولو كان الأمر على نحو ما نظمه المشرع المصري كذلك، لكان الوضع مقبولا من هذا الجانب، حيث يشترط هذا الأخير أن يتضمن نظام الشركة عند التأسيس شروط وقواعد الأسهم الممتازة، ولا يجوز زيادة رأس المال بأسهم ممتازة إلا إذا كان النظام يخصص ابتداءً بذلك وبعد موافقة الجمعية العامة غير العادية.¹

¹ المادة 3/35 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 المعدل. وتنص كذلك المادة 132 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون على: "يجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع السهم وذلك في التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية، على أن تتساوى الأسهم من نفس النوع في الحقوق والمميزات والقيود. ويجب أن يتضمن نظام الشركة منذ تأسيسها شروط وقواعد الأسهم الممتازة".

فالمشعر المصري هنا ينيط بالجمعية التأسيسية عند المصادقة على النظام - ليس اختصاص إنشاء الأسهم الممتازة -، بل فقط تحديد شروط وقواعد إنشائها، وللجمعية العامة غير العادية بعد ذلك تحقيق ذلك أثناء حياة الشركة.

وعلى فرض أن المشعر الجزائري يعالج المسألة من نفس منظور المشعر المصري، وأنه لم يوفق في الصياغة فقط، فإن التداخل واللبس يبقى قائما، فإذا كان الأمر يتعلق بتقرير هذا الامتياز بمشروع القانون الأساسي الذي يضعه المؤسسون، فإن المصادقة عليه من الجمعية التأسيسية حسب المادة 602 تكون وفق شروط الأغلبية والنصاب المقررة للجمعية العامة غير العادية، وهو ثلثي الأصوات المعبر عنها (م674)، بينما إذا تم إقرار هذا الامتياز بموجب تعديل أدخل على مشروع القانون الأساسي أثناء مداوات الجمعية التأسيسية، فإن المصادقة على هذا التعديل تكون بالإجماع حسبما تضمنته المادة 600، ونلاحظ جيدا التمايز الناتج عن تطبيق النصوص المنظمة للموضوع، بصدور نفس القرار عن الجمعية التأسيسية تارة بالإجماع وتارة بالأغلبية، مع عدم وجود أي ضابط يبرر في اعتقادنا هذا التمايز.

ج-أنواع أسهم الامتياز

1-أسهم الامتياز في التصويت

بخلاف الأسهم ذات الامتياز في الحقوق المالية كالأفضلية في الأرباح، فإن الامتياز في حقوق التصويت لا يعتبر وسيلة لجلب رؤوس الأموال التي تحتاجها الشركة، بل هو الوسيلة المثلى لتمكين بعض المساهمين من السيطرة على إدارتها، فهو لا يخلق مجرد حالة من عدم المساواة في الشركة، إنما يؤدي إلى التأثير في حياة الشركة ومصير المساهمين فيها.¹

ولئن كانت العديد من التشريعات تمنع إصدار أسهم بحقوق تصويت مزدوجة أو متعددة، فهناك تشريعات أخرى تجيز إصدار أسهم بهذه الصفة ومنها المشعر الجزائري، أو تشريعات تجيز إصدار أسهم بصوت مزدوج دون الأسهم ذات الصوت المتعدد كما هو حال المشعر الفرنسي مثلا.

¹ أكرم ياملكي، "اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 1، السنة 30، مارس 2006.

1-1 / الأسهم ذات الصوت المتعدد Actions à droit vote plural

تمثل الأسهم ذات الصوت المتعدد امتيازاً لفائدة حاملها، ووسيلة لممارسة سلطة التأثير في الجمعيات العامة، دون المخاطرة بأموال متناسبة مع هذا التأثير، كما تضمن استقرار الجماعة المهيمنة على الشركة، وهو الأمر الذي أدى في الفترات الأولى لظهورها، واعتمادها من طرف المشرع الفرنسي* إلى جعل إدارة الشركة شبه وراثية بين الأجيال¹، لاسيما بالنسبة للشركات الكبرى التي سارعت لاعتمادها، ومع ذلك فنجاح ورواج هذه الأسهم لم يكن إلا ظرفياً²، إذ سرعان ما تعرضت لانتقادات الحادة، جعلت المشرع الفرنسي يعدل عن ذلك ويلغي كافة الأسهم ذات الصوت المتعدد الموجودة من قبل، بموجب قانون 13 نوفمبر 1933، جاعلاً من قاعدة التناسب مبدأً من النظام العام.³

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فالأمر على خلاف ذلك، فالمادة 685 ت ج جاءت على إطلاقها، عندما أجازت أن يحدد القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات، كما أن المادة 715 م 44 تكرر هذا التعدد في الأصوات بالنسبة للفئة الواحدة من الأسهم ذات الامتياز في التصويت، وبالتالي فالمشرع الجزائري يجيز إصدار أسهم بصوت متعدد دون قيد، متى كان منصوصاً عليها بنظام الشركة عند تأسيسها.

وعادة ما يلجأ المؤسسون إلى هذه الصورة من الأسهم، حتى يتمكنوا من معارضة رغبات باقي المساهمين في تغيير أعضاء الإدارة ويضمنوا بذلك ثبات الهيئة الإدارية، وهذا ما قد يؤدي إلى الانتقاص من حق باقي المساهمين في الرقابة على جهاز الإدارة، وتغليب أقلية عددية من المساهمين على الأكثرية.⁴

لكنه قد يكون مفيداً من ناحية أخرى، إذا ما أراد المشرع أن يفرض نوعاً من الاعتبار الشخصي في الشركات الكبرى، وذلك بتمكين الوطنيين من المساهمين من أسهم ذات حقوق تصويت متعددة لمواجهة المساهمين الأجانب أو غير المرغوب فيهم، وتكون لهم بذلك الغلبة في الجمعيات العامة.⁵

* من خلال دعم أنظمة الشركات لإصدار هذا النوع من الأسهم لاسيما عبر قانون 1930/04/26.

¹ H Bovieux, « la nouvelle réglementation du droit de vote dans les sociétés par actions », journal des sociétés, 55^{ème} année, Jan 1934, p05.

² [Patrick Ledoux](#), op-cit, p 23

³ G.RIPERT, R.ROBLOT, op-cit, p1133.

⁴ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 705.

⁵ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 214.

فالأسهام ذات الصوت المتعدد هي مصدر هام لممارسة السلطة في الشركة، وتمنح قوة تصويتية غالبية في الجمعية العامة¹، بحيث تضمن وبشكل حاسم احتكار سلطة التحكم في الشركة من طرف المساهمين الحائزين لهذه الأسهم.²

فالأسهام من هذا الصنف إذن تسمح للمساهم من التأثير بقوة في عملية اتخاذ القرارات بالرغم من ضعف مساهمته المالية، ولذلك فإن تداول هذه الأسهم يكون بقيم مختلفة حسب حق التصويت المرتبط بها، كما أن تسعيرها بالبورصة يتم في فئات مختلفة وفقا لنسبة حق التصويت التي تمنحه.³

1-2/ الأسهم ذات الصوت المزدوج actions a droit de vote double

تمثل الأسهم ذات الصوت المزدوج نظاما مغايرا تماما للأسهم ذات الصوت المتعدد، وإن كانت ثنائيا من حيث أنها تمنح أكثر من صوت لحاملها، أي أن كلا الصنفين يمثلان خروجاً على مبدأ التناسب، بأن الأسهم ذات الصوت المزدوج تُمنح وبقوة القانون⁴ أو إذا تم النص عليها بنظام الشركة،⁵ لكل سهم مدفوع القيمة كاملة، والذي كان موضوع تسجيل اسمي وباسم نفس المساهم منذ سنتين على الأقل.

على أن هذه الشروط تمثل الحد الأدنى للتمتع بحق تصويت مزدوج، إذ يجوز النص بأنظمة الشركات على بنود تتضمن شروطاً أكثر جِدّة، كاشتراط مدة أكثر من سنتين،⁶ إلا أن تدخل هيئة سوق الأوراق المالية بفرنسا AMF كان في اتجاه الحد من أن يُؤخذ هذا الحكم على إطلاقه، واشتراط أجل طويل للاستفادة من هذا الامتياز، بما يحرم الكثير منه، لذلك اشترطت أن لا يتجاوز هذا الأجل بالنسبة للشركات المدرجة أسهماً بالبورصة أربعة سنوات.⁷

ولا يوجد بالقانون الجزائري ما يفيد إمكانية الاستفادة المساهم من صوت مزدوج بالصورة التي نظمها المشرع الفرنسي، مع ما لهذه الآلية من مزايا تثبيت المساهمين بالشركة وتشجيع الاستثمار بالقيم المنقولة،

¹ إبراهيم إسماعيل إبراهيم، "الشركات المساهمة قوانين وتشريعات"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة، ص 07.

² [Claude Champaud](#), Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962, p 112

³ Jacques HAMON, art-précité, p 06

⁴ بعض القوانين تفرض الصوت المزدوج بقوة القانون م 117 تجارة لبناني

⁵ المادة 123-225، تجاري فرنسي تجعل من منح السهم حق تصويت مزدوج منوط بإرادة الشركات عبر النص عليه بنظام الشركة.

⁶ G.RIBERT, R.ROBERT, op-cit, p1135.

⁷ Céline KARAM, th précité, p28.

خاصة وأن السهم بصوت مزدوج هو امتياز مؤقت فقط لا يمتد بمدة حياة الشركة، إذ تكف الأسهم عن إعطاء حق تصويت مزدوج متى ما تم تحويلها إلى أسهم لحاملها، أو متى تمت إحالتها للغير،¹ لأن فكرة التصويت المزدوج لم تنشأ ملازمة للسهم بل هي امتياز لفائدة المساهم،² إذا ما توفرت فيه شروط معينة، وهي تنطوي على اعتبار شخصي بالنسبة للمساهم المستفيد من الصوت المزدوج تقديرا لوفائه للشركة.

ولو افترضنا أن مساهما يمتلك عددا من الأسهم منذ أكثر من سنتين-حسب القانون الفرنسي- واستفاد بذلك من حق تصويت مزدوج، ثم اقتنى بعد ذلك عددا من الأسهم إما بالاكتتاب عند زيادة رأس المال أو بشرائها من مساهم آخر، فهل يتعين انتظار مرور أجل سنتين على الأسهم الجديدة حتى تتمتع بحق تصويت مزدوج؟ والجواب طبعاً بالنفي، لأن تطبيق هذا الأجل سيكون فيه مجافاة للمنطق، ومخالفة لدواعي اشتراط هذا الأجل ابتداءً (التأكد من وفاء المساهم للشركة)، وبالتالي فلا يجوز فرض هذا الأجل مجدداً على نفس المساهم لأنه سبق له اجتيازه، أضف إلى ذلك أن هذا الشرط كما سبق ذكره يرتبط بالمساهم وليس بالأسهم، وما اقتناء المساهم لأسهم جديدة في الشركة إلا دليل آخر على ارتباطه بها.

ولهذا فإن تداول هذه الأسهم يكون بنفس قيمة الأسهم العادية،³ لأن امتياز التصويت المزدوج لا يكون إلا في العلاقة بين الشركة والمساهم صاحب الامتياز، وهذا مالا يتحقق في العلاقة بين الشركة وكل شخص آخر من الغير تؤول إليه ملكية تلك الأسهم، باستثناء ما قرره المشرع الفرنسي في ذلك من انتقال تلك أسهم عن طريق الإرث أو عن الهبة بين الأصول والفروع أو الأزواج، بالإضافة إلى انتقال الأسهم في حالات الاندماج والانفصال إذا لم يوجد نص مخالف بنظام الشركة.⁴

2- أسهم ذات أفضلية في الاكتتاب actions a droit de souscription préférentielle

يعرف حق الأفضلية في الاكتتاب بأنه تمتع جميع المساهمين القدامى بحق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة التي تصدرها الشركة عند زيادة رأس مالها وذلك بنسبة ما يملكونه من أسهم⁵، وهذا الحق مقرر للمساهمين القدامى مقابل ما قد يُنتقص من حقوقهم عند زيادة رأس المال⁶، كأن تقعد الأسهم القديمة

¹ G.RIPERT, R.ROBERT, op-cit, p1135, Philippe Merle, op-cit, p309.

² P Ledoux, op-cit, p294.

³ Jacques HAMON, « la répartition des droits de vote, leur exercice et efficacité économique », CEREG, université, Paris- Dauphine, 2001, p08.

⁴ Art L225-124 ccf

⁵ فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص142.

⁶ نادية فضيل، مرجع سابق، ص309.

جزءاً من قيمتها الحقيقية عند إضافة قيمة الأسهم الجديدة مع الأسهم القديمة مضافاً إليها الاحتياطات التي تكونت في فترة سابقة، فتشترك الأسهم الجديدة مع القديمة في تلك الاحتياطات¹، كما يمثل هذا الحق امتيازاً يمنحه المشرع للمساهمين الأوائل في الشركة نظير تحملهم نتائج نشاط الشركة في السنوات الأولى التي عادة ما لا تكون أرباحها معتبرة.²

وقد أقر المشرع الجزائري هذا الحق أسوة بنظيره الفرنسي³ بالمادة 694 ت ج بنصها: " تتضمن الأسهم حق الأفضلية في الاكتتاب في زيادات رأس المال للمساهمين بنسبة قيمة أسهمهم، حق الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم النقدية الصادرة لتحقيق زيادة رأس المال، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن".

ويتبين من هذا النص أن حق الأفضلية في الاكتتاب لا ينشأ إلا عن الزيادات التي تتم عبر الأسهم النقدية فقط، ويحمل هذا النص حكماً عاماً، فهو يشمل كل المساهمين القدامى الذين اكتسبوا أسهماً قبل تحقيق الزيادة في رأس المال، على أن هذا الحق يبقى رهناً للجمعية العامة غير العادية التي لها أن تلغيه إذا ما رأته ضرورة لذلك.

وحق الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم المصدرة يهدف للمحافظة على نفس مستوى التأثير الذي يمارسه المساهمون المستفيدون من هذا الحق في الجمعية العامة⁴، ولهذا فأسهم الأفضلية في الاكتتاب هي تكريس لسلطة التحكم في الشركة بالنسبة لأصحابها الموسومون عادة بأنهم دائمون أو قدامى بالمقارنة بالمساهمين الجدد أصحاب الأسهم العادية⁵، فهذا الامتياز يمثل آلية فعالة للدفاع ضد الأخطار التي قد تحملها الدعوات العلنية للدخار mesures de défense anti OPA عبر التخفيف من حدة تلك التدفقات المالية التي قد يكون من بينهما منافسون للشركة أو غرباء لا يراد لهم التفرّد بالسيطرة على الشركة، وهذا طبعا في الحالات التي يكون فيها المساهم في أقصى حالات نية المشاركة لديه، ولا يرغب في مغادرتها وهو مستعد لتمويلها من جديد بالاكتتاب بالأسهم الجديدة، والدخول في استثمار متوسط أو طويل الأجل.

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، 998.

² نفسه، ص 998.

³ Art. L225-132, ccf

⁴ Joseph-Antoine, Marie-Claire, titre et bourse- valeurs Mobilières -, T1, 2 éd, 1997, LARCIER, p 65.

⁵ SOMSAK NAWTRAT, th-précité, p14

وإلا فامتياز الأفضلية في الاكتتاب ليس مفروضا على المساهم، بل هو خيار يمكن تفعيله بالمبادرة في الاكتتاب أو التنازل عنه لأنه حق خاص بالمساهم.¹

ويستفيد من حق الأفضلية في الاكتتاب كذلك حاملو شهادات الاستثمار²، وكذا حاملو شهادات الحق في الاكتتاب في سندات الاستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم.³

3- أسهم امتياز في حقوق سياسية أخرى

لم يتضمن القانون التجاري الجزائري في تصنيفه لأسهم الامتياز مثل هذا النوع من الأسهم، وهي في الحقيقة ليس نوعا محددًا من الأسهم بل هي مجموعة امتيازات متنوعة، يمكن أن تلحق ببعض الأسهم، ما يعني مبدئيًا أن مصدر إقرارها ليست النصوص القانونية، بل هي إرادة الشركاء التي تظهر من خلال بنود في نظام الشركة.

ويتعلق الأمر حسبما يرى البعض بأسهم تمنح امتيازًا خاصًا لحاملها في الحصول على معلومات مدعمة⁴، أو الأسهم التي تسمح بالتمثيل بمجلس الإدارة، ويتحقق هذا الفرض بأن تتضمن أنظمة الشركات بنودًا تنص على أن يكون بمجلس الإدارة شخص أو أكثر ممثلين لهذا الصنف من الأسهم⁵، على أن مثل هذه البنود تبقى محل نظر، اعتبارًا لسيادة الجمعية العامة في انتخاب أعضاء مجلس الإدارة أو عزلهم بكل حرية، كما قد تتضمن الأفضلية منح أعضاء مجلس الإدارة حق النقض *Droit de véto* فيما يخص اتخاذ كل أو بعض القرارات الصادرة عن المجلس، وهذا الفرض قد يتحقق بشكل آخر عندما يتم اعتماد مبدأ الإجماع في اتخاذ القرارات بمجلس الإدارة.⁶

¹ المادتين 695-696 ت ج.

² المادة 715 مكرر 70.

³ المادة 715 مكرر 117.

⁴ Patrick Prud'homme, « les actions de préférence d'une société coopérative anonyme », revue internationale de l'économie sociale n°327, p109.

⁵ Jacques Graas, « les actions de préférence en droit Luxembourgeois », thèse université Paris II, 2007, p 55

⁶ Ibid., p 57

ويرى البعض جواز أن يتم اعتماد بنود بنظام الشركة، تُعلّق سلطة الجمعية العامة غير العادية في تعديل أحكام النظام، على موافقة المساهمين الحائزين لأسهم الأفضلية، أو أن تُمنح لهم امتيازات خاصة بالجمعية العامة.¹

ثانياً: أسهم مفرغة من السلطة

يجب التويه ابتداءً، أن الأسهم المحرومة من حق التصويت هي أسهم بالمعنى التام للكلمة، وتمنح حاملها كافة الحقوق المرتبطة بها ما عدا حق التصويت، وهنا يتعين التذكير أن حق التصويت وإن كان رأس الحقوق السياسية في الشركة إلا أنه لا يمثل كل الحقوق، فالمشاركة بالجمعية العامة والحق في الإعلام ومناقشة مجلس الإدارة تبقى متاحة للمساهم ولو لم يكن بإمكانه التصويت، وتتمثل أصناف هذه الأسهم في الأسهم ذات أفضلية في الأرباح دون حق تصويت (أ) والأسهم لحاملها (ب).

أ / أسهم الأفضلية في الأرباح دون حق التصويت

يتميز الاقتصاد الحديث بالتعقيد والصراع من أجل السيطرة على مصادر التمويل واستقطاب رؤوس الأموال، وهذا طبعا ما يفرض إيجاد آليات تفضيلية تمتد آثارها على مستويين، من جهة جذب الأموال اللازمة لقيام المشاريع الكبرى، ومن جهة أخرى المحافظة على تحكّم الجهة صاحبة الاستثمار في إدارة وتسيير المشروع.

وفي إطار التنظيم الذي تتيح التشريعات عادة لأنظمة الشركات كيفية ضبطه وفقا لمتطلبات الشركة وتماشيا مع السياسة المنتهجة في تسييرها، فقد استحدثت بعض التشريعات شكلا آخر للأسهم، هي أسهم ذات الأفضلية في الأرباح دون حق تصويت، وكما يظهر من تسميتها فهذه الأسهم لا تمنح حاملها كافة الحقوق التي يفترض أن يتمتع بها المساهم وتحديدًا حق التصويت، رأس الحقوق السياسية في الشركة، والذي يقبل المكتتب أن يتنازل عنه (مبدئيا) لقاء أفضلية في وقت اقتناء الأرباح ونسبتها، ولذلك أطلق عليها البعض تسمية Quasi-Action.²

وهذا الامتياز في الأرباح دون حق التصويت هو في الحقيقة النقاء لإرادتين تعبران عن تنوع رغبات المساهمين على اختلاف مراكزهم، فهي من جهة تحقق رغبة مالكي الشركات العائلية خاصة، والذين يرغبون في استقطاب الأموال لتوسيع المشاريع دون الاستعداد للتفريط في سلطة اتخاذ القرار في

¹ M. M. Maeijer, Koen Geens, Defensive Measures Against Hostile Takeovers in the Common Market: With an introduction in french, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p 35

² Paul Jacques Lehman, Patric M, droit des affaires, T2, MAXIMA, 1995, p208.

الشركة، ومن جهة أخرى هي رغبة العديد من المساهمين الذين لا يهتمهم شأن الإدارة والتسيير بقدر ما تجذبهم الأرباح التفضيلية،¹ إذن فهذه الأسهم تشكل وسيلة فعالة لزيادة رأس المال مع ضمان الاحتفاظ بالسلطة عبر استقرار الأغلبية المشكلة عادة للجهاز الإداري للشركة،² أو كما سماها البعض برأس المال الصامت³ Capital Muet، وهذا ما يجعل من أسهم الأفضلية في الأرباح دون حق التصويت أحد آليات الحد من مبدأ التناسب الأكثر رواجاً والأكثر شيوعاً في واقع الشركات.⁴

وقد أدرج المشرع الفرنسي هذه الأسهم بموجب القانون 741/78 بتاريخ 15 جويلية 1978، وقد اعتبر الفقه الفرنسي حاملي هذه الأسهم أقرب إلى أصحاب السندات منهم كمساهمين، لأنهم يستفيدون من عائد مضمون نوعاً ما بالمقارنة مع باقي المساهمين، ولكن لا يشاركون في ممارسة السلطة في الشركة.⁵ كما أثار إصدار هذا النوع من الأسهم بعض الإشكالات التي تداولها الفقه، تتعلق أساساً بمدى اعتبار حامل سهم الأفضلية في الأرباح دون تصويت كمساهم في الشركة،⁶ والحقيقة أن من طرح هذا التساؤل انطلق من عنصر الحق في التصويت وليس من تقديم حصة في رأس مال الشركة، وعلى هذا الأساس، فاعتبار حق التصويت عنصر أساسي وحاسم في منح صفة المساهم للشخص، فهذا يجعل حامل سهم الأفضلية في الأرباح دون حق تصويت (مبدئياً) ليس مساهماً،⁷ وهذه النتيجة تبدو بعيدة عن الحقيقة، ولا يمكن التسليم بها بأي حال، وهي تصطدم بحقيقة أخرى أقوى، وهي أن القانون نفسه يقر بصفة السهم لهذا النوع من السندات ويمنح حامله الحق في ممارسة كل الحقوق المرتبطة به ما عدا حق التصويت⁸، فمهما يكن تبقى القيمة الاسمية لرأس مال الشركة هي حاصل جمع القيم الاسمية لكل من الأسهم العادية والأسهم ذات الأفضلية في الأرباح دون حق تصويت، ويُعتد بهذه القيمة في احتساب

¹ Philippe Merle, op-cit, p291, G.RIPERT, R.ROBERT, op-cit, p1131

² Joseph Antoine, Marie Claire C, titre et bourse, valeurs mobilières, T1, 2ed, LARCIER, 1997, p39.

³ Philippe Merle, op-cit, p292.

⁴ Absence de proportionnalité entre propriété et contrôle : vue d'ensemble et question à débattre, rapport publié par le groupe de direction sur le gouvernement d'entreprise, dec 2007, p16.

⁵ G.RIPERT, R.ROBLLOT, op-cit, p1131.

⁶ Renée KADOUCHE, th-précité, p455

⁷ François XAVIER LUCAS, le transfert temporaire des Valeurs Mobilière : pour une fiducie de valeurs mobilières, LGPJ, 1997, p150 et S

⁸ Renée KADOUCHE, th-précité, p456.

الأرباح والخسائر، وفي وصف الأرباح بأنها حقيقية أم صورية، لأن الأسهم الممتازة شأنها شأن الأسهم العادية، جزء من رأس المال.¹

ويمكن القول أن هذه الأسهم تنطوي على فصل شبه تام بين رأس المال والسلطة التي يفترض أن تقابلها في الشركة، والحقيقة أن هذه الأسهم وإن كانت تمثل خروجاً على مبدأ التناسب بين الأسهم وحقوق التصويت، إلا أنها لا تُخل بمبدأ المساواة بين المساهمين طالما أن التفاوت ينشأ عن تنوع الأسهم وليس لشخص المساهمين،² وأن هذه الميزة تلحق الأسهم من نفس النوع، وللمساهمين أن يختار إما الاكتتاب بها أو الاكتتاب بالأسهم العادية، ففي النهاية تبقى هذه الأسهم شأنها شأن الأسهم العادية في الشركة، وحاملها يعتبر مساهماً ولو حُرِم من حق التصويت باختياره وضمن شروط قانونية صارمة يستعيد المساهم في حالة الإخلال بها حقه في التصويت كاملاً، فهو صاحب مساهمة مالية في الشركة، تطبعها نية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر، وبالتالي فهذا الحق لم يُلغى تماماً، وإنما فقط تم إيقاف ممارسته³، إذ تبقى هذه الأسهم تشكل جزءاً من رأس مال الشركة، ويبقى حاملها مساهماً، غاية ما في الأمر أنه قايض حقه في التصويت مقابل أرباحٍ يقتضيها بالأولوية عن غيره من المساهمين، وفي تفسير هذه الوضعية يرى البعض أن عقد الاكتتاب في أسهم الأفضلية دون حق تصويت يرتب التزامين متقابلين، التزام المكتتب بعدم ممارسة حق التصويت المرتبط بالأسهم المكتتب بها، والتزام الشركة بدفع الأرباح بالأولوية عن باقي المساهمين.⁴

وفي كل الأحوال فإن حامل سهم الأفضلية في الأرباح دون حق التصويت ليس محروماً من ممارسة السلطة في الشركة بشكل مطلق، فهذه الوضعية هي وضعية استثنائية ويجب أن تحترم فيها النصوص المنظمة، وكل إخلال بهذه النصوص من شأنه أن يعيدنا إلى الوضعية الأصلية، وهي استعادة المساهم حقه في التصويت بالجمعية العامة، ولهذا فقد نص المشرع الفرنسي على أنه إذا لم يتم دفع الأرباح المستحقة لثلاث سنوات متتالية، يستعيد حاملو أسهم الأفضلية في الأرباح دون حق التصويت، حقهم في التصويت كاملاً بالتناسب مع ما تمثله تلك الأسهم في رأس المال، ويبقى حق التصويت قائماً

¹ محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال، معهد الإدارة العامة، الرياض، 2002، ص 231.

² سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 704.

³ A. Couret, J. DEVEZE et G. HIRIGOYEN, Lamy Droit du financement, op. cit., n° 490. Cité par Renée Kadouch, th- préc, p 457

⁴ Renée Kadouch, th- préc, p 457

إلى غاية انتهاء السنة المالية التي يتم فيها توزيع الأرباح بما فيها الأرباح المستحقة عن السنوات السابقة.¹

فضلا عن ذلك، يتمتع حاملو أسهم الأفضلية في الأرباح دون حق تصويت بحقهم في الإعلام وحق اللجوء للقضاء للدفاع عن مصالحهم،² وهذا ما يشكل أحد أشكال ممارسة السلطة في الشركة خارج إطار حق التصويت.

للإشارة فالمشروع الجزائري لا يعتمد مثل هذا النوع من الأسهم ضمن طوائف الأسهم التي نص عليها، رغم أنه نص على نوع آخر من الأسهم يقترب كثيرا من هذا النوع، وهي شهادات الاستثمار التي تمنح حاملها كل الحقوق المالية³، بينما يمارس حق التصويت المقابل لها بموجب سند آخر هو شهادة الحق في التصويت.⁴

وعلى كل، يبقى التقدير العام للأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت، أنها سلاح ذو حدين، فهي وإن كانت تمثل عامل جذب للمستثمرين الذين يرغبون في توظيف أموالهم لتحقيق مكاسب مالية دون الاهتمام بأمور الشركة أو الاستثمار في أصولها، إلا أنها بالمقابل لا تخلو من بعض المخاطر إذا ما تعمدت الأغلبية المسيطرة ومجلس الإدارة إصدار مثل هذه الأسهم بهدف استبعاد باقي المساهمين من ممارسة سلطتهم عبر المشاركة في عملية اتخاذ القرار.

ب- الأسهم لحاملها actions au porteur

لطالما ارتبط مفهوم الأسهم لحاملها بتلك الأسهم الممثلة بسندات لا تحمل أي اسم، والتي تعود ملكيتها بالنتيجة لذلك لمن يحوزها ماديا،⁵ وهي بذلك تقابل الأسهم الاسمية التي تتضمن تعريفا وافيا لملكها أمام باقي المساهمين والشركة والغير.

لكن الأمر قد تغير جذريا على الأقل بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي ألغى الوجود المادي للأسهم، وألزم أن تُمثل الأسهم بمجرد قيد في الحساب،⁶ تمسكه إما الشركة المصدرة أو الوسيط المؤهل، وقد سلك

¹ Art. L228-35-5.C.C.F

² Philippe Marle, op-cit, p293.

³ المادة 715 مكرر 62

⁴ المادة 715 مكرر 63

⁵ Couty, « de la nature des actions dans les sociétés », thèse, faculté de droit, Paris, 1900, p154.

⁶ Art 94-2 loi de finance n°81/1160 de 30 décembre 1981.

المشروع الجزائري نفس التوجه لكن بشكل جزئي، عندما وضع الخيار أمام الشركات لإصدار الأسهم بالشكل المادي المعهود، أو قيدها في حساب (م715م37)، وبالتالي ففكرة الحيابة المادية للأسهم لحاملها لم تعد مطروحة تماما بالنسبة للمشروع الفرنسي¹، بينما تبقى قائمة مبدئيا بالنسبة للمشروع الجزائري الذي مازال يأخذ بالوجود المادي للأسهم في شكل سند ورقي إلى جانب القيد في الحساب، وهذا ما جعل حسب جانب من الفقه الفرنسي، من اعتبار الأسهم المقيدة في حساب، من قبيل المنقولات المادية محل نظر.²

كما أن القيد في الحساب يُخرج الأسهم لحاملها من دائرة الحكم الذي نصت عليه المادة 835 مدني جزائري بأن الحيابة في المنقول سند للملكية، حتى أن هناك من يرى أن تسمية السهم لحامله لم تعد مُعبّرة، وأنه يتعين الحديث من الآن فصاعدا عن السهم المُغفَل le titre anonyme وليس عن السهم لحامله.³

ونظرا لما تحقّقه الأسهم لحاملها،⁴ من مزايا مقارنة بالأسهم الاسمية لاسيما سهولة التداول بالأسواق المالية وانخفاض تكاليف التداول،⁵ إلا أنها تفتح من جانب آخر مجالا للغموض وعدم معرفة مالكي الأسهم بالشركة، وهذا ما قد يشكل جزءا من السلطة يُجهل أصحابها بين المساهمين والغير، ولهذا أتاح المشروع للشركة أن تُضمّن قانونها الأساسي نصا يسمح لها بطلب تعريف الحائزين على أسهم أو سندات تمنح على الفور أو لأجل الحق في التصويت في جمعيات مساهمها، وكذا عدد السندات التي يمتلكها كل واحد (م715 مكرر36)، على أن يتولى المؤتمن المركزي جمع وتوفير هذه المعلومات للشركات التي تطلبها،⁶ وهذا ما يطلق عليه اسم السند لحامله القابل للتعريف titre au porteur identifiable⁷، على أن أمر تعريف حامل السهم لحامله يبقى حكرا على الشركة المصدرة وعلى إدارة

¹ Marie Anne FRISON, R. Michel Jockey, « pourquoi existe-t-il encore des titres au porteur ? », la semaine juridique JCP, éd. E, n°12, p173.

² G.RIPET, R.ROBLOT, op-cit, p1109.

³ Philip Merle, op-cit, p265.

⁴ مع الإشارة أن قانون المالية الفرنسي الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1981 ألزم تحويل كل الأسهم لحاملها إلى أسهم اسمية واستثنى من ذلك أسهم الشركات المسجلة بالأسواق المالية، بينما المشروع الجزائري اكتفى بنص م715 مكرر 37 بترك الخيار بين الأسهم الاسمية أو لحاملها.

⁵ BULLETIN COSOB, « le depositaire central des titres », n° spécial, n°04, Juillet 2003, p05 et s

⁶ المادة 33 نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 01/03 مؤرخ في 18 مارس 2003 يتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات، ج، عدد 73، 30 نوفمبر 2003.

⁷ BULLETIN COSOB, « le depositaire central des titres », n° spécial, n°04, Juillet 2003, p05 et s

الضرائب أو القضاء،¹ وبالتالي فالجهل التام بهوية أصحاب الأسهم لحاملها يبقى أمرا نسبيا نوعا ما²، لأن إمكانية التعريف تخص فقط الأسهم المقيدة في الحساب، بينما تبقى الأسهم لحاملها التي لم تكن محل قيد في الحساب، أي التي مازالت في الشكل التقليدي الذي يعتمد الدعامة المادية لوجود وإثبات السهم وممارسة الحقوق المرتبطة به، توفر إخفاءً تاماً لهوية مالكيها أو حائزها Anonymat des porteurs وهذا ما يدعونا إلى عرض بعض النقاط التي تخص هذا النوع من الأسهم من منظور المشرع الجزائري:

أولاً، لا يخفى على أحد الأثر العكسي للأسهم لحاملها على ممارسة السلطة في الشركة، سواء من حيث عدم معرفة المساهمين بالشركة إن كانوا من الوطنيين أو الأجانب³، أو من حيث إمكانية تجميع الأسهم بكل الطرق للحصول على أغلبية وهمية لفائدة أحد المساهمين تسمح له بالاستئثار بسلطة اتخاذ القرار بالشركة، إضافة لحصول منافسي الشركة على أسهم لحاملها قبيل انعقاد الجمعية العمومية، وتحقيق أغلبية لاتخاذ قرارات تخدم مصلحتهم.⁴

ومع ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يُحِط الأسهم لحاملها بما يجب من الأحكام مثل التي تضمنتها التشريعات المقارنة، وهو ينزلها منزلة الأسهم الاسمية في كل الأحكام باستثناء ما قد يرتبط بطبيعة السهم ذاته، كاشتراط المشرع أن يكون السهم النقدي اسماً إلى أن يدفع كاملاً.⁵

إذن وفي غياب أحكام خاصة بالأسهم لحاملها في القانون الجزائري، فالأصل أن تسري عليها القواعد العامة التي تحكم الأسهم بشكل عام، وهي حق الحامل في حضور الجمعيات العامة ومناقشة مجلس الإدارة والتصويت وحق الإعلام... الخ.

¹ Marie-Anne FRISON.R, Michel J.art précité, p173.

² ISABELLE Charlier, et al, « référence du régime des actions au porteur », ACE comptabilité, Fisc, audit, 2014/10, p24.

³ ابو زيد رضوان, مرجع سابق, ص116.

⁴ إلياس ناصيف, موسوعة الشركات التجارية, الأسهم, جزء8, منشورات الحلبي الحقوقية, 2004, ص63.

⁵ المادة 715 مكرر 52 ت ج.

فالمشروع الجزائري يجيز إصدار أسهم لحاملها أو أسهم اسمية حسب رغبة الشركة،¹ وهو بخلاف بعض التشريعات² كذلك، يجيز للمساهم طلب تحويل أسهمه الاسمية إلى أسهم لحاملها أو العكس³، كما لم يحدد نسبة إصدار الأسهم لحاملها من بين مجموع أسهم الشركة، في حين حددها المشروع المصري مثلا بـ25% من مجموع الأسهم⁴، ولم يبين المشروع الجزائري كذلك مدى تمتع حامل السهم لحامله بحق التصويت أم لا؟ وهو ما يتعين معه الرجوع للأصل، وتمكين المساهم من كل الحقوق لاسيما حق التصويت ولا يحرم من هذا الحق إلا بموجب نص في القانون، وهذا ما يحمل الكثير من المخاطر والسلبيات التي سبق ذكرها، خاصة بالنسبة للأسهم التي لم تكن محل قيد في الحساب، وهذا ما أدى بالعديد من التشريعات المقارنة إلى حظر إصدار هذا النوع من الأسهم تماما،⁵ تقاديا لكل ما قد ينجم عنها من تقلبات في ممارسة السلطة في الشركة، أما التشريعات التي أجازت إصدارها كالمشروع المصري مثلا فهو يحرم حامل الأسهم لحاملها من حق التصويت⁶، في انفصال مطلق بين السلطة ورأس المال.

الفرع الثاني: المنع القانوني من التصويت

بخلاف الحالات التي تتولى فيها أنظمة الشركات عند تأسيسها أو بقرارات من الجمعية غير العادية إنشاء أصناف من الأسهم لا تعطي الحق لحاملها في التصويت كشهادات الاستثمار أو أسهم أفضلية في الأرباح دون حق تصويت (هذه الأخيرة غير موجودة في القانون الجزائري)، فإن المشروع قد تولى بدوره تقرير حرمان المساهم من حق التصويت في العديد من الحالات، واعتبارا للطابع الجوهري والأساسي لحق التصويت، فهذا المنع القانوني يبرره إما الطابع العقابي (أولا) أو الاحترازي (ثانيا).

أولا: المنع من التصويت كجزاء

رغم الطابع الجوهري لحق التصويت وارتباط أحكامه بالنظام العام، إلا أن المشروع ولاعتبارات النظام العام كذلك، قد حرم المساهم من حقه في التصويت كإجراء عقابي على مخالفته للالتزام

¹ المادة 715 مكرر 34 ت ج.

² المادة 2/12 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري لسنة 1981

³ المادة 715 مكرر 35 ت ج.

⁴ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 218.

⁵ أكرم ياملكي، "اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 1، 30 مارس 2003، ص 231-230.

⁶ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 700

بالتصريح للجهات المعنية بتجاوزه حدود المساهمة المحددة قانوناً (أ)، كما أن توجس المشرع من الآثار السلبية للمساهمات المتقابلة حملته على إلغاء حق التصويت لأسهم التحكم الذاتي الناشئة عنها (ب)، ولضمان أداء المساهمين لالتزاماتهم تجاه الشركة لا سيما دفع ما عليهم من أقساط الأسهم المكتتب بها وفي الآجال المحددة، فقد قرر المشرع إلغاء حق التصويت بالنسبة للمساهم عن الأسهم غير المسددة كلية (ج).

أ / إلغاء حق التصويت لعدم الالتزام بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة

¹ Non déclaration du Franchissement de seuil

إذا كان الأصل أن يمتلك المساهم ما يشاء من أسهم الشركة، في حدود احترام مبدأ التعدد المفروض بشركات المساهمة (سبعة مساهمين فأكثر)، فإن الاستثناء يظهر من خلال إلزام المشرع لكل مساهم في الشركات المسعرة أسهمها بالبورصة، أن يصرح للجهات المعنية بكل نسبة من الأسهم يمتلكها، تتجاوز النسب التي حددها المشرع على التفصيل الذي تضمنته النصوص التالية:

"يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي، يتصرف بمفرده أو مع غيره وامتلاك عددا من الأسهم أو حقوق التصويت، يمثل أكثر من الجزء العشرين أو العشر أو الخمس أو الثلث أو النصف أو الثلثين من رأسمال الشركة أو حقوق التصويت، تكون أسهما متداولة في البورصة، أن يصرح بالعدد الإجمالي للأسهم أو حقوق التصويت التي يمتلكها، للشركة وللجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وشركة تسيير بورصة القيم المنقولة، في أجل أقصاه خمسة (15) عشر يوما ابتداءً من تاريخ تجاوز الحد الأدنى للمساهمة.

كما يتم القيام بنفس التصريح في نفس الأجل وإلى نفس الهيئات، عندما تصبح المساهمة في رأسمال الشركة، أو عدد حقوق التصويت دون مستوى الحدود المنصوص عليها سابقاً.²

¹ Voir : HUBERT segain, « les franchissement de seuils évolutions récentes », colloque «actualité boursière », RTDF, n°2, Avril 2008, p-p 7-11.

² المادة 65 مكرر من القانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر، عدد 11، لسنة 19 فبراير 2003، تقابلها المادة L233-7 تجاري فرنسي

ومن أجل تحديد مستويات المساهمة المذكورة سابقا تعتبر أسهما أو حقوقا للتصويت التي يتعين التصريح بها: الأسهم أو حقوق التصويت التي يمتلكها أشخاص آخرون أو شركات لحساب هذا الشخص، أو التي يمتلكها الغير الذي يتصرف معه¹.

وقد عرف المشرع الجزائري التصرف بمعية الغير بأنه: اتفاق مبرم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين قصد امتلاك حقوق التصويت أو بيعها من أجل تنفيذ سياسة مشتركة اتجاه الشركة، ويفترض وجود مثل هذا الاتفاق بين الشركة وممثليها الشرعيين، أو بين الشركة والشركات التي تراقبها أو بين شركات يراقبها نفس الشخص².

وقبل الحديث عن الجزاء المرتبط بهذه الأحكام، فقد ألزم المشرع المساهم الذي تجاوز حدود المساهمة، أن يصرح عن النوايا فيما إذا كان ينوي الاستحواذ على رقابة الشركة أو التمثيل في مجلس الإدارة أو متابعة عملية اكتساب أسهم أو حقوق تصويت أخرى³.

والأهم بعد استعراض هذه الأحكام المتعلقة بالالتزام بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة، هو الأثر القانوني المترتب على مخالفة هذا الالتزام، والمتمثل في حرمان الأسهم المملوكة بتجاوز حدود المساهمة دون التصريح بذلك من حق التصويت في كل جمعية للمساهمين يمكن أن تعقد في الأعوام الثلاثة الموالية لتاريخ التسوية التي يقوم بها الشخص المعني⁴، وهذا ما يمثل تعطيلا قانونيا لجزء من السلطة في الشركة كجزاء لمخالفة أحكام التصريح بتجاوز حدود المساهمة.

فالأمر كما يرى البعض يتعلق بالالتزام صارم، لا يمكن معه حتى للقضاء أن يرخص بأي استثناء سبق لهيئة سوق الأوراق المالية رفضه⁵، فأأي حكم يصدر عن القضاء في هذه الحالة هو حكم تقريبي، لا يملك فيه القاضي سوى إثبات معاينة حالة قائمة أو واقعة موجودة⁶.

¹ المادة 65 م 1 من القانون رقم 04/03 سالف الذكر.

² المادة 65 مكرر 2 من القانون 04/03

³ المادة 3 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 03/03 المؤرخ في 18/03/2003 المتعلق بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أهمها في البورصة ج ر، عدد 73، بتاريخ 2003/11/30.

⁴ المادة 65 مكرر 3 من القانون 04/03 السابق الذكر، تقابلها المادة 14-233 تجاري فرنسي.

⁵ Charles Goyet, « franchissement des seuils du tiers et la moitié du capital ou des droits de vote d'une société », RTD.Com, 2000, p401.

⁶ Renée KADOUCHE, op-cit, p468.

ورغبة في توسيع دائرة الرقابة على عمليات تجاوز حدود المساهمة فقد أقرت المحكمة التجارية لنانتير Nanterre¹ لمكتب الجمعية العامة سلطة وواجب سلب حقوق التصويت من الأسهم المعنية، إذا ما قدر أن هناك تجاوزا لحدود المساهمة،² وهو الحكم الذي لم يلقى موافقة محكمة النقض الفرنسية، التي خالفت هذا التوجه حينما قضت في حكم حديث لها بعدم اختصاص مكتب الجمعية العامة في توقيع عقوبة المنع من التصويت في حالة غياب التصريح لتجاوز حدود المساهمة³.

فضلا عن ذلك فقد رصد المشرع الفرنسي جزاءً جنائيا، بتوقيع غرامة عن كل الأشخاص أو ممثلي الشخص المعنوي الذين امتنعوا عن التصريح بتجاوز المساهمة⁴.

ويظهر جليا أن المشرع قد آثر الطابع العقابي لهذا المنع⁵، لأن المساهم المرتكب لهذه المخالفة قد سعى إلى امتلاك السلطة في الشركة دون مراعاة لقواعد الشفافية، وهذا ما يجعل من حرمانه من صلاحيات الإدارة أفضل وسيلة لمواجهة هذا السلوك⁶.

على أنه لا يجب إطلاقا إغفال نقطة هامة، وهي الطابع الأساسي والجوهري لحق التصويت، وهو مبدأ راسخ حتى ولو نص القانون على سلبه كجزاء، فلا يجب التوسع في ذلك⁷ أو القياس عليه، وهذا ما عالجته محكمة استئناف فرساي في القضية التي تجاوز فيها أحد المساهمين حدود 05% المحددة قانونا دون أن يصرح بذلك، وبعد مدة وجيزة انخفضت مساهمته من جديد دون نسبة 05% ولم يصرح كذلك، ثم توالى اقتناء ذلك المساهم للأسهم بحيث تجاوز حدود 05% ثم 10% ثم تجاوز 20%، لكنه كان في كل مرة يصرح بذلك، لكن الشركة اعتبرت أن كل الأسهم فوق نسبة 05% تعتبر محرومة من حق التصويت تأسيسا على عدم التصريح عند التجاوز الأول لحدود المساهمة، وقد رفض القضاة هذا السبب، حيث اعتبروا أن انخفاض المساهمة دون 05% قد أزال أثر التجاوز الذي سبقه، وأن عمليات تجاوز

¹ Trib com NANTERRE, 01 Juin 2007, D 2007AJ, p1737, Nicolas Rontchevsky

² Nicolas Rontchevsky, « les pouvoirs du bureau de l'assemblée générale des actionnaires en matière de privation de droit de vote », RTD.com 2008, p595.

³ Cass com 10 fev 2015, n°13-14778, Bull Joly bourse, n°05, mai 2015, p 234, note y paclot

⁴ Bernard Bouloc, « nature de la sanction de la privation du droit de vote pour non-déclaration d'un franchissement de seuil », revue des sociétés, 1997, p145.

⁵ M. GERMAIN, « la déclaration de franchissement de seuil », RD bancaire et bourse, 1990, p20.

⁶ Ducouloux-Favard, « les mesures en matières boursière », petite affiches, Juin 1992, p1

⁷ Renée KADOUCHE, op-cit, p 467.

حدود المساهمة التي حصلت بعد ذلك احترمت فيها أحكام التصريح، وبالتالي فلا مجال لحرمان المساهم من حقه في التصويت.¹

تجدر الإشارة إلى أن المشرع يلحق جزاء المنع من التصويت بالسهم ذاته وليس بالمساهم، وهذا ما يظهر بوضوح من نص المادة التي تستهدف صراحة الحقوق التي ينتجها السهم وليس حامل السهم، وطبعا هذا الحكم يفرز بعض الآثار المهمة، فأولا المساهم المتخلف عن التصريح يتجاوز سقف المساهمة لا يمكنه تفويض غيره في التصويت بتلك الأسهم، في حين يمكنه هو التصويت كوكيل عن غيره من المساهمين²، كما أنه بإمكانه القفز على العقوبة عبر بيع تلك الأسهم للغير واستردادها من جديد، وهذا ما يستفاد من حكم محكمة فرساي السابق ذكره.

وقد أتحت الفرصة للمجلس الدستوري الفرنسي ليفصل في الموضوع، وذلك بعد إخطاره من محكمة النقض على خلفية الطعن بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة 14-233 L من القانون التجاري الذي أثارته شركة MADAG، معللا قراره بمطابقة هذه المادة للدستور، بأن الأمر لا يتعلق بالمساس بالحريات والحقوق، بل هي مجرد إجراءات يترتب على مخالفتها وقف بعض الحقوق إلى غاية تصحيحها.³

ب-إلغاء حق التصويت لأسهم التحكم الذاتي Actions d'auto contrôle

تشكل أسهم التحكم الذاتي إحدى التطبيقات العملية لما يعرف بالمساهمات المتقابلة Participations réciproques⁴ وعرفها البعض بأنها: " امتلاك الشركة لسلطة التحكم في نفسها بواسطة شركة أو عدة شركات أخرى تتحكم فيها الشركة الأولى بشكل مباشر أو غير مباشر تحكما قانونيا أو واقعا "،⁵ فأساس هذه التقنية يقوم على تبادل المساهمة في رأس المال بين شركتين أو أكثر، كأن تمتلك مثلا شركة أ نسبة 05% من أسهم الشركة ب، هذه الأخيرة تملك بدورها 15% من أسهم الشركة أ ، فيكون لإحدى الشركتين أن تتخذ قرارا يخصها من خلال تصويتها بالجمعية العامة للشركة الأخرى التي تمتلك فيها نسبة من أسهمها، فتستعمل مثلا الشركة أ 05% من رأسمالها لتصوت به باسم

¹ C.A, Versailles, 09 Avril 1992, Bull, Joly, 1992, p631, note p le Cannu

² Renée KADOUCHE, p469.

³ Décision n°2013-369 QPC, du 28 Février 2014, JORF du 02 Mars 2014, p4119, texte, n°44.

⁴ Somsack NAWATRA, th- précité, p126.

⁵ Philippe Merle, op-cit, p 718 -719.

الشركة ب بنسبة 15%، ولهذا فالمساوي التي تتجم عن هذه العملية عديدة، أهمها أنها تجعل جزءا من رأس مال الشركة سوريا، فضلا عن أنها تؤدي إلى استقرار شبه دائم للجهاز الإداري.¹

وقد نظم المشرع الفرنسي هذه العملية بموجب القانون رقم 705/85 بتاريخ 12 جويلية 1985، وكذا قانون 2 أوت 1989، وأحاطها بأحكام صارمة لتقادي الإشكالات التي تتجم عن هذه الوضعيات لاسيما عند ممارسة حق التصويت وذلك بالمواد L223-29²، L223-30³، L223-31⁴، والتي اقتبس منها المشرع الجزائري ما ورد بالمادة 730 والتي نصها " لا يمكن شركة مساهمة أن تملك أسهما في شركة أخرى إذا كانت هذه الأخيرة تملك مباشرة جزءا من رأسمالها يزيد عن 10% "، ولا ندري في الحقيقة من أي وجه نقارن بين التشريعين، على أساس أن نص المادة 730 جاء مبتورا ومعزولا في نفس الوقت، فهذا النص مبتور لأنه يضع القاعدة العامة فقط، وهي عدم جواز امتلاك شركة أسهما في شركة أخرى إذا كانت هذه الأخيرة تمتلك أكثر من 10% من رأسمالها، ويهمل باقي الفروض التي يمكن أن تحصل، والتي احتاط لها المشرع الفرنسي وفصل أحكامها بدقة بموجب المواد السالف ذكرها، وذلك بأن أتاح للشركات المعنية بالمساهمات المتقابلة إما الاتفاق فيما بينها على تسوية الوضعية، وفي غياب ذلك تلتزم الشركة التي تمتلك الحصة الأقل بالتنازل عن حصتها تلك في الشركة الأخرى، وإذا كانت المساهمات المتقابلة بنفس الأهمية، تلتزم الشركتين معا بتخفيض قيمة مساهمتهما إلى حد لا يتجاوز 10% من رأس

¹ Ibid, p 719, n°661.

² **L233-29** « une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction se son capital supérieure à 10%. A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10% du capital de l'autre. Lorsqu'une est tenue d'aliéner les actions d'une autre société, l'aliénation est effectuée dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. La société ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions ».

³ **L233-30** « Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10%, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière. Si elle vient à en posséder, elle doit les aliéner dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat et elle ne peut, de leur chef, exercer de droit de vote. Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses actions une société par actions détenant une fraction de son capital égale ou inférieure à 10%, elle ne peut détenir qu'une fraction égale ou inférieure à 10% des actions émises par cette dernière. Si elle vient à en posséder une fraction plus importante, elle doit aliéner l'excédent dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat et elle ne peut, dut chef de cet excédent, exercer de droit de vote ».

⁴ **L233-31** « Lorsque des actions ou des droits de vote d'une société par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attaches à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu pour le calcul du quorum ».

مال الشركة الأخرى، وأهم من كل هذا هو الجزاء المترتب على مخالفة الأحكام السابقة- وهو جوهر تناول هذا الموضوع- وقد أهمله المشرع الجزائري كذلك، بينما جعله المشرع الفرنسي في صورة حرمان الشركة من ممارسة حقوق التصويت المرتبطة بتلك الأسهم بالجمعية العامة للشركة الأخرى، وهذا ما يشكل منعا قانونيا لحق التصويت.

كما جاء هذا النص معزولا، لأنه وإن ورد بالقسم الثاني الخاص بالشركات التابعة، المساهمات والشركات المراقبة، إلا أنه جاء وحيدا وسط المواد الخاصة بالشركات التابعة والمراقبة، والواقع أنه يمثل صورة مخالفة تماما لها، وبالتالي فالمشرع قد أقحم هذا النص في غير موضعه وعزله عن السياق الخاص الذي يفترض أن يرد فيه، وعلى الأقل كان يفترض أن يضعه في قسم خاص بالمساهمات كما فعل المشرع الفرنسي.

وعلى كل، فهذه التقنية ليست محظورة قانونا، بل فقط عديمة الأثر فيما يخص حقوق التصويت¹، على أن المنع من التصويت لا يخص سوى الأسهم التي تتجاوز نسبة 10% دون الأسهم تحت هذه النسبة، وهذا ما يمكن استنتاجه من نص م L223-29 تجاري فرنسي « de telle sorte qu'il n'excède pas 10% du capital de l'autre » فالمشرع الفرنسي من جهة يجيز تقابل المساهمات في حدود 10% ومن جهة أخرى لم يحرم تلك المساهمات دون هذا الحد من حق التصويت.

وفضلا عن عدم تمتعها بحق التصويت، فإن أسهم التحكم الذاتي لا تأخذ كذلك بالاعتبار عند حساب النصاب حسب المشرع الفرنسي².

ج / إلغاء حق التصويت للأسهم غير المسددة كلية

إذا كان حق التصويت من الحقوق الأساسية للمساهم الناتجة عن مساهمته في رأس المال لا يجوز المساس به إلا في إطار القانون، فإن التزام المساهم بتحرير كامل القيمة الاسمية لأسهمه، هو بالمقابل واجب لا ينبغي على المساهم تجاوزه، فهذا الالتزام في الحقيقة هو مصدر حق التصويت، لأن المساهم لا يصوت إلا بنسبة ما ساهم به في رأس المال وكل عارض يصيب المصدر (عدم تحرير قيمة الأسهم) ينعكس في الأثر المترتب عنه (المنع من حق التصويت).

¹ Renée KADOUCHE, th-précité, p482 ; Somsack NAWATRA, th-précité, p127.

² Art L233-31 c c f, précité.

والمشرع في الحقيقة قد سهّل نوعاً ما على المساهم تنفيذ هذا الالتزام، ولم يفرض على المساهم أن يدفع سوى ربع الأسهم المكتتب بها، على أن يسدد الباقي على دفعات بناء على قرار من مجلس الإدارة في أجل خمس سنوات من تسجيل الشركة¹، وتكون للأسهم التي لم يتم أداء قيمتها بالكامل، كافة الحقوق المقررة للأسهم المسددة كلية ومنها حق التصويت، فيما عدا الأرباح التي لا تدفع سوى بنسبة ما تم تحريره.²

وتمتع المساهم بهذه الحقوق خلال هذا الأجل رغم أنه لم يدفع كامل القيمة، هو بإقرار من المشرع بناء على التعهد الصادر من المساهم بوفاء التزامه خلال نفس الأجل وفقاً لحسن النية في تنفيذ العقود، لكن متى ما أخل المساهم بهذا الالتزام تجاه الشركة، صار من المنطقي أن تعتمد هذه الأخيرة إلى وقف الحقوق التي تمنحها مقابل تلك الأسهم.

على أن الأمر ليس بمنطق المعاملة بالمثل، بل هو محض التنظيم القانوني، والنصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة هي من النظام العام، فالمشرع هو من تكفل بفرض الجزاء بخصوص هذه المخالفة³، إنما تدخل الشركة في المعادلة على أساس أن مجلس الإدارة كوكيل عن الشركة، ملزم بإعلام المساهم المتخلف عن الوفاء⁴، فيكون ذلك بمثابة إعداء للمساهم للوفاء بالتزامه قبل متابعة الإجراءات القانونية في ذلك.

وفي هذا الصدد تنص المادة 715 مكرر 49 ت ج⁵ على: "تكف الأسهم التي لم يسدد مبلغ الأقساط المستحقة منها في الأجل المحددة عن إعطاء الحق في القبول والتصويت في الجمعيات العامة وتخصم لحساب النصاب القانوني، ويوقف الحق في الأرباح وحق التفاضل والاكنتاب في زيادات رأس المال المرتبطة بتلك الأسهم، يمكن المساهم بعد دفع المبالغ المستحقة بالأصل والفائدة أن يطلب دفع الأرباح غير المتقدمة".

وهذا النص واضح فيما يخص الحكم الذي جاء به، بحرمان الأسهم غير المسددة بالكامل من كل الحقوق المرتبطة بها، وهي من قبيل الجزاءات التي تلحق الأسهم وليس المساهم، فلو افترضنا أن مساهماً

¹ المادة 596 ت ج.

² مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 227.

³ Philippe Merle, op-cit, p311.

⁴ G. Ripert, R. Roblot, op-cit, p1121.

⁵ تقابلها المادة 29-228 تجاري فرنسي.

اكتتب بأسهم جديدة عند زيادة رأس المال، وسدد ريع هذه الأسهم الجديدة وفقا للمادة 705ت ج، ثم تجاوز أجل خمس سنوات دون تحرير القيمة المتبقية من الأسهم الجديدة، فإن المنع من التصويت وباقي الحقوق لا يمس سوى الأسهم الجديدة المكتتب بها والتي لم تسدد قيمتها كاملة، ولا علاقة للأسهم القديمة المحررة كلية بهذا المنع.

وتجنباً لإضفاء الصفة العقابية على هذا المنع من التصويت اقترح البعض¹ أن يتم إجراء مقاصة قانونية بين باقي قيمة الأسهم المتأخرة عن الوفاء، وما ينتجه الجزء المدفوع من أرباح، ومع وجهة هذا الرأي نوعاً ما في إطار المحافظة على المراكز القانونية القائمة، إلا أنه قد يكون مدعاة للمساهمين لعدم تحرير قيمة الأسهم المكتتب بها اتكالاً على المقاصة بينها وبين الأرباح، كما يمكن أن يكون دافعاً لمن لا يملكون الأموال للاكتتاب بعدد معتبر من الأسهم وتحرير ربعها فقط، ودفع الباقي بالمقاصة مع الفوائد المحققة، إذ سيكون هذا الإجراء غير ذي جدوى حينها، إن لم تحقق الشركة أرباحاً قابلة للتوزيع، وهذا ما سيشكل مساساً بالضمان العام للدائنين.

فضلاً عن أن أجل 05 سنوات للتسديد الكامل هو وقت كافٍ، وهو يشكل امتيازاً من المشرع، ولا يجب أن يفهم منه على أنه حق خالص للمساهم، وهذا الرأي يدعمه الاجتهاد القضائي في فرنسا² « En principe, ce sont les organes chargés de représenter la société qui procèdent à l'appel du non-versé et l'actionnaire ne peut, à défaut de clause statutaire prévoyant une telle faculté, pas imposer à la société une libération anticipée du non-versé ».

وقد علق الفقه الفرنسي³ على هذا القرار بأنه يستهدف حماية الشركة أولاً:

« Cette solution s'explique par le fait que le terme pour libérer les actions est stipulé non en faveur du débiteur, mais en faveur de la société. En effet, en concluant le contrat de société, les parties ont voulu que la société apprécie elle-même quand il conviendrait de réaliser les apports et de verser les sommes promises, afin de ne pas lui donner la charge et lui imposer les risques de la gestion de capitaux dont elle n'aurait pas l'emploi pour réaliser son objet »

¹ عماد احمد أمين رمضان، مرجع سابق، ص 567.

² Cass Com, 15 juillet 1992, Rev des Sociétés 1993, p. 103

³ C Resteau, Traité des sociétés anonymes, tome II, éd. 1982, no 798

كما أن القضاء الفرنسي استقر على رفض طلبات المقاصة لغياب الرابطة بين الحقوق المزعومة والمدعى بها من المساهم ورأس المال غير المحرر.¹

فلا بأس إذن، من الإبقاء على هذا الإجراء في خانة الجزاءات، على الأقل للفت الانتباه إلى أهمية أن يكون للشركة رأس مال حقيقي محرر كلية، ويؤدي دور الضمان لصالح الدائنين ويسمح بحسن سير المشروع.

وتجدر الإشارة أن هذا الإجراء لا يتعلق بإلغاء حق التصويت بل فقط بوقفه، أي أن المنع من التصويت مقيد زمانا بين تاريخ انقضاء أجل 5 سنوات وتاريخ تسوية المستحقات المتخلفة، بحيث يستعيد المساهم حقه في التصويت بعد تحرير الباقي من قيمة السهم، وهذا ما نشهد معه حالة أخرى من حالات الانفصال (المؤقت) بين الملكية ورأس المال مصدرها نص القانون.

ثانيا: المنع الاحترازي من حق التصويت عند تعارض المصالح

يفترض من حيث المبدأ أن المصلحة الجماعية تحوي مصالح جميع المساهمين، وبالتالي فالمساهم حينما يصوت بالجمعية العامة إنما يستهدف تحقيق مصلحته المتضمنة أو المندمجة في مصلحة الشركة، أي أنه يصوت بالنهاية للمصلحة الجماعية، لكن لو أن هذه المصلحة الشخصية لا تتوافق مع المصلحة الجماعية، فكيف يكون تصويت المساهم في هذه الحالة، وما مصير هذا التصويت؟
والمعالجة التشريعية لهذا الوضع تصب في اتجاه منع كل صاحب منفعة يتضمنها القرار المعروض للتداول من حق التصويت، سواء تعلق الأمر بحالة تقدير الحصص العينية (أ)، أو تصويت أعضاء مجلس الإدارة في الاتفاقيات المنظمة (ب)، وكذا عند إلغاء حق التفاضل في الاكتتاب (ج).

أ / إلغاء حق التصويت لمقدم الحصة العينية عند تقديرها

عند تأسيس الشركة أو عند إجراء زيادة في رأس مالها، لا تتلقى الشركة الاكتتاب في الشكل النقدي فقط، فقد يكون من بينها حصص عينية، هذه الحصص العينية عادة ما لا تحمل قيمة محددة، لذا يتعين تقويمها أو تقديرها لكي يتمكن صاحب هذه الحصة من الحصول على عدد من الأسهم يقابل قيمتها، ونظرا لخطورة هذه العملية فقد أحاطها المشرع بجملة من الضوابط تضمنتها المادة 601 ت ج، لكن ما يهم هنا هو الحكم الذي نصت عليه المادة 603 ت ج "عندما تتداول الجمعية العامة حول

¹ C A, paris, 27 fev 1976, D 1976, p 79 ; C.A. Paris, 3^e ch. A, 30 sep 1991, D. 1992, p 140

الموافقة على حصة عينية، فلا تؤخذ في حساب الأغلبية أسهم مقدم الحصة، وليس لمقدم الحصة صوت في المداولة لا لنفسه ولا بصفته وكيلًا¹، فهذا النص يتضمن منع المكتتب مُقدم الحصة العينية من التصويت بالجمعية التأسيسية عند تداولها بشأن تقدير تلك الحصة، والعبارة من هذا المنع هو بوجود المنفعة الخاصة لمقدم الحصة العينية، بأن تُقوّم بأعلى من قيمتها.

ولا يتعلق الأمر فقط بواقعة تقديم الحصص العينية وتقديرها، إذ تتحقق المنفعة الخاصة كذلك، في كل مرة يحصل فيها المساهم على حق أو منحة لا يشاركه فيها باقي الشركاء²، وهذا ما كانت قد أكدته محكمة النقض الفرنسية حينما أقرت أن أي ترخيص نظامي لأحد المساهمين بعدم إتباع الإجراءات القانونية، يشكل مصلحة أو منفعة خاصة به دون غيره³، وبالتالي يتعين وفي كل الأحوال أن لا يكون المساهم المعني طرفًا في الجمعية التي تقرر أو تقدر تلك المنفعة⁴.

وتقديم الحصص العينية عادة ما يسبق تقديم الحصص النقدية، على أساس أن من يقدم الحصص العينية هم غالبًا من المؤسسين⁵، وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة 601 ج: "... ويقع تقدير الحصص العينية على مسؤولية مندوب الحصص ويوضع التقرير المودع لدى المركز الوطني للسجل التجاري مع القانون الأساسي تحت تصرف المكتتبين"، ولذلك يُخشى أن يتم استغلال هذه الوضعية للإضرار بباقي المكتتبين وبالشركة وحتى بالغير، من خلال المبالغة في تقدير الحصة العينية، بحيث نصبح أمام حالة انتقاص أو اقتطاع لجزء من رأس مال الشركة⁶، لأن ما ستحصل عليه الشركة أقل مما ستمنحه للمساهم من أسهم، وما يتبعها من حقوق ستنقّص لا محالة من حقوق باقي المساهمين. ولا شك في أن هذه المصوغات هي من الأهمية، بحيث تبرر المساس بحق المساهم في التصويت بشكل مؤقت، وإلا يصبح صمت المشرع في هذه الحالة بمثابة إقرار للاسواة بين المساهمين عند سوء تقدير الحصة العينية.

¹ تقابلها المادة 10-225 تجاري فرنسي

² Dominique Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly édition, 2004, p 96 ; Philippe Merle, op-cit, p250.

³ Cass.com, 06 Mars 1935, journal des sociétés, 1936, p 614.

⁴ P. le doux, op-cit, p70.

⁵ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج7، ط2، تأسيس الشركة المغفلة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص307.

⁶ Dominique Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op-cit, p 96 ; Philip Merle, op-cit, p100.

فمبدأ المساواة هو مبدأ راسخ لا يجوز الخروج عنه إلا في الحالات التي يقدر المشرع أنها لا تضر بالمصلحة الجماعية.¹

وقد حاول البعض تقديم تفسير آخر لحرمان مقدم الحصة العينية من حق التصويت بأن الحصة العينية المعروضة للتصويت حول تقديرها، لم تصبح بعد من أصول الشركة، أي لا تمثل جزءا من رأس المال يمنح جزءا معيناً من حقوق التصويت،² أي أن مقدم الحصة العينية ليس مساهماً بعد.

وتجب الإشارة إلى نقطة مهمة تتعلق بمنع مقدم الحصة العينية من التصويت لنفسه وكذا لفائدة غيره، فالتصويت محظور عليه بالمطلق مادام ينصب على تقدير حصة تعود إليه، وإلا لأنه أن يستعمل أصوات غيره كوكيل عنهم ليصوت لنفسه، وهنا يكون المنع بلا جدوى، كما أن المكتتب الذي يقدم حصة نقدية وأخرى عينية لا يمكن أن يكون له أصوات تخص الحصة النقدية، لأن تقدير الحصة العينية بالنهاية يتضمن منفعة خاصة به.

وقد أثار البعض نقطة تتعلق بتقدير ومصادقة الجمعية العامة على أكثر من حصة عينية في نفس الجلسة، وهنا يتعين إقصاء كل أصحاب الحصص العينية من التصويت وعلى عمليات تقدير كل الحصص، وهذا لتقادي أي غش جماعي قد يحصل بتواطؤ مقدمي الحصص النقدية.³

وبالنهاية، فهذا الجزء يمثل حالة من حالات انفصال الملكية عن السلطة تفرضها اعتبارات عدة، لاسيما فرض المساواة بين كل المساهمين،⁴ إضافة إلى حماية مصلحة الشركة كشخص معنوي يؤدي وظيفة اقتصادية، تتطلب على الأقل وجود رأس مال حقيقي خاص به.⁵

ب- حرمان أعضاء مجلس الإدارة من التصويت بخصوص الاتفاقيات المنظمة

إلى جانب مقدمي الحصص العينية، هناك طرف آخر يُحتمل جدا أن تتعارض مصالحه مع مصالح الشركة وهو مجلس الإدارة، هذا الأخير كجهة مسيرة ومديرة للشركة هو مصدر معظم التصرفات والعمليات المعروضة على الجمعية العامة للمصادقة عليها، وهو يبرم هذه التصرفات استنادا لخلفيات

¹ Pascale HAINAUT, hammand, Gilberte. R, op-cit, p111.

² E.TYAN, op-cit, p546 cité par Céline KARAM, th préc, p74.

³ Céline KARAM, th-préc, p74.

⁴ Monique AIMEE Mouthieu, l'intérêt social en droit des sociétés, l'harmattan, Paris, 2009, p46.

⁵ R Percerou, « la notion d'avantage particulier », dix ANS de conférences d'agrégation, DALLOZ, Paris, p173.

متباينة حتى بالنسبة لأعضائه، فمجلس الإدارة في موقع يرى منه ما لا يراه عامة المساهمين، وقد يكون له أهداف تخص أعضائه فقط، أو يخدم مصالح معينة تخص فئة من المساهمين أو جهة خارجية عن الشركة لهم معها مصالح مشتركة، إذن ولهذه الاعتبارات كان لزاما أن نشهد تدخلا تشريعا لضبط هذه المسألة لأن الأمر يتعلق بحماية الحقوق والادخار العام.

وقد أقر المشرع الفرنسي منذ بدايات التنظيم القانوني لشركة المساهمة حكما خاصا للمسألة، تميز بالجدة وعدم التساهل تضمنته م40 من قانون 1867¹ لكن التطبيقات العملية والقضائية التي تلتها ساهمت كثيرا في إضفاء بعض الليونة عليه وتجسد ذلك في النصوص المتعاقبة والتي كان آخرها قانون 1966² بالمواد L225-38، L225-39، L225-40 والتي أخذ عنها المشرع الجزائري ما ورد بنص المادة 628 ج بالنسبة لمجلس الإدارة، وكذا المادة 670-671-672 بالنسبة لمجلس المديرين ومجلس المراقبة.

والتطور الحديث لهذه المسألة أفرز الآن ثلاث أنواع من الاتفاقيات، تختلف طبيعة المعالجة التشريعية لها باختلاف أهمية وخطورة هذه الاتفاقيات، فهناك نوع من الاتفاقيات بين الشركة وأعضاء مجلس إدارتها توصف بأنها اتفاقيات عادية أو حرة³ وهناك اتفاقيات محظورة بشكل مطلق⁴، وهناك نوع آخر من الاتفاقيات يأخذ له مكانا وسطا تعرف بالاتفاقيات المنظمة⁵، ويظهر من تسميتها أن المشرع لم يسمح بها بالمطلق ولم يحظرها تماما، بل أخضعها لتنظيم معين يضمن من خلاله حسن تنفيذها بما يحفظ المصلحة الجماعية لكافة الأطراف، لاسيما مصادقة الجمعية العامة على هذه الاتفاقية، وهذه الاتفاقية تأخذ صفة العقود بشكل عام، لذلك فالقضاء الفرنسي لا يتوقف عند طبيعة هذا الاتفاق أو مضمونه مادام منتجا لآثاره القانونية⁶ ولا يشترط أي شكلية معينة لذلك⁷.

¹ Art 40 : « il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'il n'y soit autorisé par l'assemblée générale ».

² Dominique Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op-cit, p110.

³ ميراوي فوزية، "الاتفاقيات العادية في الشركات التجارية"، مجلة المؤسسة والتجارة، 5/2009، ص- ص 9-30.

⁴ بوجلال مفتاح، "الاتفاقيات المحظورة في شركة المساهمة"، مجلة المؤسسة والتجارة، 5/2009، ص- ص 31-56.

⁵ Mohamed SALAH : « les conventions soumises à autorisation et contrôle détermination du champ d'application et personne concernées », revue entreprise et commerce, 2009/5, p-p 13-43 ; Paul SOENS, « le conflit d'intérêt de l'administrateur », PACIOLI, n° 317, IPCF, Avril 2011, p01.

⁶ Cass, com, 27 Fev 1966, BULL.CIV.IV, n°69

⁷ Cass, com, 27 Fev 2001, D 2001, n°1003

وبالرجوع للجانب الإجرائي لهذه الاتفاقية فالمشرع يشترط مصادقة الجمعية العامة عليها، وهذا تحديدا ما يثير التساؤل، فعوضو مجلس الإدارة هو مساهم وله حق التصويت، لكن بالمقابل هذا التصويت يخص منفعة شخصية له، أي أنه يجد نفسه بين مصلحة الشركة ومصلحته الخاصة، وهذا ما يعرف بتعارض المصالح *le conflit d'intérêts*.

ولهذا وخروجا عن هذا التضارب أقر المشرع حلا عمليا يتمثل في حرمان عضو مجلس الإدارة من التصويت بالجمعية العامة إذا تعلق الأمر بالمصادقة على اتفاقية تبرمها الشركة ويكون له فيها مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا ما جاءت به المادة 628 ت ج بقولها: "... ولا يجوز للقائم أو للقائمين بالإدارة المعنيين أن يشتركوا في التصويت، ولا تؤخذ في الاعتبار أسهمهم لحساب النصاب والأغلبية...".

والحقيقة أن هذا النص يهدف إلى قطع الطريق أمام العضو أو الأعضاء في استغلال مراكزهم لتحقيق منافع خاصة لن تكون إلا على حساب ذمة الشركة، لذلك فالمهم حسب البعض هو مراقبة التزام الشركة أكثر من التزام العضو المعني، لأن الضرر يتحقق في الالتزام الأول وليس الثاني، لذا يتعين التركيز على ما تقدمه الشركة للمعني قبل التركيز ما ستتلقاه منه¹، فالتزامات الشركة بالنهاية متى كانت أعلى من حقوقها تؤدي إلى انتقاص أصولها، أي المساس بمصلحتها ومصلحة المساهمين فيها وحتى دائنيها.

ولهذا فهذا المنع من التصويت هو من قبيل الاحتياط لا غير، لذلك لا يسري إلا على الاتفاقيات من هذا الشكل، دون باقي المسائل ذات الطابع العام.

ج / إلغاء حق التصويت للمستفيد من إلغاء حق التفاضل في الاكتتاب

إذا ما رأَت الجمعية العامة وهي الجهاز السيادي في الشركة، أن تقرر حقا أو أن تلغيه فلها ذلك، عبر طلب إدراج هذه المسألة كنقطة في جدول الأعمال والمصادقة عليها حسب الشروط المقررة لكل جمعية عامة، ومع مراعاة الضوابط القانونية كالأغلبية أو الإجماع أو غيرها من آليات حماية الحقوق، وهذا ما يحصل عند زيادة رأس المال إذ يجيز المشرع للجمعية العامة أن تلغي حق التفاضل في اكتتاب المساهمين في الأسهم الجديدة لصالح شخص أو أكثر².

¹ Dominique Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op-cit, p114.

² المادة 700 ت ج.

وطبعا ينطوي هذا الإلغاء على مساس بأحد الحقوق الأساسية التي يتمتع بها المساهمون، لذلك يرى البعض وجوب اعتماد الشروط التي يفرضها القضاء عادة، وهي أن يكون إلغاء حق الأفضلية في الاكتتاب تبرره المصلحة الجماعية، وأن يكون متناسبا بالنسبة لحماية حقوق الأقلية.¹

وحرمان المساهم من حق التفاضل في الاكتتاب، يقابله إستعادة شخص آخر من هذا الحق، والذي قد يكون مساهما أو غير مساهم، والحكم الذي تقضي به هذه المادة واضح، وهو حرمان المستفيد من إلغاء التفاضل في الاكتتاب من التصويت بالجمعية العامة وتستتزل أسهمه (إذا كان مساهما لم يشمله الإلغاء) من حساب النصاب بالأغلبية.

ونص المادة بهذه الصياغة يطرح بعض الإستفهامات، حول تبسيط إن لم نقل تمييع المشرع لمسألة في غاية الأهمية تتعلق بحرمان المساهمين من حق سبق وأن أقره المشرع نفسه، وتشكل المادة 694 ت ج الإطار القانوني لذلك.

فأول ما يشد الانتباه في هذه المادة، هو أن إلغاء حق التفاضل في الاكتتاب بالنسبة للمساهمين قد يكون لفائدة مساهم آخر أو لفائدة الغير، وهنا نتساءل ما هو معيار التمييز بين المساهمين في سحب الحق من أحدهم ومنحه للآخر، وأكثر من هذا منحه للغير، وما الضامن في أن لا تتعسف الأغلبية في حق بعض المساهمين بحرمانهم من هذا الحق.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد حوّل الجمعية العامة (الأغلبية)، صلاحية إلغاء حق قانوني للمساهم دون أي ضوابط أو محددات ترافق هذا الإلغاء.

ولا بأس هنا أن نستعرض معالجة المشرع الفرنسي للمسألة² والذي حاول نوعا ما الموازنة بين صلاحيات الجمعية العامة وحقوق المساهمين، عندما استعمل عبارة: " personnes nommément désignées ou catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées " أي أن يستجيب الأشخاص المحددون والمستفيدون من هذا الإلغاء لمواصفات محددة تشكل معيارا قانونيا أو نظاميا لتسبب قرار الجمعية العامة.

¹ Stefan EBERHARD, la scission de la société anonyme en droit allemand, American et suisse, librairie Droz, Genève, 1999, p49.

² Art. L225-138 : « - L'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut la réserver à une ou plusieurs personnes nommément désignées ou catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées. A cette fin, elle peut supprimer le droit préférentiel de souscription. Les personnes nommément désignées bénéficiaires de cette disposition ne peuvent prendre part au vote. Le quorum et la majorité requis sont calculés après déduction des actions qu'elles possèdent.»

نقطة أخرى في غاية الأهمية تثيرها العبارة التي استعملها المشرع الجزائري وهي "إذا كانوا مساهمين" ما يعني بمفهوم المخالفة وكما سبق ذكره، أن المستفيد من هذا الإلغاء قد يكون من غير المساهمين، ولا ندري لماذا أضاف المشرع الجزائري هذه العبارة، وما الفائدة المتوخاة منها، خاصة وأنه لم ينص على أي ضابط لهذه العملية، ولا ندري أي سبب جدي يبرر تفضيل (الغير) الأجنبي على المساهم مع أنهم يضمنون في النهاية نفس التمويل عند الاكتتاب.

للإشارة فهذه العبارة التي لم يستعملها المشرع الفرنسي، وبالتالي يسقط بالنسبة إليه افتراض أن يستفيد من هذا الإلغاء غير المساهم.

ويبقى أن حرمان المساهم المستفيد من إلغاء حق الأفضلية في الاكتتاب من حق التصويت على القرار الذي يتضمن هذا الإلغاء، يشكل انفصالا بين السلطة ورأس المال لارتباطه بفكرة المنفعة الخاصة، أي وجود مصلحة خاصة تُتازع المصلحة الجماعية عند التصويت، وهذا ما يتعين معه اللجوء لهذا الإجراء كآلية تقاضي إشكال تعارض المصالح في الشركة.

المطلب الثاني: تأثير صفة ملكية الأسهم في ممارسة حق التصويت

إن أساس الرابطة التي تجمع المساهم بالشركة، والمعيار الذي تُقاس به حقوقه فيها، هو ملكيته لجزء من أسهمها، لكن بعض العوارض التي ترد على تلك الملكية، تجعل من ممارسة حق التصويت المرتبط بها، خارج ما يقضي به مبدأ التناسب، وهذا هو الحال عند الانتقال المؤقت لملكية الأسهم بين المساهمين (فرع أول)، أو عند تفكك ملكية الأسهم وتحديد الحقوق المرتبطة بها بين أكثر من مساهم (فرع ثان)، إضافة إلى تأثير العمليات على الأسهم في ممارسة السلطة (فرع ثالث).

الفرع الأول: الانتقال المؤقت لملكية الأسهم

إذا كان الأصل أن يمارس المساهم سلطته في الشركة استنادا لنسبة ملكيته من الأسهم، فقد يحدث أن يمارس المساهم سلطته بناء على ملكية غيره، وهذا الوضع لا يقوم إلا من خلال الفصل بين الحالة الواقعية *Situation de fait* والحالة القانونية *Situation de droit* وذلك بالنسبة لعلاقة المساهم بممارسة الحقوق خاصة السياسية المرتبطة بالأسهم، بمعنى أن نكون أمام مالك قانوني للأسهم يمارس السلطة المرتبطة بالأسهم، لكن إما أن يمارسها لفائدة شخص آخر يكون هو صاحب السلطة الفعلية، أو أن يمارس تلك السلطة لصالحه، دون أن يكون مالكا دائما لتلك الأسهم، إذ يكون ملزما بإعادة

تلك الملكية لصاحبها، فيتحقق عبر تداول الملكية المؤقتة للسهم، تبادل في الأدوار أو في ممارسة السلطة في إطار انفصال بين الملكية والسلطة بين الحالة الواقعية والحالة القانونية.

وعلى كل تبقى هذه العمليات من المسائل المعترف بها من استوفت شروط صحتها، وهي من الوسائل التي تشهد انتشارا واسعا في واقع الشركات نظرا للمزايا التي توفرها لأطرافها، لا سيما من حيث تأثيرها في ممارسة السلطة في الشركة.

وسنحاول التفصيل في هذه العمليات من خلال استعراض عملية بيع الأسهم بشرط الاسترداد (أولا)، ثم التصرف المتمثل في اقتراض الأسهم (ثانيا)، وأخيرا لأحد العقود غير المسماة Le portage d'action والتي يمكن تسميتها، حيازة الأسهم (ثالثا) نظرا لعدم وجود ترجمة دقيقة لها في اللغة العربية.

أولا: بيع الأسهم بشرط الاسترداد

تمثل عملية بيع الأسهم بشرط الاسترداد إحدى تقنيات التنازل المؤقت عن الملكية¹، وهي من العقود المعروفة في القواعد العامة إذ تجد أساسها في المادة 1659 مدني فرنسي، في حين أن المشرع الجزائري يُحرم مثل هذا النوع من البيوع، إذ تنص المادة 396 مدني جزائري على "يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين..."، ولهذا ستركز معالجة هذه النقطة فقط في إطار القانون الفرنسي والأحكام العامة لهذا النوع من البيوع.

ومقتضى هذه العملية أن يحتفظ بائع الأسهم بحق استردادها خلال أجل لا يتعدى خمس سنوات من تاريخ البيع، وهذا ما يجعل من هذا البيع ورغم أنه يقع تاما وناجزا، وأنه يرتب كل الآثار المرتبطة بانتقال الملكية، إلا أنه معلق على شرط فاسخ²، فمتى استعمل البائع حقه في استرداد أسهمه، يعاد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التقاعد، وشرط الاسترداد هنا لا يمثل التزاما على البائع بل هو امتياز أو خيار يمكنه ممارسته خلال الأجل المحدد، أو عدم ممارسته³.

وهو ينطوي على عدة فوائد بالنسبة لطرفيه، لا سيما تمكين المشتري من الملكية المؤقتة للأسهم والاستفادة من المزايا التي ترتبها كتحقيق أغلبية معينة في فترة ما.

¹ François-Xavier Lucas, les transferts temporaires de valeurs mobilières pour une fiducie des valeurs mobilières, LGDJ, 1997 ; Yves Guyon, traité des contrats les sociétés, op-cit, p 339

² PERROT.A, « la vente à réméré de valeurs mobilières RTD.com, 1993, p15.

³ ANTOINE Despinoy, « l'application des techniques civile aux valeurs mobilières », thèse université Lille 2, 2001, p54.

ويستهدف أطراف عملية بيع الأسهم بشرط الاسترداد عادة، تمكين أحد طرفي العلاقة (المشتري) من استكمال شروط العضوية بمجلس الإدارة إذا كان القانون أو نظام الشركة يفرض أسهم الضمان على أعضاء مجلس الإدارة¹، وهذه الغاية مشروعة كونها لا تنطوي على أي ضرر بالنسبة للشركة ولا بالنسبة لأطراف عقد البيع، ولهذا فهي مقبولة لدى جانب كبير من الفقه²، كما أن محكمة النقض الفرنسية لا ترى أي مانع في نقل ملكية الأسهم بهذا الشكل لعضو مجلس الإدارة المستقبلي³، فإذا تعلق الأمر بممارسة البائع لخيار استرداد الأسهم من أجل إجبار عضو مجلس الإدارة (المشتري) على ترك العضوية بالمجلس، فهذا الوضع لا يمثل إطلاقاً حادثاً مستقبلياً مستقلاً أو غريباً عن إرادة الطرفين عند التعاقد⁴، يمكن أن يعيبه، لأن البيع تم أصلاً لتحقيق تلك الغاية.

لذلك فهذه العملية في الغالب هي ذات بعد مصلحي، من خلال الخدمة التي يقدمها البائع للمشتري لمساعدته على ضمان عضويته بمجلس الإدارة، وفي مقابل ذلك بإمكان البائع أن يُضمّن عقد البيع بنداً يسمح له بالاستفادة من ثمار المبيع (الأسهم) أي الفوائد والأرباح المحققة⁵.

إن أهم ما يميز هذه العملية هي السلطة التي يتمتع بها البائع للأسهم دون أن يكون مالكا لها (للأسهم)، وتظهر هذه السلطة من خلال الرابطة المستقبلية بين المساهم (البائع) والأسهم المباعة بشرط الاسترداد، فعلى الرغم من الانتفاء القانوني لحق الملكية على الأسهم، إلا أن (المساهم) البائع، يبقى يمارس سلطة فعلية في الشركة، سواء عبر إمكانية إرفاق عملية البيع باتفاقية تصويت لفائدته (على أن تكون مشتملة على شروط صحتها)، أو عند تفعيل خيار الاسترداد للأسهم، وهو ما يستتبع بالاستقالة التلقائية للمشتري إن كان البيع تم أساساً لاستكمال نصاب العضوية بمجلس الإدارة⁶، ويكون بذلك وسيلة ضغط على المشتري وهو مساهم وعضو مجلس إدارة.

ومن هذه الزاوية تمثل عملية البيع بشرط الاسترداد للأسهم، وضعية مثالية للانفصال الإيجابي بين السلطة ورأس المال في الشركة، تسمح للمساهم من ممارسة سلطة فعلية، وهي ليست فقط سلطة غير

¹ Benoist Delcourt, « les contrats civils appliques aux actions », thèse pour le doctorat, Université Lille 2, 2010, p73.

² Couret .A « le prêt de titre consenti par une société à un future administrateur d'une filiale », Bull joly, 2000, p 481 ; REIGNIE. Ph, « la licéité du prêt d'actions à des administrateurs », Bull joly, 2000, p1187.

³ Cass.com, 16 Fev 1970, Bull joly, IV, p58, n°61.

⁴ Benoist Delcourt, thèse-précité, p 69.

⁵ ANTOINE despinoy, thèse, précisé, p54.

⁶ Benoist Delcourt, , thèse, précité, p74.

متناسبة مع ما تمثله في رأس المال، بل ليس لديها أي تمثيل في رأس المال أصلاً، (إذا لم يحتفظ المساهم البائع بأي نسبة أخرى من الأسهم تُبقي على الرابطة المالية بينه وبين الشركة).

ولذلك فهذا التداول على ملكية السهم ينطوي على تبادل للأدوار في الشركة، أو بعبارة أخرى تداول على ممارسة السلطة في الشركة، أو تقاسم للسلطة في الزمن بين البائع والمشتري، مع رجاحة الكفة غالباً لفائدة البائع الذي يمارس السلطة بشكل مباشر وقت ملكيته للأسهم، وبشكل غير مباشر عند انتقال الملكية مؤقتاً للغير (المشتري).

للإشارة فإن هذه الآلية تحمل بعض الآثار السلبية، حيث قد تستعمل للتحايل على بعض الجزاءات القانونية، كتلك المتمثلة في حرمان الأسهم التي تُملك فوق حدود المساهمة المحددة قانوناً دون التصريح بذلك من حق التصويت، وذلك بأن يقوم مالك تلك الأسهم ببيعها لمساهم آخر، وتضمن عقد البيع شرط يضمن حقه في استردادها، وبالتالي يستعيد بعد ذلك كامل حقوقه في التصويت قبل انقضاء أجل العقوبة، وهو الوضع الذي أقرته محكمة استئناف فرساي.¹

ثانياً: اقتراض الأسهم

تُرد على القيم المنقولة شأنها شأن كل المنقولات المادية مختلف التصرفات المدنية ومنها القرض، ومع ذلك فقد أثار موضوع اقتراض الأسهم بعض الجدل بين اعتباره من قبيل القرض الاستهلاكي²، أو هو عقد عارية³، وقد كان الاتجاه الغالب في ذلك اعتباره قرضاً استهلاكياً⁴ وهذا تأسيساً على الآثار التي يرتبها القرض الاستهلاكي وهو نقل محل القرض (الأسهم) على سبيل التملك وليس فقط من أجل الاستعمال.⁵

وقد عرفت المادة 450 مدني جزائري القرض الاستهلاكي بأنه: "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة". إذن فالأمر يتعلق بانتقال تام لملكية الأسهم من المقرض إلى المقرض، لكن هذا الانتقال للملكية بوروده في سياق قرضٍ استهلاكي يجعل منه انتقالاً مؤقتاً، إذ تعود ملكية الأسهم

¹ CA Versailles, 09 Avril 1992 précité, « la revente par l'acquéreur de la fraction qu'il aurait du déclarer lui permet d'échapper à la sanction »

² المادة 450 مدني جزائري، 1892 مدني فرنسي.

³ المادة 538 مدني جزائري، 1877 مدني فرنسي.

⁴ Pierre Mousseron, op-cit, p 351 ; Antoine Despinoy, op-cit, p51 ; Benoist Delcourt, op-cit, p248.

⁵ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p346.

بعد ذلك إلى المُقرض بمجرد انتهاء أجل القرض، ويعود معها حق المُقرض في ممارسة كافة السلطات المرتبطة بالأسهم محل القرض.

ولم يكن اللجوء لهذه الآلية واسع الانتشار، إذ أغلب من كان يستعمله هم أعضاء مجالس الإدارة ومجالس المراقبة من أجل استكمال نصاب أسهم الضمان للحصول على العضوية،¹ إلا أن التطورات وتسارع عمليات التداول بالأسواق المالية جعلت من هذه الآلية مقصدا هاما وملاذً للعديد من المتعاملين، نظرا لبعض المزايا المتعلقة بضبط السوق وضمان تغطية نقص السيولة²، كما يبقى كذلك أسلوبا فعالا في ترجيح موازين القوى بين المساهمين داخل الشركة. على اعتبار أن عمليات اقتراض الأسهم بين المساهمين هي في الحقيقة تجميع لعناصر القوة والنفوذ بالنسبة للمقرض لممارسة سلطة التأثير في اتخاذ القرارات بخلفية أو بمقومات غير حقيقية.

فمقرض الأسهم هو بالنسبة للشركة ولباقي المساهمين مالك لتلك الأسهم، ولكنه في علاقته بمقرض الأسهم يبقى مالكا مؤقتا يتعين عليه بنهاية الأجل إعادة ملكية تلك الأسهم له، ولهذا يمكن القول أن عملية اقتراض الأسهم تنطوي على حيازة نسبة صورية من رأس مال الشركة تمنح للمقرض حقوق تصويت مماثلة لها.

وعموما فاقترض الأسهم وإن كان مقبولا من الناحية القانونية، إلا أنه يبقى يمثل وسيلة لامتلاك سلطة التأثير في الجمعيات العامة دون تحمل أي مخاطر اقتصادية مقابل ذلك³، وهذا ما دعا بعض الفقه إلى عدم الجزم بمدى صحة هذه العملية، لاسيما إذا ما كان المقرض ليس مساهما بالشركة أساسا، فيصبح مساهما (ولو مؤقتا) لكن بدون نية مشاركة تجمعه بباقي الشركاء، وبدون أي مخاطرة.⁴

ومع ذلك فالقضاء عموما لا يرفض هذه العملية، وقد أقرتها محكمة النقض الفرنسية منذ وقت مبكر، ولم تعتبرها مخالفة للقواعد العامة.⁵

ومازال القضاء إلى الآن على نفس النهج في إقرار صحة هذه العملية، حيث رفضت المحكمة التجارية لباريس⁶ طلبا لإبطال عملية اقتراض أسهم تقدمت به شركة ADAM، وذلك بمناسبة تنازل شركة ALSTOM عن فرعها ENERGIE لفائدة شركة Général Electric، ورغبة في إتمام العملية

¹ Ibid., p346.

² M.CHAMBERT, J TRICOU, « le titre dans le cadre de la nouvelle loi sur l'épargne », revue banque, 1988, p732.

³ THOMAS Jaéglé, th précité, p141 : Yves Guyon traité des contrats op-cit, p348.

⁴ Yves Guyon, traité des contrats les sociétés, op-cit, p348 .

⁵ p348 Cass, civ, 08 Mais 1950, JCP ed G, 1950 II, 5602, note J DELAIRE.

⁶ T.com, Paris, 16^{ème} ch, 19 Juin 2015, n°2014, 071688, Bull Joly sociétés, sept 2015, n°9, p 435, note Caroline Coupet.

من طرف الحكومة الفرنسية، لجأت هذه الأخيرة إلى اقتراض الأسهم المملوكة لشركة Bouygues، المساهم الأساسي في شركة ALSTOM وذلك عبر هيئة مساهمات الدولة، وبذلك أصبحت الحكومة الفرنسية تحوز بنسبة 20% من حقوق التصويت بشركة ALSTOM، وهي نسبة تمنحها سلطة واسعة بالجمعية العامة رغم أنها لا تمتلك ما يقابلها فعليا من الأسهم.

ومن أبرز الأمثلة كذلك عن اقتراض الأسهم والدخول والتأثير بالجمعيات العامة، ما حصل مع شركة HENDERSON LAND، والتي أرادت أن تُخرج أحد فروعها من التسعير بالبورصة، لكن تدخل بعض موظفي الأموال عبر اقتراضهم لبعض الأسهم التابعة لذلك الفرع، وتمكنهم من التقدم في تاريخ التسجيل (بالجمعية العامة)، وتمكنوا من التصويت أخيرا ضد القرار وإبطاله.¹

ثالثا: حيازة الأسهم Le portage d'action

وتعرف هذه العملية بأنها الاتفاقية التي يوافق فيها شخص على امتلاك أو حيازة أسهم بطلب ولحساب شخص آخر هو الأمر، على أن يتنازل بعد أجل محدد عن تلك الأسهم لفائدة شخص معين بالاتفاقية،² ورغم أن هذه الاتفاقية معروفة في الواقع العملي، إلا أنها غير منضمة من قبل التشريعات، حيث تعتبر عقدا غير مسمى، لعدم وجود أي نظام قانوني يحكمها، ولهذا فهي تخضع كليا للعقد الذي يشكل إطارها العام بناءً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بشرط عدم الإخلال بقواعد النظام العام³

وما يميز اتفاقية الحيازة عن اتفاقية البيع بشرط الاسترداد (vente à réméré) هو أن الأولى تكون بناءً على طلب من الأمر (مساهم أو غير مساهم)، ويكون المستفيد منها الأمر نفسه أو شخص آخر، بينما الثانية تكون في الغالب بين مساهمين، ولا إمكانية فيها لتواجد طرف ثالث، فالملكية النهائية بعد إتمام العملية تستقر في عملية الحيازة عند الأمر أو عند الغير المعين بالاتفاق، بينما في البيع بشرط الاسترداد فإن ملكية الأسهم تعود للبائع فقط.

وتحقق عملية الحيازة عدة أهداف لأطرافها أو للمستفيد منها مثل: أنها تضمن بشكل مباشر أو غير مباشر دعما ماليا لفائدة المتعاقد الآخر،⁴ إذ يضمن بها اقتناء أسهم جديدة بعد مدة إذا لم تتوفر لديه السيولة في وقت الشراء أو التعاقد.

¹ Thomas Jaéglé, th-précité, p139.

² P. SOUMRANI, Le portage d'actions, L.G.D.J. 1996. P 04

³ Benoist Delcourt, les contrats civils appliqués aux actions op.cit, p 336

⁴ Marie-France de Pover, trust-fiducie, édition LARCIER, Bruxelles, 2001, p90.

كما تحقق من جهة أخرى إخفاء لهوية المالك الحقيقي للأسهم،¹ ولذلك فهي من التقنيات التي يلجأ لها الأشخاص لتجاوز شرط القبول الذي يحول دون اكتساب أسهم الشركة.²

وشهدت هذه الاتفاقية بعض التنازع فيما يخص صحتها، لأنها تقوم على تعارض بين المظاهر والحقيقة³، إلا أن الأمر يتجه عموماً إلى الاعتراف بصحة هذه العملية، ويقر القضاء ذلك شريطة خلوها من بند الأسد عند تحديد ثمن إعادة التنازل عن الأسهم،⁴ كما أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض قضت بأن هذه الآلية لا تشكل عارضا على اقتسام الأرباح والخسائر.⁵

وتتضمن اتفاقية الحيابة عادة وعدا بالبيع من جانب الحامل، ووعدا بالشراء من طرف المستفيد (الآمر أو الشخص المعين بالاتفاقية)،⁶ وقد أقرت محكمة باريس ذلك، حينما صرحت بأن الوعود المتقابلة لا تستهدف سوى ضمان انتقال ملكية الأسهم بين الطرفين.⁷

إذن فعملية حيابة الأسهم تسمح لأحد طرفي العلاقة بحيابة مؤقتة للأسهم من باب تقديم خدمة للطرف الآخر وهو الأمر، والذي يضمن من جهته خروج الحائز الأول عبر التزامه بإعادة شراء الأسهم أو ضمان شرائها من طرف شخص آخر.⁸

وبما أن حائز الأسهم يتصرف باسمه، ما يجعله من الناحية النظرية المجردة-بالنسبة لباقي المساهمين والشركة- مساهم بالشركة، لكن المسألة ليست بهذه الصورة بالنسبة للفقهاء الذي يثير دوماً تساؤلات عديدة من وراء هذه العمليات وأهمها، من هو فعلا المساهم؟⁹ وهو سؤال جوهرى بالنظر إلى الآثار التي ترتبها ملكية الأسهم بالشركة من جهة، وكذا الآثار التي تترتب على عملية الحيابة بالنسبة للحامل من جهة أخرى، حيث اعتبر الأستاذ Dominique Schmidt أن السؤال الأساسي يتمحور حول معرفة ما إذا كان الحامل هو مساهم بالمعنى الحقيقي، فمن جهة هو حقيقةً مالك للأسهم، ولكنه بالمقابل لا يتحمل مخاطر الاستثمار التي يتحملها المساهم، كما أنه يصوت بناء على تعليمات الأمر ولا تجمععه

¹ Ibid, p90.

² SOUMRANI, op-cit, p09.

³ Yves Guyon, traité des contrats, op-cit, p343

⁴ C.A, Paris, 3^{ème} ch, 22 Oct 1996, Juris-data, n°1996-022940 ; Bull Joly 1997, p15.

⁵ Cass.com, 24 Mai 1994, D, 1994, P503, note A. Couret.

⁶ Pierre MOUSERON, op-cit, p348.

⁷ Paris, 02 Mai 2003, Bull Joly, 2003, p 945, note J. Daigre.

⁸ Frédéric Pollaud-Dulian, « l'actionnaire dans les opérations de partage », revue des sociétés, 1999, p765.

⁹ Ibid, p765.

أساسا نية المشاركة بالشركة¹، إذن فبمقارنة الآثار التي ترتبها عملية حيازة الأسهم بالنسبة للحامل، مع ما يفترض أن ترتبه ملكية الأسهم بالنسبة للمساهم في الشركة، نجد هنالك تباينا كبيرا بين الوضعيتين، وما يعقد المسألة أكثر ويجعل من تساؤلات الفقه التي سبق طرحها ذات بعد جوهري، هو أن حامل الأسهم هو مساهم بالنظر إلى ملكيته الظاهرة(المؤقتة) للأسهم، ويمارس بنفسه الحقوق المرتبطة بتلك الأسهم، إلا أنه لا يمارسها لمصلحته(مع أنه مساهم قانونا)، بل لحساب ووفق توجيهات الأمر الذي لا يعد مساهما حاليا، بل مساهما مستقبليا.

إذن فواقع هذه العملية يكشف عن انتقال مؤقت لملكية الأسهم بين الحامل (المساهم الحالي) والأمر (المساهم المستقبلي)، يطبعه انفصال شبه تام بين ملكية رأس المال والسلطة التي تقابله، فالحامل هو مالك- ولو مؤقت- لرأس المال، لكنه لا ينتفع بثمار تلك الملكية ولا يتحمل الخسارة التي تلحقها، ولا يمارس السلطة المقابلة لها بمحض إرادته بل بناء على تعليمات وأوامر الأمر، وفي المقابل ورغم أن هذا الأخير لا يعد مساهما بالمعنى القانوني المجرد، لعدم تحقق ملكيته القانونية للأسهم خلال فترة الحيازة، ونجده مع ذلك يمارس كل السلطات والحقوق المرتبطة بالأسهم محل الحيازة.

وقد رأى البعض أن هذا الانتقال المؤقت لملكية الأسهم بين المحامل والمستفيد، يطرح إشكالية ممارسة السلطة ليس من حيث ممارستها من المساهم ومن غير المساهم، بل من حيث التمييز بين مفهوم الحق- السلطة، ومفهوم الحق- الوظيفة، وما يتبع ذلك من رقابة تُمارس على من يمارس الحق- الوظيفة²، فالأمر(المستفيد عادة في نفس الوقت) يمارس الرقابة على الحائز اعتبارا لأيلولة الملكية النهائية التي من المفروض أن تستقر عند المستفيد(الأمر غالبا).

وفي كل الأحوال تبقى هذه الوضعية تميز وتخص فقط طرفي العلاقة، اللذان يلتزمان في مواجهة بعضهما البعض وبمجرد انتهاء فترة الحيازة، بالسعي في النقل الفعلي لملكية الأسهم من الحامل إلى الأمر³، أما في مواجهة الشركة أو باقي المساهمين أو الغير فالحامل يبقى مساهما، والأمر أجنبي عن

¹ Dominique Schmidt “Les opérations de portage de titres de sociétés” in Les opérations fiduciaires; Colloque de Luxembourg, 20 et 21 septembre 1984. Ed. Feduci. L.G.D.J.

1985, p29

² Jean-Louis Medus, « Conventions de portage et information comptable et financière », Revue des sociétés 1993, p 513

³ T.G.I Lille, 28 Oct 1986, GAZ.PAL, 1 déc. 1986, p244, note de tchaguine Seguret et François Marsal

الشركة، ما لم يكن مساهما بحصة أخرى في الشركة تُبقي على الرابطة المالية بينه وبين الشركة في حدود هذه النسبة فقط.

الفرع الثاني: تفكك ملكية الأسهم والحقوق المرتبطة بها

يمثل عنصر تعدد الشركاء شرطا أساسيا لقيام الشركة، ورأس مال الشركة لا يجب أن يقل عدد المساهمين فيه عن سبعة، إذن فالوضع العام أن رأس مال شركة المساهمة مقسم إلى أسهم وكل مساهم يحوز جزءا من تلك الأسهم تمنحه مجموعة من الحقوق يمارسها بصفته مالكا، وحق التصويت وهو رأس الحقوق السياسية، يمارسه المساهم شخصيا وبكل حرية وبالتناسب مع ما تمثله أسهمه في رأس المال، لكن الأمر ليس على إطلاقه، إذ قد ترد على ملكية المساهم بعض العوارض الناتجة عن تزامم عدة أشخاص في ممارسة السلطة المرتبطة بتلك الأسهم، بحيث لا يكون للمساهم أن يمارس منفردا السلطة المقابلة لحصته في الشركة بل عليه أن يتقاسمها مع غيره من المساهمين أو الغير، وهذا هو الحال بالنسبة لانفصال الملكية بين حق الانتفاع وملك الرقبة (أولا) أو بالنسبة لشهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت (ثانيا) أو في حال اشتراك عدة مساهمين في ملكية سهم أو مجموعة من أسهم الشركة (ثالثا).

أولا: ملكية الرقبة وحقوق الانتفاع

يشكل تقرير حق الانتفاع على أسهم الشركات إحدى العمليات التي ترد على الأسهم، والتي تؤدي إلى انقسام في ممارسة الحقوق المرتبطة بها بين المنتفع ومالك الرقبة، بحيث يتم تقسيم حق التصويت بحسب الحقوق المالية التي يحميها لفائدة كل طرف.

وهي من التطبيقات الواسعة الانتشار،¹ والتي تحقق العديد من المزايا لأطرافها كما تشكل أيضا آلية لتوزيع الأرباح والخسائر، باستفادة المنتفع من الأرباح وتحمل مالك الرقبة للخسائر،² وهذا ما قد يسمح بالالتفاف على الحظر القانوني لشرط الأسد.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة ببعض الوضوح حيث نصت المادة 679 تجاري جزائري³ على: "يرجع حق التصويت المرتبط بالأسهم إلى المنتفع في الجمعيات العامة العادية، ولمالك الرقبة في

¹ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p80.

² Laurent Aynes, « Usufruit et droit d'usage des actions des sociétés » revue des sociétés, 1999, p593.

³ تقابلها م L225.110 تجاري فرنسي.

الجمعيات العامة غير العادية"، وبذلك يكون المشرع قد وَّزَع سلطة اتخاذ القرار في الشركة بين المنتفع ومالك الرقبة، انطلاقاً من طبيعة الحقوق التي يحميها حق التصويت، وتمثل الجمعية العامة المعيار الفاصل في ذلك، فكل ما يتم التداول بشأنه في الجمعية العامة العادية يمس بشكل مباشر المنتفع، كتوزيع الأرباح والمصادقة على النتائج وهي من الثمار التي تنتجها الأسهم، بينما المسائل التي تختص بها الجمعية العامة غير العادية فهي تخص موضوع الملكية (الأسهم) أي مصير الاستثمار.

وتتحقق واقعة تفكك السهم بين حق ملكية على الرقبة وحقوق انتفاع، عندما يرغب مالك السهم في إفادة شخص آخر من ثمار وفوائد كل أو بعض أسهمه، فيتنازل عن منافع السهم لفائدة ذلك الشخص ويحتفظ لنفسه بملكية الرقبة (وهذا هو الوجه الشائع)، أو قد يتنازل عن ملكية الرقبة ويحتفظ بحق الانتفاع، كالأب الذي يتنازل لأبنائه عن ملكية السهم ويبقى لنفسه الانتفاع بالثمار المتولدة عن تلك الأسهم.¹

وإذا كان الأمر محسوم مبدئياً من الناحية التشريعية على الوجه المبين سالفاً، فهو على غير ذلك، على الأقل بالنسبة للفقهاء الفرنسيين، نظراً لأن المشرع الفرنسي يجيز الاتفاقيات المتعلقة بمنح حق التصويت لأحد الطرفين،² ويساير القضاء في ذلك³، في ظل وجود نص المادة 1844 مدني فرنسي والتي تمنح لكل مساهم الحق في المشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية وتبين حالات تقاسم حق التصويت بين المنتفع ومالك الرقبة، وهذا ما نتج عنه عدم استقرار في الموقف الفقهي وحتى القضائي على تفسير موحد لها، كما أثارت نقطة أسالت الكثير من الحبر تمحورت حول من يمتلك صفة المساهم، وتحديدًا هل المنتفع مساهم أم لا؟

حيث ذهب قلة من الفقهاء إلى اعتبار المنتفع مساهم، على اعتبار أن مالك الرقبة هو مالكا للمستقبل وما دام تفكك السهم قائماً، فهو لا يملك سوى الرقبة وهو محروم من المنافع الحالية للسهم، وبالتالي فصفة المساهم التي تمنح له بالنظر لوضعيته المستقبلية، من المفروض أن تمنح للمنتفع كذلك بالنظر لوضعيته الحالية.⁴

¹ Déborah ESKINAZI, th, précité, p44 ; renée Kadouch, th, précité, p149.

² Art L225-110

³ Cass, 3^{ème} civ, 2 Mars 1994, Rev sociétés, 1995, p41, note, P. Didier

⁴ Rabreau. A, note sous Cass, 17 Juin 2004, JCP éd E, N° 25, p1014.

إلا أننا نعتقد أن صفة المساهم لم تتمح لمالك الرقبة بالنظر لوضعيته المستقبلية، بل لكونه اكتسبها ابتداءً، أي قبل تفكك السهم، بحيث فقدَ بموجب عملية التفكك منافع السهم إلى غاية انتهاء الانتفاع أو إلى غاية تصفية الشركة، وبالتالي فحق الانتفاع يبقى عارضاً مؤقتاً - وإن طال - على ملكية السهم، فحق المنتفع لا يمتد إلى ناتج التصفية الذي يؤول لمالك الرقبة وحده¹، وإعمالاً للقواعد العامة لحق الانتفاع قضت محكمة النقض الفرنسية² في شأن النزاع المعروف أمامها حول البند النظامي الذي تضمن حصر حق التصويت بالجمعيات العادية وغير العادية لفائدة مالك الرقبة، والذي أبطلته تأسيساً على نص م 578 مدني فرنسي، حين جاء في حيثيات القرار: "أن البند النظامي المتنازع بشأنه والذي لا يسمح للمنتفع بالتصويت على القرارات المتعلقة بالأرباح... يخالف نص م 578 التي تجعل من هذه الصلاحيات لصيقة بالانتفاع".

ولئن كان البعض³ قد استند كذلك في منح صفة المساهم للمنتفع على أساس هذا القرار، فالواقع أن ذلك مجاني للصواب، لأن قرار محكمة النقض لم يشر إلى حق التصويت كأحد الحقوق المرتبطة بصفة المساهم، بل كأحد الصلاحيات التي يتمتع بها المنتفع⁴، فليس لأنه لا يجوز حرمان أي مساهم من حق التصويت، فإن كل صاحب حق تصويت غير قابل للإلغاء يعتبر مساهماً⁵، وبالتالي فنحن نميل للرأي الراجح الذي لا يعترف بصفة المساهم سوى لمالك الرقبة دون المنتفع.⁶

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد كرست بدورها صفة المساهم بالنسبة لمالك الرقبة منذ القرار الشهير DEGASTE⁷ إلا أنها لم تفصل في ذلك بالنسبة للمنتفع، أو على الأقل لا يمكن استخلاص موقف واضح لها، لأن السؤال الأساسي بالنسبة لمحكمة النقض لم يكن يتمحور حول تمتع المنتفع بصفة المساهم أم لا، بل كان يتعلق أنه في حالة ما إذا كان نظام الشركة يمنح كل حقوق التصويت للمنتفع، فهل يمنح ذلك مالك الرقبة من المشاركة في صياغة القرارات الجماعية؟⁸ وقد فصلت محكمة النقض حينها بشكل قاطع بين حق التصويت، والمشاركة في الجمعية العامة عند اتخاذ القرارات، وأكدت أن

¹ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p80.

² Cass.com, 31 Mars 2004, JCP, éd E, 2004, p1011, note rabreau A

³ Rabreau, note sous Cas, 17 Juin 2004, précité.

⁴ Deborah ESKINAZI, th précité, p127.

⁵ Revet, T, note sous cassation, 31 mars 2004, RTD civ 2004, p 318

⁶ L. Aynes, art, précité-p596

⁷ Cass.com, 04 Juin 1994, Bull joly, 1994, p249, note J. Daigre.

⁸ GAZULLA Joël, « le démembrement de propriété sur les titres sociaux », revue Française de comptabilité, n°346, Oct 2010, p 40.

صحة الاتفاق الذي يجعل من المنتفع وحده صاحب الحق في التصويت بكل الجمعيات العامة، لا يعني بأي حال حرمان مالك الرقبة من المشاركة في الجمعية العامة باعتباره مساهماً.¹

وتأكيد لما سبق ذكره، فلا نرى أي مبرر لمنح صفة المساهم للمنتفع، وأن حق المنتفع في التصويت لا ينبع من كونه مساهماً، كما لا يعتبر مساهماً لأن له حق التصويت، بخلاف مالك الرقبة الذي هو مساهم بقوة القانون ويتمتع بحق التصويت وهو حق أصيل -بغض النظر عما قد يرد عليه من عوارض- ولو تقاسمه مع المنتفع، فصفة المساهم ترتبط وتنشأ عن واقعة تقديم حصة في رأس مال الشركة،² والحال أن حق التصويت بالنسبة للمنتفع لا يقابل المساهمة في رأس المال ولا يرتبط بصفة المساهم، بل يجد أساسه في الصلاحيات التي يتمتع بها المنتفع في المحافظة على ماهية الشيء المنتفع به وحسن إدارته.³

وحتى في الفرض الذي يتنازل فيه مالك السهم عن ملكية الرقبة ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع، فالقضاء⁴ يرفع عنه صفة المساهم مع أنه صاحب مساهمة في رأس المال ابتداءً، لكن بتنازله عن ملكية الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع يكون قد تنازل عن صفته كمساهم، وهذا هو الوضع الطبيعي، لأنه لو لم يكن كذلك سيحتفظ كل مساهم سابق بعد تصرفه في أسهمه بصفة المساهم، وبهذا نستنتج أن العبرة في خلع صفة المساهم على الشخص هي بتحديد وضعيته أو علاقته القانونية بالسهم، بين ملكية الرقبة، أو حق انتفاع.

وما يدعو لنفي صفة المساهم عن المنتفع كذلك، هو أن من شأن منح المنتفع صفة المساهم، أن يحقق افتراض أن تتأسس الشركة من شخصين أحدهما مالك للرقبة والآخر منتفع بنفس الحصة.⁵ وهي وضعية تنطوي على الكثير من الشذوذ، وتجعلنا نتساءل عن مدى صحة شركة مساهمة التي تحقق الحد الأدنى من الشركاء وهم سبعة ولكن مكونا من 04 مالكي رقبة و03 مالكي حقوق انتفاع على نفس الأسهم، وهذا ما يدعونا إلى التذكير دائماً بأن تصويت المنتفع لا يخرج عن إطار رعاية المال المنتفع به، ولا علاقة له باكتساب صفة المساهم.

¹ Yves Reinhard, « le droit de vote de l'actionnaire », RTD com, 1999, p902.

² A VIANDIER, « la notion d'associé », th LGDJ, 1978 n°248, cité par Céline KARAM, th précité, p101.

³ المادة 489-847 مدني جرائري.

⁴ Cass. Civ 3^{ème} ch, 29 Nov 2006, Bull III, n°236, Rev Sociétés, 2007, p319.

⁵ GAZULLA JOEL, art précité, p41.

ومع أن الأمر لا يمثل خطأ أو قصورا تشريعيًا، بل بالعكس فهو محض التطبيق لنصوص القانون، إنما يمكن أن نستشف من كل ما سبق أن سلطة رأس المال في الشركة يمكن أن تمارس ولو في جزء منها من غير المساهم (المنتفع).

ويمكن قياس مدى السلطة في الشركة بين مالك الرقبة والمنتفع بطبيعة العلاقة بين الشخص والسهم،¹ فمالك الرقبة هو صاحب حق ملكية يخوله كل السلطات المرتبطة بملكته لاسيما التصرف فيها للغير، فقط لا يمكنه الانتفاع بثمار السهم، سواء مدة الاتفاق أو لغاية وفاة المنتفع (م 852 مدني جزائري) حيث يسترد حقه في الانتفاع، وبالتالي له كامل السلطة في تقرير كل ما يمس موضوع ملكيته في الشركة كزيادة رأس المال أو تخفيضه، وضعيات الاندماج والانفصال وغيرها من المسائل التي لا تناقش إلا بجمعية عامة غير عادية. بينما المنتفع لا يملك من السلطة سوى ما ارتبط بحقه في الانتفاع، أي بالقدر الذي يحقق حماية العوائد المالية للسهم، وبالتالي فله التصويت على القرارات التي تخص توزيع الأرباح أو ترحيلها والمصادقة على حسابات السنة المالية وكل ما يمكن مناقشته في جمعية عامة عادية.

وفي كلتا الحالتين، فإن انفصال ملكية السهم بين مالك للرقبة ومالك لحق انتفاع، يفرز من جانبه تقاسما في ممارسة السلطة بينهما، فيصبح السهم الواحد مصدرا لممارسة حق التصويت من أكثر من شخص.

ثانيا: شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت

استثناء من مبدأ عدم تجزئة السهم، فقد استحدثت المشرع الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي² بموجب تعديل 08/93 صنفا جديدا من الأسهم، وهي في الحقيقة سهم مجزأ إلى قسمين، شهادة استثمار وشهادة الحق في التصويت.³

¹ Sylvie Pieraccini, « la propriété temporaire, essai d'analyse des droits de jouissance à temps partage », thèse pour le doctorat, faculté de droit, Toulon, 2008, p185.

² يعود أول إصدار لأسهم مفككة في فرنسا إلى قانون 26 جوان 1957 الذي استحدثت الحكومة الفرنسية بموجبه الشهادات البترولية Certificats pétroliers، وهذا بهدف تنمية نشاط الشركات البترولية بشمال افريقيا (الجزائر تحديدا) وذلك باستقطاب رؤوس الأموال دون فقدان السلطة على الشركات البترولية، فأصدرت هذه الشهادات التي تتمتع بكل الحقوق ماعدا حق التصويت الذي يبقى حكرا على الدولة، ثم أتبعه المشرع الفرنسي بالقانون 01/83 المتعلق بإنشاء

شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت، لتفاصيل أكثر. renée kadouch, op-cit 460.

³ المادة 715 م 61 ت.ج

وشهادات الاستثمار هي صنف من الأسهم التي تصدرها الشركة كتمثيل لجزء من رأسمالها تخول لصاحبها مختلف الحقوق المالية، غير أن ما يميزها هو أن حق التصويت المرتبط بها لا يمارس بموجب نفس السند، بل بموجب سند آخر هو شهادة الحق في التصويت¹، إذن تمثل شهادات الاستثمار التي يجب أن تكون قيمتها الاسمية مساوية لسهم الشركة المصدرة حقوقا مالية وهي قابلة للتداول² بينما تمثل شهادات الحق في التصويت حقوقا أخرى غير الحقوق المالية المرتبطة بالأسهم³، وللمحافظة على التوازن بين رأس مال الشركة والحقوق المرتبطة به لا سيما الحقوق الإدارية فقد ألزم المشرع أن تصدر شهادات الحق في التصويت بعدد يساوي عدد شهادات الاستثمار⁴.

ونظرا لما يحدثه إنشاء مثل هذا النوع من الأسهم المفككة من عدم المساواة في ممارسة السلطة داخل الشركة فقد قيد المشرع إصدارها في حدود ¼ رأس مال الشركة⁵.

ورغم أن إنشاء مثل هذه الأسهم المفككة اقتضته الضرورات العملية، ومبررات المشرع في ذلك مقبولة ومستساغة إلى حد ما، إلا أن الأمر لم يمر على الفقه- الفرنسي خاصة- دون إثارة التساؤلات، وأهمها مدى اعتبار حامل شهادة الحق في التصويت مساهما رغم أنه يتمتع بصلاحيات سياسية في الشركة، إذ نجد جانبا من الفقه⁶ لا يعتبره كذلك بزعم أن حق التصويت لوحده لا يعتبر معيارا لاكتساب صفة المساهم، وأن وجود شهادات الحق في التصويت تأكيد على أن الشخص يمكنه ممارسة صلاحيات سياسة دون أن يكون مساهما بالشركة⁷.

¹ Jacques HAMON, « réparation des droits de vote leurs exercices et efficacité économique » CEREG, université Paris Dauphine, Fev 2001, p08.

² المادة 62م715 ت ج

³ المادة 63م715 ت ج

⁴ المادة 64م715 ت ج

⁵ المادة 66م715 ت ج

⁶ A. VIANDIER, « certificats d'investissement et certificats de droits de vote », JCP, CI, 1983, n°14117.

⁷ Renée KADOUCHE, th, précité, p461.

على أن الأمر يختلف نوعاً ما مع شهادات الاستثمار التي تحظى بتنظيم مشابه للأسهم العادية سواء من حيث القواعد المتعلقة بإصدار الأسهم وتسديدها،¹ أو من حيث الأفضلية في الاكتتاب لحامل شهادة الاستثمار عند زيادة رأس المال.²

وعلى كل، فالأسهم المحرومة من الحقوق السياسية خاصة حق التصويت تبقى أسهما وتمنح مالكة صفة المساهم كشهادات الاستثمار التي تحقق الرابطة المالية بين المساهم والشركة وتدخل في تشكيل رأس المال، فضلاً عن أن حرمان حامل شهادة الاستثمار من التصويت ليس مطلقاً، إذ يمكنه المشاركة في جمعية حاملي شهادات الاستثمار (م715م66-4) وأن اجتماع شهادة الاستثمار وشهادة الحق في التصويت بين يدي الحامل يؤدي إلى إعادة تكوين السهم بقوة القانون (م715م687).

ورغم أن بعض الفقه الفرنسي يعتبر أن حرمان شهادات الاستثمار من حق التصويت بشكل مطلق يرفع عنها صفة الأسهم،³ لكن هذا الرأي لم يعد يعبر عن واقع الحال بعد أن أدرج المشرع الفرنسي شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت ضمن طائفة السندات الآيلة للزوال⁴ en voies d'extinction، بحيث لم يعد مسموحاً بإصدار هذا النوع من الشهادات بعد صدور الأمر رقم 604/2004 المتعلق بإصلاح نظام القيم المنقولة المصدرة من الشركات التجارية، بينما لا يزال المشرع الجزائري يحتفظ وينظم هذا النوع من الأسهم دون نية التخلي عنه على ما يبدو، رغم أن الواقع يكشف عزوف شبه تام على إصدار وتداول مثل هذا النوع من الأسهم.

ورغم تشابه الأحكام المنظمة للأسهم المفككة في القانونين الجزائري والفرنسي، إلا أن هناك بعض القصور في التشريع الجزائري، والمتمثل في سقوط حكم يأخذ شكل الجزاء الذي يفرضه المشرع الفرنسي على المساهم بحرمانه من حقه في التصويت بالنسبة للأسهم المفككة التي اجتمعت بين يديه ولم يقم بالتصريح بذلك للشركة في أجل 15 يوم⁵، والملاحظ على هذا النص أن عدم التصريح باجتماع الأسهم بين يدي الحامل لا يؤثر على عملية إعادة تكوين السهم إذ تعد صحيحة، ويعتبر الحامل مساهماً، إنما

¹ المادة 715م68 ت ج

² المادة 715م66 ت ج

³ Dominique Schmidt, « le régime actuel des valeurs mobilières », RD bancaire et bourse, 1987, p42.

⁴ Art L228-29-8.c c f

⁵ Art L228-30 al 06. C c f

الأثر المترتب على عدم التصريح، هو حرمان صاحب الأسهم المعاد تكوينها من حق التصويت إلى غاية تسوية الوضعية¹.

لذلك يمكن القول أن تفكك السهم إلى شهادة استثمار وشهادة حق في التصويت في القانون الجزائري تضعنا أمام صورة مزدوجة للفصل التام بين الملكية والسلطة، سواءً بالنسبة لحامل شهادة الاستثمار التي تمثل جزء من رأس المال لا يقابله أي سلطة، أو بالنسبة لحامل شهادة الحق في التصويت التي تمثل جزء من السلطة ليس له أي تمثيل في رأس المال، بينما في القانون الفرنسي وإضافة إلى الصورة السالف ذكرها حول الفصل التام بين الملكية والسلطة بالنسبة لحامل شهادة الحق في التصويت وشهادة الاستثمار، نجد كذلك صورة أخرى تأخذ شكل الجزاء، وهي حرمان حامل الأسهم المعاد تكوينها من حق التصويت عند عدم التصريح بذلك، ويستوي في ذلك أن يعاد تكوين السهم بين يدي حامل شهادات الاستثمار أو حامل شهادات الحق في التصويت.

ثالثا: الملكية المشتركة للأسهم

إذا كان الوضع العام أن يمتلك المساهم الواحد سهما أو مجموعة من أسهم الشركة، ملكية خاصة به لا ينازعه فيها أحد، فإننا قد نشهد وضعا مغايرا تماما حينما يمتلك مجموعة من المساهمين سهما واحدا أو أكثر من أسهم الشركة ملكية جماعية مشتركة بينهم، فيكون السهم الواحد أو مجموعة من الأسهم، محل ملكية شائعة بين عدة مساهمين، وتتحقق هذه الوضعية عادة بالإرث، كما قد تتحقق بالهبه أو الوصية.

وإذا ما أراد الشركاء على الشيوع لأسهم الشركة ممارسة الصلاحيات والحقوق المرتبطة بالأسهم الشائعة بينهم، فما عليهم سوى الامتثال لأحكام الشيوع والتصرف في هذا الإطار، وبذلك تسري على الملكية المشتركة للأسهم الأحكام العامة للملكية الشائعة، لاسيما المادة 713 ق م ج التي تقضي بأنه: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم غير مقررة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك".

وبما أن المال الشائع يتطلب رعاية وإدارة، فإن المشرع الجزائري قد نص بالمادة 715 م ج على أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، إلا أن هذا الحكم قد لا

¹ Paul le Cannu, « l'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés, l'acquisition de la qualité d'actionnaire », Rev, Soc, 1999, p 519 et s.

يجد سبيلا لتطبيقه في حالة الملكية المشتركة للأسهم، إذ يتعذر على المالكين للسهم على الشيوخ أن يمارسوا مجتمعين الحقوق الإدارية المرتبطة به، لذلك تضمن القانون التجاري نصوصا خاصة ينظم هذه المسألة يقضي بأن: "يمثل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد، فإذا لم يحصل اتفاق، عين الوكيل من القضاء بناءً على طلب من أحد المالكين الشركاء الذي يهمله الاستعجال" م¹/2/679.

والحكمة التي يتوخاها المشرع من خلال فرض النيابة عند التصويت وذلك بإلزام المالكين للأسهم على الشيوخ بتعيين وكيل يمثلهم، هو تسهيل عملية الحضور بالجمعية العامة والتصويت لصعوبة وربما استحالة التصويت من كل المساهمين المالكين على الشيوخ إذا تعلق الأمر بسهم واحد.

والملاحظ على هذا النص أنه قد تصدى لاحتمالين، الاحتمال الأول وهو اتفاق المالكين للأسهم على الشيوخ على تعيين واحد منهم أو من الغير لتمثيلهم بالجمعية العامة، وهذا يعكس التوافق الذي يطبع هؤلاء المساهمين في إدارة المال الشائع بينهم، أما الاحتمال الثاني فيتعلق بالنزاع الذي قد ينشأ بين المساهمين المالكين على الشيوخ حول من يمثلهم بالجمعية العامة، وهو الفرض الذي عالجته المشرع بأن يكون تعيين الوكيل في هذه الحالة بمعرفة القضاء بناءً على طلب أحد المالكين على الشيوخ الذي يهمله الاستعجال، وإذا أخذنا هذا الحل من زاوية تسهيل إدارة المال الشائع بين المساهمين فهو مقبول جدا، لكن إذا نظرنا إليه من زاوية احترازية تتعلق بالمصلحة الجماعية لأصحاب الملكية المشتركة، نجد أن هناك قصورا يتعين تداركه، وإلا قد يؤدي إلى نتائج تهدم المصلحة المشتركة للمساهمين والمساواة بينهم، فالمشرع لم يحدد من أي جهة يكون هذا الوكيل المعين قضائيا، هل واحد من بين المالكين على الشيوخ أم من الغير، والأكد أنه متى تم تعيين الوكيل من بين المساهمين أصحاب الملكية المشتركة، فلا يمكن وصف القرار القضائي الناطق بذلك سوى بأنه قد غلب إرادة طرف على الآخرين دون وجه حق، وهذا ما تنبته له محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها² ألغت بموجبه قرارا استئنافيا لمحكمة ليون، في القضية التي حكمت فيها هذه الأخيرة بتعيين أحد الإخوة وكيلًا عن البقية، رغم معارضة أحدهم بعدما تنازعا حول تمثيلهم بالجمعية العامة، وعللت محكمة النقض حكمها بأن تمكين أحد المالكين على الشيوخ في حالة النزاع من حق تمثيل باقي الأطراف المتنازع معها، ينطوي على منحه سلطة تمثيل تفوق نسبة

¹ يقابلها نص م: L225-110 تجاري فرنسي

² Cass.com, 10 juillet 2012, Bulletin Civ, 2012, IV, n°157.

حصته في المال الشائع وهو ما يمثل خرقاً لمبدأ المساواة بين المساهمين، وبالتالي يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يختار وكيلاً من غير الأطراف المتنازعة.

ويطرح هذا نص المادة 2/679 وبالصيغة التي جاء بها المشرع الجزائري بعض النقاط المتعلقة بموضوع البحث، والتي يتوجب الوقوف عندها لتوضيحها:

أولاً أن المشرع الجزائري يؤكد من خلال هذا النص أن الوكالة في التصويت قد تمارس من المساهم ومن غير المساهم، أي أن ممثل المساهمين المالكين على الشيوع يمكن أن يكون مساهماً من بينهم أو شخصاً غريباً تماماً عن الشركة، وسواء تم تعيين الوكيل غير المساهم من طرف الشركاء في الأسهم على الشيوع أو من طرف القضاء في حالة عدم الاتفاق، فإن الثابت هنا وفي كل الأحوال، أن السلطة عبر حق التصويت تمارس من غير المالك للأسهم، وهو ما يعبر بشكل أو بآخر عن انفصال تام بين الملكية والسلطة، فالوكيل غير المساهم وغير المالك يصوت، والمساهم المالك لا يصوت.

مع ملاحظة أن هذا الانفصال الذي يلحق حق التصويت، قد يمتد كذلك ليمس حق الحضور بالجمعيات العامة، وهو ما يمكن أن يفهم من لفظ "التمثيل" الذي استعمله المشرع الجزائري، إذا ما اعتبرنا أن تمثيل مالكي الأسهم على الشيوع بالجمعية العامة، يعني حضور الوكيل للجمعية العامة دون باقي المالكين، وهو ما يمثل وجهاً آخر من أوجه انفصال السلطة عن الملكية.

ومع ذلك يبقى حق الإعلام - وهو من أهم الحقوق السياسية - مكفولاً لكل المساهمين ومنهم المساهمين المالكين للأسهم على الشيوع،¹ ولا يجوز حرمانهم منه تحت أي ظرف كان.

وتطرح الملكية المشتركة للأسهم كذلك إشكالاتاً أخرى تتعلق بحق التصويت، فإذا كان أحد الشركاء في الملكية المشتركة للأسهم محروماً من حق التصويت لتعلق هذا الأخير بمنفعة خاصة به، فإنه لا يجوز ممارسة حقوق التصويت المرتبطة بكل الأسهم محل الملكية المشتركة، ولا يجوز أخذها بعين الاعتبار في حساب النصاب والأغلبية²، ولئن كان هذا الوضع مقبولاً بالنسبة للمساهم (المالك على الشيوع) صاحب المنفعة في التصويت، كون حرمانه من حق التصويت هو إجراء احترازي ورد بعدة نصوص وفي عدة مسائل، فإن حرمان باقي المساهمين المالكين على الشيوع من حق التصويت بالتبعية لحرمان صاحب المنفعة الشخصية منهم، يعد من قبيل الفصل القانوني بين السلطة والملكية، رغم انتفاء

¹ المادة 682 ت.ج

² G. Ripert, R. Roblot, op-cit, p1111.

المصلحة الشخصية بالنسبة لهم، وهو يشكل بذلك أحد الآثار العرضية التي قد تلحق ممارسة سلطة رأس المال ليس اعتبارا لشخص المساهم صاحب السلطة، بل استنادا لطبيعة الملكية (المشتركة) والتي تلحق مصدر ممارسة السلطة (الأسهم) ..

الفرع الثالث: تأثير العمليات على الأسهم في ممارسة السلطة

إضافة إلى العمليات التي ترد على الأسهم والتي تتبع من المحيط التجاري للشركة كالتداول بأسواق الأوراق المالية، فإن هناك العديد من التقنيات المدنية التي يمكن أن تكون الأسهم محلا لها، ولا شك أن من شأن هذه العمليات أن تؤثر في أداء الأسهم خاصة بالنسبة للقوة التصويتية لها، بحيث تؤدي إلى انفصال لجزء من السلطة بقدر نسبة الأسهم موضوع تلك العمليات، ويظهر ذلك سواء عند شراء الشركة لجزء من أسهمها (أولا) أو عند الحجز على أسهم أحد المساهمين (ثانيا) وأخيرا عند وضع بعض الأسهم المتنازع فيها تحت الحراسة (ثالثا).

أولا: شراء الشركة لأسهمها الخاصة

شراء الشركة لأسهمها الخاصة، هو عقد بيع تحصل بمقتضاه الشركة على الأسهم المباعة بسعرها في سوق الأوراق المالية،¹ وهي تمثل إحدى العمليات المحظورة في قوانين الشركات لما قد تنطوي عليه من مساس بأصول الشركة، قد يجعل رأس مالها صوريا في جزء منه.²

ولم يكن المشرع الجزائري بموجب قانون 1975 ينظم هذه العملية بشكل مستقل ولم يكن يعتبرها سوى شكلا من أشكال تخفيض رأس المال، لذلك أفرد لها نصا واحدا وهو المادة 677³، وجعلها ضمن الفقرة الثانية الخاصة بتخفيض رأس المال.

ولئن كان البعض⁴ يرى في استعمال لفظ الشراء فقط من بين باقي طرق التملك، ضمانا بأن لا تكون هناك حالات إقصاء للمساهم من جانب واحد، بإجباره على بيع أسهمه*، إذ يعبر المشرع بذلك عن عملية رضائية تتعاقد فيها الشركة مع المساهم البائع، فإن رفض هذا الأخير البيع فلا يتم الشراء من

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 206.

² G. Ripert, R. Roblot, op-cit, p1113.

³ تنص المادة 677 من قانون 1975 على " يحظر على الشركة شراء أسهمها الخاصة، على أن يجوز للجمعية العامة التي قررت تخفيض رأس المال بدون مبرر للخسائر أن تسمح لمجلس الإدارة بشراء عدد معين من الأسهم بقصد إبطالها ".

⁴ Robert Demers, « Achat et rachat d'actions en vertu de la Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes », Les Cahiers de droit, vol. 22, n° 1, 1981, p 68

* خاصة بالشركات غير المسعرة أسهمها بالبورصة

جانب الشركة، ولن يكون هناك إقصاء قصري للمساهم، وهذا تفسير مقبول ويحمل جانبا من الصحة، غير أننا نرى في هذا النص قصورا عن احتواء أوضاع أخرى، كونه يفتح المجال أمام الشركة لاقتناء جزء من أسهمها خارج إطار الشراء، كالاكتتاب مثلا عند الزيادة في رأس المال، لذلك نرى أن التدخل التشريعي بالمرسوم 08/93 كان موفقا عندما أضاف حظر الاكتتاب كأحد طرق اقتناء الشركة لأسهمها، إذ أن اكتتاب الشركة بأسهمها يُفرغ عملية زيادة رأس المال من مدلولها القانوني والفعلي.

وبذلك أصبحت هذه العملية بعد صدور المرسوم التشريعي 08/93 منظمة بقسم خاص تضمن المواد من 714 إلى 715 مكرر³، وقد جاء حظر اكتتاب أو شراء الشركة لأسهمها بنص المادة 714 بنصها على: "يحظر على الشركة الاكتتاب لأسهمها الخاصة وشراءها، إما مباشرة أو بواسطة شخص يتصرف باسمه الخاص لحساب الشركة".

إذن فرغم أن الشركة هي مالكة لرأس مالها، إلا أنه لا يجوز لها أن تمتلك الأسهم المشكلة لرأس مالها، أو بالأحرى لا يمكنها أن تمتلك وتمارس الحقوق المرتبطة بتلك الأسهم.

ومع ذلك فقد لازم هذا الحظر بعض الاستثناءات التشريعية التي تستند إلى الضرورات الاقتصادية والتي كان القضاء الفرنسي قديما وقبل الحضر الذي جاء به قانون 1966¹، يعتبرها كمبررات لإطلاق يد الشركة في شراء أسهمها*، وتتمثل هذه الاستثناءات- التي اعتمدها المشرع الجزائري كذلك- والتي تتيح للشركة شراء عدد من أسهمها في:

- تخفيض رأس مال الشركة، وهو الاستثناء الذي تضمنته المادة 2/714 ت ج "غير أنه يجوز للجمعية العامة التي قررت تخفيض رأس المال غير مبرر للخسائر أن تسمح لمجلس إدارتها أو لمجلس المديرين بشراء عدد معين من الأسهم قصد إبطالها"²، حيث يشكل شراء الشركة لأسهمها هنا طريقا من طرق تخفيض رأس المال، كما قد يتحقق تخفيض رأس المال بشراء الشركة لأسهمها بشكل آخر وفق ما نصت عليه المادة 715 مكرر 55 وذلك في حال ما إذا تضمن نظام الشركة شرطا يقضي باعتماد المتنازل له عن الأسهم من طرف الشركة قبل الإحالة، أو ما يعرف بشرط الموافقة أو الاعتماد clause d'agrément والذي يمنح الشركة (عبر أجهزتها المختصة) الحق في قبول أو رفض المتنازل له عن

¹ Art 217 al-1, loi n°66-537 du 24 Juillet 1966.

* شريطة أن لا تؤثر في رأس المال والاحتياطات القانونية.
² تقابلها المادة L225-207 تجاري فرنسي

الأسهم، بحيث يلزمها المشرع هنا إما العمل على أن يشتري الأسهم أحد المساهمين أو أن يشتريها الغير، وإما أن تشتريها الشركة بموافقة المحيل قصد تخفيض رأس المال.

- تنظيم سعر الأسهم: وهذا ما نصت عليه المادة 715 مكرر تجاري جزائري¹ "يمكن للشركات التي تكون أسهمها مقبولة في التسعيرة الرسمية لبورصة الأوراق المالية، شراء أسهمها الخاصة في البورصة لتنظيم سعر الأسهم، ولهذا الغرض يجب على الجمعية العامة غير العادية أن تكون قد رخصت صراحة للشركة القيام بعمليات البورصة بأسهمها الخاصة، كما أنها تحدد كميّات إجراء العملية ولاسيما السعر الأقصى للشراء والسعر الأدنى للبيع، وكذا العدد الأقصى من الأسهم الواجب حيازتها والأجل الذي يجب أن تتم خلاله الحيازة، ولا يمكن منح هذه الرخصة لأجل يفوق سنة واحدة".

وقد نص المشرع الفرنسي على استثناء آخر لم يأت على ذكره المشرع الجزائري، وهو شراء الشركة لأسهمها قصد توزيعها على العمال، وذلك في إطار تدعيم مشاركة العمال في رأس مال الشركات، ويتعين على الشركة أن تقوم بإجراء التوزيع للأسهم الخاصة المشتركة على العمال في أجل سنة واحدة من حيازتها.²

إذن هذه هي الحالات التي يجوز فيها للشركة شراء أسهمها الخاصة خروجاً على الأصل العام الذي يقتضي حظر ذلك.

ولا يخفى ما لهذه العملية من مخاطر سواء بالنسبة للشركة فيما يخص توازنها المالي، أو بالنسبة للدائنين كون العملية هي تخفيض واقعي لرأس المال يقلل من ضمان الغير، وكذا بالنسبة للمساهمين من خلال إمكانية مساسها بمبدأ المساواة.

كما تطرح الكثير من الصعوبات والتناقضات إذ تجعل الشركة بمرتبة أو بمكانة الغير الذي يقتني أسهما بالشركة ويصبح مساهماً بها، أي تصبح الشركة أحد المساهمين في رأس المال الخاص بها³، وهذا ما يمثل بالنسبة لنا جوهر علاقة هذا الوضع بموضوع الدراسة، ف شراء الشركة لجزء من أسهمها يقابله أن يكون البائع أحد المساهمين، وهنا تنتهي العملية بانقطاع علاقة المساهم بالشركة⁴، وبما أن الشركة لا

¹ تقابلها المادة L225-209 تجاري فرنسي

² Art L225-208 c c f

³ J.C. Coviaux, « l'achat par une société de ses propres actions », dix ans de droit de l'entreprise, Litec, 1978, p190 ; Christian Fischer, Le rachat d'actions et les participations réciproques, De Boeck, 1996

⁴ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 716.

يمكنها أن تحل محل هذا المساهم البائع، فهي لا تكتسب صفة المساهم، ولا يجوز لها استعمال الحقوق المرتبطة بهذه الأسهم¹، وبالتالي فالتساؤل يثور حول مصير الحقوق الناشئة عن هذه الأسهم خاصة حق التصويت.

فالبائع لم يعد مساهما ولا يمكنه التصويت، والشركة ليست مساهما ولا يمكنها التصويت، وبالتالي ينتج عن ذلك أن يصبح جزء من رأس مال الشركة معطل عن إنتاج الحقوق المالية والسياسية التابعة له، أي أن يصبح جزء من رأس مال الشركة مفرغ من أي سلطة يفترض أن تمارس بالتناسب مع ذلك الجزء، لذلك فإن عملية شراء الشركة لأسهمها الخاصة تنطوي على انفصال تام بين السلطة ورأس المال بالنسبة للجزء الذي تمثله الأسهم محل الشراء.

وقد أكد المشرع الفرنسي هذا الحكم حينما نص على أن هذه الأسهم التي تحوزها الشركة لا تعطي الحق في الأرباح وهي محرومة من حق التصويت²، وهو حكم صائب ومنطقي بالنظر إلى عدم وجود مالك قانوني لتلك الأسهم، ولا ندري لماذا أغفل المشرع الجزائري مثل هذا الحكم على أهميته، مع أنه أخذ الأحكام المتعلقة بشراء الشركة لأسهمها عن نظيره الفرنسي، فخلو القانون التجاري الجزائري من هذا الحكم وأحكام أخرى تخص الموضوع، لا يفسر إلا على أنه قصور تشريعي يتعين تداركه لاستكمال التنظيم القانوني لهذه العملية.

وتقاديا للآثار السلبية التي تترتب عن حرمان تلك الأسهم من حق التصويت، فقد قيد المشرع الفرنسي الشركة بأن لا تتجاوز عند شرائها لأسهمها نسبة 10% من رأس مالها أو 10% من صنف معين من الأسهم، وأن تأخذ تلك الأسهم الشكل الاسمي وأن تكون محررة بالكامل³، فضلا عن الإطار المحدد سابقا فيما يخص الحالات التي يجوز فيها للشركة شراء أسهما من حيث مدة حيازتها التي لا يجب أن تتعدى سنة واحدة، وأن تكون بهدف تخفيض رأس المال أو لتنظيم سعر الأسهم، أو توزيعها على العمال، وهي كلها ضوابط وأحكام جوهرية لا ينبغي تجاوزها، لأن شراء الأسهم أو الاكتتاب بها يكون في العادة من الجمهور، أما إذا كانت الشركة هي من يشتري أو يكتتب بأسهمها الخاصة، فهذا يُفقد الشركة معنى المساهمة في تكوين رأس مالها.

¹ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 233.

² Art L225-210 ccf

³ Art L225-210 ccf

كما قد تفتح هذه العملية الباب أمام مجلس الإدارة والمؤسسين الذين يحوزون نسبة كبيرة من الأسهم، الاستحواذ على السلطة في تسيير الشركة واتخاذ القرارات بشأنها.¹

ومع ذلك يرى البعض أن هذه العملية تسمح بتسيير مرن في حدود ما يسمح به القانون وفي وضعية الملاءة واليسار بالنسبة للشركة، لأنها تُوجه الجهاز الإداري نحو السلوكات والتصرفات التجارية السليمة، بدلا من اعتماد أساليب ملتوية،² فالمشرع حينما أجاز استثناءً للشركة شراء عددٍ من أسهمها الخاصة، إنما قرن ذلك بالملاءة واليسار la solvabilité أي أن تكون الشركة في وضعية مالية صحية ومريحة حتى تُجنب العملية أي نوع من الغش والاحتيال، وهذا ما عبرت عنه المادة 714 ب: "تخفيض رأس المال غير مبرر للخسائر" « une réduction de capital non motivée par des pertes »

ثانيا: الحجز على الأسهم

تجيز المادة 667 ق.إ.م.إ.³ لكل دائن بيده سند تنفيذي أن يحجز حجزا تنفيذيا على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون، ولو لم يحل أجل استحقاقها.

وباعتبار الأسهم من الأموال المنقولة (قيم منقولة)، فهي أموال قابلة للحجز وبصريح النص، غير أنه يتعين الإشارة إلى نقطة مهمة تتعلق بالطبيعة المنقولة للأسهم، التي جاء بها المشرع الجزائري نقلا عن نظيره الفرنسي، إذ يتعين التمييز بين الشكل التقليدي للأسهم الذي يعتمد على الدعامة المادية، وبين القيد في الحساب للأسهم والذي يلغي تماما الشكل المادي للسهم ويجعل منه مجرد قيد في حساب تمسكه الشركة المصدرة أو الوسيط المؤهل.

فبالنسبة للصكوك التقليدية التي تصدرها شركة المساهمة كالأسهم، فهي تعتبر أوراقا مالية قابلة للتداول، أي يمكن التصرف فيها، وهذا ما يجعلها قابلة للحجز عليها،⁴ وبما أن المشرع الجزائري مازال يعتد بالكيان المادي للسهم، فيمكن القول أن حجز الأسهم يبقى خاضعا لأحكام حجز المنقولات المادية،

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 210.

² Robert Demers, art-précité, p 63

³ القانون 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج رعدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008

⁴ أسامة أحمد المليجي، التنفيذ الجبري على الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 131.

وقد جعلها المشرع الجزائري من قبيل حجز ما للمدين لدى الغير بنص المادة 667 ق.إ.م.إ،* أما بالنسبة للأسهم المقيدة في الحساب والتي فقدت وجودها المادي، فقد أصبحت من قبيل المنقولات المعنوية.¹

وهذا ما يطرح حسبا يرى البعض، بعض الصعوبات في توقيع الحجز بين يدي الغير، وذلك خاصة بالنسبة للأسهم لحاملها، فالقانون يضمن ستر هوية الحامل، ولا يظهر عند التعامل سوى رقم تعريفه للسهم، وهذا ما يجعل من هذه الأسهم سهلة الإخفاء أي بعيدة عن الحجز عمليا،² لكن وفي كل الأحوال تبقى هذه الأسهم لحاملها والمقيدة بالحساب من الأموال القابلة للحجز قانونا³ بغض النظر عما ينشأ عن ذلك من إشكالات.

ولهذا وخروجا عن الخلاف وعن التفاصيل التي لا ترتبط بموضوع البحث، لأن ما يهمنا ليس علاقة المساهم المحجوز عليه بدائنه الحاجز، بل علاقة المساهم المحجوز عليه بالشركة التي يمتلك جزءا من أسهمها من حيث الآثار التي تلحق هذه العلاقة جراء توقيع الحجز، لذلك فإنه وباعتماد الفرض العام أي توقيع الحجز على الأسهم باعتبارها من المنقولات، فالأصل أن الثمار التي تنتجها الأوراق المالية تعد محجوزة ولو جاءت في المدة التالية لتوقيع الحجز،⁴ وهذا ما يحيلنا إلى نقطة هامة تتعلق بعلاقة المساهم المحجوز عليه بالشركة، فالحجز على أسهم المساهم بالشركة من شأنه التأثير سلبا على ممارسة حقوقه بالشركة على نحو تسلسلي، فحرمان المساهم من حقه في بيع أسهمه كأثر لتقييد حق الملكية بعد توقيع الحجز⁵، وحرمانه من الثمار التي تنتجها أسهمه، هي مقدمات لنتيجة تكاد تكون حتمية، وهي تخليه الطوعي عن المشاركة في الجمعيات العامة وعن ممارسة حقه في التصويت خلال الفترة ما بين توقيع الحجز على الأسهم وبيعها، خاصة إذا ما علم المساهم من نفسه عدم قدرته على سداد ما عليه من دين تجاه الحاجز وصيرورة أسهمه إلى البيع لا محالة، فهنا تكون نية المشاركة لدى المساهم في أدنى مستوى لها، إن لم تنتفي تماما، وهو ما يختفي معه كل أثر للسلطة التي يفترض أن يمارسها المساهم، وهنا يمكن

* سواء تحت يد الشركة المصدرة أو لدى الوسيط المؤهل إذا كان التداول بالبورصة

¹ Philippe Merle, op-cit, p263.

² Eric Causin, droit comptable des entreprise, édition LARCIER, 2002, p179

³ Pascal HAIMAUT H, Gilberte RAUCQ, les sociétés anonymes, constitution et fonctionnement, édition LARCIER, Bruxelles, 2005, p329.

⁴ أسامة المليجي، التنفيذ الجبري على الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص131.

⁵ عادل سالم، عبد الرحمان الذنبيات، "حجز وبيع الأوراق المالية الاسمية التي تصدرها شركات المساهمة العامة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد43، يوليو 2010، ص355.

القول أن من شأن توقيع الحجز على أسهم المساهم في الشركة أن يجعل جزءاً من رأس مال الشركة مفرغاً من السلطة، أو على الأقل يُفقد المساهم دوافع الممارسة الايجابية لسلطته في الشركة.

ثالثاً: وضع الأسهم تحت الحراسة

تشكل الحراسة إحدى الآليات القانونية التي كفلها المشرع لحفظ الحقوق من خطر الضياع، والحراسة قد تكون اتفاقية بإيداع شيء متنازع فيه من طرف عدة أشخاص بين يدي شخص آخر يلتزم بإعادته بعد فض النزاع إلى الشخص الذي يثبت له الحق فيه (م 602 مدني جزائري)، كما قد تكون قضائية أي يأمر بها القضاء إذا لم يتفق ذو الشأن على الحراسة (م 603 مدني جزائري)، ومهما كانت الجهة صاحبة التعيين فالثابت أن حارس الأموال هو من الغير الذي يعهد إليه بحفظ الأموال المتنازع فيها¹.

فالحراسة إذن هي إجراء احترازي الهدف منه تحقيق مصلحة مشتركة يجتمع حولها كل من يدعي حقا على المال محل النزاع، وباعتبار الأسهم من قبيل الأموال المنقولة التي يمكن أن تشملها الحراسة، في حال التنازع حول ملكيتها، فالتساؤل الجوهرى الذي يطرح هو: من يملك ممارسة الحقوق المرتبطة بتلك الأسهم لاسيما الحضور بالجمعية العامة والتصويت فيها؟² وهذا التساؤل يجرنا إلى طرح بعض الفرضيات التي يشكل تحققها انفصالا تاما بين الملكية والسلطة في الشركة.

فافتراض أن لا يصوت المساهمون المتنازعون حول ملكية الأسهم، معناه أن جزءاً من رأس المال لا يمكن لصاحبه أن يمارس السلطة المرتبطة به، وافتراض أن الحارس يمكنه التصويت على أساس الأسهم المعهود إليه حراستها، يعني بالمقابل أن هناك جزءاً من السلطة يمارس في الشركة دون أن يكون له أي مقابل في رأس المال، فالحارس يبقى من الغير بالنسبة للشركة، وحتى عند افتراض أن يكون الحارس مساهماً بالشركة، فهو غير مالك للأسهم محل الحراسة.

وتأسيساً على الطابع الاحترازي والمؤقت لحراسة الأسهم وعلى مهام الحفظ التي يتولاها حارس الأسهم، فإن إمكانية تحقق الافتراضات السابقة قد أثار جدلاً فقهيًا في فرنسا،³ حتى أن القضاء الفرنسي كذلك لم يأخذ نفس الوجهة، إذ قرر مبدئياً أن حارس الأسهم لا يملك حق التصويت، لأن ممارسة هذا

¹ Philippe Merle, op-cit, p468.

² Olivier Caprasse, ROMAN Aydogdu, les conflits entre actionnaires : prévention et résolution, édition LARCIER, Bruxelles, 2010, p160.

³ G. Ripert, R. Roblot, op-cit, p1146

الحق ليست من ضروريات مهامه في حفظ الأسهم¹، كما ذهب البعض في تفسير عدم جواز منح حارس الأسهم حق التصويت في الجمعيات العامة، أن من شأن ذلك أن يهدم ثلاث قواعد رئيسية في الموضوع، وهي أولاً الطابع الشخصي لحق التصويت، ووظيفة حفظ المال فقط التي يتولاها الحارس، وكذا الطابع المؤقت للحراسة.²

بينما في الجانب الآخر أجاز القضاء الفرنسي لنفسه وإن كان بشكل استثنائي ولغايات الضرورة القصوى، أن يمدد مهام الحارس القضائي لتشمل التصويت بالجمعيات العامة بالأسهم محل الحراسة³، وهذا يندرج في سياق الاستثناءات التي يقرها القضاء عادة لحماية الحقوق والمصالح العامة، وهو تكملة للهدف الأساسي هنا، أي حفظ وحماية حقوق المساهمين المتنازعين في الملكية، وقد سار البعض في اتجاه تمكين حارس الأسهم من التصويت بالجمعية العامة وإن كان ذلك بشكل غير مباشر، بالقول أن القرار القضائي الأمر بتعيين الحارس وتكليفه بمهام حفظ الأسهم، هو من يتكفل بتنظيم مسألة حق التصويت⁴ سواءً بتمكين الحارس من حق التصويت أم لا، أي أن في النهاية، مسألة تصويت الحارس هي أمر متاح وممكن دون إشكال، لكن متى ما أمر به القضاء.

لذلك وتأكيداً على الطابع الاستثنائي لتمكين الحارس من حق التصويت، فإن العديد من أحكام القضاء تعكس توجساً جلياً من هذه المسألة، ويظهر ذلك من خلال الضوابط الصارمة ومعالجة المحاكم لها حالة بحالة⁵، فأحياناً تفرض المحكمة على الحارس التصويت في اتجاه معين⁶ أو أن توكل للحارس مهام الإدارة ما عدا التنازل عن الأسهم.⁷

وخروجاً من هذا الخلاف، رأى بعض من يعارضون منح حارس الأسهم حق التصويت، أنه يمكن الاستعاضة عن هذا الإجراء بحل أكثر عملية وواقعية، وهو تعيين مدير قضائي مؤقت Administrateur provisoir⁸ يتولى إدارة المال المتنازع فيه تحت إشراف القضاء، وهي الفكرة التي

¹ Cass.com, 30 Nov 1955 JCP, 1956/2, 9081 not BASTIAN ; 15 Fev 1983, rev soc 1984, p97, note M.GUILERTEAU

² Yves Henri, Leleu Sophie Louis, « les actionnaires mariés sous le régime de la communauté légale », le statut des actionnaires spéciales, 2006/10 Vol 89, p221.

³ Paris, 19 Oct 1988, Bull Joly, 1989 p79 ; 12 Dec 1990, Bull Joly 1990, p90.

⁴ Philippe Merle, op-cit, p468.

⁵ G. Ripert, R Roblot, op-cit, p1146.

⁶ Paris, 30 Oct 1989, LVMH, journal agrées, 1989, note D. Schmidt

⁷ Paris, 30 Aout 1989, JCP, éd E, 15677, n°17.

⁸ Yves Henri Leleu, Sophie Louis, op-cit, p222.

يمكن أن نستشفها كذلك من نص المادة 604 مدني جزائري، وإن كانت تجعل من تعيين المدير القضائي نتيجة لازمة تعقّب الحراسة القضائية في حالة شغور الإدارة أو النزاع بين الشركاء.

واسترسالا في الموضوع بالنسبة للقانون الجزائري، وفي ظل نقص الاجتهاد القضائي وشح التداول الفقهي لهذه المسألة، فلا مناص من الرجوع إلى ما ورد بالأحكام العامة للحراسة وتحديد ما نصت عليه المادة 608 مدني جزائري بقولها: " لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء".

وهذا النص واضح فيما يخص اعتبار أعمال الإدارة من قبيل المهام الطبيعية للحارس والتي يمارسها دون الرجوع للشركاء المتنازعين، بخلاف أعمال التصرف التي يتعين إجماع الشركاء حولها أو ترخيص القضاء بذلك.

والظاهر إذن من خلال الوقوف عند هذا النص، أن المشرع الجزائري يُحيز مبدئيا لحارس الأسهم المتنازع حولها التصويت بالجمعيات العامة وفي كل الأحوال، تأسيسا على أن حق التصويت لا يخرج بالنهاية عن كونه إما من أعمال الإدارة أو أعمال التصرف.

وبالتبعية لذلك فقد يثور التساؤل حول مدى اعتبار حق التصويت من أعمال الإدارة، أم من أعمال التصرف؟ ونرى في هذه الحالة أنه لا مناص من الرجوع لطبيعة القرارات المعنية بالتصويت، وإلى صفة الجمعية العامة المنعقدة، فإذا تعلق الأمر بجمعية عامة عادية للتصويت على حسابات السنة المالية أو توزيع الأرباح، أو أي قرار آخر يؤدي أو على الأقل لا ينتقص من حقوق الشركاء المتنازعين، فيمكن اعتبارها من أعمال الإدارة التي يصح للحارس التصويت بشأنها تلقائيا، أما بالنسبة للجمعيات غير العادية التي تنظر في تعديل القانون الأساسي أو المساس بحقوق أو بصفة المساهمين في الشركة أو التنازل عنها أو تعديلها، فهي تأكيداً من أعمال التصرف التي لا بد من إجماع الشركاء حولها أو ترخيص القضاء بها.

وبالتالي فإن تمكين الحارس من حق التصويت وإن كان فيه خروج عن الوضع العادي الذي يجعل من السلطة بيد المالك، إلا أنه يبقى إجراء مفروضا وخيارا وحيدا في بعض الأحيان لحفظ حقوق الأطراف، وأن تمكين الحارس من حق التصويت لا يخرج مبدئيا عن هذا الإطار، لأن المسائل المعروضة للنقاش والتصويت هي بالنهاية تهم كل مالك محتمل للأسهم بعد فض النزاع بينهم، وأن

تصويت الحارس قد يكون الضمانة الوحيدة في هذه الحالة، لرعاية حقوق المساهمين المتنازعين، خاصة إذا تعلق الأمر بزيادة التزامات المساهمين، أو إبراء مجلس الإدارة أو مصير الشركة.

لاسيما وأن المشرع الجزائري قد فرض عدة التزامات قانونية على الحارس، ولعل نص المادة 607 من القانون المدني الجزائري يصب في هذا الاتجاه، من حيث التزام الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها، وإدارة هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل المعتاد، وإدارة الأسهم تقتضي على الأقل التصويت حول الحقوق المالية المرتبطة بها كقرارات توزيع الأرباح أو ترحيلها، كما تضمنت المادة 610 التزام الحارس بمسك دفاتر حساب منظمة، ويجوز للقاضي إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من طرفه، كما يلتزم أن يقدم لذوي الشأن كل سنة على الأقل حسابا على ما قبضه وما أنفقه مؤيدا بمستندات مثبتة له، وأن يقدم حسابا مماثلا للقاضي إن كان هو من عينه.

وهذه الالتزامات في الحقيقة، تشكل آلية وقائية ترافق تمتع الحارس بحق التصويت بأسهم غيره، وتضمن حماية حقوقهم ومصالحهم طول فترة النزاع، ولهذا نجد القضاء الجزائري يكرس هذا المعنى، حيث قضت المحكمة العليا بأن: " المسؤولية لا تقع دائما على الحارس القانوني أي مالك الشيء، بل تنتقل إلى من له سلطة التسيير والتوجيه والرقابة"¹، وقضاء المحكمة العليا هنا يحمل إشارة إلى أن حارس الأسهم بإمكانه التصويت إذا ما تزامنت الحراسة مع انعقاد الجمعية العامة، تأسيسا على أن الخطأ الموجب لمسؤولية حارس الأسهم ينشأ عن الإهمال في رعاية الحقوق المرتبطة بها، أو الخطأ في ممارسة تلك الحقوق ومنها حق التصويت.

على أن يضبط القضاء أو الاتفاق حدود السلطة الممنوحة لحارس الأسهم (606 م ج) والتي من ضمنها حق التصويت، خاصة وأن نفس المادة أشارت إلى إمكانية تطبيق أحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام الحراسة، ووكالة التصويت هي إجراء مسموح به قانونا.

وكل هذا طبعا يصب في خانة اعتبار الحراسة القضائية كتدبير مؤقت لا يمس بحقوق الأطراف، بل يهدف لحمايتها، فهي على ما صرح به القضاء الجزائري في قرار للمحكمة العليا،² بأنها من صميم اختصاص القاضي الاستعجالي وفقا لنص المادة 183 من ق ا م (بعد التعديل، المادة 299 قانون

¹ قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 01 جويلية 1981، ملف رقم 21313

² قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 21/01/2010، ملف رقم 627499، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول

الإجراءات المدنية الإدارية رقم 09/08). وأضاف نفس القرار بأن إجراء الحراسة القضائية حتى في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء، تبقى من محض السلطة التقديرية للقضاة في تقدير الظروف التي تبرر إجراء الحراسة على الأموال المتنازع حولها، وفي قرار آخر للمحكمة العليا صرحت فيه بأنه: " متى كان من المقرر قانوناً أن الأوامر التي تصدر في المواد الاستعجالية لا تمس بأصل الحق، ومتى كان من المقرر كذلك أن الحراسة القضائية تجوز على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء إذا ما تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

وعلى كل، يبقى اللجوء إلى وضع الأسهم تحت الحراسة، وفي كل الأحوال من الآليات التي يترتب عنها انفصال بين الملكية والسلطة، سواء من خلال عدم تمكن المالك-المساهم-من حق التصويت وبالتالي تعطل جزء من السلطة بنسبة الأسهم محل الحراسة، أو من خلال تمكين الحارس وهو غير مالك من حق التصويت.

المبحث الثاني: دور الحرية التعاقدية في تنظيم حق التصويت

إن المواضيع التي يمكن أن تتناولها الاتفاقيات بين المساهمين واسعة وعديدة، لأنها تعكس إرادة المساهمين في تنظيم شؤونهم وعلاقاتهم التي تتعدد وتتنوع حسب الظروف.

وبالتالي فمسألة تصنيف هذه الاتفاقيات تبقى من المسائل العسيرة التي يتعذر تحقيقها، خاصة وأن معظم هذه الاتفاقيات هي من قبيل العقود غير المسماة والتي من ضمنها الاتفاقيات المتعلقة بممارسة السلطة في الشركة، هذه الاتفاقيات تأخذ أشكالاً وصوراً مختلفة، ويشكل الاحتكام إليها أحد المحددات الرئيسية لممارسة السلطة، كونها تتضمن عامة بنود تهدف إلى توزيع أو توجيه سلطة اتخاذ القرار بالشكل الذي يرضيه أطراف الاتفاق، وهو الحال مع الاتفاقيات التي ترد على حق التصويت باعتباره الآلية الرئيسية لممارسة السلطة في الشركة.

وأهم ما تحققه اتفاقيات التصويت بهذا الشكل هو أنها تغطي ضعف المساهمة المالية، فيمكن للمساهم أن يصوت لنفسه بأصواته مضافاً إليها أصوات المساهمين الذين اتفق معهم، ما يعني أنه امتلاك سلطة تفوق نسبة ما ساهم به في رأس المال، وهذا ما يدعونا للقول بأن العبرة في تحديد مدى قوة ونفوذ المساهم في الشركة، ليست فقط بقيمة ما يساهم به في رأس المال، بل بمحددات أخرى كذلك، ومن ضمنها التنظيم الاتفاقي لحق التصويت.

وعلى هذا سنحاول معرفة التنظيم القانوني لاتفاقيات التصويت (مطلب أول)، ثم نستعرض أهم الاتفاقيات التي ترد على حق التصويت (مطلب ثان).

المطلب الأول: التنظيم القانوني للتعاقدات المتعلقة بحق التصويت

إن تدخل الإرادة في تنظيم السلطة عبر الاتفاق على ممارسة حق التصويت بأشكال وقواعد تخالف المبادئ العامة التي تحكم عادة ممارسة السلطة في الشركة، هو في الحقيقة التفاف - وإن كان في حدود ما يسمح به القانون - على تلك المبادئ، والتي من أهمها مبدأ التناسب بين رأس المال وحقوق التصويت، هذا الخروج عن الإطار العام لم يُترك لمحض إرادة ومشئئة المساهمين، بل القانون هو من تكفل بضبط حدوده ومجال أعماله، وتفصيلاً في الموضوع سنتناول أهمية الدور الذي تلعبه الإرادة في تنظيم حق التصويت وموقف المشرعين الفرنسي والجزائري منها (فرع أول)، ثم نبين شروط صحة هذه

التعاقدات التي تلحق حق التصويت (فرع ثاني)، لنصل في الأخير إلى تقدير حدود فاعلية الجانب التعاقدية في ظل الأحكام الآمرة لقوانين الشركات (فرع ثالث).

الفرع الأول: أهمية الاتفاقيات بين المساهمين ومكانتها التشريعية

إن دراسة الاتفاقيات والعقود بين المساهمين لا تخرج عن إطار القواعد العامة للعقود بشكل عام، لكن الخصوصية التي تطبعها، كونها تبرم في إطار التنظيم القانوني لشركات المساهمة، أين يضيق المجال بإرادة الأطراف في فرض نفسها، لذلك فإنه يتعين ابتداءً معرفة الأهمية التي يكتسبها الجانب التعاقدية بين المساهمين في تنظيم حق التصويت (أولاً)، ثم التطرق لمكانتها في القانون الفرنسي (ثانياً) والقانون الجزائري (ثالثاً).

أولاً: أهمية التنظيم الإتفاقي لحق التصويت بين المساهمين

إن البحث عن وضعية مثالية في قانون الشركات بين احترام الحرية التعاقدية و الحماية التي يفرضها النظام العام تستدعي اهتمام كل الفاعلين في المجال القانوني سواء في مجال التشريع، أو الفقه وكذا القضاء.¹

والاتفاقيات بين المساهمين عامة تمثل وسيلة فعالة لتنظيم العلاقات بينهم، وتوفر إمكانية أكبر لدعم وتكملة منظومة قوانين الشركات بشكل عام، وهي تسمح للمساهمين من استغلال والإفادة من المجالات وحالات السكوت التي ترك القانون للإرادة مسألة تنظيمها، وبالتالي تمكنهم من توحيد تصورهم حول إدارة للشركة،² وعلى العموم فإن هذه الاتفاقيات تشمل مواضيع مختلفة حسب الهدف الذي يبتغيه منها أطرافها، وهو حال اتفاقيات التصويت التي تتيح للمساهمين تجميع الحقوق السياسية بما يمكنهم من لعب دور ايجابي في حياة الشركة،³ يتجاوز حدود ما يمتلكونه من أسهم، بحيث يصبح مبدأ التناسب في هذه الحالة، القاعدة الاحتياطية التي تتوارى خلف الإرادة التعاقدية للمساهمين.

¹ Caroline Leroy, « le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire », thèse pour le doctorat, l'Université Paris XII, 2010, p 05

² Olivier p Dunant, jacques Bonvin, les conventions d'actionnaires, art publié, nov 2007 Sur : www.taverniertSchanz.com , date consultation du site : 23/11/2015 à 10 h 50

³ Jean-Louis Navarro, gay Lefebvre, L'acculturation en droit des affaires, édition Thémis, 2007, p 50

ويمكن القول أن فوائد اتفاقيات التصويت في سير عمل الشركات التجارية وشركات المساهمة تحديداً، كثيرة لأنها أصلاً وليدة الحياة العملية، فهي تساهم في ضمان بعض التوازن بين المساهمين في حدود قوتها الإلزامية، وكذا تدعيم وتثبيت السلطة بين أجهزة الشركة، إضافة إلى أنها تضمن وحدة القرارات الجماعية طيلة فترة سريان الاتفاق.¹

ثانياً: التنظيم الإتفاقي لحق التصويت في القانون الفرنسي

إن أهم ما يميز البنود والاتفاقيات الواردة على حق التصويت والمبرمة بين المساهمين، هو حساسية ودقة موضوعها، والذي يشهد تنظيماً قانونياً محكماً، حتى مع تزايد تساقط العديد من الاعتبارات التي كانت وإلى عهد قريب تجعله من الحقوق المقدسة بالنسبة للمساهم،

فبخلاف باقي الحقوق كحق الإعلام وحق البقاء في الشركة والحق في الأرباح، فإن حق التصويت هو من أكثر الحقوق تأثراً بالاستثناءات، والتي تجد مصدرها سواءً التشريع أو القضاء وحتى التطبيق العملي²، والذي كثيراً ما يشهد حضوراً ملفتاً للاتفاقيات المتعلقة بحق التصويت بين المساهمين لتحقيق أغراض شتى، رغم أن الاتفاقيات الجانبية منها، يبقى ظهورها العلني محتشماً ومعظم المساهمين يفضلون إبقائها سرية خشية الطعن في صحتها³، لذلك ففي فرنسا مثلاً فإن نسبة 57.9% من رأس مال الشركات، تمتلكه شركات أخرى في شكل مساهمات متقابلة، وهذا ما يعكس الأهمية الكبرى للاتفاقيات بين المساهمين في الاقتصاد الفرنسي⁴

ومن جهته فالمشرع الفرنسي وهو من أكثر التشريعات فتحة للمجال أمام الحرية التعاقدية بين المساهمين، إلا أن تنظيمه لاتفاقيات التصويت بين المساهمين شهد بعض التذبذب والتردد، فابتداءً وفي ظل قانون 1867 لم يلحظ المشرع الفرنسي أي نص يبيح أو يحظر اتفاقيات التصويت، ولهذا كانت تمثل هذه الأخيرة مجالاً خاصاً بالقضاء⁵، هذا الأخير كان يرفض مبدئياً كل اتفاق يشكل مساساً بحق التصويت، إذ كان يعتبره حقاً مقدساً لا يجوز أبداً أن تلحقه أية عوارض خطيرة⁶، لكن وفي غياب السند القانوني الذي يفصل في الموضوع، فقد تميزت أحكام القضاء عموماً بالتناقض، وباعتمادها حلولاً

¹ وجددي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 174

² P Mousseron, op-cit, p 276-277

³ Philippe Merle, op-cit, p 312

⁴ André Orléon, le pouvoir de la finance, éd ODILE Jakob, paris, 1999, p 199

⁵ Céline Karam, th-préc, p 111

⁶ G Ripert R Roblot, op-cit, p 1182

براغماتية¹، إذ كان أحيانا يقر بصحة الاتفاقيات التي يتحدد مداها بجمعية معينة أي الاتفاقيات المحدودة في الزمان، والتي لا تتضمن تنازلا تاما عن حرية التصويت،² بينما كان يرفض باقي الاتفاقيات خاصة الدائمة³.

وفي ظل الحلول القضائية التي كانت تميل أكثر إلى رفض اتفاقيات التصويت*، كان تدخل المشرع الفرنسي حاسما نوعا ما هذه المرة،⁴ وذلك بالمرسوم القانون الصادر في 31 أوت 1937⁵، والذي قضى في مادته العاشرة، ببطلان كل البنود والاتفاقيات التي من شأنها المساس بحرية حق التصويت.

هذا النص الذي وإن كرس التوجه العام للقضاء، لم يكن بالمقابل ليقيده بشكل مطلق، إذ لازم القضاء الفرنسي انتهاج الحلول السابقة، وذلك عبر احتفاظه لنفسه بسلطة تقديرية واسعة بهذا الخصوص⁶، مستفيدا في ذلك من سكوت المشرع عن تحديد مفهوم الضرر الذي يتحقق عن المساس بحق التصويت *la notion d'atteinte*⁷، وهو ما ترجمته العديد من الأحكام التي قضت رغم وجود النص بصحة اتفاقيات التصويت،⁸ لذلك وُصف هذا القانون من بعض الفقه الفرنسي بأنه مضيعة للوقت وللجهد دون أي فائدة عملية *n'a été qu'un coup d'épée dans l'eau*⁹.

ويمكن أن نخلص في النهاية، أنّ القول الفصل كان للقضاء الذي فرض نفسه على المشرع، أو على الأقل غلب منطقته والحلول التي أتت بها على إرادة المشرع، وأكد مرة أخرى ما سبقت الإشارة إليه، من أن اتفاقيات التصويت بين المساهمين هي مجال قضائي بامتياز،¹⁰ ويتأكد ذلك من خلال ما وصفه البعض بأنه التجاهل أو الحذر من المشرع الفرنسي ذلك الذي طبع قانون 24 جويلية 1966، بحيث

¹ Renée Kadouch, th-préc, p 239

² Trib com. Lyon 20 oct. 1902, Journal des sociétés 1903 p. 67 ; CA Rennes 28 oct. 1931, Journal des Sociétés 1932 p. 275

³ CA Paris 22 févr. 1933, Journal des sociétés 1934 p. 223 ; DH 1933, 2, p. 258.

* خاصة في ظل انتشار المفهوم الوظيفي لحق التصويت استنادا للفكرة النظامية لشركة المساهمة التي كان لها صدى كبير في تفسير العديد من المسائل المتعلقة بشركة المساهمة.

⁴ Philippe Merle, op-cit, p 312

⁵ Art 10 du décret-loi du 31 aout 1937 «Nulles et de nul effet, dans leurs dispositions Principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales de sociétés par actions ».

⁶ G Ripert R Roblot, op-cit, p 1182.

⁷ Renée Kadouch, th-préc, p 240

⁸ Cass com. 21 févr. 1949, Bull. III n° 93 ; CA Paris 17 déc. 1954, Gaz. Pal. 1955, 1, p. 149, . Cité par Renée Kadouch, th-préc, p 240.

⁹ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 382

¹⁰ Céline Karam, th-préc, p 111

أسقط النص المتعلق بالحظر، واكتفى بنص المادة 9-L242¹، الذي تضمن عقوبات جزائية على كل من حصل على منح أو ضمانات أو سُمح له بمزايا التصويت في اتجاه ما أو يمتنع عن المشاركة فيه وكذا الأشخاص الذين ضمنوا أو وعدوا بهذه المزايا.

ويرى البعض أن هذا النص يعالج فرضية محدودة جدا ولذلك فهو نادر التطبيق،² كما أنه يخص فقط اتفاقيات التصويت بعبء،³ وبالتالي فلا زال القضاء عموما يسير في نهجه وفقا للمعايير التي سبق له اعتمادها.

ثالثا: التنظيم الإتفاقي لحق التصويت في القانون الجزائري

ما يلاحظ على المشرع الجزائري بخصوص الأحكام المنظمة لشركات المساهمة، أنه حذّر نوعا ما فيما يخص إحالة تنظيم بعض المسائل لإرادة المساهمين، ويترجم ذلك بقلة المجالات التي تركها المشرع بين ثنايا النصوص الأمرة التي يمكن أن تحتلها إرادة المساهمين، والتي تمثل اتفاقيات التصويت إحدى مواضيعها الرئيسية، وموقف المشرع الجزائري يصب في اتجاه اعتماد مبدأ عام يخص حق التصويت مع إدراج بعض الاستثناءات عليه، وهو في ذلك قد ساير ما أنتهجه المشرع الفرنسي وإن بشكل أخف.

فبالنسبة للمبدأ، فإن حق التصويت هو من الحقوق الأساسية التي لا يجوز المساس بها أو تنظيمها خارج ما نص عليه أو سمح به القانون، أي أن حق التصويت هو حق شخصي للمساهم يمارسه بإرادته وبحرية لا تحدّها سوى أحكام القانون.

والحقيقة أن المشرع لم يخص حق التصويت بنص صريح كما فعل ما باقي الحقوق (حق الإعلام مثلا)، لكن هذا الموقف يُستشف من ناحيتين، أولا أن حق التصويت هو نتيجة لازمة لملكية السهم، وهو الوسيلة الرئيسية للتعبير عن الرأي في الجمعيات العامة، وهذا ما هو كامن في روح النصوص المتعلقة بالجمعية العامة وعملية اتخاذ القرارات فيها، ومن ناحية أخرى يتأكد هذا الموقف أكثر من خلال الجزاء الذي فرضه المشرع بالمادة 814 ت ج⁴ " ... كل من حصل على منح أو ضمانات أو

¹ تقابلها المادة 814 ت ج

² G Ripert R Roblot, op-cit, p 1182

³ Renée Kadouch, th-préc, p 240

⁴ تقابلها المادة 9-L242 تجاري فرنسي.

سمح بمزايا الاستقادة من التصويت في اتجاه ما أو يمتنع عن المشاركة فيه، وكل من ضمن أو وعد بهذه المزايا"، فبمفهوم المخالفة لهذا النص يتأكد حرص المشرع على عدم جعل حق التصويت موضوعاً لأي اتفاق بين المساهمين لتوجيهه أو الامتناع عنه، فالتصويت هو تعبير عن إرادة حرة للمساهم.

بينما في الجهة المقابلة جاءت الاستثناءات وفي عدة نصوص تشير إلى جواز اتفاق المساهمين على الحد من حق التصويت أو توجيهه والتصويت لفائدة مساهم آخر، وقبل تحليل موقف المشرع بين المبدأ والاستثناءات، لا بأس من استعراض هذه الاستثناءات:

تنص المادة¹685 ت ج على: "يجوز أن يحدد القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات بشرط أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى"، وهذا النص يجيز أن يتفق المساهمون على أن يكون للمساهم حقوق تصويت أقل مما يفترض أن يتمتع به بالنظر إلى نسبة مساهمته في رأس المال، وهذا التحديد لحق التصويت قد تعتمد الجمعية التأسيسية ابتداءً عند تكوين الشركة، أو قد يدرج في شكل بند عند تعديل القانون الأساسي من طرف الجمعية العامة غير العادية طبقاً لاختصاصاتها المقررة بالمادة 674 ت ج.

تنص المادة²731 ت ج على: "تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق أحكام هذا القسم: ... - عندما تمتلك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين على أن لا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة". وهذا الاستثناء يتعلق بالشركة القابضة التي يجوز لها أن تتفق مع مساهمين آخرين معها في نفس الشركة على منحها حقوق التصويت الخاصة بهم، بالتصويت لصالحها بشكل يضمن لها تحقيق الرقابة على تلك الشركة التابعة.

تنص المادة 65 مكرر 1 من القانون 03/04³ المتضمن بورصة القيمة المنقولة: "تعتبر أسهماً أو حقوق تصويت إضافة إلى أسهم أو حقوق تصويت المساهم نفسه، الأسهم وحقوق التصويت التي يمتلكها أشخاص آخرون لحساب هذا الشخص أو التي تمتلكها الشركات التي يراقبها هذا المساهم أو التي يمتلكها الغير الذي يتصرف مع هذا المساهم، أو التي يحق لهذا المساهم امتلاكها بمبادرة منه وحده بموجب اتفاق مسبق.

¹ تقابلها المادة L225-125 تجاري فرنسي.

² تقابلها المادة L233-3 تجاري فرنسي

³ القانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر، عدد 11، بتاريخ 19 فبراير 2003

وأضافت المادة 65 مكرر 2 من نفس القانون، بأن التصرف بمعية الغير هو اتفاق مبرم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين قصد امتلاك حقوق التصويت أو بيعها من أجل تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة. وهذا الاستثناء يضم عدة حالات يتحقق فيها الاتفاق على منح حق التصويت لمساهم آخر، وهي من قبيل اتفاقيات التصويت في اتجاه معين.

ولا بأس أن نورد بعض الملاحظات على هاته النصوص:

يمكن القول مبدئياً أنه لا يجوز الاتفاق حول ممارسة حق التصويت خارج الأطر التي وضعها القانون، أي أن كل اتفاق على ممارسة أو توجيه أو منح حق التصويت، لا بد أن يستند لنص قانوني يجيزه صراحة.

إذا ما قارنا نص المادة 814 مع باقي النصوص المذكورة آنفاً، يتبادر من ظاهر النصوص صعوبة التوفيق بين المبدأ والاستثناءات الواردة عليه، فالمنع هنا مطلق، والإباحة هناك مفتوحة، ولعل ما خلق هذا الوضع هو أن المشرع أغفل وضع الضوابط على تلك الاستثناءات، والمقصود طبعاً بالضوابط هي الأسس التي يستند إليها القضاء في التمييز بين اتفاقيات التصويت التي يجيزها القانون وتلك غير القانونية، وإن كان المشرع وحسناً فعل، قد أشار إلى ضابط أو شرط مهم وحاسم لكن فقط بمعرض الحديث عن الشركات القابضة (المادة 731 ت ج) وهو وجوب مراعاة مصلحة الشركة، والتي يرى فيها الفقه الشرط الراجح بين باقي الشروط العامة¹ (شروط العقد بشكل عام) والتي سيأتي التفصيل فيها لاحقاً، كما نص المشرع على شرط آخر وإن كان أقل فعالية من شرط المصلحة الجماعية وهو المساواة بين المساهمين، وذلك بنص م685، والذي يشهد بدوره العديد من الاستثناءات جعلته يتراجع كثيراً بين أولويات أحكام شركات المساهمة.

يمكن القول كذلك أن الاستثناءات السابقة والتي تمثل دخول الإرادة على خط تنظيم حق التصويت تشكل قسمين أساسيين، الأول يتعلق بالاتفاق الذي يأخذ شكل بند بنظام الشركة من أجل تحديد حقوق التصويت بالنسبة لكل مساهم، والتي تعرف ببند تسقيف حقوق التصويت²، أما الثاني فيتعلق

¹ أنظر في شرط المصلحة الجماعية، وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 161 وما بعدها.

² Voir notamment A Couret, « le plafonnement du droit de vote dans les sociétés anonymes », droit et patrimoine, Fev 1993 ; Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 238 renée Kadouch, th- préc, p226 et s.

بتوجيه حق التصويت أي التصويت لصالح مساهم آخر أو التصويت لصالح مصلحة مشتركة تجمع المساهمين أطراف الاتفاق، وهي ما تعرف عادة لدى الفقه باتفاقيات التصويت.¹

تضمنت المادة 65 مكرر من القانون 04/03 السالف الذكر عبارة: "... قصد امتلاك حقوق التصويت أو بيعها..." وما يفهم من البيع عادة، باعتباره عقد ملزم لجانبين، هو حصول البائع على ثمن المبيع، وإذا ما أخذنا النص من ظاهره، ففي هذه الحالة فالمساهم يحصل على ثمن مقابل بيع حقوق التصويت، مع أن نص المادة 814 ت ج جاء صريحا في حظر منح التصويت لقاء مزايا أو منح، كما أن الفقه (الفرنسي) عامة، يرى بعدم جواز الاستفادة ماليا من منح أو توجيه حق التصويت²، وأن اتفاق التصويت هو عقد ملزم لجانب واحد ولا تقابل فيه للالتزامات³ حسب ما هو راجح.

وبالتالي فإن استعمال المشرع للفظ - بيعها - يضيف بعض الغموض والتشوه على الموضوع، مع أن المشرع في الصياغة الفرنسية لنص المادة استعمل العبارة: *en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote*، وواضح جدا أن الترجمة الفرنسية جاءت أفضل وأقرب لأن تتماشى مع نص المادة 814 ت ج، فلفظ *céder* يعبر عن التنازل بشكل عام، بعوض أو بدون عوض، فالبيع هو تنازل عن الملكية، أما التنازل فلا يكون بالضرورة بيعا، وبالتالي فالتنازل عن حق التصويت دون مقابل مالي، سواء بالامتناع عن التصويت أو التصويت لفائدة مساهم آخر، هو أمر مقبول مبدئيا متى كان محدودا في الزمان ومحدد في الموضوع ولا يعارض المصلحة الجماعية،* بينما بيع حق التصويت هو أمر محظور قانونا ومعاقب عليه جزائيا بنص المادة 814 ت ج.

ولهذا، فإنه يتعين على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة نص المادة 65 مكرر 02 من القانون 04/03، وأن يستعمل كلمة تنازل بدلا من كلمة بيع حتى يستقيم المعنى، وإلا فالمشرع بهذه الوضعية القائمة، يعاقب جزائيا تصرفا يجيزه هو نفسه بنص آخر، فالتعارض بيّن ويتعين رفعه.

¹ Marie-Christine Monsallier, op-cit, p198 et s ; François-Xavier Lucas, op-cit, p130 et s.

² Jean François Carré, « pactes d'actionnaire » entreprise et expertise, option finance, n°1211, Mars 2013, p35-36 ; P Mousseron, op-cit, p281, « le droit de vote des actionnaires ne peut pas être monnayé » ; Yves Guyon, op-cit, p383.

³ Renée Kadouch, th préc, p238.

* وهي الشروط المستعملة عادة من الفقه والقضاء عند تقدير مدى صحة اتفاقيات التصويت بين المساهمين، وسيأتي الحديث عنها لاحقا

للإشارة فحتى نص المادة L242-9 تجاري فرنسي (تقابلها م 814 ت ج)، قد تلقى بعض الانتقادات من الفقه الفرنسي الذي يرى فيه الكثير من الغموض، لأنه لا يحدد طبيعة المزايا التي إذا ما استقاد منها المساهم في مقابل أصواته، يبطل هذا الاتفاق ويعاقب الطرفين على ذلك.¹

الفرع الثاني: شروط صحة التعاقدات حول حق التصويت

يجب التذكير ابتداءً أن اتفاقيات التصويت تضعنا أمام حالة من التعارض بين حُرَيَّتَيْن، الحرية التعاقدية من جهة، وحرية التصويت من جهة أخرى،² فحق التصويت يجد أساسه ويُنظَّم في ظل كل من قانون العقود وقانون الشركات، مع خصوصية كل منهما، وربما هذا ما جعل المشرع الفرنسي يحاول دوماً مسك العصا من الوسط، الأمر الذي عقد كثيراً حسم مسألة الاعتراف بصحة اتفاقيات التصويت،

وباعتبار الاتفاقيات المبرمة بين المساهمين في الشركات المساهمة، سواء النظامية أو غير النظامية (الاتفاقيات الجانبية)، من قبيل العقود المنصوص عليها والمنظمة بالقانون المدني، ولذلك فهي كسائر العقود تخضع في مجملها للشروط العامة لصحة وتكوين العقد. (أولاً) ومن جهة أخرى، وبما أن هذه الاتفاقيات تبرم بين المساهمين في شركة تجارية، بخصوصياتها ومميزاتها، فالأمر يتطلب إخضاعها للقواعد القانونية والنظامية التي تحكم شركات المساهمة (ثانياً)، فضلاً عن وجوب احترام المصلحة الجماعية كضابط أساسي يحكم كل التصرفات في الشركة (ثالثاً).

أولاً: الشروط العامة لصحة التنظيم الإتفاقي لحق التصويت

بما أن هذه الاتفاقات هي عقود بالمعنى القانوني الصحيح، فلا بد من توفر جميع أركان العقد فيها لتكون صحيحة.³

وفيما يخص إبرام هذه الاتفاقيات فإنه قد يكون ابتداءً، أي قبل تكوين الشركة، وغالباً ما يأخذ شكل مفاوضات تليها اتفاقات مبدئية ملزمة في غالب الأحيان عند توثيقها،⁴ أو عند تكوين الشركة، وتُترجم عادة بإدراجها كبنود بالنظام الأساسي للشركة، كالشروط المحددة لدور ومكانة كل مساهم في

¹ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p383-384.

² Renée Kadouch, th-préc, p 241

³ Carla MESSI.op-cit.p6

⁴ غادة أحمد عيسى، نفس المرجع، ص 128

الشركة¹، أو اتفاق مجموعة من الشركات على تقاسم السلطة عند تأسيس فرع مشترك بينهم² أو اتفاق بعض المساهمين حول انتهاج سياسة مشتركة للاستثمار³، وقد تكون لاحقة لتكوين الشركة حيث تظهر بعض المعطيات لم يسبق تنظيمها أو النص عليها بالنظام الأساسي، وهو حال العديد من الاتفاقيات الجانبية التي يبرمها المساهمون فيما بينهم في شكل تحالفات لأخذ موقع متميز من حيث الحصول على المعلومات الحساسة لمواجهة أي خطر قد تحمله الدعوات العلنية للاذخار⁴.

وبالنسبة للتراضي فإنه يتم بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان لإحداث اثر قانوني⁵، وفيما يخص عقد الشركة يحتمل أن يكون الرضا مشوبا بعيب ما، إلا أن فكرة قيامه سببا لبطلان عقد الشركة أو أي بند معدل للقانون الأساسي هي مستبعدة وبنص القانون ما لم يشمل هذا العيب كافة الشركاء المؤسسين⁶، وعلى هذا الأساس، فنظريا يمكن القول أن الأسباب التي تعيب الرضا في القانون التجاري هي نفسها في القانون المدني، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس حديثا⁷ في القضية التي اتفق فيها عدد من المساهمين على الاجتماع قبيل انعقاد أي جمعية عامة للاتفاق حول وجهة التصويت في تلك الجمعية، حيث اعتبرت المحكمة أن صحة هذا الاتفاق مرهون بعدة معايير، وأولها أن يستند إلى تراضي بين مسبقا...et reposé sur un consentement éclairé des actionnaires signataires... ما يعني أن تنازل المساهم عن حق التصويت، لا يجب أن يرتب عليه التزامات عامة لا يُعرَف مداها، إضافة إلى وجوب احترام أحكام النظام العام، وعدم مخالفة المصلحة الجماعية⁸.

¹ Nathalie Gagnon Catherine Lapointe, « convention entres actionnaires et stratégies de transfert d'entreprise », apff, SDE, p 02

² Philippe merle, op-cit, p 312

³ P mousseron, op-cit, p 279

⁴ Le Maux Julien, « La coalition de contrôle. Un outil au service de la gouvernance », Revue française de gestion 2008/1, n° 181, p. 15-39

⁵ على، على سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008، ص 28

⁶ المادة 733 ت ج

⁷ C A paris, 12 dec 2012, n° 11/15313, Revue francophone des laboratoires, Vol 43, N° 452 - mai 2013 p. 112

⁸ وإذا كانت المحكمة قد قضت بصحة هذا الاتفاق تأسيسا على المعايير التي وضعتها بنفسها، إلا أن البعض انتقد حكمها هذا على أساس أن المحكمة وُفقت في وضع المعايير ولم توفق في تطبيقها على النزاع، أي أن الحكم لا يطابق تلك المعايير، فالمساهمون أطراف هذا الاتفاق لا يمارسون التصويت بكل حرية، بل وفق ما تقرره الأغلبية منهم، كما أن هذا الاتفاق ليس محدودا لا في مدته ولا في مداه أنظر: jean François carré, art-préc, p 35-36

أما بالنسبة لمسألة الصورية فإن القضاء يميل كثيرا لتغليب القواعد الخاصة بالشركات على القواعد المدنية، أي ترجيح الإرادة الظاهرة بنظام الشركة، والتي يجوز على أساسها إبطال أي اتفاق مخالف لهذا النظام.¹

وبالنسبة لركن المحل أو موضوع هذه الاتفاقيات بين المساهمين، فقد فصلتها أحكام القانون المدني،² ويتجلى تطبيق ذلك في مجال شركات المساهمة في الاتفاق الذي يكون موضوعه توزيع الصلاحيات بين المساهمين³، كما قد يكون موضوع الاتفاقية توجيه حق التصويت في اتجاه معين⁴، وفي كل الأحوال، فإن اتفاقيات التصويت لا يخرج موضوعها إما عن الاعتراف بحق التصويت نفسه،⁵ أو كيفية ممارسة حق التصويت،⁶ أو توجيه حق التصويت،⁷ على أنه يجب أن يكون موضوع أو مجال هذه الاتفاقيات محدود وبدقة، بحيث لا تؤدي إلى سلب المساهم هذا الحق ولا حتى المساس بحريته في التصويت.⁸

أما بخصوص ركن السبب، فكونه عنصر في الالتزام العقدي يتصل بشكل وثيق بالإرادة،⁹ وهو ما يجعل من شخصية المساهمين أطراف الاتفاق محل اعتبار، سواء في العلاقة فيما بينهما من حيث الاختيار الإرادي للتعاقد مع مساهم دون الآخر، أو في نظرة القانون للسبب، حيث يمكن إبطال الاتفاق الذي يكون سببه مخالف للقانون، فمثلا تكون باطلة الاتفاقات التي يكون هدفها المساس بحقوق مساهمي الأقلية، وتكون بالمقابل لذلك صحيحة الاتفاقيات التي تهدف لضمان حسن سير أشغال الشركة¹⁰

¹ غادة أحمد عيسى، نفس المرجع، ص 132-133

² المواد 92-93-94 ق م ج

³ Trib com de paris, 01 aout 1974, Rev . Soc, 1974, p 685

⁴ Céline Karam, th-préc, p 111

⁵ P mousseron, op-cit, p 277

⁶ Ibid., p 278

⁷ Ibid, p 279

⁸ Caroline LEROY, th-préc, p 157

⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار التراث العربي، بيروت، لبنان،

2009، ص 388

¹⁰ Trib com de le seine, 11 jan 1938, journal de l'œuvre, S, 1938-2, p 124

وعلى كل، تبقى الاتفاقيات المتعلقة بالحق في التصويت بمختلف أشكالها آلية فعالة تستهوي العديد من المساهمين وتحقق العديد من المنافع،¹ وهو ما جعل القضاء يسير في اتجاه الاعتراف بها أكثر، طبعاً في إطار احترام قواعد النظام العام المرتبطة بها.

ثانياً: الشروط الخاصة لصحة التنظيم الإتفاقي لحق التصويت

تتعدد مواقع هذه الشروط والاتفاقيات، فبعضها يدرج بنظام الشركة ويكون بذلك محل نشر لإطلاع الراغبين في الانضمام للشركة أو المتعاملين معها بوجودها، وهذا ما يعتبر من الأمور المستحسنة، غير أن هناك أسباب عديدة ترتبط بالواقع العملي للشركات التجارية، تحمل المساهمين على العدول عن إدراج اتفاقاتهم في نظام الشركة واستبدالها في أغلب الأحيان باتفاقات جانبية خارجة عن النظام.²

وعلى كل فإن إبرام اتفاقية بهذا الشكل، سواء بإدراجها بالنظام الأساسي، أو كانت في اتفاقية جانبية، فإنه يتوجب في ذلك مراعاة قوانين الشركات(1)، وكذلك مراعاة الاتفاقيات الجانبية لأنظمة الشركات من جهة أخرى (2).

1 - مراعاة القوانين المنظمة للشركات: يجب في كل اتفاقية يبرمها المساهمون، أن تراعي مجموعة من القواعد، سواء المنصوص عليها بقوانين الشركات أو بالقوانين الخاصة، كقوانين أسواق الأوراق المالية أو قوانين النقد والمالية.³

فرغم الاعتراف بالحرية التعاقدية في شركات المساهمة، إلا أنها تبقى رهينة الطابع التنظيمي العام الذي يغلب على هذه الشركات، فلا يجوز بأي حال أن تخالف إرادة المساهمين أو أن تستبعد القواعد الآمرة التي تحكم شركات المساهمة، فمثلاً حق المساهم في التصويت والحضور للجمعيات العامة، لا يمكن أن يكون محلاً لاتفاق بين المساهمين لإلغائه أو سلبه من بعض المساهمين خارج ما يسمح به القانون، وإن كان يجوز الاتفاق على تنظيمه.⁴

¹ Daniel LAFORTUNE, La convention d'actionnaires, revue juridique THEMIS, n°36, 2002, Montréal, Québec, p 233

² غادة أحمد عيسى، نفس المرجع، ص 137

³ غادة أحمد عيسى، مرجع سابق، ص 138

⁴ مع عبد الرحيم جويحان، قرارات الهيئة العامة في الشركة المساهمة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010

وإضافة لقوانين الشركات، لابد من مراعاة القوانين الخاصة مثل قوانين أسواق الأوراق المالية، والتي تسري على الشركات المسجلة بالبورصة، حيث يجب على المساهمين فيها أن يراعوا في تعاقداتهم الجانبية، أو البنود التي يدرجونها بأنظمة الشركة، الاشتراطات التي يفرضها التعامل في سوق الأوراق المالية والإجراءات اللازمة لذلك، كوجوب إيداع هذه الاتفاقات تحت طائلة بطلانها، لدى هيئة سوق الأوراق المالية التي تضمن نشرها،¹ وكذلك وجوب التصريح حسب المادة 65 مكرر من القانون 04/03 المتعلق ببورصة القيم المنقولة للشركة وللجنة تنظيم عمليات البورصة ولشركة تسيير بورصة القيم المنقولة، بالنسبة لكل شخص يملك أو يتنازل عن عدد من الأسهم يتجاوز النسبة المحددة من الحق في التصويت داخل الشركة،² وقد أشارت المادة 65 مكرر 01 من نفس القانون إلى أن حقوق التصويت المعنية بالتصريح تتشكل كذلك بموجب اتفاق مسبق بين المساهمين، والتي تأخذ شكل اتفاقيات تصويت بمختلف أشكالها.

وإضافة إلى ما سبق يتعين على المساهمين أن يراعوا في الاتفاقيات والبنود النظامية احترام مبدأ المساواة بين المساهمين.

2- مراعاة الاتفاقيات الجانبية لنظام الشركة

إضافة إلى وجوب مراعاة قوانين الشركات، في إطار احترام تدرج القوانين، فإنه وبتحليل مكانة الاتفاقيات والتعاقدات الجانبية بين المساهمين بالمقارنة بأحكام النظام الأساسي للشركة، يتضح أن نظام الشركة يشكل الإطار العام الذي يحوي هذه الاتفاقات، والتي لا يجوز لها بحال مخالفة أحكامه الصريحة، ويظهر ذلك من خلال العناصر التالية:

- إذا كان نظام الشركة شأنه شأن الاتفاقات الجانبية يخلق روابط عقدية ملزمة لأطرافه، فإن التباين يظهر في نطاق العلاقة العقدية التي تنشأ عن كل منهما، فبينما لا تلزم الاتفاقية الجانبية سوى المساهمين الموقعين عليها، فإن نظام الشركة هو رابطة عقدية ملزمة لكافة المساهمين، ولو تعلق الأمر بمساهم جديد لا يعلم كل تفاصيله، مادام يحمل وصف المساهم.³

¹ Carla MESSI, op.cit, p 05

² Art : L225-11 c c f

³ Daniel LAFORTUNE, op-cit, p 235

- إذا كانت الاتفاقية بين المساهمين تنظم عموماً العلاقة بين أطرافها فقط، فإن نظام الشركة هو بمثابة الدستور الذي ينظم علاقة المساهمين بالشركة، والعلاقات بين مختلف أجهزة الشركة.

ولهذا، فمتى ما تمت الإشارة بنظام الشركة إلى تنظيم معين للعلاقات بين المساهمين في إطار توزيع وممارسة السلطة داخل الشركة، فلا يجب لأي اتفاق بين المساهمين يرتبط بحق التصويت بأي شكل كان، أن يُخل بهذا التنظيم أو التوزيع.

ثالثاً: مراعاة المصلحة الجماعية¹

نظراً لتزايد وانتشار بنود واتفاقيات التصويت بين المساهمين، وتعاظم دورها كآلية فعالة لتنظيم العلاقات الإدارية داخل شركات المساهمة، فقد بدأ القضاء ينزع أكثر إلى التخفيف من جِدّة القواعد القانونية التي أخذت تتقلص أمام معيار آخر هو عدم تعارض الاتفاقية مع مصلحة الجماعة.²

إن المصلحة الجماعية مفهوم واسع وفضفاض، اعتمده القضاء لضمان حماية فعالة للشركة ومكوناتها من أي تصرف أو اتفاق يمكن أن يهدد سير عملها واستقرارها، ولهذا لم يضع لها تعريفاً دقيقاً، ليتمكن من تقديرها حالة بحالة.³

وقد استعمل القضاء الفرنسي في تقدير صحة اتفاقيات التصويت المصلحة الجماعية كشرط حاسم في ذلك،⁴ كونها حملت معها الكثير من المرونة وساهمت في تلطيف بعض قواعد قانون الشركات،⁵ وتكون المصلحة الجماعية بذلك هدفاً وأداةً في نفس الوقت، فهي هدفٌ بذاتها لأن المشرع يستهدف حمايتها باعتبارها تحوي مصلحة الشركة ومصلحة المساهمين جميعاً (ومصلحة كل الأطراف ذوي العلاقة بنشاط الشركة)*، وهي أداة لأنها اعتمدت كمعيار حاسم ساهم في حل العديد من الإشكالات، وسد الثغرات التشريعية، كما يسترشد بها القاضي عندما يتعلق الأمر بوجود ضمان حسن سير الشركة وانتظام أعمالها واستمراريتها.

¹ أنظر في مفهوم المصلحة الجماعية، وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها

² عادة أحمد، مرجع سابق، ص 143

³ Benoist Delcourt, th-préc, p 09

⁴ Trib com Paris, 04 mars 1981 R, jur, com 1982, p 07 ;

⁵ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 173

* بالنسبة لمن يرون أن المصلحة الجماعية هي مصلحة المشروع الاقتصادي الذي يضم إلى جانب الشركة والمساهمين، الأجراء والموردين والدائنين...

وتأكيدا على أهمية المصلحة الجماعية كشرط أساسي لصحة اتفاقيات التصويت، يستند إليه القضاء في كل مرة لتعليل أحكامه من جهة، وتقدير المصلحة الأولى بالرعاية من جهة أخرى، وهو ما يظهر من خلال القضية التي نظرتها المحكمة التجارية لباريس¹ عندما قضت بصحة اتفاق التصويت الذي عُقد بين مجموعة الأغلبية التي تمتلك نسبة 67% من رأس مال الشركة وبين أحد المساهمين الذي لا يمتلك سوى 02% فقط من رأس مال الشركة، ويقضي الاتفاق بأن تصوت الأغلبية على قرار زيادة رأس المال مع تنازلها عن كامل حقها في الاكتتاب لفائدة مساهم الأقلية، هذا الأخير يلتزم بضخ كامل السيولة المترتبة عن الاكتتاب من أجل تمكين الشركة من تجاوز الوضع المالي السيئ الذي تمر به، والملاحظ هنا أن المحكمة قدّرت صحة اتفاق التصويت من منطلق المصلحة التي يحققها عبر تمكين الشركة من استعادة توازنها المالي، ويؤكد لنا من جهة أخرى، أن اتفاقيات التصويت هي آلية فعالة يمكن للمساهمين من خلالها تنظيم ممارسة السلطة في الشركة خارج مبدأ التناسب، فالمساهم في القضية السابقة، صُمن تصويتا لصالحه بنسبة 69% من رأس المال، في حين هو لا يمتلك منه سوى 02% فقط.

ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى اقتراح أن يتم قبول صحة اتفاقيات التصويت وفي كل الظروف دون الحاجة إلى إخضاعها لشروط الصحة المعهودة، فحسب هذا التيار يكفي فحص التصويت فقط عند تنفيذ الاتفاق، بمعنى إذا كانت الاتفاقية تدفع المساهم للتصويت بخلاف ما تقتضيه المصلحة الجماعية، فالمدولة المتعلقة بذلك التصويت تُلغى، وبالتالي تكون وحدها النتيجة الملموسة للعقد هي ما يهم وليس مضمونه،² فهذا التيار يُثمن المصلحة الجماعية كشرط وحيد وحاسم، وكسبب جدي يبرر الخروج على القواعد العامة التي تحكم شركات المساهمة ومنها مبدأ التناسب بين رأس المال وحقوق التصويت.

ولم يدخر بعض الفقه جهده في اقتراح تعديل نص المادة 1844 من القانون المدني الفرنسي بشكل يحفظ للمصلحة الجماعية دورها الأساسي بإضافة الفقرة التالية لها: "يجب أن تكون الاتفاقات بين الشركاء مبرمة في سبيل المصلحة الجماعية طبقا لأنظمة الشركات ولقواعد النظام العام المطبقة على أنواع الشركات محل البحث، ولا يمكن أن تزيد الاتفاقيات عن عشر سنوات"³

¹ Trib com paris, 04 mars 1981, précité.

² Renée Kadouch, th-préc, p 243

³ J, J Daigre, « transformer les sociétés » actes du colloque, entreprise et progrès, de nouveau espace à la liberté contractuelle, JCP E, cahier de droit, E, 1995/2, p 16 أنظر وجدي سلمان حاطوم, مرجع سابق, ص 175

تجدر الإشارة أخيراً أن مراعاة المصلحة الجماعية يجب أن يكون عند إبرام اتفاقية التصويت وكذا في كامل مرحلة تنفيذها، لأن تطور وضع أو محيط الشركة قد يجعل من الاتفاقية مخالفة للمصلحة الجماعية للشركة، في حين أنها كانت مطابقة لها ابتداءً.¹

الفرع الثالث: فاعلية بنود واتفاقيات التصويت بين المساهمين

إذا كانت البنود المنظمة لحق التصويت والمدرجة بنظام الشركة لا تطرح مبدئياً أي إشكال فيما يخص سرّانها والاحتجاج بها بين المساهمين والشركة متى استوفت شروط صحتها السابق ذكرها، إذ تصبح في هذه الحالة جزءاً من الدستور الذي ينظم شكل وكيفية ممارسة السلطات والصلاحيات في الشركة، فإنه وعند الحديث عن فاعلية اتفاقيات التصويت الجانبية بين المساهمين، فالأمر على خلاف ذلك، إذ يجب الإشارة ابتداءً إلى نقطتين تمثلان موضع هشاشة هذه الاتفاقيات والجانب التعاقدية بين المساهمين في شركة المساهمة بشكل عام، وذلك بالنظر إلى خصوصية هذه الاتفاقيات والإطار العام لنشأتها وسريانها، وكذا أطرافها،* النقطة الأولى هي الأثر النسبي لهذه الاتفاقيات،² ما يعني مبدئياً أن هذه الاتفاقيات غير نافذة في حق الشركة وباقي المساهمين غير الموقعين عليها، وكذا في حق الغير، والثانية هي أنها في الغالب تتضمن التزاماً بفعل أو بعدم فعل شيء ما، وهو ما يجعل من التعويض هو الجزاء الوحيد مبدئياً في حال عدم التنفيذ.³

ومن هذا المنطلق سنتناول بالدراسة الحدود التي يمكن للمساهمين فيها فرض بنود اتفاقيات التصويت التي يعقدونها بينهم داخل شركة المساهمة (أولاً)، إضافة إلى حالات وإجراءات تنفيذ الشروط والاتفاقيات بين المساهمين (ثانياً).

¹ Céline Karam, th-préc, p 112

* على أساس أن إبرامها في إطار شركة مساهمة بخصائصها التي يغلب عليها الطابع المالي وكذا الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكمها، وأثر كل ذلك في مدى قيام علاقات عقدية منتجة لآثارها.

² تنص المادة 108 ق م ج على " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"

³ Jean-Pierre BERTREL, Marina BERTREL, droit de l'entreprise, édition Lamy, France, 2011, p 259

أولاً: حدود إرادة المساهمين في فرض بنود اتفاقيات التصويت

بما أن هذه الشروط والاتفاقيات بين المساهمين هي عقود خاضعة لمبدأ الحرية التعاقدية، والأثر النسبي للعقود، فهذا ما يستدعي معرفة نطاق تطبيقها (أ)، كما أن هذه الاتفاقيات تبرم في إطار قانوني وتنظيمي دقيق، ما يثير فكرة فعاليتها في ظل القواعد القانونية الآمرة وأنظمة الشركات (ب).

أ: نطاق تطبيق اتفاقيات التصويت

1 / من حيث الأشخاص

باعتبار أن الاتفاقيات بين المساهمين هي من العقود المعروفة والمنظمة بالقانون المدني، والمرتكزة أساساً على مبدأ الحرية التعاقدية، فإن مسألة الآثار المترتبة عنها يحكمها وفقاً للقواعد العامة مبدأ نسبية العقد¹، ومن هنا فإن الالتزامات والحقوق المترتبة عنها تتصرف من ناحية المبدأ إلى المتعاقدين دون غيرهم.

فبالنسبة للغير، فهو الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في العقد² والمقصود بالغير هنا، هم باقي المساهمين الذين لم يكونوا طرفاً في الاتفاقية، والأصل هو عدم امتداد آثار الاتفاق إلى غيرهم، سواء أكان حقا أو التزاماً، كما تعتبر الشركة كشخص معنوي، مستقلة تماماً عن المساهمين في رأسمالها، وهذا الاستقلال يتجسد في انفصال الذمة المالية للشركة عن ذمم المساهمين، إلا أن تداخل مفهوم رأس المال بين اعتباره مجموع الذمة المالية للشركة، من جهة ومجموع مساهمات الشركاء من جهة أخرى، وكذا طبيعة العلاقة بين الشركة كشخص معنوي ومجلس الإدارة كوكيل عن الشركة وأحد أجهزتها في نفس الوقت، له الأثر البارز في إمكانية امتداد أثر الاتفاقيات الجانبية بين المساهمين إلى الشركة دون أن تكون طرفاً فيها، ومثال ذلك: التعهد عن الغير الصادر عن الأغلبية أو عن مجلس الإدارة لفائدة الطرف الآخر في الاتفاق، والذي يشمل الالتزام بتقديم معلومات إضافية عن سير الشركة، يمكن أن يتحول إلى التزام في ذمة الشركة باعتباره صادر عن يملك سلطة إدارة ومراقبة الشركة³، وقد ذهب القضاء في هذا الاتجاه حينما قضى في مسألة عدم تنفيذ الاتفاقية المبرمة بين القائمين بالإدارة من جهة وجماعة من المستثمرين

¹ - المادة 108 ق م ج

² الغير مفهوم غامض ومتغير فقد يكون الدائن تارة من الغير وتارة لا، وكذلك الخلف العام أو الخاص. راجع في اختلاف مفهوم الغير، السنهوري، مرجع سابق ص 450

³ Caroline Leroy, op.cit, p 86

مالكي أسهم الشركة من جهة أخرى، والمتضمنة التزام رئيس مجلس الإدارة بتنظيم لقاءات دورية مع المساهمين وتقديم تقارير دورية (ثلاثية) تسمح لكل مساهم منهم بالاطلاع على واقع الشركة، بإلزام الشركة بهذه الاتفاقية رغم أنها لم تكن طرفا فيها، على أساس أن رئيس مجلس الإدارة تصرف من مركز الممثل القانوني للشركة، وأن محل هذا الالتزام هو من صميم وظائف الشركة.¹

فضلا عن ذلك، وبما أنه لا يمكن التأكد ابتداءً من اتجاه نية المساهم للإخلال بالتزامه بالتصويت على غير ما تقتضيه الاتفاقية، من جهة، وأن التصويت على نحو مخالف للاتفاق، ينتج أثره وينقض بمجرد تمام مصادقة الجمعية العامة على القرار،² فيرى الفقه من هذا المنطلق أن الرقابة على اتفاقيات التصويت لا يمكن أن تكون إلا لاحقا،³ وهذا ما يجرنا إلى افتراض إمكانية إبطال التصويت الذي تم خرقا لبنود الاتفاق الذي عقد موافقا للمصلحة الجماعية، أي أن هذا الحكم في الحقيقة يمدد القوة الملزمة للاتفاقية إلى الشركة وإلى المساهمين الذين لم يكونوا طرفا فيها.⁴

2 / من حيث الزمان

غالبا ما تتضمن الاتفاقات بين المساهمين، - إلى جانب الالتزامات الفورية- التزامات تنفذ بعد مدة معينة، وهنا يجب التمييز بين شروط الاتفاقات المحددة المدة، وغير محددة المدة:

* / الاتفاقات المحددة المدة: تكون الاتفاقات بين المساهمين محددة المدة عادة، وهو الوضع الذي يفضله أغلب المساهمين،⁵ كما أن القضاء عادة ما يعلق صحة اتفاقيات التصويت على اشتراطه إدراج بند يحدد مدتها،⁶ ويرى الكثير أن هذا الشرط يحقق القاعدة التي تقضي بأن لكل مساهم الحق في التدخل في الشؤون الاجتماعية للشركة⁷، وفي كل الأحوال، فعندما يتفق المساهمون على أجل لسريان الاتفاق بينهم، فلا مجال من حيث المبدأ للتنازل المسبق عن العلاقة العقدية من جانب واحد، كما أن أي خلاف بين المساهمين حول تنفيذها لا يمكن أن يؤدي دائما إلى إلغائها.⁸

¹ Ibid., p 87

² مع مراعاة بعض الإجراءات الشكلية كوجوب شهر حسابات الشركة، المادة 717 ت ج

³ P Ledoux, op-cit, p 357

⁴ Ibid. p 357

⁵ Carla MESSI, op-cit, p 07

⁶ P mousseron, op-cit, p 280

⁷ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 385

⁸ عادة أحمد، مرجع سابق، ص 173 ; أنظر كذلك: P mousseron, op-cit, p 280

* / الاتفاقيات غير محددة المدة: جرى العمل على اعتبار هذه الاتفاقيات صحيحة ونافذة ما دامت صفة المساهمين قائمة لدى أطرافها،¹ لكن استنادا لمبدأ حضر الالتزام الأبدي، فإنه يجوز في الاتفاقيات غير محددة المدة التحرر من الالتزام بإرادة منفردة،² على أن المشرع قد علق ذلك على وجوب إعلان المتعاقد الآخر بقطع العلاقة التعاقدية في أجل معقول،³ وهذا ما جعل البعض يقلل من شأن تحديد مدة الاتفاق.⁴

ومع ذلك، فهناك من قال بعدم وجود اتفاق بين المساهمين غير محدد المدة، على اعتبار أن الاتفاق غير محدد المدة هو في الحقيقة لا يخرج عن إطار مدة حياة الشركة، ولا يمثل بذلك التزاماً أبدياً،⁵ فضلا عن أن هذه الاتفاقيات تتأثر عادة بفقدان صفة المساهم عند التنازل عن الأسهم.

ب: فاعلية اتفاقيات التصويت في مواجهة القوانين وأنظمة الشركات

1 / الحرية التعاقدية وأنظمة الشركات

إذا كانت الاتفاقيات بين المساهمين هي تعبير عن إرادة مشتركة ومتطابقة لأطرافها، ومعتبرة قانونا متى استوفت شروط صحتها، فإن النظام الأساسي للشركة، يمثل الإرادة المشتركة لمجموع المساهمين الذين وضعوه، وهذا ما يستلزم خضوع الأقلية أطراف الاتفاقية لإرادة الجماعة المنشأة للنظام الأساسي للشركة.

ومع ذلك فهناك أوضاع تستقل بها الاتفاقيات بين المساهمين وتقلت فيها من أحكام الأنظمة، إما لسكوت هذه الأخيرة عنها، أو الحالات التي تستمد فيها الاتفاقيات قوتها من فكرة المصلحة الجماعية ووجوب حمايتها والتي عادة ما يقدرها القضاء.

ومعالجة علاقة الاتفاقيات بين المساهمين بأنظمة الشركات، سيكون انطلاقا من العناصر التالية: مدى وجود علاقة تبعية بين الاتفاقيات الجانبية وأنظمة الشركات، (*) أن الاتفاقية الجانبية لا تعدل نظام الشركة (*) ومدى تأثير بطلان عقد الشركة على الاتفاقيات الجانبية (*).

¹ J P BERTREL, M BERTREL, op.cit, p 259

² C A Paris, ch 5, 4 dec 2012, n° 11/15313, bull-joly, 2013, n°5, p334

³ المادة 440 ق م ج

⁴ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 391

⁵ Carla MESSI, op.cit. p 07

* - مدى ارتباط الاتفاقية الجانبية بنظام الشركة: يمكن القول ابتداءً أنه قد لا يكون هناك ارتباط مباشر بين الاتفاقية الجانبية ونظام الشركة، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل،* لكن الثابت أن هناك ارتباط في المصير، فالاتفاقية الجانبية تدور في فلك النظام الأساسي ونفاذها مرتبط به وجوداً وهدماً، كما أن سمو أنظمة الشركات على الاتفاقية الجانبية هو مبدأ تقره المحاكم، خاصة في حالة النزاع أو تعارض الأحكام، حيث يُقدم عادة ما تم الاتفاق عليه بالنظام الأساسي على ما تم الاتفاق عليه باتفاق جانبي.¹

وارتباط أو خضوع الاتفاقيات الجانبية لنظام الشركة يجد أساسه في عدة مبادئ مستقرة في القانون منها: الفرع يتبع الأصل، مبدأ تدرج القوانين،² إضافة إلى وجوب تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

كما أنه من الناحية المنطقية العملية، إذا كان المساهمون أطرافاً في الاتفاقية، فهم قبل ذلك أطراف في العقد الأساسي (نظام الشركة) والتزموا به بمحض إرادتهم المشتركة والجماعية، وعليه فلا يصوغ لأي مساهم أن يلتزم بالتزامين متناقضين في نفس الوقت وتجاه نفس الشخص.

* - الاتفاقية الجانبية لا تعدل نظام الشركة: يعتبر نظام الشركة مصدر توافق المساهمين ويعبر عن إرادتهم في تأسيس الشركة وتحديد طريقة سير عملها، ويشكل هذا النظام شريعة للمساهمين يخضع تعديلها لقواعد شكلية دقيقة، لا تملك سلطة إجراءاتها سوى الجمعية العامة غير العادية،³ ويستنتج من هذا، أنه حتى ولو كان هناك إجماع من المساهمين في اتفاقية جانبية، فإن ذلك لا يرقى ليكون إجراءً يعدل القانون الأساسي، لأن الشكلية القانونية المطلوبة للتعديل أقوى من إرادة المساهمين.⁴

* - مدى تأثير بطلان عقد الشركة على الاتفاقيات الجانبية: سبق الحديث عن وحدة المصير التي تربط الاتفاقية بنظام الشركة، ولهذا فمبدئياً كل ما ينال من صحة أو وجود نظام الشركة، يؤثر بشكل تلقائي على الاتفاقيات المبرمة في ظلها.

* فقد تتضمن الاتفاقية الجانبية مواضيع لم ينظمها النظام الأساسي، كما أنه لا يشترط في الاتفاقية الجانبية أن يكون لها نفس شكلية النظام الأساسي.

¹ Jacques Wantz, Laëtitia Osejo, statuts de société et pacte d'actionnaires ; quel instrument choisir? Capital finance n°950, nov 2009, P 09

² Caroline Leroy, op.cit, p 68

³ المادة 674 ق ت ج

⁴ عادة أحمد، مرجع سابق، ص 148

ففيما يخص الاتفاقات المتضمنة إدارة الشركة وسير عملها، فإنه في حال بطلان عقد الشركة، تدخل هذه الأخيرة مرحلة التصفية، وتُسلب كل صلاحيات مجلس الإدارة والجمعية العامة والمساهمين المتعلقة بالتسيير والإدارة وتسند للمصفي، وهذا ما يؤدي إلى زوال كل آثار الاتفاقات المبرمة في هذا المجال¹.

للإشارة فإن مجرد تعيب عقد الشركة لا يستلزم بالضرورة زوال آثار كل الاتفاقيات المبرمة في ظله،* بل ذلك مرتبط بصدور قرار قضائي بحل الشركة ودخولها مرحلة التصفية.

2 / الحرية التعاقدية والقواعد الآمرة

إضافة إلى وجوب احترام ومراعاة نظام الشركة، يجب على المساهمين في تعاقدهم حول حق التصويت احترام قوانين الشركات، خاصة القواعد الآمرة منها، والتي لا يجوز للإرادة بحال، أن تتخطاها أو تخالفها تحت طائلة بطلان التصرف. كما تخضع هذه الاتفاقيات للقواعد المكملة التي يلجأ لها القاضي في حال عدم وجود إرادة صريحة وواضحة.

وعلى كل، فإن العلاقة بين اتفاقيات التصويت والقواعد الآمرة هي مسألة حساسة تتعلق بتقابل الحرية التعاقدية بالقواعد الآمرة، والتجاذب الناتج عن وجوب تغليب أحد النظامين على الآخر. 3 / مصير الاتفاقيات المخالفة للقوانين والأنظمة

* - بطلان الاتفاقيات المخالفة لنظام الشركة أو القانون: تعتبر اتفاقيات التصويت بين المساهمين من قبيل العقود التي تحكمها - في حالة عدم وجود نص خاص - القواعد العامة للقانون المدني، لا سيما الأحكام العامة للبطلان.

وبما أن القانون التجاري لا يتضمن نظاما خاصا بالبطلان يمكن أن يحكم هذه الاتفاقيات، فإنه وبتطبيق القواعد العامة، نقف أمام قاعدة عامة مفادها بطلان هذه الاتفاقيات في حال إبرامها خرقا لاتفاق أو قاعدة أسمى منها (نظام الشركة أو قانون الشركات) استنادا لمبدأ تدرج القوانين، وهذا ما أكدته المادة 733 ت ج بقولها: لا يحصل بطلان العقود والمداولات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من

¹ المواد 774 - 779 ت ج

* فالمشرع التجاري يرجح ثبات واستقرار المراكز القانونية و المعاملات، و لذلك يضيق من نطاق البطلان الذي لا يكون إلا بعد استنفاد كل محاولات التصحيح المتاحة، انظر المواد: من 735 إلى 739 ق ت ج

مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو من القوانين التي تسري على العقود،¹ ولهذا فكل تصويت يصدر تنفيذا لاتفاقية غير قانونية، فهو يشكل خرقا للأحكام القانونية الأمرة التي تنظم حق التصويت، وهذا ما يستوجب بطلان المداولة متى كانت الأصوات محل الاتفاقية مؤثرة في احتساب الأغلبية،² مع إمكانية تقادي البطلان في الحالة العكسية³

مع التمييز بين البطلان النسبي كجزء لمخالفة الاتفاقية لقاعدة تحمي مصلحة خاصة، ولا يجوز التمسك بهذا البطلان إلا لمن شرع لمصلحته، وبين البطلان المطلق الذي يطال أي اتفاقية تبرم بالمخالفة لقاعدة تحمي مصلحة عامة، ويبقى الضابط في ذلك كله هو وجوب مراعاة المصلحة الجماعية عند تقدير شروط صحة اتفاقات التصويت.

ثانيا: تنفيذ بنود واتفاقيات التصويت بين المساهمين

ترتبط فاعلية العقد بمدى قوته التنفيذية، هذه الأخيرة تستمد من مبدأ سلطان الإرادة،⁴ وهذا المبدأ مكرس بمختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي ينص في المادة 160 ق م ج على: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"، وكذا المادة 164 بقولها "يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا".

إذن فالقاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية هي التنفيذ العيني، ولهذا سنحاول معرفة ما إذا كان لاتفاقيات التصويت بين المساهمين القوة والفعالية لحمل أطرافها على التنفيذ العيني للالتزامات الناشئة عنها (أ) أو أنه يتعين في الحالة العكسية دعم هذه الاتفاقيات بآليات أخرى لضمان تنفيذها (ب).

أ: تنفيذ الاتفاقيات وفقا للقواعد العامة

1/ صعوبة التنفيذ العيني للاتفاقيات

تنص المادة 160 ق م ج على أن المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، وكذا المادة 164 بقولها "يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا"، إذن فالأصل في تنفيذ الالتزامات أن يكون عينيا، فيقوم المدين بأداء

¹ تقابلها المادة L235-1 تجاري فرنسي

² Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 388

³ Trib com. paris, 16 nov 1970, JCP 1971 II, 16826 ; Cass civ, 20 juin 1898, S 1899, 1, p 257, cité par Yves Guyon, op-cit, p 388

⁴ - عادة أحمد، مرجع سابق، ص 168

عين ما التزم به،¹ والسؤال المطروح هنا هو، إلى أي مدى يمكن فرض التنفيذ العيني في اتفاقيات التصويت بين المساهمين؟

وإذا كان الأمر بالنسبة لمخالفة بند بنظام الشركة يخص حق التصويت، أو توزيع وممارسة السلطة بشكل عام، لا يطرح العديد من الإشكالات فيما يخص إثبات وتنفيذ الاتفاق، لأن المخالفة هنا تمس القانون الأساسي الذي تراضى عليه الجميع، ويحكم سير عمل الشركة وتنظيمها، فإن الصعوبة تبدو أكثر إذا كنا بصدد اتفاق جانبي بين المساهمين، حيث يكون المبدأ هو الأثر النسبي لهذا الاتفاق، إضافة لارتباط الاتفاق بواقعة معينة وهي انعقاد الجمعية العامة، وكل تصويت مخالف لبنود الاتفاق يرهن كل أثر لهذا الأخير في إمكانية تنفيذه عينا.

ويظهر هذا أكثر من خلال طبيعة الالتزام، فاتفاقيات التصويت بين المساهمين تتضمن إما التزاما بالقيام بعمل أو الامتناع عنه،² وطلب تنفيذ هذه الاتفاقيات عينا هو أمر غير مُتصور مبدئياً،³ وقد ينقلب مستحيلاً لظروف مادية أو قانونية،⁴ فمثلاً عدم احترام اتفاقية التصويت voting trust التي تلزم المساهم voting trustee بالتصويت لمصلحة جماعة الـ trust،⁵ لا تتيح للطرف المتضرر (باقي أعضاء الجماعة) إلزام الطرف المخل بالاتفاق بالتنفيذ العيني،⁶ لأن الأمر مرتبط بانعقاد جمعية عامة وإجراءات أخرى تتجاوز الاتفاقية، والملاحظ أن القضاء لا يستجيب في كثير من الأحيان إلى طلبات التنفيذ العيني للالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل فيما يتعلق بالاتفاقيات بين المساهمين،⁷ وهذا لعدم جدواه بشكل عام.

وعلى كل، يبقى التنفيذ العيني هو الأصل، لكن مثلما عبرت عنه المادة 164 ق م ج بأنه "متى كان ممكناً" أي أن وجوب التنفيذ العيني مرتبط بإمكانية تحقيقه دون معوقات مادية ولا قانونية تحول دون ذلك.

¹ عبد الرزاق السنهوري، آثار الالتزام، ج 2، ص 674

² D. SCHMIDT, « Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions » Rapport de synthèse, RJ com. nov. 1990, n° spécial, p. 175.

³ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 389

⁴ - انظر لمزيد من التفاصيل عادة أحمد ، مرجع سابق ص 198-199

⁵ P mousseron, op-cit, p 278

⁶ Daniel lafortune, po.cit, p 236

⁷ CA Paris, 25^e ch. B, 12 avr2002, Juris-Data n° 2002-175601, « la convention de préemption violée par un actionnaire n'institue qu'une obligation de faire et une créance de nature personnelle, sans pouvoir solliciter ni l'annulation de la cession, ni l'exécution forcée de la cession à son profit »،

2/الاكتفاء بالتعويض كجزاء عن عدم التنفيذ

عندما يكون التنفيذ العيني للاتفاقية بين المساهمين مستحيلا، فلا يكون أمام الطرف المتضرر سوى الاكتفاء بمطالبة الطرف الناكل بالتعويض.¹

ولهذا في غالب الأحيان، لا تقضي المحاكم بإلزام المدين بتنفيذ أحكام اتفاق التصويت وتكتفي بالتعويض عن ذلك،² فمثلا وفي حكم لمحكمة استئناف باريس التي أيدت الحكم الابتدائي القاضي بإلزام المساهم بالتصويت وفق الاتفاق لزيادة رأس المال ثم الاكتتاب به تحت طائلة الإكراه المالي،³ فإنه ورغم صرامة العقوبة، إلا أن هذا الحكم يبقى غير كافي في حال تعنت الطرف المدين، فعدم تصويته بالجمعية العامة يعني أنه لن يكون هناك زيادة في رأس المال وبالتالي استحالة إلزامه بالاكتتاب، خاصة في ظل حرية تداول الأسهم التي تسمح له ببيع أسهمه ومغادرة الشركة تماما.

لذلك يرى البعض أنه من الأفضل في هذه الحالات طلب تعيين وكيل قضائي يكلف بالتصويت في هذا الاتجاه مكان المدين الممتنع⁴، إلا أن هذا الأمر قد لا يتاح في كل الظروف، خاصة وأنه لا يمكن الجزم مسبقا على نية المدين بالالتزام وعزمه عدم التصويت وفق الاتفاق، كما أن عنصر المصلحة الجماعية يدخل بقوة في تقدير إمكانية إجابة طلب تعيين الوكيل القضائي.

ب: آليات قانونية لتدعيم الاتفاقيات بين المساهمين

أقر العمل والاجتهاد القضائي عدة حلول وإجراءات تعاقدية يمكن الاتفاق بشأنها لضمان التنفيذ الفعلي للالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات بين المساهمين، ومضمون هذه الإجراءات عامة هو إدراج بنود من طبيعة مختلفة وذات أبعاد متفاوتة تضمن احترام الأطراف للاتفاقية:

1 / شرط التحكيم: يلجأ المساهمون عادة لهذا الشرط لحسم النزاعات التي قد تنشأ عن تفسير أو تنفيذ اتفاقية التصويت بينهم، فيخضع أي نزاع من هذا النوع للتحكيم،⁵ وقد يسند هذا التحكيم للشركة نفسها عبر

¹ Pierre mousseron, op-cit, p 284

² Jacques Wantz, Laëtitia Osejo, op.cit, p 8 ; ² Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p 388

³ CA paris 30 juin 1995, JCP E, 1996 II, p 795

⁴ Pierre mousseron, op-cit, p 285

⁵ Pierre Lamontagne. Op-cit, p 7

مجلس إدارتها، أو لشخص أو مجموعة أشخاص (مساهمين)، و قد يتولى هذا الأمر شخص ثالث من الغير .

وبنود التحكيم لا تمثل هنا وسيلة وقائية من النزاعات، بل هي أداة تساعد في إيجاد الحلول الودية،¹ ولهذا فمهما كان المحكم أو الوسيط فإن دوره لا يتمثل في الفصل في النزاع بوسائل قانونية، بل مهمته هي التوسط بين الأطراف والمساعدة في طرح حلول بالتفاوض بين الأطراف المتنازعة.²

2 / الشرط الجزائي: وقد نصت عليه المادة 183 ق م ج بقولها : " يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد"، إذن فالشرط الجزائي هو تحديد قبلي جزافي لمبلغ معين لا يكون تافها ولا يكون مبالغا فيه،³ وتتولى المحكمة تقدير ذلك عند النزاع، وهو يمثل وسيلة فعالة نوعا ما لإجبار المدين على أداء التزامه عند إدراجه باتفاقية التصويت⁴، كما تظهر أهمية إدراج مثل هذا الشرط في اتفاقية التصويت في أنه يعفي الدائن من إثبات الضرر أمام القضاء.⁵

3 / إدخال الشركة في الاتفاقية: من بين الحلول الفعالة لضمان تنفيذ الاتفاقيات بين المساهمين، هي إقحام الشركة عند تنفيذ الاتفاقية، سواء بجعلها طرفا في الاتفاقية عبر مصادقتها عنها، كما قد تتدخل الشركة في ضمان تنفيذ الاتفاقية لكن ليس بصفتها طرفا فيها، بل على أساس عدم نفاذ الاتفاقية في مواجهتها،⁶ ويكون ذلك عبر إعلام الشركة بنسخة من العقد أو الاتفاقية، والتي تؤثر عليها بأنها عديمة الأثر في مواجهتها متى تمت خرقا للبنود المتفق عليها بين الأطراف.⁷

¹ Bernard TILLMANE, situations de blocage dans les sociétés anonymes, p 25

² DANIEL Lafortune, op-cit, p 254

³ Garcia Sarah Assetou, Les pactes d'actionnaires à l'épreuve de la pratique, Article juridique publié le 09/04/2013 sur le site web : www.Légavox.fr

⁴ P mousseron, op-cit, p 284

⁵ DANIEL Lafortune, op-cit, p 230

⁶ Garcia Sarah, Article juridique, op-cit

⁷ Bruno Dondero, « les pactes d'actionnaires signés par la société », revue des sociétés, 2011, p 535

المطلب الثاني: الحرية التعاقدية آلية لتنظيم السلطة في الشركة

بعد استعراض التنظيم القانوني للجانب التعاقدى في ممارسة حق التصويت، والذي يعكس إرادة المساهمين في تنظيم كيفية ممارسة سلطة اتخاذ القرار في الشركة، لا بأس أن نعرض لبعض الصور التي تجسّد هذا الجانب التعاقدى بين المساهمين، والذي قد يكون في اتجاه الحد من السلطة داخل الشركة (فرع أول)، أو الاتفاق على تقاسمها وتوزيع ممارستها (فرع ثاني)، أو الاتفاق على تفويض ممارسة السلطة (فرع ثالث).

الفرع الأول: الاتفاق على الحد من السلطة

قد يتفق المساهمون على قطع الطريق أمام استئثار أحدهم أو بعضهم بسلطة اتخاذ القرار تجنباً لظهور أغلبية قد تتعسف في حق باقي المساهمين، فيلجئون إلى بعض البنود أو الاتفاقيات التي تضمن لهم مبدئياً تحقيق هذا الوضع، سواءً بالاتفاق على تسقيف حقوق التصويت (أولاً) أو الاتفاق على تسقيف نسبة المساهمة ذاتها (ثانياً) أو إدراج بند يتعلق بالحرمان المؤقت من حق التصويت لكل مساهم جديد بالشركة (ثالثاً).

أولاً: البند المتضمن تسقيف حقوق التصويت **Plafonnement des droits de vote**

تأكيداً لما سبق حول دور الإرادة في تنظيم إدارة وسير عمل الشركة، عبر البنود المدرجة بنظام الشركة والتي تضمن توزيعاً لسلطة اتخاذ القرار، بحيث تتمكن حتى الأقلية من قول كلمتها، وهذا ما يدفع بعض الشركات إلى اعتماد ما يعرف ببند تسقيف حقوق التصويت، وهذا البند يمثل آلية لتحديد حق المساهم في التصويت عند سقف معين مهما كان عدد الأسهم التي يملكها¹، وتشكل المادة 685 ت ج، الأساس القانوني لهذا البند بنصها على: "يجوز أن يحدد القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات"، ويظهر جلياً أن تحديد حق التصويت يشكل خروجاً صريحاً على مبدأ التناسب الذي سبق للمشرع أن كرسه بالمادة 684، ولهذا فالكثير من التشريعات لا تسمح بإدراج مثل هذه البنود تماماً، خاصة وأنه يتعلق بأحد الحقوق الجوهرية للمساهم، والتي يفترض أن تمثل وزناً مضاداً يَعدّل الحقوق المالية للمساهم، وبذلك يتمكن هذا الأخير من الدفاع عن حقوقه المالية، بما يقابلها من حقوق سياسية، لذلك يتعين أخذ الموضوع بنوع من الدقة والحذر لتفادي الوقوع في نتائج عكسية.

¹ Viviane de Beaufort, Harmonisation communautaire et stratégies juridiques : l'exemple des règles sur les OPA. [Les stratégies juridiques des entreprises](#), Éditions Larcier, 2009, p 255

ويرى البعض أن الإقرار للأنظمة بحق تحديد عدد الأسهم، يمكن أن يصل بنا إلى نتيجة مشابهة لم يُعرف بالتصويت حسب عدد الرؤوس، أي لكل شخص صوت¹، وهذا ما عارضه الكثير واعتبر أن هذا الوضع الذي تصير إليه الشركة بعد هذه الاتفاقية غير قانوني تماما، لأنه يناقض بشكل صريح مبدأ التناسب²، وهذه في الحقيقة نقطة جوهرية يتعين الوقوف عندها، فـشركة المساهمة بالأساس هي شركة أموال بخصائصها ومميزاتها، وإذا ما أراد المساهمون تدعيم الاعتبار الشخصي فيها من منطلق ضبط موازين القوى فيها، فلا يمكن أن يصل إلى حد تغيير طبيعة الشركة ذاتها³، بمعنى أن التعديل النظامي لمبدأ التناسب والذي أتاحتها المادة 685 ت ج، وإن كان مقبولا متى كان بهدف تنظيم الشركة وتوزيع سلطة اتخاذ القرار بين المساهمين فيها، إلا أنه لا يجب وفي كل الأحوال أن يلغى تماما مبدأ التناسب عند ممارسة حق التصويت.

ودائما في إطار ارتباط حق التصويت بالسلطة، وارتباط بند تسقيف حق التصويت بتوزيع ممارسة هذه السلطة، فإننا نتساءل حول ما إذا كان هذا التسقيف يخص الأسهم التي يحوزها المساهم لنفسه فقط، أم أن الحكم ينصب كذلك على الأسهم التي يحوزها بصفته وكيل عن غيره⁴ ولا شك أن الفرض الأول يحيلنا مبدئيا إلى نقطة هامة تتعلق بمدى فعالية هذا البند وتحقيقه للغرض الذي وضع لأجله، وهو توزيع السلطة وضمان عدم الاستئثار بها، إذ يمكن الالتفاف حوله بسهولة إذا جمع المساهم حقوقه في التصويت (في حدود النسبة المُسَقَّفة)، وأصوات غيره كوكيل عنه⁵، كما يمكن للمساهم بالمقابل توزيع أسهمه على عدة وكلاء يصوتون لمصلحته ويفلت من أحكام هذا البند⁶.

وربما يكون هذا هو السبب الذي جعل لجنة عمليات البورصة في فرنسا تشير إلى وجوب تطبيق هذا التسقيف كذلك في حالة الوكالة⁷، وقد دافع الأستاذ Yves Guyon عن هذا الطرح وقال بضرورة تطبيق التسقيف على التصويت الشخصي للمساهم، وعلى تصويته كوكيل عن غيره، إلا أن القضاء يرفض تشبيه التصويت الصادر عن المساهم نفسه بالتصويت الصادر عنه كوكيل⁸، فضلا عن أن أخذ

¹ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p239.

² A. Couret, « le plafonnement du droit de vote dans les sociétés anonymes » droit et patrimoine, Fev 1993, p50.

³ Renée KADOUCHE, p229.

⁴ أو الأسهم التي يصوت بها الغير لفائدته في إطار الوكالة

⁵ Yves Guyon, traité des contrats, 238.

⁶ Renée KADOUCHE, th-préc, p233.

⁷ Rapport COB, 1992, p48, sur site web : www.AMF-france.org

⁸ C.A Paris, 23 Fev 1957, D 1958, p135, note. F. Gore

أسهم الموكل بعين الاعتبار عند تصويت الوكيل، يناقض الأصل العام الذي تقوم عليه شركة المساهمة وهو الاعتبار المالي¹ وهذا ما نرجحه، على أساس أن نص المادة 685 ت ج² تشير إلى تحديد أصوات المساهم بالجمعية العامة، وليس لتحديد مساهمته أي عدد الأسهم، وهنا يتعين إعمال الأصل، وهو حق المساهم في التصويت بنفسه أو عبر ممثله، لأن تسقيف عدد الأصوات يبقى وفي كل الأحوال استثناءا يتعين عدم التوسع فيه، وأن إتاحة المشرع لأنظمة الشركات بتحديد سقف التصويت، لم يتضمن صراحة حقها في النص على عدم جواز الوكالة في التصويت بين المساهمين.

ويقترَب من هذا الوضع التصرف الجماعي Action de concert، فهل يسري عليه جواز تسقيف حقوق التصويت للمساهم الذي يتصرف في هذا الإطار؟ والجواب على رأي الفقه الراجح هو بالنفي، لأن التصرف الجماعي لا ينتج آثاره خارج الحالة المحددة قانونا لذلك،³ فضلا على أنه لا يقوم على ملكية موحدة بل على تجميع الحقوق.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فيبدو أن المشرع يخالف هذا التوجه، وهذا ما يمكن أن نستشفه مما ورد بنص المادة 65 مكرر 2 من القانون 04/03 المتعلق ببورصة القيم المنقولة التي عرّفت التصرف بمعية الغير بأنه: " اتفاق مبرم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين قصد امتلاك حقوق التصويت أو بيعها من أجل تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة"، حيث أخضع المشرع المساهم الذي تجاوز حدود المساهمة المبنية بالمادة 65 مكرر من نفس القانون لواجب التصريح بذلك لدى الهيئات المعنية، سواء تجاوز حدود المساهمة بنفسه أو بالاتفاق مع غيره، أي أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاعتبار حقوق التصويت التي يمتلكها المساهم بالاشتراك مع غيره، مع ضابط وحيد وهو أن يكون التصرف بمعية الغير بغرض تنفيذ سياسة مشتركة تجاه الشركة.

وتشير مسألة إدراج بنود بأنظمة الشركات تخص تعديل حق التصويت بشكل عام، التساؤل حول مدى سلطة الجمعية العامة غير العادية في ذلك، فإذا ما كان إدراج هذه البنود يكون ابتداءً، أي عند تأسيس الشركة لا يطرح أي إشكال لأن تعديل القانون الأساس عند عرضه على الجمعية التأسيسية يكون بالإجماع (م600)، فإن الإشكال يثور بالنسبة للجمعية العامة غير العادية، فهل يجوز لها أن تعدل القانون الأساسي بإدراج بند ينص على تسقيف حقوق التصويت أم لا؟ وإذا كان البعض قد رافع في اتجاه

¹ Renée KADOUCHE, th-préc, p233.

² Art L 225-125 c c f

³ D Schmidt, C BAJ, « réflexions sur les effets de l'action de concert » RD Bancaire et bourse, 1991, p182.

عدم اختصاص الجمعية العامة بإدراج هذه البنود خلال حياة الشركة¹، ومع أن التيار العام يبدو في غير صالح هذا الطرح، إلا أننا نعتقد أن بعض الغموض يلف الموضوع.

فإذا كانت المادة 674 تجبر للجمعية العامة غير العادية صلاحية تعديل النظام الأساسي وفي كل أحكامه، فهذا ما يجعل من حقها إدراج بند بنظام الشركة خلال حياتها يقضي بتسقيف عدد الأصوات لكل مساهم، وهذه في الواقع نتيجة لازمة للصفة المطلقة لهذا الحكم، ومع رجاحة هذا الرأي لدى جانب كبير من الفقه²، فضلا عن أنه مؤسس قانونا، ونحن من جهتنا نرجحه كذلك لنفس الاعتبارات، إلا أننا نتساءل بحذر حول مدى إمكانية خضوع بند تسقيف عدد الأصوات عمليا لحكم المادة 674 ت ج "...ولا يجوز لهذه الأخيرة (الجمعية العامة) أن ترفع من التزامات المساهمين..."، بحيث يفترض هنا أن يتم التصويت على إدراج بند التسقيف بالإجماع، وهو الأمر الذي (يتجاوز) سلطة الجمعية العامة في الشركات الكبيرة جدا، لصعوبة أو استحالة تحقق الإجماع.

وعلى كل، فإذا كان الكثير يعتقد بجدوى هذا البند في إقامة التوازن داخل الشركة بين المساهمين والمساواة بينهم، وأنه يشكل آلية فعالة للدفاع ضد الدعوات العنيفة للادخار العدائية OPA Hostile³، على أساس أنه يضمن عدم تركيز السلطة بيد مساهم واحد أو جماعة من المساهمين الجدد مهما كانت نسبة استثمارهم بالشركة، إذ لا يمكن التحكم في الشركة إلا في حدود ما تسمح به الأنظمة⁴، ومع ذلك فإننا لا نسلم بشكل مطلق بكل ما يقول به الفقه في هذا الخصوص، بأنه يتعين الحد من سلطة المساهم صاحب الأغلبية بتسقيف حقوقه في التصويت بدعوى إقامة التوازن بين المساهمين عند التصويت، وكذا حماية الأقلية وتقادي أفراد مساهم الأغلبية بالسلطة داخل الشركة، وإقامة المساواة بين المساهمين، وهي في تقديرنا حجج لا تبرر كفاية وضع هذا البند، ولا تحقق الغرض الذي تقرر من أجله، بل بالعكس هي تهدم كل تلك الأهداف والمبادئ، ويكفي الإجابة على التساؤل التالي والذي نراه جوهريا لتوضيح الأمر: هل حرمان المساهم من حقوقه الإدارية عبر تسقيف حقوق التصويت، يتضمن في نفس الوقت تحديد مسؤوليته عن ديون الشركة بقدر ما يملك من حقوق تصويت؟

¹ M. de Juglart, B Ippolito, traité de droit commercial, vol 2, les sociétés 2^{ème} partie, 3^{ème} édition, Montchrestien, 1982.

² A. Couret, « le plafonnement du droit de vote dans les sociétés anonymes » art-précité

³ D. BOULLET, « le sauvegarde des sociétés face aux offres publiques d'achats sauvage », JCP, éd, 1998, p 453.

⁴ Renée KADOUCHE, th-préc, p233.

والجواب طبعا هو بالنفي، لأن رأس مال الشركة هو الضمان العام لدائتيها، ولا يجوز الانتقاص من هذا الضمان، وبالنتيجة لذلك فهذا الوضع يشكل أولا خرقا صارخا لمبدأ المساواة بين المساهمين بحرمان مساهم الأغلبية من جزء من حقوقه الإدارية، ومن جهة أخرى فهو يهدم التوازن القائم بين الحقوق المالية للمساهم في الشركة ووسائل الدفاع عن تلك الحقوق، فالحسارة التي تلحق رأس المال تصيب المساهم في مجمل مساهمته المالية في الشركة وليس فقط في حدود ما يملكه من حقوق تصويت، فالمساواة لا تكون في الحقوق فقط بل في الالتزامات كذلك.

أما بالنسبة لحماية الأقلية وإقامة التوازن بين المساهمين في الشركة، فهناك العديد من الآليات كتسقيف المساهمة ذاتها مثلا، إضافة لما يوفره قانون الشركات من ضمانات كدعوى التعسف.

ثانيا: البند المتضمن تسقيف المساهمة Plafonnement des participations

ويسمى في الفقه الفرنسي كذلك بـ: *pacte de non aggression* وتتضمن اتفاقية تسقيف الأسهم التزاما من المساهمين بعدم المبادرة باكتساب أكثر من عدد معين من الأسهم في رأس مال الشركة، حيث يتفق المساهمون بصفة جماعية على تحديد نسبة معينة من الأسهم لا يجوز لأي مساهم أن يتجاوزها،¹ ويمتاز هذا الشرط بكونه غير مقيد زمانيا حيث يمكن إدراجه لمدة محددة أو غير محددة، وتظهر أهميته في أنه يدعم المساواة بين المساهمين ولا يسمح باستثناء أحدهم أو بعضهم بالسيطرة على الشركة، وهو بذلك يعبر عن نوع من الاعتبار الشخصي الذي يريد المساهمون إضافته على الشركة،² وتتعدد الصيغة التي يرد بها هذا الشرط فقد يدرج في شكل اتفاقية تمنع شراء الأسهم بين المساهمين، أو في شكل اتفاقية تقضي بالامتناع عن ممارسة حق الأفضلية في الاكتتاب.³

ويكون اللجوء لهذا الشرط عادة في شركات المساهمة التي تحظى فيها نية الاشتراك بقدر عالي من الأهمية، بحيث يعتمد كبار المساهمين عبر هذا الشرط إلى تقديم الضمان للأقلية، حول وجودهم في الشركة، وذلك بعدم المساس بنسبة مساهمتهم في رأس المال عند اندماج الشركة أو الزيادة في رأسمالها.⁴

¹ Caroline Leroy, op.cit, p 97

² Jacques MESTERE, J Christophe RODA, les principales clauses des contrats d'affaires, lextenso éditions, Paris, 2011, p 793

³ غادة أحمد، مرجع سابق، ص 74 و ما بعدها

⁴ J MESTERE , J C RODA , op-cit, p794 ; Hervé pichard, Bruno pilchard, op-cit, p 52

وسواء تم إدراجه بنظام الشركة أو باتفاق جانبي، فهذا الشرط يمثل التزاما بعدم القيام بفعل، فكل مساهم يلتزم بعدم الاكتتاب بأي حصة تتجاوز النسبة المحددة بالاتفاق، ولهذا فمسألة صلاحية هذا الشرط تستمد من مبدأ الحرية التعاقدية الذي يتيح للأطراف تضمين اتفاقياتهم الشروط التي يرونها مناسبة لهم، شرط عدم مساسها بالمصلحة المشتركة أو الجماعية،¹ وهذا ما يتحقق مع هذا الشرط الذي لا يتعارض مع مبدأ حرية تداول الأسهم، ولهذا أقره القضاء الفرنسي، وأضاف إلى ما سبق، وجوب احترام قوانين سوق الأوراق المالية وقوانين المنافسة.²

والملاحظ بخصوص هذا البند، هو أنه وبخلاف بند تسقيف حق التصويت، الذي يمثل خروجاً تاماً عن مبدأ التناسب، فإن تسقيف المساهمة ذاتها لا تخرق مبدأ التناسب الذي يكون محفوظاً، فهذا البند يحد من ممارسة السلطة لكن بشكل غير مباشر، وذلك عبر الحد من امتلاك مصدر ممارسة السلطة، ملكية الأسهم.

ثالثاً: البند المتضمن المنع المؤقت التصويت *clause de stage*

ويعرف كذلك بشرط الاختبار، وهو الشرط النظامي أو غير النظامي الذي يعلق دخول الجمعية العامة، ومنه ممارسة حق التصويت على امتلاك الأسهم منذ فترة زمنية محددة اتفاقاً، إذن فمقتضى هذا الشرط، هو أن المساهم لا يكون مؤهلاً لدخول الجمعية العامة من أجل التصويت، إلا إذا كان قد مر على اكتسابه للأسهم فترة من الزمن تتراوح عادة بين شهر واحد، إلى سنتين على الأكثر،³ ويسمى هذا الشرط أحياناً شرط التدريب، وذلك لكونه يهدف لمعرفة مدى ولاء المساهم الجديد لتوجه الشركة بشكل عام، ولذلك يكون مقترناً في أغلب الأحيان بشرط الموافقة، لضمان عدم انضمام الأشخاص غير المرغوب فيهم.⁴

وإدراج هذا الشرط غالباً ما يكون مبنياً على رغبة المساهمين في المحافظة على استقرار الرقابة والتحكم في الشركة، كما يسمح بتجنب ظهور أغلبية وهمية وظيفية من مساهمين اكتسبوا أسهمهم قبل

¹ Charles GOYET, op.cit, p 39

² H Lesguillons, « le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires », revue de droit des affaires international, n° 2, 2005, p53

³ J MESTERE , J C RODA , op-cit, p 1001

⁴ - جورج ريبير و رينيه روبلو، مرجع سابق، ص 528

ظرف وجيز جدا من انعقاد الجمعية العامة،¹ وبشكل عام فهو يضمن إدارة الشركة من المساهمين الأكثر انتماءً وولاءً لها، مما يعني أن أساس إدراج هذا الشرط، هو الاعتبار الذي يوليه المساهمون القدامى للجاني الشخصي في المساهمين الجدد.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد كانت الاتفاقيات سواء النظامية أو غير النظامية المتعلقة بحق التصويت محل رفض مطلق من الفقه والقضاء، فتعليق حق المساهم في التصويت على أقدمية معينة في الشركة، يصطدم بشكل مباشر بنص المادة 1844 مدني فرنسي، والتي تمنح لكل شريك الحق في المشاركة في القرارات الجماعية،² لكن ذلك لم يدم طويلا، حيث وبعد تردد، أقرت محكمة النقض الفرنسية صحة الاتفاقيات المنضمة لحق التصويت بشكل عام³ - و منها شرط الاختبار - متى تحققت الشروط التالية: أن تكون محددة المدة، وذلك بأن لا تتجاوز فترة انعقاد جمعية عامة واحدة أو اثنتين على الأكثر، فلا تصح الاتفاقية التي تقيد أو تحرم المساهم من حقه في المشاركة في أعمال الإدارة مطلقا، وأن تراعي مصلحة الشركة، على ما سبق تفصيله.

وعلى كل، تكون هذه الاتفاقيات صحيحة ومقبولة متى كانت الغاية منها تأمين سياسة عامة ومستقرة لإدارة الشركة في مواجهة التصرفات التي قد تضر بها،⁴ بل ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى المناداة بالتصويت في بعض الحالات - التي رأتها ضرورية - والتي ليس أمام المساهم سوى التصويت فيها بذلك الاتجاه.⁵

الفرع الثاني: الاتفاق على تقاسم السلطة

في إطار التوافق الذي يوليه المساهمون العناية لتنظيم وضبط موازين القوة بينهم، خاصة في الشركات التي لا تضم عدد كبير من المساهمين، والذين تكون نية المشاركة لديهم في أعلى مستوياتها، بحيث يرغبون كلهم في المشاركة في إدارة الشركة والاهتمام بشؤونها، وكذا المساهمون الموسومون عادة بأنهم دائمون ومستثمرون على المدى البعيد، ففي مثل هذه الظروف لا يجد المساهمون بُدا من الاتفاق

¹ J MESTERE , J C RODA , op-cit, p 1002

² P mousseron, op-cit, p 277

³ جورج ريبير ورينيه روبلو، مرجع سابق، ص 528

⁴ غادة أحمد، مرجع سابق، ص 12

⁵ عماد أحمد أمين، مرجع سابق، ص 602

على توزيع المشاركة في إدارة الشركة بينهم (أولاً)، أو اللجوء إلى إدراج بند يضمن المساواة بينهم في قيمة المساهمة (ثانياً) لتحقيق بعد ذلك المساواة في ممارسة السلطة.

أولاً: الاتفاق المتضمن توزيع المشاركة في إدارة الشركة

يتعدد مجال استخدام هذه الاتفاق حسب موقع وخلفية المساهمين المعنيين به، فقد يلجأ لهذه الاتفاقية المساهمون في الشركة التي تضم فئات مختلفة من المساهمين، فيتم الاتفاق على أن لكل فئة الحق في ترشيح أكثر من مساهم منهم لعضوية مجلس الإدارة، وبذلك تضمن كل الطوائف والفئات تمثيلها في مجلس الإدارة، وفق توزيع معين متفق عليه أو بالتناسب مع عدد الأسهم، شرط عدم تعيين مساهم بذاته لعضوية مجلس الإدارة،¹ أو أن يتم اختيار الأعضاء من حملة بعض أنواع الأسهم، أو من حملة عدد معين من الأسهم، ويتم الاتفاق على توزيع معين للمناصب الإدارية بهدف تأمين التمثيل المتناسب في مجلس الإدارة بين الأعضاء ورأس المال، والحد من آثار مبدأ الأكثرية المهيمن على شركة المساهمة،² والقضاء عادة ما يجيز هذا النوع من الاتفاقيات التي تسمح للمساهمين باختيار ممثليهم بشكل متساوٍ بمجلس الإدارة.³

ومن جانب آخر، فمتى أراد بعض المساهمين التحرك بشكل جماعي لتسيير الشركة وفق ما يجمعهم من توجهات وأفكار متماثلة، فإنهم عادة ما يلجئون إلى إبرام اتفاق بينهم لتحديد كفاءات التشارك في ذلك واتخاذ موقف مشترك لتحديد سياسة الشركة⁴، وهذه ميزة هامة لا تغفلها خاصة الشركات الأم لأنها تسمح لها بالتنسيق الجيد في العلاقات بينها، لذلك عادة ما تدرج بنوداً بنظام الشركة الوليدة أو التابعة لها يسمح بتوزيع عادل لمقاعد مجلس الإدارة بينهم،⁵ وهذا من أجل خلق تعاون فعال لتحقيق الهدف المشترك انطلاقاً من تمكين الشركاء من نفس الاعتبار في أخذ القرارات.⁶

إلا أن ما يتعين الانتباه له ومراعاته بشدة، هو تقادي تشخيص التعيين، أي أن الاتفاقية المتضمنة تعيين أحد أو بعض أعضاء مجلس الإدارة، لا يجب أن يرتبط بشخص المساهم المعين بالاتفاقية، ولا

¹ غادة أحمد، مرجع سابق، ص 80

² Marie-C Monsallier, op-cit, p 303

³ Trib com paris, 01 aout 1974, rev soc, 1974, p 685

⁴ Charles Goyet, art-préc, p 22

⁵ Renée Kadouch, th-préc, p 239

⁶ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 184

يتعدى تعيينه إحدى صفاته، كأن يكون منتميا لفئة معينة أو يحمل صفة ما، ولهذا فإن الاتفاق الذي يتضمن تعهدا من أحد طرفيه بالتصويت لبقاء المدير المتنازل في مركز المدير يعتبر باطلا،¹ ولكن هذا لا يمنع حسب البعض، من أن يدرج اتفاق التعيين ضمن اتفاقية متعلقة بالتصويت عند مراعاة الشروط التالية:²

- أن يكون الهدف المنشود من عملية التعيين متوافق مع مصلحة الجماعة.
- أن يحتفظ المساهمون أطراف الاتفاق بحرية تامة في اختيار العضو من بين عدة مساهمين، دون اشتراط تعيين شخص معين بذاته.

ويلجأ عادة لهذه الاتفاقيات، المساهمون الدائمون المهتمون بتطوير الشركة عبر إيصال أشخاص معينين لإدارتها،³ وبشكل عام كل مساهم مستثمر على المدى المتوسط والبعيد.

ثانيا: البند المتضمن شرط المساواة *clause d'égalisation*

يلجأ المساهمون عادة عند إدراج هذا الشرط إلى خلق حالة من المساواة التامة بينهم، فيما يخص نسبة امتلاك الأسهم بالشركة، ويكون ذلك خاصة عند إنشاء فروع مشتركة، حيث تؤدي المساواة في نسبة امتلاك الأسهم المشكلة لرأس المال، إلى قيام رقابة مشتركة وفعالة من المساهمين،⁴ وقد يتم النص على هذا الشرط بالنظام الأساسي للشركة، كما قد يتم اللجوء لهذه الوضعية عبر إقرارها في اتفاقية جانبية لاحقة لتأسيس الشركة، (ولا يتحقق هذا الفرض إلا في الشركات قليلة العدد).

وفي هذه الحالة يتعين على المساهم الذي يمتلك النسبة الأضعف من الأسهم، أن يلتزم بتكملة النقص في نصيبه إلى حدود النسبة المحددة، سواءً بشراء أسهم جديدة من مساهمين آخرين، كما قد يتم اقتطاعها من الأرباح التي تحققها الأسهم التي يمتلكها، وذلك عند زيادة رأس المال مثلا، إلى أن يتساوى مع باقي المساهمين في نسبة امتلاك الأسهم،⁵ كما يتعين عليه في الحالة العكسية أن يتنازل عن جزء من أسهمه - لأحد المساهمين أو للغير - إلى أن ينزل للنسبة المحددة بالاتفاق.

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ج 08، ص 325

² Marie-C Monsallier, op-cit, p 305

³ - غادة أحمد، مرجع سابق، ص 84

⁴ Caroline Leroy, op.cit, p 125 ; Charles GOYET, op.cit, p 37-38

⁵ J MESTERE , J C RODA , op-cit, p 347

وما يميز الاتفاقية المتضمنة شرط المساواة في امتلاك الأسهم عن اتفاقية تسقيف المساهمة، هو أن هذه الأخيرة وإن كانت تهدف إلى تقسيم وتوزيع الأسهم بين المساهمين، إلا أنها لا تؤدي بالضرورة إلى المساواة المطلقة بينهم في نسبة امتلاك الأسهم.

وقد أقر القضاء صحة وصلاحيه هذه الاتفاقية مادامت لا تتعارض مع القوانين المنظمة للشركات في هذه المجال،¹ لاسيما مبدأ حرية تداول الأسهم، وحرية البقاء في الشركة أو الانسحاب منها.

الفرع الثالث: التصويت بالوكالة * le Mandat de vote

قد لا يتمكن الكثير من المساهمين من الحضور إلى الجمعية العامة والتصويت بأنفسهم على قراراتها، وهذا لأسباب عديدة تخصهم، مما قد يؤثر في استكمال النصاب والأغلبية، ويؤدي إلى استئثار الحاضرين بالجمعية العامة باتخاذ القرارات التي تخص الشركة والمساهمين ككل،² لذلك يتم اللجوء إلى إحدى التقنيات التي تضمن للمساهم الإدلاء بصوته دون أن يحضر شخصيا، وذلك بتوكيل غيره لتمثله والتصويت مكانه.

وتجد الوكالة في التصويت أساسها في القواعد العامة للقانون المدني في إطار التمثيل النيابي الذي يسمح للشخص أن يفوض غيره للقيام بشؤونه لمصلحته وبناء على تعليماته، وهذا ما أقرته المادة 571 مدني جزائري بأن الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

والتصويت عبر الوكيل المعين هو إجراء مرغوب فيه، لأنه يسمح للموكل بأن يوجه للوكيل تعليمات محددة تخص التصويت،³ وبذلك يمكنه التعبير عن رأيه والتصويت بالجمعية العامة دون أن يحضر شخصيا للاجتماع، أي أن الوكالة تمثل آلية للممارسة غير المباشرة لحق التصويت وسلطة رأس المال بالتبعية لذلك.⁴

¹ T com, paris, 1 aout 1974, RTD, com, 1975, p 130. Voir : J Mestre, j p Roda, op-cit, p 348
* بخلاف المفهوم القانوني الكلاسيكي للوكالة، ظهر تصور حديث لفكرة الوكالة في شركة المساهمة ذو خلفية اقتصادية تقوم على أساس التعاون والتكامل بين الموكل والوكيل في تحقيق هدف مشترك بينهم. راجع في ذلك: المعتصم بالله الغرياني، حوكمة شركات المساهمة، دار الجامعة الجديدة، 2008، الإسكندرية، مصر ص 50-51

² Antoine DESPINOY, l'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières, DEA de droit des contrats, université Lille 2 , 2001, p 43

³ Yves Guyon, traite des contrat. Op- cit, p144.

⁴ Antoine DESPINOY, l'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières, DEA de droit des contrats, université Lille 2 , 2001, p39.

وما يميز الوكالة في التصويت عن باقي التقنيات التي تحقق انتقال حق التصويت، هو أن المساهم الموكل يظل محتفظا بملكية أسهمه بشكل تام،¹ إنما يفوض غيره ليمارس السلطة المرتبطة بتلك الأسهم لسببٍ من الأسباب، كأن يتعلق الأمر بعدم استطاعة المساهم الحضور للجمعية العامة²، أو رغبة مجموعة من المساهمين تجميع أصواتهم وتوكيل أحدهم للتصويت بها من أجل التأثير في قرارات الجمعية العامة.³

ويكثر اللجوء لهذه التقنية المدنية بالأساس خاصة في الشركات الكبيرة أو المسعرة بالبورصة والتي يكثر ويتوزع مساهموها بشكل كبير.

ولا بأس أن نستعرض النصوص المتعلقة بالتصويت بالوكالة في القانون الجزائري، فبالإضافة لنص م 571 مدني ج المتعلقة بالوكالة عموما، تنص م 602 ت.ج على: "لمكتتبي الأسهم حق الاقتراع بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم..."، كما تنص م 603 ت ج على "... ولوكيل المكتتب عدد الأصوات التي يملكها موكله حسب نفس الشرط ونفس الحد..."، كما تضمنت م 681 ت ج إشارة عرضية للتصويت بالوكالة حينما قضت بـ: "... 2- اسم كل مساهم ممثل ولقبه وموطنه وكذلك اسم موكله ولقبه وموطنه وعدد الأسهم التي يملكها...".

وبعد هذه النبذة عن التصويت بالوكالة والإطار القانوني لها، نتناول أحكام وكالة التصويت من حيث الشروط القانونية لتنفيذها (أولا)، ثم تبيان أن التصويت بالوكالة، هو ممارسة للسلطة خارج مبدأ التناسب (ثانيا).

أولا: شروط وكالة التصويت

نظرا لما قد ينتج عن ممارسة التصويت بالوكالة من مخاطر، فالأمر تضبطه بعض الشروط سواءً بالنسبة للموكل (أ)، أو بالنسبة للوكيل (ب)، وكذا بالنسبة للوكالة ذاتها (ج).

أ/ من حيث الموكل

باستقراء النصوص السابقة، 602، 603، 681، 603 ت.ج يتبين أن لكل مكتتب أو مساهم الحق في أن ينيب عنه غيره ليمثله بالجمعية العامة، وهذا الحق وفق ما يبدو، لم يرد عليه أي قيد، إذن فالأمر

¹ Benoist Delcourt, Th-Précité, p88.

² Philippe Merle, Op-cit, p470.

³ Benoist Delcourt, Th-Précité, p88.

يتعلق بحق ثابت لكل مساهم لا يستطيع أو لا يرغب بالمشاركة في الجمعية العامة، أن يكون ممثلاً بغيره في ذلك الاجتماع.¹

إذن فبالنسبة للموكل، فلا يوجد أي إشكال من حيث المبدأ، طالما كانت صفة المساهم قائمة فيه، أي ما دام مالكا لجزء من الأسهم، وإلا فلا يملك الشخص أن يوكل غيره في ممارسة ما لا يملك هو نفسه ممارسته²، كما يجب أن تكون الأسهم محل الوكالة هي نفسها تعطي للموكل الحق في التصويت بنفسه، أي أن لا تكون محرومة من حق التصويت سواءً بطبيعتها كشهادات الاستثمار، أو بنص قانوني أو نظامي.

ب/ من حيث الوكيل

انطلاقاً من الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه الوكالة عموماً، لاسيما بالنسبة للوكيل، فإن المشرع التجاري وبالنظر لخصوصية أطراف ومحل وكالة التصويت³، قد أولى اعتباراً خاصاً في شخص الوكيل كشرط أساسي لصحة هذه الوكالة، وهو ما يظهر من خلال وجوب توفر شرط الصفة كعنصر أساسي لصحة وكالة التصويت، فالوكيل لا بد وأن يكون مساهماً بالشركة أو أن يكون زوج المساهم.

ويمكن القول أن هذا الأمر محسوم بالنسبة للمشرع الفرنسي، الذي يشترط أن يكون الوكيل مساهماً هو الآخر أو أن يكون زوج الموكل،* أي أن لا يوكل المساهم للتصويت بدلاً عنه إلا مساهماً آخر أو زوجه⁴، بينما شهدت معالجة المشرع الجزائري لهذه المسألة تحولا ضابابيا نوعا ما بعد التعديل الذي جاء به المرسوم التشريعي 08/93، إذ قبل ذلك كانت المادة 646 من القانون التجاري لسنة 1975 تنص على جواز⁵ أن ينيب المساهم مساهماً آخر أو أن ينيب زوجه ليمثله بالجمعية العامة ويصوت مكانه.

¹ Marie Christine M, Op- cit, p173.

² Ibid, p176.

³ Hasna Moubisit, , la représentation en droit des sociétés, éd l'harmattan, Paris, 2013, p11

* وهذا تأسيساً على إمكانية اتحاد الذمة بين الزوجين في القانون الفرنسي.

⁴ Art. L 225- 106.ccf.

⁵ تنص المادة 646 من قانون 1975: "يجوز للمساهم أن ينيب عنه مساهماً آخر أو ينيب عنه زوجه. كما يمكن لكل مساهم أن يتلقى الوكالات الصادرة عن مساهمين آخرين قصد تمثيلهم في الجمعية دون تحفظات أخرى ماعدا تلك التي تنتج عن الأحكام القانونية أو المتعلقة بالقانون الأساسي والمحددة للعدد الأقصى من الأصوات التي يمكن أن يحوز عليها شخص واحد سواء كان ذلك باسمه الشخصي أو كوكيل. تعتبر كل الشروط المنافية لأحكام الفقرات السابقة كأن لم تكن"

وهذا النص مطابق لنص المادة 106-225L تجاري فرنسي، لاسيما (هذه الجزئية بالذات)،¹ إذن فالمشروع الجزائري قبل إسقاط هذا النص، كان يحدد بشكل صريح صفة الوكيل وهو أن يكون مساهما آخر بالشركة أو أن يكون زوج الموكل.

لكن الأمر لم يبق كذلك بعد تخلي المشرع عن نص المادة 646 مع الإبقاء على نص المادتين 602-603 اللتان تتصان على جواز الوكالة في التصويت (لكن دون تحديد لصفة الوكيل)، كما أن المادة 681 والتي تنظم ورقة الحضور وتتضمن إشارة للتصويت بالوكالة، قد زادت من الغموض أكثر لاسيما بسبب عدم التوافق بين الصياغة الفرنسية والصياغة العربية لنص المادة، فالفقرة الثانية منها في النص العربي تنص على: "... اسم كل مساهم ممثل ولقبه وموطنه وكذلك اسم موكله وموطنه وعدد الأسهم التي يملكها" بينما يتحدث النص الفرنسي على: « les noms prénoms usuel et domicile de chaque Actionnaire représenté, et ceux de leurs Mandataire, Aussi que le nombre des vois attachées à leurs titres هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل عبارة "عدد الأسهم التي يملكها"، تعود على كل مساهم ممثل، أم تعود على وكيله، إذا ما اعتبرنا وجود خطأ بورود كلمة موكله مكان كلمة وكيله بالمقارنة بالصياغة الفرنسية للمادة، ولا نعتقد أن الأمر مجرد خطأ مادي، وأن صفة المساهم ثابتة بالنسبة للوكيل، خاصة أن هناك من يرى بأن المشرع الجزائري لا يشترط صفة المساهم بالنسبة للوكيل،² وهذه الفكرة يؤيدها إلى حد ما إسقاط المشرع لنص المادة 646 من قانون 1975، والتي كانت تتضمن عبارة: "تعتبر كل الشروط المناهضة لأحكام الفقرات السابقة كأن لم تكن"، وهي العبارة التي من شأنها أن تعدم إرادة المساهمين من حيث إمكانية توكيل غير المساهم عند

¹ لأن نص المادة 106-225L تجاري فرنسي تضع احتمالات أخرى لجواز توكيل غير المساهم بشروط محددة:

Art L 225-106 ccf : « I. — Un actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire, par son conjoint ou par le partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité.

Il peut en outre se faire représenter par toute autre personne physique ou morale de son choix :
-1° Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé;

-2° Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations dans les conditions prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, figurant sur une liste arrêtée par l'autorité dans des conditions fixées par son règlement général, et que les statuts le prévoient ».

² نادية فضيل، مرجع سابق، ص 283.

التصويت، أي أن صفة المساهم بالنسبة للوكيل كانت من النظام العام، وبالتالي فإن إسقاط هذا النص يعني مبدئياً التخلي عن صفة المساهم في الوكيل.

ج / من حيث حدود وكالة التصويت

إضافةً إلى خصوصية وكالة التصويت بالنسبة لأطرافها، فإنه يتعين كذلك تحديد مداها، سواءً بالنسبة لسريانها في الزمان (1) أو من حيث موضوعها (2).

1- تحديد وكالة التصويت زماناً

الوكالة شأنها شأن باقي العقود ترتب التزامات في ذمة أطرافها، قد تكون مفتوحة أي غير محددة المدة، كما قد تكون محددة بمدة معينة، بحيث تقف كل أثر بمضي ذلك الأجل، وقد شهد تطبيق هذه الأحكام على وكالة التصويت بعض الجدل، ففي حين يرى البعض أن الوكالة المفتوحة أو غير محدودة المدة لا تمثل مساساً بحرية التصويت لإمكانية إلغائها في أي وقت، وبالتالي فالأمر يتعلق بالتمثيل في التصويت وليس التنازل عن حق التصويت¹، ورغم أن هذا التفسير يبدو منطقياً ويستند للقواعد العامة للوكالة، إلا أنه لقي معارضة شديدة من جانب آخر من الفقه، بحيث يرى خلاف ذلك بأن الوكالة غير محددة المدة تشكل تنازلاً من المساهم عن حقه في التصويت²، لكن هذا الجدل لم يدم طويلاً، إثر تدخل المشرع الفرنسي الذي حسم الخلاف بنص المادة R225-79 تجاري فرنسي والتي قضت بأنه لا يمكن إعطاء الوكالة لأكثر من جمعية عامة واحدة فقط، أو اثنتين واحدة عادية والأخرى غير عادية، ينعقدان بنفس اليوم أو خلال أجل 15 يوم³.

بينما لا نجد في التشريع الجزائري أي نص يشير إلى مدة سريان وكالة التصويت، ويبدو أن المشرع الجزائري قد آثر إحالة تنظيم وكالة التصويت إلى القواعد العامة، ولم يخضعها لأحكام خاصة بالقانون التجاري كما فعل المشرع الفرنسي مراعاة لخصوصية أطرافها والبيئة التي تبرم فيها، ولذلك يمكن

¹ André Tunc, « les conventions au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes » Rev générale de droit commercial, 1942, p 97.

² Voirin. P, les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générale, D 1931, p5 ; Marie Christie, Monsallier, Op-cit, p187

³ Art R225-79 c c f : « Le mandat est donné pour une seule assemblée. Il peut cependant être donné pour deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire, tenues le même jour ou dans un délai de quinze jours. Le mandat donné pour une assemblée vaut pour les assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour ».

القول أن وكالة التصويت تبقى مفتوحة ومنتجة لآثارها، على أنه يجوز للموكل إنهاؤها في أي وقت يشاء، ولو وجد اتفاق مخالف لذلك،¹ كما يجوز للوكيل أن يتنازل عنها في أي وقت ولو في وجود اتفاق مخالف،² مع وجوب التعويض في كلتا الحالتين عند الاقتضاء.

2- تحديد وكالة التصويت من حيث موضوعها

سبق القول أن المشرع الجزائري لم يعتمد قواعد خاصة لتنظيم وكالة التصويت، وبالتالي فالتساؤل المطروح، هل تكفي الوكالة التي يمنحها الموكل المساهم بشكل عام، أم يجب عليه أن يحدد فيها وجهة التصويت بشكل مفصل؟ بمعنى هل يملك الوكيل بموجب الوكالة، السلطة التامة أم يتعين عليه نقل إرادة الموكل كما هي؟

ويمكن القول مبدئياً أن الوكيل مجرد ناقل لإرادة الموكل، مع أن البعض³ طرح عدة تصورات: فإما أن يمتلك الوكيل الحرية في التصويت وفقاً لما تسفر عنه مداولات الجمعية العامة، وإما أن يتلقى الوكيل تعليمات الموكل بالتصويت في اتجاه معين مع ترك مجال للانحراف عن أوامر الموكل متى ظهرت ظروف معينة يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على تصرف الوكيل،⁴ كما قد تكون الوكالة موجهة ولا تحتمل أي تجاوز، بحيث يلتزم الوكيل بالتصويت وفي كل الظروف باتجاه محدد سلفاً.

وفي كل هذه الحالات فإن الوكيل ينقل إرادة الموكل، أو على الأقل ما قد يرغب أن يعبر عنه الموكل، أي أن الوكيل يمارس السلطة نيابة عن الموكل مالك الأسهم.

لكن خارج هذه الحالات، يمكن جداً أن نتصور حالة أخرى، وهي أن ينحرف الوكيل بالسلطة المفوضة له ليس لمصلحة الموكل، بل لتحقيق مصالح أخرى خاصة به، فالسلطة التي يفترض أن يمارسها الموكل مالك الأسهم لمصلحته، انتقلت إلى غير المالك (الوكيل)، وانتقلت معها إمكانية تحديد وجهة المصلحة التي تهدف لتحقيقها، ولهذا فالخطر الذي يرافق هذه التقنية في انتقال حق التصويت يبقى قائماً وذو آثار قد تكون غير مرغوب فيها تماماً بالنسبة للموكل عند إساءة استخدامها من طرف الوكيل.

¹ المادة 587 مدني جزائري.

² المادة 588 مدني جزائري.

³ Marie Christine, Monsallier, Op-cit , p194 ; Benoist Delcourt, Th-préc, p 96.

⁴ المادة 575 مدني جزائري

ثانيا: التصويت بالوكالة، ممارسةً للسلطة من غير المالك

بعد استعراض التباين التشريعي بين المشرعين الفرنسي والجزائري، وتحديدًا حول صفة الشخص الذي يمارس التصويت نيابة عن المساهم الموكل، ومع ذلك فالثابت في الأمر بينهما، هو جواز انتقال التصويت ذاته من المساهم الموكل إلى شخص آخر ينوبه في ممارسته، فالمشرع الفرنسي يجيز انتقال السلطة لكن شريطة أن يتم ذلك بين المساهمين أو الأزواج، أما المشرع الجزائري فلم يكن واضحًا بالقدر الذي يمكن أن نجزم معه بموقفه، ومع ذلك فإنه وإن لم يكن بإمكاننا الجزم في صفة من تنتقل إليه السلطة بوكالة التصويت، إلا أن ما يمكن تأكيده هو إمكانية انتقال السلطة إلى شخص آخر.

وفي كل الأحوال نخلص إلى أن، الوكالة وإن كانت تنطوي على أداء خدمة يؤديها الوكيل للمساهم الموكل، فإنها من جانب آخر تشكل إحدى الآليات الاتفاقية التي تؤدي إلى الانفصال بين رأس المال والسلطة، فالوكيل إن كان مساهمًا سيصوت بعدد أصواته مضافًا إليها أصوات موكله، أما إن كان غير مساهم فهو يصوت بأصوات موكله في ظل انعدام تام للرابطة المالية بينه وبين الشركة - فهو أجنبي تمامًا عن الشركة-، وفي كلتا الحالتين فالتصويت في إطار الوكالة كتصرف مجرد، لا يصدر عن مالك رأس المال، وبالتالي فليس هناك ما يضمن بشكل قطعي أن يتم التصويت في اتجاه ما أراده الموكل، أو في اتجاه تحقيق مصلحة خاصة بالوكيل في إطار المصلحة الجماعية.

وإذا ما حدث وأن صوت الوكيل بأصوات موكله لمصلحته الخاصة، فإنه يكون قد امتلك لنفسه سلطة لا تتناسب مع مقدار ما يمتلكه في رأس المال (أو لا تقابلها أي نسبة في رأس المال أساسًا*)، بحيث تتجاوز السلطة رأس المال في خروج تام عن الإطار العام لما يفترض أن تكون عليه سلطة رأس المال.

* إذا ثبت افتراض أن التوكيل يمكن أن يُعطى لغير المساهم

ملخص الفصل الأول:

إذا كان مبدأ التناسب كما سبق طرحه، لم يُعتمد كقاعدة عامة إلا لاعتبارات المنطق والمساواة التي يفترض أن تسود العلاقات بين المساهمين، فلتتحقق العدالة التوزيعية في ممارسة الحقوق، ويكون لكل مساهم أن يمارس حقوقه بالتناسب مع ما ساهم به في رأس المال وبقدر المخاطر التي يستحملها، لكن وبما أن هذه الأحكام ترتبط بالحقوق الخاصة للمساهمين، فضلا عن أن مبدأ التناسب ذاته ليس من النظام العام، لذلك فإن احتمال تنظيم ممارسة هذه الحقوق أو بالأحرى السلطة المرادفة لها، خارج ما يقضي به مبدأ التناسب تبقى واردة ومقبولة.

وهذا ما كنا قد شهدناه، أولا من خلال الانفصال بين الملكية والسلطة، والناشئ تحديدا على ما قد يطرأ على مصدر ممارسة السلطة في الشركة، وهي الأسهم، فتنوع الطبيعة أو الوضعية القانونية للأسهم من شأنه أن يخرق مبدأ التناسب، إما في الاتجاه التصاعدي بأن تكون للمساهم سلطة أكبر من نسبة مساهمته في رأس المال، أو في الاتجاه التنازلي بأن تحرمه من كل أو بعض سلطته، فضلا عن حالات أخرى قد لا يمارس فيها مالك الأسهم أي سلطة في مقابل أن تمارس هذه السلطة من غير المالك.

وثانيا ورغم الطابع الجوهري والأساسي لحق التصويت إلا أن هذا لم يمنع من تسلل الإرادة إلى هذا المجال الذي يعتبر التنظيم القانوني الأمر الصفة البارزة فيه، من خلال اتفاق المساهمين على ممارسة حق التصويت ومن وراء السلطة، خلافا لما يقره مبدأ التناسب.

الفصل الثاني

حدود سلطة الأغلبية

في الشركة

مقدمة الفصل الثاني

إذا كانت الأغلبية المقررة بالجمعية العامة هي صاحبة السلطة العليا في الشركة، وأنه يتعين اعتماد قراراتها من باب أنه يُفترض فيها التعبير عن الإرادة الجماعية للمساهمين أصحاب رأس المال، فالحقيقة أن هناك جهازاً آخر يزاحم الجمعية العامة على سلطة التقرير، وهو مجلس الإدارة الذي يمتلك هو الآخر مجموعة من السلطات التي تجد أساسها إما في نصوص القانون، أو من واقع الحال (مبحث أول).

كما يوازن المشرع من جانب آخر، بين سلطة الأغلبية في التقرير وحقوق أخرى، يُقدر أنها كذلك جديرة بالرعاية والاهتمام ولو على حساب الأغلبية، فكانت بذلك الحدود القضائية والقانونية لسلطة الأغلبية (مبحث ثان).

المبحث الأول: هيمنة مجلس الإدارة على السلطة في الشركة

كثيرا ما ينظر إلى مجلس الإدارة كمنافس لباقي الملاك المساهمين على الاستئثار باتخاذ القرار داخل الشركة، وبالتالي ممارسة السلطة الفعلية داخل الشركة، وهذه النديّة بين الطرفين لها ما يبررها، فعودة بسيطة إلى مركز كلا الطرفين كفيلة بتوضيح الأمر، فإن كان المساهمون هم مُلاك المشروع أو الشركة وأصحاب رأس المال، فإن أعضاء مجلس الإدارة ليسوا بالغرباء عنها، فهم في الغالب كذلك مساهمون ومالكون لجزء من رأس المال، لكن ما يميز مجلس الإدارة عن باقي المساهمين هو المركز المتميز للمجلس والذي يتيح له التصرف والتحرك في نطاق واسع مقارنة بباقي المساهمين.

ومما لا شك فيه أن مقتضيات الإدارة والقيادة بشكل عام تفرض مثل هذا الوضع وتجعل من مركز المسير أو المدير مركز امتياز *Initié*، سواء فيما يخص كمية ونوعية المعلومات التي يحوزها أو الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها.

إضافة إلى كل هذا ومن جهة أخرى فإن المنطق القانوني ومبادئ العدالة تقتضي أن تكليف أي شخص بمهام ووظائف إدارة مصلحة جماعية ما، مرتبطة ارتباطا وثيقا بإقرار مسؤوليته الشخصية عن أي تقصير أو إخلال بالمهام المنوطة به، وبين هذه وتلك - المهام والمسؤولية - لا بد من توفير آليات فعالة للموازنة بينهما، وضمان الأداء الجيد والطبيعي للإدارة والتسيير، ولا يكون ذلك إلا بتمكين مجلس الإدارة من سلطة اتخاذ القرار والتصرف باسم الشركة في إطار المهام القانونية المنظمة لتلك السلطة، وكذا في إطار ما أقرته إرادة المساهمين وتم اعتماده في نظام الشركة (مطلب أول)، على أن هناك حالات تخرج عن هذا الإطار بحيث يستأثر مجلس الإدارة بسلطة اتخاذ القرار بالنظر لواقع الشركة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: سلطة مجلس الإدارة المؤسسة على التمثيل

يستمد مجلس الإدارة سلطته في تمثيل الشركة إما من إرادة المشرع عبر النصوص القانونية (فرع ثاني)، أو من الإرادة الجماعية للمساهمين عبر قرارات الجمعية العامة (فرع ثالث)، لكن قبل هذا سنتطرق ابتداءً إلى طبيعة سلطة مجلس الإدارة في تمثيل الشركة (فرع أول).

الفرع الأول: طبيعة سلطة مجلس الإدارة في التمثيل

الحقيقة أن سلطة مجلس الإدارة لم تنشأ بموجب نظام قانوني معين أو عن ظروف معينة، بل هي سلطة ملازمة لطبيعة العمل الذي يقوم به المجلس، فهي تستند لقاعدة طبيعية وإن تغير مداها حسب الأوضاع والمفاهيم التي ارتبطت بشركة المساهمة.

فسلطة مجلس الإدارة في الشركة تأخذ بُعدين أساسيين، الأول داخلي يتعلق بتنظيم سير أشغال الشركة، والثاني خارجي يستند إلى فكرة أن هذا التجمع من الأشخاص والأموال يتعامل مع الغير كوحدة مستقلة عن مكوناته الداخلية، ويحتاج لأن يكون ممثلاً في تعاملاته الخارجية،¹ وهذا التمثيل الخارجي يشكل أهم مواضيع التمثيل في قوانين الشركات،² كونه يتعلق بتصرفات يبرمها الممثل أو الوكيل ويلتزم بها الموكل (الشركة). ولهذا فسلطة التمثيل نشأت وتبلورت مع ظهور الشخصية المعنوية للشركات التجارية³، فالشخص المعنوي يتميز بطبيعته المجردة التي لا تسمح له بالتصرف أو ممارسة حقوقه بشكل شخصي، وهذه الاستحالة المادية فرضت ضرورة تعيين شخص طبيعي يمثل هذا الشخص المعنوي في تعاملاته الداخلية والخارجية، متمتعاً في سبيل ذلك ببعض الصلاحيات والسلطات.

على أنه يتعين التأكيد أن سلطة مجلس الإدارة في تمثيل الشركة والتعبير عن إرادتها ليُمكنها اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، لا يعني إطلاقاً الاندماج أو التداخل بين هؤلاء المدراء والشركة بشخصيتها القانونية المستقلة، فالشركة تبقى مسؤولة بحسب الأصل عن تصرفاتها التي تأتيناها عن طريق مجلس الإدارة، كما أن هذا الأخير مسؤول بصفة شخصية عن كل تجاوز لحدود وكالته،⁴ على ما سبق تفصيله.

والحقيقة أن هذه السلطات لم تكن في فرنسا مثلاً موضوع تنظيم تشريعي معين، فقانون 1867 جاء خالياً من أي إشارة إلى سلطات أعضاء مجلس الإدارة، ولهذا كان من الطبيعي أن تتولى الأنظمة تحديد هذه السلطات، وفي حال سكوت الأنظمة عن ذلك طُبقت القواعد العامة للوكالة، وبما أن الوكيل

¹ Hassna Moubisit, la représentation en droit des sociétés, éd l'harmattan, Paris, 2013, p12.

² Ibid., p12.

³ Ibid., p13.

⁴ Julia Redenius-Hoevermann, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, LGDJ, 2010, p, 02

يملك فعل كل ما من شأنه تسهيل مهامه كوكيل، فأعضاء مجلس الإدارة القيام بكل ما هو ضروري لإدارة الشركة.¹

واستمر تنظيم المسألة بهذا الشكل إلى غاية صدور قانون 24 جويلية 1966 الذي أقرّ وأحلّ سلطة التمثيل القانوني محل التمثيل الاتفاقي²، وهذا التدخل التشريعي كان استجابة لأحد أشهر القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية Arrêt Motte، الصادر في 04 جوان 1946، والذي لم يتقبل فيه القضاء التحديد الاتفاقي لسلطات مجلس الإدارة في مواجهة الغير.³

إذن في كل الأحوال فإن سلطات مجلس الإدارة كمثل للشركة ووكيل عنها، هي ضرورة تمليها طبيعة الشركة لاستكمال تركيبة الأجهزة فيها، والتكامل الذي يجب أن يكون بين هذه الأجهزة لضمان حسن سير أشغال الشركة.

يجب التأكيد على وجوب التحديد اللغوي المفاهيمي لاصطلاحين متقاربين في اللفظ لكن متميزين نوعا ما في المعنى وهما: السلطة le pouvoir ، والسلطات les pouvoirs، فلفظ السلطة هو لفظ يُحمل على المطلق، فعندما نقول سلطة الجمعية العامة فهي تشمل كل التصرفات السيادية مهما كان شكلها، لأنها تستند إلى فكرة الحق الذي يخول صاحبه سلطة ممارسته والدفاع عنه، بينما لفظ السلطات يحيلنا مباشرة إلى أن هناك مجموعة من السلطات المحددة والمقتطعة من السلطة الأصلية، فيكون هناك من يمارس السلطة بمفهومها العام، وهناك من يمارس السلطات المشتقة منها، في نوع من تقاسم الأدوار أو تحديدا توزيع السلطات لاعتبارات مختلفة تحقق التوازن وتضمن حسن سير هذا الكيان القانوني الذي يضم كل الأطراف، وبالتالي فمجلس الإدارة لا يمارس السلطة، لأن صاحب السلطة الأصلية والحصرية في الشركة هم المساهمون عبر جهاز سيادي هو الجمعية العامة، إنما يمارس مجلس الإدارة مجموعة سلطات في شكل صلاحيات مصدرها الأساسي هو التفويض، سواء الاتفاقي-تفويض الجمعية العامة لبعض من سلطاتها في شكل بنود نظامية أو الترخيص الذي يصدر خلال انعقادها-، أو التفويض القانوني أو ما يعرف بسلطة التمثيل، وهذا تقريبا ما كان قد عبر عنه الأستاذ E.GAILLARD⁴ في تأصيله لمفهوم السلطة في الشركة وربطها بمفهومين أساسيين، التعسف في استعمال السلطة، والوكالة،

¹ P Villard, « des administrateurs dans les sociétés anonymes », Librairie COTILLON, Paris, 1884, p72.

² J Noirel, les grandes arrêts de la jurisprudence commerciale op-cit, p297.

³ HASSNA Moubisit, op-cit, p15.

⁴ E. Gaillard, op-cit, p 20 et s

وكلاهما مفهومان يرتبطان بنشاط مجلس الإدارة، لاسيما فكرة الوكالة التي تجعل من سلطة مجلس الإدارة ذات هدف محدد Pouvoir finalisé يأخذ شكل الوظيفة التي تكون العقوبة المرتبطة بها مؤسسة على التعسف أو الانحراف بالسلطة.¹

وهذه المفاهيم في جوهرها تعكس حقيقة سلطات مجلس الإدارة، والتي تجعل منها ذات بعد وظيفي يمارسه هذا الأخير في إطار التفويض لتحقيق مصلحة متميزة عن مصلحته الخاصة²، وهي طبعاً المصلحة الجماعية للشركة وللمساهمين، والتي عُين مجلس الإدارة للقيام بها، وقد لخصها الأستاذ H Capitant في معجمه القانوني المنشور سنة 1930 حينما حدد مفهوم السلطة في القانون الخاص بأنها³ " l'aptitude légale ou conventionnelle à exercer tout ou partie des droits d'une autre personne et à agir pour son compte"، ومن هذه الزاوية بالذات يمكن القول أن السلطة بالنسبة لمجلس الإدارة ليست سلطة موازية لسلطة الجمعية العامة، بل هي سلطة مستمدة منها وتستند إليها وتنتهي عندها.

على أن هذا لا ينفي وجود حالات أخرى تتعاضد فيها سلطة مجلس الإدارة خارج إطار التفويض بشكل عام، وهي الحالة التي يستمد فيها مجلس الإدارة سلطته من ظروف الواقع، وتحديدًا من ضعف الجمعية العامة وتركها لدورها السيادي فتكون السيطرة الفعلية في الشركة لمجلس الإدارة على ما سنراه لاحقاً.

الفرع الثاني: السلطة المستمدة من صلاحية التمثيل القانوني للشركة

تظهر سلطة مجلس الإدارة في التمثيل القانوني للشركة في إلزام هذه الأخيرة أمام الغير (أولاً)، وكذا سلطات مجلس الإدارة بالنسبة للأعمال الداخلية التي تخص نشاط الشركة (ثانياً).

أولاً: سلطة مجلس الإدارة في إلزام الشركة أمام الغير

تنص م622 ت ج على: "يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة، ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة ومع مراعاة السلطات المسندة صراحة في القانون لجمعيات المساهمين".

¹ Abdoulaye Sakho, les groupes des sociétés en Afrique, droit, pouvoir et dépendance économique, éd KARATHALA et CRES, 2010, p275-276.

² E. Gaillard, op-cit, p21.

³ Cité par E Gaillard, op-cit, p11.

وتنص م 638 ت ج على: " يتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤوليته، الإدارة العامة للشركة ويمثل الشركة في علاقاتها مع الغير .

يتمتع الرئيس بالسلطات الواسعة للتصرف باسم الشركة ومع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لجمعيات المساهمين وكذا السلطات المخصصة بكيفية خاصة لمجلس الإدارة وفي حدود موضوع الشركة.

وفي علاقتها بالغير تكون الشركة ملتزمة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت أن الغير كان يعلم أن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف، مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البيئنة.

لا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي أو قرارات مجلس الإدارة المحددة لهذه السلطات".

ويظهر من هاذين النصين أن المشرع قد ألزم الشركة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة ومجلس الإدارة الخارجة عن موضوع الشركة، وأكد على ذلك حينما لم يُجز الاحتجاج على الغير بأحكام القانون الأساسي المحددة لسلطات مجلس الإدارة ولا حتى بأحكام القانون الأساسي وقرارات مجلس الإدارة التي تحد من سلطات رئيس مجلس الإدارة.

إذن فسلطة الرئيس والمجلس في تمثيل الشركة والتعامل باسمها ولحسابها هي مطلقة بالنسبة للغير، وهذا طبعا أمرٌ منطقي، حتى لا تستفيد الشركة من تقصيرها، إذ عليها أن تتحمل نتيجة نشاطها،¹ وهذا تأسيسا على نص المادة 2/623 والمادة 4/638، اللتان تنصان على عدم جواز الاحتجاج بالتقييد الاتفاقي لسلطة مجلس ورئيس مجلس الإدارة بنظام الشركة، والذي صادقت عليه الجمعية العامة، أي القرار الصادر عن المساهمين أصحاب سلطة رأس المال.

والحقيقة، فالمشرع وإن كان يهدف لحماية الغير حسن النية والذي لا يعلم بتجاوز غرض الشركة، فإنه بالموازاة لذلك، قد مَدد سلطة مجلس الإدارة على حساب الجمعية العامة التي وضعت نظام الشركة وحددت بموجبه غرض الشركة، فيكون مجلس الإدارة وبدعم (ولو غير مباشر) من المشرع، قد فرض إرادته على الجمعية العامة والشركة وألزم الجميع أمام الغير بالتصرفات التي أجازها، بغض النظر عن مسألة قيام مسؤوليته تجاههم، لاحتمال أن لا تطالبه الشركة أصلا بالتعويض.

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 1059.

ويظهر هنا أن القانون قد قيّد سلطة رأس المال بأن جعل قرارات المساهمين غير نافذة في حق الغير؛ وخارج إطار المسؤولية الشخصية للقائمين بالإدارة تجاه الشركة والمساهمين، فإن هذا التجاوز للسلطات له دلالات أخرى، أولها أنه تم تجاوز سلطة رأس المال وبنص القانون، فرأس المال هنا لم يكون عاملاً حاسماً في اتخاذ القرارات في الشركة، ثانياً أن مجلس الإدارة أو رئيسه لم يحترم إرادة المساهمين، أي أنه قفز وتجاهل سلطة رأس المال، وأبرم تصرفات وعقود مخالفة للسلطات المحددة له بموجب نظام الشركة، وهذا الأمر يمثل نقطة ضعف وموضع هشاشة بالنسبة لسلطة رأس المال.

ولا نعارض التفسير الذي يُساق حول عدم نفاذ تقييد سلطات مجلس الإدارة في مواجهة الغير وعلاقته بحماية القانون للغير الذي يتعامل مع الشركة ويطمئن لسلامة المعاملات معها،¹ وهو تفسير مقبول جداً ويؤيده المنطق القانوني، كونه يجري في إطار علاقة خارجية، أي بين الشركة والغير، فلا يمكن لإرادة المساهمين عبر سلطان رأس المال، أن تقرض نفسها على الغير الذي لم يتعامل معها مباشرة، بل تعامل مع الشركة، الكيان القانوني المستقل ممثلاً برئيس مجلس إدارتها، إلا أن ما يهمنا هو ما تكون عليه السلطة في إطار علاقة داخلية بين جهازين قوامها تبعية أحدها للآخر.

فالجمعية العامة هي صاحبة سلطة تعيين مجلس الإدارة وعزله في أي وقت، وتحدد سلطاته، ولها سلطة المصادقة على الحسابات والنتائج أو رفضها، ولها سلطة متابعة مجلس الإدارة قضائياً، ومن هذه المعطيات لا يمكن تفسير تجاوز مجلس الإدارة لسلطاته المحددة بنظام الشركة، إلا على أنه تقلص في سلطة رأس المال لفائدة مجلس الإدارة وبنص القانون.

وإذا كان التعويض هو الجزاء الوحيد مبدئياً في مثل هذه الحالات، ما عدا في حال ثبوت وقائع تحمل وصفاً جزائياً كالتعسف في استعمال أموال الشركة، فإنه قد لا يفي بالغرض لجبر الضرر الحاصل، خاصة إذا تعمد مجلس الإدارة من وراء تجاوزه لسلطاته تحقيق مصالح كبيرة ومنافع شخصية تتجاوز ما قد يحكم به من تعويض للشركة.

¹ وبما أن المشرع قد ربط هذه الحماية بحسن نية الغير، فيكون بذلك قد وازن بين الاعتبارات المتناقضة التي تكتنف هذا الأمر، بل يكون المشرع في ذلك قد أكد احترام الوضع الظاهر الذي يقوم عليه التعامل التجاري، الذي يعد دعامة من دعائمه، كما يترتب عليه استقرار في المعاملات، أنظر: حمدي محمود بارود، "مدى التزام شركة المساهمة بتصرفات مجلس إدارتها الذي تتجاوز حدود سلطاته" مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات - العدد الثالث والعشرون - حزيران 2011 ص 253.

بينما لا يحفظ حق الشركة في إبطال تلك التصرفات سوى إثباتها لسوء نية الغير، أي إثبات علمه أو افتراض علمه بتجاوز الرئيس أو مجلس الإدارة لموضوع أو غرض الشركة¹، هذا إن لم يتنازل المساهمون أساسا عن حقهم في المتابعة ويقبلون بالأمر الواقع الذي ينساقون فيه وراء مجلس الإدارة.

وخارج الإطار العام لأشغال وتصرفات مجلس الإدارة، والتي تأخذ صيغة العمل الجماعي Collégial بحيث لا يكون لأي عضو أن يتصرف منفردا في أمور الشركة²، كون القرارات تُتخذ بالأغلبية القانونية أو النظامية إن وجدت، بحيث تلتزم بها الشركة ولو لم يوافق عليها كامل أعضاء مجلس الإدارة، فإن المادة 638 قد خصت رئيس مجلس الإدارة بامتيازين هما: تولي الإدارة العامة للشركة تحت مسؤوليته، وتمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير، فالرئيس هو المخول قانونا بتمثيل الشركة أمام الغير، وكل تصرفاته تعتبر ملزمة لها ولو كانت مخالفة لغرض الشركة، (ما لم تثبت سوء نية الغير)، وهذا ما يضعنا من جديد أمام فكرة توزيع السلطات بين المجلس ورئيسه، إذ يكون لهذا الأخير مبدئيا سلطة إدارة الشركة تحت مسؤوليته، وكذا سلطة تمثيل الشركة في تعاقدها مع الغير، والتي تنظمها النصوص القانونية أو النظامية وفق ما سبق تبيانه.

هذا وتبقى مسألة تمثيل الشركة أمام القضاء من بين أهم سلطات رئيس مجلس الإدارة- ما لم يرد نص بنظام الشركة يوزع المهام بشكل آخر- وهذا ما كانت أقرته محكمة النقض الفرنسية³ عندما أيدت الحكم الصادر عن محكمة استئناف تولوز⁴ بتأكيدا على أن: "مجلس الإدارة وإن كان يمتلك الصفة بموجب المادة L823-7 (تقابلها 715م9ت.ج) والتي تخوله حق طلب إنهاء مهام مندوب الحسابات قضائيا، إلا أنه وفي ظل عدم تمتع المجلس بالشخصية المعنوية، فلا بد أن يكون لجوءه للقضاء بواسطة الممثل القانوني للشركة"، ويؤيد الكثير هذا التوجه تأسيسا على أن مجلس الإدارة وبالنظر للطابع الجماعي لعمله فهو لا يمتلك السلطة العملية للإمضاء على التصرفات باسم الشركة، وكما عبر عن ذلك البعض، بأن المجلس لا يتصرف: بل يتداول ويقرر⁵ il délibère et le conseil n'agit donc pas

¹ المادة 623 ت.ج، 3/638 ت.ج.

² محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة- طبيعتها وأحكامها، بدون دار نشر، بدون سنة نشر ص285.

³ Cass.com, 03.10.2006, n°05.12.410, Bull Joly, 2007, p33, note J-F Barbieri

⁴ C.A Toulouse, 13.01.2005, n°03.1643 Bull Joly, 2005, p359, note J-F Barbieri

⁵ P. Didier, droit commercial : l'entreprise en société, les groupes de sociétés, T2, Thémis, PUF, 1999, p198.

décide، مع أن البعض الآخر لم يتقبل هذه الفكرة على أساس أنه لا يمنع من الاعتراف بسلطة التقرير أن يتم تنفيذ تلك القرارات من طرف شخص آخر غير من قررها.¹

وعلى كل حال، تبقى سلطة التمثيل وفي أغلب الأحيان لرئيس مجلس الإدارة، استنادا لنصوص القانون، ولا اعتبارات عملية واقعية، وكل هذا طبعا ما لم يرد بنظام الشركة نص ينيط سلطة تمثيل الشركة لشخص آخر.

ثانيا: سلطة مجلس الإدارة في الأعمال الداخلية

بالإضافة لتمثيل الشركة أمام الغير، يمتلك مجلس الإدارة العديد من السلطات القانونية فيما يخص النشاط الداخلي للشركة، سنكتفي باستعراض سلطة التعيين لمنصب عضو مجلس إدارة(أ)، وكذا سلطة مجلس الإدارة في إعداد جدول الأعمال(ب)

أ- سلطة التعيين لمنصب عضو مجلس إدارة

إذا كان الأصل أن تعيين أعضاء مجلس الإدارة هو اختصاص تمارسه الجمعية العامة في إطار سيادتها على باقي أجهزة الشركة (م611)، فإن المشرع وفي حالات معينة قد أسند هذه الصلاحية لمجلس الإدارة نفسه، وبذلك يكون المشرع قد وضع مجلس الإدارة في مكانة تسمح له بمزاحمة صاحب الاختصاص الأصلي في ممارسة سلطة التعيين.

وهذا تحديدا ما قضت به المادة 617 بقولها: "يجوز لمجلس الإدارة بين جلستين عامتين أن يسعى إلى تعيينات مؤقتة، في حالة شغور منصب قائم بالإدارة أو أكثر بسبب الوفاة أو الاستقالة.

إذا أصبح عدد القائمين بالإدارة أقل من الحد الأدنى القانوني، وجب على القائمين بالإدارة الباقين أن يستدعوا فورا الجمعية العامة العادية للانعقاد قصد إتمام عدد أعضاء المجلس.

وإذا أصبح عدد القائمين بالإدارة أقل من الحد الأدنى المنصوص عليه في القانون الأساسي دون أن يقل عن الحد الأدنى القانوني، وجب على مجلس الإدارة أن يسعى في التعيينات المؤقتة قصد إتمام العدد في أجل ثلاثة أشهر من اليوم الذي وقع فيه الشغور".

¹ Jean François Carré, « le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », RJDA, Juil. 2012, p1172.

إذن وبمقتضى هذا النص فإن المشرع قد أجاز لمجلس الإدارة اللجوء للتعيينات المؤقتة في حالة شغور منصب أو أكثر، إذا لم ينزل العدد الباقي من الأعضاء عن الحد الأدنى النظامي أو القانوني، بينما ألزمه بالقيام بالتعيينات إذا نزل عدد الأعضاء عن الحد الأدنى النظامي دون القانوني، وبين الجواز والإلزام فالأكيد أن سلطة التعيين ليست حكرا على الجمعية العامة، وبعبارة أخرى فإن سلطة رأس المال في تعيين أعضاء مجلس الإدارة ليست دوما بالصورة المطلقة التي يفرضها الإطار العام، بدليل أن المجلس يمكن (ويجب) أن يسعى في التعيين لشغل المناصب الشاغرة قبل الرجوع للجمعية العامة.

مع ملاحظة أن المشرع قد أشار لسبب الشغور بالوفاة أو الاستقالة فقط، ولم يشير للإقالة أو العزل، وهي لفظة حميدة من المشرع أن ضبط المسألة ولم يدع مجالا للتأويل، لأنه لو اكتفى بذكر حالة الشغور أو عَدَّ العزل كذلك من بين الأسباب، لأمكن تخيل أن يعزل المجلس أحد أعضائه أو أن تقوم الجمعية العامة بعزل أحد الأعضاء دون استخلافه خارج فترة انعقادها، وهي طبعاً حالات تدخل ضمن الاستحالة القانونية أو المادية.

وتأكيداً على سلطة مجلس الإدارة في التعيين، فالمادة 618 ت.ج تتضمن حكماً آخر، يذهب بعيداً في تمديد سلطة مجلس الإدارة على حساب سلطة الجمعية العامة حينما قضت بأن: "تُعرض التعيينات التي يقوم بها المجلس بمقتضى المقطعين 1 و3 من المادة 617 على الجمعية العامة العادية المقبلة للمصادقة عليها، وعند عدم المصادقة، فإن المداولات المتخذة والتصرفات التي قام بها المجلس سابقاً تعتبر صحيحة على أي حال"

ويرى البعض أن هذا الوضع يحمل بعض التناقض، على أساس الجمعية العامة تستهدف تحقيق المصلحة الجماعية ولا يمكن لها أن لا تصادق على تعيينات المجلس، ومع ذلك فالمجلس يستأثر بتعييناته وتعد صحيحة رغم معارضة الجمعية العامة التي تمثل كل المساهمين.¹

ونعتقد أن هذا النص يحتمل على الأقل تأويلين بالنظر لعدم دقة صياغته، فهل صحة المداولات والتصرفات التي قام بها المجلس رغم عدم مصادقة الجمعية العامة، تنسحب على التعيينات التي قام بها المجلس فتعتبر صحيحة رغم عدم مصادقة الجمعية العامة عليها، أم أن المشرع يقصد فعلاً صحة التصرفات والقرارات التي قام بها المجلس (مهما كان شكلها) ولو كان تشكيله باطلا لعدم صحة إجراء التعيين (حماية للوضع الظاهر وللغير)؟

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 233.

وعلى أي حال، فإنه لم يمنع من كون الطابع الاستثنائي لسلطة مجلس الإدارة في التعيين، أن يعترف القانون بصحة التعيينات أو التصرفات التي قام بها المجلس رغم اعتراض صاحب السلطة الأصلية عن ذلك، وهو ما يشكل تراجعاً لسلطة رأس المال.

ب- سلطة مجلس الإدارة في إعداد جدول الأعمال

بعد نهاية كل سنة مالية فإنه يتعين عرض حصيلة النشاط على الجمعية العامة للمناقشة والتصويت، ونظراً لأن السنة المالية ونشاط الشركة خلال الدورة قد يحمل الكثير من المسائل، والتي يكون بعضها مهماً ويجب عرضه للنقاش، وبعضها الآخر عرضي وروتيني لا يرقى لأن يأخذ حيزاً من النقاش بالجمعية العامة.

وعلى هذا الأساس وُجد ما يسمى بجدول الأعمال، والذي يعرف بأنه برنامج العمل للجمعية العامة والذي يتضمن إشارات دقيقة واضحة ومختصرة للمسائل الخاضعة للمداولة بهذه الجمعية،¹ فهو يتضمن المسائل التي يمكن مناقشتها والتداول بشأنها دون غيرها من المسائل، لذلك فهو يحمل قيمة قانونية مهمة، إذ لا يمكن أن يسحب من جدول الأعمال مسائل كانت مدرجة فيه ابتداءً، ولا أن تدرج فيه مسائل جديدة لم تكن موجودة من الأول²، والقضاء الفرنسي يبطل أي مداولة تمت خرقاً لهذه الأحكام.³ إذن فجدول الأعمال هو الذي يضبط حدود النقاش والتداول بالجمعية العامة، وعلى الكل التقيد بما ورد فيه من نقاط، مساهمين ومجلس إدارة.

وهنا تظهر أهمية جدول الأعمال في علاقته بممارسة السلطة في الشركة، فالنقاط غير المحددة كمشاريع قرارات أو غير مدرجة كمسائل للتصويت عليها لن تكون سوى محلاً لملاحظات جانبية دون أي أثر، ما يجعلنا نقول أن سلطة اتخاذ القرار مرهونة ولو نسبياً بمن يضع جدول الأعمال، والشائع مبدئياً أن مجلس الإدارة هو المخول بذلك، وهذا يقوم في الحقيقة على اعتبارات منطقية وعملية لا يمكن إنكارها، لكن ما لا يمكن إنكاره كذلك أن مجلس الإدارة عبر سلطة إعداد جدول الأعمال، فإنه يتحكم من وراء الستار بتوجيه النقاش والتداول حسب مشيئته.

¹ Pascale Hainaut, H. Gilberte, R, op-cit, p 610.

² G. Ripert, R. Roblot, op-cit, p1160.

³ Cass.Com, 06 Mai 1974, Rev. Soc, 1974, p524, note ph, Merle.

والواقع أن هذا الوضع قد تقطنت له محكمة النقض الفرنسية حينما قضت في أحد قراراتها بأحقية الجمعية العامة في عزل أعضاء مجلس الإدارة ولو لم يكن العزل وارداً بجدول الأعمال¹ تحقيقاً لسيادتها، وعدم عرقلة مبدأ توازي الأشكال بين التعيين والعزل، لأنه من غير المعقول أن يدرج مجلس الإدارة مسألة عزله في جدول الأعمال.

وجداول الأعمال في القانون الجزائري لا يبدو بتلك الأهمية والقيمة القانونية التي يتعين أن يكون عليها، فبعيدا عن الإطار النظري والفقهى لأهمية جدول الأعمال، فإن نصوص القانون التجاري لا تعكس فعلا هذه الأهمية.

وأول ما نستشهد به في ذلك، هو إسقاط المشرع لنص المادة 645 من القانون التجاري لسنة 1975، التي كانت تنظم كيفية إعداد وتسجيل المسائل بجدول الأعمال، وأول ما كانت تنص عليه، أن من يقوم بإعداد جدول الأعمال هو نفسه صاحب دعوة الجمعية العامة للانعقاد،² كما كانت تعطي الخيار لكل مساهم أو أكثر يملكون على الأقل 5% من رأس المال طلب التسجيل بجدول الأعمال مشاريع قرارات، شرط أن لا تتعلق بالترشيح لعضوية مجلس الإدارة، وأن المساهم الذي يرغب في تفعيل هذا الخيار يمكنه توجيه طلبه برسالة موصى عليها ويجب على الشركة أن تؤشر عليها بوصولها وتبلغ ذلك الإشعار للمساهم.

وبالمقابل لذلك فقد أبقى المشرع المواد: 678 المتعلقة بإعلام المساهمين بجدول الأعمال وكذا المادتين 818-820 واللتان تضمنتا العقوبات التي تلحق عدم تقديم جدول الأعمال وعدم تثبيته بمحضر الجمعية، والحقيقية أن هذه الإشارات لا تمثل أكثر من معالجة شكلية لجدول الأعمال كوثيقة يجب إعدادها قبل انعقاد الجمعية العامة بغض النظر عن مضمونها وعن مدى التقيد به.

فالمشرع الجزائري لم يعد يلزم مجلس الإدارة بإدراج الأسئلة والنقاط التي يقدمها ويقترحها المساهمون، ولا يلزمه بالإجابة عنها، حتى أن المادة 678 تتضمن عبارة: "عند الاقتضاء نص مشروع القرارات التي قدمها المساهمون وبيان أسبابها"، وهذه العبارة توحى بالطابع الاستثنائي أو الاحتياطي

¹ Cass.Com, 06 Mai 1974, précité.

² والذي حددته م 644 من قانون 1975 الملغاة، بمجلس الإدارة في المقام الأول فإن لم يبادر هو يمكن استدعائها من مندوب الحسابات، أو من طرف وكيل قضائي بطلب من كل من يهمله الأمر أو من مساهم أو أكثر يملكون على الأقل عشر رأس المال، أو من طرف مصفي الشركة، ومع أن المشرع مازال يقر لمندوب الحسابات بحق استدعاء الجمعية العامة م715م 4 إلا أنه لم يمكنه من حق إعداد جدول الأعمال.

لسلطة المساهمين في إدراج نقاط أو مسائل بجدول الأعمال، ويمكن القول أنها عمليا، تمهد لسلطة تقديرية لمجلس الإدارة في قبول إدراج تلك النقاط أو رفضها، والحال أن حق المساهمين في إدراج مسائل معينة بجدول الأعمال، يُفترض أن يكون حقا أصيلا بعيدا عن أي تدخل أو تأثير من مجلس الإدارة، فهو طريقة لسماع صوت نسبة معينة من المساهمين، ويجب أن يُؤخذ على محمل الجد، لأن الأمر يتعلق بالمستثمرين أصحاب المقدمات المشكلة لرأس المال.

وما نستنتجه من هذا الطرح هو أن تضاعف القيمة القانونية لجدول الأعمال إضافة إلى شبه احتكار مجلس الإدارة لإعداده، أدى إلى صعود مفرط لسلطة مجلس الإدارة في فرض النقاط التي يتم التداول بشأنها على شاكلة ما أريكم إلا ما أرى، فتكون سلطة المساهمين في طرح الأسئلة والاستفسار عن وضع الشركة مقيدة بالحدود التي يضعها مجلس الإدارة بجدول الأعمال، خاصة وأن المشرع الجزائري لا ينص صراحة على ما قضت به تشريعات أخرى¹ فيما يعرف بتكشف وقائع خطيرة أثناء انعقاد الجلسة تسمح للجمعية العامة بإثارها ومناقشتها.²

الفرع الثالث: سلطة مجلس الإدارة المؤسسة على تفويض من الجمعية العامة

سبق أن أشرنا إلى سلطات الجمعية العامة المرتبطة بنشاط الشركة وسير أعمالها، ورأينا بشيء من التفصيل أنها صلاحيات تمارسها الجمعية العامة في إطار سيادتها بين باقي الأجهزة، وهي مستمدة من سلطان رأس المال، كون الجمعية العامة مكونة من المساهمين أصحاب المقدمات المشكلة لرأس المال.

لكن هناك العديد من الاعتبارات تدخل على الخط، وتجعل من الأفضل للجمعية العامة أن تفوض بعض صلاحياتها لجهاز آخر، وإن كان طبعا تحت إشرافها، والمفوض في هذا الأمر تحديدا هو مجلس الإدارة، كونه الجهاز المكلف أساسا بتسيير الشركة وإدارتها ورعاية شؤونها، والذي يكون له إطلاع أوسع ومعرفة وكفاءة أكبر خاصة في المسائل التقنية الاقتصادية والتي تتجاوز حدود قدرات المساهمين.

والحقيقة أن مسألة تفويض الجمعية العامة لجزء من سلطاتها لمجلس الإدارة هي وضعية استثنائية، ولا يمكن وصفها أنها إجراء تملك الجمعية العامة القيام به متى شاءت، خاصة وأن المشرع قد حدد صلاحيات كل جهاز وبشكل حصري في معظم الأحيان، لذلك تبقى حالات التفويض محدودة جدا.

¹ المادة 1/81 قانون الشركات المصري لسنة 1981.

² سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 924 وما بعدها.

للإشارة أن الأمر هنا لا يتعلق بالبند النظامية التي تصادق عليها الجمعية العامة وتمنح بموجبها صلاحيات وسلطات إضافية لمجلس الإدارة، بل بقرارات ظرفية تصدر خلال انعقاد الجمعية العامة لمواجهة ظروف معينة أو القيام بتصرفات محددة.

لذلك سوف لن نتطرق إلا لبعض الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري، ويتعلق الأمر بتفويض سلطة زيادة وتخفيض رأس المال.

فبالنسبة لزيادة رأس المال تنص المادة 2/691-3 ت.ج¹ على: "ويجوز للجمعية العامة أن تفوض لمجلس الإدارة أو لمجلس المديرين السلطات اللازمة لتحقيق زيادة رأس المال مرة واحدة أو أكثر، وتحديد الكيفيات ومعاينة التنفيذ والقيام بإجراء التعديل المناسب للقانون الأساسي، ويعتبر كأن لم يكن، كل شرط ورد بالقانون الأساسي يخول مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، سلطة تقدير زيادة رأس المال".

ويمكن إبداء ملاحظتين أساسيتين حول المعالجة التشريعية التي تضمنها هذا النص، فأولاً: نرى أن هذا التفويض يشمل مختلف السلطات اللازمة لتحقيق زيادة رأس المال عبر كامل مراحلها، أي من اقتراح هذا الإجراء إلى غاية تعديل القانون الأساسي، ثانياً: أن التفويض يكون بقرار يصدر عن الجمعية العامة وليس بنص في نظام الشركة، والفرق جوهري بين الأمرين رغم أن كلاهما تعبير عن إرادة الجمعية العامة.

فالحالة الأولى تمثل تفويضا استثنائيا جوازيا تمنحه الجمعية العامة بناء على معطيات معينة وفي ظرف معين قد لا يتحقق دائماً، بينما إذا كانت سلطة مجلس الإدارة بزيادة رأس المال منصوص عليها بنظام الشركة فإنها ستشكل سلطة مطلقة للمجلس يمارسها متى شاء، لأنها ستصبح من صميم اختصاصاته، ولا يجوز للجمعية العامة منعه من ذلك إلا بتعديل نظام الشركة، لذلك نرى أن معالجة المشرع الجزائري لهذه المسألة كانت صائبة، وهي تدخل في إطار تقرير وتكريس الأصل وضبط وتحديد الاستثناء.

والحال كذلك بخصوص تخفيض رأس المال إذ تنص المادة 712 ت.ج² على: "تقرر الجمعية العامة غير العادية تخفيض رأس المال التي يجوز لها أن تفوض لمجلس الإدارة أو لمجلس المديرين

¹ تقابلها المواد L225-129، L225-129-2، L225-129-2 تجاري فرنسي.

² تقابلها المادة L225-204 تجاري فرنسي.

حسب الحالة كل الصلاحيات لتحقيقه، غير أنه لا يجوز لها بأي حال من الأحوال أن تمس بمبدأ المساواة بين المساهمين... وعندما يحقق مجلس الإدارة أو المديرين حسب الحالة العملية بناء على تفويض الجمعية العامة، يحرر محضرا بذلك يقدم للنشر، ويقوم بإجراء التعديل المناسب للقانون الأساسي".

فمن خلال هذا النص فإن مجلس الإدارة يتلقى تفويضا من الجمعية العامة غير العادية لإجراء تخفيض رأس المال، وقد استعمل المشرع عبارة: "كل الصلاحيات لتحقيقه" إذ يكون لمجلس الإدارة كامل الحق في إجراء تخفيض رأس المال كما لو كانت الجمعية العامة غير العادية هي من يقوم بذلك، ولا يقيد في ذلك إلا ما يقيد الجمعية العامة ذاتها، كوجوب احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، وعدم خرق المصلحة الجماعية، إضافة إلى إتباع الإجراءات المقررة قانونا لتخفيض رأس المال، لأن الأمر يتعلق بعملية حساسة تمس بالضمان العام للدائنين.

على أنه بالمقابل فإن مجلس الإدارة لا يملك من السلطات في ذلك ما لا تملكه الجمعية العامة أصلا، فليس للوكيل أن يمارس ما لا يمكن للأصيل ممارسته من السلطات.

المطلب الثاني: السلطة المؤسسة على الهيمنة الواقعية لمجلس الإدارة

مجلس الإدارة هو وكيل يمثل الشركة في نشاطها العام، ويتمتع في سبيل ذلك بسلطات قانونية أو اتفاقية على ما رأينا، يخضع في ممارستها لأحكام القانون وإرادة المساهمين، لكن خارج هذه الحالات نجد أن مجلس الإدارة يمتلك هامشا واسعا للتصرف وفرض إرادته دون سند قانوني - خارج حالات التعسف أو خرق القانون على ما سنرى لاحقا- ودون مراعاة إرادة الجمعية العامة، وهذا انطلاقا من ظروف الواقع التي يتراجع فيها دور المساهمين بتخليهم عن ممارسة سلطتهم، لفائدة مجلس الإدارة الذي يفرض سلطته حينئذ انطلاقا من ضعف نية المشاركة لدى المساهمين (أولا) ما يؤدي مباشرة إلى تغييبهم عن حضور الجمعيات العامة (ثانيا) والاكتفاء في كثير من الأحيان بإرسال تفويضات على بياض لمجلس الإدارة (ثالثا).

الفرع الأول: ضعف نية المشاركة لدى المساهمين

قبل أن نتطرق لتأثير نية المشاركة في ممارسة المساهمين للسلطة (ثالثا) لا بد أن نستعرض ابتداء مفهوم نية المشاركة (أولا) ثم لموقع نية المشاركة بالنسبة للشركة وللمساهم (ثانيا).

أولاً: مفهوم نية المشاركة

إن المشروع الاقتصادي الذي تمثل الشركة التجارية الإطار أو الشكل القانوني الذي يجعله يأخذ مركزاً قانونياً متميزاً، يتكون بالأساس من مجموعة عناصر مادية وبشرية في إطار تنظيم معين.

وإذا كان تجمع هذه العناصر قد يتحقق بشكل عفوي لا إرادي كحالات الشروع، فإن الأمر بالنسبة للشركات التجارية يتطلب البحث في عنصر جوهري يتمثل في الرابطة التي تجمع الشركاء، بحيث تشكل نقطة الانطلاق بالنسبة لكل شريك داخل هذه الجماعة، وضابطه في ذلك هي وحدة الهدف الذي يسعى إليه الجميع، هذا الهدف المشترك الذي يسعى كل الشركاء لتحقيقه، لا بد أن ينطلق ابتداءً من إرادة كل مساهم في المشاركة لإنجاح المشروع والعمل جماعةً على تحقيقه، أي أن يتوفر عند كل مساهم ما يعرف بنية المشاركة *Affectio societatis* حسب اللفظ اللاتيني، فلا تكفي المشاركة في الملكية الجماعية ولو كانت في إطار نشاط مدر للأموال للقول بوجود شركة بين المالكين، فلا تعبر الملكية الشائعة للورثة لمالٍ معين يحقق عوائد مالية بأي صفة كانت على أنهم شركاء في شركة تجارية، نظراً لتخلف الرابطة المعنوية التي يجسدها الانضمام الطوعي لهذه الجماعة مع توحيد الجهود لإنجاح المشروع.

لذلك استعمل عنصر نية المشاركة للتمييز بين عقد الشركة وما قد يختلط به من مفاهيم وتصرفات، تأسيساً على فكرتي التعاون والمساواة¹ اللذان يطبعان نية المشاركة لدى الشريك، بحيث يتعاون المساهم مع غيره من المساهمين على القيام بشؤون المشروع في إطار علاقة تميزها المساواة بينهم ووحدة الهدف.

على أن هذا الوضوح لهذه الفكرة من حيث المعنى العام، لم يصاحبه إسقاط موحد فيما يخص تحديد مفهوم نية المشاركة على مستوى التعريفات الفقهية، فقد اختزل البعض مفهوم نية المشاركة في غياب علاقة الخضوع أو التبعية بين الشركاء²، ويبدو أن هذا التعريف يضيق من مفهوم نية المشاركة

¹ محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 54.

² Géraldine Goffaux -Callebaut, du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation en droit des sociétés, éd L'Harmattan, 2008, p 46.

بوضعه في كفة المقارنة بينه وبين عقد العمل، وأضاف البعض إلى ما سبق، وجوب توفر إرادة التعاون في القيام بأمر الشركة.¹

في حين حاول البعض الآخر استبعاد عنصر المساواة بين الشركاء من مفهوم نية المشاركة، على أساس أن مبدأ المساواة ذاته قد تلاشت العديد من أجزائه ولم يعد بذات الأهمية في أغلب القوانين المنظمة للشركات،² وهذا التوجه مؤسس نوعاً ما - ولو بشكل غير مطلق - خاصة في ظل التنظيم القانوني الحديث لشركات المساهمة، وكثرة الاستثناءات التي مست مبدأ المساواة خصوصاً.³

ومع ذلك يبقى المفهوم التقليدي لنية المشاركة هو الأكثر رواجاً ويلقى قبولاً واسعاً لدى جانب كبير من الفقه، وهو أن نية المشاركة تعني توفر إرادة التعاون بشكل إيجابي وفعال وعلى قدم المساواة بين كل الشركاء لإنجاح المشروع،⁴ وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها المرجعية في هذا الخصوص، والذي اعتبره الكثير متطابقاً ويعكس إلى حد كبير ما يعتنقه الفقه،⁵ وذلك حينما قضت بأن نية المشاركة تستدعي من كل الشركاء التعاون بشكل فعلي وعلى قدم المساواة في عملية الاستغلال من أجل تحقيق مصلحة مشتركة والاشتراك في اقتسام الأرباح والخسائر.⁶

ويمكن أن نستخرج من كل ما قيل في نية المشاركة عنصراً مشتركاً ومحورياً في تفسير هذا المفهوم، وهو عنصر الإرادة، هذا الباعث النفسي الذي نجده دائماً خلف كل التصرفات الواعية للإنسان، وهذا الدافع يمثل بالنسبة للمساهم مصدر قوة يحركه في اتجاه حماية مصالحه المتضمنة في المصلحة الجماعية للشركة.

¹ Alexis Albarian, Actualité jurisprudentielle 2010-2011, droit des sociétés commerciales, éd Lamy, 2011. P3

² J M de BERMOND de VAULX, "le spectre de l'affectio societatis », JCP, 1994, éd E,I, p 346.

³ Géraldine Goffaux, C, op-cit, p 46.

⁴ أنظر في الفقه العربي: سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 78 - 79، محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 54، مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 37. أنظر في الفقه الغربي:

G Ripert, R. Roblot, op-cit, p 803 ; Philippe Merle, op-cit, p 54 et s ; Patrick Soumrani, op-cit, p 409.

⁵ Jacques Delga, le droit des sociétés, Dalloz, 1998, p 108.

⁶ Cass.com, 03 Juin 1986, Rev des sociétés, 1986 , p 585.

ثانيا: مكانة نية المشاركة في شركة المساهمة

يحصل كثيرا أن لا يهتم المساهم بأمر الشركة، بحيث تضعف الرابطة التي تجمعها بها، ولا يعود مهتما سوى بما يصله من أرباح وعوائد مالية، في وضعية تعكس اختلال نية المشاركة لديه وابتعاده عن واقع الشركة.

وإذا أخذنا هذا الأمر من جانب فقهي قضائي، فهو يطرح إشكالين كبيرين، الأول مرتبط بوجود الشركة أصلا بالنسبة لهؤلاء المساهمين، لأن الثابت أن نية المشاركة هي أحد الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة، وغيابها يعني عدم قيامها أساسا، والثاني يرتبط بالمساهمين أنفسهم، فهل يمكن اعتبارهم شركاء في ظل غياب نية المشاركة لديهم؟

والحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب بعض التفسير، انطلاقا من التمييز المتداول بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.

فبالنسبة لتأثير نية المشاركة في قيام الشركة عموما، وشركات الأشخاص خصوصا، يمكن القول أن نية المشاركة هي عنصر أساسي في تكوين الشركة، ومعيار حاسم لتمييزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها كالشيوخ وعقد القرض وعقد العمل،¹ أما أثناء حياة الشركة فيصعب كثيرا الحديث عن نية المشاركة خاصة في شركات المساهمة، كشرط أساسي لاستمرار الشركة، وهذا ما دفع البعض إلى التأكيد على أن نية المشاركة في شركة المساهمة هي أضعف بكثير منها في شركات الأشخاص، وذلك أن الاشتراك في شركة مساهمة حسب البعض، ليس إلا مجرد استثمار وتوظيف للمال ولا شيء أكثر، لا بل إن قواعد هذه الشركة بالذات لا تسمح للشريك بأن يكون أكثر من حامل للسهم،² وأن توفر القدر الضئيل من نية المشاركة يكفي لاستمرار الشركة.³

وواقع شركات المساهمة يذهب ربما إلى أبعد من هذا، فالشركات المدرجة أسهما بأسواق الأوراق المالية، يتداولها (الأسهم) المساهمون في الغالب عبر وسطاء، وبالتالي فقد لا يتعارفون أصلا فيما بينهم،

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها.

² فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 227.

³ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 80.

ولا يعرفون جيدا الشركات التي يستثمرون بها أموالهم، ولا يشاركون في إدارتها، فأين هي نية المشاركة من هذا الواقع؟

وتأكيدا في ذات السياق، فقد صدر حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية،¹ اعتبرت فيه أن نية المشاركة ليست شرطا لصحة التنازل عن الحصص أو الأسهم، مراعية في ذلك العديد من الاعتبارات العملية التي تصاحب تداول الأسهم في الأسواق المالية، وقد علق البعض على هذا الحكم بأنه وإن كان يفتقد نوعا ما للمنطق، من حيث أنه يضع تمييزا غير مبرر بين توفر نية المشاركة عند تأسيس الشركة وتوفرها عند الانضمام إليها لاحقا، إلا أنه يقدم حلا مفيدا لتقاضي إضعاف عمليات تداول الأسهم بالطعن بعدم صحة التنازل لغياب نية المشاركة.²

ومن جهتنا نرى وتأسيسا على خصوصية شركة المساهمة ذات التعدد الرهيب للمساهمين، بخلاف شركات الأشخاص التي قد تنشأ بين شخصين أو أكثر، في علاقة بسيطة وغير مركبة، تزداد معها احتمالات تكييفها على أنها شركة أو قرض أو عقد عمل انطلاقا من توفر أو عدم توفر نية المشاركة،* فإن شركات المساهمة ذات العلاقات المعقدة والأجهزة المتعددة والإجراءات القانونية المحكمة لتكوينها وتنظيم أشغالها، لا مجال فيها لتركيز الحديث عن وجود أو غياب نية المشاركة، بل عن قوة أو ضعف نية المشاركة، وإن كان انعدام نية المشاركة وارد جدا بشركة المساهمة** إلا أننا لا نرى فيه سببا كافيا بذاته يفرض إعادة تكييف شركة المساهمة، لأن تشكيلات تأسيسها وسير أشغالها تجب ذلك، فضلا عن أن اعتماد قانون الأغلبية كمبدأ عام يحكم عملية اتخاذ القرارات في الشركة، يجعل من المساهم الذي تتعدم لديه نية المشاركة، جزءا من الأقلية أو الفئة الخارجة عن نصاب الحضور (المتغيبية) والتي لم تشارك تماما في اتخاذ القرار، خاصة وأن الأمر يتعلق في أغلب الأحيان بجمعية عامة عادية، تجتمع بنصاب

¹ Cass.com, 11 Juin 2013, N12-22296, Bulletin 2013, IV, N 100.

²Bruno Dondero, vidéoconférence, www.canalu.tv/video/universite_paris_1_panthéon_sorbonne/I_affectio_societatis.15334

* نية المشاركة هي فكرة رومانية نشأت ملازمة لشركات الأشخاص التي ارتبطت ابتداء بالملكية العائلية، وبخصائص شركات الأشخاص كالمسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء وامتداد إفلاس الشركة إلى الشريك وحل الشركة تبعا لإفلاس الشريك، وهي أمور خطيرة جدا بالنسبة للشريك، ولهذا كان لابد من التأكد من مدى اتجاه إرادته للالتزام بهذه الأحكام، وتحمل هذه النتائج، وأنه لم يجد نفسه في علاقة كهذه بشكل عرضي أو لا إرادي.

** ويظهر ذلك خصوصا في حالة ما إذا أراد المساهم التنازل عن أسهمه، ولكن وجود أحد البنود المقيدة للتنازل عن الأسهم بنظام الشركة يحرمه من ذلك، فيكون المساهم في تلك الفترة في حالة انفصال نفسي عن الشركة لانقطاع الرابطة المعنوية التي كانت تجمعها بها، لا بل أكثر من ذلك قد يكون في حالة نفور تام من الشركة.

ضعيف في الدعوة الأولى وبدون أي نصاب في الدعوة الثانية، حتى أن عدم الحضور أساسا هو السمة الغالبة بالنسبة لجمعيات المساهمين، ولا شيء يجبر المساهم على الحضور.

ونعتقد أن ما قد يحمل على طلب إبطال الشركة أو إقصاء الشريك منها، ليس انعدام نية المشاركة ذاتها أو افتقادها لدى المساهم، بل هي الآثار التي يمكن أن تترتب على ذلك، سواء وقوع الشركة في حالة الانسداد التام لأشغالها، بحيث لا يكون أمام القضاء سوى حل هذا الكيان المحكوم عليه بالفشل لاستحالة اتفاق الشركاء على العمل الجماعي بينهم، وهذا تحديدا ما كان قد قرره القضاء الفرنسي في بعض أحكامه¹، أو وصول الشركة إلى مرحلة خطيرة من التسيب وعدم المبالاة من الشركاء بما يهدد وجود الشركة ويمس بمصالح كل الأطراف ذات الصلة بنشاط الشركة، ويظهر هذا مثلا عند انخفاض عدد المساهمين دون الحد القانوني منذ أكثر من سنة ولم يسعى المساهمون إلى أي إجراء لتصحيح الوضع،² أو إذا انخفض رأس مال الشركة بفعل خسائر مثبتة في حسابات الشركة إلى أقل من ربع رأس المال، ولم يتم لا مجلس الإدارة ولا الجمعية العامة بتفعيل الإجراءات القانونية لمواجهة هذا الوضع،³ فيكون الحكم بحل الشركة هنا بناء على حماية المصلحة الجماعية وليس على أساس تخلف نية المشاركة.

فضلا عن أن نية المشاركة ليست من العناصر القانونية لعقد الشركة، بل هي موضوع فقهي قضائي، وتقديرها هو من المسائل التي تخضع لسلطة القاضي،⁴ وهي ترتبط بالجانب النفسي للمساهم مما يصعب على القاضي مسألة تقديرها، والقول بتوفرها أو انعدامها، إلا إذا نظر إليها من زاوية الآثار المترتبة عنها عمليا في نشاط الشركة، لذلك نجد أن الأستاذ D. Schmidt مثلا قد ذهب بعيدا في هذا الاتجاه (في موقفٍ جريءٍ جدا) حينما رأى إمكانية التخلي تماما عن نية المشاركة، والاستعاضة عنها بمفهوم المصلحة الجماعية،⁵ لأن نية المشاركة حسبه ليست بذات فائدة إلا في إطار تعبير الشريك عن

¹ Cass.com, 25 Fev 1977, journal des sociétés, 1978, 245 ; cour de Lyon 11 Mai 1977, RTD-Civ, 1978.

² المادة 715 مكرر 19 تجاري جزائري.

³ المادة 715 مكرر 20 تجاري جزائري.

⁴ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 82.

⁵ D Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société Anonyme, op-cit, p 04.

إرادته في الخضوع للمصلحة المشتركة،¹ وكأنه يرى في هذه الأخيرة، تلك الفكرة الشاملة التي تستوعب نية المشاركة في كل أبعادها، وتُغني عنها في تحقيق التوافق داخل الشركة.

ومما سبق عرضه يمكن أن نخلص إلى نتيجتين أساسيتين:

أولاً: أن نية المشاركة كركن موضوعي خاص، هي عماد الشركة الذي لولاه لما توحدت الجهود حول هدف واحد، ولما ارتضى الشركاء المخاطرة بأموالهم، ومع ذلك فإنه وبالنسبة لشركة المساهمة، وبالنظر إلى إجراءات تكوينها، فنية المشاركة هي أمر مفترض في كل مساهم، لا نعتقد أنه يمكن إثبات عكسه، وإلا كنا أمام إشكال عقيم يرتبط بتكييف هذه العلاقة بين المساهمين، مع أننا نعلم أن شركة المساهمة لا يمكن أن تنشأ عبثاً أو عرضاً، أو من مجرد رابطة بسيطة بين شخصين أو أكثر، لذلك نعتقد أساساً أن فكرة البحث في نية المشاركة لتمييز الشركة عن الشيوخ أو عقد القرض مثلاً، لا تجد لها محلاً بالنسبة لشركة المساهمة، والتي هي بعيدة كل البعد عن تقريبها أو اختلاطها بتلك العلاقات (الشيوخ، القرض، عقد العمل...).

ففي النهاية، نية المشاركة هي كما وصفتها الدكتورة سميحة القليوبي، أنها تندمج في الواقع مع بقية الأركان الخاصة لاسيما تقديم الحصص، واقتسام الأرباح والخسائر.²

أما النتيجة الثانية: فهي أن شركة المساهمة وبالنظر لخاصية حرية تداول الأسهم، والتي توفر أثناء حياة الشركة إمكانية التداول السلس على ملكية الأسهم بين جمهور المستثمرين، وهذا الوضع لا تصاحبه بالضرورة الإرادة القصدية للتعاون الإيجابي، فالكثير من المساهمين لا تجذبهم للشركة ولا تربطهم بها نية المشاركة، بل المضاربة على أسهمها، ما يعني عدم جدوى البحث عن نية المشاركة أثناء حياة الشركة، لأنها سوف لن تؤثر بشكل صريح لا في تكييف الشركة ولا في وجودها.

وبالنهاية فالحديث عن نية المشاركة في شركة المساهمة، ليس لبحث مدى صحة عقد الشركة بوجود أو انعدام نية المشاركة، ولا لمدى توفر صفة المساهم بالنظر لوجود أو تخلف نية المشاركة لديه، بل الأمر متعلق بقوة أو ضعف نية المشاركة لدى المساهم، وأثر ذلك في ممارسته لسلطته داخل الشركة.

¹ Ibid, p 04

² سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 80.

ثالثاً: تأثير ضعف نية المشاركة في ممارسة سلطة رأس المال

تمثل شركة المساهمة في وضعها المثالي حالة من ديمقراطية المساواة، أين يمتلك المساهمون سلطة سيادية موزعة بينهم، وهذا المفهوم مشتق من فكرة جوهرية وإن كانت غير محددة المعالم وهي نية المشاركة.¹

فابتداءً إن نية المشاركة كأحد الأركان الموضوعية لعقد الشركة، يقابلها مباشرة في الكفة الأخرى حق التصويت الذي يترجم المشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية،² أي أن نية المشاركة هي السند المعنوي الذي يدعم ويؤسس لسلطة المساهم في الشركة.

ولم يغب هذا المفهوم عن القضاء الفرنسي حينما ربط الصلاحيات السياسية للمساهم في الشركة بنية الاشتراك لديه في إطار علاقة طردية،³ إذ كلما زادت نية المشاركة لدى المساهم زادت إيجابيته وتفعيله لحقوقه السياسية، كما اعتبر القضاء الفرنسي أن المشاركة في إدارة الشركة هي تعبير عن حالة نفسية للمساهم.⁴

من جهة أخرى يقرن البعض نية المشاركة في شركة المساهمة بحق الرقابة الذي يملكه المساهمون عبر الاطلاع وحضور الجمعيات العامة، ومناقشة مشاريع القرارات والنتائج وإبداء الرأي حول تسيير الشركة،⁵ وبشكل عام ممارسة مختلف الصلاحيات الرقابية التي تترجم الحضور الفعلي للمساهم في الشركة وتعكس اهتمامه بإدارتها.

فطرق تدخل المساهم في حياة الشركة والمشاركة في القيام بشؤونها، تتعدد وتفاوت من حيث الظهور والتجلي في حياة الشركة، ومع ذلك، فالمساهم الذي لا يمارس أي فعل إيجابي يعبر به عن نية الاشتراك لديه، لا يمكن الجزم أنه يفقد لنية المشاركة، لأنه على حد تعبير البعض، نية المشاركة هي جزء من الحالة الذهنية تتواجد بمخيلة المساهم،⁶ وقد يكون الإعلام الدوري الذي يتلقاه المساهم بمثابة الحد الأدنى من الرقابة الذي يعبر بشكل أو بآخر عن نية المشاركة لديه.

¹ Claude Berr, op-cit, p 13.

² Renée Kadouch, Th-précité, p 22.

³ Cass.req, 03 Aout 1936, S. 1937-1, p 288.

⁴ TGI, Paris, 14 Mars 1973, GAZ. Pal, 1973-2, p 913.

⁵ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 79.

⁶ C. Ruellan, « la loi de molarité dans les sociétés commerciales », thèse Paris 2, 1997, p 368.

هذا المجال الذي تشغله نية المشاركة في علاقة المساهم بالشركة، يبقى مجالاً فعلياً وقائماً، سواء في أقصى درجات التجلي لحضور المساهم في أعمال الإدارة والرقابة والمشاركة الايجابية، أو في أدنى ما يمكن أن يجمع المساهم بواقع الشركة من خلال الحالة الذهنية التي ترافقه مادام متمتعاً بصفة المساهم، فالأكيد بين هذه وتلك، أن المشاركة الايجابية للمساهم والمعبرة عن نية الاشتراك لديه، تبقى متاحة له وفي كل الظروف.

فالمساهم أصلاً غير مطالب قانوناً بالتواجد على مدار السنة في محيط نشاط الشركة، وتسجيل حضور ايجابي ظاهر للعيان، وأن مجرد تغيّبه عن حضور اجتماعات الجمعية العامة (والتي هي بالتأكيد أحسن المواقع لتجسيد نية المشاركة بالنسبة للمساهمين)، لا يقوم سبباً كافياً للقول بتخلف نية المشاركة لديه.

ومهما يكن تبقى نية المشاركة وفي كل الأحوال، تلك الصفة التي تتيح للمساهم التدخل في إدارة أو رقابة الشركة وبأي شكل كان، وهي بمثابة المقياس أو المعلم الذي تقاس به مدى ممارسة المساهم لسلطته وحقوقه القانونية أو النظامية.

فالعلاقة إذن بين نية المشاركة وممارسة السلطة في الشركة هي علاقة طردية، فكلما زادت نية المشاركة لدى المساهم، كلما كان ذلك حافظاً لديه ليمارسه وبكل قوة سلطته بغض النظر عن حدود تأثيره في واقع الشركة، لأن سلطة رأس المال تمارس من الأغلبية عند اتخاذ القرارات، ومن الأقلية كذلك عند الاعتراض عن تلك القرارات، وكلا الفريقين تتوفر لديه نية المشاركة عند ممارسة لسلطته.

فنية المشاركة إذن تؤسس لسلطة رأس المال وتدعم ممارستها بكافة الأشكال، لأنها تسمح للمساهم باستحضار كافة الآليات القانونية أو النظامية المتاحة له في سبيل أن يقول كلمته، وأن يضع بصمته عند صياغة القرارات التي تصدر في الشركة، وأن أي ضعف أو تراجع لنية المشاركة لدى المساهم، سوف ينعكس مباشرة على سلطته في الشركة، ويظهر ذلك بوضوح من خلال تركه لموقع السيادة، وعدم ممارسة آليات التمكين لذلك، ابتداءً من التغييب عن الجمعية العامة.

والأكيد بعد كل ما سبق، أن أول من يستفيد من تراجع دور المساهم في الشركة نتيجة ضعف نية المشاركة لديه، هو مجلس الإدارة الذي يخلو له المجال ليمارس السلطة الفعلية في الشركة دون رقيب ولا حسيب.

الفرع الثاني: التغيب عن الجمعية العامة

تمثل الجمعية العامة الإطار الذي يجتمع فيه المساهمون لمناقشة المسائل المرتبطة بنشاط الشركة عامة، ومتابعة سير المشروع الذي تقوم عليه، ويوفر هذا الإطار القانوني كل الضمانات والآليات التي يفترض أن تكفل ممارسة فعالة وإيجابية للسلطة من جانب المساهمين لا يمكن أن تتوفر لهم وبنفس الشكل خارج هذا الإطار.

وهنا يظهر الفرق الكبير بين من يحظر أشغال الجمعية العامة وبين من يتغيب عنها، ففتح أمام الأول كافة الإمكانيات ليشترك في صنع الإرادة الجماعية التي تتخذ القرارات ويمارس سلطته الطبيعية في الشركة، بينما يكون الثاني بعيدا عن المجموعة التي تبادر وتناقش وتقرر في الشركة.

وبهذا الغياب، يكون المساهم قد تنازل عن ممارسة جزء كبير من سلطته، تاركا المجال أمام المساهمين الحاضرين ومجلس الإدارة ليقرروا ما يشاءون.

وعلى هذا سنتناول ظاهرة تغيب المساهمين (أولا) ثم نستعرض أهم أسباب التغيب من جانب المساهمين (ثانيا).

أولا: ظاهرة تغيب المساهمين

المساهم هو قطعة أساسية في بناء الشركة، سواء من حيث التركيبة البشرية للشركة حيث يحقق المساهمون ركن التعدد، ويُسخرون معارفهم وجهودهم لإنجاح المشروع، أو من حيث التركيبة المالية للشركة إذ تشكل الحصة التي يقدمها المساهم جزءا من رأس مال الشركة، فمن هذا المنطلق يلعب المساهمون دورا أساسيا في حياة الشركة يُفترض أن يجعل منهم أصحاب سلطة اتخاذ القرار فيها.

لكن الواقع العملي يفرز خلاف ذلك، فالمساهم قلما يبحث له عن دور في حياة الشركة، لغلبة نية الحصول على الأرباح، وترقب ارتفاع قيمة الأسهم في الأسواق المالية، لذلك يظل بعيدا عن إدارة الشركة، الأمر الذي أدى إلى ضعف دور الجمعيات العامة داخل الشركة وأصبحت الإدارة الفعلية في يد مجلس الإدارة والذي قد لا يتوانى عن تغليب مصلحته الخاصة متى ما تعارضت مع مصلحة الشركة.¹

¹ عماد محمد أمين رمضان، مرجع سابق، ص 86.

فغياب المساهمين وتخلفهم عن الحضور تكاد تكون السمة الأبرز التي تطبع اجتماعات الجمعيات العامة، إذ عادة ما لا يحضر سوى أصحاب المقدمات الكبيرة وذوي النفوذ والتأثير أو من يدفعهم الفضول إلى تجربة المشاركة في الجمعيات العامة.

ومسألة غياب المساهمين ليست بالأمر الجديد، فقد أثارها الفقه الفرنسي وذلك منذ بداية التنظيم القانوني لشركة المساهمة،¹ ونَبّه على انعكاساتها السلبية بالنسبة لعملية اتخاذ القرارات في هذا النوع من الشركات.

والحقيقة أن كثرة الغياب عن الجمعية العامة ليس أمراً غريباً أو شاذاً خاصة بالنسبة للشركات التي تضم الآلاف أو عشرات الآلاف من المساهمين،² إذ بكثرة العدد ستزداد الأعذار لعدم الحضور على ما سوف نرى لاحقاً، سواء تعلق الأمر بأسباب تعود لكيفيات تنظيم وانعقاد الجمعية العامة أو لأسباب نفسية لدى المساهمين.³

وفي كل الأحوال، يبقى الأكيد أن عدم الحضور هو رد فعل سلبي من المساهم، لا يمكن أن يؤدي إلا إلى تراجع سلطة رأس المال التي يفترض أن كل مساهم يمتلك جزء منها مهما كانت النسبة التي تمثلها في رأس المال، وتكون حينها القرارات التي تصدر ولو بالأغلبية لا تعبر فعلاً عن الإرادة الجماعية للمساهمين، بالنظر إلى النصاب المتدني لصحة انعقاد الجمعية العامة - ربع رأس المال في الدعوة الأولى وعدم اشتراط أي نصاب في الدعوة الثانية-، وهذا ما يفرز أغلبية ضعيفة جداً بالمقارنة مع مجموع رأس المال، لهذا فإن حدث وتغيب المساهم عن حضور جلسات الجمعية العامة فإن القرارات المتخذة ولو كانت صحيحة من الناحية الشكلية إلا أنها قد تكون ضد إرادته وتتعارض مع حقوقه وتطلعاته، ومع ذلك فإنه لا يملك فعل شيء إزاءها، لأن القوانين قد قررت ذلك.

لهذا يرى البعض أن الجمعيات العامة قد تخلت طواعية عن سلطتها في الشركة،⁴ وهي لا تقوم بما يفترض فيها القيام به، وهذه الصورة تؤكد تزايد الانفصال وعدم التناغم بين الدور الذي تلعبه الجمعية

¹ Pierre Baudouin – Bognet, « les actionnaires n'assistent pas assez Aux assemblées », revue international des sociétés, 1^{er} année, Avril 1935, p 157 ; p Ledoux, op-cit, p 99.

² Jean Pailluseau, la société Anonyme technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967 , p 48.

³ Ibid, p 48 ; Jean [Chamboulive](#), la direction des sociétés par action Aux états unis d'Amérique, Librairie Sirey, 1964, p 34.

⁴ Pierre Bleton, le capitalisme français, éd économique et Humanisme, 1966, p 106.

العامّة في الواقع، والدور الذي يمكن لها ويجب عليها أن تلعبه قانوناً، بالنظر إلى الآليات القانونية التي يمكن للمساهمين الاستفادة منها وتفعيلها عند حضور الجمعيات العامة وأهمها حق التصويت.

ولمواجهة هذا الوضع غير السوي فكر البعض في إمكانية إقرار مسؤولية الشركة عن هذا التغيب، إضافة لمسؤولية المساهمين أنفسهم، وكذا المطالبة بإصلاح الوضع عبر إعادة النظر في الأحكام العامة التي تنظم الاستدعاء وانعقاد الجمعيات العامة، أو على الأقل العمل على تغيير عادات المساهمين أنفسهم لحملهم على الحضور والمشاركة.¹

إلا أن الأمر لم يكن أبداً بهذه السهولة، أولاً للاستحالة المادية لجمع كل المساهمين في مكان واحد ودفعة واحدة، خاصة في الشركات الكبيرة التي تحصي الآلاف من المساهمين، فضلاً عن أن أي محاولة تشريعية لإخضاع حضور المساهمين لنوع من الإلزام بأي شكل كان أو بإقرار مسؤولياتهم أو مسؤولية الشركة، ستكون غير محمودة العواقب وستؤثر في البناء القانوني للشركة وتوازن السلطات فيها، خاصة وأن أسباب التغيب ليست دائماً ناتجة عن الإهمال واللامبالاة.

لذلك رأى البعض كذلك أن أفضل ما يمكن أن تواجه به ظاهرة التغيب، هو منح علاوات حضور لترغيب المساهمين في المشاركة في الجمعيات العامة.²

ثانياً: أسباب تغيب المساهمين

تتعدد أسباب تغيب المساهمين عن اجتماعات الجمعية العامة فبعضها يعود لعوامل نفسية تخص المساهم، وبعضها تفرضه ظروف الواقع وكيفيات انعقاد الجمعية العامة ودرجة ارتباط المساهم بالشركة.

أ- تأثير طبيعة الملكية في علاقة المساهم بالشركة

يتحقق ركن التعدد في مجالٍ حده الأدنى القانوني وهو سبعة مساهمين، ويمتد حده الآخر بشكل مفتوح، وكلما اقتربنا من الحد الأدنى نكون أمام وضعية التركيز في الملكية، وذلك بزيادة احتمال استئثار المساهم الواحد بحصة معتبرة في رأس المال، وكل زيادة في الرابطة المالية بين المساهم والشركة، ينتج عنه زيادة في الرابطة المعنوية بينهما، بينما إذا إتجهنا إلى الحد المفتوح، بحيث تزداد أعداد المساهمين، فإن ملكية رأس المال تتوزع بينهم، بحيث توول نسبة الملكية بالنسبة لكل مساهم إلى حدود دنيا.

¹ Pierre Baudouin – Bognet, art- précité, p 157.

² Ibid, p 160.

تعني الملكية المشتتة لرأس المال في الشركة أن هناك عددا كبيرا من أصحاب الأسهم يمتلك كل منهم عددا قليلا من أسهم الشركة، بحيث يضعف معه الحافز لدى صغار المساهمين هؤلاء، للمشاركة الفعالة في إدارة الشركة والرقابة عليها، لذلك يطلق عليه في فقه الشركات بنظام الخارجيين Outsider system.¹

وتمثل الملكية المشتتة لرأس المال أحد أهم أسباب غياب المساهمين عن حضور الجمعيات العامة، لأن كل مساهم يستقل بجزء يسير جدا من رأس مال الشركة، ما يولد لديه الشعور بأنه عديم التأثير في اتخاذ القرارات، لذلك يكتفي بانتظار ما تسفر عليه نتائج المداولات وما إذا كان قد تقرر توزيع الأرباح أم لا.

وأمر مثل هذه لا تخفى على القائمين بالإدارة، لذلك ورغبة في الاستئثار بسلطة اتخاذ القرار، يلجأ مجلس الإدارة أحيانا إلى الاقتراح والمبادرة بعملية تجزئة القيمة الاسمية للأسهم، لتمكين أكبر عدد من المساهمين الأفراد من اقتناء أسهم الشركة،² وبالتالي ضمان تشتيت الملكية، وبالتبعية لذلك تفتيت سلطة رأس المال.

كما قد ينشأ هذا التشتيت في الملكية انطلاقا من اعتبارات خاصة بالمساهمين، إذ نجدهم أحيانا يعمدون إلى توزيع استثماراتهم على عدة شركات تطبيقا للمثل القائل: "لا تضع كل البيض في سلة واحدة" وذلك باقتناء الأسهم الخاصة بعدة شركات وعدم الاكتفاء بأسهم شركة واحدة بهدف توزيع المخاطر المحتملة،³ وهذا الفكر يستند إلى منطق تجاري احترازي قد يكون صائبا أو غير صائب، لكن الأكيد أنه يساهم في تشتيت هيكل الملكية داخل الشركات، وتقليل احتمالات ظهور الكتل النافذة والمؤثرة داخل الشركة وبالتالي تراجع دور رأس المال بالنسبة لعملية اتخاذ القرار، وهذا بالطبع مصدر امتياز يخدم سلطة مجلس الإدارة، الذي يخلو له المجال لينفرد بصلاحيات التحكم في الشركة وإدارتها بالوجه الذي يخدم مصالحه، ولا يضبطه في ذلك إلا الالتزامات الأخلاقية والسلوكية التي على عاتقه.

¹ عمار حبيب جهلول، مرجع سابق، ص 93

² Bruno Pecchioli, « modification de la valeur Nominale des Actions et gestion de l'actionariat, thés, science de gestion, université Nancy 2, 2010, p 24.

³ Pierre Baudouin – Bognet, art précité, p 158.

ب- التوزيع الجغرافي للمساهمين

بما أن أغلب اجتماعات الجمعية العامة تتم بمقر الشركة أو بمكان قريب منه، والشائع أن تتخذ الشركات من عاصمة الدولة مكانا لمقرها، لقربه من كل الهيئات الحكومية والإدارات والمرافق الكبرى، وبالمقابل لذلك فإن تداول أسهم الشركات ليس حكرا بين قاطني العاصمة أو موطن المقر الرئيسي للشركة أين يعقد الاجتماع، بل قد يتوزع المساهمون في كامل أرجاء الدولة وحتى خارج حدود الدولة،¹ هذا الانتشار الجغرافي للمساهمين، وتباعدهم عن مكان انعقاد الجمعية العامة يشكل أحد العوائق الأساسية التي تمنع حضور خاصة صغار المساهمين، الذين قد تكون نفقات تنقلهم أكبر أو تقترب من نسبة الأرباح المقررة لهم.

ويضاف لتوزيع المساهمين جغرافيا، كثرة عددهم كذلك، فيكون من قبيل الاستحالة المادية بالنسبة للشركات التي تضم عشرات الآلاف من المساهمين أن يجتمع كل هؤلاء في جمعية عامة واحدة ويتناقشون ويتداولون في مسائل تقنية دقيقة تحتاج إلى الهدوء والتركيز عند عرضها من قبل مجلس الإدارة.

ج- تأثير تنوع طبيعة الأسهم على حضور المساهمين

يشكل تنوع طبيعة الأسهم التي تصدرها الشركة أحد أسباب تغييب المساهمين عن الجمعية العامة، خاصة بالنسبة للأسهم التي لا تعطي امتيازات سياسية بنفس القدر الذي تمنحه أسهم أخرى، فالأسهم المحرومة من حق التصويت عادة ما لا يحضر حاملوها لاجتماعات الجمعية العامة، رغم أن لهم حق الاستعلام وتوجيه الأسئلة ومناقشة مجلس الإدارة، ولهم الحق في مقاضاته بدعوى المسؤولية، وهي حقوق وإن كانت أقل شأنا وتأثيرا من حق التصويت المعدم بالنسبة لهم، إلا أنها تبقى جزء من سلطة المساهم، ويشكل حضوره بالجمعية العامة أهم سند لممارستها.

كما أن وجود أسهم بصوت متعدد، والتي تصل إلى عدد كبير من الأصوات للسهم الواحد، يجعل من أصحاب الأسهم ذات الصوت الواحد ضعيفي التأثير عند اتخاذ القرارات، فيرون أن حضورهم من عدمه سواء، وبالتالي يؤثرون التغييب وعدم تكبد عناء وأعباء التنقل، مادامت الأغلبية المشكلة من أصحاب الأسهم ذات الصوت المتعدد ستحسم الأمر لصالحها في كل الأحوال.

¹ عماد محمد أمين، مرجع سابق، ص 89.

د- تزامن تواريخ انعقاد الجمعيات العامة

كثيرا ما يحدث أن تتزامن تواريخ انعقاد الجمعيات العامة للعديد من الشركات، فإذا ما كان للمساهم حصص موزعة على أكثر من شركة تعقد جمعيتها العامة في نفس التاريخ أو بتواريخ متقاربة، فيكون من المستحيل على هذا المساهم أن يتواجد بالجمعيات العامة لكل الشركات التي يساهم فيها.¹ فالأمر يتعلق باستحالة مادية للمساهم أن يتواجد في نفس الوقت في مكانين مختلفين، فيكون مجبرا أن يتنازل عن ممارسة سلطته في الشركة الأقل أهمية بالنسبة له.

الفرع الثالث: التفويض على بياض Pouvoirs en blanc

يجتمع المساهمون في الجمعية العامة لاتخاذ القرارات التي تخص الشركة بالأغلبية المعينة بالقانون أو النظام، بعد أن يكونوا قد استكملوا النصاب القانوني لصحة الانعقاد.

لكن هذا الوضع قد تعترضه بعض الصعوبات الناتجة عن تغيب المساهمين والتي من أولى نتائجها هو عدم اكتمال النصاب لصحة انعقاد الجمعية العامة، وكان لابد للشركات أن تسعى لتجاوز هذا الوضع الذي قد يؤدي لعرقلة وانسداد نشاط الشركة.

لذلك تطلب الشركات من المساهمين إعطائها وكالات أو تفويضات على بياض Mandats à blanc لتمكينها من الحصول على الأغلبية اللازمة في الجمعية العامة، فترسل إليهم نماذج وكالات ترفق بالدعوة لاجتماع الجمعية العامة على أن يوقعها المساهم ويعيدها للشركة قبل انعقاد الجمعية العامة.²

إذن فالأمر يتعلق بإجراء نشأ استجابة لواقع معين يتمثل أساسا في مواجهة ظاهرة تغيب المساهمين عن الجمعيات العامة،³ خاصة بالنسبة لصغار المساهمين،⁴ كما أن توسع قاعدة المساهمة وكثرة عدد المساهمين يجعلهم لا يتعارفون فيما بينهم،⁵ وهو ما يحملهم على منح وكالات على بياض بدلا من وكالات التصويت العادية التي يعين فيها الوكيل من طرف الموكل.

¹ راجع في ذلك: عماد محمد أمين رمضان، مرجع سابق، ص 90.

² إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج12، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 38.

³ Raphaël Contin, le contrôle de la gestion de la société anonyme, librairie techniques, 1975, p496.

⁴ André Stadler, au-delà du capitalisme, du collectivisme, et du dirigisme, imprimeries populaires, 1950, p68.

⁵ Marie-Christine Monsallier, op-cit, p179.

وهذه الآلية تبقى مبدئيا ذات فعالية وهي ذات انتشار واسع، لأنها تضمن تمثيل المساهمين في حالة استحالة حضورهم، وبالتالي تجنب الشركة مصاريف وأعباء إعادة دعوة الجمعية العامة للانعقاد ثانية لعدم اكتمال النصاب¹، لذلك يصفها البعض بأنها إجراء سهل ومريح بالنسبة للمساهم، ومفيد بالنسبة للشركة، ويحقق امتيازاً هاماً بالنسبة لمجلس الإدارة²، وهذه النقطة الأخيرة تحديداً هي موطن الداء ومكمن الخطر.

فعلى الرغم من أن القضاء ومنذ أمد بعيد يقضي بقانونية الوكالات الممنوحة دون تعيين الوكيل³، إلا أن مضار هذه الآلية هي بقدر منافعتها إن لم تكن أكثر⁴، فالأمر يتعلق بآلية يتم اعتمادها وقبولها على نطاق واسع مع أنها تطبق خطير⁵، وتشكل أحد العناصر المخلة بتوازن الجمعية العامة في الشركة لصالح مجلس الإدارة⁶، لذلك لاقت هجوماً شرساً من الفقه وتقريباً على وجه الإجماع، هذا الهجوم لم يكون موجه للآلية ذاتها، أي أن التفويض على بياض ليس مستهجناً لذاته، بل للآثار المترتبة عنه عند إساءة استخدامه، لاسيما وأنه ينقل السلطة في الشركة من مالك الأسهم إلى شخص آخر أيا كانت صفته، في انفصال تام بين رأس المال والسلطة، فالمساهم يفوض حقه في التصويت أو بالأحرى سلطته في اتخاذ القرار لشخص قد لا يعرفه ولا يضمن معه وجهة تصويته، فالمساهم هنا يخاطر بسلطته بين أن يتم استخدامها على نحو يرضيه ويخدم مصلحته في الشركة، أو أن توجه وجهة أخرى لا تخدم سوى مصلحة الجهة المستفيدة من التفويض.

ويأخذ التفويض على بياض عدة أشكال، فقد يكون بعدم تحديد موضوع الوكالة أو مدتها، مع أن هذه الأنواع من التفويض تحكمها قواعد أخرى لاسيما الوكالة العامة بالنسبة لعدم تحديد موضوع الوكالة، أما الوكالة غير محددة المدة فتبقى محل نظر بخصوص صحتها، لذلك يبقى أهم شكل للتفويض على بياض وأكثرها انتشاراً وقبولاً، هي الوكالة التي لا يحدد فيها الموكل اسم الوكيل⁷.

¹ Claude Berr, op-cit, p251.

² Raphaël Contin, op-cit, p51.

³ Cass. Req, 07 Dec 1857, S, 1858, p446 ; Cass Civ 08 Aout 1879, S, 1881.1, p229.CA Paris, 23 Mai 1919, S.1921.1, p33.

⁴ Raphaël Contin, op-cit, p51.

⁵ Michel de Juglart, Benjamin Ippolito, traité de droit commercial, les sociétés, vol 2, part2, Montchrestien, 1982, p767

⁶ Nicole Ferni-Maccario, Gestion juridique de l'entreprise, édition Pearson éducation, France, 2006, p128.

⁷ Paul Cordonnier, « l'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblés d'actionnaires », journal des sociétés, 55^{ème} année, n°7 Jul 1934, p417, 418.

وبديهى أن يكون مجلس الإدارة هو من يتلقى التوكيلات على بياض لأنه الجهة المكلفة عادة بإعداد وتحضير الاجتماع، ثم يتولى بعد ذلك أمر توزيع الوكالات على مساهمين آخرين يصوتون بها بالجمعية العامة، في وضعية تنعدم فيها أي رابطة أو اتصال بين المساهم صاحب السلطة والوكيل الذي يمارس تلك السلطة باسمه ولحسابه، هذه القطيعة في العلاقة أدت بالبعض إلى القول أن التفويض على بياض هو تقنية خاصة ولا علاقة له بأي شكل بالوكالة المعروفة بالقانون المدني، وأن تشبيهه بالوكالة ليس إلا لتبرير هذه الممارسة الخطيرة،¹ كما شبهها البعض الآخر بالوكالة للحامل، لأن الموكل لا يعرف على وجه التحديد من سيتولى أمر الوكالة والتصويت مكانه،² ويرى فيها البعض سببا في جعل التصويت بالجمعيات العامة مجرد عملية وهمية، وتكثيف حقيقة أن الجهاز الإداري هو من يسيطر على الجمعيات العامة وليس المساهمون.³

لذلك أدرج المشرع الفرنسي حكما خاصا تضمنته المادة L225-106⁴ يلزم فيه الشركة أن تتبها المساهم الذي أرسل تفويضا على بياض، بأن رئيس الجلسة (عادة رئيس مجلس الإدارة أو أحد أعضائه) سيصوت بموجب ذلك التفويض بالإيجاب على مشاريع القرارات التي يتقدم بها أو يعتمدها مجلس الإدارة، وبالرفض على أي مشروع قرار آخر.

فالمشرع الفرنسي قد قيّد من يتلقى التفويض على بياض (مجلس الإدارة)، وحدد له وجهة التصويت وهي طبعا في صالح مجلس الإدارة بلا شك⁵، وقد أثار هذا الخيار من المشرع الفرنسي حفيظة واستغراب البعض⁶ الذي رأى فيه تكريسا لوضع مفترض قد لا يتحقق بالضرورة.

لكن ربما يكون المشرع الفرنسي قد حاول من البداية التنبيه لخطورة وجدية المسألة، عبر تعرية الأمور وفرض الأمر الواقع الذي لا يملك مجلس الإدارة أن يسلك غيره، فمهما يكن، إذا تلقى المجلس

¹ Claude Berr, op-cit, p252.

² Paul Cordonnier, l'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblées d'actionnaires, art précité, p 421.

³ Paul Le Cannu, « Baisse du quorum des assemblées des sociétés anonymes », RTD Com. 2005, p, 769

⁴ Art L225-106 al 9 : « Pour toute procuration d'un actionnaire sans indication de mandataire, le président de l'assemblée générale émet un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution. Pour émettre tout autre vote, l'actionnaire doit faire choix d'un mandataire qui accepte de voter dans le sens indiqué par le mandant.»

⁵ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p144.

⁶ Paul le Cannu, la société anonyme à directoire, LGDJ, 1979, p138.

تقويضا بالتصويت من مساهم غائب، فإنه منطقيا لن يصوت إلا لصالحه (مجلس الإدارة)، لذلك استبق المشرع الفرنسي هذه الخطوة من مجلس الإدارة وألزمه بإعلام المساهم بوجهة التصويت الذي فوضه فيه، على الأقل حتى يكون على بيّنة من أمره ومعرفة مسبقة بمصير أصواته.

أو ربما أن المشرع الفرنسي لم يشأ إلغاء هذه التقنية نظرا لما تحققه من بعض الفوائد لاسيما استكمال النصاب، بل أثر تحديد وجهة التصويت فيها على نحو ما رأينا، مادام هناك من المساهمين من يتقون في مجلس الإدارة بالمطلق ويفوضونه أمورهم في كل الأحوال.

ومع ذلك يقترح بعض الفقه على المساهم الذي لا يستطيع الحضور للاجتماع والتصويت، أن يوكل مساهما آخر يثق فيه ويأتمنه على أصواته، أو أن يصوت بالمراسلة،¹ خاصة في ظل تطور وسائل الاتصال والتواصل.

وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري، فيرى البعض أنه يحظر التوكيل على بياض، تأسيسيا على أنه اشترط تعيين الوكيل باسمه ولقبه حسب نص المادة 681 ت ج.²

لكننا نرى بخلاف ذلك، ونعتقد أن هذه التقنية تبقى متاحة للمساهمين وذلك لعدة اعتبارات:

أولا لأنه لم يرد أي نص صريح يحظر التفويض على بياض. ثانيا أن اشتراط المشرع تعيين الوكيل باسمه لا ينفي أن يكون التفويض قد صدر على بياض ابتداءً، فالعبرة في التفويض على بياض هي من وقت إرسال المساهم للتفويض دون أن يعين فيه اسم الوكيل، ويتلقاه مجلس الإدارة بتلك الصفة، ولا يهم بعدها من يتولى التصويت، لأن المساهم لم يعين بنفسه من ينوبه في الحضور والتصويت، بل مجلس الإدارة هو من يتولى ذلك، وقبل انعقاد الجمعية العامة في كل الأحوال، بحيث يكون كل وكيل معين قد دَوّن اسمه على الوكالة، ثم تُجمع الوكالات بأسماء الوكلاء المعيّنين وترفق بورقة الحضور، ففي النهاية لا بد من شخص آخر يتولى هذه الوكالة ويصوت مكان المساهم الغائب، سواء تم ذلك وفق الحل الذي فرضه المشرع الفرنسي مثلا، على ما رأينا سابقا، أو أن يتولى مجلس الإدارة توزيع الوكالات على بياض على مجموعة من المساهمين تتولى التصويت مكان المساهمين الغائبين أصحاب التفويضات.³

¹ Philippe Merle, op-cit, p 472.

² نادية فضيل، مرجع سابق، ص 289

³ Paul Cordonnier, l'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblés d'actionnaires, art précité, p 420.

وفي كل الأحوال كان يتعين على المشرع أن يكون دقيقا في مسائل إجرائية كهذه، وهي في الحقيقة لا تتطلب أكثر من الوضوح في النصوص، خاصة وأن هذا الموضوع هو حساس للغاية ويتعلق بتقنية تنفصل فيها السلطة عن رأس المال، لاسيما وأن هذه السلطة ستمارس، أو على الأقل سيوجهها الجهاز الإداري الذي يُفترض أصلا أن تمارس عليه لتقييم أعماله وحتى عزله إن اقتضى الأمر، وبهذه الصورة ستُفرغ قرارات الجمعية العامة من قوتها، وتتحول هذه الأخيرة إلى مجرد غرفة لتسجيل القرارات التي يقدمها مجلس الإدارة، ثم المصادقة عليها في إجراء شكلي لا يعكس فعلا سلطة الجمعية العامة ولا يجسد المهام الأساسية التي يجب أن تقوم بها لاسيما الرقابة على إدارة الشركة.

وبما أن العلاقة بين الجهازين (الجمعية العامة ومجلس الإدارة)، هي علاقة تبعية وتدرج في السلطات، فإن كل انتقاص من سلطة الجمعية العامة وبأي شكل كان، ليس في الحقيقة سوى تدعيم وزيادة في سلطات مجلس الإدارة، ويشكل التفويض على بياض أحد أهم الوسائل التي تحقق هذا الفرض.

فمهما يكن، لا أحد سيضمن أن يتم التصويت حسب الأصول، وحتى في حال افتراض تقيّد مجلس الإدارة بالتصويت في الوجهة التي حددها المشرع الفرنسي مثلا، واطّلع عليها المساهم الذي أرسل التفويض، فإنه وفي حال طرأت أي تعديلات على مشاريع القرارات والنقاط المدرجة بجدول الأعمال خلال الجلسة، فالمساهم صاحب التفويض لن يكون بمقدوره معرفة ذلك، وسيكون لمجلس الإدارة استعمال تلك التفويضات لدعم موقفه من التعديلات المقترحة.¹

ومن المآخذ على هذه التقنية كذلك، أن المشرع لم يحدد فيما إذا كان الأمر يتعلق بجمعية عامة عادية أو غير عادية، والفرق جلي وكبير جدا بين الجمعيتين، فالقرارات الصادرة عن كليهما تختلف تماما من حيث الأهمية، وفي غياب النص الصريح يمكن القول أن التفويض على بياض أمر متوقع جدا بالجمعيات العامة غير العادية، وهذا يمثل بالنسبة لمجلس الإدارة مطية للوصول لامتلاك سلطة تعديل نظام الشركة حسب رغبته وعبر تحكّمه في توجيه الأصوات المتأتية من التفويض على بياض، وبذلك يكون مجلس الإدارة قد صادر سلطة الجمعية العامة في الكثير من المسائل، وليست الرقابية منها فقط²، وبالتالي يصبح محميا من أي معارضة جدية، وهو أمر خطير على الشركة،³

¹ Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p145.

² Raphaël Contin, op-cit, p 51.

³ André Stadler, op-cit, p 69.

فالتقويض على بياض يعطي مجلس الإدارة السلطة الفعلية لاتخاذ القرارات في الشركة ولو ألبسها ثوب الجمعية العامة.

وبين الايجابيات التي يحققها والسلبيات الناتجة عنه، يبقى التقويض على بياض على ما يراه البعض، ذلك الشر الذي لا بد منه.¹

¹ Raphaël Contin, op-cit, p 52.

المبحث الثاني: الحدود القضائية والقانونية لسلطة الأغلبية

إذا كان القانون يخول للأغلبية صلاحيات واسعة، ويسمح لها وحدها باتخاذ القرارات الملزمة دون أن تكون سلطتها قابلة للاقتسام مع أحد، إلا أن هذا المنظور له حدود، فسلطة الأغلبية ليست مبنية على منطق القوة سواءً العددية أو المالية، ولا على الاستسلام والخضوع من جانب الأقلية، وإلا لما كان هناك من داعٍ لاعتمادها، ولا مبرر لقانون الأغلبية بهذا المفهوم التسلطي.

فالأغلبية مهما قويت فهي ليست غاية في ذاتها، وبالتالي لا يمكن التسليم بفكرة فرض رأيها وتوجهاتها على الأقلية دون قيود أو حدود، ولذلك تشكل رقابة الأقلية في هذا الموضع، ضمانة رئيسية لتحقيق التوازن في الشركة بين مالكي رأس المال، وبذلك يمكنها التقدم أمام القضاء بطلب إبطال قرارات الأغلبية بداعي التعسف (مطلب أول).

ومن جهة أخرى نجد أن أحكام القانون ذاتها تفرض قيوداً على سلطة الأغلبية (مطلب ثان) لاعتبارات قدرَ المشرع أنها أولى بالرعاية.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرارات الأغلبية الموسومة بالتعسف

صحيح أن الأغلبية هي الفريق المقرر في الشركة، وهي التي يُفترض أن تعبر عن الإرادة الجماعية لكل المساهمين بما فيهم الأقلية المعترضة على القرار، لكن هذا لا يعني أن الأغلبية هي الجهة الوحيدة من بين مجموع المساهمين التي تملك السلطة في الشركة، فالأقلية كذلك هي صاحبة سلطة في الشركة، وهي إن لم تمتلك سلطة اتخاذ القرار فهي تمتلك سلطة الاعتراض عليه، فسلطة رأس المال في الشركة تتقاسمها أغلبية تقرر، وأقلية تعترض، وكلّ يمارس سلطته على مستواه.

ومن هذا المنظور المجرد والنظري، يتبين أن السلطة يمارسها كل مساهم في الشركة بغض النظر عن مدى نفوذه وتأثيره في اتخاذ القرارات، على أن تكون الكلمة في النهاية لجهة الأغلبية.

لكن من زاوية أخرى، نرى أن هذا التصور يصطدم بواقع آخر، تفقد فيه الأغلبية سلطة التقرير في الشركة لفائدة الأقلية، مع أن قرارها قد استجمع كامل شروط صحته من الناحية الشكلية، وبهذا تنقلب معادلة اتخاذ القرار وتفرض الأقلية موقفها على الأغلبية، إما عبر إثارة عيب التعسف في قرارات الأغلبية وطلب إبطالها قضائياً (فرع ثان)، أو أن تعمد إلى عرقلة اتخاذ الأغلبية للقرار وتعرف حينها بالأقلية

المعطلة أو تعسف الأقلية (فرع ثالث)، لكن قبل ذلك سوف نحدد مفهوم التعسف في قانون الشركات (فرع أول).

الفرع الأول: التعسف في قانون الشركات

شكل مفهوم التعسف مجالا خصبا للعديد من الدراسات القانونية التي عنت به ومن زوايا متعددة حسب تنوع فروع القانون، وفي هذا الإطار فقد تم تناول مفهوم التعسف في قانون الشركات تأسيسا على فكرة التعسف في استعمال الحق التي نادى بها فقهاء القانون المدني خاصة جوسران¹، والتي مفادها أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه متى ما قصد به الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة²، لذلك كان القضاء الفرنسي³ في بعض أحكامه، يبحث في مدى توفر نية الإضرار بالأقلية من طرف الأغلبية، وذلك في تأثر واضح بالمفهوم الكلاسيكي لنظرية التعسف في استعمال الحق⁴، ورأى البعض أن تعسف الأغلبية أو الأقلية ما هو إلا صورة من صور التعسف في استعمال الحق⁵.

بينما حاول البعض الآخر⁶ ربط تعسف الأغلبية بالنظرية العامة للسلطة،* ومن ثمة إلحاقها بفكرة الانحراف بالسلطة المعروفة بالقانون الإداري.

والحقيقة في اعتقادنا أن هذه المقاربة تحمل جانب من الصحة والعقلانية، على أساس أن الطعن في القرارات لا يوجه للأغلبية ذاتها، بل إلى الجهاز الذي صدرت عنه وهي الجمعية العامة، وقد مرّ معنا أن هذه الأخيرة تمارس وظيفة محددة في الشركة.

¹ Voir E. Gaillard, op-cit, p147.

² المادة 124 مكرر مدني جزائري.

³ Cass.Com, 06.02.1957, JCP, 1957, II.1

⁴ Gérard blanc, « l'abus de droit dans les contrats en droit français », l'abuse de droit, comparaison franco-suisse, actes du séminaire de Genève, Mai 1998, publication, université de Saint-Etienne, 2001, p133.

⁵ Maysoun Bouzid, l'abus de droit en droit fiscal tunisien, éd publibook, Paris, 2008, p15.

⁶ Abdoulaye Sakho, op-cit, p186.

* المقصود بالنظرية العامة للسلطة هنا هي السلطة التي تمارس في إطار التفويض لتحقيق مصلحة متميزة عن مصلحة الشخص الذي يمارسها.

لكن مع ذلك نستبعد كلا التفسيرين، ونرى أنه من الأفضل اعتماد مفهوم تعسف الأغلبية كما يرد بهذا اللفظ تماما، لأن التعسف المقصود هنا يرتبط ببيئة خاصة (شركة مساهمة)، وبعلاقة خاصة بين المتعسف والمتعسف ضده، رغم أنها لا تتفصل من حيث الأصل عن البيئة المدنية التي احتضنت فكرة التعسف في استعمال الحق، ولا البيئة الإدارية التي نشأت فيها فكرة التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة.

فمن حيث التعسف في استعمال الحق، فهو يكون في مواجهة الغير الأجنبي عن هذا الحق، بينما تعسف الأغلبية يتحقق بين فريقين اثنين (الأغلبية والأقلية)، يشتركان معا في الملكية، وكلاهما صاحب الحق (ملكية رأس المال)، وقرارات الأغلبية يفترض أن تعبر عن إرادة الجماعة ككل.

كما أن عيب الانحراف بالسلطة، نشأ ملازما للسلطة الإدارية التي تمارس وظيفة عامة، لا علاقة لها بفكرة الملكية والحقوق الخاصة المعروفة بالقانون الخاص، وبالتالي فلا مجال للتقريب بين المفهومين، الذي لن يكون في النهاية سوى جمودا فكريا مذموما، لا يضيف جديدا في الموضوع، ولا يساعد على التحرر من الأفكار الجاهزة، وابتداع الحلول لكل المسائل المستجدة.

ويبقى الضابط الأساسي الذي يميز تعسف الأغلبية، والذي يجعل منه نوعا خاصا من أنواع التعسف المعروفة سواء بالقواعد العامة أو بقوانين الشركات، هو ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير¹ الذي أسس لتعسف الأغلبية كمفهوم خاص، حينما قضت بان القرارات تكون تعسفية متى: «*Prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité*».

فهذا الحكم قد وضع معيارين أساسيين يمكن من خلال البحث في مدى توافرهما، القول بوجود تعسف من جانب أم لا، وهما المساس بالمصلحة الجماعية، وخرق المساواة بين المساهمين، وهذين المعيارين لا يمكن لا لفكرة التعسف في استعمال الحق ولا لفكرة الانحراف بالسلطة احتواءهما أو التوافق معهما في كل الظروف.

¹ Cass.Com, 18 Avril 1961.precité

وهذا ما يجعل من تعسف الأغلبية مفهوما مستقلا لا يمكن رده إلى أي من صور التعسف السابق ذكرها.¹

وعلى هذا، فتعسف الأغلبية يشكل نظرية منفصلة وذات طبيعة خاصة إذا ما تعلق الأمر بممارسة السلطة في الشركة،² وهي فكرة خاصة بالبيئة التجارية وبشركات المساهمة تحديدا، إذ نشأت ملازمة لنشاط هذه الشركات ونظام اتخاذ القرار فيها، ويتعين مراعاة هذه الخصوصية، وطبعا هذا الأمر لم يغب عن القضاء الذي ابتدع نظرية تعسف الأغلبية لتصحيح حكم الأغلبية.³

وتظهر أهمية أعمال فكرة التعسف لحماية المصلحة الجماعية في تحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة، ومن ثمة ترجيح المصلحة الجماعية أيا كان الطرف المرجوح، فأهمية رعاية المصلحة الجماعية تبرر تجاوز سلطة الأغلبية وإبطال قراراتها التعسفية، وتبرر كذلك عدم مراعاة حقوق الأقلية أحيانا متى لم تكن ضمن سياق المصلحة الجماعية.

الفرع الثاني: تعسف الأغلبية

سبق التقديم أن اعتماد مبدأ الأغلبية كأساس لاتخاذ القرارات بالشركة كان بدافع تسهيل تصريف أمور الشركة، فالمشرع أناط بالأغلبية سلطة التعبير عن الإرادة الجماعية في الشركة، لافتراضه استهداف تلك الأغلبية للمصلحة الجماعية ورعاية حقوق كل المساهمين، فكان القرار الصادر عن الأغلبية كالقرار الصادر عن كل المساهمين وحتى المعارضين منهم.

لكن هذا لا يعني بالمطلق أن الأغلبية تتخذ دائما القرارات السليمة، وأن فريق الأغلبية هم أصحاب العقل الراجح والرأي السديد، إذ كثيرا ما يحدث أن تتحرف الأغلبية صاحبة سلطة اتخاذ القرار، عن الغاية التي من أجلها منحت لها هذه السلطة، وذلك حينما تعمد إلى اتخاذ قرارات لا تتوافق والمصلحة الجماعية للمساهمين وللشركة.

¹ Dominique Schmidt, les droits de la minorité dans les sociétés Anonyme, Sirey, 1970, p139.

² J. Calais-Auloy, l'abus de pouvoir ou de fonctions, economica, 1971, p221.

³ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 394.

وعلى هذا، سنتناول فكرة تعسف الأغلبية باعتبارها عيبا يلحق قرارات الأغلبية من خلال تبيان هذا المفهوم (أولا)، ثم البحث في شروط تحققه (ثانيا)، ونستعرض أخيرا الجزاء الذي يرتبه القضاء على هذا العيب (ثالثا).

أولا: مفهوم تعسف الأغلبية

إذا كان ما سبق تبيانه في القسم الأول من بأن مبدأ الأغلبية هو أفضل ما يمكن اعتماده لاتخاذ القرارات في الشركة لاسيما افتراض استهداف الأغلبية للمصلحة الجماعية¹، فإنه كثيرا ما تصدر عن الجمعية العامة قرارات مخالفة للمصلحة الجماعية ولمصلحة المساهمين على السواء، وإذا كانت أغلبية المساهمين قد استخدمت حقها في اتخاذ القرار طبقا لقاعدة الأغلبية، فإنها تكون قد استخدمته تعسفا وأسأت إلى مبدأ سيادة الأغلبية ذاته، وجردت سلطات الجمعية العامة من غايتها الحقيقية ونأت بها عن الهدف الأساسي لها.²

فسلطة التقرير التي تملكها الأغلبية لم تمنح لها لحماية مصالحها الخاصة ولو كانت ممثلة لمعظم رأس المال، مادام هناك غرض محدد قامت الشركة لتحقيقه³، وهنا تحديدا تظهر نية المشاركة كضابط أساسي، يُذكر دوما بوجود مصلحة جماعية مستقلة عن مصلحة الأغلبية⁴، والتي عبر عنها المشرع الجزائري بالهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة (م 416 مدني جزائري) وأعاد التأكيد على ذلك حينما نص بالمادة 432 مدني جزائري، أن على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعاكس الغاية التي أنشأت لأجلها.

وتأسيسا على القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية السابق ذكره، والذي يلقي شبهة إجماع من الفقه الفرنسي، في ضبط مفهوم تعسف الأغلبية، بحيث متى توافرت الشروط التي أقرتها محكمة النقض، كان قرار الأغلبية رغم صحته من الناحية الشكلية، مشوبا بعيب التعسف.

¹ CA. Paris, 02 Nov 1954. D 1954, p758 « si la majorité d'une assemblée générale peuvent, sous certaines conditions imposer des décisions valables à la minorité, c'est uniquement parce que celle-ci est présumée agir dans un intérêt social ».

² وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 358.

³ Yve Guyon, droit des affaires, op-cit, p484.

⁴ Yves Guyon, droit des affaires, op-cit, p 484

فالقضاء إذن يبحث في دوافع الأغلبية لاتخاذ القرار المطعون فيه، ومتى ثبت له أن قرار الأغلبية يناقض المصلحة الجماعية ويهدف لتحقيق مصالح مساهمي الأغلبية على حساب مساهمي الأقلية، قضى ببطلانه لتحقيق عيب التعسف.

للإشارة فإن تعسف الأغلبية يبقى مفهوما قضائيا بالدرجة الأولى، لأن معظم التشريعات لم تخض في هذه المسألة بنصوص صريحة وواضحة، وتركت للقضاء مهمة تقدير ذلك، لهذا فكل المواقف والآراء الفقهية تمحورت حول تفسير وتحليل القرارات القضائية التي تصدت لمفهوم وشروط التعسف.

إن الحديث عن تعسف الأغلبية في الحقيقة هو الحديث عن وضع استثنائي لا يعبر عن صفة شائعة في الأغلبية، لأن الوضع الطبيعي ينطلق من افتراض عام مفاده بأن الأغلبية لا تتحرك ولا تستهدف سوى تحقيق المصلحة الجماعية وهو على ما رأينا سابقا، ناشئ من عدة اعتبارات منطقية تبرر ذلك.

ولهذا، فأى انتقال من هذا الوضع الطبيعي المفترض، إلى الوضع الاستثنائي (التعسف)، لا بد وأن تبرره مجموعة من الوقائع أو التصرفات من جانب الجهة المعنية بالتقرير، أي لا بد أن يقترن الوضع الطبيعي بما من شأنه أن يجعله وضعاً استثنائياً.

ومن هذا المنطلق يمكن القول أن نظرية تعسف الأغلبية تستند لنقطتين أساسيتين، فمن جهة، أن الشركة هي قبل كل شيء شخص معنوي يترتب على وجوده، وجود مصلحة جماعية ينبغي حمايتها والحفاظ عليها، ولهذا فإعطاء مساهمي الأغلبية، سلطة اتخاذ القرارات مرتبط ومرهون بمراعاتهم واحترامهم لهذه المصلحة، ومن جهة أخرى فإن إجبار مساهمي الأقلية على الخضوع والامتثال لقرارات الأغلبية يستدعي عدم المساس بحقوقهم،¹ التي تقررت لهم قانوناً كونهم شركاء في المشروع.

على أنه وفي مقابل كل ذلك، فإن حماية حقوق الأقلية من احتمال تعسف الأغلبية هو أمر نسبي لا يمكن حمله على إطلاقه، لأن المساس بحقوق الأقلية لا يشكل بالضرورة تعسفاً من جانب الأغلبية،² كما أن الآليات القانونية المكفولة لحماية حقوق الأقلية كدعوى التعسف، لا بد وأن تستجمع

¹ عبد الرحيم سميعة، محاضرات في الشركات، كلية الحقوق بمكناس، المغرب، د س ن

² محكمة تجارة المتن، قرار رقم 98/733 بتاريخ 1998/12/30، مجلة العدل 1999، ص 190. مذكور في: وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 378 - 379.

شروطاً محددة لقبولها أمام القضاء، وإلا أصبحنا أمام وضع مقلوب، تفرض فيه الأقلية منطقتها ومصالحها على الأغلبية¹ عبر طلب إبطال قرارات الأغلبية أو تعطيل صدورها بالأساس، وبهذا تنتقل سلطة التقرير المفترض أن تمارسها الأغلبية إلى الأقلية.

ثانياً: شروط تحقق تعسف الأغلبية

سبق التقديم أن القضاء الفرنسي خاصة، كان خلافاً بخصوص تطوير مفهوم تعسف الأغلبية، وحاول ملاً الفراغ الذي تركه المشرع في تقرير الشروط التي يمكن على ضوءها تأسيس دعوى التعسف.

وقد أسس ذلك فعلاً عبر العديد من أحكامه، خاصة القرار الصادر بتاريخ 18 أبريل 1961 السابق ذكره، والذي يرى فيه البعض، مرحلة جديدة في التطور القضائي بخصوص تعسف الأغلبية، حيث كرس بشكل حاسم، معيار تدخل القضاء في فرض الرقابة على تصرفات الأغلبية.²

لكن يبقى أن غياب النص الصريح كان السبب الرئيسي في انقسام الفقه حول درجة الأخذ بالشروط التي اعتمدها القضاء، والتي لم تخرج في كل الأحوال عن شرطي المساس بالمصلحة الجماعية وخرق المساواة بين المساهمين.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى الاكتفاء بشرط الإخلال بالمساواة بين المساهمين كشرط وحيد لتحقيق التعسف³، وفي هذا يرى الأستاذ D. Schmidt أن المصلحة الجماعية تتكون من عنصرين، البحث عن الثراء الجماعي، وكذا اقتسام هذا الثراء، أي أن المساهمين تجمعهم مصلحة مشتركة بينهم، وللقول بوجود التعسف من جانب الأغلبية منهم، يكفي أن نعاين أن قرار الأغلبية ينحرف بقواعد توزيع الثراء لفائدة فئة على حساب أخرى.⁴

فالقرار التعسفي لا يجب النظر إليه فيما إذا كان يطابق المصلحة الجماعية أم لا، بل فيما إذا كان يخل بالمساواة بين المساهمين أم لا، وأن معيار التعسف لا يستند إلى ذمة الشركة ولكن إلى مدى تأثير القرار على ذمم المساهمين.⁵

¹ Yves Guyon, droit des affaires, op-cit, p484.

² E. Gaillard, op-cit, p147.

³ لمزيد من التفاصيل أنظر: وجدي سلمان حاطوم، ص 346 وما بعدها.

⁴ Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt dans la société anonyme, op-cit, p320.

⁵ Ibid, p 322.

والدافع الذي جعل الأستاذ Schmidt يرافع وبقوة في هذا الاتجاه، هو نظرتة للشركة على أنها عقد، وأن أول من يتعين مراعاة مصالحه، هم أطرافه.

فالمصلحة الجماعية حسبه ليست سوى مصلحة المساهمين، وهو ينطلق في ذلك من فكرة المنافع المادية وتحديد العوائد المالية التي تلحق ذمة المساهمين، فتكون هي المقدّمة على حساب أي مصلحة أخرى¹، أي أن المصلحة المشتركة للمساهمين هي الأساس الذي يستند إليه القضاء للحكم بتعسف الأغلبية، وأي تعارض يقسم هذه المصلحة بين فئتين، بحيث تنتفع فئة الأغلبية من القرار، وتتضرر الأقلية منه، فهو بالضرورة يمس بالمصلحة الجماعية، ويكون الأساس القانوني لدعوى التعسف هنا، هو مخالفة نص المادة 1-235 L تجاري فرنسي، (م 733 تجاري جزائري).

والحال أن الأغلبية بقرارها المتعسف، تكون قد خرقت نصا ملزما، سواء تعلق الأمر بنصوص القانون المدني(لا سيما المتعلقة منها بأحكام الشركات)، أو نصوص القانون التجاري التي تتضمن وجوب احترام المساواة بين المساهمين.

وفي نفس الاتجاه ذهب الأستاذ M G Soussi، والذي أكد أن المصلحة الجماعية هي مفهوم ليس له أي قيمة قانونية، ولا ترتب بذاتها أي آثار قانونية حتى ولو اقترنت بعناصر أخرى، فإنها تبقى عنصرا زائدا وغير ضروري في إقامة مفهوم التعسف.²

وتؤكد الأستاذة Renée Kadouch من جهتها، أن خرق المساواة بين المساهمين هو المعيار الوحيد للتعسف في استعمال حق التصويت، وهذه النتيجة مستمدة حسبها من طبيعة الشركة،³ وهذا تأسيسا على نظرتها للشركة بأنها عقد، وتنشأ عن تعبير عن إرادة حرة لكل المساهمين، لذلك ترى أن الخرق القسري للمساواة بين المساهمين (أطراف هذا العقد) كاف لوحده في تشخيص التعسف.⁴

ومن حالات تعسف الأغلبية التي قد تتحقق دون أن نشهد مساسا حقيقيا بالمصلحة الجماعية، وبالتالي الاكتفاء بشرط خرق المساواة بين المساهمين كأساس للحكم بإبطال قرار الأغلبية، الحالة التي

¹ Ibid, p 316.

² Cité par : Alain Viandier, la notion d'associe, LGDJ, 1978, p134, soussi affirme que : « la notion d'intérêt social, n'a pas de consistance juridique, et qu'elle ne produit pas d'effets juridiques à elle seule, et même accompagnée d'autres notions, ou s'aperçoit qu'elle n'est qu'un élément superflu dans la notion de l'abus »

³ Renée Kadouch, th précité, p88.

⁴ Ibid, p88.

تقوم فيها الأغلبية المسيطرة التي لها حق تصويت مزدوج بعد حيازتها منذ سنتين لأسهم الشركة¹ برفع هذا الأجل (سنتين) بغرض قطع الطريق أمام المساهمين الجدد في الحصول على حق تصويت مزدوج كذلك،² وبالتالي استئثار الأغلبية واحتكارها لهذه الميزة التي تخولها سلطة مضاعفة عن نسبة مساهمتها بالمقارنة بالمساهمين الجدد، وتكون الأغلبية بمصادقتها على هذا القرار، قد خرقت مبدأ المساواة بين المساهمين، وتحايلت عندما عدلت شروط الاستفادة من الحقوق والمزايا بين المساهمين لمصلحتها فقط، وهو ما يعرض قرارها للإبطال بدعوى تعسف الأغلبية، رغم أن هذا القرار لا يبدو أنه يعرض المصلحة الجماعية للخطر.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه، إلى القول بشرط مخالفة المصلحة الجماعية كشرط وحيد وكاف لتحقيق تعسف الأغلبية،³ وقد كان الأستاذ René Vidal من أوائل المدافعين على هذا الطرح، حيث انطلق من فكرة أن حق التصويت هو وظيفة يقوم بها المساهم من أجل تحقيق مصلحة عليا، وسواء توافقت هذه المصلحة مع مصالحه الخاصة أم تعارضت معها، فإنه يتعين دوما ترجيح المصلحة الجماعية العليا،⁴ ما يعني أن المساس بحقوق بعض المساهمين أو خرق المساواة بينهم، لا يعيب القرار الصادر عن الأغلبية متى كان موافق للمصلحة الجماعية.

وفي نفس الإطار توصل الدكتور وجدي سلمان حاطوم بعد أن استعرض مجموعة من الاحتمالات التي قد تتصل بقرارات الأغلبية، إلى أن تقريبا كل الحالات التي نشهد فيها تعسف من جانب الأغلبية، إنما كان العنصر الحاسم في ذلك هو المساس بالمصلحة الجماعية، وأن خرق المساواة بين المساهمين ليس إلا سببا إضافيا يدعم الشرط الأول إن توافر معه، دون أن يفقده أهميته وكفايته إن لم يتحقق معه،⁵ فخرق المساواة بالنسبة له لا وزن له في تأسيس دعوى تعسف الأغلبية ما لم يقترن بعنصر المساس بالمصلحة الجماعية.

¹ سبق تفصيل آلية حصول المساهم على حق تصويت مزدوج في القانون الفرنسي، راجع ص 182

² Yves Guyon, droit des affaires, op-cit, p319.

³ أنظر، وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 390 وما بعدها.

⁴ Renée Vidal, « le caractère social du droit de vote », journal des sociétés, n°7, Juil 1929, p 404 et S.

⁵ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 414 وما بعدها.

بل أكثر من ذلك فإنه يذهب إلى أن عدم المساواة بين المساهمين يكون مندوبا له إذا كانت مصلحة الشركة تقتضي ذلك، وأن انتهاك حقوق بعض المساهمين يكون مشروعاً ومبرراً حينها.¹

وتأكيداً في نفس السياق، من أن المصلحة الجماعية تبقى في كل الأحوال عنصراً رئيسياً مهما كان الخلاف حول مدى تأثيرها في وسم القرار بالتعسفي، أن الأمر لا يتعلق فقط بالقرارات الإيجابية التي تصدر عن الأغلبية، بل كذلك حالات تجاهل الأغلبية إصدار قرار ترى فيه الأقلية أنه يخدم المصلحة الجماعية، وهنا فالحكم بوجود قرار تعسفي من جانب الأغلبية يخالف المصلحة الجماعية شيء، والحكم بعدم صدور قرار بشكل يخالف المصلحة الجماعية شيء آخر.²

ففي الوضع الأول: فتعسف الأغلبية (الإيجابي) أي صدور قرار يخالف المصلحة الجماعية، فيكون تقدير ذلك لاحق لصدور القرار، وهذا أمر متاح بالنظر إلى إمكانية بحث آثار هذا القرار على المصلحة الجماعية، أما الحالة الثانية (تعسف الأغلبية السلبي)، فعلى المحكمة ليس فقط أن تحلل الوضعية التي تترتب على غياب هذا القرار، بل أكثر من ذلك أن تقدر بشكل قبلي ما إذا كان القرار الذي كان يتعين اتخاذه ولم يُتخذ، من شأنه أن يربط أثراً إيجابياً، وأن تبرهن أن هذا القرار هو الوحيد الذي يحقق المصلحة الجماعية،³ ومن أجل اتخاذ المحكمة لهذا الحكم، فإنه يتعين عليها أن تأخذ مكان المساهمين، وهو ما لا يمكن تحقيقه لسببين أساسيين: أن المحكمة ليست مؤهلة لتسيير الشركة، وأن المصلحة الجماعية التي يتعين تحقيقها حسب محكمة النقض الفرنسية، تكون متميزة عن المصالح الخاصة للمساهمين، وهنا يتساءل الأستاذ Schmidt كيف للمحكمة أن تفرض على المساهمين قراراً يحقق مصلحة غير مصلحتهم؟⁴ وقد أكدت من قبل أن القاضي لا يمكنه أن يحل محل أجهزة الشركة المختصة بصفة قانونية،⁵ وبالتالي فهذا التحليل يصب في خانة أن تعسف الأغلبية هو أبعد ما يكون من القرارات السلبية، أو تحديداً ما كان يتعين على الأغلبية اتخاذه ولم تتخذه.

¹ نفس المرجع، ص 398.

² Dominique Schmidt, les conflits d'intérêts, op-cit, p381.

³ Ibid, p382.

⁴ Ibid, p382.

⁵ Cass.Com, 09 Mars 1993, Bull Joly, 1993, p547, : « le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents »

فرقابة القاضي على مشروعية قرارات الأغلبية لا يجب أن تستند إلى محددات اقتصادية أو فنية أو تجارية، بمعنى أن تدخل القاضي لا يجب أن ينصب على تقدير النجاعة الاقتصادية للقرار محل الطعن، بل بمدى توافق هذا القرار مع المصلحة الجماعية.¹

كما يجب التنويه كذلك أن القاضي ليس من صلاحياته بسط الرقابة حينما يتعلق الأمر بقرار لا يحقق المصلحة الجماعية،* مادام أن هذا القرار لا يتعارض مع المصلحة الجماعية، والفرق بين الحالتين بيّن وجلي، فعدم تحقيق مصلحة جماعية لا يعني بالضرورة مخالفة المصلحة الجماعية أو الإضرار بها.²

وإذا ما أردنا تفسير هذه الوضعية فإننا ننتقل من القرارات ذات النفع الاقتصادي والتي تحقق المصلحة الجماعية فتعتبر صحيحة (متى استوفت باقي شروط الصحة)، ولو تباينت من حيث تقدير قيمة النفع الذي تعود به على المصلحة الجماعية، بل أكثر من ذلك فهي تعتبر صحيحة ولو لم تكن ذات جدوى اقتصادية أي لا تحقق أي نتائج ايجابية، ما دامت لا تؤدي في النهاية إلى المساس بالمصلحة الجماعية أو مخالفتها³، فالقاضي إن كان يملك حق الرقابة وحماية الحقوق والمصالح فإنه بالمقابل لا يملك أن يقرر ما هو جيد للشركة وما هو غير ذلك.⁴

وإذا كان كلا من الإتجاهين السابق عرضهما قد أخذ بأحد شرطي التعسف، إما خرق المساواة بين المساهمين، أو المساس بالمصلحة الجماعية، مستندا إلى تبريراته الخاصة والأحكام القضائية أحيانا، فإن ما يراه أغلب الفقه⁵ وما تواترت عليه أحكام القضاء،⁶ هو أن تستجمع دعوى تعسف الأغلبية شرطي خرق المساواة ومخالفة المصلحة الجماعية معا، وفي هذا الخصوص يرى البعض،⁷ أن قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 أبريل 1961 لا يلفه الغموض، فالتصرفات المخالفة للمصلحة الجماعية لا تشكل

¹ أنظر، وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 132.

* أي لا ينطوي على أن نفع أو عوائد مالية للشركة وللمساهمين.

² Alain viandier, observations sur les conventions de vote, JCP.E., 1986, p179, cité par Pierre Mousseron, op-cit, p43.

³ Cass. Com, 06.02.1997, rev.soc, 1997, p146

⁴ Marie Danielle-poisson, th-précité, p199.

⁵ Michel Bode, le groupe international de société, édition scientifiques internationales, Bern 2010, p 130 ; Yves Guyon, droit des affaires, op-cit, p498 ; G Ripert R Roblot, n°1221, renée Kadouch, th-précité, p74.

⁶ Cass.Com, 8 Jan 1973, Bull Civ, IV, N°13, cass.Com, 07 Juin 1980, Rev Soc 1981, p315

⁷ Raphaël contin, op-cit, p465.

بذاتها تعسفا من جانب الأغلبية ولا التصرفات التي تهدم المساواة بين المساهمين تحقق ذلك، فشرط تعسف الأغلبية ليست تناوبيه بل تراكمية،¹ أي يجب توفر كلا الشرطين لتكون أمام تعسف الأغلبية.

ومن جهتنا نرجح ما ذهب إليه أغلب الفقه، ونرى أن تعسف الأغلبية مرتبط بالشرطين معا، مخالفة المصلحة الجماعية وخرق المساواة بين المساهمين، أولا لأن محكمة النقض استعملت حرف الربط (et) والذي يفيد الربط والمعية، ثانيا لأن تراكم الشرطين معا من شأنه أن يقيم بعض التوازن بين سلطة الأغلبية في التقرير، وسلطة الأقلية في الاعتراض.

فوجود الشرطين معا يجبر الأغلبية أن تحترم إرادة الأقلية عند اتخاذها للقرارات، كأن تتحرى في ذلك عدم المساس بحقوقها، مع مراعاة أن لا يخالف القرار المصلحة الجماعية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يضمن هذا التراكم للشرطين جدية الأقلية المعترضة عندما تطعن في قرار الأغلبية، وهذا لتفادي ظهور الأقلية المعطلة لنشاط الشركة، بحيث نكون قد تجنبنا تعسف الأغلبية لنقع في تعسف الأقلية.

صحيح انه وكما مر بنا، أن الاكتفاء بشرط خرق المساواة بين المساهمين كان كافيا لتقرير التعسف في حالات معينة، وأن الاكتفاء بشرط مخالفة المصلحة الجماعية بدوره كان كافيا في حالات أخرى، فدعاة كل اتجاه في الحقيقة يحملون جانبا من الصحة، لكنه غير كاف لاحتواء كل حالات التعسف من جانب الأغلبية، لذلك يتعين جمع الشرطين معا للتحقق من وجود تعسف الأغلبية.²

ثالثا: جزاء تعسف الأغلبية

متى لم تراعي الأغلبية في قراراتها الشروط السالف ذكرها، سقطت عنها قرينة تعبيرها عن المصلحة الجماعية،³ وأصبح مبدأ الأغلبية بمثابة وهم الإرادة الجماعية،⁴ وبالتالي فكل القرارات الصادرة عنها سئجاب المشروعية وتحيد عن الهدف الأساسي الذي يفترض ويجب على الأغلبية السعي لتحقيقه، ولا يكون أمام القضاء سوى الحكم ببطان تلك القرارات، وهذا البطلان وبخلاف باقي حالات بطلان قرارات الأغلبية الناتجة عن عيوب شكلية والتي يمكن تداركها أو تصحيحها، فإن البطلان الناشئ عن تعسف الأغلبية لا يقبل التصحيح، والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر أي نص خاص ببطان المداوات لتعسف الأغلبية متبعا في ذلك نهج المشرع الفرنسي، والنص المرجعي الذي يمكن

¹ Isabel Urbain, les comptes courants d'associés, LGDJ, 1986, p207.

² Yves Guyon, droit des affaires ; op-cit, p499.

³ Monique Aimée Mouthieu, op-cit, p48.

⁴ F. Terre, art-précité, p20.

الاستناد إليه في تأسيس دعوى البطلان لتعسف الأغلبية، والبطلان عموما في مجال الشركات هو المادة 733 ت ج، والتي تقضي بأنه: " لا يحصل بطلان العقود أو المداولات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو من القوانين التي تسري على العقود".

وفي ذلك ذهب العديد من أحكام القضاء الفرنسي،¹ إلى أن مخالفة نص المادة 1832² مدني فرنسي - تقابلها المادة 416 مدني جزائري- هو من النصوص الملزمة والتي أشارت إليها المادة 1-L235 تجاري فرنسي (تقابلها المادة 733 تجاري جزائري).

ولعل نص المادة 416 م ج أقرب من نص المادة 1832 م ف، في تأسيس دعوى تعسف الأغلبية، على أساس أنها تضمنت عبارة "هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة"، *de viser un objectif économique d'intérêt commun*، في حين خلا نص المادة 1832 م ف، من أي إشارة لذلك.

لذلك يرى الأستاذ D Schmidt أن التأسيس القانوني الأنسب لإبطال القرارات التعسفية التي تخالف المصلحة المشتركة للمساهمين، من بين النصوص التي أشارت إليها المادة 1-L235 ت ف، هو نص المادة 1833 مدني فرنسي والتي مقتضاها: « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »

نص آخر نرى أنه يمكن أن يؤسس لدعوى تعسف الأغلبية في القانون الجزائري، وهي المادة 432 م ج التي تقضي بأنه: " على الشريك أن يمتنع من أي نشاط يلحق ضررا بالشركة، أو يعاكس الغاية التي أنشأت من أجلها"، حتى وإن كان هذا النص وفي غياب أي اجتهاد قضائي جزائري في الموضوع، (وإن جاز لنا القياس على ما هو جاري العمل به في القضاء الفرنسي)، لا يحقق سوى شرطا واحدا من الشروط التي يتطلبها القضاء الفرنسي لقيام تعسف الأغلبية، وهو شرط مخالفة المصلحة الجماعية، والذي عبّر عنه المشرع الجزائري ب: يلحق ضررا بالشركة، أو يعاكس الغاية التي أنشأت من أجلها، وهو لا

¹ Cass.Com, 18 Avril 1961, précité, Cass.Com, 30 Mai 1980, Bull IV, n°223, Cass.Com, 22 Janvier 1991, Cass.Com, 04 Mars 1993, Bull, Joly 1993, cité par Dominique Schmidt, les conflits, p350.

² Art 1832 c c f : « 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 ».

يشير إطلاقاً لشرط الإخلال بالمساواة بين المساهمين، وفكرة الضرر الذي يلحق الشركة هنا هي فكرة عامة، إذ أنها تحوي في مدلولها مصلحة الشركة كما هو معبر عنها بالنص، وكذا مصلحة المساهمين بالتبعية لذلك، وبالتالي فخرق المصلحة الجماعية أمر محقق متى ما ترتب عن قرار الأغلبية ضرر للشركة.

ومتى قضى ببطان قرار الأغلبية الموسوم بالتعسف، أعيدت الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدوره، وبالتبعية لذلك تبطل كل التصرفات والعقود التي تمت تنفيذاً له، لكن التساؤل الذي طرح كثيراً هنا، هو إلى مدى تمتد سلطة القاضي في إلغاء القرار التعسفي للأغلبية؟

فإذا كان قرار الأغلبية يقضي مثلاً بعدم توزيع الأرباح، فهل الحكم بإبطاله يخص فقط بطلان القرار وآثاره المباشرة (عدم توزيع الأرباح)، أم أن الحكم القاضي بالبطلان يتضمن تلقائياً اعتماد القرار العكسي، وهو توزيع الأرباح؟ وبعبارة أخرى هل يملك القاضي سلطة التقرير مكان الأغلبية بعدما يلغي قرارها التعسفي؟

وإذا كان بعض القضاء الفرنسي قد اعتمد الحل الثاني، الذي يسمح للقاضي بأن يفرض القرار الذي رفضت الأغلبية اتخاذه، أي بعد إبطال قرار ترحيل الأرباح، يأمر القاضي بتوزيعها على المساهمين¹، تأسيساً على أن القاضي إذا كان يمتلك حق تقدير المصلحة الجماعية عند البحث عن تعسف الأغلبية، فلما حرمانه من فرض قرار يراه مطابقاً للمصلحة الجماعية، كما أن هناك بعض الأحكام التي ثبت من خلالها وجود تعسف للأقلية، قد فرضت قراراً لم يتم المصادقة عليه لعدم اكتمال الأغلبية الموصوفة²، بعد امتناع الأقلية عن التصويت.

لكن الأستاذ D Schmidt له رأي مخالف تماماً³، وهو أقرب فيه للصواب في اعتقادنا، إذ يرى أن الحل الذي اعتمده القضاء المذكور آنفاً غير مقبول، أولاً لأن القاضي لا يشارك في مداوات المساهمين ولا يصوت، والإرادة الجماعية هي فقط ما يصدر عن تلك المداولة، وثانياً أن مجال تقدير المصلحة الجماعية بالنسبة للقاضي محدود بتقرير جزاء التعسف، ولا يمتد إلى تسيير الشركة.

¹ C.A, Paris, 3^{ème} ch. B .26 Mars 1986, RJ com. 1986, p332, note, J J Daigre.

² C.A Besançon, 05 Juin 1957, précité

³ Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt, op-cit, p352.

وأخيرا أن الأحكام السابق ذكرها لم تعد عملية بعد قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 مارس 1993¹ الذي قضت فيه بوضوح بأنه: "

« attendu que pour sanctionner l'abus de minorité, la cour d'appel a décidé que son arrêt valait adoption de la résolution tendant à l'augmentation de capital demandée, laquelle n'avait pas été votée faute de majorité qualifiée ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents... la cour d'appel a violé les textes susvisés »

ولئن كان هذا القرار من المحكمة النقض الفرنسية مبررًا في تقديرنا، من جانب أنها أرادت أن تبين حدود تدخل القاضي، بالتمييز بين مسائل القانون التي هي المجال الطبيعي لرقابة القضاء، وبين المسائل الاقتصادية والمالية التي ترتبط بالحقوق الخاصة للشركاء والتي لا يملك القاضي تقديرها نيابة عنهم، فإن الموقف السابق للأستاذ Schmidt لا يخرج عن إطار توجهه المتطرف نوعا ما للفكرة التعاقدية في تفسير الشركة، ورؤيته للمصلحة الجماعية بأنها المصلحة المشتركة للمساهمين، فهو يرى "أن الأمر لا يستقيم أن نبحث في الشركة عن مصلحة جماعية خارجة عن مصلحة الشركاء"²، وإذ نذكر هذا الموقف للأستاذ Schmidt فليس من باب التقييم أو النقد لهذا الرأي، إذ يبقى رأيا مؤسسا إلى حد بعيد، بل فقط للتذكير بأن هذا التوجه الفقهي يقابله توجه آخر معاكس تماما، يرى في المصلحة الجماعية مصلحة المشروع ككل، وأن هناك أطرافا أخرى (الأجراء، الدائنون...) يتعين أخذهم بعين الاعتبار عند تقدير المصلحة الجماعية.

وفي غياب النص الصريح، أو على الأقل عدم وجود اتفاق حول تفسير النصوص الموجودة، وبما أن المسألة كلها هي نتاج الاجتهاد القضائي والفقهي، فإنه يصعب كثيرا التحيز بشكل تام لموقف ما.

وإن كنا نرى في قضاء محكمة النقض سالف الذكر³، والموقف الفقهي الذي يتزعمه الأستاذ Schmidt جانب كبير من العقلانية والواقعية، فإنه من باب الموازنة، وتأسيسا على الفكرة المقابلة لذلك، والتي يرى أصحابها أن المصلحة الجماعية هي مصلحة المشروع الاقتصادي ككل، وأنه يتعين تقصيصها لدى كل الأطراف ذوي العلاقة مع هذا المشروع، فإن بعض التحفظات يمكن إبداءها على الموقف الأول:

¹ Cass.Com, 09 Mars 1993, Bull. Iv. N°101, 1993, n°323, cité par Dominique Schmidt, p352.

² Dominique Schmidt, les droits de la minorité, op-cit, p58.

³ Cass.Com, 09 Mars 1993, précité.

فالقاضي لم يتصل بالقرار المتنازع فيه، إلا بعد نشوء تعارض في المصالح بين الأغلبية صاحبة القرار والأقلية المعارضة عليه، وسيكون من الصعب جدا على الأغلبية أن تبادر من تلقاء نفسها إلى المصادقة على قرار عكسي للقرار الذي سبق لها وأصدرته ثم أبطل بدعوى التعسف، ورغم أن المحكمة التجارية لباريس حاولت الدفع في هذا الاتجاه حينما ألزمت بعقد اجتماع جديد للجمعية العامة للتداول على نفس جدول الأعمال،¹ ومع ذلك، ما الضامن أن لا تتمسك الأغلبية بقرارها الأول.²

وإذا كان البطلان يلحق القرارات التعسفية وكذا التصرفات الناشئة عنها في إطار العلاقة بين المساهمين داخل الشركة، فإن البطلان لن يكون ممكنا أو على الأقل لن يكون كافيا، إذا تعلق الأمر بمداولة رتبت حقوقا للغير حسن النية، كحالات الاندماج بين الشركات أو التعاقد مع الغير، أين يصطدم الأثر المترتب على بطلان قرار الأغلبية بالحقوق المكتسبة من الغير حسن النية.

ونظرا لأن البطلان عادة ما يرتب نتائج قاسية في مجال الشركات³ لذلك يكون اللجوء للجزاء الأخرى ونخص بالذكر التعويض، من الجزاءات الهامة في جبر الضرر الحاصل للأقلية والذي قد لا يحققه البطلان،⁴ إذ تلزم الأغلبية بتعويض الأقلية عما ألحقه بها القرار التعسفي⁵، ورأى البعض أن جمع البطلان مع التعويض سيكون أفضل طريقة لتصحيح الوضع⁶، وهذا الموقف وإن كان ينطلق من الأحكام العامة للبطلان التي يقترن بها التعويض عند الاقتضاء، وتشكل حقيقة أفضل السبل لجبر الضرر الحاصل للأقلية، لكن مع ذلك فإنها تبقى من الجزاءات بعيدة التطبيق في هذا المجال، لذلك يرى آخرون أن الحماية الكلاسيكية التي تقررها أحكام المسؤولية المدنية ضد تعسف الأغلبية تبقى تافهة وبخسة *Dérisoires*⁷ مقارنة بالآثار السلبية للقرار التعسفي على الأقلية وعلى الشركة من جهة، والمكاسب التي تكون الأغلبية قد حققتها نتيجة ذلك القرار من جهة أخرى، في حين ذهب رأي آخر إلى أن الوضع الذي تؤول إليه العلاقات بين مساهمي الأغلبية ومساهمي الأقلية من تدهور وتأجج نتيجة الجزاءات التي تعرضت لها الأغلبية، وإبطال القرار الذي اتخذته، وهذا ما قد يدفع الأغلبية إلى اتخاذ قرار تعسفي آخر،

¹ Trib.Com, Paris, 12 Fev 1991, Bull Joly, 1991, p592.

² Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt, op-cit, p353.

³ Yves Guyon, droit des affaires, op-cit, p497

⁴ Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt, op-cit, p354.

⁵ مع أن هذه النقطة أسالت الكثير من الحبر حول من يعوض من؟ وكيف نتأكد من مساهمي الأغلبية إذا كان التصويت تم بطريقة الاقتراع السري وغيرها من المسائل الشائكة التي لم نشأ تفصيلها لعدم ارتباطها مباشرة بالموضوع.

⁶ J.I, Rives-langue, « l'abus de majorité », RJ.Com, 1991, p72, cité par D Schmidt, les conflits d'intérêt, p354.

⁷ Monique A. Mouthieu, op-cit, p 49.

لذلك سيكون حسب هذا الرأي أن الوكيل القضائي المعين للتصويت بدل الأغلبية، هو الحل الأمثل لإزالة الشقاق بين فريقَي الأقلية والأغلبية.¹

وقد أشار البعض في معرض طرح الحلول البديلة في الموضوع، إلى أن الجزء الملائم لمواجهة تعسف الأغلبية متى كانت هذه الأخيرة ساحقة ومضطهدة للأقلية، قد يكون هو الانسحاب تماما من الشركة.²

الفرع الثالث: الأقلية المعطلة لقرارات الأغلبية - تعسف الأقلية

إذا كانت الأغلبية على ما سبق بسطه، قد تهدم بنفسها سلطتها وتفقد قراراتها الشرعية التي تستند عليها عند التقرير، وذلك عندما تحيد عن الهدف المفترض فيها تحقيقه، بما يجعلها تحت أحكام التعسف الذي ينتهي بإلغاء قراراتها، فإن هناك عيبا آخر أساسه التعسف كذلك، لكن ليس من جانب الأغلبية، بل من الجماعة المقابلة لها وهي الأقلية، بحيث تتحول هذه الأخيرة من جماعة صغيرة خاضعة لإرادة الأغلبية إلى جماعة ذات سلطة وتأثير في عملية اتخاذ القرار، لا توازي سلطة الأغلبية فقط، بل تتجاوزها بتعطيل صلاحية هذه الأخيرة في إصدار القرارات، وهي ما تعرف بالأقلية المعرقلة أو المعطلة، أو تحت مسمى تعسف الأقلية، ومن هذا المنظور ستكون معالجة عيب تعسف الأقلية من خلال استعراض هذا المفهوم (أولا)، ثم لتأثير هذا الأخير على قرارات الأغلبية (ثانيا)، مكتفين بهذا الحد فقط ودون التطرق لجزء تعسف الأقلية، لأن إثارة هذا العيب في هذا الموضوع لم يكن إلا من باب استعراض حالات قصور سلطة الأغلبية من جهة، ولارتباطه بفكرة التعسف في الشركات التجارية من جهة أخرى.

أولا: مفهوم الأقلية في الشركة

ورد في معجم المعاني الجامع بأن لفظ الأقلية: هو خلاف الأكثرية، وأن الأقلية البرلمانية: (السياسة) هي جماعة أو حزب لا يملك أكثرية الأصوات في البرلمان، كما ورد في قاموس المعجم الوسيط بأن الأقلية: هي خلاف الأكثرية، وجمعها أقليات، وحصص الأقلية: هي حصص صغار المساهمين في شركة تابعة لا تملك الشركة القابضة جميع أسهمها، ولا تزيد حصة الأقلية عن 50 % من أسهم الشركة التي لها حق التصويت.

¹ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 429/428

² Voir : P. Le doux, op-cit, p 280.

أما في قانون الشركات فيمكن القول أن الأقلية هي جماعة المساهمين الذين لا يملكون سلطة التقرير لضعف نسبة مساهمتهم أو أصواتهم بالمقارنة بجماعة الأغلبية.

والظاهر أن لفظ الأقلية متفرد في معناه، فلا يُعبر به سوى عن الكَم، لذلك فالاستخدام اللغوي والاصطلاحي له متداخلان.

ولا يجب أن يُفهم من الأقلية فقط تلك النسبة الضئيلة أو التافهة من الأسهم، والتي يمتلكها مساهم أو جماعة قليلة من المساهمين، فالأمر وإن كان يتعلق حقيقةً بالقلّة العددية أو الحسابية للأسهم أو حقوق التصويت، فهو لا يعني بالضرورة تلك النسب الصغيرة جدا، إذ قد تتّوّل نسبة الأقلية إلى مستوى معتبر من رأس المال أو حقوق التصويت (دون أن يصل إلى حد امتلاك سلطة التقرير)، فالأقلية إذن هي الجماعة من المساهمين الذين لا يحوزون أسهما أو حقوق تصويت تسمح لهم بتشكيل الأغلبية التي لها حق التقرير، أو بمفهوم المخالفة فالأقلية هي الجماعة التي صوتت ضد القرار المصادق عليه من الأغلبية.

فمبدئيا كل مساهم أو جماعة مساهمين يحوزون أقل من 50% من رأس المال أو حقوق التصويت، هي أقلية بالمقارنة بالجماعة التي تمتلك الجزء المتبقي (الأكثر) من الأسهم أو حقوق التصويت، أي جماعة الأغلبية.

ومن هنا فالأقلية المعتادة قد تتقلب أغلبية لها سلطة التقرير في بعض الأحيان، وذلك عند تغيب باقي المساهمين لا سيما الأغلبية المعتادة،¹ فالأقلية بدورها ليست مفهوما ثابتا، إذ لا يمكن أن توسم نفس الجماعة بأنها هي الأقلية بشكل مطلق ودائم، فالأقلية كصفة لا تلحق المساهم أو جماعة المساهمين إلا ماداموا خارج الجماعة التي صادقت على القرار، أي جماعة الأغلبية.

ثانيا: تأثير الأقلية على قرارات الأغلبية

إذا كانت الأقلية لا تمتلك سلطة اتخاذ القرار بالشكل الايجابي، أي سلطة إصدار القرار، فإنها المقابل تمتلك سلطة الاعتراض على إصدار تلك القرارات، ويتعدد الشكل الذي تمارس به الأقلية سلطتها ضد إرادة الأغلبية، فإضافة إلى ما سبق تفصيله بخصوص حق الاحتكام للقضاء من أجل إبطال قرارات الأغلبية الموسومة بالتعسف، إذ تكون الأقلية في صورة الطرف الضعيف الذي يتعين حمايته قضائيا،

¹ E Gaillard, op-cit, p 146

فإنها قد تأخذ كذلك مركز القوة الذي يُمكنها من فرض إرادتها على الأغلبية، وذلك عندما تمارس سلطتها التصويتية في الشركة، والتي قد تؤدي بالنهاية إلى تعطيل صدور، وتعرف حينها بالأقلية المعطلة Minorité de blocage وذلك في صورتين، إما الاعتراض على صدور هذا القرار بالتصويت ضده، ونكون فيها أمام حالة الاعتراض الايجابي، أو امتناعها أساسا عن الحضور والتصويت رغبة في تعطيل صدور القرار، ونكون أمام الاعتراض السلبي،¹ وفي كلتا الحالتين فإن الأقلية قد استخدمت قوتها التصويتية بشكل مباشر أو غير مباشر لمنع إصدار القرار، فيكون حق التصويت هو الأداة المستخدمة في ذلك، وتكون الأقلية قد مارست سلطتها ضد إرادة الأغلبية.*

فلو افترضنا أن جماعة الأغلبية تمثل 70% من رأس مال الشركة والأقلية تمثل 30% وكان نظام الشركة يشترط صدور القرار بأغلبية 3/4 رأس مال، فإن الأقلية إن عارضت صدور القرار أو لم تحضر الاجتماع، تكون قد فرضت منطقتها وأفردت جماعة الأغلبية من قوتها، وحرمتها من سلطة اتخاذ القرار، وهذا ما يشكل اختلالا في موازين القوى وخروجا على الوضع العام الذي ينيط بالأغلبية سلطة التقرير.

لكن لا يمكن أن نغفل أن هذا الاعتراض من الأقلية وتعطيل صدور قرار الأغلبية، لا يشكل بالضرورة عيبا بالنسبة لها يتعين تصحيحه، فقد تكون الأقلية محقة في اعتراضها ويكون موقفها مشروعاً بعد تقدير القضاء لذلك.

أما إذا كانت الأقلية تستهدف عند ممارسة حقها في التصويت مصلحة خارجة عن المصلحة المشتركة، فإن تدخلها هذا يجب أن يعاقب بسبب إساءة استخدامها للسلطة تماما مثل تصرف الأغلبية أو القائم بالإدارة عند بحثهم عن منافع خاصة،² وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها، حينما قضت بأن رفض أحد مساهمي الأقلية التصويت على زيادة في رأس المال قد يشكل تعسفا من الأقلية في حالة ما إذا كانت هذه الزيادة ضرورية لاستمرار الشركة.³

¹ وجدي سلمان حاطوم، مرجع سابق، ص 454.

* وهذه الوضعية تعكس الوظيفة التشاركية والتعاقدية من جانب الأقلية والتدخل في إدارة الشركة وتشكل بذلك قوة مضادة في وجه الأغلبية ومكملة لها في نفس الوقت.

² Dominique Schmidt, les droits de la minorité, op-cit, p11.

³ Cass.Com, 27 Mai 1997, BRADA, 11-1997, p04.

لذلك يرى البعض أن تعسف الأقلية وتعسف الأغلبية هما وجهان لظاهرة التعسف في استعمال حق التصويت، ومادام أن كلاهما مشكل من نفس العناصر، فلهما أساس واحد وهو خرق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،¹ وكان ذلك تأسيساً على الحكم الشهير لمحكمة استئناف Besançon بتاريخ 05 جوان 1957، الذي رأته فيه أن اعتراض المساهم المدير على زيادة رأس مال الشركة بإضافة الاحتياطي، هو قرار من شأنه الإضرار بأصحاب الحصص، واعتبرته تبعاً لذلك تعسفياً.²

لكن هناك جانب واسع من الفقه لم يساير هذا الطرح الذي يجعل من تعسف الأقلية مجرد ملحق أو امتداد لتعسف الأغلبية، على أساس أن عناصر فرض الرقابة القضائية على السلطة في الشركة تختلف بين تصرفات الأغلبية وتصرفات الأقلية،³ وأهمها أنه يكفي إثبات أن فريق الأقلية لم يكن يستهدف سوى الإضرار بالأغلبية⁴ "il suffit d'établir que le minoritaire n'avait pour objectif que de nuire aux majoritaires" وأن مفهومي تعسف الأقلية وتعسف الأغلبية وإن كان متقاربين، لكن الأكد أنهما ليسا متماثلين.⁵

فتعسف الأغلبية إن كان يأخذ في شكله العام صورة القرار الذي يصدر عن الأغلبية بشكل يخرق المساواة بين المساهمين ويخالف المصلحة الجماعية، فإن تعسف الأقلية يأخذ أشكالاً مختلفة ويؤسس على تصرفات إيجابية وأخرى سلبية، سواء تعلق الأمر باستخدام حق التصويت أو باستخدام حق الإعلام أو المقاطعة Boycottage.^{6,7}

وفي نفس السياق حاول البعض الذهاب بعيداً في تمييز تعسف الأقلية، انطلاقاً من الفصل بين التصرفات القانونية والتصرفات المادية،⁸ واعتبار تصرفات الأقلية المعرّقة لصدور لقرارات الأغلبية من

¹ Renée Kadouch, th-précité, p95.

² C.A Besançon, 05 Juin 1957, D, 1957, p605.

³ E. Gaillard, op-cit, p145.

⁴ P. le doux, op-cit, p179.

⁵ Ibid, p180.

⁶ E. Gaillard, op-cit, p146.

⁷ وبصفة عامة يبقى الحضور بالجمعية العامة أهم ما يميز مساهمي الأقلية عن المساهمين السلبيين، أنظر في ذلك علي فوزي الموسوي، " حماية الأقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي"، كلية القانون بغداد، ب س ن،

ب د ن، ص 105

⁸ E Gaillard, op-cit, p 146.

قبيل التصرفات المزعجة أو المشوشة لسلطة الأغلبية¹ le harcèlement de la majorité والتي لا ترقى لتكون من قبيل تعسف الأقلية.

وهذا ما دفع البعض إلى الاعتراف بأن تعسف الأقلية هو مفهوم معقد، إذ يمكن أن يجد أساسه في مختلف المفاهيم العامة، كالتعسف في استعمال الحق، الانحراف بالسلطة، وحسن النية، الإخلال بالمساواة، ولا يمكن اختزاله بحال بمفهوم واحد من هذه المفاهيم،² والحقيقة أن هذا الموقف وإن كان له ما يبرره، من حيث عدم وجود إطار قانوني يضبط هذا المفهوم، ومن حيث حداثة هذا المفهوم بالنسبة للقضاء مقارنة بتعسف الأغلبية، لكن أن يُقرن تعسف الأقلية بكل هذه المفاهيم، فهذا ما لا نرى داعٍ له، لأن تعسف الأقلية هنا، نشأ ملازم لخصوصية شركة المساهمة، وهو يرتبط بشكل أو بآخر بحق التصويت الذي يمارسه المساهمون، فتعسف الأقلية هو في الحقيقة تعسفٌ في ممارسة حق التصويت، إما بشكل إيجابي بالتصويت ضد القرار، أو بشكل سلبي بالامتناع عن المشاركة في جلسة التصويت أساساً، وكل شكل آخر يمكن تصوره لتعسف الأقلية، لن يكون إلا مُتضمناً في أحد الشكلين السابقين، لهذا وجب أن يُتناول من هذه الزاوية فقط، لتتشكل له بذلك خصوصيته المستمدة من خصوصية شركة المساهمة.

وعلى هذا فلن نسترسل كثيراً في هذه التفسيرات والخلافات الفقهية الناشئة أساساً عن غياب النص القانوني وتباين مواقف القضاء، لأنه وفي كل الأحوال ومهما كان أساس التعسف بالنسبة للأقلية، فإنه يبقى تصرفاً خاضعاً لتقدير القضاء، تأسيساً على مدى مطابقته للمصلحة الجماعية، ومن جهة أخرى فإن هذا الخلاف لا يغير من حقيقة النتيجة المترتبة عن تلك التصرفات - بغض النظر عن شرعيتها-، وهي أن الأقلية تقف وبنّدية أمام الأغلبية، وهي إن لم تستولي على سلطة التقرير مكان الأغلبية، إلا أنها قد تعطل ممارسة تلك السلطة، وتهدم مبدأ الأغلبية الذي تقوم عليه عملية اتخاذ القرار في شركة المساهمة، وهذا ما يشكل بالنسبة لموضوعنا حالة من حالات تراجع سلطة رأس المال.

¹ P le doux, op-cit, p 180 ; pascal ETIAN, « la notion de harcèlement Moral en droit », droit 21,2001, p 09

² BOIZARD M, « L'abus de minorité », Rev soc, 1988, p. 367

المطلب الثاني: الحدود القانونية لسلطة الأغلبية

سبق التقديم أن الجمعية العامة هي الجهاز السيادي في الشركة، وهي صاحبة الكلمة الأخيرة عند اتخاذ القرارات التي تخص نشاط ومصير الشركة، كما سبق التأكيد على أن نظام اتخاذ القرارات بالجمعية العامة يحكمه قانون الأغلبية، وهذه الأخيرة ليست قاعدة جوازية وليست متروكة لتقدير المساهمين من حيث اعتمادها أو عدم اعتمادها، أو تعديل أحكامها بكل حرية خارج ما يسمح به القانون، بل هي قاعدة من النظام العام ضبط المشرع أبعادها وأحكامها، وبذلك خلصنا إلى أن مبدأ الأغلبية هو القاعدة العامة لاتخاذ القرارات في الشركة.

غير أنه واستكمالاً لسياق استعراض الأطر الاستثنائية لسلطة رأس المال، تطفو للسطح بعض القيود على سلطة الأغلبية، ومنها الرجوع لقانون الإجماع- مع ما يشكله من صعوبة وأحياناً استحالة تحقيقه خاصة بالشركات الكبيرة-، فلا تكفي الأغلبية لاتخاذ بعض القرارات المحددة قانوناً (فرع أول)، إضافة إلى أن قرارات الأغلبية تتراجع أحياناً أمام الاختصاصات القانونية لمجلس الإدارة (فرع ثان).

الفرع الأول: تراجع سلطة اتخاذ القرار بالنسبة للأغلبية

لم يعترف المشرع للأغلبية بالسيادة ولم يمنحها سلطة التقرير بالجمعيات العامة إلا لأنه افترض رجحان الصواب في قراراتها وتوسم فيها حسن التدبير، ومع ذلك فالمشرع لم يطلق سلطة الأغلبية في المسائل التي قَدَّر أن فيها مساساً بالحقوق الأساسية للمساهمين، سواء بَعَلَ يد الأغلبية تماماً أو اشتراط الإجماع في بعض القرارات (أولاً) كما عُلِّق سلطة الأغلبية في التقرير على موافقة الجمعيات الخاصة لفئات الأسهم في تقدير حقوقها (ثانياً).

أولاً: عدم قدرة الأغلبية على المساس بالحقوق الأساسية للمساهم

ما يميز سلطة المساهمين هو أنها تمارس جماعياً، وهذا في حد ذاته يمثل أول عارض أو قيد على ممارستها، فسلطة كل مساهم محدودة بسلطة باقي المساهمين¹، والجمعية العامة هي مكان التقاءهم وتفاعلهم، والإرادة الجماعية للمساهمين تتجسد في شكل قرار توافق عليه الأغلبية ويصدر باسم الجمعية العامة.

¹ Roger guesnerie, art-précité, p 03

هذا التدخل والترابط بين المساهمين كأفراد والجمعية العامة كجهاز يعبر عن إرادتهم، لا يمنع من أن الأغلبية المقررة بالجمعية العامة، لا تملك الحق في زيادة التزامات المساهمين، ولا المساس بحقوقهم الأساسية، وهذا تقييد لسلطة الأغلبية وخروج على المبدأ العام الذي يمنحها سلطة التقرير في الشركة.

وهذا التقييد يختلف في مده، فهو يتراوح بين عدم الاكتفاء بقرار الأغلبية واشتراط الإجماع في بعض القرارات، وبين الحظر المطلق لأي قرار يصدر عن الأغلبية من شأنه رفع التزامات المساهمين إلا في حدود ما يسمح به القانون.

فبالنسبة لاشتراط حصول الإجماع عند اتخاذ بعض القرارات، فالمعروف أن الأغلبية وُجدت أصلا للتخفيف من حدة قانون الإجماع الذي يصعب كثيرا الوصول إليه خاصة في الشركات الكبيرة، ولا يبرر الرجوع لقانون الإجماع إلا خطورة وأهمية القرارات التي ستصدر عن الجمعية العامة، وارتباطها بالحقوق الأساسية للمساهمين وبمصير الشركة عموما.

ومن أبرز ما يساق من أمثلة حول اشتراط الإجماع عند زيادة التزامات المساهمين، هو الزيادة في رأس مال الشركة بزيادة القيمة الاسمية للأسهم، وهذه المسألة عُرفت وتم تناولها منذ أمد في القانون الفرنسي، لكن معالجتها آنذاك، لم تكن من منطلق عدم جواز زيادة التزامات المساهمين - وإن كان هذا الهدف مقصود ومحقق بالتبعية-، بل كانت متأثرة بمبدأ سلطان الإرادة وسيطرة المفهوم العقدي على الشركة، لاسيما وجوب تعديل العقد باتفاق كل الأطراف، ولذلك كان يُنظر لزيادة رأس المال على أنها تعديل لبند جوهري في عقد الشركة، وإضافةً للالتزام جديد على عاتق الشركاء، ولذلك لا يجوز أبدا لأي أغلبية كانت أن تُعدل نظام الشركة في بنوده الجوهرية، أو أن تجبر الشركاء على أن يتعاقدوا على التزامات جديدة.¹

وبالتبعية لذلك، فالمساهمون ملزمون بالمبادئ العامة للعقود والالتزامات، والتي لا تقبل التعديل إلا برضا كامل الأطراف،² فلا يمكن لأي أغلبية أن تجبر الأقلية على رفع قيمة مساهمتها المحددة في

¹ François Malepeyre, Charles Jourdain, traité des sociétés commercial, la librairie de jurisprudence de H Tarlier, Bruxelles, 1836, p 168

² Ibid, p 168

عقد الشركة، وإلا لا يكون أمام القائمين على الشركة إلا تقديم طلب حل الشركة على أساس عدم كفاية رأس المال لتحقيق غرضها إذا كانت الزيادة لازمة، أو إلغاء قرار الزيادة من الأصل عند عدم لزومها.¹

ورغم التراجع الذي شهده المفهوم العقدي لشركة المساهمة، وتراجعت معه علة (عدم جواز تعديل عقد الشركة إلا باتفاق كل الأطراف) بالنسبة للحكم المتضمن اشتراط الإجماع عندما يتعلق الأمر بزيادة التزامات المساهمين، إلا أن هذا الحكم لم يسقط، ووجد له سنداً آخر في نصوص القانون الفرنسي وآخرها قانون 1966²، وتركزت علة اشتراط الإجماع فقط، في عدم جواز زيادة التزامات المساهمين دون موافقتهم.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أورد في هذا السياق العديد من النصوص التي تفرض الإجماع عند اتخاذ القرارات، ومنها الحكم الذي تضمنته المادة 689 ت ج، بأنه لا تقرر زيادة رأس المال بإضافة القيمة الاسمية للأسهم إلا بقبول المساهمين بالإجماع، ما عدا إذا تحقق ذلك بإلحاق الاحتياط أو الأرباح أو علاوات الإصدار".

فبالرغم من أن زيادة رأس المال غالبا ما تعود بالفائدة على الشركة، إلا أن المشرع علق زيادة رأس المال بهذا الشكل (زيادة القيمة الاسمية للأسهم) على قبول كافة المساهمين، لاقتترانه بأعباء إضافية لا يمكن فرضها قسرا على المساهمين.

حالة أخرى يتجاوز فيها القانون سلطة الأغلبية ويتطلب الإجماع لصحتها، وهي المتعلقة بتحويل شركة المساهمة إلى شكل آخر، وفي هذا نصت المادة 715 مكرر 17 ت ج على أنه: "يتطلب التحويل إلى شركة تضامن موافقة كل الشركاء، ويتقرر التحويل إلى شركة توصية بسيطة أو شركة مساهمة حسب الشروط المنصوص عليها لتعديل القانون الأساسي، وبموافقة كل الشركاء الذين يقبلوا أن يصبحوا شركاء متضامين".

¹ François Malepeyre, op-cit, p 169

² L 225-130 c f : « L'augmentation de capital par majoration du montant nominal des titres de capital, en dehors des cas prévus à l'alinéa précédent, n'est décidée qu'avec le consentement unanime des actionnaires »

والعلة واضحة في ذلك، وهو أنه من شأن هذا التحول أن يجعل من المساهمين مسؤولين عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة وتضامنية في أموالهم الخاصة، بعد أن كانت مسؤولياتهم محدودة¹ في ذلك بقدر نسبة مساهمتهم في رأس المال.

أما بالنسبة للقرارات المحضور تماما على الأغلبية اتخاذها، فهي تتعلق بتعديل الحقوق الأساسية للمساهم أو المساس* بها، لأنها حقوق يستمدّها من صفته كشريك، مثل الحق في الأرباح وحق المشاركة في إدارة الشركة وحقه في الإعلام وحق التصويت والحضور بالجمعيات العامة والحق في عدم إقصاءه من الشركة وحرية تداول الأسهم².

وأول نص يؤسس لهذا الحضر في القانون الجزائري، هي المادة 674 بقولها: "تختص الجمعية العامة غير العادية وحدها بصلاحيات تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن، ومع ذلك لا يجوز لهذه الأخيرة أن ترفع من التزامات المساهمين"، ويمكن اعتبار هذا النص بمثابة الاستثناء العام الذي يفرض الحضر على بعض قرارات الأغلبية التي تمس بحقوق المساهمين وترفع من التزاماتهم، كونه ورد مباشرة بعد الأصل العام المتضمن اختصاص الجمعية العامة بإصدار كل القرارات بالشركة.**

ويحملنا المقام هنا على استحضار مبدأ سامي وأساسي في قانون الشركات، وهو مبدأ المساواة بين المساهمين، هذا المبدأ الذي شكّل في السابق أساساً لمبدأ آخر، هو مبدأ التناسب، وعلى الرغم من تراجع قيمة مبدأ المساواة في شركة المساهمة، بالتبعية لزيادة الاستثناءات التي لحقت أحد آثاره (مبدأ التناسب) على ما رأينا في الفصل السابق، إلا أن هناك خطوطاً حمراء تفرضها التشريعات عادةً، تطفو فيها فكرة المساواة بين المساهمين كقيد صريح على سلطة الأغلبية، بحيث لا يجوز لهذه الأخيرة بحال أن تصدر أي قرار يمكن أن يمس بمبدأ المساواة.

¹ فريد العريني، مرجع سابق، ص 192.

* المقصود بالمساس بالحقوق الأساسية للمساهم هو حرمانه منها كلياً أو جزئياً دون وجه حق، أي خارج الحالات التي يبيح القانون فيها لنظام الشركة تنظيم ممارسة هذه الحقوق.

² سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 981.

** سواءً القرارات التي تخض تعديل القانون الأساسي حسب المادة 674، أو القرارات الأخرى غير المذكورة بذات النص حسب المادة 675، وهذين النصين مجتمعين يمنحان الجمعية العامة (العادية وغير العادية) سلطة التقرير في الشركة، وبشكل خاص يمنحان للأغلبية سلطة التقرير في الشركة.

وعند استقراء النصوص المتعلقة بمبدأ المساواة، نجدتها مرتبطة دوماً بالقرارات التي من شأنها المساس بالحقوق الأساسية للمساهم، سواءً بالانتقاص منها أو بالرفع من التزاماته أو المساس بصفته كشريك، لا سيما القرارات التي تخص العمليات الواردة على رأس المال، إذ وبمناسبة تخفيض رأس المال، تضمن نص المادة 712 ت ج عبارة "غير أنه لا يجوز لها (الجمعية العامة) بأي حال من الأحوال أن تمس بمبدأ المساواة بين المساهمين"، وباستثناء الشروط الإجرائية للعملية، فإن المشرع هنا لم يقيد الجمعية العامة من حيث الموضوع سوى بوجوب احترام مبدأ المساواة.

فتخفيض رأس المال قد ينجر عنه انتقاص في حقوق المساهم أو حتى إقصائه من الشركة تماماً، وهذا ما يظهر مثلاً عند عملية تخفيض رأس المال إلى الصفر (مؤقتاً) *réduction du capital à zéro* ثم إعادة زيادته من جديد، أو ما تعرف بـ *le coup d'accordéon*، والتي تلجأ لها الشركات عادة لإعادة مراجعة حساباتها،¹ وقد يصل الضرر في هذه العملية إلى حد إقصاء المساهم من الشركة إذا ما تم تخفيض رأس المال بتقليص عدد الأسهم، حيث يترتب على ذلك فقدان صفة المساهم بالنسبة لكل من لم يشترك في عملية زيادة رأس المال بعد تخفيضه، أو إذا رافق عملية تخفيض رأس المال بهذا الشكل، إلغاء لحق التفاضل في الاكتتاب بما يؤدي إلى إقصاء المساهمين ممن لم يستفيدوا من ذلك الإلغاء.²

والقضاء الفرنسي مستقر في هذا الخصوص على رفض كل قرارات الجمعيات العامة التي تمس بالحقوق الأساسية للمساهمين،³ وخاصة منها حق المساهم في البقاء في الشركة وعدم إجباره على التنازل على أسهمه، إلا في إطار ما يسمح به القانون.⁴

¹ Anne FAUCHON « La validité de l'opération-accordéon encore renforcée », Bull. Joly 1999, P 224

² Feuilles Rapides de Mise à jour du « Manuel Permanent du Droit des Affaires », N° 232, Avril 2015, p19

³ C A Chambéry, 24 janvier 2012, « Attendu que l'opération consistant en la réduction à zéro du capital social suivie de son augmentation ne peut, en aucun cas, porter atteinte aux droits fondamentaux des associés, notamment à celui de pouvoir rester dans la société, de sorte que la possibilité de souscrire aux nouvelles parts émises pour reconstituer le capital doit être offerte à chacun d'eux, sans exclusive».

⁴ Cass. com. 12 Mars 1996 Rev. Sociétés p. 554 : « tout associé a le droit de rester dans la société et ne peut en être exclu ni contraint de céder ses parts ou actions contre son gré sauf si la loi ou les statuts en disposent autrement ».

إذا فلا يجب أن تتضمن هذه العملية إضراراً ببعض المساهمين دون البعض الآخر، وإلا شملها الحضر المنصوص عليه بالمادة 712 ت ج.

عملية أخرى ترد على رأس المال، يحضرها المشرع الجزائري تماماً، متى لم تراعي فيها الجمعية العامة احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، وهي عملية استهلاك رأس المال l'amortissement du capital، إذ تنص في هذا المادة 709¹ ت ج على: "يتم استهلاك رأس المال... ولا يمكن تحقيق هذا الاستهلاك إلا عن طريق التسديد المتساوي عن كل سهم من نفس الصنف، ولا يترتب عنه تخفيض في رأس المال"

وهذا النص يحمل تأكيداً من المشرع على وجوب احترام المساواة، بأن لا يكون الاستهلاك إلا عبر التسديد المتساوي عن كل سهم، ثم يعود المشرع الجزائري ليؤكد هذا الحكم بنص المادة 715 مكرر 46 التي قضت ب: "يحظر استهلاك الأسهم عن طريق سحب القرعة، تعد كل مداولة تتخذ خرقاً لهذا المنع باطلة"، والحقيقة أن المشرع الجزائري في هذا النص كان أقرب في فرض المساواة بين المساهمين من غيره من التشريعات،² لاسيما العربية منها، والتي تجيز استهلاك الأسهم عن طريق القرعة، وهذا مسلكٌ حسنٌ من المشرع الجزائري يتعين تثمينه.

والأثر القانوني لمخالفة هذه القيود التشريعية، هو البطلان المطلق لمداولات وقرارات الجمعية العامة، وهذا ما يستشف من نص المادة 2/733 ت ج التي قضت بأنه " لا يحصل بطلان العقود والمداولات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو من القوانين التي تسري على العقود".

¹ Art L 225-198 c c f : « L'amortissement du capital est effectué en vertu d'une stipulation statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire et au moyen des sommes distribuables au sens de l'article L. 232-11. Cet amortissement ne peut être réalisé que par voie de remboursement égal sur chaque action d'une même catégorie et n'entraîne pas de réduction du capital. Les actions intégralement amorties sont dites actions de jouissance ».

² المادة 35 من قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981

ثانيا: اشتراط موافقة الجمعيات الخاصة لفئات الأسهم

بالموازاة مع إقرار المشرع للشركات حق إصدار أسهم بأصناف مختلفة، فقد أقر كذلك للمساهمين من كل صنف من أسهم الشركة حق التكتل والاجتماع في إطار جمعية خاصة بهم، لرعاية المصالح والحقوق التي تقررت لهم في إطار الفئة التي ينتمون إليها، لأن هذه الامتيازات لم تنقرر لهم إلا لأنهم استجمعوا شروطا معينة لا تتوفر في المساهمين الآخرين، ولهذا من غير اللائق أن يترك أمر تقدير أو تعديل هذه الحقوق مباشرة لمساهمين آخرين لا يتمتعون بها.

لذلك تفرض بعض التشريعات^{1,2} أن لا يكون قرار الجمعية العامة للمساهمين نافذا، إلا بعد موافقة الجمعية الخاصة للفئة المعنية بالحق المراد تعديله، والحقيقة أن المشرع الجزائري وإن كان قد أشار بشكل عرضي للجمعيات الخاصة لفئات الأسهم³، وحتى الجمعية الخاصة لحملة السندات⁴ إلا أنه لم يدرج أي نص يفيد تقييد سلطة الجمعية العامة للمساهمين بخصوص أي تعديل يمس حقوق فئة معينة من فئات الأسهم الموجودة بالشركة، بوجوب مصادقة الجمعية الخاصة لهذه الفئة على هذا التعديل حتى يكون نافذا.

والظاهر أن المشرع الجزائري قد سار في اتجاه التيار العام لسلطة الجمعية العامة للمساهمين في تعديل النظام الأساسي في كل أحكامه، دون اعتبار للجمعيات الخاصة لفئات الأسهم باعتبارها بالنهاية جزءا من الجمعية العامة للمساهمين.

في حين كان يتعين ولاعتبارات العدل والإنصاف، أن يؤخذ رأي الفئة المعنية بتلك الحقوق ابتداءً، فإن هي وافقت على الانتقاص من بعض حقوقها التي تقررت لها لاعتبارات تخصها هي وحدها، فلا بأس

¹ تنص المادة 111 من قانون الشركات المصري على: "إذا اتخذت الجمعية العمومية قرارا من شأنه أن ينتقص بوجه من الوجوه الحقوق المختصة بفئة من الأسهم، فإن هذا القرار لا يكون نافذا إلا بعد موافقة جمعية خاصة مؤلفة من حملة أسهم الفئة ذات الشأن، وهذه الجمعية تتبع في مناقشتها القواعد المختصة بالنصاب والتصويت في الجمعيات غير العادية.

² Art L225-99 c c f: « Les assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie »

³ المواد 715 مكرر 66-715 مكرر 71 ت ج المتعلقة بالجمعيات الخاصة لحاملي شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت.

⁴ المادة 715 مكرر 78 بالنسبة لجملة سندات المساهمة والمادة 715 مكرر 88 لحاملي سندات الاستحقاق.

بعد ذلك من عرض المسألة على الجمعية العامة للمساهمين ليأخذ التعديل الشكل القانوني المطلوب لصحته.

ويبقى اللجوء لأخذ رأي الجمعية الخاصة لكل فئة من فئات الأسهم إجراء احترازي لا ينال من السلطة الواسعة للجمعية العامة للمساهمين، وإن كان يقيدُها مراعاةً لمبادئ أسمى، وهي حماية الحقوق المكتسبة للمساهمين والتي لا يجوز المساس بها إلا برضاهم، وكذا الاحتياط من أن تتعسف الأغلبية المقررة بالجمعية العامة، وتهضم حقوق تلك الفئة إن كان مساهموها من الأقلية.

ثالثا: الطابع المؤقت للجمعية العامة

بالنظر للأحكام القانونية المنظمة لأشغال الجمعيات العامة، والسلطات الواسعة التي تتمتع بها، باعتبارها مشكلة أساس من المساهمين أصحاب رأس المال وأصحاب التمويل المخاطر، ومن هذا المنطلق فالقانون يرى في الجمعية العامة، الجهاز السيادي في الشركة ومصدر كل السلطات.

لكن الواقع يكشف عن وضع مغاير تماما، فالجمعيات العامة في معظم الشركات لا سيما الكبيرة منها، أصبحت هي الجهاز الأقل تأثيرا أو الجهاز الصوري، لدرجة أن أحد الكتاب اقترح أن يتم تعميم الأسهم دون حق تصويت.¹

والحقيقة أن هذا الضعف بالنسبة للجمعيات العامة له أسباب قانونية أحيانا، فهو أحد الآثار المباشرة للطابع المؤقت للجمعية العامة، فالجمعية العامة العادية مثلا، لا تجتمع عادة إلا مرة واحدة في السنة، وفي أوقات غير منتظمة تتبع في الغالب رغبة مجلس الإدارة في تحديد تاريخ انعقادها،² (ولو خلال الأجل القانونية)، بينما الجمعية العامة غير العادية فهي ذات طابع استثنائي فقد لا تجتمع إلا نادرا وقد لا تجتمع إطلاقا.

وبالتالي فالحضور الفعلي للمساهم في حياة الشركة والذي يمارس من خلاله أهم آلية للسلطة في الشركة أي حق التصويت، لن يكون سوى مرة واحدة في السنة، تمثل فرصة وحيدة للمساهم ليعبر عن إرادته.

¹ F. DAVID, « la réforme législative des sociétés par action d'après l'enseignement du droit comparé », revue général de droit comparé, 1941, p 492.

² المادة 676 تجاري جزائري.

فإن أساء استعمالها سواءً بعدم الحضور أو عدم الاستعلام الجيد عن المسائل المعروضة للنقاش، فإنه يكون قد قوّت على نفسه حقه في ممارسة سلطته في الشركة، بغض النظر عن نسبة مساهمته في رأس المال، لأن الإرادة الجماعية التي تصنع القرار في الشركة ليست في حقيقتها سوى مجموع الإيرادات الفردية للمساهمين، فتراجع الدور الذي يلعبه كل مساهم منفردا سوف لن يكون بالنهاية، إلا تراجع للإرادة الجماعية، وبالتعبية لذلك تراجع دور الجمعية العامة كجهاز يفترض فيه أن يكون هو السيد عند التصويت على حصيلة نشاط السنة المالية.

رابعاً: الأغلبية لا تعبر دوماً عن الإرادة الجماعية للمساهمين

إذا أضفنا إلى هذا الطابع الدوري أو المؤقت لانعقاد الجمعية العامة عاملاً قانونياً آخر، وهي النسب التي يشترطها المشرع لتكوين نصاب انعقاد الجمعية العامة أو الأغلبية التي تتخذ القرار، فإن ضعف الجمعية العامة ومن ورائها سلطة رأس المال سيكون أكبر.

فإذا ما عدنا إلى شروط اتخاذ القرار في الجمعية العامة، نجد أن المشرع قد اشترط أن تجتمع الجمعية العامة بنصاب لا يقل عن نصف رأس المال في الدعوة الأولى، وعلى ربع رأس المال في الدعوة الثانية بالنسبة للجمعية العامة غير العادية، وأن لا يقل عن ربع رأس المال في الدعوة الأولى ودون اشتراط أي نصاب في الدعوة الثانية بالنسبة للجمعية العامة العادية.

وإذا ما أخذنا هذه النسب من زاوية تسهيل عملية اتخاذ القرار وتجنب الانسداد وتعطل نشاط الشركة، وأن الأمر يتعلق فقط بالحد الأدنى، وأن الأنظمة بإمكانها رفع تلك النسب، فالأمر مقبول جداً، وهو خيار توفيقى لا يمكن إنكاره - بغض النظر عن تقدير جدوى تلك النسب وتباينها في التشريعات المقارنة-، لكن إذا ما نظرنا لهذه النسب من حيث مدى تمثيلها في رأس المال، أي من حين مدى كفايتها في تشكيل الإرادة الجماعية والتعبير عنها، فالأمر محل نظر.

فإذا ما أخذنا مثلاً نصاب انعقاد الجمعية العامة غير العادية في الدعوى الثانية وهو ربع أسهم الشركة*، وأن القرار يصدر بأغلبية ثلثي 2/3 الأصوات المعبر عنها، فإن جماعة الأغلبية التي تقرر، لا تمثل سوى سدس رأس المال فقط، وهي نسبة ضعيفة بالمقارنة بحجم القرارات التي تصدر عنها، خاصة وأن هناك جزئية مهمة جداً، وهي أن المشرع ينص على ثلثي الأصوات المعبر عنها فقط، وليس ثلثي النصاب الذي هو الربع، وهذا معناه أن الممتنعين والأصوات المملغة والأوراق البيضاء، وإن كانت تدخل

* حسناً فعل المشرع الجزائري بأن جعل النصاب يتشكل من عدد الأسهم وليس من عدد حقوق التصويت.

في تشكيل النصاب، إلا أنها لا تدخل في تشكيل الوعاء الذي تُحتسب منه الأغلبية، فالأغلبية إذن ليست أغلبية النصاب، بل أغلبية الأصوات المعبر عنها بعد تشكل النصاب، ما يعني أن أغلبية الثلثين سوف لن تكون في حقيقتها إلا نسبة بسيطة جدا من رأس المال - تقل عن السدس-، أي أن من يقرر مصير الشركة (قرارات الاندماج والانفصال، زيادة رأس المال أو تخفيضه، تقرير أو إلغاء بعض الحقوق...) هي جماعة تحوز نسبة ضئيلة من رأس المال ولا تعبر حقيقة عن سلطة رأس المال، ولا يمكنها في كل الأحوال أن تعكس الإرادة الجماعية لكل المساهمين.

أما بالنسبة للجمعية العامة العادية، وإن كانت قراراتها أقل أهمية من الجمعية غير العادية، ولا تخص سوى النشاط السنوي للشركة، إلا أنه من زاوية نسبة تمثيل رأس المال كذلك، فهي من المحتمل جدا أن تقول إلى نسب تافهة، خاصة في الدعوى الثانية أين لا يشترط المشرع أي نصاب لانعقادها، فأيا كانت نسبة تمثيل الأسهم الحاضرة، سيصح الانعقاد وتتخذ القرارات بأغلبية بسيطة، نصف عدد الأصوات زائد واحد.

وفي كل الأحوال، فإنه يسقط في الفروض السابقة، الحديث عن الأغلبية المقررة، وعن تمثيلها لمجموع المصالح وعن تعبيرها عن الإرادة الجماعية وتزداد بذلك احتمالات انحراف قرارات الأغلبية عن استهداف المصلحة الجماعية.

فهذه العوامل وإن كانت قانونية، إلا أنها تؤدي إلى إضعاف دور الجمعية العامة، وجعلها جهازا صوريا، لا يملك فعليا شرعية التمثيل الحقيقي لمجموع المساهمين، ولا يعكس بحق الإرادة الجماعية التي تحوي كل الإيرادات الفردية، سواء المؤيدة للقرار أو المعارضة له.

ولا يمكن تفادي هذا التدني في تمثيل رأس المال، إلا يرفع نصاب هذا الحضور والأغلبية المقررة بنظام الشركة، لكن هذا الحل لا يصدّق مع كل الشركات خاصة مع الشركات الكبيرة التي تنتزع فيها قاعدة المساهمة بين آلاف المساهمين، بحيث تنتشت الملكية ويصعب إن لم يكن مستحيلا الوصول إلى نسب انعقاد مرتفعة.

الفرع الثاني: تراجع سلطة الأغلبية لفائدة مجلس الإدارة

إن الخصوصية التي تطبع وكالة مجلس الإدارة، وشركة المساهمة، والعلاقة بين أجهزتها عموماً، تفرض منطقاً آخر وهو أن سلطة الأغلبية الممثلة بالجمعية العامة قد تنقلب عليها، حينما تفرض عليها وعلى الشركة التزاماً بالتعويض عن العزل التعسفي لأعضاء مجلس الإدارة (أولاً)، كما قد تتعطل هذه السلطة تماماً أمام الاختصاصات القانونية لمجلس الإدارة (ثانياً).

أولاً: التزام الشركة بالتعويض عن العزل التعسفي لعضو مجلس الإدارة

حقيقة أن للجمعية العامة كامل السلطان في عزل أعضاء مجلس الإدارة، وهذا ثابت في قوانين الشركات (م 613 ت ج)¹، وهو حق تمارسه متى رأت ضرورة لذلك، وتقدير النص هنا محمول على تقرير المبدأ العام، الذي يؤكد أن جهة التعيين والعزل هي الجمعية العامة في إطار اختصاصاتها الأصلية.

فحق الجمعية العامة في عزل مجلس الإدارة هو حق أصيل، يستند من جهة لقاعدة توازي الأشكال²، ومن جهة أخرى لحق الموكل في عزل الوكيل متى شاء.

لكن هذا الحق ليس مطلقاً، إذ يتعين على الجمعية العامة أن تراعي عند العزل شروطاً موضوعية، وهي أن لا يكون في وقت غير مناسب، وأن لا يكون بغير عذر مقبول، وهي الأوضاع التي من شأنها أن تلحق الضرر بالوكيل³، وكان هذا موقف القضاء الفرنسي الذي أكد أن سلطة الجمعية العامة في عزل عض الفروض التي من شأنها مجلس الإدارة تبقى قائمة وبشكل مجرد، ولا يحد منها سوى اقترانها بب أن تعيب قرار العزل⁴، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الأمر حينما صرحت في أحد أحكامها⁵

«attendu que pour sanctionner l'abus de minorité, la cour d'appel a décidé que son arrêt valait adoption de la résolution tendant à l'augmentation de capital demandée, laquelle n'avait pas été votée faute de majorité qualifiée ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents... la cour d'appel a violé les textes susvisés »

¹ تقابلها المادة 18-225 L تجاري فرنسي

² Yves Guyon, traité des contrats, les sociétés, op-cit, p57.

³ المادة 587 مدني جزائري.

⁴ Cass Com, 11 Oct 1988, Rev sociétés, 1989, p46.

⁵ Cass Com, 14 Mai 2013, Revue des sociétés, 2013, p566

والحقيقة أن هذه الموازنة تتطوي على نقطتين هامتين، الأولى هي ضبط سلطة الجمعية العامة في العزل حتى لا تصل إلى حد التعسف في حق مجلس الإدارة، والثانية هو أن هذا العارض على سلطة العزل يمثل في أحد أبعاده ضماناً إضافية بيد مجلس الإدارة، تدعم وتقوي مركزه بالشركة أمام الجمعية العامة، وتمنحه سلطة معنوية عندما يطمئن أنه لن يتم عزله في أي وقت ودون سبب جدي، وأنه سيعوّض عن الضرر الذي قد يصيبه جراء هذا العزل التعسفي.

إذن فسلطة الجمعية العامة في العزل ليست بمنأى عن أن توسم بالتعسف، وترتب مسؤوليتها وإلزامها بالتعويض للمدير المعزول، ومع أن البعض يرى أن العزل عموماً ليس تصرفاً في إطار العلاقات بين المساهمين، بل هو تصرف من جانب الشركة يقرره جهاز جماعي¹، لكن القضاء الفرنسي قد أقر في بعض أحكامه المسؤولية الشخصية للمساهمين عن عزل المدير، والذي كان يُقصد من ورائه الإضرار به تعسفاً²، ويتعين على المدير المعزول هنا أن يؤسس طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية للمساهمين لارتكابهم خطأ عند ممارسة حق التصويت.

مع التأكيد أن مجرد التصويت على عزل المدير لا يشكل خطأ لذاته، فالقضاء يشترط أن يتم إثبات أن هذا التصرف من المساهمين (التصويت) كان بنية الإضرار بالمدير المعزول *L'intention de nuire*³ وهذا ما تكرر في العديد من الأحكام القضائية⁴.

للإشارة، فإن الأمر لا يتعلق بدعوى تعسف الأغلبية (في حق الأقلية)، لأن المراد هنا ليس طلب إبطال القرار المتخذ جماعياً على مستوى الجمعية العامة، بل مطالبة المساهمين (أو الشركة حسب الحالة) بالتعويض عن الضرر المقصود من وراء العزل⁵.

فقرارات الجمعية العامة وإن كانت تستمد قوتها من الأحكام الخاصة بالشركات المساهمة، ومن مختلف الاعتبارات التي مرت بنا في معرض تبرير الأخذ بمبدأ الأغلبية، إلا أن هذا لا يُغني عن مراعاة الجانب الآخر للعزل، وهذا ما يستدعي استحضار القواعد العامة للمسؤولية كلما أمكن إثبات عناصرها.

¹ Paul le Cannu, « responsabilité des associés décidant une révocation contraire à l'intérêt social et dans l'intention de nuire au géant révoqué », droit 21, 2001, p 02.

² Cass Com, 14 Mai 2013, précité

³ Bernard Saintourens, « révocation Abusive d'un administrateur et responsabilité des actionnaires », Rev, société, 2013, p568.

⁴ Cass com, 13 Mars 2001, n°98-16.197, D.2001, p1175, Cass.Com, 22 Nov 2005, Rev sociétés 2006, p526.

⁵ Bernard Saintourens, art-précité, p268.

مع التأكيد دائما على أن قرار العزل المتخذ دون سبب، يرتب كامل آثاره تجاه العضو المعزول ولا يمكن إلغائه، وأنه فقط قد يرتب مسؤولية الأغلبية في التعويض¹ عن الضرر الذي قد يلحق العضو المعزول نتيجة هذا القرار التعسفي.

إذن نحن بصدد صورتين للعزل، العزل بمجرد إيماء بالرأس *révocation ad Nutum* والعزل وفق السبب المشروع *Pour juste motif*، وهما لا يختلفان تماما من حيث إجراءاتهما وصحتها، لكن الفرق بينهما أنه بالنسبة للعزل للسبب الجدي، تكون الشركة ملزمة بدفع التعويض للمدير المعزول إذا عجزت عن إثبات وجود السبب الجدي، أما الحالة الأولى *Ad Nutum* فيكفي تمكين المدير من عرض دفاعه.²

وقد توسع القضاء الفرنسي نوعا ما حينما قضى في حالة عزل مدير شركة مساهمة من طرف الجمعية العامة للمساهمين، بحق هذا المدير المعزول ليس فقط بتقديم دفاعه، بل بوجوب تبليغه بالأسباب التي تبرر عزله تحت غطاء واجب الاستقامة *devoir de loyauté* الذي يجب أن يتوفر عند عزل الشركة لمديرها.³

للإشارة فأن السبب الجدي أو المشروع في هذا المقام ليس شرطا لتبرير العزل، إنما فقط يعتبر شرطا لسقوط التعويض.⁴

ويرى الأستاذ *y Guyon* أن الوضع الآن يشهد تحولا لافتا، إذ أن العزل للسبب المشروع أصبح هو القاعدة وأن العزل دون سبب *Ad Nutum* قد تضاعف ليصبح بمرتبة الاستثناء⁵ ثم يعود ويؤكد انه واستنادا للقواعد العامة للوكالة والتي هي أساس العلاقة بين الشركة ومجلس إدارتها، يتعين الانطلاق من القاعدة العامة وهي حق الموكل في عزل الوكيل وتولي أمر إدارة أمواله بنفسه، لكن مع مراعاة فيما إذا

¹ Paul le Cannu, « responsabilité des associés décidant une révocation contraire à l'intérêt social et dans l'intention de nuire au géant révoqué », art-précité, p 05.

² Bruno Dondero, « la convention réglementé d'indemnisation et la révocation du directeur général », RTD Com, Jan Mars, 2014, p144.

³ Cass.Com, 14 Mai 2013 Rev sociétés, 2013, p566.

⁴ Paul le Cannu, « responsabilité des associés décidant une révocation contraire à l'intérêt social », art-précité, p02.

⁵ Yves Guyon traité des contrats, op-cit, p60.

كانت الوكالة مهنية وبأجر، وتهدف لتحقيق المصلحة المشتركة للموكل والوكيل، فيجب حينها توفر السبب المشروع عند العزل.¹

وهذا التصور في الحقيقة يعكس نفس الفكرة التي سبق طرحها بخصوص السبب المشروع عند العزل واقتارانه بالضرر الذي يلحق العضو المعزول، أما الجزء المتعلق بفكرة القاعدة والاستثناء الوارد عليها، فنرى أن الأمر لا يتطلب تفسيراً من هذه الزاوية، لأنه لا يعدو أن يكون مجرد شكليات وإجراءات تضبط تصرفات الجمعية العامة، تمكن من تحري مشروعيتها والقضاء بما يجبر الضرر، وهو التعويض في أقصى الحالات.

وتقاديا لعدم إمكانية إثبات غياب السبب المشروع عند العزل، يعمد المدراء عادة إلى الاتفاق مع الأغلبية التي أتت بهم أو مع الشركة، على قيمة التعويض أو شكله في حال عزلهم من طرف الجمعية العامة، ومن بين التطبيقات الأكثر رواجاً نجد ما يعرف بالمظلة الذهبية *Les parachutes dorées* ويتعلق الأمر باتفاق يسمح للمدراء بتقاضي مبالغ مالية هامة في شكل تعويضات تدفع لهم في حال ترك وظائفهم في ظروف معنية² ترتبط في أغلب الأحيان بالتغير الذي يحصل في رقابة الشركة *modification de contrôle*، أي ظهور أغلبية جديدة تسيطر على الشركة، ويكون أول إجراء يوجب هذا التعويض، هو عزل المدير أو استقالته أو تقليص مسؤولياته في الشركة،³ من طرف الأغلبية الجديدة المسيطرة على الشركة.

لذلك تشكل المظلة الذهبية إحدى الآليات الفعالة التي تسمح للمدراء بالضغط على الجمعية العامة والحد من سلطتها في تغيير الجهاز الإداري.⁴

ولئن كان الأمر يتعلق عادة بالمدراء التنفيذيين من غير أعضاء مجلس الإدارة، فإن جمع عضو أو رئيس مجلس الإدارة إلى جانب صفته تلك، وظيفة تنفيذية بالشركة، سيكون له بالغ الأثر إذا ما استقاد هذا العضو من بند المظلة الذهبية، إذ سيجمع بين يديه سلطة هامة يواجه بها الجمعية العامة ويؤثر في

¹ Ibid, p 60.

² Christine Noel, Etienne REDOR, « les parachutes dorées, sont ils vraiment contraire à l'éthiques », humanisme et entreprise, 2010/03, n298, p30.

³ Christine Noel, Etienne REDOR, « en quoi les parachutes dorées sont ils conciliables avec l'intérêt des actionnaires », revue comptabilité financière, Nov 2007, p02.

⁴ Ibid, p 05 ; Victoire Patouillard, « des parachutes pour tous », *Vacarme* 2007/3 (n° 40), p. 50

قراراتها، بحيث تفكر هذه الأخيرة في كل مرة تعتزم فيها عزل هذا المدير، في القيمة الهائلة للتعويض الذي سيتقاضاه من حساب الشركة.¹

ثانيا: عدم جواز تعدي الأغلبية على الاختصاصات القانونية لمجلس الإدارة

إذا كانت الأغلبية هي مصدر القرارات التي تنبثق عن الجمعية العامة، بحيث تكسبها من هذه الجهة صفة الشرعية، وتجعل من الجمعية العامة الجهاز السيادي في الشركة، فإن ذلك لا يعني استئثار الجمعية العامة بسلطة التقرير في كل المسائل بدون استثناء، فالمبدأ العام لممارسة سلطة رأس المال من قبل المساهمين، يتعطل إذا تعلق الأمر بالتسيير اليومي لأموال الشركة، ليترك المجال لمبدأ آخر يضمن ذلك التناغم والتوازن في تسيير الشركة، وهو مبدأ توزيع الاختصاصات، بحيث تستقل الجمعية العامة باختصاصاتها، كما يستقل مجلس الإدارة باختصاصاته، ولا مجال لتجاوز تلك الاختصاصات ولو تعلق الأمر بجهاز سيادي كالجمعية العامة.

وقد رأى البعض أن هذه الفكرة هي امتداد لنظرية الفصل بين السلطات²، بحيث أن الأجهزة المكونة للشركة تنفصل عن بعضها البعض عضويا أو هيكليا، لكنها تتكامل وظيفيا، فيؤدي كل جهاز دوره المنوط به وفقا لاختصاصه القانوني.

وعلى هذا فكل جهاز يستقل بسلطاته وصلاحياته الخاصة، والتي لا يمكن لجهاز آخر في الشركة أن يقتطعها منه لمصلحته³، ولو تعلق الأمر بالجمعية العامة للمساهمين.

وقد تنبه القضاء الفرنسي ومنذ القديم لهذه المسألة، وحاول وضعها في سياق تنظيمي محكم لضبط التوازن بين الصلاحيات داخل الشركة، وذلك حينما قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1896/11/26 بأن الصلاحيات الواسعة للجمعية العامة، لا يمكن بحال أن تستغرق أو تسلب من

¹ حيث حصل بعض المدراء ورؤساء مجالس الإدارة ومجالس المديرين على مبالغ خيالية مثل: الرئيس المدير العام لشركة Daniel Bernard, Carrefour الذي قدرت قيمة التعويض الذي يحصل عليه 38 مليون أورو، ومدير شركة ELF السيد Philippe Jaffer بـ 30 مليون أورو، وحصل J. Marine Messier الرئيس المدير العام لشركة Vivendi , universel على 20 مليون أورو، أما في الولايات المتحدة فقد حصل Philip Purcell بعد مغادرة شركة Morgon Stomly على مبلغ 113 مليون دولار، معلومات مذكورة في: Christine N, Etienne R, art précité

² Dominique Vidal, droit des sociétés, LGDJ, 2008

³ Nedra Abdelmoumen, th-précité, p 05

مجلس الإدارة اختصاصاته بالنظر لطبيعة تلك الاختصاصات ومراعاة للأحكام التنظيمية والقانونية¹، وقد علق البعض² على هذا القرار، بأن محكمة النقض تريد التذكير بأن الحركة التشريعية قد تخطت الإطار الذي كرسه قانون 24 جويلية 1867 المتعلق بالشركات التجارية، والذي كان يحدد فقط سلطات الجمعية العامة، ويترك لهذه الأخيرة صلاحية تحديد سلطات باقي الأجهزة.

واستطرد القضاء الفرنسي أحكامه في هذا الاتجاه، مكرسا فكرة تراجع سلطة الجمعية العامة أمام الاختصاصات القانونية لمجلس الإدارة، ويظهر ذلك في القرار الصادر عن محكمة النقض، والذي أكدت فيه عدم اختصاص الجمعية العامة بتصحيح العيب الذي لحق تعيين الرئيس المدير العام للشركة، لأن ذلك من صلب اختصاصات مجلس الإدارة³، ولا شأن للجمعية العامة بذلك.

وفي حكم آخر لمحكمة استئناف Aix قضت فيه بخصوص مدى شرعية ما صدر بمناسبة انعقاد الجمعية العامة غير العادية، الذي قررت فيه الأغلبية تكوين لجنة إدارة للشركة، إذ رأت المحكمة أنه: " إذا كان بإمكان أنظمة الشركات أن تُعد وتضع أسلوب الإدارة الأمثل وتتهيئ أحسن الظروف لتنظيم مصالح الشركة وتسييرها، فإن حرية الاختيار هذه، لا بد وأن تمارس في ضوء قاعدة أساسية، وهي عدم جواز تخطي الاختصاصات القانونية المنوطة بكل جهاز، ومراعاة التدرج الهرمي للسلطات"⁴، والحال أن الجمعية العامة قد تجاوزت بهذا الاتفاق أحد اختصاصات مجلس الإدارة.

¹ C.A Paris, 26 Nov 1896, Journal des sociétés, 1897, p 434 : « quelque étendue que soit l'autorité de l'assemblée générale dans une société anonyme, elle ne peut s'élever à l'encontre de la compétence spéciale qui appartient au conseil d'administration par la nature même de ses fonctions et suivant les dispositions précises de ses statuts. Spécialement, lorsque les statuts attribuent exclusivement au conseil d'administration le choix du directeur général et la fixation de son traitement, l'assemblée générale n'a aucune qualité pour faire droit à une demande d'honoraires élevés par le directeur. Et le fait par le conseil d'administration de consulter l'assemblée générale sur cette question n'implique pas l'engagement de se soumettre à son avis ».

² Nedra Abdelmoumen, th-précité, p 06

³ Cass.Com, 31 Jan 1968, RTD Com, 1968, p 369 ; Dalloz, 1968, p. 321 : « s'agissant de réparer le vice entachant la désignation du président-directeur général par un conseil irrégulièrement composé, l'assemblée générale était incompétente pour le faire, une telle désignation entrant dans les attributions exclusives du conseil d'administration ».

⁴ C.A. Aix, 28 Sep 1982, Revue des sociétés, 1983, p 773 : « si les statuts peuvent aménager, au mieux des intérêts sociaux, les modalités de l'administration et de la direction, cette liberté s'exerce sous la condition expresse d'absence et de bouleversement de principes généraux de hiérarchie et de compétences des divers rouages institués par la loi ; que de même il n'est pas permis à une assemblée générale, fût-elle extraordinaire, d'empiéter sur le rôle dévolu au

فالأمر إذن، هو محض التطبيق للأحكام القانونية والنظامية التي تضبط سير عمل الشركة وتنظيم السلطات فيها، وأنه لا مجال لإطلاق سلطة رأس المال بشكل يطغى فيه النفوذ والقوة والتأثير على حساب التنظيم وحسن التسيير، لذلك لم تتوقف أحكام القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، إذ قضت محكمة النقض¹ بأن الجمعية العامة لا يمكنها المساس بالسلطات المعترف بها قانوناً لمجلس الإدارة، ولا أن تجتمع، ولا أن تغتصب حق دعوة المساهمين للجمعية العامة لتعهد به للغير الذي لا يملك الصفة لذلك.

وما كان هذا التطور القضائي ليُمَرّ دون استغلاله من بعض الفقه الفرنسي² المؤيد للفكرة النظامية لشركة *la nature institutionnelle de la société*، إذ رأى فيه تكريساً قضائياً للتحول الذي شهده مفهوم الشركة من اعتبارها عقداً تتمتع فيه الجمعية العامة والشركاء تحديداً بكل الصلاحيات وبشكل مطلق، إلى المفهوم النظامي أو المؤسسي للشركة، والذي وإن كان يتمتع فيع الشركاء كذلك بسلطة اتخاذ القرارات المصيرية، لكن يتمتع فيه الجهاز الإداري بالموازاة لذلك أيضاً، بسلطاته الخاصة والحصرية في الشركة، وأن القضاء الفرنسي من خلال هذا التطور اللافت، قد أظهر أن نشاط وتنظيم شركة المساهمة يحكمه مبدأ الفصل بين السلطات وليس التدرج الهرمي للسلطات.³

والحقيقة أننا لا نرى في هذا التفسير الفقهي الذي يصور الاجتهاد القضائي في الموضوع بهذا الشكل، إلا على أنه توظيف لهذا القضاء لخدمة فكرة المفهوم النظامي للشركة، ومع أن هذا الموقف مقبول في اعتقادنا، وله مسوغاته الفقهية، إلا أننا لا نرى فيه التفسير الوحيد، إذ لا يمكن اختزال هذا الاجتهاد القضائي في هذه الزاوية فقط.

وعلى هذا، فإن إلزام القضاء للجمعية العامة باحترام سلطات وصلاحيات مجلس الإدارة القانونية، إنما نرى فيه توجهاً لضبط وتنظيم العمل بين أجهزة الشركة المتسمة بالتعقيد والتداخل، وهو إن كان

conseil d'administration, celui-ci ne peut se dépouiller de ses attributions propres ; ...qu'il apparaît ainsi que l'organisation d'un comité de direction relève selon l'article 90, de la compétence exclusive du conseil d'administration ; qu'en remettre la création à d'autres, président ou statuts, reviendrait à transformer la responsabilité du conseil dans la gestion des affaires sociales »

¹ Cass. com., 30 avril 1968, D, 1969 : « L'assemblée générale ne peut sans porter atteinte aux pouvoirs que la loi reconnaît au conseil d'administration, ni se réunir, ni usurper à son profit, pour le confier à un tiers sans qualité, le droit de convoquer les actionnaires en assemblée générale »

² Isabelle Corbisier, *la société: contrat ou institution*, 1 éd, Larquier, 2011, p 188 et s

³ Ibid

ينطوي على فصل بين السلطات، فذلك لا يعني بالضرورة هدم التدرج الهرمي للسلطات hiérarchie des pouvoirs بين الأجهزة، فالجمعية العامة تظل صاحبة السيادة في الشركة، إنما لاعتبارات فنية سبق الحديث عنها، يستقل مجلس الإدارة بصلاحيات خاصة يمارسها دون الجمعية العامة.

ملخص الفصل الثاني

رأينا من خلال هذا الفصل أن سلطة رأس المال لا تتأثر فقط بممارستها خارج مبدأ التناسب، بل أيضا من جانب مبدأ الأغلبية كذلك، هذه القاعدة التي رأينا أنها أساس اتخاذ القرارات في الشركة، وتجعل من إرادة الأغلبية تعبير عن الإرادة الجماعية، إذ أناط بها المشرع سلطة التقرير وألزم الجميع باحترام قراراتها.

لكن بعد استعراض مختلف جوانب الموضوع، توصلنا إلى نقطتين أساسيتين تمثلان موضع ضعف بالنسبة لسلطة الأغلبية في التقرير، أولهما أن الأغلبية في الحقيقة ليست هي الوحيدة من يقرر في الشركة، إذ يزاحمها في ذلك جهاز آخر يُفترض أنه أساسا تابع لها ويعمل تحت إشرافها، وهو مجلس الإدارة، هذا الجهاز الذي يقتطع لنفسه سلطة هامة في الشركة، بالاستناد لنصوص القانون تارةً، وبالهيمنة الواقعية التي يفرضها في الشركة، بالتبعية لضعف أداء المساهمين بالجمعية العامة تارةً أخرى.

ثانياً، أن سلطة الأغلبية ليست مطلقة إلى الحد الذي تسقط معه كل الاعتبارات، فمهما تكن نسبة الأغلبية المقررة، فهي ليست بالضرورة معبرة عن الإرادة الجماعية وتخدم المصلحة الجماعية، وقراراتها ليست سليمة وصحيحة بالمطلق، لذلك كان لزاماً إخضاع قراراتها لتقدير القضاء للحد من حالات التعسف الممكن حدوثها، إضافة إلى ما فرضه القانون من قيود تحد من سلطة الأغلبية تقديراً لاعتبارات أولى وأسمى.

خاتمة

رغم أن موضوع الدراسة يدور حول فكرة واحدة وهي ممارسة سلطة رأس المال في شركة المساهمة، إلا أن للموضوع أبعادا عديدة وممتدة، إذ تظهر فكرة السلطة في كل مرة نتناول حقا من الحقوق الإدارية للمساهم.

ورأينا أن السلطة تمارس في إطارها العام متى كانت حقوق المساهم قائمة على مبدأ التناسب، بين حقوق التصويت ونسبة تمثيل الأسهم في رأس المال، على أن يكون القرار بالنهاية للمساهمين أصحاب النسبة الأكبر من رأس المال، أي لفريق الأغلبية، والذي يقرر انطلاقا من جهاز سيادي في الشركة وهو الجمعية العامة للمساهمين.

ووجدنا بالمقابل، أن سلطة المساهمين قد تُمارس خارج هذه الأحكام، كلما تم تجاوز مبدأ التناسب سواء بإرادة المشرع عبر ما يلحق مصدر ممارسة السلطة (الأسهم) من عوارض أو تنوع، أو بإرادة المساهمين أنفسهم بالاتفاق على ممارسة حق التصويت خارج إطار التناسب، كما تتراجع سلطة التقرير بالنسبة للأغلبية نتيجة هيمنة مجلس الإدارة من منطلق قانوني أو واقعي، وكذا بموجب الحدود القضائية والقانونية التي تقيد وتحد من سلطة الأغلبية.

وقد وجدنا أن سلطة رأس المال، أو حقوق المساهمين في الشركة، مرهونة بالعديد من المتغيرات التي تحدد مداها، وهي مازالت تتأرجح حسب مفهوم الشركة أساسا، بين فكريتي العقد والنظام، ورأينا أن الفقه المتأثر بالفكرة العقدية للشركة يميل أكثر إلى إعلاء سلطة المساهمين ويدعو لاعتبار المصلحة الجماعية هي مصلحة المساهمين بالدرجة الأولى، أما من يرجح فكرة النظام، فهو ينطلق من فكرة المشروع الاقتصادي وضرورة مراعاة حقوق كافة الأطراف ذوي العلاقة به.

وفي كل الأحوال، فالنفوذ والتأثير الذي يمارسه المساهمون في الشركة، مرتبط مبدئيا بما تضمنه التشريعات للمساهمين من حقوق، وما تكفله من آليات لضمان ممارسة تلك الحقوق.

وهذه العلاقة تفتح بالنسبة لنا مجالا لطرح نقطتين أساسيتين، تمثل الأولى النتيجة أو الأثر المباشر لهذه الدراسة، في حين أن الثانية هي الأثر البعيد في إطار مقارنة أشمل:

أولاً: في إطار العلاقات الداخلية: يبدو جلياً أن مسألة ضبط الحقوق والصلاحيات وحتى المسؤوليات بين المساهمين وأجهزة الشركة، لها بالغ الأثر في إقامة التوازن والتناغم بين مكوناتها، فضبط سلطة اتخاذ القرار في الشركة - أياً كان من يمارس تلك السلطة - بمحددات تجتمع في تشكيلها كل العناصر الداخلية المرتبطة بالشركة (المساهمون أقلية وأغلبية، الجمعية العامة كجهاز، مجلس الإدارة كوكيل وقائم بإدارة الشركة، مندوبو الحسابات)، من شأنه أن يمنع التجاوزات والانحرافات التي تضر بالشركة، كسيطرة القلة من ملاك رأس المال والأوليغارشية، وما يصاحبه من تعسف وهضم للحقوق وتركز للثروة، أو سيطرة جهاز إداري يضحى بالمصالح الجماعية تحقيقاً لأغراض شخصية، أو وصول الشركة إلى حالات الانسداد لعدم التوافق بين المساهمين، وغيرها من الأوضاع التي هي أسباب مباشرة لإضعاف الشركة وزيادة المخاطر التي تصاحب الاستثمار في القيم المنقولة (وتحديداً الأسهم)، وهذه في الحقيقة وضعيات غير صحيحة بالنسبة لوحدة أساسية (شركة المساهمة) هي بمثابة العجلة الكبرى في الاقتصاد.

ثانياً: في إطار العلاقات الخارجية: ورغم أن هذا المجال ليس من عناصر بحثنا، إلا أننا نرى فيه امتداداً طبيعياً للشركة، لذلك أردنا أن نشير إليه فقط لإعطاء الدراسة بُعداً عملياً ولو بشكل عام، نبين فيه تأثير تركيبة ونشاط شركة المساهمة في محيطها العام وهو الاقتصاد الوطني بكل وحداته وعناصره.

فحدود ملامسة شركة المساهمة للأطراف الفاعلة في الاقتصاد، هي أكبر من باقي الشركات، فبالنسبة لمصلحة الضرائب، تمثل شركات المساهمة مصدراً هاماً للجباية وزيادة إيرادات الدولة، وبالنسبة للبنوك فحجم الاقتراض أو الادخار بالنسبة لشركات المساهمة هو أكبر من غيرها من الشركات، وبالنسبة لأسواق المال فإن تداول الأسهم هو محور هذا القطاع، كما أن قطاع المناولة مثلاً يزدهر كثيراً حول شركات المساهمة الكبرى، وتزداد معه حركية التداول والتشغيل وغيرها من مقومات الاقتصاد.

إن الاهتمام بتنظيم شركات المساهمة هو ضرورة تملئها الاعتبارات السابق ذكرها، من أجل بناء هذا الكيان القانوني بالشكل المطلوب لحسن أداءه، فالشركة هي عنصر أساسي في بناء الاقتصاد، حتى أن أي نشاط اقتصادي مهما كانت طبيعته لا بد وأن يتخذ إطاراً قانونياً واحداً، وهو الشركة التجارية، وشركة المساهمة تحديداً بالنسبة للمشاريع الكبرى، وفي اعتقادنا أن أول ما يجب الانطلاق منه في ذلك، هو حجر الزاوية في الشركة وفي الاقتصاد عموماً، وهو رأس المال، ومن خلفه المساهم الذي يوظف أمواله بالشركة، لأن ضبط مركز المساهم في الشركة من خلال تدعيم وتنظيم حقوقه الأساسية، في إطار احترام المصلحة الجماعية لكل الأطراف ذوي العلاقة بنشاط الشركة، سيكون حافزاً كبيراً لإنشاء مثل هذه

الشركات، ودافعا للمستثمرين لتوظيف أموالهم بها، وهذا ما يفرز شركات كبيرة وقوية برأسمالها، ولا يخفى على أحد حجم التأثير الذي تلعبه الشركات الكبرى كركائز تدعم الاقتصاد الوطني للعديد من الدول.

وبالرجوع لمعالجة المشرع الجزائري للمسألة، ومن خلال ما لمسناه أثناء هذه الدراسة، - ورغم العديد من الايجابيات التي سبقت الإشارة إليها في مواضع عدة من الدراسة- فإنه وفي حدود تحليلنا للنصوص المنظمة لشركات المساهمة، لم نجد للمشرع الجزائري توجهها واضحا ومحددا، لأن ما نستشفه من عمق التعديلات التي مست أحكام شركات المساهمة (على قلتها)، تلك المفارقة التي حملتها النصوص المتعاقبة، والتي أضفت بعض الضبابية عليها من حيث مدى انسجام أحكام الشركات مع النظام الاقتصادي.

ففي أوج التوجه الاقتصادي نحو الطابع الاشتراكي والاجتماعي، كانت النصوص المنظمة لشركات المساهمة تميل أكثر نحو إعلاء سلطة المساهمين من بين باقي أطراف المشروع الاقتصادي، وبالتالي تقوية مركز المستثمرين مُلاك رأس المال، ويظهر ذلك من خلال النصوص التي كان يتضمنها قانون 1975 (والتي تم الاستغناء عنها بعد تعديل 1993)، ونذكر هنا بعضها فقط لارتباطها بالموضوع:

- المادة 644 التي كانت تمنح المساهم أو المساهمين الحائزين لعُشر رأس المال الحق في طلب انعقاد الجمعية العامة للمساهمين.

- المادة 645 التي كانت تمنح للمساهم أو المساهمين الحائزين لعشر رأس المال إمكانية تقديم طلب تعيين وكيل قضائي لإعداد جدول الأعمال، تبعا لنص الفقرة الأولى منها (...يحدّد جدول أعمال الجمعيات من الشخص الذي صدر عنه الاستدعاء)، كما تمنح للمساهم أو المساهمين الحائزين على 05% من رأس المال حق تسجيل مشاريع القرارات بجدول الأعمال.

- المادة 682 التي كانت تعتبر مندوب الحسابات وكيلا يجوز للجمعية العامة بالتبعية لذلك عزله في أي وقت متى رأت ذلك.

- المادة 684 التي كانت تمكن المساهم أو وكيله من حق الإعلام الدائم طوال السنة بالإطلاع وأخذ كل الوثائق المقدمة للجمعية العامة خلال الثلاث سنوات السابقة، مع محاضر الاجتماعات.

وغيرها من الحقوق التي كان يتمتع بها المساهم المستثمر في الشركة.

للإشارة أن المشرع رغم إسقاطه لهذه النصوص، إلا أنه أبقى على الجزاءات المرتبطة ببعض الحقوق منها، وهذه في اعتقادنا سَقَطَتْ أخرى بالنسبة للمشرع، إذ يتعين في كل مرة الرجوع للأحكام المتعلقة بالمسؤولية، وإعمال مفهوم المخالفة لتقرير بعض الحقوق، وبتساءل هنا، لماذا أسقط المشرع النصوص المقررة لبعض تلك الحقوق وأبقى على جزاء المساس بها؟

والملفت أن هذه الحقوق التي أقرها المشرع في ظل منظومة اشتراكية تقهر المبادرة الفردية وتُضعف دور رأس المال، قد تم التخلي عنها في عز التحول نحو اقتصاد السوق، وما يتطلبه من تحفيزات و ضمانات للمستثمرين، وهذا موقف غير مفهوم من المشرع، الأمر الذي يجبرنا على قول أن العديد من أحكام قانون 1975 كانت شكلية ولم تكن تعكس الواقع، وأنها لم تكن سوى نتيجة لإفرازات النقل غير المدروس لنصوص القانون الفرنسي، فأسلوب النقل المتقطع والمبتور قد اختزل العديد من الأحكام، وأخل بمقتضيات تلك النصوص، وقد أشرنا إلى ذلك في العديد من المواضيع خلال هذا البحث، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يمكن القول أن تعديل 1993 لم يكن موفقا، ولم يراعي إلى حد ما المتغيرات والتوجهات الاقتصادية المنتهجة حينها.

فالتردد من جانب المشرع واضح في المجال الاقتصادي بكل قطاعاته، ومنها الشركات التجارية، فلا هو سار نحو اقتصاد السوق (المعلن عنه)، وأعد العُدّة لذلك بمنظومة قوانين تترافق وتخدم هذا التحول، ولا هو أبقى على الوضع كما هو عليه، والنتيجة: من الناحية الاقتصادية، هي الغياب الملفت لشركات المساهمة في النشاط الاقتصادي وهي التي يمكنها دفع التنمية وتطوير الاستثمار، عبر استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وتوظيف وتنمية رؤوس الأموال المحلية، أما من الناحية القانونية، فالنتيجة الأولية، إضافة لضعف الاجتهاد القضائي، هي أنه لا يمكن إقامة دراسات تحليلية معمقة حول تأصيل أو فهم أو تحليل شركات المساهمة في القانون الجزائري دون الرجوع للقانون الفرنسي، وإن كنا لا نرى عيبا في انتهاج المدرسة الفرنسية في قوانين الشركات، والتي تبقى رائدة بين التشريعات المقارنة، إلا أن العيب يصبح مخجلا، أن لا نلمس للمشرع الجزائري أي أثر أو بصمة تدل على خصوصية تنظيمه لشركات المساهمة بأحكام يبتدعها من واقع نشاط هذه الشركات، ومن خلال الحركة القضائية والفقهية التي تراكبها، وأهم من ذلك، خصوصية الاقتصاد الجزائري.

وعلى كل، فقد تبين لنا أن موضوع الدراسة متشعب ويرتبط بالعديد من المفاهيم التي تخص شركات المساهمة، وفي ضوء النتائج المتوصل إليها، ارتأينا أن نُسهِم أولا باقتراح عام، نحيل في تفصيله

إلى مختلف الملاحظات المشار إليها تفصيلا أثناء البحث، على أن نتبعه الآن ببعض الاقتراحات التي تخص نقاط محددة:

أولاً:

نرى أن على المشرع أن يبادر بإصلاح عميق في أحكام شركات المساهمة، بالموازاة مع ما يحدث في كل القوانين الاقتصادية الأخرى، وأن يركز فيه على إقامة التوازن بين مكونات الشركة، بضبط وتنظيم الحقوق الأساسية للمساهم، وإعادة النص على مختلف الحقوق التي سبق إسقاطها بعد تعديل 1993، وتدعيمها بضمانات أكبر والنص على إجراءات تحفيزية لإنشاء مثل هذا النوع من الشركات، فمهما يكن، يبقى المساهم مصدر تمويل دائم للشركة، وهذا التمويل يتصف بالمخاطرة، وهو يضمن ديون الشركة بالأموال التي ساهم بها، وفوق ذلك فهو لا يحصل إلا على ربح احتمالي، لهذا فالمساهم لا يرتضي إلا أن يكون في مركز الريادة وصاحب السلطة في الشركة، هذه الأخيرة هي بمثابة وزن مضاد contre poids يحقق التوازن داخل الشركة.

ثانياً:

1- فيما يخص حق التصويت، نرى أن على المشرع اعتماد ما يجري به العمل حالياً في العديد من الدول، بالنص صراحة على آلية التصويت عن بعد، خاصة في ظل الانتشار الواسع لوسائل الاتصال الحديثة، وهذه التقنية (التصويت عن بعد) توفر الوقت والجهد والمال وقد تكون حلاً في تجاوز إشكالات الأغلبية والنصاب، كما قد تسمح بمواجهة الظروف المقبلة التي ستشهد فتح المجال أكثر أمام تدفق وضخ رؤوس الأموال الخاصة وطنية كانت أم أجنبية.

2- أما بالنسبة لحق الإعلام، فالكل يعلم درجة التعقيد التي وصلت إليها الطرق المحاسبية للشركات والتي يصعب كثيراً على المساهمين فهمها وتحليلها، ولهذا فالتدخل التشريعي هو أكثر من ضرورة لتحسين النصوص الحالية، وتمكين المساهمين مثلاً من الاستعانة بخبراء يحضرون اجتماعات الجمعية العامة رفقة المساهمين أو وكلاء عنهم، واعتماد الخبرة الإدارية من بين الحلول لمواجهة الاختلالات والتجاوزات التي تحدث في تسيير الشركات.

3- نرى أن على المشرع تعديل المادة 674 لعدة اعتبارات:

* بالنسبة لاجتماعات الجمعية العامة غير العادية، ونظرا لأن المشرع لم يبيّن مصير الاجتماع الثالث في حالة عدم بلوغ النصاب، وتقاديا للانسداد في سير أشغال الشركة، فإننا نقترح انه في حالة عدم تحقق النصاب في الدعوة الثانية، يتوجب على مجلس الإدارة أو المديرين بقوة القانون، التقدم أمام القضاء الاستعجالي بطلب تعيين خبير أو أكثر لحضور الاجتماع الثالث الذي ينعقد مهما كان نصاب الحضور، على أن يقدم هؤلاء الخبراء تقريرهم للمساهمين والجهة القضائية التي عينتهم.

ونرى أن هذا الأمر يضمن رقابة القضاء على تلك المداولات، ويقطع الطريق أمام مجلس الإدارة في تمرير مشاريع القرارات المصيرية أمام جمعية عامة مُفرغة من سلطتها الرقابية ولا تمثل سوى إجراء شكليا، وهذا ما يضمن حماية حقوق المساهمين المعارضين أو المتغيبين لأسباب مشروعة.

* أما بالنسبة لعملية اتخاذ القرارات، فنرى أن تكون انطلاقا من الأصوات الحاضرة أو الممثلة بعد استكمال النصاب، أي أن تكون الأغلبية المقررة هي أغلبية الحضور (الفعلي أو الممثل) ولو عند تجاوز النصاب، وليست أغلبية الأصوات المعبر عنها.

* أما بالنسبة للجانب الإجرائي في النص، فنرى أنه من الأفضل للمشرع أن يضبط الأجل الذي يفصل الاجتماع الأول عن الاجتماع الثاني.

4- على المشرع إدراج نص خاص بإلزام أعضاء مجلس الإدارة بالحضور لاجتماعات الجمعية العامة تحت طائلة المسؤولية الشخصية لكل عضو.

5- على المشرع كذلك إدراج نص خاص بحق المساهمين في توجيه الأسئلة لمجلس الإدارة، سواء الشفهية منها أثناء الاجتماع أو الكتابية التي تقدم على مدار السنة، (ولو في فترات محددة) وكذا إلزام مجلس الإدارة بالإجابة عن تلك الأسئلة.

5- أما بخصوص قواعد حوكمة الشركات- بغض النظر عن منشأ هذه القواعد-، وهي التي تصنع الحدث بمختلف قوانين الشركات، وأصبحت ضرورة تملئها عولمة النشاط التجاري بوجود شركات كبرى تمتد فروعها بمختلف دول العالم، والتردد في تطبيق هذه القواعد يُبقي الجزائر خارج مجال حركية الأموال والاستثمارات العالمية، لذلك نرى أن على المشرع- ليس من باب التقليد وركوب موجة الحوكمة - أن

يجتهد ولو في اقتباس بعض أحكامها، وأن يأخذ منها على الأقل ما يواجه به هذه المرحلة، وأن يجعل منها عامل جذب للاستثمارات، خصوصا وأن معظم المستثمرين في القيم المنقولة يشترطون اعتماد قواعد حوكمة الشركات في منظومة قوانين الشركات للدول المستقبلة للاستثمارات، على الأقل بالنظر للمزايا التي تحققها مثل الشفافية والإفصاح التي يجب أن تطبع نشاط الشركات، ورعاية حقوق المساهمين والمساواة بينهم، ولا بأس بعد ذلك أن يُكتَفَها مع طبيعة التوجه الاقتصادي.

تم بعون الله وحمده

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

أ: المصادر

* التشريعات:

- 1- الأمر 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78، بتاريخ 1975/09/30 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
- 2- أمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- 3- القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري المؤرخ في 18 غشت 1990، المعدل والمتمم بالأمر 07/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 ج ر عدد 03 بتاريخ 14 يناير 1996.
- 4- القانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر، عدد 11، لسنة 19 فبراير 2003
- 5- القانون 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008
- 6- القانون 01-10 المؤرخ في 29/06/2010 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج ر عدد 42 مؤرخة في 11/07/2010.
- 7- المرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 24/04/1993. المتضمن تعديل القانون التجاري، ج ر عدد 27، بتاريخ 27 أبريل 1993
- 8- المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في 23 مايو 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة - ج ر عدد 34 بتاريخ 23 مايو 1993، المعدل و المتمم بالأمر 10/96 بتاريخ 10/01/1996 - والقانون 04/03 بتاريخ 17/02/2003
- 9- المرسوم التنفيذي 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1998 يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة، ج ر عدد 80 بتاريخ 24/12/1998
- 10- المرسوم التنفيذي 156/08 بتاريخ 26 مايو 2008 المتعلق بتطبيق أحكام القانون 11/07 المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر عدد 27، بتاريخ 28/05/2008

- 11- مرسوم تنفيذي 202/11 مؤرخ في 26 مايو سنة 2011، يحدد معايير تقارير محافظ الحسابات وأشكال وأجال إرسالها، ج ر عدد 30، بتاريخ 01 يونيو 2011
- 12- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 02/2000 بتاريخ 20/01/2000 المتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة بالبورصة ج ر عدد 50، بتاريخ 2000/08/16
- 13- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 01/03 مؤرخ في 18 مارس 2003 يتعلق بالنظام العام للمؤتمر المركزي على السندات، ج ر عدد 73، 30 نوفمبر 2003.
- 14- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 03/03 المؤرخ في 18/03/2003 المتعلق بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أسهمها في البورصة ج ر، عدد 73 بتاريخ 2003/11/30.
- 15- نظام بنك الجزائر رقم 08/11 مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، متعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 29 غشت 2012.

ب: المراجع

1/ الكتب

- 1- أبو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، 1983
- 2- أحمد بن محمد الرزين، حوكمة الشركات المساهمة-دراسة فقهية-، كرسي سابق لدراسات الأسواق المالية، 2012
- 3- أسامة أحمد شوقي المليجي، التنفيذ الجبري على الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
- 4- أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2008
- 5- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج7، ط2، تأسيس الشركة المغفلة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008
- 6- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، مجلس الإدارة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004
- 7- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأسهم، جزء8، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004

- 8- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج12، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010
- 9- بشرى خالد تركي المولي، التزامات المساهم في شركة المساهمة، دار الحامد للنشر والتوزيع ط01، عمان، 2010
- 10- توفيق سعودي، المسؤولية المدنية والجنائية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة، دار الأمين، 2001
- 11- جورج ريبير، رينيه روبلو، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، ترجمة: منصور القاضي وسليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان، 2008
- 12- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط06، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014
- 13- شكري حبيب شكري، ميشيل ميكالا، شركات الأشخاص وشركات الأموال علما وعملا، مطبعة بروكاشايا، الإسكندرية، 1952
- 14- صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 2007
- 15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، 2009
- 16- عصام حنفي محمود، القانون التجاري، الجزء الأول، د د ن، د س ن، القاهرة
- 17- علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، بدون دار نشر
- 18- علي، علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 08، 2008، الجزائر
- 19- عماد أحمد أمين رمضان، حماية المساهم في الشركة المساهمة، دار الكتب القانونية، 2008
- 20- عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحوكمة الشركات، منشورات زين الحقوقية، ط 01، 2011
- 21- فاروق ابراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2008
- 22- فتاحي محمد، حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2013
- 23- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، 2002 الإسكندرية

- 24- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009
- 25- كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، ج2، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011
- 26- محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال، معهد الإدارة العامة، الرياض، 2002
- 27- محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة- طبيعتها وأحكامها، بدون دار نشر، بدون سنة نشر
- 28- محمود مختار بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دار الفكرة العربي، 1985
- 29- مصطفى رضوان، مدونة الفقه و القضاء، ج 1 منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1958
- 30- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008
- 31- المعتصم بالله الغرياني. حوكمة شركات المساهمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008
- 32- معن عبد الرحيم جويحان، قرارات الهيئة العامة في الشركة المساهمة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010 عمان - الأردن
- 33- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، الوكالة والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007
- 34- نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، 2007
- 35- هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن
- 36- وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، بيروت
- 37- وحي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998
- 38- يعقوب يوسف صرخوة، الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، 1982
- 2/ الأطروحات
- 1- أيت مولود فاتح، " حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة "أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012
- 2- ربيعة غيث، "المساهم في الشركة المساهمة" أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال جامعة محمد الخامس، الرباط 2005

3- عبد الوهاب المريني، "سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، 1997

3/ مقالات، ملتقيات، تقارير:

- 1- إبراهيم إسماعيل إبراهيم، "الشركات المساهمة قوانين وتشريعات"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة
- 2- أكرم ياملكي، "اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 1، لسنة 30، مارس 2006
- 3- أمينة غميرة، "الشروط الأساسية لحسن تطبيق قانون الأغلبية داخل شركة المساهمة"، مجلة القانونية - الالكترونية، المغرب، www.ALKANOONIA.com
- 4- إبراهيم يوسف هرموش، "السهم الذهبي وتحدياته المعاصرة في قضاء محكمة العدل الأوروبية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 30 - العدد الأول، 2014.
- 5- بوجلال مفتاح، "الاتفاقيات المحظورة في شركة المساهمة"، مجلة المؤسسة والتجارة، 5/2009
- 6- بوقرقور سعيد، "النظام القانوني لرد محافظ حسابات شركة المساهمة"، مجلة المؤسسة والتجارة، العدد 2، 2006
- 7- جلييلة مصعور، "الحوكمة المصرفية تطبيق لحوكمة الشركات"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 5، مارس 2015
- 8- حمدي محمود بارود، "مدى التزام شركة المساهمة بتصرفات مجلس إدارتها الذي تجاوز حدود سلطاته" مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الثالث والعشرون، حزيران 2011
- 9- سميحة فوزي، حوكمة الشركات في مصر، مقارنة بالأسواق الناشئة الأخرى "مستقبل الاقتصاد المصري في ظل ممارسة سلطة الإدارة الرشيدة" مؤتمر وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، القاهرة، 2001/10/24
- 10- طارق البختي، "دور القضاء في حماية مساهمي الأقلية داخل شركة المساهمة" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، يوليو غشت، 2013

- 11- عادل سالم، عبد الرحمان الذنبيات، "حجز وبيع الأوراق المالية الاسمية التي تصدرها شركات المساهمة العامة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد43، يوليو 2010
- 12- علي فوزي الموسوي، " حماية الأقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي"، كلية القانون بغداد، د س ن، د د ن
- 13- ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر، 2009
- 13- ميراوي فوزية، "الاتفاقيات العادية في الشركات التجارية"، مجلة المؤسسة والتجارة، 5/2009
- 15- مركز المشروعات الدولية الخاصة، حوكمة الشركات في الأسواق الناشئة، CIPE.
- ثانيا: باللغة الفرنسية

Législations française:

- Loi 66-537 du 24/07/1966 - JORF 26 juillet 1966 modifiée et complétée, portant le code de commerce
- Loi n° 84/148 du 1er Mars 1948, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF du 02 Mars 1984
- Loi n°86-912 du 6 août 1986 , Modifié par Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000
- loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques.
- loi n° 706/2003 du 01/08/2003 sur la sécurité financière
- Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF 27 juillet 2005
- Décision n°2013-369 QPC, du 28 Février 2014, JORF du 02 Mars 2014, p4119, texte, n°44.

Livres :

- 1- Abdoulaye Sakho, les groupes des sociétés en Afrique, droit, pouvoir et dépendance économique, éd KARATHALA et CRES, 2010
- 2- Alain Viandier, la notion d'associe, LGDJ, 1978
- 3- Alexis Albarian, Actualité jurisprudentielle 2010-2011, droit des sociétés commerciales, éd Lamy, 2011
- 4- Alfred Jauffret, Jacques Mestre, Droit commercial, LGDJ, 21 éd, 1993
- 5- André Orléon, le pouvoir de la finance, éd ODILE Jakob, paris, 1999

- 6- André Stadler, au-delà du capitalisme, du collectivisme, et du dirigisme, imprimeries populaires, Lausanne, 1950
- 7- Annie Médina, Abus de biens sociaux, Dalloz référence, paris, 2001
- 8- B lauret, C Bannel, V Baurgninaud, droit des sociétés, 3^{ème} éd, 1994
- 9- Bertrand Richard, Dominique Miellet, la dynamique du gouvernance d'entreprise, édition d'organisation, 2003
- 10- Claude Berr, l'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Sirey, 1961
- 11- Claude Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962
- 12- C Resteau, Traité des sociétés anonymes, tome II, éd. 1982
- 13- Dominique Vidal, droit des sociétés, LGDJ, 2008
- 14- Dictionnaire le Grand ROBERT de la langue Française, sous la direction de A, Rey, 2^{ème} édition, 1995, société.
- 15- Diemer Arnaud, cours d'économie d'entreprise, IUEM d'auvergne
- 16- Dominique Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme Joly édition, 2004
- 17- Dominique Schmidt, les droits de la minorité dans les sociétés Anonyme, Sirey, 1970
- 18- Emmanuel Gaillard, le pouvoir en droit privé, éd economica, 1985
- 19- Eric Causin, droit comptable des entreprise, édition LARCIER, 2002
- 20- François XAVIER LUCAS, le transfert temporaire des Valeurs Mobilière : pour une fiducie de valeurs mobilières, LGDJ, 1997
- 21- François Malepeyre, Charles Jourdain, traité des sociétés commercial, la librairie de jurisprudence de H TARLIER, Bruxelles, 1836
- 22- Christian Fischer, Le rachat d'actions et les participations réciproques, De Boeck, 1996
- 23- George Ripert, R Roblot, traité de droit commercial, t1, 17^{ème} édition, LGDJ, 1998

- 24- Géraldine Goffaux -Callebaut, du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation en droit des sociétés, éd L'Harmattan, 2008
- 25- Ghestin J, traité de droit civil, la formation de contrat, 3^{ème} éd, Paris, LGDJ, 1993
- 26- Gomez, P-Y, KORINE, H, l'entreprise dans la démocratie- une théorie politique du gouvernement des entreprises, de BOECK, Bruxelles, 2009
- 27- Gozian M, viandier A, deboissey F, droit des sociétés, lexisnexus, 25^{ème} éd, 2012
- 28- Hasna Moubsit, la représentation en droit des sociétés, éd l'harmattan Paris, 2013
- 29- J A Rogron, code de commerce expliqué, par ces motifs et par des exemples, imprimerie de Rignoux, paris, 1831.
- 30- Jacques Delga, le droit des sociétés, Dalloz, 1998
- 31- Jacques MESTERE, J Christophe RODA, les principales clauses des contrats d'affaires, lextenso éditions, Paris, 2011
- 32- Jean [Chamboulive](#), la direction des sociétés par action Aux états unis d'Amérique, Librairie Sirey, 1964
- 33- Jean Pailluseau, la société Anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967
- 34- Jean-Louis Navarro, gay Lefebvre, L'acculturation en droit des affaires, édition Thémis, 2007
- 35- Jean-Noirel, les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, T1, 2^{ème} éd, Sirey, 1976
- 36- Jean-Pierre BERTREL, Marina BERTREL, droit de l'entreprise, édition Lamy, France, 2011
- 37- J. Calais-Auloy, l'abus de pouvoir ou de fonctions, economica, 1971
- 38- Joseph Antoine, Marie Claire C, titre et bourse - valeurs mobilières, T1, 2ed, LARCIER, 1997
- 39- John Locke, Le second traité du gouvernement, traduction en français Jean-Fabien Spitz, Christian Lazzeri, Paris, PUF, 1994
- 40- Julia Redenius-Hoevermann, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, LGDJ, 2010

- 41- Kloepfer Pelèse, contribution à l'études des offres publiques en droit français et américain, Paris, 2007
- 42- Isabel Urbain, les comptes courants d'associés, LGDJ, 1986
- 43- Isabelle Corbisier, la société: contrat ou institution, 1^{er} éd, Larcier, 2011
- 44- Leon-Caen ch, L Renault, traité de droit commercial, des sociétés, 2^{ème} éd, T2, librairie cotillon, paris, 1892
- 45- M. M. Maeijer, Koen Geens, Defensive Measures Against Hostile Takeovers in the Common Market: With an introduction in french, Martinus Nijhoff Publishers, 1990
- 46- M. de Juglart, B Ippolito, traité de droit commercial, vol 2, les sociétés, 2^{ème} partie, 3^{ème} édition, Montchrestien, 1982
- 47- Marie-Christine Monsallier, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, 1998
- 48- Marie-France de Pover, trust-fiducie, édition LARCIER, Bruxelles, 2001
- 49- Maurice Cozian, Alain Viandier, Droit des sociétés, Litec, 1987
- 50- [Maurice Cozian](#), [Florence Deboissy](#), [Alain Viandier](#), Droit des sociétés, Lexisnexis, 28^{ème} édition, 2016
- 51- Maysoun Bouzid, l'abus de droit en droit fiscal tunisien, éd publibook, Paris, 2008
- 52- Michel Bode, le groupe international de société, édition scientifiques internationales, Bern 2010
- 53- Monique AIMEE Mouthieu, l'intérêt social en droit des sociétés, éd l'harmattan, Paris, 2009
- 54- Mustapha Henni, dictionnaire des termes économiques et financières Librairie du Liban, publishers, 2001
- 55- Nicole Ferni-Maccario, Gestion juridique de l'entreprise, édition Pearson éducation, France, 2006
- 56- Olivier Caprassé, Roman Aydogdu, les conflits entre actionnaires: prévention et résolution, édition LARCIER, Bruxelles, 2010
- 57- Pierre Mousseron, les conventions statutaires, LGDJ 2010

- 58- Paul Didier, droit commercial : l'entreprise en société, les groupes de sociétés, T2, Thémis, PUF, 1999
- 59- Patrick Soumrani, Le portage d'actions, L.G.D.J. 1996
- 60- Patrick Le doux , le droit de vote des actionnaires, LGDJ, 2002
- 61- P Villard, des administrateurs dans les sociétés anonymes, Librairie COTILLON, Paris, 1884
- 62- Pascal HAIMAUT, Gilberte RAUCQ, les sociétés anonymes, constitution et [fonctionnement](#), édition LARCIER, Bruxelles, 2005
- 63- Paul Jacques Lehman, Patric M, droit des affaires, T2, MAXIMA, 1995
- 64- Paul le Cannu, la société anonyme à directoire, LGDJ, 1979
- 65- Philippe Merle, droit commercial, sociétés commerciales, 5^{ème} éd, édition DALLOZ, 1996
- 66- Pierre Bleton, le capitalisme français, éd économique et Humanisme, 1966
- 67- Raimbourg P, Asymétrie d'information, théorie de l'agence et question de l'entreprise, Encyclopédie de gestion, Economica, 1989
- 68- Raymond Théodore Troplong, Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale, V 2, librairie MELINE, Bruxelles, 1843
- 69- Raymonde Grête, Stéphane rousseau, droit des sociétés par actions, 3^{ème} éd, Thémis, 2011
- 70- Raphaël Contin, le contrôle de la gestion de la société anonyme, librairie techniques, 1975
- 71- Rita Jabbour, La bonne foi dans l'exécution du contrat, LGDJ, 2016
- 72- Scholastique Estelle, le devoir de diligence des administrateurs des sociétés, droit français et anglais, LGDJ, 1998
- 73- Simon Ho, Traité de gouvernance corporative : la gouvernance corporative en chine, les presses de l'université Laval, Québec, 2006
- 74- Sophie Shiller, les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, LGDJ, 2002

- 75- Stefan EBERHARD, la scission de la société anonyme en droit allemand, American et suisse, librairie Droz, Genève, 1999
- 76- Viviane de Beaufort, Harmonisation communautaire et stratégies juridiques : l'exemple des règles sur les OPA., Éditions Larcier, 2009
- 77- Voirin P, les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générale, D, 1931
- 78- Xavier Labée, introduction générale de droit : une approche éthique, presses universitaire du septention, 4^{ème} éd, Paris, 2010
- 79- Yves Dijan, le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun, librairie Sirey, 1965
- 80- Yves de Cordt, l'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale, Académica, 2008
- 81- Yves Guyon, traité de contrats-les sociétés-aménagement statutaires et convention entre associés, 3^{ème} LGDJ 1997
- 82- Yves Guyon, assemblées d'actionnaires, Rep DALLOZ, 2002
- 83- Yves Guyon, droit des affaires, droit commercial général et société, T1, economica 12^{ème} éd, 2003
- 84- Yves Picod, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Paris LGDJ, 1989

Thèses :

- 1- ABI Chacra Charbel, « L'influence de l'évolution du gouvernement d'entreprise sur les dirigeants des sociétés essai de droit comparé France et Angleterre », thèse, McGill University, Montreal, 2006
- 2- Adriana Maria Rodriguez, « les fondements de la responsabilité civile Des dirigeant des sociétés », thèse, université Panthéon-ASSAS, Paris, 2011
- 3- Antoine Despinoy, « l'application des techniques civile aux valeurs mobilières », thèse université Lille 2, 2001
- 4- Arnaud Charpentier, « les actionnaires dans la gouvernance des sociétés côtés française », thèse, université, Paris 1, 2012

- 5- Bee Receveur, « la force obligatoire de contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés » thèse pour le doctorat en droit, université CERGY-Pontoise, 2006.
- 6- Benoist Delcourt, « les contrats civils appliqués aux actions », thèse pour le doctorat, Université Lille 2, 2010
- 7- Bruno Pecchioli, « modification de la valeur Nominale des Actions et gestion de l'actionnariat », thèse, science de gestion, université Nancy 2, 2010
- 8- C. Ruellan, « la loi de majorité dans les sociétés commerciales », thèse Paris 2, 1997
- 9- Caroline Leroy, « le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire » thèse pour le Doctorat université PARIS – EST, 2010
- 10- Céline Karam, « le droit de vote des actionnaires dans les assemblées générales des sociétés anonymes en droit libanais », DEA université libanaise, 2005
- 11- Couty, « de la nature des actions dans les sociétés », thèse, faculté de droit, Paris, 1900
- 12- Deborah Eskinazi, « la qualité d'associé » thèse pour le doctorat en droit, université CERGY-Pontoise, 2005
- 13- Denis SIBOX « capital social, philanthropie et identité » thèse pour le doctorat science de gestion, école doctorale ABBE GREGORIE, 2013
- 14- Duco Daniel, « Le Pouvoir dans les sociétés par actions », thèse, 2004
- 15- Etienne Grosbois, « responsabilité civil et contrôle de la société », thèse pour le doctorat, université, Caen, dec 2002
- 16- G rojou de Boudée, « ESSAI sur l'acte juridique collective », thèse Toulouse, 1961
- 17- Helen Guebidiang, « la cession des droits sociaux de l'associé minoritaire », thèse pour le doctorat, université d'auvergne, 2010

- Jacques Graas, « les actions de préférence en droit Luxembourgeois », thèse université Paris II, 2007
- 18- Khaled Agumon, « réflexion sur l'abus en droit des sociétés dans L'espace OHADA », thèse pour le doctorat, université jean moulin, Lyon, 2013
- 19- Léa Ribeiro Pedro, « Les nouvelles règles sur l'information des actionnaires ont-elles permis un réajustement des pouvoirs au sein de la société ? », DEA en droit des affaires, université ROBERT SCHUMAN, 2002
- 20- Louis FOURÏVIER, « de la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes », thèse pour le doctorat, faculté de droit, université de DIJON, 1899
- 21- Marie-Danielle Poisson, « La protection des actionnaires Minoritaires dans les sociétés de capitaux » thèse pour le doctorat, faculté de droit et de sciences politique, université de Clermont, 1984,
- 22- Maya S Affeich, « La réduction du capital A ZERO », thèse droit des affaires, université libanaise Beyrouth, 2004
- 23- Mehdi Bali, « La subordination Financière », thèse pour le doctorat en droit, université, Paris DAUPHINE, 2012
- 24- Melanie mainhaut, « l'administrateur indépendant », DEA en droit des contrats, université LILLE 2, faculté des sciences juridiques et politiques, 2003
- 25- Nany Elodie Mabika, « L'utilité du capital social », thèse pour le doctorat, université ELERMONT 1, faculté de droit et de science politique, 2010
- 26- Nicolas Delvigne, «La notion restrictive de l'intérêt social a travers la notion de « shareholder primacy », est-elle reçue et fondée en droit Belge ?, thèse, université libre, Bruxelles, 2012
- 27- Renée Kadouch, « le droit de vote de l'associé » thèse pour le doctorat, faculté de droit et de science politiques, université Aix Marseille, 2001
- 28- Somsak Nawatrakulpisut, « contrôle de droit, contrôle de fait », thèse pour le doctorat, université jean moulin-Lyon III, 2007

29- Sylvie Pieraccini, « la propriété temporaire, essai d'analyse des droits de jouissance à temps partage », thèse pour le doctorat, faculté de droit, Toulon, 2008

30- Thomas Jaéglé « l'actionnaire à court-terme dans les offres publiques », thèse pour le doctorat, université, Paris Descartes, 2013

Articles, colloques, séminaires :

1- Abdoulaye Sakho, « analyse substantielle et relation de pouvoir », Revue internationale de droit économique, 2013/4

2- Abdennadher Sonia et Cheffi Walid, « L'adoption du vote par internet aux assemblées générales des actionnaires de sociétés cotées en France : une perspective institutionnaliste », *Systemes d'information & management*, 2011/2 Volume 16

3- Alain Bienaymé, « le pouvoir dans l'entreprise », CADRES ET SOCIÉTÉ, la revue de la CFE-CGC, no 2, nov 2008

4- Alain Bienaymé, «le pouvoir subversif de l'information dans l'économie », commentaire, n°125, 2009

5- Alain Couret « le prêt de titre consenti par une société à un future administrateur d'une filiale », Bull joly, 2000

6- Alain Couret, « La gouvernance dans les sociétés anonymes, un Bouclier pour les dirigeants ? Colloque De CRDA, 12 Mai 2009, chambre de commerce et d'industrie, Paris

7- Alain Couret, « le gouvernement d'entreprise » DALLOZ Sirey, 1995, Chronique

8- Alain Couret, « le plafonnement du droit de vote dans les sociétés anonymes » droit et patrimoine, Fev 1993

9- Alain VIANDIER, "observation sur les conventions de vote", JCP.E, 1986, 15405.

10- Alain VIANDIER, « certificats d'investissement et certificats de droits de vote », JCP, CI, 1983, n°14117.

11- Alcouffe Alain et Kalweit Christian, « Droits à l'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et Allemagne. » Revue internationale de droit économique, 2003/2 t. XVII, 2

12- Ali Bougrine, Arme laure legout, « Organisation des relations entre associés», journal des sociétés, n°51 Février 2008

- 13- André TUNC, « la direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law institute », revue internationale de droit comparé, vol 39 N°04, 1987
- 14- André Tunc, « les conventions au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes » Rev générale de droit commercial, 1942
- 15- Anne Ducros, « renforcement des pouvoirs des actionnaires », dossier Corporate Gouvernance, journal des sociétés, n° 63, mars 2009
- 16- Arnaud Rey Grobellet, « la gouvernance des sociétés anonymes en Europe l'exemple du régime de la responsabilité des dirigeants » colloque 19 Mai 2009
- 17- Auvray Tristan, « Droit des actionnaires et concentration de la propriété en Europe », Revue économique, 2014/1 Vol. 65
- 18- Aynes L, « l'obligation de loyauté », archive de philosophie et du droit, 2000, n°44
- 19- BAHAR, Rashid. La démocratie comme principe directeur du droit des sociétés anonymes: mythes et réalités, In: Tschannen Pierre. *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*. Genève: Schulthess, 2005
- 20- Bernard Bouloc, « nature de la sanction de la privation du droit de vote pour non-déclaration d'un franchissement de seuil », revue des sociétés, 1997
- 21- Bernard Saintourens, « révocation abusive d'un administrateur et responsabilité des actionnaires », Rev, société, 2013
- 22- Bernard TILLMANE, situations de blocage dans les sociétés anonymes,
- 23- BISSARA PH, « comités d'audit, opération de séduction des investisseurs ou éléments moteur de la transparence », colloque, IFA CI, Paris 21 Nov 1996.
- 24- BOIZARD M, « L'abus de minorité », Rev soc, 1988
- 25- Bradet Julienne : « la main visible des investisseurs institutionnels », revue française de gestion, mai 2005, n°41
- 26- Bruno Dondero, « la convention réglementée d'indemnisation et la révocation du directeur général », RTD Com, Jan Mars, 2014
- 27- Bruno Dondero, vidéoconférence, www.canalu.tv/video/universite_paris_1_panthéon_sorbonne/l_affectio_societat_is.15334
- 28- Bruno Dondero, « les pactes d'actionnaires signés par la société », revue des sociétés, 2011

- 29- C. Houpin, « de l'usage des actions de priorité » journal des sociétés, 1905
- 30- Charles Goyet, « Les pactes d'actionnaires, l'action de concert et la stratégie des groupes », université Robert Schuman, Strasbourg III
- 31- Charles Goyet, « franchissement des seuils du tiers et la moitié du capital ou des droits de vote d'une société », RTD.Com, 2000
- 32- Christine Noel, Etienne REDOR, « en quoi les parachute dorés sont ils conciliables avec l'intérêt des actionnaires », revue comptabilité financière, Nov 2007
- 33- Christine Noel, Etienne REDOR, « les parachute dorés, sont ils vraiment contraire à l'éthiques », humanisme et entreprise, 2010/03, n298
- 34- Christopher Lantenois, Benjamin Coriat, « Investisseurs institutionnels non-résidents, corporate governance et stratégies d'entreprise », Revue d'économie industrielle, n°134, 2011
- 35- Claude Simon, « La théorie de l'agence », Gestion & management, Annexe 1, Collection MENTION, 2007
- 36- D Boulet, « la sauvegarde des sociétés face aux offres publiques d'achats sauvage », JCP, éd, 1998
- 37- David F, « la réforme législative des sociétés par action d'après l'enseignement du droit comparé », revue général de droit comparé, 1941
- 38- Daniel Bachey : « pour sortir de la domination financière » l'express roolarta, l'expansion management, review, 2008/4
- 39- Daniel Hurstel, Thomas Beider, « est-il urgent et indispensable de reformer le droit des sociétés au non de la Corporate governance » revue des sociétés, 1995/04
- 40- Daniel la fortune, « les conventions d'actionnaires », revue juridique Thémis, 2002, n°36
- 41- Denis Kessler, « l'entreprise entre transparence et secret », revue pouvoirs, n° 97, 2001
- 42- Denis Kibler, « indépendance et gouvernance, le courage d'être différent », APIA, Mars 2012
- 43- Dimitri, Gaulis, J TRISTAN, Michel, « les actions à droit de vote privilégié » CEDIDAC. Bulletin n°50, Lausanne Oct 2008
- 44- Dominique Bessir et Al, « norme de gouvernance et effets d'universalisation : le cas de l'administrateur indépendant en pratique et

théorique », revue française de gouvernance d'entreprise n°04, 2^{ème} semestre 2008

45- Dominique Schmidt, «Les opérations de portage de titres de sociétés» in Les opérations fiduciaires; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Ed. Feduci. LGDJ. 1985

46- Dominique Schmidt, « le régime actuel des valeurs mobilières », RD bancaire et bourse, 1987

47- Dominique Schmidt, « les lois de 1er Aout 2003, et le droit des sociétés » DALLOZ, 2003

48- Dominique Schmidt, C BAJ, « réflexions sur les effets de l'action de concert » RD Bancaire et bourse, 1991

49- Dominique Schmidt, Propos introductifs, RJ com. nov. 1991, n° spécial, *La loi de la majorité*

50- Dominique Schmidt, « Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions » Rapport de synthèse, RJ com. nov. 1990, n° spécial

51- Ducouloux-Favard, «les mesures en matières boursière », petite affiches, Juin 1992

52- FasterLing Bjorn, DURAMEL J CH, « le comply or explique : la transparence conformiste en droit des sociétés » revue international de droit économique, 2009/2, t23

53- Fernand Morin, « le vote cumulatif en droit des companies » Les Cahiers de droit, vol. 4, n° 2, 1960

54- Florence Deboissy, « Le contrat de société - RAPPORT FRANÇAIS », Université Montesquieu-Bordeaux IV

55- Frank Cleeren, « La protection des intérêts de certains actionnaires », Droit des sociétés, Accountancy & Tax, Numéro 2/2002

56- Frédéric Pollaud-Dulian, « l'actionnaire dans les opérations de portage », revue des sociétés, 1999

57- Garcia Sarah Assetou, Les pactes d'actionnaires à l'épreuve de la pratique, Article juridique publié le 09/04/2013 sur le site web : www.Légavox.fr

58- Gazulla Joël, « le démembrement de propriété sur les titres sociaux », revue Française de comptabilité, n°346, Oct 2010

- 59- George Ripert, « le droit des actionnaires à la communication des documents sociaux » Rev fiduciaire, n° 283, 1952
- 60- Gérard blanc, « l'abus de droit dans les contrats en droit français », l'abus de droit, comparaison franco-suisse, actes du séminaire de Genève, Mai 1998, publication, université de Saint-Etienne, 2001
- 61- Gérard Charreaux, « Les grands auteurs en théorie des organisations: Michael Jensen: la théorie positive de l'agence et ses applications à l'architecture et à la gouvernance des organisations », Cahier du FARGO n° 1041203, Décembre 2004
- 62- Gérard Charreaux, « gouvernement d'entreprise- théories et faits », corporate governance, Economica, 1997
- 63- Gérard Charreaux, ph desbrières, « l'actionnaire », revue française de gestion, 2002/5, n°141
- 64- GUINANE. W Timothy, « pouvoir et propriété dans l'entreprise », pour une histoire internationale des sociétés à responsabilité limitée, annales : histoire, sciences sociales, 2008/1, 3^{ème} année
- 65- Guy chesme : « l'exercice singulier de l'action sociale dans la société anonyme », RTD com, 1962
- 66- H Bovieux, « la nouvelle réglementation du droit de vote dans les sociétés par actions », journal des sociétés, 55^{ème} année, Jan 1934
- 67- H Lesguillons, « le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires », revue de droit des affaires international, n° 2, 2005
- 68- Hervé pichard, Bruno pilchard, « quels pactes d'actionnaires pour le business angels », journal des sociétés, n°42, avr 2007
- 69- Hubert segain, « les franchissements de seuils évolutions récentes », colloque «actualité boursière », RTDF, n°2, Avril 2008
- 70- Hugues Fronville, Charles de streel, « La continuité de l'entreprise et l'intérêt social »
- 71- Isabelle Charlier, et al, « référence du régime des actions au porteur », ACE comptabilité, Fisc, audit, 2014/10
- 72- Ivan tchotourian, « main basse sur le pouvoir dans les sociétés canadiennes, Eclairage sur les finalités et modalités des décisions actionnariales », revue général de droit, Vol 43, n°1, 2013

- 73- J M de Bermond de Vault, "le spectre de l'affectio societatis », JCP, éd E I ,1994
- 74- *Jean-Claude. Coviaux*, « l'achat par une société de ses propres actions », dix ans de droit de l'entreprise, Litec, 1978
- 75- Jean-Louis Medus, « Conventions de portage et information comptable et financière », Revue des sociétés, 1993
- 76- J.J Daigre, Monique sentilles Dupont, « pactes d'actionnaires », GLN, Joly éditions, 1995, n°98.
- 77- Jacques Hamon, « la répartition des droits de vote, leur exercice et efficacité économique », CEREG, université, Paris- Dauphine 2001
- 78- Jacques Wantz, Laëtitia Osejo, statuts de société et pacte d'actionnaires ; quel instrument choisir ? Capital finance n°950, nov 2009
- 79- Jean François Carré, « le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », RJDA, Juil. 2012
- 80- Jean François Carré, « pactes d'actionnaire » entreprise et expertise, option finance, n°1211, Mars 2013
- 81- Laurent Aynes, « Usufruit et droit d'usage des actions des sociétés » revue des sociétés, 1999
- 82- Le Maux Julien, « La coalition de contrôle. Un outil au service de la gouvernance», Revue française de gestion 2008/1, n° 181
- 83- LE Nabasque, Hervé, « le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com., avr- juin 1999, n°52
- 84- Louis Fraissaingea, « la responsabilité des fondateurs et des administrateurs de sociétés anonymes », annales de droit commercial étranger et international, 1907, n° 4 – 5
- 85- M Jeantin « les catégories d'actions » recueil DALLOZ-Sirey, 1995, 12^{ème} CAHIER
- 86- M A, Moreau, « société Anonyme » BULLETIN pratique des société, 1^{ère} année, Janvier 1932, n°1
- 87- M. Chambert, J Tricou, « le titre dans le cadre de la nouvelle loi sur l'épargne », revue banque, 1988
- 88- Madeleine Cantin, « le pouvoir juridique », R D McGill, 2007, 52

- 89- Manuel Bianchi, « couvrir les risques de l'administrateur », publication CEDIDAC, Lausanne, 2012
- 90- Marc Auberger, « Les difficultés de la valorisation des entreprises par les marchés financiers », Revue d'économie financière 2011/4 (N° 104)
- 91- Marie Anne Frison, R. Michel Jockey, « pourquoi existe-t-il encore des titres au porteur ? », la semaine juridique JCP, éd. E, n°12
- 92- Michel Albouy, « l'actionnaire comme apporteur de ressources financières », revue française de gestion, 2002/5, n° 141
- 93- Michel Germain, « la déclaration de franchissement de seuil », RD bancaire et bourse, 1990
- 94- Mohamed Salah : « les conventions soumises à autorisation et contrôle détermination du champ d'application et personne concernées », revue entreprise et commerce, 2009/5
- 95- Mohamed Salah, « la voie judiciaire de révocation des commissaires aux comptes de sociétés par actions, questionnements et réponse », revue entreprise et commerce, 2007
- 96- Nathalie Gagnon Catherine Lapointe, « convention entre actionnaires et stratégies de transfert d'entreprise », apff, SDE
- 97- Neumayer Karl, « l'information et le pouvoir des actionnaires en Allemagne, droit en vigueur et projet de réforme », revue international du droit comparé, V14, n°2, 1962
- 98- Nicolas Rontchevsky, « les pouvoirs du bureau de l'assemblée générale des actionnaires en matière de privation de droit de vote », RTD.com 2008
- 99- Nicole Decoopman, « du gouvernement des entreprises, à la gouvernance », université Picardie Jules verne
- 100- Noëlle lesourd, « l'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », RTD com, 1962
- 101- Olivier Hari, « le droit à l'information et la participation des actionnaires d'une société anonyme dans une procédure d'assainissement transparence et secret dans l'ordre juridique, suisse, Genève, 2010
- 102- Olivier p Dunant, Jacques Bonvin, les conventions d'actionnaires, art publié, nov 2007 Sur: www.taverniertSchanz.com, date consultation du site: 23/11/2015 à 10h50

- 103- Omrane A, « le droit de l'associé à l'information et à l'accès à la justice », ملتقى حول "الجديد في قانون الشركات التجارية بعد تنقيح 16 مارس 2009", مركز الدراسات القانونية والقضائية, صفاقس, جوان 2009
- 104- Oueld Daoud E Nedjla, « la propriété managériale, la politique de financement de l'entreprise et les stock-options, interrelation et impacts sur la richesse des actionnaires », revue des sciences de gestion, 2009/3, n°237-238
- 105- Paillusseau Jean, « les groupes des sociétés », RTD com, 1972
- 106- pascal Etian, « la notion de harcèlement Moral en droit », droit 21, 2001
- 107- Patrick Prud'homme, « les actions de préférence d'une société coopérative anonyme », revue internationale de l'économie sociale n°327
- 108- Paul cordonnier, « l'actionnaire peut-il céder son droit de vote », journal des sociétés, 48^{ème} année, N°1, 1927
- 109- Paul Cordonnier, « l'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblés d'actionnaires », journal des sociétés, 55^{ème} année, n°7 Juil 1934
- 110- Paul le Cannu, « les limites du caractère contradictoire de l'expertise de l'article 226 », revue des sociétés, 1997
- 111- Paul le Cannu, « responsabilité des associés décidant une révocation contraire à l'intérêt social et dans l'intention de nuire au géant révoqué », droit 21, 2001
- 112- Paul le Cannu, « l'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés, l'acquisition de la qualité d'actionnaire », Rev, Soc, 1999
- 113- Paul le Cannu, « Baisse du quorum des assemblées des sociétés anonymes », RTD com, 2005
- 114- Paul SOENS, « le conflit d'intérêt de l'administrateur », Pacioli, n° 317, avr 2011
- 115- Peltier .F, « l'inégalité dans les offres publiques », revue de droit bancaire et financier, n°4, Juil-Aout 2003
- 116- Perrot A, « la vente à réméré de valeurs mobilières RTD.com, 1993
- 117- Pierre Baudouin – Bognet, « les actionnaires n'assistent pas assez Aux assemblées », revue international des sociétés, 1^{er} année, Avril 1935
- 118- Pierre-Henri CONAC, « l'avenir des reformes, les nouveaux organes », petit affaires, Aout 2007, n°154

- 119- R Percerou, « la notion d'avantage particulier », dix ANS de conférences d'agrégation, DALLOZ, Paris
- 120- Rahma Chakker, Pierre Labardin, de l'information comptable a la connaissance financière : des années 1670 a nos jours ». Comptabilité et Connaissances, May 2005, France
- 121- Reignie. Ph, « la licéité du prêt d'actions à des administrateurs », Bull joly, 2000,
- 122- REMI Jardat, « de la démocratie en entreprise, quelques résultats empiriques et proposition théoriques », Revue française de gestion, 2012/9- n°228-229
- 123- Renée Vidal, « le caractère social du droit de vote », journal des sociétés, n°7, Juil 1929
- 124- Richard BOZEC : « la gouvernance d'entreprise en dehors des Etats-Unis, mécanismes obligatoirement consentis », revue internationale d'études canadienne, n°39-40, 2009
- 125- Risse Mathias, « Justifier la règle de majorité », *Raisons politiques*, 2014/1, N° 53
- 126- ROGER Guesnerie, « la suprématie des actionnaires en question », colloque « de l'autorité », collège de France, Paris, oct 2007
- 127- Samuel Mercier, « une analyse historique du concept des parties prenantes : quelle leçon pour l'avenir ? » management & avenir, 2010/3, n°33
- 128- Samuel Schmidt, Jacques-olivier sales, « réorganisation des pouvoir des dirigeants », journal des société, n°63, Mars 2009
- 129- SARAH Xerri-Hanote, « l'obligation de loyauté du dirigeant social », la tribune de l'assurance, déc 2012, n°175
- 130- SCHOLASTIQUE Estelle, « l'administrateur indépendant - quelle indépendance ? » Cahiers de droit et de l'entreprise, n°5, Sept-Oct 2005
- 131- Stéphane Mercier, « le rôle et l'importance de l'assemblée générale annuelle », Pacioli, n°359, Mars 2013.
- 132- Stikeman Elliott, « Les administrateurs et les dirigeants au Canada », Aperçu juridique, STIKEMAN ELLIOTT S.E.N.C.R.L, S.R.L. JANVIER 2008
- 133- Tchotourian Ivan, « Informing good to do well : Une approche comparée de la participation (imparfaite) du droit des sociétés par actions à une gestion responsable », La Revue des Sciences de Gestion, 2008/5 n°233

- 134- thiery Baudasse, Thiery Montalieu « l'hypothèse du capital social, une application à la finance et au développement », revue tiers Monde, 2007/2 n°190
- 135- Tristam Auvray, François MORIN, « Le rapport de propriété dans les sociétés de capitaux », séminaire CREATIF, Paris, 30/05/2008
- 136- Victoire Patouillard, « des parachutes pour tous », *Vacarme* 2007/3 (n° 40)
- 137- Wiem EL MANAA, wafa KHELI, « effets de la structure de propriété sur la performance des entreprises tunisiennes », revue des sciences de gestion, 2010/3, n°243-244
- 138- Yannick Roudaut, « les ONG s'invitent dans le débat d'actionnaires », *l'express-Roularta/l'expression MANAGEMENT review*, 2008/4, n°131
- 139- Yves Henri, Leleu Sophie Louis, « les actionnaires mariés sous le régime de la communauté légale », le statut des actionnaires spéciales, 2006/10 Vol 89
- 140- Yves Reinhard, « le droit de vote de l'actionnaire », *RTD com*, 1999
- 141- Yves, Bozec, « structure de l'actionnariat à contrôle minoritaire et gouvernance », *Gestion*, 2007/2, vol 32.

Rapports :

- 1- Autorité des marchés financiers, rapport sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotés, présidé par, Olivier poupart Lafarge, 07 fev 2012
- 2- BULLETIN COSOB, « le dépositaire central des titres », n° spécial, n°04, Juillet 2003
- 3- Comité de nomination : « gouvernance & bonne pratique », IFA septembre 2011, présidé par pierre roducanchi
- 4- Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise, CNUCD
- 5- Rapport annuel de la cour de cassation française, 1996
- 6- Rapport COB, 1992, p48, sur site web : www.AMF-france.org
- 7- Rapport sur les travaux de L'IFA, « SAY ON PAY: comparaisons internationales & bonnes pratiques », novembre 2013

Site web :

www.OCED.org

www.canalu.tv/video/universite_paris_1_panthéon_sorbonne/l_affectio_societatis.15334

www.Légavox.fr

www.AMF-france.org

www.tavernierSchanz.com

www.courdecassation.fr

www.legifrance.gouv.fr

فهرس المحتويات

الفهرس

	إهداء
	شكر
	قائمة المختصرات
أو	مقدمة
	فصل تمهيدي: إطار مفاهيمي تأصيلي
09	المبحث الأول: مفهوم رأس المال
09	المطلب الأول: تطور مفهوم رأس مال الشركة
09	الفرع الأول: ارتباط فكرة رأس المال بظهور الشخصية المعنوية للشركة
11	الفرع الثاني: تعريف رأس مال الشركة
11	أولاً: المفهوم اللغوي لرأس مال الشركة
12	ثانياً: المفهوم الاصطلاحي لرأس مال الشركة
12	أ / التعريف الفقهي لرأس مال الشركة
13	ب/ التعريف التشريعي لرأس مال الشركة
13	ج/ التعريف المقترح لرأس مال الشركة
14	المطلب الثاني: القواعد التي تحكم رأس مال الشركة
14	الفرع الأول: مبدأ ثبات رأس المال
14	الفرع الثاني: مبدأ الحد الأدنى لرأس مال الشركة
15	الفرع الثالث: مبدأ "حقيقة" رأس المال
16	المطلب الثالث: تشكيل رأس المال وأهميته
16	الفرع الأول: تشكيل رأس مال الشركة
19	الفرع الثاني: أهمية رأس مال الشركة
20	المبحث الثاني: مفهوم سلطة رأس المال في الشركة
20	المطلب الأول: تعريف سلطة رأس المال
25	المطلب الثاني: الاعتبارات التي تؤسس لسلطة رأس مال
25	الفرع الأول: الأساس المستمد من المنطق التجاري
26	أولاً: سلطة رأس المال من المنظور التاريخي
27	ثانياً: المساهم هو مستثمر ممول للشركة
29	الفرع الثاني: الأساس التعاقدي التقليدي لسلطة رأس المال
29	أولاً: المفهوم القانوني للعلاقة العقدية كأساس لسلطة رأس المال
29	أ : سلطة رأس المال مستمدة من عقد الشركة

30	ب: الوكالة كأساس لسلطة المساهم
31	ثانيا: المفهوم الاقتصادي للعلاقة التعاقدية كأساس لسلطة رأس المال
32	أ / نظرية الوكالة la théorie de l'agence
33	ب/ نظرية حزمة العقود la théorie du nœud de contrats
34	المبحث الثالث: مفهوم المساهم
34	المطلب الأول: تعريف المساهم
36	المطلب الثاني: طبيعة علاقة المساهم بالشركة
36	الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن حق المساهم هو حق دائنية
38	الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن حق المساهم هو حق ملكية
39	الفرع الثالث: الرأي الخاص
41	المطلب الثالث: التمييز بين سلطة المساهمين وسلطة الجمعية العامة
الباب الأول: ممارسة سلطة رأس المال	
44	تمهيد وتقسيم
الفصل الأول: التنظيم العام لسلطة رأس المال	
46	مقدمة الفصل الأول
47	المبحث الأول: أساس وآلية اتخاذ القرارات في الشركة
47	المطلب الأول: مبدأ الأغلبية
48	الفرع الأول: مفهوم مبدأ الأغلبية
48	أولا: تعريف الأغلبية
49	ثانيا: مبدأ الأغلبية في القانون الجزائري
51	ثالثا: خصائص مبدأ الأغلبية
51	أ: مبدأ الأغلبية مبدأ نسبي
52	ب: الأغلبية مفهوم غير ثابت
53	ج: مبدأ الأغلبية ذو طابع عيني
53	د: مبدأ الأغلبية من النظام العام
54	الفرع الثاني: مبررات اعتماد مبدأ الأغلبية
54	أولا: قانون الأغلبية تخفيف من الإجماع
56	ثانيا: قانون الأغلبية تعبير عن ديمقراطية المساهمة
59	ثالثا: قانون الأغلبية تبرره المصلحة الجماعية
62	رابعا: قانون الأغلبية أفضل طريقة لاتخاذ القرارات الجماعية
63	المطلب الثاني: حق التصويت

63	الفرع الأول: مفهوم حق التصويت
64	* أهمية حق التصويت
66	الفرع الثاني: المبادئ التي تحكم حق التصويت
66	أولاً: مبدأ التناسب
69	ثانياً: مبدأ حرية التصويت
71	ثالثاً: مبدأ المساواة
73	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لحق التصويت
74	أولاً: حق التصويت ذو طبيعة شخصية
74	ثانياً: الطبيعة الجماعية لحق التصويت "حق وظيفة" Droit fonction
75	ثالثاً: الاتجاه التوفيقي
76	رابعاً: الرأي الخاص
78	المبحث الثاني: قرارات الجمعية العامة تعبير عن الإرادة الجماعية للمساهمين
78	المطلب الأول: الجمعية العامة هي الإطار العام لاتخاذ القرارات بالشركة
79	الفرع الأول: اتخاذ القرارات بالجمعية العامة
79	أولاً: أهمية الجمعية العامة
80	ثانياً: حق الحضور بالجمعية العامة
82	ثالثاً: انعقاد الجمعية العامة
85	رابعاً: التصويت بالجمعيات العامة
88	الفرع الثاني: شروط اتخاذ القرارات بالجمعية العامة
88	أولاً: النصاب
92	ثانياً: الأغلبية
94	المطلب الثاني: مظاهر سيادة الجمعية العامة في الشركة
94	الفرع الأول: الجمعية العامة صاحبة السيادة في مواجهة باقي الأجهزة
94	أولاً: سمو الجمعية العامة في إطار التدرج الهرمي للسلطات في الشركة
97	ثانياً: سلطة الجمعية العامة في التعيين والعزل
97	أ: تعيين وعزل مجلس الإدارة
102	ب: تعيين وعزل مندوبي الحسابات
106	الفرع الثاني: الجمعية العامة صاحبة السيادة في اتخاذ القرارات في الشركة
107	أولاً: سلطات الجمعية العامة العادية
107	أ / بالنسبة للمسائل الإدارية
108	ب / بالنسبة للمسائل المالية
108	ثانياً: سلطات الجمعية العامة غير العادية

111	ملخص الفصل الأول
	الفصل الثاني مقومات سلطة رأس المال
113	مقدمة الفصل الثاني
114	المبحث الأول: حق المساهم في الإعلام
114	المطلب الأول: مفهوم ومضمون حق المساهم في الإعلام
115	الفرع الأول: مفهوم حق المساهم في الإعلام
115	أولا : التطور التاريخي لحق المساهم في الإعلام
117	ثانيا: العوامل المساعدة على تكريس وتوسع حق الإعلام
118	أ/ التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال
118	ب/ تزايد حركة الاستثمار بالقيم المنقولة
119	ج/ تغير تركيبة المساهمة في الشركة
119	ثالثا: أهمية حق الإعلام
120	رابعا: نطاق حق الإعلام.
122	الفرع الثاني: مضمون حق المساهم في الإعلام
122	أولاً: الوثائق التي تحقق إعلام المساهم
122	أ : تقرير مجلس الإدارة أو المديرين
124	ب: الوثائق المعروضة على الجمعية العامة /الوثائق المالية و المحاسبية
125	ج: ورقة الحضور
126	د :/ جدول الأعمال
128	ثانيا: أشكال اتصال المساهمين بالمعلومات
128	أ: الإعلام القبلي أو المؤقت
129	ب: الإعلام أثناء انعقاد الجمعية العامة
130	ج: الإعلام الدائم
131	المطلب الثاني: فعالية حق المساهم في الإعلام
131	الفرع الأول: آليات التحقق من صحة المعلومات
131	أولاً: مندوب الحسابات
132	أ/: أهمية عمل مندوب الحسابات
133	ب-تقارير مندوب الحسابات.
137	ثانيا: مجلس المراقبة
137	أ-النظام القانوني لمجلس المراقبة
139	ب-المهام الرقابية والإعلامية لمجلس المراقبة
140	ثالثا: طلب تعيين خبير إداري "خبرة إدارية" Expertise de gestion

142	الفرع الثاني: ضمانات الممارسة الفعالة لحق الإعلام
143	أولا/: الضمانات القضائية
143	أ: الغرامة التهديدية
145	ب: بطلان مداوات الجمعية العامة
146	ج: المسؤولية الجزائية للقائمين بالإدارة
147	ثانيا: الضمانة التي توفرها سوق الأوراق المالية
149	ثالثا: الضمانات الانتفاقية لحق المساهم في الإعلام
152	المبحث الثاني: مسؤولية والتزامات مجلس الإدارة
152	المطلب الأول: مسؤولية مجلس الإدارة تجاه الشركة والمساهمين
153	الفرع الأول: طبيعة المسؤولية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة
153	أولا : المركز القانوني لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة
155	ثانيا : المسؤولية التضامنية والشخصية لأعضاء مجلس الإدارة
156	ثالثا: نطاق المسؤولية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة
157	أ / مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية
160	ب: مخالفة نظام الشركة
161	ج : الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير
162	الفرع الثاني: دعوى المسؤولية ضد مجلس الإدارة
163	أولا: المسؤولية المدنية
163	أ: دعوى الشركة Action social
164	ب: دعوى الشركة المرفوعة من المساهم Action social UT singuli
168	ج : الدعوى الفردية Action individuel
169	د: معايير تمييز دعوى الشركة عن دعوى المساهم
171	ثانيا: المسؤولية الجزائية لأعضاء مجلس الإدارة
172	ثالثا: امتداد إفلاس الشركة إلى أعضاء مجلس الإدارة
175	المطلب الثاني: تأثير قواعد حوكمة الشركات في علاقة المساهمين بمجلس الإدارة
176	الفرع الأول: مفهوم حوكمة الشركات
176	أولا: ظهور حوكمة الشركات
178	ثانيا: تعريف حوكمة الشركات
180	ثالثا: حوكمة الشركات في التشريع الجزائري
182	رابعا: تقدير مدى رعاية الحوكمة لحقوق المساهمين
184	الفرع الثاني: التزامات مجلس الإدارة
184	أولا: الالتزام بتحقيق غرض الشركة

186	ثانيا: الالتزام بالشفافية والإفصاح
188	ثالثا: الالتزامات السلوكية
193	الفرع الثالث: تشكيل مجلس الإدارة
193	أولا: المدير المستقل
196	ثانيا: اللجان المختصة
196	أ- لجنة التدقيق
196	ب- لجنة الترشيح والتعيينات
197	ج- لجنة الأجور والمكافآت
198	ملخص الفصل الثاني
الباب الثاني : الممارسة الاستثنائية لسلطة رأس المال	
200	تمهيد وتقسيم
الفصل الأول : تنظيم ممارسة سلطة رأس المال خارج مبدأ التناسب	
202	مقدمة الفصل الأول
203	المبحث الأول: انفصال الملكية عن السلطة
204	المطلب الأول: تأثير الطبيعة والوضعية القانونية للأسهم على حق التصويت
204	الفرع الأول: اختلاف سلطة المساهمين تبعا لتنوع أسهم الشركة
204	أولا: الأسهم الممتازة
205	أ- أسهم الامتياز في الحقوق السياسية مرادف للسلطة في الشركة
206	ب- أسهم الامتياز في القانون الجزائري
209	ج- أنواع أسهم الامتياز
209	1- أسهم الامتياز في التصويت
212	2- أسهم ذات أفضلية في الاكتتاب
214	3- أسهم امتياز في حقوق سياسية أخرى
215	ثانيا: أسهم مفرغة من السلطة
215	أ / أسهم الأفضلية في الأرباح دون حق التصويت
218	ب- الأسهم لحاملها
221	الفرع الثاني: المنع القانوني من التصويت
221	أولا: المنع من التصويت كجزء
222	أ / إلغاء حق التصويت لعدم الالتزام بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة
225	ب / إلغاء حق التصويت لأسهم التحكم الذاتي
227	ج / إلغاء حق التصويت للأسهم غير المسددة كلية

230	ثانيا: المنع الاحترازي لحق التصويت عند تعارض المصالح
230	أ / إلغاء حق التصويت لمقدم الحصة العينية عند تقديرها
232	ب/ حرمان أعضاء مجلس الإدارة من التصويت بخصوص الاتفاقيات المنظمة
234	ج / إلغاء حق التصويت للمستفيد من إلغاء حق التفاضل في الاكتتاب
236	المطلب الثاني: تأثير صفة ملكية الأسهم في ممارسة حق التصويت
236	الفرع الأول: الانتقال المؤقت لملكية الأسهم
237	أولاً: بيع الأسهم بشرط الاسترداد la vente à réméré d'actions
239	ثانيا: اقتراض الأسهم le prêt d'actions
241	ثالثاً: حيازة الأسهم Le portage d'action
244	الفرع الثاني: تفكك ملكية الأسهم والحقوق المرتبطة بها
244	أولاً: ملكية الرقبة وحقوق الانتفاع
248	ثانيا: شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت
251	ثالثاً: الملكية المشتركة للأسهم
254	الفرع الثالث: تأثير العمليات على الأسهم في ممارسة السلطة
254	أولاً: شراء الشركة لأسهمها الخاصة
258	ثانيا: الحجز على الأسهم
260	ثالثاً: وضع الأسهم تحت الحراسة
265	المبحث الثاني: دور الحرية التعاقدية في تنظيم حق التصويت
265	المطلب الأول: التنظيم القانوني للتعاقدات المتعلقة بحق التصويت
266	الفرع الأول: أهمية الاتفاقيات بين المساهمين ومكانتها التشريعية
266	أولاً: أهمية التنظيم الإتفاقي لحق التصويت بين المساهمين
267	ثانيا: التنظيم الإتفاقي لحق التصويت في القانون الفرنسي
269	ثالثاً: التنظيم الإتفاقي لحق التصويت في القانون الجزائري
273	الفرع الثاني: شروط صحة التعاقدات حول حق التصويت
273	أولاً: الشروط العامة لصحة التنظيم الإتفاقي لحق التصويت
276	ثانيا: الشروط الخاصة لصحة التنظيم الإتفاقي لحق التصويت
278	ثالثاً: مراعاة المصلحة الجماعية
280	الفرع الثالث: فاعلية بنود واتفاقيات التصويت بين المساهمين
281	أولاً: حدود إرادة المساهمين في فرض بنود اتفاقيات التصويت
281	أ: نطاق تطبيق اتفاقيات التصويت
283	ب: فاعلية اتفاقيات التصويت في مواجهة القوانين وأنظمة الشركات
286	ثانيا: تنفيذ بنود واتفاقيات التصويت بين المساهمين

286	أ: تنفيذ الاتفاقيات وفقا للقواعد العامة
288	ب: آليات قانونية لتدعيم الاتفاقيات بين المساهمين
290	المطلب الثاني: الحرية التعاقدية آلية لتنظيم السلطة في الشركة
290	الفرع الأول: الاتفاق على الحد من السلطة
290	أولاً: البند المتضمن تسقيف حقوق التصويت Plafonnement des droits de vote
294	ثانياً: البند المتضمن تسقيف المساهمة Plafonnement des participations
295	ثالثاً: البند المتضمن المنع المؤقت التصويت clause de stage
296	الفرع الثاني: الاتفاق على تقاسم السلطة
297	أولاً: الاتفاق المتضمن توزيع المشاركة في إدارة الشركة
298	ثانياً: البند المتضمن شرط المساواة clause d'égalisation
299	الفرع الثالث: التصويت بالوكالة le Mandat de vote
300	أولاً: شروط وكالة التصويت
305	ثانياً: التصويت بالوكالة، ممارسة للسلطة من غير المالك
306	ملخص الفصل الأول
	الفصل الثاني: حدود سلطة الأغلبية في الشركة
308	مقدمة الفصل الثاني
309	المبحث الأول: هيمنة مجلس الإدارة على السلطة في الشركة
309	المطلب الأول: سلطة مجلس الإدارة المؤسسة على التمثيل
310	الفرع الأول: طبيعة سلطة مجلس الإدارة في التمثيل
312	الفرع الثاني: السلطة المستمدة من صلاحية التمثيل القانوني للشركة
312	أولاً: سلطة مجلس الإدارة في إلزام الشركة أمام الغير
316	ثانياً: سلطة مجلس الإدارة في الأعمال الداخلية
316	أ- سلطة التعيين لمنصب عضو مجلس إدارة
318	ب- سلطة مجلس الإدارة في إعداد جدول الأعمال
320	الفرع الثالث: سلطة مجلس الإدارة المؤسسة على تفويض من الجمعية العامة
322	المطلب الثاني: السلطة المؤسسة على الهيمنة الواقعية لمجلس الإدارة
322	الفرع الأول: ضعف نية المشاركة لدى المساهمين
323	أولاً: مفهوم نية المشاركة
325	ثانياً: مكانة نية المشاركة في شركة المساهمة
329	ثالثاً: تأثير ضعف نية المشاركة في ممارسة السلطة
331	الفرع الثاني: التغيب عن الجمعيات العامة
331	أولاً: ظاهرة تغيب المساهمين

333	ثانيا: أسباب تغيب المساهمين
336	الفرع الثالث: التفويض على بياض Pouvoirs en blanc
342	المبحث الثاني: الحدود القضائية والقانونية لسلطة الأغلبية
342	المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرارات الأغلبية الموسومة بالتعسف
343	الفرع الأول: التعسف في قانون الشركات
345	الفرع الثاني: تعسف الأغلبية
346	أولا: مفهوم تعسف الأغلبية
348	ثانيا: شروط تحقق تعسف الأغلبية
353	ثالثا: جزاء تعسف الأغلبية
358	الفرع الثالث: الأقلية المعطلة لقرارات الأغلبية- تعسف الأقلية
358	أولا: مفهوم الأقلية في الشركة
359	ثانيا: تأثير الأقلية على قرارات الأغلبية
363	المطلب الثاني: الحدود القانونية لسلطة الأغلبية
363	الفرع الأول: تراجع سلطة اتخاذ القرار بالنسبة للأغلبية
363	أولا: عدم قدرة الأغلبية على المساس بالحقوق الأساسية للمساهم
369	ثانيا: اشتراط موافقة الجمعيات الخاصة لفئات الأسهم
370	ثالثا: الطابع المؤقت للجمعية العامة
371	رابعا: الأغلبية لا تعبر دوما عن الإرادة الجماعية للمساهمين
373	الفرع الثاني: تراجع سلطة الأغلبية لفائدة مجلس الإدارة
373	أولا: التزام الشركة بالتعويض عن العزل التعسفي لعضو مجلس الإدارة
377	ثانيا: عدم جواز تعدي الأغلبية على الاختصاصات القانونية لمجلس الإدارة
381	ملخص الفصل الثاني
382	خاتمة
390	قائمة المصادر والمراجع
416	الفهرس
	ملخص

ملخص:

تناولت الدراسة موضوع سلطة رأس المال من خلال استعراض مجموعة الحقوق السياسية للمساهم، وقد تبين أن السلطة المرادفة لتلك الحقوق تتأثر بشكل مباشر بما يكون عليه مصدر ممارستها، وهو رأس المال.

فتكون السلطة في وضعها العام الذي هو الأثر المباشر لفكرة الاعتبار المالي، إذ تتحدد وضعية المساهم في الشركة انطلاقاً من قيمة مساهمته في رأس المال، سواءً في حقوقه أو في التزاماته، وعلى ذلك فسلطة المساهم هي انعكاس مباشر لنسبة مساهمته في رأس المال.

هذا الوضع العام كرسه القواعد العامة الناظمة لعملية اتخاذ القرار في الشركة، والتي جعل منها المشرع حالة معيارية لممارسة السلطة في حال خلو أنظمة الشركات مما يخالف ذلك، وصدور القرار بصورة هادئة وفي إطار حسن النية، ويتعلق الأمر على المستوى الفردي لكل مساهم بقاعدة التناسب التي تحكم العلاقة بين المساهم والشركة فيما يخص الحقوق التي يتمتع بها، إذ يكون حقه في التصويت متناسباً مع ما تمثله حصته في رأس المال، أما على المستوى الجماعي، أي بالنسبة لعملية اتخاذ القرار، فالقاعدة العامة تقضي بأن جماعة الأغلبية هي من تملك سلطة التقرير.

على أن هذه الوضعية العامة قد تنقلب إلى استثنائية، بحيث تختل معادلة ممارسة السلطة وفق ما سبق عرضه، تبعاً لورود بعض العوارض التي تخدم قاعدتي التناسب والأغلبية.

إذ نشهد خروجاً على مبدأ التناسب بالنظر إلى اختلاف الوضعية أو الطبيعة القانونية للأسهم، بما يؤثر على حق التصويت خصوصاً، كما يتحقق ذلك عندما تتدخل الإرادة لتعديل هذا المبدأ انطلاقاً من القيود والامتيازات التي تصاحب حق التصويت.

أما بالنسبة لقاعدة الأغلبية والتي يفترض في الجماعة التي تمثلها أن تأخذ على عاتقها سلطة التقرير نيابة عن مجموع المساهمين تحقيقاً للمصلحة الجماعية، قد تفقد هذه الميزة إذا ما انحرفت عن هذا الهدف، كما أن مجلس الإدارة باعتباره وكيلاً عن الشركة قد يستأثر بسلطة التقرير إما استناداً لنصوص القانون أو لتراجع دور المساهمين.

وبهذا فالاعتبار المالي في شركة المساهمة ليس مطلقاً بالنسبة للمساهمين، إذ يتراوح مداه بالنظر لمحددات قانونية، إرادية أو واقعية.

RESUMEE :

L'objet principal de cette étude se focalise sur la notion du pouvoir lié au capital, à travers les droits politiques de l'actionnaire, cette relation est influencée d'une façon directe par la détention d'une part du capital social.

La considération pécuniaire comme caractère essentiel de la société par action impose une règle générale concernant la position de l'actionnaire vis-à-vis la société et ses coactionnaires, de la sorte que ses droits politiques exprimant son pouvoir sont gouvernés par le principe de proportionnalité, le droit de vote est proportionnel à la quotité de capital, alors que pour l'ensemble des actionnaires le pouvoir décisionnel revient à ceux qui détiennent la grande fraction du capital, la Majorité.

Cette situation primitive reflète l'état standard consacré par les textes, n'est pas loin de se pencher vers l'exception à chaque fois qu'il y aura des atteintes aux principes de proportionnalité, et la majorité.