المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة

Solidarity Responsibility in Joint Stock Company

عبد العزيز بوخرص*
جامعة محمد بوضياف المسيلة
azizboukhors@gmail.com

صبرينة بوعمار
جامعة محمد بوضياف المسيلة
sabrina.bouamar@univ-msila.dz

تاريخ الارسال:2022/02/25 تاريخ القبول:2022/05/19 تاريخ النشر:2022/06/15

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة حالات المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، التي تشكل خروجا عن مبدأ تحديد المسؤولية الذي تقوم عليه هذه الشركة، وفق منهج تحليلي نقدي للنصوص القانونية الناظمة لأحكام شركة المساهمة.

وقد خلصت الدراسة إلى أن مسعي المشرع الجزائري في وضع قواعد خاصة لهذه المسؤولية، حماية للغير وللشركاء، لا يزال يحتاج إلى المزيد من المراجعات.

كلمات مفتاحية: شركة مساهمة. مؤسس. مسير. مسؤولية تضامنية

Abstract:

This study aims to examine the cases of joint liability in the joint-stock company, which constitute an exception to the principle of determining liability upon which this company is based.

According to a critical analytical approach to the legal texts regulating the provisions of the joint stock company.

The study concluded that the endeavor, of the Algerian legislator to put specific provisions on this responsibility to protect others and partners still requires many revisions

Keywords: Joint Stock Company- Founder- Manager- Joint Liability.

*المؤلف المرسل: مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية

مقدمة

تعتبر شركة المساهمة أنسب الشركات التجارية للنشاط الاقتصادي في النظم الرأسمالية، وهو ما يفسر أولوية هذه الشركات في التشريعات المقارنة واحتلالها الحيز الأكبر في القانون التجاري، وهي أولوية تأتي من كونها النموذج الأمثل لشركات الأموال، فهي تتكون أساسا بهدف تجميع رؤوس الأموال، للقيام بمشروعات معينة بغض النظر عن الاعتبار الشخصي للمساهمين، يفسر ذلك الأهمية الكبرى التي تحظى بها الحصة المالية– نقدية كانت أو عينية– فيها، مقارنة بأهمية الشخص المنظم إليها، على خلاف الوضع في شركات الأشخاص.

ويحضر هذا الاعتبار المالي بقوة في كون دائني الشركة لا يمكنهم الرجوع على المساهمين في ذممهم المالية، بل على مساهماتهم في موجودات الشركة في حدود حصصهم، ويعبر عن هذا الوضع بـ " مبدأ تحديد المسؤولية" وهو مبدأ مميز في شركات المساهمة، ويعتبر من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته[1].

غير أن التشريعات عادة ما تراعي في تطبيق هذا المبدأ حماية الغير حسن النية، بحيث يوقف إعمال تطبيق هذا المبدأ، وتطبق أحكام المسؤولية الشخصية والتضامنية كلما دعت الحاجة إلى هذه الحماية.

وهو ما يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي والذي يمثل إشكالية هذه الدراسة: **فيما تكمن مظاهر هذه المسؤولية التضامنية، وهل حماية الغير من جهة وحماية الادخار العام من جهة أخرى مبرر كاف للخروج عن مبدأ تحديد المسؤولية الذي يمثل أهم سمات التنظيم القانوني والاقتصادي لشركات المساهمة؟**

الإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي منا ضمن منهج تحليلي للنصوص القانونية الناظمة لشركة المساهمة، تحديد حالات هذه المسؤولية التضامنية، حيث يظهر ابتداء أن الأمر تتعلق بمرحلة التأسيس أين يمكن أن تثار المسؤولية التضامنية للمؤسسين عن خرق قواعد التأسيس أو عن الوفاء بالالتزامات والتعهدات المبرمة في هذه المرحلة(**أولا**)، كما يتعلق الأمر أيضا بمرحلة نشاط شركة المساهمة أين يمكن أن تُثار المسؤولية التضامنية للمسيرين عن الأخطاء التي يمكن أن تقع منهم في تسيير شركة المساهمة(**ثانيا**).

تحليل حالات هذه المسؤولية بمنهج نقدي، من شأنه أن يُمكن من معرفة مبرر المشرع الجزائري من تقرير المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة وجدوى ذلك.

أولا: المسؤولية التضامنية لمؤسسي شركة المساهمة

تعد مرحلة التأسيس في شركة التجارية من أهم مراحل حياتها وأخطرها، وتزداد هذه الأهمية حينما يتعلق الأمر بشركة المساهمة، بالنظر إلى تعدد مراحل التأسيس وطولها وتعقيدات الإجراءات فيها، لا سيما حينما تعلق الأمر بالتأسيس عن طريق اللجوء العلني للادخار.

لهذا عمد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى التشدد في مسؤولية المؤسسين سواء من الناحية المدنية أو الجزائية[2]، وأقر أحكاما تفصيلية تبين حدود هذه المسؤولية ومتى تتحقق، تبدو في أغلبها ذات طبيعة آمرة، مرتبة على عاتق مؤسسي هذه الشركة التزامات لا نظير لها في غيرها من الشركات، والعلة في هذا

التشدد هو حماية جمهور الأفراد الذي يُسهم في تكوين رؤوس أموال هذه الشركة من عمليات الخداع والتضليل التي يمكن أن تصدر عن مؤسسي الشركة[3].

في هذا الصدد وفي إطار المسؤولية التضامنية نجد أن المشرع أقر هذا النوع من المسؤولية عن الاتفاقات و التعهدات التي يبرمها المؤسسون قبل قيد الشركة في السجل التجاري، **(1)**، كما أقر ذات المسؤولية عن خرق إجراءات التأسيس التي يمكن أن تفضي إلى بطلان الشركة **(2)** على التفصيل التالي:

1. المسؤولية التضامنية عن التعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس

قد يحتاج المؤسسون[4] في شركة المساهمة إلى القيام بالكثير من التصرفات القانونية، قبل أن يكون للشركة وجود قانوني، فهناك مرحلة تحضيرية قبل قيد الشركة في السجل التجاري قد تمتد إلى ستة أشهر من يوم إيداع مشروع القانون الأساسي لدى المركز السجل التجاري في حالة اللجوء العلني للادخار[5]، يقوم المؤسسون خلالها بالكثير من التصرفات القانونية، كالاستعانة بالخبراء والفنيين لدراسة موضوع الشركة، وإبرام عقد التأسيس ونشره والإعلان عنه[6]، أو شراء أدوات وآلات ومعدات، أو توظيف عمال، والتعاقد مع دور الإعلان والإشهار والدعاية ومكاتب الدراسات لإجراء أبحاث تخص مشروع الشركة[7].

وهنا يطرح التساؤل عن من يتحمل آثار هذه العقود والتعهدات، هل الشركة التي لاتزال لم تتمتع بالشخصية المعنوية بعد، أم المؤسسون بصفتهم الشخصية على اعتبار أن التعاقد يتم بأسمائهم الشخصية أصالة أو وكالة؟

الجواب عند المشرع الجزائري نجده في نص المادة 549 من القانون التجاري التي جاء فيها " *لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.*

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها" [8].

يظهر من خلال قراءة وتحليل نص هذه المادة ما يلي:

– أن المادة تتضمن نصا عاما يتعلق بجميع أشكال الشركات التجارية، فتحمل المؤسسون المسؤولية التضامنية غير المحدودة تجاه الغير كجزاء مدني عن إخلالهم بالتزاماتهم العقدية، مسؤولية قانونية وعامة تشمل كل التعهدات المبرمة من طرفهم في هذه الفترة، وينصرف مفهوم التعهدات" Les engagements" إلى الالتزامات العقدية دون التقصيرية، على هذا الأساس فإنّ الشركة لا تملك بعد تأسيسها سلطة إقرار الالتزامات التقصيرية ونقلها على عاتقها، وعليه تبقى آثار هذه الالتزامات على عاتق المؤسسين، إلاّ إذا استفادت منها الشركة حيث تلتزم في هذه الحالة بالتعويض فحسب[9].

– أن المسؤولية التضامنية غير المحدودة للمؤسسين تكون عن التصرفات التي تبرم قبل قيد الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية أي في مرحلة التأسيس، وهي مرحلة تبدأ من يوم القيام بأول

تصرف يدل على انعقاد النية في إنشاء شركة المساهمة، فعملية التأسيس لا تنطلق من يوم إبرام العقد التأسيسي بل قبل ذلك، فهي تشمل مثلا تجهيز المقر الاجتماعي للشركة أو استئجاره أو التعاقد مع خبراء لدراسة جدوى المشروع، إلى غير ذلك من التصرفات الضرورية التي تبرم قبل التوقيع على العقد التأسيسي للشركة[10].

– إن طبيعة هذه المسؤولية التضامنية من النظام العام لأن المادّة آمرة، فلا يمكن الاتفاق على مخالفته أو استبعادها بموجب شرط في العقد فهي تهدف بدرجة أولى إلى حماية الغير المتعامل مع الشركة قيد التأسيس، الأمر الذي ينعكس بالإيجاب على الشركة، من حيث أنه يبعث الطمأنينة في نفوس المتعاملين معها أو مع المؤسسين، وبالتالي تسهل عمليات تأسيسها، كما أنه يضمن جديّة المؤسسين وحرصهم على إتمام إجراءات التأسيس خوفا من المسؤولية القانونية الملقاة على عاتقهم.

– أن هذه المسؤولية تبقى على عاتق المؤسسين إلى غاية نقل آثار تلك التعهدات على عاتق الشركة، إذا ما قبلت بذلك بعد اكتسابها للشخصية المعنوية، كما جاء في الشطر الثاني من هذه المادة، ومعنى ذلك أن انتقال هذه التعهدات لا يعدّ أمرا إلزاميا للشركة، فقد تقوم الشركة وتكتسب الشخصية المعنوية وتبدأ بممارسة نشاطها وتصبح لها القدرة على رفض الالتزام بهذه التعهدات خاصة إذا كانت غير ضرورية بالنسبة لها[11].

وهنا يطرح التساؤل لمن تعود سلطة اتخاذ قرار نقل التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين على عاتق الشركة أو رفض ذلك، المنطق يقتض أن جمعية الشركاء أو المساهمين هي المخولة بذلك، تعدد الجمعيات العامة في شركة المساهمة(تأسيسية، وعادية، وغير عادية) يجعلنا نطرح السؤال حول الجمعية المختصة بذلك؟

في تقديرنا وفي ظل غياب نص صريح في القانون الجزائري أن سلطة اتخاذ هذا القرار يعود إلى الجمعية التأسيسية في حالة تأسيس الشركة باللجوء العلني للادخار على اعتبار أنها أول الجمعيات انعقادا[12]، وهو في الحقيقة ما نص عليه المشرع الفرنسي في نص تنظيمي من القانون التجاري[13]، غير أن آثار هذه العملية لا تسري إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، في حين يرجع ذلك إلى الجمعية العامة العادية في حالة عدم اللجوء العلني للادخار باعتبارها صاحبة الاختصاص العام[14].

– يظهر من خلال مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي يستهدف حماية الغير بتقريره للمسؤولية التضامنية غير المحدودة للمؤسسين عن كل التزاماتهم القانونية وتعهداتهم السابقة عن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية وقيامها بنشاطها الفعلي، غير أن الشطر الثاني من ذات المادة عاد وألغى هذا الضمان بنصه على إمكانية إحالة تعهدات المؤسسين على عاتق الشركة بعد تسجيلها إذا قبلت ذلك.

من الناحية العملية هذا ما يحدث في أغلب الأحيان حينما نكون بصدد شركة مساهمة تأسست دون اللجوء العلني للادخار، أين يكون المؤسسون هم نفسهم المساهمون المستقبليون، وبالتالي من مصلحتهم نقل هذه تعهداتهم على عاتق الشركة والتخلص من المسؤولية، وتصبح الشركة هي المسؤولية في حدود رأس مالها. بالمقابل حينما نكون بصدد شركة مساهمة تأسست باللجوء العلني للادخار فإنه من الوارد أن ترفض الجمعية التأسيسية (بالنظر إلى طبيعة تكوينها مؤسسون ومكتتبون) نقل هذه التعهدات على عاتق الشركة، حتي لا

تتضرّر ذمتها المالية، فتبقى المسؤولية التضامنية غير المحدودة قائمة في حق المؤسسون ويبقى الضمان الممنوح للغير موجود، مع ذلك يمكن جدّا قبول نقل تلك التعهدات وبالتالي زوال الضمان الممنوح.

وفي تقديرنا أنه ومن أجل حماية حقوق الغير المتعامل مع الشركة وضمان جديّة المؤسسين في تأسيس الشركة، كان أولى بالمشرع تقييد نقل تعهدات والتزامات المؤسسين على عاتق الشركة بشرط هو: ألا يؤدي هذا النقل إلى الإضرار بحقوق الغير، وأظهر صور هذا الإضرار نقصن الضمان[15].

2. المسؤولية التضامنية للمؤسسين عن خرق إجراءات التأسيس

أحاط المشرع الجزائري تأسيس شركة المساهمة بمجموعة من الإجراءات، تضمنتها نصوص القانون التجاري لا سيما منها المواد من 595 إلى 606 [16]، وكذا أحكام المرسوم التنفيذي رقم 95-438[17]، فضلا عن القواعد العامة المتعلقة بتأسيس الشركات الواردة في القانون المدني.

تهدف هذه الأحكام إلى ضمان تأسيس حقيقي لشركة المساهمة و قطع الطرق أمام تأسيس شركات وهمية حماية للادخار العام، وحافظا على حقوق الغير المتعاملين مع الشركة في هذه المرحلة.

من شأن خرق هذه الأحكام أن يؤدي في الغالب إلى بطلان الشركة، ومعه تثار مسؤولية المؤسسين والمسيرين الأولين ممن كانت لهم صلة بهذا البطلان.

في هذا الصدد نصت عليه المادة 715مكرر21 ق.ت على أنه *"يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة، الذين أسند إليهم البطلان والقائمين بالإدارة اللذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة.*

كما يجوز أن تسند نفس مسؤولية التضامن للمساهمين الذين لم يحقق في حصصهم المقدمة للشركة أو المنافع ولم يصادق عليها".

ورغم أن الأصل التاريخي لهذه المادة، هو المادة 242 من قانون الشركات التجارية الفرنسي[18]، إلا الملاحظ أن نص المادة715 مكرر21 سالف الذكر يتحدث عن حل الشركة وهو أمر غريب، إذ في الواقع أن الأمر يتعلق بالبطلان(*L'annulation*)، لا بالحل (*La résolution*) كما هو واضح من النص الفرنسي لذات المادة[19]، وهو ما يعكس سوء الصياغة لدى المشرع الجزائري، وهو أمر يتكرر معه في كثير من المناسبات[20].

بعيدا عن هذه الملاحظة يمكن أن نسجل الملاحظات التالية:

– أن المشرع الجزائري مرة أخرى وخروجا عن القواعد العامة للمسؤولية المحدودة وغير التضامنية في هذا النوع من الشركات أقر هنا المسؤولية التضامنية بين المؤسسين والمسيرين الأولين، وهو حكمٌ يبررُ بالأهمية الاقتصادية لهذه الشركة من جهة وحماية الادخار العام من جهة ثانية، التي تفترض وجود قواعد تضمن جدية تأسيس هذا النوع من الشركات، وهو مبرر في تقديرنا كافٍ للخروج عن القواعد العامة للمسؤولية المقررة في شركة المساهمة.

– أن المشرع منح قاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقرير المسؤولية التضامنية بين المؤسسين و القائمين بالإدارة الأولين جراء مخالفتهم إجراءات التأسيس والتي أدت إلى بطلان الشركة، على اعتبار أن المؤسسين هم المتسببين في البطلان أولا، وأن القائمين بالإدارة كان بإمكانهم كشف البطلان وبالتالي إمكانية تداركه، وبالنسية للمساهمين الذين لم يحقق في حصصهم العينية فإنه يشكّ في تواطأهم كطرف ثالث، وهذا حماية لحقوق المساهمين الآخرين وللغير المتعاملين مع الشركة.

– طبقا لأحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية عن الفعل الضار، يجوز لكل ذي شأن أن يقيم دعوى المسؤولية التضامنية على المؤسسين أو المسيرين الأولين للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء مخالفة إجراءات التأسيس[21].

وتجد هذه الدعوى أساسها في المسؤولية عن الفعل الضار، إذ يعد عدم إتباع الإجراءات التي حددها المشرع لتأسيس شركة المساهمة فعلا ضارا يوجب المساءلة المدنية سواء أوقع هذا الضرر عن قصد أو عن مجرد إهمال أو جهل بأحكام القانون، ولكن يشترط لقيام هذه المسؤولية أن يثبت المدعي وجود صلة مباشرة بين الضرر الذي أصابه والخلل في إجراءات التأسيس، ومن غير شك أن الحكم ببطلان الشركة بسبب مخالفة إجراءات التأسيس يعد في حد ذاته دليلا على وجود الصلة المباشرة بين الضرر الذي لحق بالمدعي بسبب مخالفة إجراءات التأسيس[22].

– المشرع الجزائري قصر المسؤولية التضامنية على حالة مخالقة قواعد التأسيس التي تؤدي إلى البطلان، كما هو منصوص عليه في القواعد العامة للعقود وفي نصوص القانون التجاري[23]، لذا يطرح السؤال عن طبيعة المسؤولية المترتبة عن إغفال بعض البيانات الإلزامية التي فرضها المشرع عند تأسيس الشركة والتي لا يترتب عنها البطلان؟

فبالرجوع إلى أحكام القانون التجاري نجدها تشترط عددا من البيانات الضرورية التي ينبغي أن يتضمنها القانون الأساسي كتلك التي تخص توزيع الأرباح و تكوين رأس المال الاحتياطي و توزيع علاوة التصفية، أو تقييم الحصص العينية إن وجدت و غيرها من البيانات الإلزامية الأخرى، والتي يضاف إليها بعض الأحكام الخاصة بشركة المساهمة والمتعلقة بالاكتتاب، تحرير الحصص، وإيداع الأموال، وسحبها[24]، فإذا حدث وأن أغفل المؤسسون تضمين العقد الأساسي هذه البيانات، أو أخلوا بتلك الإجراءات، فإن التساؤل يطرح حول طبيعة مسؤوليتهم عن هذه الأخطاء، هل هي مسؤولية تخضع للقواعد العامة، أم أنها مسؤولية خاصة بالنظر إلى طبيعة الأشخاص المعنيين بالحماية من خلال تقرير هذه المسؤولية[25] ؟

الواقع أننا لا نجد لدى المشرع الجزائري حكما خاصا بهذه المسؤولية، وهذا يعني أن أحكام المسؤولية المقررة في القواعد العامة هي الواجبة التطبيق هنا، بحيث يكفي المتضرر إثبات التقصير والضرر والعلاقة السببية بينهما لحصوله على التعويض جبرا للضرر الذي ألم به جراء مخالفته قواعد التأسيس.

وهو أمر في تقديرنا غير مبرر، ذلك أن حماية الغير لا سيما حين يتعلق الأمر بجمهور المكتتبين في شركة الأموال تقتضي نوعا من التشديد في مسؤولية المؤسسين هنا، وهي كافية لتبرر خروج المشرع عن القواعد العامة في المسؤولية المحدودة[26].

على سبيل المقارنة نجد أن المشرع الفرنسي نص في المادة L210-8 على حكم عام بصدد مسؤولية المؤسسين، اعتبر بموجبه كل من مؤسسي الشركة وكذا المتصرفين الأولين وأعضاء مجلس الإدارة و أعضاء مجلس المديرين الأولين وأعضاء مجلس الرقابة الأولين مسؤولين متضامنين عن الضرر المتسبب فيه عدم تضمين النظام الأساسي للشركة بيانا إلزاميا ما، أو إغفال إجراء ينص عليه القانون التجاري في باب تأسيس الشركة أو عدم القيام به بشكل صحيح[27]، وإمعانا في حماية الغير فإن دعوى المسؤولية هذه تتقادم بمرور عشرة سنوات من قيد الشركة في سجل التجارة والشركات[28].

وقريبا من هذا الحكم نص المشرع العراقي في المادة 40 من قانون الشركات على أن: " المؤسسون مسؤولون مسؤولية تضامنية عن أي ضرر يلحق أي مكتتب إذا نتج عن خطأ أو نقص في بيان الاكتتاب"[29]

وهم حكم في تقديرنا سليم يهدف بدرجة أولى إلى حماية الغير، الذي يمكن أن يلحقه ضرر جراء عدم تضمين النظام الأساسي بيانا إلزاميا أو إغفال إجراء ينص عليه القانون في باب التأسيس أو القيام به على وجه غير صحيح، وبدرجة أكبر حماية الائتمان العام وقطع الطريق أمام تأسيس شركات وهمية تضر بالاقتصاد.

ونفس التساؤل يطرح بالنسبة للإجراءات المسببة لبطلان والتي تم تداركها وتصحيحها[30]، فالمشرع الجزائري لم ينص على طبيعة هذه المسؤولية، على اعتبار أنه أبقى على حق المطالبة بالتعويض بالنسية للمتضرر من أخطاء التأسيس حتى ولو تمّ تصحيحها[31]، فهل هذه المسؤولية خاضعة للقواعد العامة أم هي مسؤولية تضامنية بالنظر إلى خصوصية أطرافها وطبيعة شركة المساهمة في حد ذاتها ؟

ثانيا: المسؤولية التضامنية لمسيري شركة المساهمة

يقصد ابتداءً بالمسيرين في شركة المساهمة من يقع على عاتقهم إدارة شؤون الشركة الداخلية والخارجية تتحدد صلاحياتهم وفق نصوص القانون التجاري والعقد الأساسي وقرارات الجمعيات العامة، تختلف هوية هؤلاء المسيرون باختلاف طريقة تسيير شركة المساهمة، ففي ظل النظام الكلاسيكي يضطلع بهذه المهمة مجلس الإدارة ورئيسه[32]، والمدير أو المدريان العامان، وفي ظل النظام الحديث تعود صلاحية تسيير الشركة إلى مجلس المديرين ورئيسه[33]، في حين توكل إلى مجلس المراقبة وظيفة رقابية لا تسييرية، يُطلق على هؤلاء الأشخاص المسيرون القانونين، في مقابل المسيرين الفعليين[34]، وهم أشخاص يضطلعون بتسيير شؤون شركة المساهمة دون أن تكون لهم الصلاحية القانونية للقيام بهذا الدور[35].

والأصل أن تتحدد مسؤولية المسيرين بصفة شخصية وفي حدود الصلاحيات الممنوحة لهم بموجب القانون أو العقد الأساسي.

إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة وقرر حكما خاصا يحملهم المسؤولية التضامنية وذلك في الحالات العادية(1) وفي حالات مشدّدة يحملهم المسؤولية التضامنية غير المحدودة تمتدّ إلى أموالهم الخاصة (2).

1. المسؤولية التضامنية للمسيرين في الحالات العادية

بالإضافة إلى ما سبق تقريره من مسؤولية تضامنية قد تلحق المسيرين أو القائمين بالإدارة الأولين الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان تطبيقا لنص المادة 715 مكرر21، يُسأل المسيرون في شركة المساهمة مدنيا عن الأخطاء التي يمكن أن يرتكبوها أثناء تواجدهم على رأس الشركة.

فإن كان الأصل أن الشركة هي المسؤولة عن أعمال المسيرين تجاه الغير باعتبارهم وكلاء عنها و يتصرفون باسمها ولحسابها من جهة، ومن جهة ثانية باعتبارها تمثل الضمان الأكبر للغير لحصوله على التعويض، فقد لا تستطيع الذمة المالية الخاصة للعضو المسير المسؤول تعويض كل الأضرار التي تصيب الغير جراء تصرفاته[36].

غير أن إعمال هذا الأصل في كل الأحوال قد يؤدي إلى تواكل وإهمال المسير مستندا إلى مسؤولية الشركة عن أعماله، لذلك ومن أجل إحداث نوع من التوازن قرر المشرع ووفقا لقواعد خاصة مسؤولية المسيرين الشخصية أو التضامنية في حال مخالفتهم للقانون أو ارتكابهم أخطاء التسيير، بهذا الخصوص نصت المادة 715مكرر23 على أنه" يعد القائمون بالإدارة مسؤولون على وجه الانفراد أو التضامن، حسب الحالة، تجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم.

إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال، فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر".

ويبدو واضحا أن المشرع الجزائري منح كالعادة السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تحديد طبيعة هذه المسؤولية الشخصية، والتي قد تكون إماّ فردية إذا ما ارتكب المسير خطأ يثبت عدم مشاركة بقية المسيرين فيها كأن يتجاوز حدود الاختصاص الممنوح له أو يبرم تصرف خارج اختصاصه، ولا يمكن الاحتجاج بذلك قبل الغير حسن النيّة[37]، وإما تضامنية تقرر عندما بنسب الخطأ إلى العديد من أعضاء هيئات الإدارة بقوّة القانون لصالح الشركة أو الغير المتعامل معها، وأساس هذا التضامن في المسؤولية هو مبدأ وحدة السلطة الذي يحكم هؤلاء، ولا يفلت من هذه المسؤولية إلاّ الأعضاء الذين اعترضوا عن أعمال زملائهم وأثبتوا هذا الاعتراض في محضر الجلسة التي يصدر عنها القرار المتسبب في الخطأ الموجب للتعويض[38]، مع الأخذ بعين الاعتبار أن التغيب لا يعدّ مانعا لقيام هذه المسؤولية طالما لم يكن لعذر مقبول، بل يعدّ من قبيل الإهمال الموجب للمسؤولية[39]، وعند إعمال المسؤولية التضامنية فإنّ المحكمة هي التي تقرر وتحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر.

وحسنا فعل المشرع في إعماله للمسؤولية التضامنية بين المسيرين فمن ناحية يظهر وبوضوح في طيات القانون التجاري عدم انحيازه لفكرة "التضامن المفترض بين المدينين بدين تجاري"[40]، وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلاّ بوجود نص قانوني أو اتفاقي يقرر ذلك، وبالنص القانوني الآمر تنقطع كل سبل الاتفاقات التي تقرر عكسه، ومن ناحية أخرى أن هذه المسؤولية التضامنية تقطع مسألة تداري المسيرين وراء بعضهم للتنصل من المسؤولية أو استعمال أشخاص صوريين يصدَرونهم للمسؤولية عند اللّزوم، فضلا عن ذلك فإن أسهم الضمان لا تشكل أي قيمة أو فائدة عمليا بالنظر لضآلتها أمام ضياع المبالغ الضخمة نتيجة سوء إدارة المسيرين، بحيث تصبح قيمة أسهم الضمان تافهة لا فائدة منها، فكان لزاما تقرير المسؤولية التضامنية[41].

غير أنه المشرع الجزائري في تحديده للأشخاص المعنيين بهذه المسؤولية خص بالذكر" القائمين بالإدارة"، ويقصد بهم المسيرين الذي يمتلكون الشرعية القانونية للقيام بأعمال التسيير(المسيرين القانونين)، وبالتالي يخرج من دائرة هذه المسؤولية المسير الذي لا يمتلك الشرعية القانونية(المسير الفعلي)، وهذا ما قد يقلل وبشكل كبير من الضمان الممنوح للشركة أو الغير المتعامل معها، بالأخص مع ما كشفه الواقع العملي من اتساع في مفهوم المسير وتشعبه إذ قد يتدّخل العديد من الأشخاص من داخل الشركة أو حتى من خارجها في أعمال التسيير من غير ذوي الاختصاص في التسيير ما قد يضر بالشركة ويهدر حقوقها وحقوق الغير، ومن أجل ضمان عدم إفلاتهم من المسؤولية المدنية خاصة التضامنية كان الأولى بالمشرع عدم إغفال ذكرهم في هذا الحكم.

كما يلاحظ في ذات السياق أن المشرع الجزائري استبعد المدير العام من النطاق الشخصي لهذه المسؤولية وهو استبعاد غير مبرر، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أن التوجهات الحديثة في حوكمة شركات المساهمة تمنح هذه الأخير الصلاحيات الواسعة في إدارة وتسيير شركة المساهمة مقارنة بالدور الشرفي الذي بات يضطلع به رئيس مجلس الإدارة، لذا نعتقد أنه كان على المشرع الجزائري النص على تضامن المدراء العامين مع القائمين بالإدارة عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة أو عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم متى اقتضى الأمر ذلك[42].

بعيدا عن النطاق الشخصي للمسؤولية المسيرين وما يشوبها من ملاحظات حددت المادة 715مكرر23 الحالات التي يمكن أن تثار فيها المسؤولية التضامنية والأمر يتعلق بـ :

أ- مخالفة القوانين التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بشركة المساهمة، والمقصود هنا كل القواعد القانونية الآمرة التي تضمنها القانون التجاري أو المرسوم التنفيذي رقم 95- 438 سالف الذكر، وأمثلة ذلك كثيرة متعددة نذكر منها؛ إغفال استدعاء الجمعية العامة، أو عدم استدعاء فئة المساهمين المبينة في المادة 816 من القانون التجاري، أو إذا أهمل القائمون بالإدارة تمكين المساهمين ممارسة حقهم في الاطلاع على وثائق الشركة أو خالفوا قواعد النصاب و الأغلبية، أو إذا قاموا بأعمال لا تدخل في نطاق غرض الشركة[43]، و هي أحكام متفرقة في أحكام القانون التجاري تبدأ من بداية ممارسة نشاط الشركة إلى غاية انقضاءها، وتعكس الطبيعة النظامية لشركة المساهمة.

ب- مخالفة أحكام القانون الأساسي، والذي يشكل الأساس القانوني الذي يحدّد طبيعة نشاط الشركة، ولا يمكن الحديث عن مسؤولية المسير هنا إلا إذا وقعت المخالفة على نصوص صريحة وواضحة في القانون الأساسي، أما إذا كانت النصوص غامضة أو مبهمة فلامجال لقيام مسؤولية المسير[44]

ج- الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير حيث تشكل أحد أهم وأكثر الأسباب إثارة للمسؤولية المدنية للمسيرين تجاه الشركة أو الشركاء وبشكل أكبر تجاه الغير، وهي بصورة عامة تقصير من المسير في قيامه بوظائفه تجاه الشركة أو عدم تبصر وقلة حيطة منه في إدارة شؤون الشركة[45]، وإذا كانت القاعدة العامة أن تتحمل الشركة المسؤولية تجاه الشركاء أو الغير ذلك أن عمل المسير يجري باسم الشركة ولحسابها فهو محمي تحت غطاء الشخصية المعنوية[46]، فإنه واستثناء من هذه القاعدة يمكن أن يتحمل المسير بصفة فردية أو المسيرون بصفة تضامنية المسؤولية المدنية تجاه الشركة والشركاء والغير عن الأخطاء الشخصية الأجنبية الخارجة عن وظائفهم ومهامهم داخل الشركة، على أن السؤال الذي طرح في الفقه والقضاء هو حول طبيعة هذا الخطأ وشروطه؟

وهو سؤال كان محل نقاش فقهي واسع، انتهى في إطار البحث عن نظام خاص لمسؤولية المسيرين الشخصية إلى إدراج فكرة الخطأ المنفصل ***(La faute séparable)***[47]، وفي هذا الصدد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 2003 والذي يعرف بـ ***(Arrêt Seusse)*** بأنه" لا يمكن الأخذ بالمسؤولية الشخصية للمسيرين في مواجهة الغير إلا إذا ارتكب هؤلاء خطأ منفصلا عن وظائفهم، ويكون الوضع كذلك متى ارتكب المسير خطأ عمديا يبلغ من الجسامة حدا خاصا لا يتوافق مع الممارسة العادية للوظائف الاجتماعية"[48].

ويعد هذا القرار من أشهر قرارات محكمة النقض الفرنسية في مجال مسؤولية المسيرين، قدمت فيه لأول مرة تعريفا للخطأ المنفصل ووضعت من خلاله شروط ثلاثة للاعتداد بالخطأ الموجب للمسؤولية الشخصية للمسيرين والتي تتمثل في:

- أن يكون الخطأ عمديا: ويعني هذا أن يكون المسير على دراية وإدراك بأنه بتصرفه هذا سيحدث ضررا بالغير أو الشركاء أو الشركة، وقد يكون من السهل إثبات ذلك إذا كان الخطأ المعني ناتجا عن فعل إيجابي، (على سبيل المثال: إنشاء شركة تتنافس مع الشركة التي يعمل فيها الشخص)، فالفعل الإيجابي يعكس دائما القصد، وذلك على خلاف ما إذا كان الخطأ ناتجا عن مجرد غفلة، (على سبيل المثال: إغفال الحصول على بوليصة تأمين)، أين يصعب إثبات صفة العمد في الخطأ.

- بلوغ الخطأ حدا خاصا من الجسامة: وهي العبارة التي تكررت مع محكمة النقض بانتظام منذ صدور هذا الحكم[49]، وهذا يعني ضرورة استحضار مفهوم الخطأ الجسيم الذي هو حسب التعريف الفقيه الفرنسي Pothier "ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه"[50] أو هو "الخطأ الذي لا يصدر عن أقل الناس حذرا وحيطة"[51].

وتجدر الإشارة إلى أن تقييم شدة الخطأ يقع ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، على أن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كانت طبيعة "الجسامة" تتعلق بطبيعة الخطأ ذاته أو النتائج التي تترتب عليه، لم تجب محكمة النقض على هذا السؤال، ويبدو أن صفة "الجسامة" يمكن أن تنبع من طبيعة الخطأ والعواقب التي نتجت عنه.

– أن يكون الخطأ غير متوافق مع الممارسة العادية لوظيفة المسير: وهو ما يفترض أن يكون خطأ المسير منفصل عن مهامه ووظائفه التسييرية داخل الشركة بمعنى أن المسير لم يتصرف بصفته جهاز أو هيئة تسييرية داخل الشركة ولكنه قام بذلك التصرف بصفة شخصية[52].

2. المسؤولية التضامنية للمسيرين في إفلاس الشركة

على غرار الأحكام المتعلقة بتأسيس شركة المساهمة عنت التشريعات الحديثة بمسألة زوال الشركة بالنظر لخطورتها الاقتصادية والاجتماعية، ويعتبر إفلاس شركة المساهمة أحد أهم أسباب هذا الزوال، وأخذا بعين الاعتبار أن للمسيّرين دورا هامّا في نجاح الشركة أو إخفاقها وإفلاسها وأنه في غالب الأحيان يكون هذا الإفلاس نتيجة أخطاء تسييرية، أقرّت معظم التشريعات تسليط جزاء مدني على مسيّري الشركات الذين يلحقون ضررا بها سواء بسحب لإفلاس إليهم أو بتحميلهم العجز المالي لشركة بصفة كلية أو جزيئة وبصفة فردية أو تضامنية وهو ما يعنينا هنا.

في هذا الصدد نصت المادة L651-2 من القانون التجاري الفرنسي على أنه: في حالة ما إذا أظهرت التصفية القضائية لشخص معنوي نقض في الأصول، فإن المحكمة يمكنها في حالة وجود خطأ في التسيير أدى إلى هذا النقص في الأصول أن تقضي بأن ديون الشخص المعنوي يتحملها بشكل كلي أو جزئي كل أو بعض المسيرين القانونيين أو الفعليين، الذين ساهموا في خطأ التسيير، في حالة تعدد المديرين يجوز للمحكمة بقرار مسبب إعلان مسؤوليتهم بالتضامن.

غير أنه في حالة الإهمال البسيط من قبل المدير القانوني أو الفعلي في تسيير الشركة ، لا يمكن أن يكون سببا لإثارة مسؤوليتهم عن عدم كفاية الأصول.

Article L651-2"Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée."

يُستنتج من نص هذه المادة أنه لابد من توافر ثلاثة شروط لرفع هذه دعوى تكملة الخصوم[53]، من ثم تحميل المسؤولية التضامنية للمسيرين في حالة تعددهم، الأول يتعلق بوجود نقص في الأصول، والثاني بخطأ في التسيير، والثالث بضرورة وجود علاقة سببية بين الخطأ في التسيير والنقص في الأصول.

بالنسبة للشرط الأول المتعلق بالنقص في الأصول فيقصد به ببساطة الفرق بين الأصول الشركة وخصومها المستحقة، فهو لا يتضمن مفهوما محاسبيا دقيقا، مع ذلك فإن القضاء ومن أجل تسهيل تقدير هذا النقص وضع بعض القواعد في هذا الشأن، تتمثل في أن تقدير وجود النقص وقيمته، ينبغي أن يتم في اليوم الذي تتصدى فيه المحكمة للنظر في دعوى تكملة الأصول[54]، ولا يؤخذ في الحسبان إلا الديون التي نشأت بعد افتتاح الإجراءات الجماعية، على هذا الأساس فإن المصاريف القضائية المترتبة عن افتتاح الإجراءات الجماعية لا تؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مقدار النقص[55].

أما بالنسبة للشرط الثاني المتعلق بإثبات وجود خطأ في التسيير فيبدو أنه مفهوم واسع يمكن أن يتضن جميع التصرفات، جميع حالات عدم التبصر، جميع أشكال الإهمال، في هذا الصدد يرى العميد ***"René Roblot"*** أن مفهوم خطأ التسيير يشمل جميع الأخطاء المرتكبة في إطار الإدارة العامة لشركة المساهمة، وبغض النظر عن جسامة هذا الخطأ فإنه يمكن أن يعرّض مرتكبه للمسؤولية، إذا نظر إليه على أساس أنه واحد من الأسباب التي أدت إلى نقص الأصول، حتى وإن لم يكن السبب الوحيد أو الرئيسي[56].

أخيرا العلاقة السببية بين الخطأ في التسيير والنقص في الأصول، وهو شرط ضروري بالنسبة للقضاء الذي يشترط إثبات سبب تفاقم الخصوم، للحكم على المسير القانوني أو الفعلي المخطئ بسد النقص، وفي هذا الصدد يري جانب من الفقه أن العلاقة السببية في دعوى تكملة الخصوم تحمل طابعا خاصا على اعتبار أن المشرع أراد في هذا الاطار تكريس نظرية تكافؤ الأسباب[57]، إلا أن جانبا آخر من الفقه الفرنسي لا يشاطر هذه الرأي ويشير إلى أن محكمة النقض ترفض كل تفسير متساهل لنظرية تكافؤ الأسباب، ويؤكد هذا الفقه أن محكمة النقض تشترط وبشكل ضمني علاقة سببية مباشرة، وهو الموقف الذي يبدو أنه يتوافق مع بعض الأحكام القضائية التي قضت أن الاستمرار في الاستغلال الفاشل أو العاجز يعد خطأ في التسيير لا يخضع للتحقق من حالة التوقف عن الدفع[58].

لا يوجد ما يقابل هذه النص في القانون الجزائري، الذي لا يزال يحتفظ بالنصوص القانونية القديمة المأخوذة من قانون الشركات الفرنسي سالف الذكر وقانون الإفلاس لسنة 1967[59]، إذ يكتفى بتقرير مسؤولية المسيرين في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية وهي مسؤولية شخصية تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.

وفي هذا الصدد نصت المادة 673 ق. ت على أنه" يمكن اعتبار أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة، المذكورين في المادة 671 أعلاه، مسؤولين عن ديون الشركة في حالة الإفلاس والتسوية القضائية"، وهو ما أكدته بوجه عام المادة 715 مكرر27 ق. ت بنصها على أنه" في حالة التسوية القضائية للشركة أو إفلاسها يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالتسوية القضائية أو الإفلاس أو التفليس، مسؤولين عن ديون الشركة وفقا للشروط المنصوص عليها في الحكم المذكورة".

ونعتقد أن الحاجة ضرورية إلى مراجعة نص المادة 715 مكرر 27 ، معها المادة 673 بتقرير المسؤولية التضامنية عن النقض في الأصول كمسؤولية خاصة في حالة ما أظهرت تصفية الشركة نقصا في أصولها، إذا من شأنها أن تحول دون تستر المسيّرين وراء مبدأ المسؤولية المحدودة وغير التضامنية للقيام بأعمال قد تؤدّي إلى انهياره الشركة.

خاتمة

نخلص من كل ما سبق أن أهم سمات التنظيم الاقتصادي والقانوني لشركة المساهمة هو قيامه على مبدأ المسؤولية المحدودة وهو مبدأ مقرر بنص القانون، مع ذلك فإن المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات المقارنة يخرج عن هذا المبدأ في بعض الأحيان ليقرر المسؤولية التضامنية، يظهر ذلك بشكل جلي من خلال النص على مسؤولية المؤسسين التضامنية، عن بطلان شركة المساهمة أو عن التصرفات والتعهدات المبرمة في هذه مرحلة التأسيس، ومن خلال أيضا وضع قواعد خاصة بالمسؤولية التضامنية للمسيرين عن الأخطاء التي قد يرتكبونها بمناسبة تسيير الشركة.

وواضح أن المشرع الجزائري في تقريره لهذا المسؤولية أخذ بعين الاعتبار الأهمية الاقتصادية لشركة المساهمة، وضرورة حماية الغير المتعامل مع الشركة وهو مبرر كاف في تقديرنا لخروجه عن مبدأ المسؤولية المحدود غير التضامنية.

ورغم مسعى المشرع الجزائر لوضع نظام قانون خاص بالمسؤولية الشخصية في شركة المساهمة وبشكل أخص المسؤولية التضامنية، إلا عدم مواكبة هذا الأخير للتطورات التشريعية الحاصلة في هذا المجال، وعدم الاستفادة مما أفرزته النقاشات الفقهية، والاجتهادات القضائية بخصوص هذا الموضوع، جعل من العديد من الأحكام الحالية تحتاج إلى مراجعة أو إعادة صياغة أو تتميم بنصوص قانونية جديدة، وفي هذا الاطار نقترح ما يلي:

– إعادة صياغة المادة 549 ق.ت بشكل يسمح بتعزيز الحماية المطلوبة لحقوق الغير في هذه المرحلة، وذلك إما بتقييد نقل التعهدات المبرمة من قبل المؤسسين بقاعد عدم الإضرار بحقوق الغير.

– ضرورة تحديد صاحب السلطة في اتخاذ قرار نقل التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين على عاتق الشركة أو رفض ذلك، ونعتقد أن المنطق يقتضي منحها إلى الجمعية التأسيسية في حالة تأسيس الشركة باللجوء العلني للادخار على اعتبار أنها أول الجمعيات انعقادا.

– إدراج نص خاص بالمسؤولية التضامنية للمؤسسين وكذا المسيرون الأولون عن إغفال البيانات الإلزامية أثناء تأسيس شركة المساهمة، أو عدم احترام الإجراءات القانونية المفروضة عند تأسيسها ولم يؤدي ذلك إلى بطلان الشركة.

– تحديد طبيعة المسؤولية عن مخالفة الإجراءات المسببة للبطلان، والتي تمّ تداركها أو تصحيحها وقد يكون من الأنسب تقرير المسؤولية التضامنية في هذه الحالة أيضا وذلك ضمانا لحرص المؤسسين وجديّتهم في تأسيس الشركة.

– تمديد المسؤولية التضامنية عن أخطاء التسيير لتشمل المسير الفعلي إضافة للمسير القانوني تعزيزا لحماية للشركة والغير المتعامل معها.

– ضرورة تعديل المادة 715 مكرر 23 بالنص على تضامن المدراء العامين مع القائمين بالإدارة عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، أو عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم، متى اقتضى الأمر.

– ضرورية مراجعة نص المادة 715 مكرر 27 ، معها المادة 673 بتقرير المسؤولية التضامنية عن النقض في الأصول كمسؤولية خاصة في حالة ما أظهرت تصفية الشركة نقصا في أصولها.

الهوامش

[1] أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة، مركز الدراسات العربية مصر، الطبعة الأولى 2016، ص 14.

[2] في المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركة المساهمة أنظر بوخرص عبد العزيز، «المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركة المساهمة»، مجلة دفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 18،جانفي 2018، ص 353–360.

[3] فاروق إبراهيم جاسم، «تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة "دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنجليزي والفرنسي"»، مجلة النبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد8، جامعة الأنبار، العراق، 2014، ص 441، 412.

[4] ويشمل وصف المؤسس على حسب الاتجاه الموسع المعتمد في معظم التشريعات، كل من يشترك اشتراكا فعليا في تأسيس الشركة بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك ولو لم يوّقع على عقد تأسيسها، أو كل من يعمل على نجاحها وإتمام إجراءات تأسيسها حتى ولو لم يكن من الموقعين على العقد التأسيسي، مادام اشتراكه ينبني على قصده في تحمل المسؤولية الناجمة عن هذا التأسيس بصفته الشخصية لا وكيلا عن غيره.

لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: فاروق إبراهيم جاسم، مرجع سابق، 410–445

[5] المادة 604/ 2 من القانون التجاري.

[6] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2008،ص 192.

[7]إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 106.

[8]والحكم ذاته لدى المشرع الفرنسي إذ تنص المادة *L210-6* من القانون التجاري على ما يلي:

"Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personnemorale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.

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

[9] عبد العزيز بوخرص، بوخروبة حمزة، «مظاهر الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، مجلة الاجتهاد القضائي»، المجلد13، العدد02، جامعة خيضر بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2021، ص1094.

[10] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركة التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان ، سنة 2016 –2017، ص192.

[11] أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 255.

[12] بوخرص عبد العزيز، عبد المجيد صغير بيرم، «مسؤولية مؤسسي الشركات التجارية في القانون الجزائري"عن عدم كفاية، و عدم فعلية النص القانوني"»، مقال ضمن مؤلف جماعي بعنوان " نحو إعادة صياغة ومراجعة أحكام الشركات التجارية، جماعي. منشورات كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد بوضياف المسيلة جوان 2021، ص 12.

[13] Article R210-7.

[14] تنص المادة 675 من القانون التجاري الجزائري على أنه *" تتخذ الجمعية العامة العادية كل القرارات غير المذكورة في 674..."* أي كل القرارات غير المتعلقة بتعديل القانون الأساسي.

[15] بوخرص عبد العزيز، عبد المجيد صغير بيرم، مرجع سابق، ص 13.

[16] وهي المواد المتضمنة في القسم الثاني من الفصل الثالث المتعلق بتأسيس شركة المساهمة.

[17] المرسوم التنفيذي 95–438 المؤرخ في 23ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، الجريدة الرسمية العدد 80 ،ا لمؤرخة في 24 ديسمبر 1995.

[18]Article 242 de la Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, JORF 26 juillet 1966 rectificatif JORF 19 octobre 1966 en vigueur le 1er février 1967, "Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société.

La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés."

نقل المشرع الفرنسي هذه نص المادة إلى المادة L225-249 من القانون التجاري الحالي.

[19] Article715 bis 21" Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue, peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société"

[20] بوخرص عبد العزيز، عبد المجيد صغير بيرم ، مرجع سابق ، ص 17

[21] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2007، ص 225.

[22] المرجع نفسه، ص 225، 226.

[23] تطبيقا لنص المادة 733 من القانون التجاري التي تنص على أنه: *"لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود ".*

[24] أنظر المواد من 595 إلى 609 من القانون التجاري الجزائري، وكذلك المواد من 02 إلى 07 من المرسوم التنفيذي رقم95-438 سالف الذكر.

[25] عبد العزيز بوخرص، عبد المجيد صغير بيرم، مرجع سابق ، ص 16.

[26] المرجع نفسه.

[27]Article L210-8 *"Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société."*

[28] Article L210-8 al 3.

[29] من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1998، المعدل بالقانون رقم 24 لسنة 2004 متاح على الرابط التالي:

iraqld.hjc.iq/LoadLawBook.aspx?SC=220220065863677

[30] من أجل المحافظة على الشركة واستمرارها وحمايتها من البطلان الذي يؤدي إلى إهدار المراكز القانونية الناشئة، نص المشرع الجزائري في العديد من الأحكام بإمكانه تصحيح هذا البطلان، يتعلق الأمر أساسا تصحيح البطلان بسبب عيوب الرضا أو نقص الأهلية (م 738 ق.ت)، و تصحيح البطلان بسبب عدم احترام إجراءات الشهر.(م 739 ق.ت)، والتمسك بمبدأ حسن النية (م 742ق.ت).

[31] المادة 2/743 ق.ت" لا يحول زوال سبب البطلان دون ممارسة دعوى التعويض الرامية إلى تعويض الضرر اللاحق من العيب الذي كانت الشركة أو العمل أو المداولة مشوبة به، وتتقادم هذه الدعوى بمرور ثلاث أعوام اعتبارا من تاريخ كشف البطلان".

[32] المادة610 و639 من القانون التجاري الجزائري.

[33] المادة 642 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري.

[34] استعمله المشرع الفرنسي مفهوم المسير الفعلي في المواد (Art, L 241-9 , L 245-16, L. 246-2, L. 654-1 2°,) من القانون التجاري ، وبالمثل استعمله المشرع الجزائري بصدد الحديث عن المسؤولية عن النقص في الأصول في نص المادة 224 من القانون التجاري.

على مستوى الفقه يعتبر الأستاذ: Rives – Lange من بين الأوائل الذين بادروا بإعطاء تعريف واضح للمسير الفعلي، فهو: " من يباشر بكل سلطة و استقلالية نشاطا إيجابيا للتسيير والإدارة"

« est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction» ,Voir , J.-L. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron.p 41

[35] NZE NDONG DIT MBELE Jean-Richard, Le dirigeant de fait en droit prive français, These de doctorat en droit privé, Université Nancy 2, 2008 p 69.

[36] أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 277.

[37] لذلك وفي هذا الإطار فرض المشرع على المسيرين امتلاك أسهم في الشركة بنسبة (20٪) عشرين بالمئة من رأسمالها، لا يمكنهم التصرف فيها أو التخلي عنها فهي أسهم مجمدة لضمان أخطاء التسيير، وإذا حدث ذلك اعتبر مستقيلا تلقائيا إذا لم يصحح وضعيته في أجل ثلاثة أشهر(المادة 619 ق.ت).

[38] أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003 ، ص542.

[39] دربال سهام، «الرقابة القضائية على المسيرين في شركة المساهمة في إطار تطبيق مبادئ الحوكمة الرشيدة»، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، العدد الخامس، 2018، ص193.

[40] ثار خلاف بين فقهاء القانون حول مدى افتراض التضامن في نطاق المعاملات التجارية، فانقسموا إلى اتجاهين متعاكسين الأول يرى أن التضامن بين المدينين مفترض في المعاملاتُ التجارية ما لم يستبعد بشرط خاص، والثاني يرى عدم افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية، مثلما هو الحال في المادة المدنية. إعمالا بقواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، وباعتبار أن القانون التجاري نفسه ينص في حالات خاصة فقط على التضامن.

أنظر في ذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام، ج1: مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، ص 266_270.

[41] أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، مرجع سابق، ص 296–297.

[42] وهو في الواقع ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة L225-251

Article L225-251"Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage" Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 107.

[43] أنظر في ذلك المواد، 677–678–674–675–622–638 ق.ت.

[44] بلعيساوي محمد الطاهر، مسؤولية مسيري الشركات التجارية دراسة مقارنة، دار هومة 2020، ص 71.

[45] المرجع نفسه ص 75.

[46] في إطار مسؤولية رئيس مجلس الإدارة تجاه الغير تكون الشركة ملتزمة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة، ما لم يكن الغير سيء النية أي تثب أن هذا الغير كان يعلم أن العمل يتجاوز موضوع الشركة، أو كان بإمكانه أن يعلم نظرا للظروف، مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لإثبات علم الغير ، كما لا يحتج بأحكام القانون الأساسي أو قرارات مجلس الإدارة المحددة لهذه السلطات م 638/ 3، 4. من القانون التجاري الجزائري.

[47] في تطور فكرة الخطأ المنفصل وتأصيلها ، ثم انتقال إعمالها من قواعد القانون الإداري إلى أحكام الشركات التجاري أنظر بالتفصيل: محمد الطاهر بلعيساوي مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

[48] Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17.092, Bull. civ. 2003, IV, n°84; Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, n° 8-9, 09/2003, p. 747.

"la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales."

[49] Cass. com., 4 juillet 2006, n°05-13.930, Bull. 2006, IV, n°166.

تشير قرارات أخرى نادرة (Cass. civ. 2ème, 1er juillet 2010, n°09-66.404) ، إلى "خطأ شديد الجسامة " faute d'une « extrême gravité»، وهو نفس الشيء تمامًا.

[50] « celle qui consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires".

(ŒUVRES DE POTHIER, Traité des obligations.de La présentation des faute, par M.PUGNET t 2 paris 1848, p 489.

[51] رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002 ، ص 237.

[52] محمد الطاهر بلعيساوي، مرجع سابق ص 101 ، 102.

[53] Ou. Madjour, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit , Etude de droit comparé français algérien, Thèse de doctorat en droit prive, Université Jean Moulin- Lyon 3, 2009, p 313.

[54] Cass.com., 27 Février 1978, Bull.civ.,1978. IV. 1978, n° 78.

[55] CA. Paris 19 mars 1991, Gaz. Pal. 1991.p 273.

[56] G. Ripert, R. Roblot, par M. Germain, Ph. Delebecque, Traite élémentaire de droit commercial, T 02, Contrat commerciaux, effet de commerce, banque, bourse, procédures collectives, LGDJ, 17ème éd., paris., p 1266.

[57]Ibid.,p 1265.

[58] Ou. Madjour, Thés,préc, p 315.

[59] Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes , JO du 14 juillet 1967.