



رسالة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال

حماية المصالح القوية في ظل تجمع الشركات

تحت إشراف:

أ.د بوعزة ديدن

إعداد الطالبة:

سويقي حورية

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	أ.بمرزوق عبد القادر
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د بوعزة ديدن
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د بموسات عبد الوهاب
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	أ.صمود سيد أحمد

الإهداء

إلى روح والِدَي الكَرِيمَيْنِ رَحِمَهُمَا اللهُ،
إلى جدي وجدتي حفظهما اللهُ ورعاهما،
إلى من هما لي أعز أختين، الخالة شريفة
والخالة آمال،

أهدي هذه الأسطر المتواضعة من البحث
العلمي

شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا أن نهتدي لولا أن هدانا الله، وله

الشكر سبحانه وتعالى أولاً وأخيراً كما يحب ويرضى؛

ولا يسعني -بعد حمد الله وشكره- إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير

لكل القائمين على كلية الحقوق بجامعة تلمسان من أساتذة ومكاتبين،

والشكر أصدق الشكر لأستاذي الدكتور بوعزة ديدن الذي تكرم بالإشراف

على هذه الرسالة، وتزويدي بغزارة علمه ودقة ملاحظاته وتوجيهاته.

والشكر موصول لكل من الأستاذ الدكتور بمرزوق عبد القادر والأستاذ

الدكتور بموسات عبد الوهاب والأستاذ الدكتور صمود سيد أحمد

الذين تكبدوا عناء قراءة هذه الرسالة ومناقشتها.

وَأَقْلَ ما أُرْدُ به الجميل والإحسان، أن أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير

والإمتنان إلى كل أفراد عائلتي الكريمة، الذين عَلَّمُونِي الحرف والكلمة

والجملة والنص، فجزاهم الله عني خيراً.

قائمة أهم المختصرات

LISTES DES PRINCIPALES

ABREVIATIONS

ج.ر: جريدة رسمية.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ش.ذ.م.م: شركة ذات مسؤولية محدودة.

ص: صفحة.

ط : طبعة.

ق.ت: قانون تجاري .

ق.م: قانون مدني.

م: مادة.

Bull . Joly : Bulletin Joly.

CA : Cour d'appel.

Cass.com: cour de cassation chambre commerciale.

Cass.com : cour de cassation chambre criminelle.

Cass.Soc : cour de cassation chambre sociale.

Ed : édition.

Ibid : au même endroit.

J.O.R.F : journal officiel de la république Française.

J.C.P.E : Juris classeur périodique, édition entreprise et affaire.

J.C.P.G : Juris classeur périodique, édition générale.

L.G.D.P : libraire de droit et de jurisprudence.

L.I.T.E.C : libraire technique.

N : numéro.

P : page .

P.E.M : petite et moyenne entreprise.

Préc : précité.

R.T.D.Com : Revue trimestrielle de droit commercial.

Rev. proc. coll : Revue des procédures collectives.

Rev. Soc. : Revue de droit des sociétés.

R .J.S : Revue de jurisprudence sociale.

مقدمة

يتعذر على الشخص الطبيعي بمفرده القيام بالمشروعات التجارية والصناعية الضخمة، لذا كان لزاما على الأفراد الاتفاق على جمع جهودهم وأموالهم في إطار تنظيم قانوني هو الشركة، والذي ينجم عنه إنشاء شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الأشخاص المكونين لها¹.

لكن الطفرة الكبرى في عالم الشركات ظهرت مع الثورة الصناعية في القرن الثامن عشر، وساعد في ذلك إضافة إلى فكرة الشخصية المعنوية واستقلال أموال الشركة عن أموال الشركاء، تحديد المسؤولية في شركات المساهمة بمقدار المساهمة برأس المال.

ثم شهد النصف الثاني من القرن العشرين بداية مرحلة جديدة في تطور الاقتصاد العالمي، حيث تميزت هذه المرحلة بظهور ما يسمى بدولة الإنتاج، فالعوامل المؤثرة في العملية الإنتاجية لم تعد محصورة داخل الدولة الواحدة، وإنما أصبح لها امتدادات خارج حدود الدولة، بل أصبح مفهوم الاقتصاد العالمي يحل محل مفهوم الاقتصاد القومي، بعد أن ساد مبدأ حرية التجارة والصناعة، وأخذت الدول تتسابق في تقديم الضمانات للشركات والمؤسسات التي تستثمر في بلادها لأجل تطوير اقتصادها².

لقد عاش العالم تغييرا جذريا في النصف الثاني من الثمانينات بسبب انهيار المعسكر الاشتراكي، وزوال المبادئ التي كان يقوم عليها، فبعدما كانت الدول تحتكر التجارة والصناعة وتمنع أية مبادرة من الخواص، فإنها، نظرا للأزمات المختلفة التي كانت تعيشها ورغبتها في التطور، بدأت تفكر جليا في النهوض باقتصادها بإتباع مسلك الدول المتقدمة التي نجحت في هذا المجال بانتهاجها سياسة ناجحة وفعالة، وذلك بإجراء إصلاحات في مختلف المجالات حتى تتمكن من التلاؤم مع المبادئ الجديدة

¹ فوزية ميراوي، أجور مديري الشركات التجارية في القانونين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة وهران، 2011-2012، ص.1.

² مروان بدري الابراهيم، طبيعة العلاقة القانونية بين كل من الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات من جهة والشركات التابعة لكل منها من جهة أخرى، مجلة المنارة، المجلد 19، العدد 9، 2007، ص.74.

التي تقوم عليها السياسة الليبرالية الاقتصادية¹. ومن هذا المنطلق، شرعت العديد من الدول بتعديل مختلف التشريعات خاصة التجارية منها لتسهيل تحقيق أهم مبدأ تقوم عليه الرأسمالية ألا وهو حرية التجارة والصناعة.

ولهذا الغرض، أقرت معظم التشريعات بإمكانية تركيز الشركات² المتواجدة على ساحتها الوطنية والسماح لها بالاتحاد والتعاون لتحقيق أهدافها، ومواجهة العراقيل المترتبة عن المنافسة التي تتلقاها خلال حياتها. وفي ظل هذه الظروف ظهر ما يسمى بنظام تجمع الشركات، حيث كان لتمكين الشخصية المعنوية من حق تملك الأسهم والحصص، كالأفراد في الشركات الأخرى وإدارتها تبعاً لذلك، أثره الكبير في إنشاء الشركات العملاقة، التي تتكون من شركة يطلق عليها الشركة الأم تساهم في شركات أخرى يطلق عليها الشركات التابعة، حيث تمتلك الشركة الأم نسبة من رأس مال وحقوق التصويت في الشركات التابعة بما يحقق لها السيطرة على هذه الشركات، رغم استقلال كل شركة منها قانوناً عن الشركة الأم، أي أن هناك وحدة اقتصادية للمجموعة، فإذا كانت الشركة الأم عضواً مهيمناً في مجلس إدارة الشركة التابعة أو مالكاً لأغلبية رأسمالها، فتصبح لها السيطرة التامة على الشركة التابعة، بحيث تستطيع الشركة الأم توجيه الشركة التابعة بما يخدم مصالحها، وبالمقابل أصبحت الشركة الأم تتحمل المسؤولية عن ديون الشركة أو الشركات التابعة، كما تتحمل النتائج المترتبة على إفلاسها³.

¹ رتيبة إيمان شويطر، النظام القانوني للتجمعات ذات المنفعة الاقتصادية في القانونين الجزائري والفرنسي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2005، ص.7.

² ولتركيز المشاريع صور عديدة؛ فقد تتحقق عن طريق الاندماج وذلك إما بضم شركتين أو أكثر في شركة أخرى قائمة، أو بمزج شركتين أو أكثر لإنشاء شركة جديدة، أو عن طريق التجمع ذي المنفعة الاقتصادية، أو عن طريق تجمع الشركات الذي يظهر في صورة تجميع شركتين أو أكثر تحت إدارة شركة واحدة تسمى الشركة الأم، وتسمى الشركات الخاضعة لرقابتها بالشركات التابعة.

³ مروان بدري الابراهيم، المرجع السابق، ص.1.

ولقد تبلور هذا الإطار القانوني في فرنسا أولاً حيث صدر بموجب القانون رقم 66-357 المؤرخ في 24_07_1966 المتضمن القانون التجاري¹. ثم تبناه المشرع الجزائري بعد انتهاجه النهج الليبرالي بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09_12_1996 المعدل والمتمم للقانون التجاري². وذلك في القسم الثاني من الفصل الرابع والمعنون بالشركات التابعة، المساهمات والشركات المراقبة.

إلا أن كلا من القانونين الجزائري والفرنسي لا ينظران تجمع الشركات بصفة مفصلة وكاملة، كون نظرية التجمع لا تستند في هذين القانونين إلى نصوص متكاملة وإنما إلى بعض النصوص القانونية المتناثرة ضمن عدة قوانين، وتأسيساً على بعض الأحكام والاجتهادات القضائية الفرنسية. كما يرجع ذلك لكون تجمع الشركات يندرج في أغلب التنظيمات القانونية ضمن الميدان الاقتصادي بدل الميدان القانوني. فرغم الدور جد الفعال الذي تلعبه هذه التجمعات في الميدان الاقتصادي إلا أن معظم التشريعات لم تؤطره قانوناً بعد³.

لكن ذلك لا يمنع من القول أن هناك من التشريعات من نظمت تجمع الشركات بشكل مفصل ومستقل. ففي الاتحاد الأوروبي نجد ألمانيا⁴، قد أعطت تنظيمًا قانونيًا كاملاً لتجمع الشركات، على خلاف فرنسا التي ينعدم فيها إلى حد الآن أي تأطير خاص به بصفة مفصلة وكاملة، ونلاحظ وجود محاولتين فقط:

¹ Loi n 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

² المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر. العدد. 77.

³ Farag Hmoda, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, Thèse de doctorat, école doctorale de droit privé, université de Franche compte, France, 2013, p.10.

⁴ Le Droit allemand a développé par une loi du 6 septembre 1965, une codification spécifique et détaillée en matière de groupes de sociétés ou (Konzern). Cette approche qui consiste à dépasser l'existence propre de chaque société pour soumettre le groupe à un corps de règles spécifiques régissant sa conduite, est toujours en vigueur en Allemagne et a influencé de nombreuses autres législations étrangères telles que celles du Brésil, du Portugal, de l'Italie ou de Taiwan ; Pour plus de détail voir Frédéric Magnus, les groupes de sociétés et la protection des intérêts catégoriels, éd Larcier, Belgique, 2011 p.44 et s

الأولى سنة 1970 (مشروع COUSTE) أين كان هذا المشروع يرمي إلى حماية الأجراء والمساهمين في الشركات التابعة للشركة الأم، وما يلاحظ أن هذا المشروع تأثر كثيرا بالتشريع الألماني، إلا أنه لم تتم المصادقة عليه.

والمحاولة الثانية تتمثل في قانون 12 يوليو 2010 والحامل لرقم 788-2010، لا سيما المادة 84 من هذا القانون وتتعلق فقط بمسؤولية الشركة الأم عن الأضرار البيئية التي تحققها إحدى شركاتها التابعة¹.

وإن ما يثير النقاش بصدد تجمع الشركات هو التناقض الذي قد يبدو للوهلة الأولى في طريقة عمل هذا التجمع وعلاقة هياكله، كون الشركة التابعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، إلا أنها تعتبر في ذات الوقت تابعة للشركة الأم وخاضعة لرقابتها.

هذا، وأمام التضارب الموجود بين المصالح الناجمة عن تجمع الشركات لا بد من دراسة الحماية القانونية للمصالح الفئوية الناجمة عنه، سواء كانت مقررة لمصالح من داخل التجمع أو من خارجه.

ورغم وجود اهتمام ملحوظ بموضوع تجمع الشركات، إلا أن أغلب الدراسات لم تعالجه إلا جزئيا حسب الميدان القانوني الذي انطلقت منه الدراسة (القانون التجاري، القانون الجبائي، قانون المنافسة، قانون النقد والقرض، قانون العمل) وذلك يرجع لكون أنه من الصعب التعرض إلى تجمع الشركات من كافة الزوايا. مما يجعل من هذه الدراسة ذات أهمية قصوى، كونها تسلط الضوء على الحماية القانونية المقررة للمصالح الفئوية في ظل تجمع الشركات، وتعالج تجمع الشركات والحقوق الناتجة عنه

¹ Alexis Jacquemin, La dynamique du groupe d'entreprises, une perspective du droit économique, Revue d'économie industrielle n°47, 1^{er} trimestre, 1989, P.6, publie sur internet :

[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_1989_num_47_1_1280)

[3229_1989_num_47_1_1280](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_1989_num_47_1_1280) , Date de dernière consultation :13_03_2015.

من الناحية القانونية المحضة، في محاولة متواضعة لسد الفراغ التشريعي والقضائي الذي يسود تجمع الشركات في القانون الجزائري .

وهذا ما يطرح التساؤل حول مدى إمكانية التوفيق بين إستقلالية الشركة التابعة والوحدة الإقتصادية للتجمع من أجل حماية المصالح الضعيفة؟
والواقع أنه- فضلا عن تجشّم مشقة التنقل للبحث عن المراجع النادرة في هذا الموضوع- فإن هناك بعض الصعوبات التي تصادف الباحث في مثل هذا المجال، تتمحور في كون الفقه الجزائري لم يتطرق لدراسة تجمع الشركات والحقوق والالتزامات المترتبة عنه بشكل مفصل¹، كما أن القرارات القضائية الجزائرية المنشورة في هذا المجال تعتبر قليلة جدا. فالدراسة القانونية لتجمع الشركات صعبة كونها تتصادم مع فراغ تشريعي كبير، وقلة الأشغال الفقهية والاجتهاد القضائي.

وللتقليل من حدة هذه الصعوبات، وبغية إزالة الغموض عن الحماية القانونية للمصالح الفئوية في ظل تجمع الشركات، سنتبع المنهج المقارن في هذه الدراسة، من خلال عرض ما توصل إليه التشريع الفرنسي مدعما بالإجتهد القضائي ومفسرا بالفقه الفرنسي، وإبداء أوجه السكوت التشريعي في الجزائر عن تنظيم تجمع الشركات، في محاولة لإيجاد حماية لكل من مساهمي وعمال ودائني الشركات التابعة، كما ستكون المقارنة من خلال إسقاط القواعد العامة لقانون الشركات التجارية على تجمع الشركات، عبر تقييم ما إذا كانت القواعد القانونية العامة كافية لحماية تلك المصالح، أو بالأحرى إقامة قانون خاص بتجمع الشركات، كما أنه يجب الذكر أن الاهتمام المتصاعد للتشريع الفرنسي إزاء تجمع الشركات يجعل المقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي محدودة جدا كون أن التشريع الجزائري رغم تأثره بالقانون الفرنسي إلا أنه لا يميل إلى التطور الذي يعرفه هذا الأخير، بل اكتفى ببعض المبادئ

¹ فبعض الكتابات في الجزائر تطرقت في طياتها لهذا الموضوع، لكن فقط بشكل سطحي، ولم تتناولها بعمق وتفصيل، بل أن أكثرها تناولته من الزاوية الاقتصادية للبحث.

الكلاسيكية فقط، وعليه فإن هدف هذه الدراسة هو تتبع التطور التشريعي والقضائي الذي أقامه القانون الفرنسي والوقوف عند نظام عام لحماية مصالح مساهمي وعمال ودائني الشركة التابعة.

ومن خلال ما سبق قوله يتجلى لنا أن الأمر يتعلق بالاعتراف بحقوق مساهمي وعمال ودائني الشركة التابعة مقابل سلطات الشركة الأم كونها المساهم الذي يملك أغلبية رأس المال أو حقوق التصويت في الشركات التابعة، دون إهمال حق هذه الأخيرة في الرقابة والتوجيه قصد تحقيق الأهداف الاقتصادية المشتركة للتجمع؛ أي أن البحث سيتم في إطار تحقيق الموازنة بين الإعراف بحق الشركة الأم في تحقيق أهدافها الاقتصادية لكن دون أن يتم ذلك على حساب باقي المصالح، وبالتالي تقتصر الدراسة على حماية المصالح الداخلية والخارجية للشركة التابعة في ظل تجمع الشركات.

وذلك ما ستم الإجابة عنه من خلال فصل تمهيدي، وبابين:

فصل تمهيدي : الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات

الباب الأول :حماية المصالح الناجمة عن العلاقات الداخلية في تجمع الشركات

الباب الثاني :حماية مصالح الدائنين في علاقتهم مع تجمع الشركات

فصل تمهيدي

الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات

إن تجمع الشركات هو هيكل ذو طبيعة خاصة، إذ يجمع بين عدة شركات¹ مستقلة من الناحية القانونية، تتمتع كل واحدة منها بالشخصية المعنوية، بكل ما يترتب عنها من آثار قانونية، غير أنها من الناحية الفعلية خاضعة لتبعية الشركة الأم التي تترأس تجمع الشركات نتيجة امتلاكها جزء من رأس مال هذه الشركات التابعة، أو حقوق التصويت فيها، مما يخول لها السيطرة عليها، والتأثير على سيرها وتوجيهها وفق إستراتيجية موحدة موضوعة مسبقاً.

ولا يمكن أن يتكون تجمع الشركات إلا من أشخاص معنوية، فبالنسبة للشخص الطبيعي الذي يكون له نفوذ بامتلاكه أغلبية رأس المال، أو أغلبية حقوق التصويت في عدة شركات، لا يمكن تكييف ذلك على أنه تجمع، ذلك أن النفوذ والسيطرة في تجمع الشركات لا يمارسان إلا من قبل شركة أم تكون في شكل شخص معنوي².

وينطبق نفس الشيء على الشركة التي يكون لها عدة فروع³، ووكالات ومحلات تجارية، إذ بالرغم من أن كياناتها تشكل وحدة اقتصادية تابعة للشركة، إلا أنها تفتقد الشخصية المعنوية⁴.

¹ D. Vidal, Droit des sociétés, 6^{ème} éd, LGDJ, Paris, 2008, p.97.

² « Attendu que (...) la validité des opérations de trésorerie intergroupe postule non seulement des liens de capital directs et indirects, mais des liens de capital ayant en effet conférer à une entreprise liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ; que dès lors la cour d'appel ne pouvait détruite, l'existence d'un groupe de sociétés du simple fait que les entités en cause étaient sous la coupe d'une même personne physique ne pouvant être regardée à défaut de toute constatations en ce sens comme un entrepreneur individuel . »

Cass pouvoir n° 02-13449, 10 Décembre 2003, www.legifrance.Gouv.fr , consulté le 02-02-2014.

³ إذ هناك فرقا بين الشركة التابعة « Filiale » و الفرع « succursale », إذ هذا الأخير لا يتمتع بالشخصية المعنوية.

⁴ Farag Hmoda, Thèse préc, p.20.

ومن الصعب الإلمام بالإطار القانوني لتجمع الشركات، ناهيك عن الطرق المختلفة لتشكيله، والتي تختلف بدورها عن طرق تشكيل بقية الهياكل القانونية كالتجمع ذو المنفعة الاقتصادية، لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظمها تنظيمًا محكمًا.

وعليه سوف نحاول الإلمام بمفهوم تجمع الشركات، من خلال التطرق إلى التعاريف الفقهية والقانونية التي قبلت فيه وتمييزه عن النظم المشابهة له (المبحث الأول)، ثم التطرق فيما بعد إلى كيفية هيكلته (المبحث الثاني)، وبذلك يتضح لدينا جانباه النظري (المفهوم) والتطبيقي (الهيكل).

المبحث الأول

مفهوم تجمع الشركات

إن تجمع الشركات هو عبارة عن وضعية فعلية أو واقعية لمجموعة من الشركات تشكل كيان إقتصادي واحد من خلال عملها كوحدة، غير أنها من الناحية القانونية مستقلة عن بعضها البعض¹.

إن هذا الكيان الضخم، فور تشكيله وخروجه للواقع العملي يطرح للوجود عدة مشاكل، سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية، تتعلق بمفهومه وطبيعته القانونية، مما يستدعي منا البحث عن تعريف تجمع الشركات (المطلب الأول)، ثم تمييزه عن غيره (المطلب الثاني)، حتى يتضح لنا المفهوم الحقيقي لهذا الكيان.

المطلب الأول: تعريف تجمع الشركات

إن نظرية تجمع الشركات لم يكن لها نصيب من التنظيم كهيكل قانوني خاص بشكل كامل في القانونين الجزائري والفرنسي²، ولقد اكتفى المشرع الجزائري في القانون التجاري بتنظيم التجمع ذو المنفعة الاقتصادية من المادة 796 إلى المادة 799 مكرر 4، في

¹ « Le groupe de sociétés une réalité économique : c'est un ensemble d'entreprises distinctes mais liées entre elles par des liens de dépendance » Françoise Dekeuwer, Defossez, Groupes de sociétés, contrats et responsabilités, L.G.D.j.Paris, 1994.p.1.

² إذ ليس هناك تنظيم قانوني خاص بتجمع الشركات في القانون الفرنسي بالرغم من المحاولات العديدة من بينها مشروع قانون تجمع الشركات وحماية العمال والمساهمين « proposition couste » ، مسجل في رئاسة الجمعية العامة في فبراير 1970، وهذا الإقتراح مستوحى من القانون الألماني لعام 1965، ولم يتم مناقشته في البرلمان، أما المحاولة الثانية تمت مؤخرا، قانون رقم 2010-788، المؤرخ في 12 جويلية 2012، المتضمن الإلتزام الوطني للبيئة الثانية (Grenelle) engagement national pour l'environnement dite (Grenelle) ، إذ تحيل المادة 8 منه، والمتعلقة بمسؤولية الشركة الأم التي أصبحت المادة 512-17 من قانون البيئة إلى المادة 233-1 من القانون التجاري الفرنسي لتحديد مفهوم الشركة الأم والشركات التابعة، وهذا القانون متعلق بمسؤولية الشركة الأم عن الأضرار البيئية التي تسببها الشركة التابعة.

الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية، وعنوانه بالتجمعات، إلا أن المقصود به هو التجمع ذي المنفعة الاقتصادية Groupement d'intérêt économique الذي يقوم بعقد بين شخصين معنويين، في حين أن التجمع محل الدراسة هو الذي يوجد فعلا دون ضرورة وجود عقد بين الأعضاء المكونة له.

وعلى الصعيد الفقهي، كانت وما زالت نظرية التجمع محل دراسات وأبحاث فقهية في القانون المقارن، وتختلف التعاريف المقدمة لتجمع الشركات باختلاف التخصص القانوني لكل فقيه، ذلك أن التجمع ليس فقط وليد قانون الشركات، وإنما حقيقة التجمع تقتضي أن يكون محل تنظيم في عدة مجالات قانونية، القانون الضريبي، قانون العمل، القانون البنكي، قانون المنافسة... الخ. فكل يعرفه بحسب إختصاصه، مما يستدعي منا البحث عن التعاريف الفقهية لتجمع الشركات (الفرع الأول) لعلنا نتوصل على ضوءها لفهم التعاريف القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للتجمع

تطلق تسمية تجمع الشركات على "مجموعة شركات تمارس نشاطا إقتصاديا متماثلا أو متمايزا، وتخضع لإدارة إقتصادية موحدة، وتسيطر على ذمتها المالية إحدى الشركات التي تأتي على رأس التجمع، وتسمى الشركة الأم، التي تمارس سيطرتها على الشركات الأعضاء بملكيتها جزء من رأس مال هذه الشركات"¹.

ويعرفه « Francis Lefebvre » على أنه "مجموعة مشكلة من عدة شركات تتمتع كل واحدة منها باستقلالها القانوني، غير أنها مرتبطة فيما بينها بعلاقات مختلفة، حيث تعتبر إحداهما شركة أم تسيطر على بقية الشركات التابعة، وتمارس رقابة على التجمع، وتشكل

¹ هند محمد حسن، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة للشركات متعددة القوميات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين الشمس، مصر، 2005، ص 29.

مركز القرار، فهناك إختلاف بين الوضعية القانونية التي تفرض الاستقلالية، والوضعية الاقتصادية التي تفرض التبعية¹

كما يعرفه « François goré » " بأنه عبارة عن وحدة اقتصادية مكونة من شركة "أم" وشركات تابعة لها، مع وجود ثلاثة خصائص تجمعهم:

1- شركات تابعة متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

2- تبعية الشركة التابعة للشركة الأم عن طريق تقنية المراقبة.

3- الطابع المالي الذي يربط بين الشركات².

في حين يرى P.DIDIER أن تجمع الشركات لا يتكون فقط من شركة أم وشركات وليدة، وإنما من شركات تابعة للشركات الوليدة sous filiale، تمارس عليها الشركة الأم رقابة غير مباشرة³.

ويذهب جانب من الفقه⁴ إلى أنه يجب أن تجتمع عدة شروط للقول بوجود تجمع الشركات، وذلك كالآتي:

- أولاً أن تمتلك شركة نسبة معينة من حقوق التصويت تختلف باختلاف تشريع كل دولة، بحيث تصبح الشركة الثانية تابعة لها ، على أن تكون هذه الأخيرة متمتعة بشخصية قانونية مستقلة وذمة مالية.
- ثانياً أن توجد مجموعة الشركات تحت إدارة واحدة تسيطر فيها الشركة الأم على إدارة شركاتها الوليدة، حيث أن وحدة الإدارة، أو ما يسمى بالسيطرة والهيمنة هو مصدر

¹ Francis Lefebvre, Groupes de sociétés (juridiques, fiscal, social), éd. Lefebvre, France, 2006, p.15.

² François Goré, Droit des affaires, Paris Montchrestien, tome 2, France, 1999, p.475.

³ P .Didier, Droit commercial, tome 3, 1996, p.513.

⁴ هند محمد حسن،، مدى مسؤولية الشركة الأم...، المرجع السابق، ص.30.

وجود التجمع، ويتحقق ذلك عن طريق المشاركة في رأسمال الشركة التابعة بحيازة أغلبية الأسهم فيها.

ويرى R.Houin أن الإشكال الأساسي في تجمع الشركات هو التناقض الموجود بين القانون والواقع Le droit et le fait ، فكيف يمكن حسب رأيه أن نتكلم عن الإستقلالية القانونية للشركات التابعة، وفي نفس الوقت نتكلم عن خضوعها لإدارة موحدة تكون فيها الشركة الأم المسيطرة، والشركات التابعة المسيطرة عليها¹.

ويبرر هذا التناقض بالهدف الرئيسي للتجمع وهو تقسيم الأعمال على الشركات الأعضاء المحنطة بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي والمنظمة إلى الوحدة الاقتصادية للتجمع².

ويلاحظ كذلك أن تجمع الشركات لا ينشأ فقط من خلال المساهمات المالية وامتلاك حقوق التصويت، وإنما أيضا يمكن أن ينشأ عن طريق علاقات تعاقدية يمكن أن تنشأ عن وضعية التبعية كعقد إيجار التسيير، عقد التوزيع،.... الخ³.

وبالتالي لا بد من إعطاء تعريف جامع مانع، وفي هذا الإطار نجد محاولة P. Maggy⁴ الذي عرفه على أنه وحدة اقتصادية تجمع بين شركتين أو أكثر يتمتعون بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تجمعهم مصلحة مشتركة، ويخضعون لرقابة الشركة الأم، هذه

¹ R.Houin, Droit des groupes de sociétés analyse- propositions, librairies techniques de la cour de cassation, France, 1972, p.110, 111.

² C. Champaud, Responsabilité de la société mère aux de dettes de sa filiale, R.T..D.Com, 2002, p.576.

³ D.Vidal, op.cit, p.99.

⁴ Pariente Maggy, les groupes de sociétés, éd. LITEC, Paris, 1993, p.468.

« Peut être considéré comme groupe toute entité économique regroupant deux ou plusieurs sociétés lesquelles jouissant de leurs personnalités morales, ont un intérêt commun supérieur à celui particulier à chacune

et sont soumises au contrôle d'une seule société mère tête du groupe .Ce contrôle se concrétise dans le pouvoir de la prise de décision au sein de la filiale, qui est issu de la détention d'une fraction du capital ou des droits de vote de celle-ci du pouvoir de la nomination de la majorité de ses organes sociaux, ainsi que de tout autre instrument produisant les mêmes effets ».

الرقابة تتجسد في السيطرة على قرارات الشركة التابعة إما من خلال المساهمة في رأسمالها، أو امتلاك نسبة من حقوق التصويت فيها تمكنها من تعيين أغلبية أعضاء مجلس إدارتها، أو بأي وسيلة أخرى تحدث نفس الآثار.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للتجمع

بالرجوع إلى القسم الثاني من الفصل الرابع من الباب الأول من القانون التجاري الجزائري المتعلق بالشركات التابعة، المساهمات والشركات المراقبة، وبالأخص المواد من 729 إلى 732 مكرر 4 ، نلاحظ غياب تعريف خاص بتجمع الشركات، إذ لم يقر المشرع الجزائري بتكريس نصوص قانونية خاصة تنظم هذا الأخير بشكل مفصل، وإنما أشار إلى بعض الميكانيزمات التي يقوم عليها التجمع في بعض النصوص، كذلك التي تنظم المساهمات والمراقبة.

حسب نص المادة 732 مكرر 4 من ق.ت ، نجد أن المشرع قد تبني فكرة التجمع، حيث جاء به:

"يقصد بالحسابات المدعمة¹ تقديم الوضعية المالية ونتائج مجموع الشركات وكأنها تشكل نفس الوحدة".

وإستنادا إلى القرار المؤرخ في 19 أكتوبر 1999، والمتضمن تقنيات إعداد وتجميع حسابات التجمع²، والمحدد لكيفية تطبيق نص المادة 731 مكرر من القانون التجاري، نجد أن المادة الأولى منه ورد فيها ما يلي:

" إن حسابات الشركة القابضة التي تم تجميعها مع حسابات الشركات المعنية التي هي تحت رقابتها، تشكل الحسابات المجمعة للمجمع." ونلاحظ هنا أن المشرع استعمل مصطلح المجمع.

¹ يقصد بالحسابات المدعمة، الحسابات الإجبارية التي تلتزم كل شركة بتحضيرها ونشرها، والمحددة في المادة 716 من ق.ت ، وهي حسابات الجرد والميزانية، وحسابات الأرباح والخسائر.

² ج.ر. العدد 87، الملحق رقم 01.

وبالرجوع إلى المادة 138 مكرر/4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ، نجد أنها تعرف تجمع الشركات كالآتي:

" تجمع الشركات يعنى به كل كيان اقتصادي مكون من شركتين أو أكثر ذات أسهم ، مستقلة قانونا، تدعى الواحدة منها الشركة "الأم". تحكم الأخرى المسماة "الأعضاء" تحت تبعيتها لاملاكها المباشر ل 90 % أو أكثر من رأسمالها الإجمالي، والذي لا يكون رأس مال ممتلكا كليا أو جزئيا من طرف هذه الشركات أو نسبة 90 % أو أكثر من طرف شركة أخرى تمكنها أخذ طابع الشركة الأم.

يجب أن تكون العلاقات بين الشركات الأعضاء في التجمع في المفهوم الجبائي مسيرة أساسا بأحكام القانون التجاري".

يتبين من هذه المادة، أنه بالرغم من أن المادة 138 مكرر/4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، تحيل لتنظيم العلاقات بين الشركات الأعضاء في التجمع على أساس أحكام القانون التجاري، إلا أن هناك اختلافا ما بين القانونين بخصوص إشكالية المعيار الكمي المحدد لنسبة المساهمات بالنسبة للشركات الأعضاء في التجمع. كما أن القانون التجاري بالرغم من اعتباره قانونا خاصا لم يتم بتحديد الشكل القانوني للشركات الأعضاء في التجمع (الشركة الأم والشركات التابعة)، إلا أن القانون الجبائي حصر الشكل القانوني لهم في شركة المساهمة.

كما أنه في القانون التجاري، والقرار المطبق للمادة 732 مكرر 4 من ق.ت ، والقانون الجبائي، هناك إشكالية ضبط المصطلح القانوني لهذه المنشأة، فهل هي مجموعة شركات أم مجمع أم تجمع؟

أما القانون البنكي الجزائري، فقد تبنى بدورة نظرية تجمع الشركات، إذ بعدما نص في المادة 76 من الأمر رقم 03-11¹ على منع كل شخص طبيعي أو معنوي من ممارسة عمليات استلام الأموال من الجمهور، والإقتراض العام، ووضع آليات لذلك، تضمنت المادة 79 استثناءات على ذلك، ومن ضمنها الفقرة 2، التي نصت صراحة على أنه يمكن لمؤسسة أن تقوم بعمليات الخزينة مع شركات لها تربط بينها بصفة مباشرة أو غير مباشرة مساهمات في رأس المال تخول لإحداها سلطة الرقابة الفعلية على الأخرى.

كما تبنى قانون المنافسة² بدوره نظرية تجمع الشركات، إذ الهدف الرئيسي للتجمع هو سيطرة الشركة الأم على الشركات التابعة بقصد وضع سياسة اقتصادية مشتركة، وذلك من خلال الخضوع إلى إدارة موحدة. هذه المبادئ تقضي على مبدأ استقلالية الشركات التي تجعل من الشركة هيكلًا مستقلاً في السوق يخضع لحرية المنافسة، فالتجمع الذي أصبح يعتبر ضرورة اقتصادية يدخل في إطار الوضعية المهيمنة *Position dominante*، ويعد تصرفاً محظوراً، تعاقب عليه المادة 56 من قانون المنافسة، يعتبر غير ذلك في حالة حصوله على ترخيص من قبل مجلس المنافسة ويدخل في قائمة التجميعات الاقتصادية *les concentrations économiques*، التي نصت عليها المادة 15 من نفس القانون.

¹ الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 غشت 2003، متعلق بالنقد والقرض، ج. ر العدد 52.

² الأمر رقم 03-03 الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، متعلق بالمنافسة، ج. ر العدد 43.

المطلب الثاني: تمييز تجمع الشركات عن الأنظمة المشابهة له

بعد أن وقفنا عند تعدد التعاريف الفقهية التي قيلت في تجمع الشركات وإختلافها بإختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها، والتعاريف القانونية لتجمع الشركات، وإختلاف المصطلحات المستعملة الدالة عليه، يصعب فهم المعنى الحقيقي للتجمع، مما يستدعي تمييزه عن أهم ما يشته به من أنظمة لعل أهمها الشركات متعددة الجنسيات، والتجمع ذي المنفعة الإقتصادية والتجميعات الإقتصادية.

الفرع الأول: تجمع الشركات والشركات متعددة الجنسيات

إن الشركات متعددة الجنسيات هي عبارة عن مشروع ضخم يقوم بدور مهم في التجارة الدولية، ويمارس نشاطه في أكثر من دولة عن طريق وحدات مستقلة تنتشر في الدول تسمى شركات تابعة Filiales، وتقع على رأس هذه المشروعات شركة كبيرة تتبعها هذه الشركات الوليدة تسمى الشركة الأم¹ Société mère.

ونظرا للتشابه بينها وبين تجمع الشركات، فلا بد من تعريفها ثم إبراز أهم ما يميز بينهما.

أولاً: تعريف الشركات متعددة الجنسيات

لقد قدمت عدة تعاريف للشركات متعددة الجنسيات، وأنتهج لهذا الغرض عدة معايير، فمنها من يركز على صفة الدولية في تعريف هذه الشركات فيعرفها بأنها: " مجموعة شركات وليدة أو تابعة تزاوّل كل منها نشاطاً إنتاجياً في دول مختلفة وتخضع لسيطرة شركة واحدة، وهي الشركة الأم التي تقوم بإدارة هذه الشركات الوليدة كلها في إطار عالمية موحدة"².

كما عرفت أيضاً بأنها "الشركات التي يتعدى نشاطها الحدود الوطنية إلى دول أخرى عديدة، ولكن مركز الشركة القابضة أو الشركة الأم ينتمي لدولة واحدة ترسم منها خطط

¹ شريف محمد غنام، مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركاتها الوليدة (دراسة في بعض جوانب الإفلاس

الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 2003، ص.230.

² نفس المرجع، ص.326.

الإنتاج والتوزيع وإتخاذ القرارات التي تنفذ عبر فروعها أو شركاتها الوليدة في الدول الأخرى"¹.

ومن التعريفات ما يبرز العناصر الداخلية للشركات متعددة الجنسيات خاصة السيطرة والهيمنة التي تمارسها الشركة الأم على الشركات الوليدة. فعرفت على أنها "تجمع الشركات التي تسيطر فيه الشركة الأم على شركاتها الوليدة بحيث تحوز الشركة الأم هذه السيطرة بصورة دائمة بحيازتها جزء من رأسمالها أو عن طريق عقود السيطرة مما يتيح لها إتخاذ القرار الإقتصادي في مجموعة الشركات بأساليب عديدة كإتفاقيات التصويت أو التفويض على بياض أو يكون مديرو الشركات الأم والوليدة مشتركين مما يؤدي إلى ظهور الشركات كوحدة واحدة"².

ومن التعريفات ما يركز على صفة المشروع أو وحدة الإدارة بين الشركات، إذ تعرف على أنها "مجموع إقتصادي وقانوني مكون من شركة أم وشركات وليدة، وتمارس وحدة الإدارة داخل هذا المجموع من عدة أشخاص قانونية"³.

ولإعطاء تعريف جامع مانع للشركات متعددة الجنسيات، لا بد من الأخذ بعين الإعتبار كل العناصر المكونة لهذه المنشأة، وأهم عنصر هو الطابع الدولي، الذي يعد معيار التفرقة بين الشركات متعددة الجنسيات وتجمع الشركات الوطنية، وبالتالي يمكن تعريفها على أنها: "مجموعة شركات مستقلة قانونا عن بعضها البعض تسمى الشركات الوليدة، ولكنها مرتبطة ببعضها البعض بروابط اقتصادية، وتخضع في ذلك لسيطرة وهيمنة شركة أخرى تسمى الشركة الأم، وتمارس هذه الشركات نشاطها في مناطق جغرافية متعددة"⁴. وتسعى جميعها إلى تحقيق إستراتيجية واحدة تضعها الشركة الأم".

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص.326.

² شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص.8.

³ أي أقاليم دول مختلفة

⁴ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة.....، المرجع السابق، ص.9.

ثانيا: الفرق بين الشركات متعددة الجنسيات والشركة الدولية

تختلف مجموعة الشركات متعددة الجنسيات عن الشركة الدولية، إذ تعرف هذه الأخيرة بأنها الشركة التي تنشأ بموجب اتفاقية دولية بين حكومات دول مختلفة، وتحدد هذه الدول سلطات هذا الشخص المعنوي الذي تم إنشاؤه بإرادتها، إذ تجد القواعد القانونية التي تخضع لها الشركات الدولية مصدرها في الاتفاقيات الدولية، أو القانون الدولي الخاص ويستهدف هذا النوع من الشركات المصلحة العامة على الرغم من طابعها التجاري والصناعي، وقد تستفيد من بعض الامتيازات والإعفاءات التي تمكنها من مباشرة نشاطها وتحقيق أغراضها نظرا للطابع الدولي الذي يميزها، كما أنها تخضع لرقابة حكومية.

في حين أن الشركات متعددة الجنسيات تنشأ بين أشخاص القانون الخاص وفق القانون الداخلي قصد تحقيق الأرباح، وتتمتع في المقابل بامتيازات خاصة¹.

الفرع الثاني: تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الاقتصادية

لقد أسس المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 ، والمشرع الفرنسي بموجب الأمر رقم 67-821 منشأة قانونية جديدة توضع تحت تصرف الأشخاص الممارسين لنشاط اقتصادي والراغبين في التعاون لتوحيد جهودهم ونشاطهم في إطار قانوني يدعى التجمع ذي المنفعة الاقتصادية.

والهدف الرئيسي من هذه المنشأة هو مساهمة المؤسسات في المشاريع الاقتصادية دون المساس باستقلاليتها، فيجوز لها أن تنشأ تجمعا تسند إليه مهمة إنشاء مركز بيع منتجاتها أو مكتب للتصدير، أو مؤسسة للبحث والتنمية .

وعليه، سوف نتطرق أولا إلى تعريفه، ثم تبيان طبيعته القانونية ثم في الأخير التفرقة بينه وبين تجمع الشركات.

¹ حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص. 336

أولاً: تعريف التجمع ذي المنفعة الاقتصادية

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً دقيقاً للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية، بل جاء النص في المادة 796 من ق.ت. على أنه: "يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابياً ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل اللازمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائه أو تطويره أو تحسين نتائج هذا النشاط وتنميته".

كما تم النص في المادة 1/797 من ق.ت. على أنه "يحدد عقد التجمعات تنظيم التجمع مع مراعاة أحكام هذا القانون، ويتم إعداد كتابياً وينشر حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم".

وبإجراء توليفة بين المادتين السابقتين يتضح أن التجمع عقداً يتفق من خلاله شخصان معنويان أو أكثر وهم الأعضاء، على تطبيق الوسائل الملائمة لتسهيل وتنمية نشاطهم الاقتصادي المشترك وتطويره وتحسينه.

ويشبه التجمع ذي المنفعة الاقتصادية إلى حد كبير الشركات وخاصة شركات الأشخاص، وبالتالي نتساءل عما إذا كان من الممكن اعتبار التجمع ذي المنفعة الاقتصادية كنوع جديد من أنواع الشركات؟ خاصة وأن المشرع الجزائري قد أدرج هذه المنشأة في الفصل الخامس من الكتاب الخامس من القانون التجاري المعنون بالشركات التجارية، وذلك بعد تنظيم شركة التضامن والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم وشركة المحاصة.

بالرجوع إلى المادة 544 الفقرة الأولى من القانون التجاري، نجد أنها تقسم الشركات التجارية إلى نوعين؛ شركات تجارية بحسب الشكل، وشركات تجارية بحسب الموضوع. وقد حددت الفقرة الثانية من نفس المادة عدد الشركات بحسب الشكل وهن؛ شركة التضامن وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، فهل هذا يعني أن التجمع ذو المنفعة الاقتصادية لا يعد منشأة تجارية؟ أم يعني ذلك أن التجمع ذي

المنفعة الاقتصادية منشأة تجارية إذا كان موضوعها تجاريا ومنشأة مدنية إذا كان موضوعها مدنيا؟

ومن خلال التعديل الذي تم إجراؤه على المادة 416 من ق.م.¹، بإضافة عبارة " وبلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة" يبدو التساؤل جديا إلى حد كبير، فإذا كانت الشركة المدنية تهدف هي الأخرى إلى تحقيق أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، فلا بد من توضيح الطبيعة القانونية للتجمع لإخراجه من أي التباس.

ثانيا: الطبيعة القانونية للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية

إن الطبيعة القانونية المميزة للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية تجعل منه شخصا معنويا جديدا له أهداف، لا ينطوي تحت دراية أي من الأشخاص المعنوية التي يعرفها القانون الخاص، فهو ليس شركة ولا جمعية² ولا شركة مدنية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تمارس أعمالا ذات طبيعة تجارية، ويهدف إلى توزيع الأرباح الناتجة عن أنشطتها المدنية، فضلا على أنها تكتسب الشخصية المعنوية، بمجرد الإتفاق المنشئ لها، دون اشتراط إتمام إجراء القيد والشهر.

كذلك فإن مسؤولية الشركاء وإن كانت غير محدودة إلا أنها ليست تضامنية، فهذا التنظيم حتما يختلف عما هو عليه في التجمع ذي المنفعة الاقتصادية، الذي لا يكتسب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري³، ولا يسعى إلى تحقيق الربح بمفهومه

¹ حيث كانت تنص المادة قبل التعديل:

" الشركة عقد بمقتضاه يلزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك لتقديم حصة من مال أو عمل أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج وتحمل الخسارة التي قد تتجر" أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي سنة 2007.

² Maurice Cozion, Alain Viandier, Florence Deboissy, Droit des sociétés, 22^{ème} ed, L.I.T.E.C, France, p.590.

³ F.LEUMINIER, Groupement d'intérêt économique (G.I.E), 10^{ème} ed Delmas, France, 1999, p.45.

التقليدي، ويمارس أعمالا تجارية أو مدنية بحسب موضوعه، ومسؤولية الأعضاء، فيه عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة وتضامنية في جميع الأحوال.

فالتجمع ذي المنفعة الاقتصادية شخص معنوي جديد، له ذاتية خاصة ويتميز عن سائر الأشخاص المعنوية التي يعرفها القانون الخاص، وهو يمارس نشاطات ذات طبيعة اقتصادية من ناحيتين:

- يمثل التجمع وسيلة قانونية لتنظيم التعاون الاقتصادي.
- يكون نشاط التجمع دائما تابعا لنشاط الأعضاء ومكملا لها، وبناء على ذلك، فإن التنظيم القانوني الذي قرره المشرع للشركات بأنواعها لا يمكن أن يمتد إلى التجمع ذي المنفعة الاقتصادية، حيث أن إرادة الأطراف هي التي ترسم نظامه وتحدد أهدافه، وتعين أجهزة إدارته، وتبين اختصاصاتها¹.

ثالثا: الفرق بين تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الاقتصادية

إن نقطة التشابه بين تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الاقتصادية تتمثل في احتفاظ الشركات الأعضاء داخلهم بوجودها القانوني، خلافا على ما هو عليه الحال في الاندماج، كما يهدف كلاهما إلى تدعيم وتقوية الإمكانيات الاقتصادية للفروع من أجل مواجهة المنافسة، وكذلك إبرام عمليات مالية بين الشركات المكونة لها (قروض - تأمين... الخ).

ورغم التشابه الكبير بين النظامين، إلا أنهما يختلفان في نقاط عديدة أولهما:

- إذا كان الأعضاء داخل التجمع ذي المنفعة الاقتصادية يحتفظون باستقلالية تامة في القيام بمهامهم، فإن استقلالية الشركات الأعضاء في تجمع الشركات نسبية، ذلك أنه تربطهم علاقة وطيدة بالشركة الأم ناتجة عن تملك هذه الأخيرة جزء من حقوق التصويت أو رأس المال في الشركة التابعة يخول لها حق الرقابة والسلطة وإتخاذ القرار.

¹ قاسم علي سيد، التجمع ذو الغاية الاقتصادية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، 1981، ص.305.

وثانيهما: وهي تعتبر أهم خاصية، فإذا كان التجمع ذي المنفعة الاقتصادية يتمتع بالشخصية المعنوية، وبالأهلية الكاملة من تاريخ قيده في السجل التجاري، فإن تجمع الشركات ليس له وجود قانوني ولا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، ولا يمكنه التقاضي ولا التعاقد¹.

ولكن كيف يمكن القول أن تجمع الشركات ليس له شخصية معنوية² والقضاء يعترف له بمصلحة تعلق مصالح الأعضاء المكونة له، وهل مصلحته تتجسد في مصلحة الشركة الأم أو مصلحة الأعضاء المكونة له أو مصلحة التجمع في حد ذاته ككيان اقتصادي؟

الفرع الثالث: تجمع الشركات والتجميعات الاقتصادية

أورد الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في بابه الثاني المتعلق بمبادئ المنافسة فصلا ثالثا عنوانه بـ " التجميعات الاقتصادية"، وأولها أهمية خاصة، إذ خصص لها المواد من 15 إلى 22.

وللوهلة الأولى عندما نقرأ التجميعات الاقتصادية، نعتقد أنها تجمع ذي منفعة اقتصادية، إلا أنه يختلف تماما عنه، فسوف نقوم أولا بتعريف التجميعات الاقتصادية، ثم بيان التفرقة بينها وبين تجمع الشركات محل الدراسة.

أولا: تعريف التجميعات الاقتصادية

حسب نص المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة فإن التجميع الاقتصادي يتم إذا:

¹ رتيبة شويطر، المرجع السابق، ص.31.

² ذلك أنه إذا ما قارنا تجمع الشركات مع شركة المحاصة، فطبقا للمادة 795 مكرر 2 من ق.ت. ، فهي بدورها لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للقيود ولا تكشف للغير ولا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء.

- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.
- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى.

أنشأت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة. وعليه، سوف نتطرق إلى كل حالة بالتفصيل:

I : الإندماج

يعتبر إندماج الشركات النموذج الأمثل لعمليات التجميع ، إذ يعرف بأنه "ضم شركتين أو أكثر قائمين على وجه قانوني في شكل شركة واحدة بعد موافقة مساهمي الشركة المندمجة، على أن تكون الشركتين متوحدتان في الموضوع، بحيث تتكون منهم وحدة اقتصادية بعد الاندماج، وينشأ عن الاندماج زوال الشركتين القائمتين أو إحداهما على الأقل"¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد نظم الاندماج في المادة 744 من القانون التجاري ، حيث ذكر عدة طرق يتم عبرها اندماج الشركات، وسوف نقتصر على ذكر أهم الصور المعروفة للإندماج:

أ: الإندماج بطريق الضم Fusion par absorbtion

تتجسد هذه الصورة في انصهار شركة (ب) في شركة (أ) حيث تؤدي هذه العملية إلى

¹ إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، عويدات للنشر والطباعة ، الجزء الثاني، لبنان، 1999، ص.403.

حل الشركة (ب) المندمجة، وفقدانها لشخصيتها المعنوية¹، حيث تنتقل حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة، وتبقى هذه الأخيرة قائمة، ومحفوظة بشخصيتها المعنوية، ويترتب عن ذلك زيادة رأسمالها².

ب: الإندماج بطريق المزج أو الدمج Fusion par combinaison

تتمثل هذه الصورة في اندماج شركتين أو أكثر لإنشاء شركة جديدة واحدة، حيث يؤدي هذا الإندماج إلى حل الشركتين المندمجتين أو أكثر، وتزول شخصيتهن المعنوية، وتنتقل جميع حقوقهم والتزاماتهم إلى شركة جديدة تؤسس على أنقاضها، يتكون رأسمالها من موجودات الشركات التي انقضت، ولا بد مراعاة جميع إجراءات التأسيس والشهر في الشركة الجديدة، لأنها لا تعتبر استمرارا للشركات التي انقضت، وإنما شركة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركات المندمجة فيها³.

ج: الإندماج بواسطة الإنقسام Fusion par scission

الإنفصال هو انقسام الذمة المالية للشركة إلى عدة أجزاء، وتنقضي شخصيتها المعنوية، وهو بذلك يختلف عن الإندماج. ويقصد بالإندماج بواسطة الإنقسام حل الشركة تمهيدا لدمجها في شركتين قائمتين أو أكثر، وبذلك تقسم الذمة المالية للشركة إلى عدة أجزاء، وكل جزء يضم إلى شركة أخرى تتمتع بكيانها ووجودها القانوني، أو قيام كل جزء منها بإنشاء شركة جديدة، وهو في الحقيقة يدخل في إحدى صورتَي الإندماج إما بانضمام شركة لأخرى، أو بتأسيس شركة جديدة⁴.

¹ إيمان بن طاوس، مسؤولية العون الإقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.117.

² فايز اسماعيل بصوص، إندماج شركات المساهمة العامة والآثار القانونية المترتبة عنها، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص.35.

³ نفس المرجع، ص.37.

⁴ ليندة سعدون، النظام القانوني لإندماج الشركات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص.22.

II: المراقبة

تنتج المراقبة عن النفوذ الذي يملكه شخص أو عدة أشخاص طبيعيين على مؤسسة أو أكثر، أو عن النفوذ الذي تملكه مؤسسة أو عدة مؤسسات على مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى أو على جزء منها. ويتم ذلك إما عن طريق شراء أسهم فيها، أو عن طريق شراء عناصر من أصولها، أو بموجب عقد ناقل لملكية كل أو جزء من ممتلكاتها أو عقد ناقل لحق الانتفاع بها مثل عقد إيجار التسيير، أو عن طريق أي وسيلة أخرى تكتسب بها المؤسسة نفوذا أكبر على مؤسسة أخرى تسمح بالتدخل في سيرها والتأثير عليها من حيث تشكيلتها أو قراراتها¹ ، وهذا ما نصت عليه المادة 16 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة².

- من خلال المادة 16 من الأمر رقم 03-03، نستنتج أن المراقبة تقوم على:
- روابط تعاقدية: حيث أن المؤسسات تبرم عقودا فيما بينها، لا تكون ناتجة فقط عن القانون التجاري، بل كذلك عن قانون العقود والالتزامات لا سيما فيما يتعلق بتأجير التسيير الحر، وعقد الإيجار... الخ.
 - روابط مالية: تتمثل في أخذ مساهمة في رأس مال مؤسسة أخرى³ أو شراء عناصر من أصول مؤسسة، فهذه المراقبة ذات طبيعة مالية لأنها تتعلق برأس المال.

¹ إيمان بن طوس، المرجع السابق، ص.119.

² "(...) يقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 2 من المادة 15 أعلاه، المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة لاسيما فيما يتعلق بما يلي:

1- حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو على جزء منها.
2- حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولتها أو قراراتها".

³ ولفهم هذه المراقبة، يجب إعمال المعيار الكمي المالي المنصوص عليه في المادة 729 والمادة 731 من ق.ت.

- كما تجدر الإشارة إلى أن المراقبة وحدها غير كافية حتى نكون أمام تجميع إقتصادي، بل يجب أن تمكن المراقبة الناتجة سواء عن روابط تعاقدية أو مالية من ممارسة النفوذ **الأكيد والدائم** وهذا حسب ما جاءت به المادة 16 من الأمر رقم 03-03.

وعليه بخصوص المساهمة في رأس المال، ليس من الضروري على المؤسسة والأشخاص الذين ساهموا أن يحوزوا الأغلبية¹، فيمكن أن تستحوذ المؤسسة نسبة قليلة حتى تمارس النفوذ الأكيد والدائم، وهذا في حالة ما إذا كان باقي الأسهم مقسم على عدد كبير من المساهمين الصغار².

ما يمكن أن يلاحظ هو أن مفهوم المراقبة في نص المادة 16 من الأمر رقم 03-03، جاء واسع بكثير مقارنة بالمفهوم الضيق المنصوص عليه في نص المادة 729 و731 من القانون التجاري الذي يعتمد على المعيار المالي فقط، وأيضا أن قانون المنافسة لم يحصر ممارسة الرقابة من قبل الشخص المعنوي فقط بل أيضا الشخص الطبيعي.

III: المؤسسة المشتركة

لم يورد المشرع الجزائري أي تعريف للمؤسسة المشتركة، ولم يفصل فيها بتبيان بعض أحكامها، وهي تعتبر نوعا من المؤسسات الفرعية التي يكون لها استقلالها القانوني، يتم إنشاؤها من قبل مؤسستين أو أكثر، بتنازل كل واحدة عن جزء من أصولها من أجل إنشاء فرع جديد يضم جميع المؤسسات المشاركة، وهذا الفرع الجديد يتمتع بالإستقلالية، ويمارس نشاطه بصفة دائمة ومستمرة كأى مؤسسة اقتصادية أخرى متواجدة على مستوى السوق.

¹ يمكن ربط هذه الفكرة مع ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 731 من ق.ت: "عند نتحكم في الواقع بموجب

حقوق التصويت التي تمتلكها في قرارات الجمعية العامة، إذ المشرع لم يحدد نسبة معنية.

² دواد منصور، مراقبة التجميعات الاقتصادية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص.22.

ومن خلال هذا التعريف يمكن استخلاص شرطين أساسيين، وهما شرط إستقلالية المؤسسة المشتركة، وشرط ممارسة نشاطها بصفة دائمة.

أ: استقلالية المؤسسة المشتركة

ويظهر ذلك جليا من خلال تمتعها بالشخصية المعنوية، وممارسة نشاطها بكل استقلالية :

1: تمتعها بالشخصية المعنوية

للمؤسسة المشتركة شخصية معنوية مستقلة تماما عن المؤسسات المكونة لها، لها حقوقها والتزاماتها، وذمة مالية مستقلة بها، فأى عجز في ماليتها لا يعني رجوعها على المؤسسات الأم للحصول على إعانات، كما أن إفلاسها لا يؤثر على المؤسسات المشاركة في تأسيسها¹.

2: ممارسة نشاطها بكل استقلالية

يجب على المؤسسة المشتركة ممارسة نشاطها بكل استقلالية عن المؤسسات الأم، ففي حالة تدخل هذه الأخيرة في نشاطها تفقد إستقلاليتها، وبالتالي يتم إخراجها من نطاق التجميع، إذ أن المؤسسة المشتركة التي يقصدها المشرع الجزائري يعطى لها حرية مطلقة في ممارسة نشاطها.

ب: ديمومة نشاط المؤسسة المشتركة

يجب على المؤسسة المشتركة أن تمارس نشاطها بصفة دائمة ومستمرة، أما إذا كانت محددة بزمان معين، فلن يعتبر ذلك تجميعا، لأن ضمان وجودها لوقت طويل يضمن تجنب

¹ سميرة عدوان، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميره، بجاية، 2011، ص.67.

عودتها بطلب المساعدة من المؤسسات الأم، وبالضرورة فإن هذه الأخيرة حتما تكون قد وفرت لها موارد بشرية ومالية كافية حتى تعتمد على نفسها عند تأسيسها¹.

ثانيا: الفرق بين تجمع الشركات والتجميعات الإقتصادية

تجدر الإشارة أنه ليس هناك سبيل للمقارنة بين تجمع الشركات والتجميعات الإقتصادية، وإنما يكمن أهم إختلاف للتمييز بينهما في أن تجمع الشركات يعد وسيلة من وسائل التجميع

الإقتصادي الذي نصت عليها المادة 15 من قانون المنافسة إذ جاء بها ما يلي:

" حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى".

¹Francis Lefebvre, Droit des affaires (concurrence, consommation), éd. Francis Lefebvre, France, 2007,p.91.

المبحث الثاني

هيكلية تجمع الشركات

من المسلم به بل ومن البديهي عند كل عارف ولو بالقليل من معاني اللغة العربية، أن مصطلح "تجمع الشركات" لا ينم إلا عن شيء مركب ومتكون من العديد من الوحدات، أو من وحدتين على الأقل؛ وهكذا هو الحال من الناحية القانونية أيضا، فلا يستوي الحديث عن تجمع الشركات ولا الإلمام بمفهومه دونما التطرق لهيكلكه وتبيان المنشآت التي تتداخل فيما بينها لتكوين هذا الصرح الاقتصادي الضخم.

فتجمع الشركات قد يتكون من عدد هائل من المنشآت، كما يمكن كذلك -خاصة في حالة تجمع الشركات متعدد الجنسيات- أن يشمل أنواع أخرى من الوحدات القانونية التي يحمل هذا التجمع جنسيتها، كما قد يعرف تجمع الشركات هيكلية هرمية عمودية، بحيث يجمع بين عدة شركات خاضعة لبعضها، وكأنها أسرة واحدة متشكلة من الشركة أم الجدة، والشركة الجدة والشركة الأم، والشركة التابعة والشركات الوليدة التابعة للشركة التابعة،... إلخ؛ أو قد يعرف فقط هيكلية أفقية بين الشركات الأخوات، حيث

تكون هذه الشركات على قدر واحد من حيث الوضعية القانونية وتكون لها علاقات مباشرة مع الشركة الأم، دونما أدنى وسيط.

ومهما يكن حال الوحدات المكونة لتجمع الشركات، وبالرغم من اختلافها وتعددتها، فالأصل والفيصل في دراسة هيكله تجمع الشركات من الناحية القانونية، أن نشير بدءاً إلى أننا لا نكون بصدد تجمع شركات إلا إذا توافرت على الأقل شركتان، إحداهما مهيمنة تسمى الشركة الأم، والأخرى خاضعة ومراقبة تسمى الشركة التابعة؛ إلا أنه ولو يبدأ بهاتين الوحدتين فقط، إلا أنه ينسج فيما بعد العديد من العلاقات التي تؤدي إلى ميلاد وحدات أخرى متعددة ومتشعبة.

كل ما سبق يتطلب منا دراسة الهيئات الأساسية أو البنيتين الرئيسيتين لإنشاء تجمع الشركات، ألا وهما الشركة الأم المهيمنة (المطلب الأول)، والشركة التابعة الخاضعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشركة الأم (المراقبة)

إن تسمية الشركة الأم هي من صنع الفقه الفرنسي¹، ولقد تعرضت هذه التسمية لعدة إنتقادات، حيث يعتبرها البعض تسمية غامضة، وغير دقيقة في مجال قانون الشركات، ذلك أن تسميتها حسبهم يجب أن لا تتعدى حدود مجال قانون الأسرة، وإن استعمالها في قانون الشركات محاولات تعسفية فاشلة سعى من ورائها جانب من الفقه إلى تقريب الأشخاص الطبيعية من الأشخاص المعنوية.

وعلاوة على ذلك إن استعمال هذا المصطلح في قانون الشركات يوحي بأن هناك علاقة أمومة بين الشركتين، الأمر الذي يتطلب مساهمة الشركة الأولى في تأسيس الشركة الثانية، إلا أن العنصر الرئيسي لإنشاء تجمع الشركات يكمل في المراقبة التي تمارسها الشركة الأم على شركاتها التابعة، بغض النظر فيما إذا كانت الشركة الأم قامت بتأسيس الشركة التابعة،

¹ H. Bardet, B . Gouthière, A. Charveriat, PH, janin, Les holding (guide juridique fiscal), 2^{ème} ed, édition, Francis Lefebvre, 1995, p.13.

أو تحوز نسبة معينة من رأسمالها أو من حقوق التصويت فيها، ويقترح هذا الجانب من الفقه تسميتها بالشركة المراقبة¹.

ومع ذلك، فإن علاقة الرقابة هي الأكثر صعوبة لتحليلها، ذلك أنه عندما نتكلم عن الشركة الأم، نتكلم حتما عن تجمع الشركات ذلك أن وجود التجمع يستوجب علاقات مالية وتعاقدية بين الشركات الأعضاء الذين على رأسهم الشركة الأم، ووصف هذه الأخيرة بالشركة الأم لا يقوم على أساس الشكل القانوني لها فيما إذا كانت مدنية أو تجارية² وإنما على أساس وضعية الهيمنة التي تمارسها على الشركات الأعضاء.

وتعد الشركة الأم حقيقة قانونية لا تتحقق إلا إذا استوفت الشروط القانونية، فلا بد أن تتمتع بالشخصية المعنوية (الفرع الأول) وأن تمارس الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشخصية المعنوية للشركة الأم

قبل أن تكون الشركة الأم مراقبة، فلا بد أن تتمتع بالشخصية المعنوية والتي لا تكتسبها إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري³.

وقبل هذا الإجراء، لا تكون أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وبالتالي يدور التساؤل حول مصير التصرفات والتعهدات التي يجريها مؤسسها أثناء فترة التأسيس لضرورة مباشرة أعمالها كسواء أو تأجير بعض المحلات لتعيين مقر الشركة.

إن المشرع وحماية للغير الذي يتعامل مع هذه الشركة التي لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، قد اعتبر مؤسسي الشركة الذين تعهدوا قبل إتمام إجراء القيد مسؤولين مسؤولية تضامنية من غير تحديد في أموالهم عن كل التعهدات التي تعهدوا بها باسم الشركة

¹ FARAG Hmoda, thèse préc, p.34.

² تتخذ الشركة الأم في القانون الجزائري شكل شركة مساهمة طبقا للمادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

³ م. 549/1 من ق.ت. تنص: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري".

ولحسابها، إلا إذا قبلت الشركة أن تأخذ على عاتقها هذه التعهدات، وذلك بعد أن تكون قد تأسست بصفة قانونية، فتعتبر هذه التعهدات كأنها تعهدات الشركة منذ تأسيسها¹.

إلا أن المشرع في المادة 549 من ق.ت ، لم يحدد الجهاز الذي يقوم بإجازة هذه التعهدات، وجعلها على عاتق الشركة، أهو مجلس الإدارة أم الجمعية العامة، إذ إكتفى بالنص على ما يلي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية الا 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".

أما بخصوص المساهمات في رؤوس أموال شركات أخرى أو الحصول على نسب معينة من حقوق التصويت التي يقوم بها مؤسسي الشركة الأم قبل قيدها في السجل التجاري، لا تحدث أي آثار قانونية بالنسبة للشركة الأم كون أنها قانونيا لم تنشأ بعد، ولا تمنح صفة المساهم إلا لمؤسسيها.

وينطبق نفس الشيء على تجمع الشركات الذي لا يتمتع طبقا للقانونين الجزائري والفرنسي بالشخصية المعنوية، وبالتالي المساهمات التي تقوم بها الشركات الأعضاء لا تحدث أي آثار أو إلتزامات على التجمع²، ولا تلزم سوى تلك الشركات³.

كما أن الأشخاص المتعاقدة مع إحدى شركات التجمع ليس لديهم أي علاقة مع بقية شركات التجمع حتى وإن تدخلت شركة أخرى عضوة في التجمع في تنفيذ العقد بناء على

¹ م. 549 / 2 من ق.ت والتي تنص: "فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها"

² إذ قد تحدث أن تساهم الشركات الأعضاء في التجمع (الشركات التابعة) في شركات أخرى sous filiales بما يعرف بالمساهمة الدائرية التي تنتج عنها رقابة غير مباشرة تمارسها الشركة الأم.

³ Farag Hroda, thèse préc, p.36.

طلب الأولى، وحتى إن تعلق الأمر بالشركة الأم، والشركة التابعة، ما عدا في حالة استثنائية كالحلط في الذمم المالية للشركتين¹.

تجدد الإشارة إلى أن المشرع في نص المادة 6/731 من ق.ت إستعمل مصطلح الشركة القابضة Une holding².

بينما نص في المادة 1/729 من ق.ت:

"إذا كان لشركة أكثر من 50% من رأسمال شركة أخرى تعد الثانية تابعة لها.

استنادا إلى المادة السابقة الذكر، يفهم من ذلك أن الشركة التي تكون لها مساهمة أكثر من 50% في شركة ثانية تعد شركة أم، وهو المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، فهل هناك اختلاف بين الشركة الأم والشركة القابضة أم أنهما وجهان لعملة واحدة؟

لم يرق المشرع في القانون التجاري بتعريف الشركة القابضة، ونظم فقط الشركات القابضة العمومية التي أنشأت بموجب الأمر رقم 95-25، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة³،

وهي عبارة عن مؤسسات عمومية في شكل شركة مساهمة¹، مهمتها الأساسية هي مراقبة الرأسمال العمومي² ولكن تم إلغاؤها بموجب الأمر رقم 01-04، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وفق للمادة 4 منه³.

¹ Cass. Com. 19-04, 2005, revue jurisprudence de droit des affaires, Francis Lefebvre, n° 43.

² "تسمى الشركة التي تراقب شركة أو عدة شركات وفق الفقرات السابقة قصد تطبيق هذا القسم، الشركة القابضة".

³ لمزيد من التفصيل، أنظر ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لباد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.297.

وتختلف الشركة القابضة عن الشركة الأم في كون هذه الأخيرة تراقب الشركات التابعة من كل الجوانب؛ التسيير والإدارة وحتى نشاطاتها، أما الشركة القابضة فتكتفي بالرقابة المالية فقط، لأن الهدف الوحيد من المساهمة في الشركات التابعة هو تطوير رأسمالها، ولهذا فإن الشركات التابعة تبقى مستقلة في نشاطها وإدارتها، مع بقاء ماليتها خاضعة لرقابة الشركة القابضة⁴.

الفرع الثاني: الرقابة « Le contrôle »

إن نظرية مراقبة شركة لشركة أخرى ليس من السهل تحليلها، لتعدد أساليب المراقبة. فالى جانب الرقابة الناجمة عن امتلاك شركة أغلبية رأس مال شركة ثانية⁵ والذي إستعمله المشرع كمعيار كمي لتحديد نسبة التبعية وهي أكثر من 50% من رأس مال شركة أخرى، حيث حدا في ذلك حدو المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك في المادة L-1-233. وحسب بعض الفقهاء الفرنسيين⁶ إن تمسك المشرع الفرنسي بمعيار كمي لتحديد نسبة التبعية « Lien d'affiliation » التي تتجم عنها الرقابة، يرجع لسبب منطقي لارتباطه بالأغلبية المطلقة في الجمعية العامة، فمن المؤكد أن تملك أغلبية رأس مال شركة ما، يجعلها تابعة للشركة المالكة، غير أن تملك هذه النسبة ليس مطلوب دائما، حيث يمكن أن تتحقق

¹ أمر 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، متعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر. العدد 55.

² م.5، أمر 95-25، السابق الذكر.

³ أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصتها، ج.ر، العدد 47.

⁴ سميرة عدوان، المرجع السابق، ص.66.

⁵ م. 1/729، ق.ت.

⁶ Yves Guyon, Droit des affaires, tome 1, 6^{ème} édition economica éditions, Paris, p.16.

« Lorsqu'une société possède plus que la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application du présent chapitre loi n° 66-537 du Juillet 1966, comme filiale de la première ».

السيطرة بنسبة أقل من ذلك في حالة إذا كانت الأسهم موزعة على صغار المساهمين الذين لا يهتمهم من السهم سوى ما يحقق من ربح سنوي¹.

كما قد يحدث أن لا تتحقق السيطرة أصلا في حالة إذا كان 50% من رأس المال يحتوي على أسهم بدون حق في التصويت².

كما أن تملك جزء هام من رأس مال شركة ما ليس هو العامل الوحيد الذي تترتب عنه الرقابة، وإنما هناك عوامل أخرى مثل النصوص القانونية الخاصة بحقوق التصويت داخل الجمعية العامة، وتعدد الأصوات للسهم الواحد، والاتفاقيات المقيدة لحقوق التصويت³. ولهذا نصت المادة 731 من ق.ت على معايير رقابة غير رأس المال وهي كالاتي:

تعتبر شركة مراقبة لشركة أخرى:

عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء من رأسمال يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة لهذه الشركة.

عندما تملك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين على أن لا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة.

عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعية العامة لهذه الشركة.

¹ Financis Lefebvre, op.cit, p.16

² إذ قد يحدث أن تحتوي 40% من 51% من أغلبية رأس المال على أسهم من دون حق في التصويت (شهادات استثمار) وبالتالي لا تتحقق الرقابة في هذه الحالة.

³ الاتفاقيات المشروعة، راجع لاحقا ص.39 من الرسالة.

تعتبر ممارسة لهذه الرقابة عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء يتعدى 40% من حقوق التصويت ولا يحوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء أكثر من جزئها.

وسوف يتم التفصيل في كل حالة كالآتي:

أولاً: الرقابة القانونية (المباشرة وغير المباشرة)

تعتبر شركة مراقبة لشركة أخرى عندما تمتلك وحدها بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء من رأس المال يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعية العامة في هذه الشركة، معناه عندما تتحصل شركة على أكثر من 50% من حقوق التصويت¹ في الجمعية العامة لشركة ثانية.

إن الحصول على أغلبية الأصوات في الجمعية العامة ليس المقصود به الأغلبية في رأس المال، وبالتالي يمكن للشركة الأم الحصول على الأغلبية في حقوق التصويت في الشركة التابعة دون أن تكون مساهمة بالأغلبية في رأس المال، وتكون مساهمتها في هذا الأخير منخفضة²، وذلك راجع لنوعية الأسهم التي تطرحها الشركة والتي تكون من أحد العوامل التي تؤدي إلى تحقيق ذلك؛ كالأسمه متعددة الحق في التصويت، إذ نص المشرع صراحة على إمكانية طرح أسهم ذات أصوات متعددة³ مما يمكن الشركة الأم من الحصول على أغلبية حقوق التصويت دون الحصول على أغلبية رأس المال، إذ لا يعد هذا الأخير العامل الوحيد الذي ينتج عنه الرقابة، بل يوجد أيضاً حقوق التصويت الذي تمنح لمالكها حق الرقابة ابتداء من نسبة معينة محددة قانوناً⁴.

¹ حق التصويت هو من الحقوق اللصيقة بالسهم، ومن خلاله يساهم المساهم في إتخاذ القرار في الشركة.

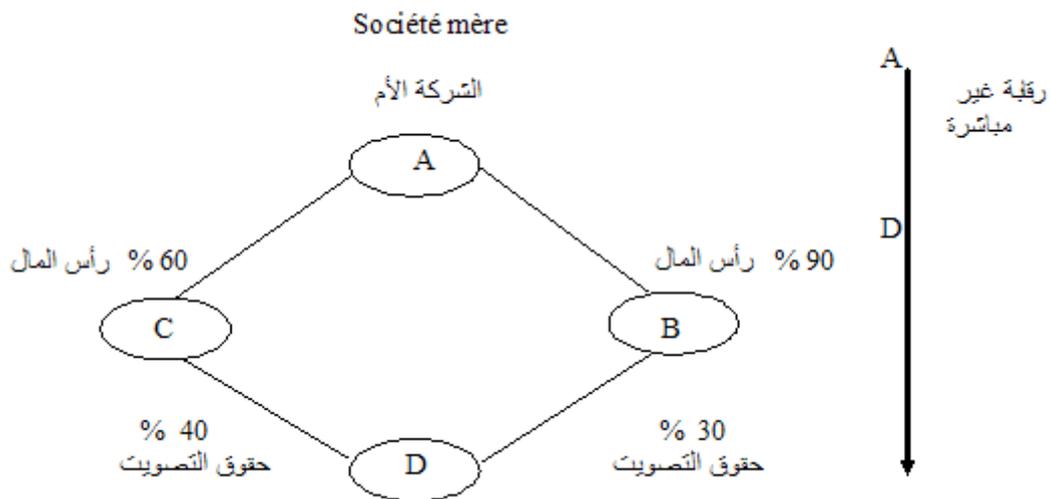
² P. Le cannu, *Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article 233-31 du code de commerce*, R.TD .Com, 2005, p.675

³ م.684، ق.ت.

⁴ Farag Hmoda, *thèse préc*, p. 40.

كما يمكن أن تراقب شركة شركة أخرى إذا حازت مباشرة أو بصفة غير مباشرة جزءا يتعدى 40 % من حقوق التصويت يخول لها سلطة الرقابة عليها، على أن لا يحوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة نسبة أكثر من جزئها؛ بحيث لا تتحقق الرقابة إذا كانت حقوق التصويت المطلوب السيطرة عليها محصورة في أيدي عدد قليل من كبار الملاك، بحيث لا يستطيع أي منهم السيطرة إلا إذا تملك نسبة أكثر من 40 % من حقوق التصويت لا يملكها أي مساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة. ويتحقق ذلك بتوزيع ما تبقى من حقوق التصويت على صغار المدخرين.

كما يمكنها أن تمتلك هذه النسبة أي 40 % من حقوق التصويت بصفة غير مباشرة، وذلك عندما تكون الشركة الأم مراقبة لشركة تابعة وهذه الأخيرة مراقبة لشركة تابعة لها « sous filiale »، ويتم توضيح ذلك من خلال الرسم البياني الآتي¹.



¹ J. p Dom, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, revue des sociétés, 2001, p.14.

نظم المشرع الرقابة غير المباشرة في المادة 732 مكرر من ق.ت ، إذ اعتبر أن أية مساهمة حتى لو كانت أقل من 10 % تحوزها شركة مراقبة، بأنها محيزة بصفة غير مباشرة من طرف الشركة التي تراقبها، مع وجود امتلاك هذه الأخيرة أكثر من 50 % من رأس مال الشركة التي تراقبها.

ثانيا: الرقابة بموجب اتفاقيات التصويت

تعتبر شركة مراقبة لشركة أخرى عندما تمتلك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين بشرط ألا يخالف هذا الاتفاق مصلحة الشركة.

إن اتفاقيات التصويت هي تعهدات خارجة عن إطار المؤسسة تبرم بين المساهمين ومحلها حق التصويت، وتعرف على أنها عقد يلتزم بموجبه مساهم أو أكثر تجاه مساهم آخر أو أكثر خلال مداوات الجمعية العامة بالتصويت في اتجاه معين أو بالامتناع عن التصويت¹.

ويثور الإشكال في القانون التجاري الجزائري عن اتفاقيات التصويت بين حضرها في شركات المساهمة ومشروعيتها في تجمع الشركات . فبالرجوع إلى المادة 814 من القانون التجاري الفقرة الثالثة : فإنها تنص على ما يلي:

" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.....

1- كل من حصل على منح أو ضمانات أو سمح له بمزايا الإستفادة من التصويت في اتجاه أو يمتنع عن المشاركة فيه وكذلك الأشخاص الذين ضمنوا أو عدوا لهذه المزايا".

¹ كمييلة بلقايد، حق التصويت في الجمعيات العامة في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص.110.

والتي تقابلها المادة 242-9 من القانون التجاري الفرنسي¹

والمادة 731 الفقرة الثانية من القانون التجاري تنص على ما يلي :

" عندما تمتلك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين ألا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة"، والتي تقابلها المادة 233 من القانون التجاري الفرنسي.

والإشكال الذي يثور هل يتم الإستناد على المادة 3/814 من ق.ت أو المادة 2/731 من ق.ت للقول بمشروعية أو عدم مشروعية إتفاقيات التصويت؟.

يرى بعض الفقه² أنه لا يمكن الإستناد على المادة 242-9 من القانون التجاري الفرنسي والتي تقابلها المادة 2/814، ذلك أنه نص خاص ينطبق على حالات معينة، لا يمكن الإستناد عليها لاستتباط مبدأ عام يهدف إلى عقاب الذين يتاجرون بالسطوة الذي يملكونها « La rémunération d'un trafic d'influence » أما الحالة الثانية، المادة 2/731 من ق.ت، فلا يمكن الإستناد عليها للقول بمشروعية إتفاقيات التصويت كون أنها استثناء يقضى بمشروعية إتفاقيات التصويت في حالة تجمع الشركات، بشرط أن لا تكون مخالفة لمصلحة الشركة ولا يمكن أن نجعل من الإستثناء قاعدة عامة.

وعلى العموم، لقد قضى القضاء الفرنسي بصحة إتفاقيات التصويت بشرط عدم مخالفتها لمصلحة الشركة واحترامها النظام العام لهذه الأخيرة وامتيازها بالطابع المؤقت³.

¹ « Est punis d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 E.

_ Le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder garantir ou promettre ces avantages ».

² Y.Guyon, L'assemblées d'actionnaire, Rev sociétés, DALLOZ, 2002, p.27.

³ « Les conventions qui ne privent pas l'actionnaire irrevocablement de son droit, qui ne sont conclues afin de frauder la loi, qui ne sont pas contraire à l'intérêt de la société sont valable »

T.Gauthier, Les dirigeants, les groupes de sociétés, librairie de la cour de cassation, 2000, p.27.

و أنظر أيضا كميلا بلقايد، المرجع السابق، ص.115 وما يليها.

ثالثاً: رقابة الواقع

يمكن أن تتحقق الرقابة من قبل الشركة الأم على الشركة التابعة بغض النظر على نسبة المساهمة في رأس المال أو حقوق التصويت وإنما عندما تتحكم الشركة الأم في الواقع من خلال حقوق التصويت التي تملكها على قرارات الجمعية في شركات أخرى. إذ لم تحدد هذه الحالة أي نسبة معنية، وإنما نتحدث عن رقابة الواقع، والتي هي مرتبطة بعاملين:

- الحصول على نسبة من حقوق التصويت مهما كانت نسبتها.
- التحكم في قرارات التصويت في الجمعية العامة للشركة المراقبة.

ذلك أن حقوق التصويت يمكن أن تكون موزعة على صغار المدخرين بحيث يكون مالکها همهم الوحيد هو الحصول على الربح، ولا يحضرون اجتماعات الجمعية العامة، ولا يصوتون على قراراتها¹، هذا ما يجعل مساهمة الشركة الأم ولو بنسبة 10 % من حقوق التصويت في الشركة التابعة كافية لتكييفها بالشركة المراقبة والسيطرة على قرارات الجمعية العامة التي تراقبها².

وفي الأخير نقول أن الرقابة يمكن أن تتحقق إما بامتلاك أغلبية رأس المال في شركة أخرى، أو بامتلاك أغلبية حقوق التصويت إما بصفة مباشرة أو غير مباشرة، كذلك عن طريق اتفاقيات التصويت كما يمكن أن تتحقق في الواقع دون اشتراط تحقق النسب السابق ذكرها، بل الأكثر من ذلك يمكن أن تتحقق استناداً على علاقات تعاقدية كعقد تأجير التسيير وإلى غير ذلك.

¹ D. Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, éd Sirey, Paris, 1970, p.12.

² C . champaud, le pouvoir de la concentration de la société par action, éd Sirey, Paris, 1962, p.27 et suite.

ونقول أنه لم يتم ضبط التعريف القانوني للتجمع مما ينتج عنه عدم ضبط مصطلح الرقابة، وما تم التطرق إليه هو استنادا إلى النصوص القانونية الموجودة في القانون التجاري.

المطلب الثاني: الشركة التابعة La filiale

تعتبر الشركة التابعة أو المراقبة تلك التي يُمْتَلَك جزء من رأسمالها من طرف شركة أخرى، ومن أجل توضيح مفهومها لا بد من تحديد تعريف دقيق للشركة التابعة (الفرع الأول)، لنمضي فيما بعد لتمييزها عن ما يشابهها من هيئات في الأنظمة الأخرى المتواجدة في عالم الشركات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشركة التابعة

أثار تعريف الشركة التابعة أو الوليدة جدلاً بين الفقه، واختلفت الآراء حول وضع تعريف لها، ولكن اتفق الجميع على وجوب قيام علاقة التبعية بين الشركة التابعة والشركة المتبوعة، ويختلفون حول تحديد العوامل التي تؤدي إلى التبعية ووسائلها¹.

فيذهب البعض إلى أن التبعية لا تنشأ إلا على أساس تنظيمي بين الشركات والبعض الآخر يرى أن التبعية يكمن أن تنشأ بأسلوب تعاقدية، والبعض يجمع بين الوسائل التنظيمية والتعاقدية، إذ كلاهما يؤدي إلى ظهور علاقة التبعية².

كما أن هناك من يعتبر أن المشاركة في عملية التأسيس تعتبر عاملاً مهماً في إنشاء علاقة التبعية منكرين العوامل اللاحقة وعلى الأخص عملية المساهمة لأنها لا تعدو أن تكون عملية استثمار مالي³.

وأساس هذا الجدل هو أن اصطلاح الشركة التابعة أو الوليدة حديث في لغة القانون وأن حداثة هذا الاصطلاح القانوني ترجع لحادثة الفكرة القانونية الخاصة بإمكانية تبعية شخص معنوي لشخص معنوي آخر، وتعارضها مع مفهوم الإستقلال القانوني لكل منهما، وبذلك

¹ محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، المطبعة العربية الحديثة، 1998، ص.39.

² نفس المرجع، ص.39.

³ لمزيد من التفصيل أنظر المرجع نفسه، ص.40.

يسعى الفقه جاهدا في محاولة لتأصيل ظاهرة الشركات التابعة في إطار مفاهيم ونظريات قانونية¹.

يرى جانب من الفقه بأن الشركة لا تعتبر تابعة وخاضعة لشركة أخرى إلا إذا شاركت في تأسيسها شركة أخرى بغرض السيطرة عليها، وبذلك تكون المشاركة في تأسيس الشركة التابعة من جانب شركة أخرى شرطا أساسيا لخلق التبعية، وقيام حالة الخضوع، لأن مشاركة شركة في تأسيس شركة أخرى تنشأ بين الشركتين علاقة تبعية خاصة تجعل من الشركة الأولى "أم" ومن الشركة الثانية تابعة أو وليدة.

ولقد أنتقد هذا التعريف من جانب من الفقه لأن الواقع العملي يؤكد أن علاقة التبعية لا تنشأ في جميع الأحوال عن عمليات التأسيس وحدها، فالتأسيس ليس ضروري لإنشاء علاقة التبعية والخضوع، فقد تنشأ العلاقة من وقائع وأعمال قانونية لاحقة عن التأسيس.

ويرى جانبا آخر من الفقه أن الشركة التابعة هي التي توجد واقعا في حالة تبعية كلية أو جزئية لمجموعة شركات، فعلاقة التبعية تنشأ من مجموعة وقائع لها أساس قانوني، كامتلاك الشركة أغلبية رأسمال شركة ثانية، وتنشأ أيضا بتدخل شركة بصفة منتظمة وبطرق تنظيمية كحصولها على الأغلبية في الجمعية العامة للشركة مما يمكنها من الهيمنة على سياسات الشركة، والقرارات الصادرة عن أجهزتها، فيجتمع في يدها نوع من تركر السلطة.

كما قد تنشأ أيضا بطريق تعاقدية مع مساهمين آخرين، ومن أمثلة هذه العقود، عقد اتفاقيات التصويت وعقد تأجير تسيير المشروع.

ويرى جانب آخر من الفقه بأن الشركة تكون تابعة إذا اتحد محل عقد الشركة التابعة مع *Objet social* مع محل عقد الشركة المتبوعة، من حيث الأهداف والإستراتيجيات والسياسات، فينشأ عن ذلك ارتباط عضوي بين الشركتين يؤدي إلى خلق علاقة الرقابة

¹ لمزيد من التفصيل أنظر محمد شوقي شاهين، المرجع السابق، ص.39.

من أجل تحقيق الغرض الاقتصادي الذي يسعى الشركتان لتحقيقه سواء كان الغرض يكمن في نظام الشركتين، أو ينشأ خلال حياة الشركتين، وذلك عن طريق تملك الشركة المسيطرة لمجموعة من أسهم رأس مال الشركة التابعة وتحقق لها أغلبية الأصوات في هذه الشركة¹.

ويعرف «HAMEL» الشركة التابعة بأنها شركة ذات استقلال قانوني، ولكنها تخضع عمليا لإدارة ورقابة من جانب الشركة الأم. ومظهر استقلالها يتمثل في شخصيتها المعنوية المستقلة، وتنشأ علاقة التبعية عمليا من أن الشركة الأم تستحوذ في الواقع على الأغلبية في مجلس إدارة الشركة التابعة عن طريق تملكها أغلبية رأسمال الشركة التابعة مما يمكنها السيطرة عليها².

ونلاحظ مما سبق أنه بالرغم من تعدد التعاريف الفقهية للشركة التابعة، إلا أنها تأخذ بمعيار الرقابة التي تمارسها شركة على شركة أخرى، كمعيار لتحديد تبعية شركة لشركة أخرى من الناحية الاقتصادية.

أما بالنسبة للقوانين الوطنية، فقد تبنت معيار السيطرة التي تمارسها الشركة الأم على الشركة الوليدة، وحددت هذه القوانين وسيلة السيطرة بأن تمتلك الشركة الأم أغلبية رأسمال الشركة التابعة مما يمكنها من التحكم فيها والسيطرة عليها.

وبالرجوع إلى القسم الثاني من الفصل الرابع من الكتاب الخامس من القانون التجاري المعنون بالشركات التابعة، المساهمات والشركات المراقبة Filiales, participations et sociétés contrôlées، نجد أن المشرع الجزائري استعمل ثلاثة مصطلحات، اثنان منهما تحملان نفس المعنى، الشركات التابعة والشركات المراقبة Sociétés contrôlées

¹ أشار إلى هذه الآراء الفقهية محمد شوقي شاهين، المرجع السابق، ص.80 وما يليها.

² نفس المرجع، ص.81.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري معيار كمي مالي لتعريف الشركة التابعة، وذلك من خلال المادة 1/729 من ق.ت التي تنص:

" إذا كانت لشركة أكثر من 50 % من رأسمال شركة أخرى تعد الثانية تابعة للأولى "

أما بخصوص الشركات المراقبة، فلقد حددت المادة 731 من ق.ت الحالات التي تكون فيها بصدد شركة مراقبة، إذ تنص المادة:

" تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق هذا القسم:

- عندما تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمالها يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة.

- عندما تمتلك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، وعلى ألا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة.

- عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعية العامة لهذه الشركة.

- تعتبر ممارسة لهذه الرقابة عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا يتعدى 50 % من حقوق التصويت، ولا يحوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا أكثر من جزئها.

- تسمى الشركات التي تراقب الشركة أو عدة شركات وفقا للفقرات السابقة قصد تطبيق هذا القسم شركة قابضة".

هذا يعني هناك أن هناك اختلاف بين الشركة التابعة، والشركات المراقبة، فالرقابة التي تمارس على الشركة التابعة تمارس على أساس امتلاك أغلبية رأس المال، بينما الرقابة التي تسري على الشركات المراقبة تمارس على أساس علاقات فوق مالية Extra capitalistique.

أما بخصوص الشكل القانوني للشركة التابعة، فينص المشرع الجزائري في المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على وجوب أن تتخذ الشركة التابعة شكل شركة مساهمة، كما تتمتع بشخصية معنوية مستقلة بكل ما يترتب عنها من آثار قانونية.

الفرع الثاني: تمييز الشركة التابعة عن الفرع «La succursale»

لا يوجد في القانونين الجزائري¹ والفرنسي نصوص قانونية تعرف الفرع، ويعرفه البعض على أنه مؤسسة ممتدة وتابعة اقتصاديا للمؤسسة الرئيسية، تتمتع ببعض الصلاحيات التي تمكنها من تمثيل المؤسسة تجاه الغير والقضاء.

« Un établissement permanent dépendant économiquement du siège principal et jouissant de certains prérogatives pour présenter la société à l'égard des tiers et devant la justice. »²

وتعرفه محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1981 " أن الفرع امتداد للشركة الأم، يترتب عن ذلك أن يتبعها وتختلط أمواله بها، ويكتسب جنسيتها، ويمارس ذات العمليات التي تقوم بها الشركة الأم وتختلف الشركة الأم عن الفرع في أن هذا الأخير ليس لديه شخصية المعنوية مستقلة على خلاف الشركة التابعة"³. وسوف نقوم بعرض كل من أوجه التشابه والاختلاف بين الفرع والشركة التابعة.

¹ إذ نجد فقط بعض التعريفات لفروع الشركات الأجنبية في بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، منها الاتفاقية المتعلقة بالازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب بين الجزائر ودولة البحرين، حيث نصت المادة السادسة منها على ما يلي "يقصد بفروع الشركة الأجنبية المنشأة في الدول الأخرى التي يؤسس للقيام بأعمال معينة" المرسوم الرئاسي رقم 30-287 المؤرخ في 14 أوت 2003، الجريدة الرسمية العدد 50.

² Farag Hmoda, thèse, préc, p. 61

³ هند محمد حسن، المرجع السابق، ص. 67.

أولاً: أوجه التشابه

على الرغم من افتقاد الفرع للشخصية المعنوية ، إلا أنه يتمتع ببعض الخصائص القريبة من الآثار المترتبة عن التمتع بالشخصية المعنوية، إذ يظهر لدى الغير كأنه وحده يعمل من أجل الغرض الذي أنشأت له.

« Elle se révèle aux tiers par une installation matérielle appropriée à l'objet de son exploitation »¹.

كما يتمتع الفرع بزبائن خاصين به، ويمكنه التصرف بشكل مستقل عن شركته الأم، ويمكنه إصدار فواتير باسم ولحساب الشركة الأم، ودفع الالتزامات الناتجة عن ممارسة نشاطه هذا من جهة، ومن جهة أخرى يسير الفرع من قبل مسير معين من قبل الشركة الأم، ولديه نوع من الاستقلالية في اتخاذ القرارات، يمثل الفرع أمام القضاء في حالة النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة ممارسة نشاطه، كما يمثل الفرع أمام الغير.

هذه الاستقلالية تبرر على أساس اعتبارات عملية، والتي هي بعد مسافة الشركة الأم عن الفرع.²

وعلى الصعيد التشريعي يلزم القانون الفرنسي الشركات التي ترغب في إنشاء فروع بنفس الالتزامات الواجبة على الشركات التابعة إذ يلزمها بالتسجيل في السجل التجاري³. وهو نفس الالتزام الذي يفرضه المشرع الجزائري على فروع الشركات الأجنبية في الجزائر.¹

¹ Farag HMODA, thèse préc, p.63.

²Farag HMODA, thèse préc, p.63.

³ Un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu en Octobre 1991, une société avait pris un bail un local s'y exploiter un fonds secondaire de son fond principal par le moyen d'une succursale, à l'expiration du bail , le propriétaire du local avait refusé le renouvellement au motif que l'exploitant (la succursale) ne pouvait bénéficier du droit au renouvellement des baux commerciaux faute d'être inscrit entant qu'établissement secondaire au registre du commerce et des sociétés, la cour d'appel a suivi la thèse du bailleur en décidant qu'a défaut d'avoir régulièrement inscrit un établissement secondaire au R.C.S, comme il se doit, la société commerciale qui l'exploite se pouvait opposer sa qualité de commerçant régulièrement inscrit au R.C.S du propriétaire des lieux à la succursale est exploité, et qu'en conséquence ne pouvait invoquer le bénéfice du statut des beaux commerciaux cette société perdait tout droit au renouvellement au bail du local en cause.

ثانيا: أوجه الإختلاف

إن الفرق الرئيسي بين الفرع والشركة التابعة هو عدم تمتع الفرع بالشخصية المعنوية بكل ما يترتب عنها من آثار قانونية، فليس له ذمة مالية مستقلة عن الشركة الأم أو غرض مستقل، والأموال الذي يتعامل بها تعود ملكيتها للشركة الأم المؤسسة، فدوره يتجلى فقط في تلبية رغبات العملاء الذين يريدون خدمات الشركة الأم، والذي بسبب بعد مسافة الشركة الأم يضطرون للتعامل مع الفرع للحصول على خدماتها كما أن الفرع ليس لديه إسم خاص به، وإنما يحمل إسم الشركة الأم².

¹ هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 04 من القانون رقم 1/04 المؤرخ في 14 أوت سنة 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية في الجزائر، ج.ر. العدد 52، وتجدد الإشارة أنه أشار إلى فروع الشركات الأجنبية دون الوطنية.

² Frag HMODA, thèse préc, p.61.

الباب الأول

حماية المصالح الناجمة عن العلاقات الداخلية لتجمع الشركات

رغم الإستقلال القانوني الذي تتمتع به الشركة التابعة كشخص معنوي يتمتع بذمة مالية واستقلال إداري، إلا أن تبعيتها الإقتصادية للشركة الأم قد تضر بمصالح بعض الفئات الضعيفة(العمال والمساهمين الأقلية) وذلك لوجود تضارب بين مصالح الشركة الأم ومصالح الفئات الضعيفة، ونظرا للقوة التي تتمتع بها الشركة الأم، ونظرا لكونها تسعى دائما لتحقيق هدف اقتصادي سامي يتمثل في حماية المصلحة العامة للتجمع ككل، فإن هذه المعطيات قد تؤدي ولو بشكل نسبي إلى المساس بحقوق الدائنين الداخليين للتجمع، والمتمثلين في المساهمين الأقلية والعمال.

ونظرا للتطور التشريعي الملحوظ في القوانين المقارنة، وأمام الفراغ التشريعي الذي يعتم على هذه العلاقة المتناقضة في الجزائر، لا بد من التطرق للحماية القانونية المقررة للمساهمين الأقلية (الفصل الأول) وللعمال داخل تجمع الشركات(الفصل الثاني) ، بهدف تسليط الضوء على المعالجة القانونية لهذه الفئات اللامتساوية، ولتلك المصالح المتعارضة نوعا ما.

الفصل الأول

حماية الأقلية المساهمة في مواجهة الشركة الأم

"نحو الحد من تضارب المصالح"

يقصد بالأقلية المساهمة مجموعة المساهمين الذين لهم رأس مال ضعيف مقارنة بالمجموعة الأخرى التي لها أغلبية رأسمال الشركة مما يؤثر على اتخاذ القرارات على مستوى الجمعية العامة، وقد يظهر ذلك وكأنه يتعارض مع مبادئ العدالة، غير أنه ليس كذلك إذ أنه من الناحية القانونية هو يسهل عملية اتخاذ القرارات على مستوى الشركة كون أن قانون الشركات يعتمد على مبدأ الأغلبية القانونية.

هذا الاختلال في سلطة اتخاذ القرارات على مستوى الشركة لا يعني أن الأقلية أو الفئة الضعيفة في الشركة تقف مكتوفة الأيدي في مواجهة باقي الشركاء، بل على العكس قد وضع لها التشريع وكذلك الاجتهاد القضائي-على الصعيد المقارن- مجموعة من الضمانات.

وتظهر هذه الضمانات للحد من تضارب المصالح بين الأقليات وباقي المساهمين، فعلى مستوى الشركة يكون التعبير عن الديمقراطية حسب نسب المشاركة في الأسهم وليس حسب عدد الأفراد، ومن جهة أخرى وجود نوع من فصل السلطات يظهر في تقرير مسؤولية المسيرين،... الخ، كما أن للأقلية بعض الصلاحيات.

رغم كل هذه الضمانات إلا أن ذلك غير كافي على مستوى تجمع الشركات، ويرجع ذلك أساسا الى الوضعية المهيمنة التي تتمتع بها الشركة الأم في مواجهة باقي الشركاء، فهي في كل الأحوال تبحث عن الاستقرار الموحد للتجمع على حساب الشركات التابعة، وبالتالي على حساب الأقلية.

وعليه للحد من هذا التضارب الشديد للمصالح حاول الفقه والاجتهاد القضائي توفير حماية قانونية لهذه الفئات الضعيفة .

وعليه سوف نتطرق من خلال هذا الفصل إلى آليات إقامة التوازن بين المصالح كوسيلة لحماية الأقلية المساهمة (المبحث الأول)، ثم دراسة إستقلالية الشركة التابعة كأساس لحماية الأقلية(المبحث الثاني).

المبحث الأول

إقامة التوازن بين المصالح كآلية لحماية الأقلية المساهمة

يتحقق تضارب المصالح في الشركات التجارية عندما ترجح الأغلبية مصالحها الشخصية على مصالح الشركة التي تنتمي إليها، والمشكل يعد عويصا على مستوى تجمع الشركات، أين تتحدد مصلحة الأقلية المساهمة في الشركة التابعة، وأين تعلق مصلحة هذه الأخيرة مصلحة عليا وهي مصلحة التجمع.

ومن منظور آخر، فإن الحقيقة الإقتصادية للتجمع سمحت بظهور مفاهيم جديدة غير محددة المعالم كمصلحة تجمع الشركات، في وقت لم يحسم فيه الفقه والقضاء الإشكال حول مصلحة الشركة، بل الأكثر من ذلك، أصبح القضاء يجيز ما كان معاقب عليه جزائيا على أساس مبرر مصلحة التجمع، إذ أصبح يسمح للشركة الأم بالهيمنة على شركاتها التابعة وذلك بالتصرف في أموالها، وإن كانت هذه الهيمنة نسبية وليست مطلقة، إذ تتعرض الشركة الأم لنفس العقوبات التي يتعرض لها المسيريون في حالة تعسفها في السلطة أو تعسفها في التصويت.

مما يستدعي البحث عن الوسائل الكفيلة بإقامة التوازن بين المصالح، سواء من خلال الحد من تنازع المصالح في مجال الاتفاقيات المبرمة بين الشركة الأم والشركة التابعة (المطلب الأول) أو الحد من تنازع المصالح الناتج عن هيمنة الشركة الأم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحد من تنازع المصالح في مجال الإتفاقيات المبرمة بين

الشركة الأم والشركة التابعة

تتعدد الإتفاقيات داخل تجمع الشركات لاسيما بين الشركة الأم والشركات التابعة لها، أو ما يسمى بالشركات الاخوات، أي التي تنتمي إلى نفس المجموعة، ويرجع سبب كثرة الإتفاقيات إلى السعي وراء تحقيق أهداف مشتركة بين أعضاء المجموعة الواحدة، فيتم تركيز بعض الخدمات في يد الشركة الأم كالمساعدات المالية والتقنية، وتأجير الآلات بين أعضاء المجموعة لأجل تخفيض المصاريف والنفقات، والوصول إلى أفضل نتيجة في نهاية السنة المالية بالنسبة لكل شركة على حدة والمجموعة ككل.

وغالبا ما تشترك شركات التجمع في المديرين، مما يجعل الإتفاقيات المبرمة بينهما تأخذ الطابع التنظيمي، وأمام غياب نصوص قانونية تنظم الإتفاقيات المبرمة على مستوى تجمع الشركات في التشريع الجزائري، يستدعي بنا الأمر التطرق بالدراسة للأحكام العامة، مع مقارنة القوانين والإجتهادات الفرنسية التي سبقتنا في هذا المجال.

الفرع الأول: الإتفاقيات الخارجة عن نطاق التنظيم

لم يخضع المشرع الجزائري الإتفاقيات التي يمكن لشركة المساهمة إبرامها مع مسيرها إلى نفس القواعد، فمنها ما فرض عليها نظاما مشددا حظر إبرامها حظر مطلقا، تسمى الإتفاقيات المحظورة (أولا)، ومنها من نزع عليها كل القيود فممكن شركات المساهمة ومسيرها من التعاقد بشأنها بكل حرية ولكن مع ضرورة توافر بعض الشروط، وتسمى هذه الإتفاقيات بالإتفاقيات الحرة أو العادية (ثانيا).

أولاً: الإتفاقيات المحظورة

جاءت المادة 628 من ق.ت في فقرتها الثانية¹ المتعلقة بشركة المساهمة نظام قديم، والمادة 671 من ق.ت² المتعلقة بشركة المساهمة نظام حديث، لتحظر تحت طائلة البطلان على المسيرين أن يبرموا الإتفاقيات التي أوردتها في متنها. وعليه سوف نتطرق أولاً إلى مضمون الحظر، ثم الآثار المترتبة على مخالفته.

I: مضمون الحظر

لقد قام المشرع الجزائري في المادتين 628 و671 من ق.ت بإخراج بعض التصرفات الخطيرة من نطاق تطبيق القواعد المتضمنة للإتفاقيات التي تجمع الشركة مع أحد القائمين بالإدارة، واعتبارها باطلة بطلان مطلق، فلا تلحقها إجازة ولا تصحيح، وعلى رأس هذه التصرفات عقد القرض الذي يعد من أخطرها على الاطلاق، ويأخذ الوصف ذاته تمكين أحد القائمين بالإدارة من حساب جار على المكشوف، لأن أي سحب على المكشوف يعتبر بمثابة إقتراض على الشركة.

كما لا يجوز للقائمين بالإدارة أن يجعلوا من الشركة كفيلاً ضامناً أو ضامناً إحتياطياً لديونهم الخاصة إتجاه الغير، وذلك تحت طائلة البطلان المطلق.

وهذا كله ليؤكد المشرع أن الذمة المالية للشركة تعد منفصلة عن الذمم المالية للقائمين بإدارتها، ومن ثم تمكينهم من أموال الشركة يقتضي أن ينحصر إستخدامها في تحقيق

¹المادة 628 /3 ق.ت (...) ويحظر تحت طائلة البطلان المطلق على القائمين بإدارة الشركة أن يعقدوا على أي وجه من الوجوه قروض لدى الشركة أو يحصلوا منها على فتح حساب جار لهم على الكشوف أو بطريقة أخرى، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلاً أو ضامناً إحتياطياً لإلتزاماتهم تجاه الغير، وعلى مندوبي الحسابات أن يقدموا للجمعية العامة تقريراً خاصاً عن الإتفاقيات التي رخص بها المجلس.

²المادة 671. ق.ت "يحظر تحت طائلة البطلان المطلق للعقد على أعضاء مجلس المديرين وعلى أعضاء مجلس المراقبة، غير الأشخاص المعنويين أن يقترضوا على أي وجه من الوجوه قروضا لدى الشركة، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلاً أو ضامناً إحتياطياً لإلتزاماتهم الشخصية نحو الغير .

غرضها، وتوفير أكبر قدر ممكن من الضمانات للحيلولة دون إساءة إستعمال أموالها أو تسخيرها لتحقيق مصالحهم الشخصية¹.

وقد قصر المشرع أثر هذا البطلان على التصرفات التي يقدم عليها القائمون بالإدارة فقط، فإذا كان رئيس مجلس الإدارة معني مباشرة بالحظر بإعتباره عضو مجلس إدارة بالدرجة الأولى، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمدير العام المعين من غير القائمين بالإدارة²، وهذا ما يعد بمثابة نقص يشوب أحكام المادة 628 من القانون التجاري، وذلك بالنظر الى التأثير الذي يستعمله المدير العام داخل الشركة والذي من شأنه أن يكون بنفس حدة التأثير الممارس من قبل القائمين بالإدارة.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن الحظر يشمل كل من الشخص المعنوي عضو مجلس الإدارة وممثليه على مستوى المجلس على حد سواء، بإعتبار أن النص جاء مطلقا ليشمل جميع أعضاء مجلس الإدارة سواء تعلق الأمر بأشخاص طبيعيين أو معنويين. كما أن المشرع لم يستثن الشخص المعنوي من الحظر، أما مصدر إلترامه أي "الشخص المعنوي"، فهو مستمد من كونه يلتزم بنفس الإلتزامات كما لو كان عضو مجلس إدارة شخص طبيعي طبقا لنص المادة 612 من ق.ت.

كما ينطبق هذا الحظر على التصرفات التي يقوم بها القائمون بالإدارة عن طريق الوساطة، لأن هذه التصرفات تأخذ حكم التصرفات الصادرة عنهم بإعتبارهم المستفيدين الحقيقيين من التصرف، في حين أن الغير يتولى فقط مهام إبرام التصرف لحسابهم

¹نادية صابونجي، إدارة الشركة المساهمة دراسة تحليلية ونقدية، مذكرة ماجستير، جامعة الجبالي اليباس سيدي بلعباس، سنة 2001-2002، ص.202،203.

²بالرجوع إلى نص المادة 639 من ق.ت. ، نجد أن المشرع أجاز لمجلس الإدارة بناء على إقتراح الرئيس تكليف شخص واحد أو إثنين من الأشخاص الطبيعية لمساعدة الرئيس كمديرين عامين بناء على إقتراح الرئيس، وبناء على المادة 641 من ق.ت. ، فإنه يجوز للمديرين العامين أن يكونوا من القائمين بالإدارة، وبالتالي تطبق عليهم إجراءات الحظر، اما إذا كانوا من الغير، فيجوز لهم إبرام الإلتفاقيات مهما كان موضوعها دون الخضوع لأي حظر ودون التقيد بأي قيد.

ولصالحهم، ومن ثمة فإن سوء النية قائم، ونية التهرب من الحظر ثابتة ، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في إحدى إجتهاداتها القضائية¹.

ومثال ذلك أن يعقد الغير قرضا مع الشركة، ويعمل في نفس الوقت على تحويل نفس المبلغ في حساب الرئيس، أو أحد القائمين بالإدارة، ففي هذه الحالة الوساطة ثابتة وبالتالي التصرف باطل، والوساطة تعد من مسائل الواقع التي يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، غير أنها تبقى خاضعة لمبدأ البينة على من إدعى².

إلا أن المشرع لم يرق بتمديد الحظر على المساهم³ الذي يملك الأغلبية أو جزءا معتبرا من رأس المال أو حقوق التصويت يمكنه من تغليب مصلحته الشخصية على مصلحة الشركة، فيكون من الأجدر تطبيق الحظر على المساهم وحرمانه من إستعمال نفوذه.

II: الآثار المترتبة على مخالفة الحظر

لقد رتب المشرع الجزائري البطلان المطلق للإتفاقيات التي يقدم عليها القائمون بالإدارة خرقا للحظر المنوه عنه⁴ وهذا البطلان من النظام العام، ولا يمكن بأي حال من الأحوال للجمعية العامة أن تقوم بتغطية هذا البطلان بالتصويت بالموافقة على هذه الإتفاقية لأن في ذلك تعسف في إستعمال أموال الشركة، كما أن هذا البطلان لا يحقق فقط مصلحة الشركة، بل يعمد إلى تدعيم مفهوم الثقة والنزاهة التي تهيم على علاقة الشركة بمسيريها، وهذا لضمان إستقرار إدارتها وتعاملاتها التجارية. وذلك ما يستتشف من نص المادة 630 من ق.ت، بإعتبارها قد مكنت من تغطية البطلان بالنسبة للإتفاقيات التي لم

¹ cass com. 25-11-1981. Rev.soc. 1981,P .579, note Mouly.

²نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.204.

³يقصد به المساهم الشخص الطبيعي، لأنه أجاز المشرع بموجب المادة 79 من قانون النقد والقرض رقم 03-11، للشركة المراقبة أي التي تملك مساهمات بصفة مباشرة أو غير مباشرة في شركات أخرى القيام بعمليات الخزينة.

⁴المادتان 628 /3 و 671 من ق.ت.

تراعى فيها الإجراءات القانونية، في حين أن هذا النوع من الإتفاقيات لا يخضع لأي نوع من الإجراءات لكونها باطلة بطلانا مطلق.

وتتقدم دعوى البطلان بمرور 3 سنوات ابتداء من تاريخ إبرام الإتفاقية، غير أنه إذا كانت الإتفاقية مخفاة، فإن أجل التقادم، لا يبدأ في السريان إلا من تاريخ كشف هذه الإتفاقية¹.

ثانيا: الإتفاقيات العادية

إستثنى المشرع الجزائري بعض الإتفاقيات من التنظيم القانوني وسمح بإبرامها بكل حرية، وأطلق عليها تسمية الإتفاقيات العادية، وهذا بنصه في الفقرة 3 من المادة 628 من ق.ت على أنه: "لا تسري الأحكام الآتية الذكر على الإتفاقيات العادية التي تتناول عمليات الشركة مع زبنها".

والمقصود بالأحكام الآتية الذكر الفقرة الأولى من نص المادة السابقة الذكر، والمتعلقة بالزامية الحصول على ترخيص مسبق لعقد أية إتفاقية مع الشركة.

إلا أن نطاق الإتفاقيات العادية يختلف إذا كنا بصدد تجمع الشركات فما يعتبر غير عادي في شركة المساهمة، قد لا يعد كذلك في تجمع الشركات، إذ يكثر في هذا الكيان الأخير العمليات التي تتم بصفة متكررة وجارية بين الشركة الأم والشركات التابعة لها، أو بين الشركات الأعضاء في التجمع، ولهذا يستلزم الأمر تحديد مفهوم الإتفاقيات العادية في الشركات التجارية عموما، ثم مفهومها داخل تجمع الشركات.

I: مفهوم الإتفاقيات العادية في الشركات التجارية

تستثنى الإتفاقية من واجب الحصول على إذن مسبق من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة لإبرامها، متى تعلقت بعمليات مألوفة، وتبرم بشروط عادية،

¹ م. 630 / 2 من ق.ت.

والإعفاء لا ينحصر في الترخيص المسبق، بل يشمل حتى المصادقة اللاحقة، فلا يلتزم مندوب الحسابات بتحرير تقرير خاص حول الإتفاقيات العادية، كما لا يفترض على الجمعية العامة المصادقة عليها، فهي تبرم بكل حرية طبقاً لأحكام الشريعة العامة.

ولم يحدد المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي المقصود بالعمليات المألوفة، مما يستوجب الإعتماد على الفقه في بيان ذلك، وتكون هذه العملية المألوفة حسب هذا الأخير، إذا كانت تتم بصفة إعتبارية وتندرج ضمن النشاط العادي للشركة وتتجسد في موضوعها¹.

ويعتبر القضاء الإتفاقي عادية إذا كانت شروط إبرامها مطابقة لنفس الشروط في حال تم إبرامها مع الغير الذي لا علاقة له مع الشركة² وبالتالي يتعلق الأمر بمسألة موضوعية، فالعمليات المألوفة لها طابع موحد، وتتميز بتكرارها المتواتر، وتندرج ضمن النشاط الرئيسي للشركة المحدد في القانون الأساسي، وهذا ما إستقر عليه إجتهد الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية³.

إلا أنه لا تأخذ الإتفاقي الطابع العادي بمجرد خضوعها للموضوع الإجتماعي المحدد في القانون الأساسي، بل يتوجب أن تندرج ضمن التصرفات الجارية التي تستلزم التكرار بشكل متناسب وطبيعة نشاط الشركة ويتم تقييم عامل التكرار بالنظر إلى حجم العمليات المبرمة خلال فترة زمنية محددة، وبالمقارنة مع الشركات من نفس القطاع الإستثماري⁴.

¹ A. Viandier, les conventions réglementées visées par la loi, Rev, éco compt. 1998, p.11.

² Cass. 17-06-2009, n° 80-40279, Cité par Farag Hmoda, thèse préc, P. 84.

³ Com. 11-03-2003.j.c.p. éd. EA, 2003 n° 1203, p. 1331, note j.j. Caussain, F Deborssy, et G Wilber : « c'est définie comme courante l'opération qui est effectuée par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité », voir aussi com. 21 Avril 1977, Rev.soc.1978, p.252. Note M.G wilberto : « les avenants complétant une convention antérieure, qui ne visaient que des opérations de même nature que d'autres déjà effectuées par la société et relevant de son activité statutaire, sont des opérations courantes ».

⁴ سعيد بوقرور، الإتفاقيات بين شركة المساهمة ومديريها أو الشركة، رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص.119.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الإتفاقية التي يكون موضوعها عمليات إستثنائية غير معتادة لا تعتبر عادية، فهي تخرج عن نطاق النشاط المألوف للشركة، وإن تكررت خلال فترة زمنية محدودة¹.

وفي قرار آخر لها، إعتبرت الإتفاقيات المبرمة بين شركتين لهما مديريين مشتركين، والتي موضوعها التنازل بالفرنك الرمزي عن حقوق وواجبات وعتاد تستعين (90) فيلما سقطت في حظيرة الأملاك العامة، لا تتعلق بعمليات مألوفة بالنظر إلى عملية العتاد المتنازل عليه، والطابع الجد الإستثنائي للمقابل المقدم من طرف المتنازل له، الذي في غياب تقدير إقتصادي دقيق جعل من وجود هذا السعر الحقيقي أمرا مشكوكا فيه².

وحسب ذات المحكمة، لا تعد مألوفة الإتفاقية المبرمة بين شركتي الخبرة المحاسبية، والتي كان من آثارها جعل إحداها مقاوله فرعية للأخرى، تلتزم بتقديم خدمات من الباطن، وهذا بسبب طبيعة وحجم ومدة وتكاليف هذه الخدمات³.

إلا أنه لا يكفي أن يكون موضوع الإتفاقية عمليات مألوفة حتى لا تخضع لإجراءات الترخيص والمصادقة، وإنما يتوجب أن تبرم بشروط عادية، أو بنفس الشروط المستخدمة في عقود الشركة مع زبائها، وتقدير الشروط العادية يكون بالنظر إلى سعر السوق، وإن

¹ Com .11 -03- 2003.Bull.joly.soc.2003, n° 145, p.684, note P. Vidal : « Dès lors que la convention de négociation de clientèle conclues entre une clinique et un médecin est unique, puisque aucun autre médecin n'en a bénéficié, il s'en suit un caractère exceptionnel exécutif de la qualification d'opération courante ».

² Cass, 1-10-1996, Bull.joly, soc, 1997, n° 46, p.138, note.P. le cannu : « La convention conclue entre deux sociétés ayant dirigeants communs et dont l'objet est la cession pour un franc symbolique des droits et obligation sur le matériel de quatre vingt dix films tombés dans le domaine public, ne constitue pas une opération courante au égard à la quantité du matériel cédé et au caractère très particulier des contreparties offertes par l'acquéreur qui, en l'absence d'une appréciation économique précise, rendaient douteuse l'existence même d'un prix réel ».

³ Crim 13 -12- 2000, Bul.joly. soc.2001, n° 126, p. 449, note. JF BARBIER : « Dès lors qu'il est établi qu'une convention conclue entre deux sociétés d'expertise comptable a eu pour conséquence une véritable sous traitante de l'objet social en raison de la nature, du volume et de la durée et du coût des prestations visées, cette convention ne peut être considérée comme une opération courante et conclue à des conditions normales ».

لم يكن لموضوع الإتفاقية سوق، فإنه يتم تقديره بالنظر إلى سعر المردود الذي كان يعود له الشيء المباع.

وإذا كان السعر هو عنصر من عناصر تقدير الإعتيادية في العمليات التي تبرمها الشركة، إلا أنه ليس العنصر الوحيد، فالقاضي له أن يستند على معايير أخرى¹ لتقييم إعتيادية الإتفاق من عدمه².

ويعتبر غالبية الفقه، أنه يعتبر من قبيل الشروط العادية، الشروط المماثلة المطبقة في الغالب من طرف الشركة ذاتها على جميع عملائها، ومن شركات نفس القطاع الإقتصادي متى تعلق الأمر بعقود مشابهة بشرط عدم تخصيص المتعاقد بأي إمتياز مقارنة بزبائن الشركة³ وهو ما أكده القضاء الفرنسي⁴.

ويعتبر من العمليات العادية، العملية التي يكون موضوعها تسديد مبالغ مالية للقائم بالإدارة مقابل تنازله عن براءة الإختراع للشركة إذا تمت بشروط عادية، وإندرجت ضمن النشاط الطبيعي للشركة، وبالأخص إذا كان الموضوع الإجتماعي للشركة يشمل إستغلال براءات الإختراع بشتى أنواعها، التنازل وإجازة التراخيص والعلامات وغير

¹ إذ هناك عوامل أخرى تؤخذ في الحسبان لتقدير الطابع المألوف للإتفاقية، ومنها على الخصوص ما يتعلق بتكاليف العملية، آجال التنفيذ والدفع، الإلتزامات والضمانات إلى غير ذلك من الإلتزامات التي يتوجب مراعاتها عند إبرام الإتفاقية وليس وقت تنفيذها؛ لمزيد من التفصيل أنظر J.Delg. Le droit des sociétés DALLOZ éd 1998, p. 237.

² ووجدى سليمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2007، ص.191.

³ G. R. pipert et R Roblot, Traité de droit commercial, tome 1, L.G.D.J 16 ème ed, 1996, p.930

⁴ Com. 21-04-1977. Rev.soc.1978, p.252, note M. Guilberteaud : « Pour déterminer, si une convention a été conclue dans des conditions normales, il convient de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues des conventions semblables non seulement dans la société en cause, mais encore dans les autres sociétés du même secteur d'activités ».

ذلك من حقوق الملكية الصناعية والتجارية¹، ويطبق نفس الحكم على الإتفاقيات التي يكون موضوعها الإيجار².

إلا أن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد، على من يقع عبئ تقدير الطابع العادي للإتفاقية؟ فإذا كان دور مجلس الإدارة حاسما في هذا الشأن فحبذا لو تدخل المشرع لبيان الجهة التي يعود إليها أمر مراقبة الطابع العادي للإتفاقيات، خاصة وأنه قد حصر مهمة مندوب الحسابات في إعداد التقرير الخاص بالإتفاقيات الخاضعة لنظام الإذن فقط، وهنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي وتختلف باختلاف كل حالة³.

أما بخصوص عقود العمل الذي يربط شركة المساهمة بأعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو المراقبة حسب الحالة، فهي لا تعد إتفاقيات عادية، وإنما تندرج في إطار الإتفاقيات الخاضعة للإذن المسبق⁴ لأنها تتعلق بالتنظيم العملي للشركة وليس بموضوعها المحدد في القانون الأساسي⁵.

وتخضع التعديلات التي قد تطرأ على عقد العمل سواء تعلقت بالأجرة أو المدة أو بإمميزات أخرى، واللاحقة للتعيين في الوظيفة الإدارية لنفس نظام إبرام إتفاقية جديدة

¹ Paris : 4 -06- 2003, Bull.joly.soc.2003. n° 273, p.1351, note L. Godon : « La convention par laquelle un administrateur cède à la société ses droits sur des brevets constitue une opération courante et non une convention réglementée, dès lors que l'objet social de la société porte sur l'exploitation de brevets, cession et concession de licences, marques, procédés en conséquences, elle est parfaitement valable et opposable aux tiers sans autorisation préalable du conseil d'administration ».

² Paris. 17 -10- 2006, R. J.D.A. 04/07.0375. « La cour constate que les locations litigieuses sont effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité ».

³ سيد أحمد صمود، نظام إتفاقيات شركة المساهمة مع مسيرها، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجبالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2002-2003، ص.38.

⁴ D.G.ibirila, Conventions conclues avec la société anonyme, champ d'application de la réglementation, jirisel.com.2008. Fasc.1394, n° 30, p.12.

⁵ ما لم تكن من الإتفاقيات الممنوعة، فتبطل بطلانا مطلقا، وتتحد هذه الأخيرة في عقود العمل المبرمة مع القائم بالإدارة بعد تعيينه في هذا المنصب، إذ لا يجوز له الجمع بين وظيفة قائم بالإدارة والعمل كأجير بعد تعيينه في المجلس، أما قبل ذلك، فيجوز الجمع شرط أن يكون عقد العمل سابقا على تعيينه في المجلس لمدة سنة على الأقل، ومطابقا فعليا لمنصب العمل، وذلك تحت طائلة البطلان، طبقا لنص المادة 615 و645/2 من ق.ت.

من إلزامية الترخيص المسبق بناء على التقرير الخاص لمندوب الحسابات، وذلك بإستثناء إذا كانت هذه التعديلات عادية وعامة، بحيث يستفيد منها جميع الأجراء، فتعد حينئذ من الإتفاقيات العادية¹.

أما فيما يخص أجور أعضاء مجلس الإدارة والمديرين والمراقبة، مبدئياً لا تخضع للترخيص المسبق لأنها ذات طابع قانوني وليس تعاقدي، فهي تنجم إما عن قرار من مجلس الإدارة بالنسبة لرئيسه والمديرين العامين²، ومن مجلس المراقبة بالنسبة لأعضاء مجلس المديرين في عقد تعيينهم³ وإما عن قرار الجمعية العامة للمساهمين فيما يخص بدلات الحضور والمكافآت الأخرى لأعضاء مجلس الإدارة والمراقبة⁴.

أما التعويضات والمنح غير الملحقة بهذه الأجور، والناجمة عن إتفاق مبرم مع الشركة، فيجب إخضاعها للترخيص المسبق ومصادقة الجمعية العامة اللاحقة، لأن في هذه الحالة تعد من الإتفاقيات المنظمة⁵ مثل إتفاقية منحة التقاعد المبرمة بين الشركة ورئيسها⁶.

¹ M. Golestamian, Des contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 Juillet 1966, R.T.D Com.2001, p.339.

² المادة 635 من ق.ت. بالنسبة لرئيس مجلس الإدارة، ويستخلص من المادة 639 من ق.ت. أن مجلس الإدارة هو الذي يحدد أجور المديرين العامين ما دام أن سلطة التعيين ترجع إليه.

³ المادة 647 من ق.ت.

⁴ المادتان 634 و668 من ق.ت.

⁵ سعيد بوقرور، المرجع السابق، ص.132.

⁶ Versailles, 16 -02- 2007, Bull.joly.soc.2007, n° 236, p.848, note. Acouret « Dès lors qu'il est établi que la convention de retraite litigieuse passée entre la société et son P.D.G. ne portait pas une opération courante et conclue à des conditions normales et a entraîné des conséquences dommageables par la société, elle constitue un acte réglementé nécessitant l'autorisation préalable du conseil d'administration ».

II: مفهوم الإتفاقيات العادية داخل التجمع الشركات

تتعدد الإتفاقيات بين الشركات الأعضاء في التجمع لأجل تحقيق مصالحها المشتركة، ونظرا لاشتراك هذه الشركات في غالب الأحيان في المديرين، فيجب إخضاع هذه الإتفاقيات مبدئيا لإجراءات الترخيص المسبق والمصادقة اللاحقة للجمعية العامة للمساهمين، إلا إذ كانت من العمليات المألوفة والتي تبرم بشروط عادية، فتستثني من إلزامية إتباع الإجراءات المذكورة، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد، هل يتم تكيف معيار الإتفاقيات المألوفة والشروط العادية داخل التجمع بنفس الطريقة المستخدمة في شركة المساهمة أو له خاصية مختلفة في التجمع؟

أمام غياب نصوص قانونية في التشريع الجزائري والفرنسي تنظم الإتفاقيات الحرة بشكل مفصل على مستوى تجمع الشركات، نادى جانب من الفقه¹ إلى ضرورة توسيع مجال الإتفاقيات الحرة داخل التجمع، وذلك بتطبيق معيار العمليات المألوفة والشروط العادية بأكثر مرونة.

وفي دراسة قام بها المجلس الفرنسي لمحافظي الحسابات² خصت الإتفاقيات المبرمة داخل تجمع الشركات، إعتبرت أن الطابع المألوف للإتفاقيات المبرمة بين أعضاء التجمع يمكن إفتراضه نظرا لتعددتها وتشعبها، إذ يجب تكيف الطابع العادي للعقد ليس بالإعتماد على معايير السوق الخارجي فقط، ولكن بأخذ بعين الإعتبار وجود التجمع في حد ذاته والآثار الداخلية والعملية والنتائج الناجمة عنها والمتعلقة بالمصلحة العامة للتجمع.

¹ B.MERCADAL, ph. Jamin, A.Charvériat, et A.couret, Mémento pratique. Lefebvre-groupe de société, éd.2004, p.297 et Ph. Merle, les conventions au sein des groupes, L.PA, 2003, p.49.

² CC.N.C, conventions réglementées dans les groupes, Bull.C.N.C.C.1990, n° 70, p.289 : « (...) Il parait possible aujourd'hui d'estimer que l'existence même du groupe peut être prise en considération pour déterminer le caractère courant d'une convention et le caractère normal de ses conditions entre sociétés d'un même groupe. Cette position doit permettre de faciliter l'application dans les groupes des textes relatifs aux conventions ».

وقد ذهب القضاء الفرنسي¹ إلى إعتبار أن الإتفاقيات المبرمة داخل تجمع الشركات طبيعية متى تعلقت بعمليات مألوفة تندرج في إطار نشاطها، وأبرمت بشروط عادية، ومن تم لا تخضع لإجراءات الترخيص والمصادقة اللاحقة، وربما يكون لنفس الإتفاقية طابعا غير عاديا إذا أبرمت في شركة خارجة عن التجمع.²

غير أن إفتراض الطابع العادي للإتفاقيات داخل التجمع لا يشكل في حد ذاته المبدأ، بل إستثناء وقرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فالتبعية للشركة الأم والسيطرة من قبل الشركة القابضة لا يعني إستبعاد إجراءات الرقابة على العقود المبرمة بين هذه الشركات.

وأمام غياب أحكام تشريعية خاصة بتجمع الشركات، لا يمكن إعفاء أية عملية من إجراءات الرقابة، إلا إذا إستوفت شروط الإتفاقيات العادية، مهما كان الطرف المتعاقد وإن كانت شركة تابعة كليا للشركة الأم.³

إلا أن السؤال الذي يطرح، ما مصير الإتفاقيات المبرمة على مستوى تجمع الشركات والمنطوية على عمليات تسبيقات الخزينة؟

بعد أن نص المشرع الجزائري على منع كل شخص طبيعي أو معنوي من ممارسة عمليات إستلام الأموال من الجمهور والإقتراض العام ووضع آليات لذلك في المادة 76 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، تضمنت المادة 79 إستثناءات على ذلك، ومن ضمنها الفقرة الثالثة، التي تنص صراحة على أنه يمكن لكل مؤسسة أن تقوم

¹ Paris 17 -10- 2003, Bull.joly.soc.2004, n° 35, p.224, note D Shmidt.

² Com. 01-10- 1996, Bull.joly.soc. n° 46, p. 138, note P. le connu : « Pour être une opération courante une convention doit avoir été conclue dans le cadre de l'activité ordinaire de la société.

³ C.N.C.C. Convention réglementées dans les groupes, op.cit, p. 291 : « Dans les filiales à 100% dont le conseil d'administration est totalement dominé par la maison mère, le fontalisme de l'article 101 'aujourd'hui art. 225-38 C.com.FR) pert une partie de sa signification, néanmoins en l'état actuel des textes, et en l'absence d'une législation spécifique aux groupes, il n'est pas possible d'échapper à la procédure des articles 110 et suivant, dans la mesure ou l'on est en présence de conventions visées aux lédits articles ».

بعمليات الخزينة¹ مع شركات لها تربط بينها بصفة مباشرة أو غير مباشرة مساهمات في رأس المال تخول لإحدهما سلطة الرقابة الفعلية على الأخرى.

والهدف من السماح بالقيام بهذا النوع من العمليات على مستوى التجمع هو تجميع فائض صناديق أو خزائن الشركات داخل التجمع وتوزيعها عن باقي صناديق الشركات العاجزة لتغطية حاجياتها، وتجنب اللجوء إلى القروض حتى تتمكن من تشكيل رؤوس أموالها الخاصة بسهولة² غير أن مثل هذه الممارسات لا بد أن تكون مطابقة للشروط المحددة من قبل التنظيم البنكي، ولقد اعتمد المشرع في نص المادة 79 السابقة الذكر على قرينة الرقابة الفعلية التي تنتج فقط عن العلاقات في رأس المال متى حازت شركة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من نصف رأس مال الشركة أخرى من شركات التجمع، ويكون بذلك قد تجاهل أو أقصى إن صح التعبير أساليب الرقابة الأخرى والتي جاء النص عليها في المادة 731 من ق.ت. وهي؛ تملك نسبة معينة من حقوق التصويت ورقابة الواقع.

ولم يقر المشرع الجزائري بتحديد مرجعية التسبيقات والقروض التي تقوم بها الشركات الأعضاء في التجمع فيما إذا كانت تأخذ الطابع المؤقت أي على المدى القصير، أو تنطوي على قروض طويلة الأجل لتأمين الإستثمار المالي والحاجيات المستدامة للرأس المال العامل³.

وفي الأخير، يمكن القول أنه أمام عدم وجود نصوص قانونية تنظم خضوع عمليات الخزينة لإجراءات الإذن من عدمه، لا بد من إخضاعها له، لأن هذه الأخيرة تعتبر

¹ يقصد بعمليات الخزينة تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض مهما كان شكلها كالضمان الإحتياطي أو الكفالة، فيمكن للتجمع القيام بجميع العمليات المصرفية ما لم يمتد إلى الغير طبقاً للمادتين 66 و68 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 السابق الذكر.

² Christan Moulay, contrats bancaires et groupe de sociétés, revue groupe de sociétés contrats et responsabilité, éd.L.G.D.J, France, 1993, p.15.

³ O. Delcourt, A. Bienvenue, les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, Lexis Nexts, 2011, p.51.

كضمانة لتجنب أي تعسف قد يصدر من الأغلبية التي قد ترجح مصلحتها على حساب الأقلية المساهمة خاصة في الشركة التابعة.

الفرع الثاني: الإتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق

تخضع الإتفاقيات التي لا تدخل ضمن نطاق الحظر ولا ضمن الإتفاقيات العادية لتنظيم خاص بشكل تكون فيه شرعيتها مقيدة بإتباع إجراءات حددتها المواد 628¹ و 670² من القانون التجاري.

وأمام عدم تنظيم المشرع الجزائري للإتفاقيات الخاضعة للإذن أو الترخيص على مستوى تجمع الشركات، وأمام وجوب إتخاذ الشركات الأعضاء في التجمع شكل شركة مساهمة، سنقوم بدراسة الأحكام العامة المتعلقة بشركة المساهمة، محاولين إثراء البحث بما توصل إليه القانون والقضاء الفرنسي بخصوص الإتفاقيات الخاضعة للإذن على مستوى التجمع.

وعليه سوف نقوم أولاً بتحديد الأشخاص المعنيين بنظام الترخيص المسبق (أولاً)، ثم مضمون هذه الإتفاقيات (ثانياً)، ثم التطرق فيما بعد إلى شروط تطبيق إجراءات الإذن والآثار المترتبة على مخالفته (ثالثاً).

أولاً: الأشخاص المعنيين بنظام الترخيص المسبق

لا تخضع الإتفاقيات للترخيص المسبق والمصادقة اللاحقة، إلا لما يتمتع به المتعاقد من سلطات ونفوذ في الشركة، وإن كانت هذه الأخيرة ممنوحة قانوناً أو إتفاقاً لتمثيل الشركة

¹ م. 1/628. ق.ت. "لا يجوز تحت طائلة البطلان عقد أي إتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء كانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلا بعد إستأذان الجمعية العامة (مجلس الإدارة) مسبقاً بعد تقديم تقرير من مندوب الحسابات".

² المادة 670 /1. ق.ت. "تخضع كل إتفاقية تعقد بين شركة ما وأحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس مراقبة هذه الشركة إلى ترخيص مسبق من مجلس المراقبة".

أو حسن سيرها أو تحقيقا لرقابة جيدة، قد يستغلها عند إبرام الإتفاقية لترجيح مصالحه الشخصية على حساب مصلحة الشركة.

ويتحدد الأشخاص الخاضعين لإلزامية الترخيص المسبق في أعضاء الإدارة والتسيير والرقابة، إلا أنه ثمة أشخاص آخرون يتمتعون بنفوذ وصلاحيات قد يستغلونها في تحقيق مصالحهم الشخصية إضراراً بالشركة.

I: أعضاء هيئات إدارة ورقابة شركة المساهمة

لقد أخضع المشرع الجزائري كل إتفاقية تبرم مع القائم بالإدارة لنظام الترخيص المسبق، ويندرج ضمن هذه الطائفة رئيس مجلس الإدارة بإعتباره قائماً بالإدارة، إلى أن المشرع لم يذكر المدير العام إلى جانب القائم بالإدارة.

ولتحديد المقصود بالقائم بالإدارة، وجب الرجوع إلى نصوص القانون التجاري الذي يتضح منها أن المشرع قد حدد أعضاء مجلس الإدارة في المادة 610 من ق.ت، رئيس مجلس الإدارة في المادة 635 والمدير العام في المادة 636 من نفس القانون¹. ومن تم يستوي أن يكون القائم بالإدارة عضواً من أعضاء مجلس الإدارة أو مديراً عاماً حتى

¹ لم يذكر المشرع الجزائري المدير العام إلى جانب القائم بالإدارة في المادة 628 من ق.ت ، ذلك أنه إستمد هذه الأحكام من التشريع الفرنسي القديم الذي لم يخصه بالذكر أيضاً، إلى حين صدور قانون رقم 66-537 والذي أدرج المديرين العامين إلى جانب القائمين بالإدارة في دائرة الأشخاص المعنية بنظام الإتفاقيات. و عدم تخصيص المدير العام بالذكر فيه قصور لنص المادة 628، إذ أن نفوذه وإن لم يكن قائماً بالإدارة يفوق ذلك الذي يتمتع به هذا الأخير، بصفته المكلف بالإدارة العامة للشركة، لسيما وأن المشرع منحه تجاه الغير نفس السلطات التي يتمتع بها رئيس مجلس الإدارة طبقاً للفقرة 2 من نص المادة 640 من ق.ت ، إلا أنه يمكن الحكم أن المدير العام معني بالضرورة بالحصول على الإذن إذا ما أراد التعاقد مع الشركة والحجة الدامغة في ذلك هو أن المشرع حملته ذات الأضرار الناجمة عن الإتفاقيات الغير مصادق عليها من طرف الجمعية العامة، عند نصه في الفقرة 2 نص المادة 629 من ق.ت.

" وحتى في هذه الحالة عدم وجود التدليس، فإن العواقب الضارة بالشركة من جراء الإتفاقيات غير الموافق عليها، يمكن أن تلقى على عاتق القائم بالإدارة أو المدير العام المعني.....".

تطبق إجراءات الرقابة على الإتفاقيات التي يقدم على إبرامها مع الشركة المعهود إليه إدارتها، كما يستوي أن يكون شخص طبيعيا أو معنويا.

ولقد وسع المشرع الفرنسي من مجال الأشخاص المعنية بنظام الإذن في شركة المساهمة ذات النظام القديم بموجب قانون التنظيمات الإقتصادية الجديدة¹ ، والذي أدرج بموجبه فئة أخرى من المديرين إضافة إلى أولئك الخاضعين لنظام الترخيص المسبق، وهم المديرين العامون المفوضون.

أما بالنسبة لشركة المساهمة الحديثة، فقد حدد المشرع المسيرين المعنيين بالترخيص في نص المادة 670 / 1 من ق.ت ، وهم أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة.

إلا أنه يبقى هناك حالتين تشكلان إشكالا لم تعالجهما نصوص القانون التجاري ولم تعط حولا بشأنهما، وهما الممثلين الدائمين للأشخاص المعنوية المسيرة، والمسير الفعلي.

أ: حالة الممثل الدائم الشخص المعنوي القائم بالإدارة أو عضو مجلس المراقبة

الأصل أن لا تطبق أحكام المادتين 628 و 671 من ق.ت على ممثل الشخص المعنوي القائم بالإدارة أو عضو مجلس المراقبة لعدم ذكرهما صراحة في نص القانون، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 612 / 3 ق.ت، نجد أنها تخضع الممثل الدائم للشخص المعنوي لنفس الشروط والواجبات ويتحمل نفس المسؤولية المدنية والجزائية كما لو كان قائما بالإدارة، وبالنظر إلى المادة 663 من ق.ت التي جاءت بأحكام مماثلة بشأن الممثل الدائم للشخص المعنوي عضو مجلس المراقبة، وجب تطبيق نظام الإذن على الممثلين الأشخاص المعنوية القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المراقبة.

¹ art.111-1. Loi n° 2001-420 du 15 Mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques J.O.R.F. 16 Mai 2001, n° 113.

ب: المسير الفعلي

لم يتناول التشريع الخاص بالإتفاقيات وضعية المسير الفعلي، ولم ينص عليه ضمن قائمة الأشخاص الخاضعين لهذا النظام، ويعني به كل شخص يدخل في تسيير وإدارة الشركة دون تأهيل قانوني، وأمام ضرورة التفسير الضيق لأحكام الإتفاقيات المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها والتوسيع في تفسيرها، بإعتبارها إستثناء على قاعدة الحرية التعاقدية، فلا يجوز تسمية المسير الفعلي بالمسير القانوني وإنزاله نفس المنزلة لأنه غير مكلف قانونا بمهام الإدارة¹ وبالتالي لا يمكن إدراجه ضمن قائمة الأشخاص الذين يسري عليهم نظام الإتفاقيات، مما ينجم عنه إمكانية إفلاته من النظام الرقابي.

II: الإتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومساهميها

منذ صدور أول قانون ينظم الإتفاقيات في فرنسا، تحدد نطاق الأشخاص الخاضعين للإذن في القائمين بالإدارة بإعتبارهم أصحاب السلطة والنفوذ في الشركة، وظل الوضع كذلك حتى مع التعديل الجوهري الذي جاء به القانون رقم 66-537².

وقد تساءل الفقه³ عن عدم إخضاع الإتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومساهميها لسيما أصحاب الأغلبية المعتبرة للترخيص المسبق كما فعل المشرع مع شركاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة⁴.

وقد تبلور هذا الطرح لدى لجنة عمليات البورصة⁵ الفرنسية، وطرحته لأول مرة في تقريرها السنوي لعام 1995، ثم في التقارير السنوية اللاحقة (1996-1997)، إذ رأت أنه من غير المنطقي السماح للمساهمين أصحاب النفوذ بإبرام إتفاقيات بكل حرية مع

¹ سعيد بوقرور، المرجع السابق، ص.156.

² Loi n° 66-537, du 24 Juillet 1966, sur les sociétés commerciales, J.O.R.F. 26 Juillet 1966.

³ J.Delga, op.cit p.238.

⁴ Art. 223-19.c.com.FR.

⁵ تجدر الإشارة أن لجنة عمليات البورصة (C.O.B)، أصبحت حاليا سلطة الأسواق المالية (A.M.F)

الشركة من دون أي مراقبة، مما يؤدي إلى ضياع حقوق المساهمين لا سيما الأقلية منهم، ويتسع مجال هذا التعارض داخل تجمع الشركات، وبالتالي لا بد من إخضاع المساهمين أصحاب النفوذ لذات الأحكام حماية من تنازع المصالح.

واقترحت اللجنة السابقة الذكر إلزام المساهم الحائز لنسبة 5 % من رأس مال الشركة لإجراءات الترخيص المسبق والمصادقة اللاحقة للجمعية العامة، والأمر كذلك بالنسبة لتجمع الشركات متى كانت شركة تملك نفس النسبة في شركة أخرى، ووضعت هذه المقترحات في تقرير الوزير الأول حول تطوير وتحديث قانون الشركات، و تم تبنتها سنة 1998، ضمن مشروع قانون تعديل الشركات التجارية¹.

وبالفعل قد تبني المشرع الفرنسي هذه الإقتراحات، وعدل نظام الإتفاقيات بموجب القانون رقم 2001-420 والمتعلق بالتنظيمات الإقتصادية الجديدة، بموجب الفصل الثالث منه، والذي صاغه تحت عنوان "الحماية من تنازع المصالح"، وذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية في تنظيم المصالح داخل الشركة وحماية المساهمين الأقلية².

¹ P. Lecanu, les conventions réglementées après la loi n° 2001-40, du 15 Mai 2001, n° 9, p.725.

²Art 111 al. 1« Art. L. 225-38. - Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. »
LOI n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, publié sur Legi France :
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000223114&categorieLien=id> .

Voir aussi A Bennini, l'élargissement du cercle des conflits d'intérêt dans les sociétés commerciales, les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un janus à combattre ? ed.p.u.f. 2006, p.155.

« Le législateur a saisi à l'occasion d'ajouter sa contribution au mouvement d'adaptation du droit à la réalité conflictuelle à travers la loi du 15 Mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, c'est à cette occasion que le législateur à utilisé pour la première fois l'expression 'conflits d'intérêts' en droit des sociétés, cette loi à principalement pour

ونظرا لإعتبار هذه النسبة ضئيلة، أدت إلى توسيع دائرة المساهمين المعنيين بالتنظيم بشكل كبير، مما نجم عنه إقبال إدارة الشركة باستصدار الرخص المسبقة كلما أراد مساهم يمتلك تلك النسبة التعاقد مع الشركة، فتدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى بموجب القانون رقم 706-2003¹ والمتعلق بالأمن المالي، ورفع النسبة المشترطة إلى 10%.

ويستخلص من الأحكام التشريعية السابقة الذكر، أنه لتطبيق شرط الإذن على الإتفاقيات المبرمة بين الشركة والمساهم، يشترط شرطين أساسيين:

- أن يتمتع المتعاقد بصفة المساهم
- حيازة المساهم نسبة تزيد عن 10% من حقوق التصويت وليس رأس المال²، وبالتالي إعفاء كل مساهم لا يتمتع بحق التصويت من إجراءات الترخيص، وهذا منطقي طالما أنه لا يشارك في إتخاذ قرارات الجمعية العامة³.

objectif de protéger les actionnaires minoritaires des agissements des majoritaires et mandataires sociaux ».

Voir aussi Leconnu, les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 Mai 2001, n° 8 p.723. « Cette extension du domaine d'application du processus d'autorisation et de contrôle constituent dans ce domaine l'innovation la plus remarquable de la loi du 15 Mai 2001, le système change en effet de portée, voir e nature, dès lors que la définition des personnes visées qui est l'élément de référence de mécanisme, ne se borne plus aux dirigeants (au sens large), mais visé aussi les actionnaires de la société anonyme elle-même, c'est le pouvoir économique présumé de l'actionnaire que son pouvoir juridique qui fonde le contrôle, l'actionnaire ne vote pas la conclusion des conventions, il pouvait tout au plus, dans le système antérieur, voter sur leur approbation à posteriori ».

¹ Art 123 al 6« Au premier alinéa des articles L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 et L. 227-10, le pourcentage : « 5 % » est remplacé par le pourcentage : « 10 % ».

Loi n° 2003-706, du 1^{er} Août 2003 relative à la sécurité financière, J.O.F.R. 2 Août 2003, n° 117 publié sur Internet :

<http://www.crcc-paris.fr/sites/default/files/ressources/upload/brochure-loi-securite-financiere-2003-cncc.pdf> .

² وفي حالة تجزئة الحقوق المرتبطة بالسهم إلى حق إنتفاع وحق الرقبة، فإن الإتفاقيات المبرمة مع المنتفع لا يشترط أن يكون مساهما بالضرورة، وبالتالي تخرج عن نطاق إلزامية الترخيص المسبق بعدم إتصافه بصفة المساهم، بالرغم من تمتعه بحقوق التصويت في الجمعية العامة.

³ سعيد بوقرور، المرجع السابق، ص.197.

كما أن المشرع الفرنسي لم يكتف بإدراج المساهم الذي يحوز نسبة 10% من حقوق التصويت ضمن فئة الأشخاص المعنيين بالإتفاقيات، وإنما مد بموجب قانون التنظيمات الإقتصادية الجديد مجال تطبيق الترخيص المسبق على الإتفاقيات المبرمة مع الشركة المراقبة¹، لكل شركة مساهمة تحوز النسبة المذكورة من حقوق التصويت بمفهوم المادة 3-233 من ق.ت.الفرنسي².

وبالرجوع إلى هذا النص الأخير، تعد شركة مراقبة لشركة أخرى باحدى الطريقتين: الأولى عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمالها يخولها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة لهذه الشركة، أو بملكيتها لأغلبية الأصوات بموجب إتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، ويشترط عدم مخالفة هذا الإتفاق مصالح الشركة، أو كذلك بتحكمها في الواقع في قرارات الجمعية العامة لهذه الشركة بموجب حقوق لتصويت التي تمتلكها³.

أما الطريقة الثانية للمراقبة، فتفترض عندما تملك الشركة المراقبة بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا يتعدى نسبة 40% من حقوق التصويت، ولا يحوز أي شريك أو مساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا أكثر من جزئها⁴.

وبهذا تظهر أهمية هذا التمديد الذي جاء به المشرع الفرنسي، وذلك بإخضاع الإتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة والشركة المراقبة لنظام الإذن المسبق، وذلك لإحتمال تعارض مصالح الشركة المتعاقدة مع الشركة المراقبة التي تستفيد لا محال من نفوذ الشركة التابعة لها، وإمكانية ترجيح مصالح الشركة الأم على حساب الشركة المتعاقدة، إلا

¹ Art. 111-1 loi n° 2001-420

« (...) sont également soumise à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise si le Directeur Général, l'un des Directeurs Généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable gérant administrateur, membre du conseil de surveillance ou de façon générale, dirigeant de cette entreprise ».

² Arts L. 225-38 al.1, et L.225.86 al.1.c.com.fr.

³ Art. L 223 - 3.c.com.fr.

⁴ Art. L 233-3.c.com.fr.

أن المشرع الفرنسي لم يخص بالذكر إخضاع الشركات التابعة في التجمع لنظام الترخيص المسبق، وإنما حصر الحكم على الشركة المراقبة بالرغم من كثرة الإتفاقيات التي تبرمها الشركات التابعة فيما بينها تحقيقا لمصلحتها المشتركة.

وفي الأخير، نقول أن المشرع الفرنسي بإصداره قانون التنظيمات الإقتصادية الجديدة قد عزز حماية المساهمين الأقلية، وعزز حماية مصلحة الشركة بصفة عامة، وذلك بإضافة المساهم والشركة المراقبة إلى قائمة الأشخاص الخاضعين لنظام الترخيص المسبق، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد جانب الصواب بعدم إدراجه هؤلاء الأشخاص في قائمة الأشخاص الخاضعين للإذن، ويكون قد مكنهم بطريقة غير مباشرة من إستغلال سلطتهم ونفوذهم، وتغليب مصلحتهم الشخصية على مصلحة الشركة.

ثانيا: موضوع الإتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق

خلافا للإتفاقيات الممنوعة، لم يحصر المشرع الجزائري الإتفاقيات الخاضعة لإجراءات الترخيص المسبق والرقابة اللاحقة، وبالتالي إذا لم تكن العملية موضوع التصرف من العمليات المحظورة، أو من العمليات المألوفة التي تبرم بشروط عادية، يجب إخضاعها لإجراءات الإذن المسبق ومصادقة الجمعية العامة.

ولقد إستعمل المشرع الجزائري عبارة واسعة يمتد حيزها لتشمل كل العقود، إذ إستعمل مصطلح "كل إتفاقية" وكذا "أية إتفاقية"¹ وعليه، فمهما كانت طبيعة الإتفاقية أو شكلها، وجب إخضاعها لإجراءات الرقابة المسبقة، سواء كانت ملزمة لجانبين معا أو لجانب واحد، مستمرة أو فورية الأداء، شفوية أو مكتوبة، رضائية أو شكلية، عرفية أو رسمية، تجارية أو مدنية، ومهما كان موضوعها، ومن دون الوقوف على الآثار الناجمة عنها، أي

¹ إستعمل المشرع الجزائري عبارة "أي إتفاقية" في النص الخاص لشركة المساهمة النظام القديم م. 628 من ق.ت. ، أما عبارة "كل إتفاقية" إستعملها في النص الخاص بشركة المساهمة نظام حديث م. 670 من ق.ت. ، وبالصيغة الفرنسية ، وحد المصطلح بإستعمال عبارة تفيد معنى كل إتفاقية « Toute convention » .

سواء تجسدت في أموال نقدية أو عينية وهو الغالب، أو في مزايا نوعية أخرى وجب إخضاع الإتفاقية للتنظيم¹.

ولقد إعتبر الفقه الفرنسي² الإتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق، كل التصرفات القابلة للتجسيد بين الشركة وأحد أعضاء مجالسها والمساهمين بإستثناء تلك التي تدرج ضمن الإتفاقيات العادية والتي تبرم بدون ترخيص، وتشمل الإتفاقيات الإرادية المنشأة أو المعدلة أو المهيمنة للحقوق والإلتزامات، وبصفة عامة كل إبرام أو إنهاء إتفاق إرادتين أو أكثر، ولو كان ضمنيا يندرج ضمن الإتفاقيات المنظمة³.

وقد أیده القضاء الفرنسي⁴، وذلك بتوسيع مجال إلزامية الترخيص المسبق ليشمل الإتفاق على غرار إبرامه وتعديله، غير أنه يشترط أن تكون الإتفاقية قد أبرمت بعد قيد الشركة في السجل التجاري لإخضاعها لإجراءات الرقابة، كون أن التعهدات المبرمة بإسم الشركة ولحسابها قبل إجراء القيد المذكور تلقى على عاتق الأشخاص الذين قاموا بها، إلا إذا قبلت بعد هذا الإجراء هذه التعهدات، فتعد بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها⁵.

وفي هذه الحالة، يشترط موافقة جميع الشركاء، الأمر الذي يغني عن إلزامية الحصول على الترخيص المسبق من باب أولى⁶.

¹سعید بوقرور، المرجع السابق، ص.246.

² J-P. casmir et M. Germain, Dirigeant de société, juridique, fiscal et social, revue fiduciaire, 2007, p.171.

³ D. Gibrella, op.cit, p.289.

⁴Cass.27 Février 1996, Bull.joly.soc, 1996, n° 167, p.492.

⁵ Art. L. 210-6.c.com.fr.

بخصوص القانون الجزائري أنظر المادة 549 من ق.ت.

⁶ cass. 6 Mai 1996.Bull.joly.soc.1996, n° 286, p.821. Note.p. Le cannu : « La convention du maîtrise d'ouvrage signée entre une S.E.M en formation et une autre société qui par la suite est devenue administrateur de la S.E.M, n'a pas été soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration dans la mesure où elle n'entre pas dans le champ d'application des dispositions relatives du contrôle des conventions ».

ويخرج من مفهوم الإتفاقيات، التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد¹، طالما أن الإتفاق يتطلب تلاقي إرادتين فأكثر لإحداث الأثر القانوني المقصود، في حين أن التصرف القانوني المنفرد هو تصرف يكفي فيه إرادة شخص واحد لإحداث الأثر القانوني المقصود، فمسألة خضوع التصرف القانوني المنفرد لإجراء الرقابة المسبقة أمر مستبعد، وهو موقف محكمة النقض الفرنسية².

ثالثا: تطبيق شرط الإذن والآثار المترتبة على مخالفته

حدد المشرع صراحة مختلف المراحل والإجراءات الخاصة بإصدار الإذن، ورتب عن مخالفتها آثار قانونية مختلفة تتناسب والضرر الذي يلحق للشركة.

I: إجراءات إصدار الإذن

يمر الإذن بعدة مراحل مختلفة ومتعاقبة، يمكن إجمالها فيما يلي:

أ: التصريح المسبق

¹ عرف المشرع الجزائري التصرف بالإدارة المنفردة بموجب المادة 123 مكرر من القانون المدني المدرجة بالمادة 33 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، ج.ر. العدد 44، هذه المادة إستحدثت فصلا جديدا من الباب الأول المتعلق بمصادر الإلتزام من كتاب الإلتزامات والعقود، وهو الفصل الثاني مكرر بعنوان الإلتزام بالإدارة المنفردة، وهنا يظهر موقف المشرع الجزائري بشكل جلي في إعتباره التصرف بالإدارة المنفردة من مصادر الإلتزام عند وضعه في الباب المتعلق بمصادر الإلتزام بعد القانون والعقد، وتنص المادة 123 مكرر من ق.ت على أنه "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير، ويسري على التصرف بالإدارة المنفردة ما يسري على العقد بإستثناء أحكام القبول". ويعرف الفقه التصرف بالإرادة المنفردة على أنه عمل قانوني يتم وينتج أثره بإدارة واحدة، لها القدرة على إنشاء آثار قانونية متعددة كإنشاء الحق العيني مثل الوصية، أو إنقضائه كالنزول عن حق الإرتفاق، كما قد تكون الإرادة المنفردة وسيلة لإنقضاء الحق الشخصي كالإبراء أو إزالة عيب في العقد وهو ما يعرف بالإجازة؛ لمزيد من التفصيل أنقر محمد صيري السعيد، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004، ص.397 وما بعدها.

² com.17 Avril 1980.Rev.soc.1981, p.316. Note I.Balensi.

نص المشرع صراحة على أنه يجب على القائمين بالإدارة الذين يكونون في حالة من الحالات المذكورة في نص المادة 628 / 1 من ق.ت. أن يبادروا بإعلام مجلس الإدارة، وإلا عدو مسؤولين عن الإخلال بالالتزام القانوني.

وفي المقابل، لا يجوز لباقي أعضاء المجلس التحلل من المسؤولية على أساس عدم التصريح، إذا كان القائم بالإدارة طرفا مباشرا في الإتفاقية بإعتبار أن علمهم يفترض بمجرد إطلاعهم على الإتفاقية دون الحاجة لأي تصريح¹.

ب: الإذن المسبق لمجلس الإدارة

لا بد أن يكون الإذن الصادر عن مجلس الإدارة سابقا وخصوصا بكل إتفاقية وبمفهوم المخالفة، أي اذن لاحق لإبرام الإتفاقية، أو الإذن العام، لا يؤخذ به، كما لا بد أن يكون الإذن محل مداولة خاصة وصادر عن المجلس بصفة جماعية وصريحة، ولا يكفي مجرد الموافقة الضمنية، أو مجرد علم الأعضاء بالإتفاقية، لأن العلم أو السكوت أو الموافقة الضمنية لا ترقى لدرجة الإذن²

ولقد إعتبر الفقه أن عضو مجلس الإدارة المعني بالإتفاقية لا يمكنه في أي حال من الأحوال التصويت على الإتفاقية موضوع الإذن ، وهذا قياسا على ما ذهب إليه المشرع بخصوص نظام التصويت على الإتفاقيات في الجمعية العامة، وذلك للمحافظة على أكبر قدر ممكن من الحياد والموضوعية للقرار المتخذ، خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار أنه يمكن أن يكون لعدد من الأعضاء مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الإتفاقية ذاتها³.

¹نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.212.

² M.Cozian et A.Viandier, Droit des sociétés 8^{ème} ed, L.I.T.E. 2000, p.728.

³ I. Balensi..Rev.soc.1977, p.251.

أشارت إليه نادية صابونجي، المرجع السابق، ص. 213

وإذا تم القياس على المبدأ المتعلق بعدم إمكانية مشاركة عضو مجلس الإدارة في حساب الأغلبية، بإعتباره يتمشى مع مصلحة الشركة، فما هو الحال بالنسبة للنصاب؟ فهل يجوز القياس أو لا؟

لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة فنادي الجانب الأول من الفقه بتوسيع المبدأ ليشمل كل من النصاب والأغلبية على حد سواء¹.

في حين إعتبر الجانب الآخر من الفقه أن توسيع المبدأ ليشمل كل من النصاب والأغلبية لا يعد في مصلحة الشركة، لأن عدد أعضاء مجلس الإدارة يعد أقل بكثير عن نظيره في الجمعية العامة، وهذا ما سيؤدي إلى تأثير أكبر في النصاب المقرر لإنعقاد مجلس الإدارة، وبالتالي إستحالة إتخاذ القرار في حالة عدم توفر هذا الشرط وأكد هذا الجانب من الفقه أنه حتى ولو أصبح أعضاء المجلس الذين يمكنهم التداول واحد أو إثنين، صح القرار المتخذ².

والرأي الثاني هو الأرجح، بإعتبار أن شرط إستصدار الإذن من المجلس يعد مرحلة هامة في إبرام الإتفاقية لا يمكن الإستغناء عنها، أما إذا كان جميع الأعضاء معينين بالإتفاقية، ففي هذه الحالة يستحال على المجلس إتخاذ القرار، وبالتالي تسقط مرحلة مهمة من مراحل إستصدار الإذن ، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 630 من ق.ت ، يمكن للجمعية العامة تغطية البطلان بالتصويت على الإتفاقية، وذلك بناء على تقرير خاص يقوم بإعداده مندوب الحسابات لشرح الأسباب التي أدت إلى عدم إتباع إجراءات الإذن.

جـ: تقرير مندوب الحسابات

ألزم المشرع الجزائري مندوب الحسابات بتقديم تقرير خاص إلى الجمعية العامة حول الإتفاقيات المبرمة بين الشركة ومسيريها إلا أنه لم يحدد الجهة المخولة بإخطاره عن

¹ ph.Merle

أشارت إليه نادية صابونجي، المرجع السابق، ص. 213

² Mercadal

أشارت إليه نادية صابونجي، المرجع السابق، ص. 213

وجود مثل هذه الإتفاقيات، كما لم يحدد المدة اللازمة للإخطار إلا أنه يمكن لمندوب الحسابات أن يطلع على الإتفاقيات دون إخطاره، وذلك بمناسبة ممارسة الأعمال الرقابية المنوطة به، وذلك طبقا للمادة 715 مكرر 4/5. من ق.ت.¹.

كما لم تحدد المادة 628 من ق.ت. محتوى وشروط التقدير الواجب إعداده من قبل مندوب الحسابات، خاصة وأنه من جهة أخرى القانون يلزمه بموجب نص المادة 715 مكرر 3/13 من ق.ت.² بإحترام سر المهنة فيما يخص الأفعال والأعمال والمعلومات التي يطلع عليها بمناسبة ممارسة وظائفه.

وبناء على ما سبق ذكره يتبلور الإشكال التالي: ما هي المعطيات الضرورية التي تمثل الحد الأدنى الإلزامي لمندوب الحسابات لتمكين المساهمين من إتخاذ قراراتهم وهم على إطلاع وعلم ودراية بالمعطيات المتعلقة بالإتفاقية دون أن يشكل ذلك إفتشاء للسر المهني الملزم لهم بإعتبار أن الجمعية العامة تلتزم بالطابع العلني؟

إن تقرير مندوب الحسابات بإعتباره صادر من مختص، فمن البديهي أن يكون دقيقا وواضحا في آن واحد لكونه محترف وذو خبرة، فعليه أن يلتزم بالنزاهة أثناء إعداد التقرير دون إخفاء أو تغيير أو تحريف وإلا عد مسؤولا تأديبيا وجزائيا.

كما يلتزم مندوب الحسابات بأن يتسم تقريره بالموضوعية من حيث الطرح، فلا يصدر أحكاما بل يقتصر دوره على تقديم المعطيات المتوفرة لديه، لأن المشرع لم يجعله المختص بالحكم على الإتفاقية، بل يلتزم فقط بتقديم تقرير خاص للجمعية العامة، يقدم من خلاله ما توفر لديه من معلومات متعلقة بالإتفاقية لكونه تقريرا وليس قرارا³.

¹"(....) ويجوز لهؤلاء أن يجروا طيلة السنة التحقيقات أو الرقابات التي يرونها مناسبة".

³ J.WISNER. Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes, Rev.soc.1968, p.317.

كما لا بد أن يكون هذا التقرير بسيطاً كونه سيقدم لأشخاص (مساهمين) ذوي مستويات متباينة، وهم في الأرجح غير مختصين ذلك أن الغاية من التقرير هو التوضيح وليس التعقيداً¹.

د: مصادقة الجمعية العامة

تجتمع الجمعية العامة العادية للمصادقة على تقرير مندوب الحسابات المودع لدى أمانتها قبل 15 يوماً على الأقل من تاريخ انعقادها².

وللجمعية العامة مطلق الحرية في المصادقة أو عدم المصادقة على الإتفاقية المبرمة بين الشركة وأحد القائمين بالإدارة، ولا يجوز للقائم أو القائمين بالإدارة المعنيين المشاركة في التصويت على الإتفاقية، ولا تؤخذ أسهمهم في الإعتبار لحساب النصاب والأغلبية³.

II: الآثار المترتبة عن مخالفة إجراءات الإذن

إن عرض الإتفاقية المرخص لها من قبل مجلس الإدارة على الجمعية العامة للمصادقة عليها، يتم في أغلب الأحيان بعد دخول الإتفاقية حيز التنفيذ، وذلك ما تقتضيه السرعة التجارية ومصلحة الشركة، ذلك أنه من غير الممكن الإنتظار إلى غاية إعداد التقرير من قبل مندوب الحسابات وإنتظار الدورة القادمة لإنعقاد الجمعية للمصادقة عليها⁴.

وعليه، يمكن القول أن مصادقة الجمعية العامة على الإتفاقية هو إجراء رقابي وليس تنفيذي، غير أنه في حالة عدم موافقة الجمعية العامة على الإتفاقية، فإنه لا يجوز طلب

¹ Rodiere, B. OPPETTIT, Droit commercial, groupement commerciaux, 10^{ème} .ed. 1980, p. 202.

² المادة، 680، ق.ت.

³ المادة، 628، ق.ت.

⁴ نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.218.

إلغائها¹، بل تبقى منتجة لآثارها تجاه الغير، ما لم يتم إلغاؤها عن طريق الطعن بالتدليس².

وحرصا من المشرع على إستقرار المعاملات، نجد أنه جعل من التدليس السبب الوحيد الذي يمكن من خلاله للمساهمين الطعن في الإتفاقيات المصادق عليها من قبل الجمعية العامة.

وحتى وإن لم يوجد تدليس، فإن العواقب الضارة المترتبة عن إبرام وتنفيذ الإتفاقية التي توافق عليها الجمعية العامة تلقى على عاتق القائم بالإدارة والمدير العام المعني وبيقوا هم المسؤولون عن الضرر، وعند الإقتضاء، يمكن إعتبار جميع أعضاء المجلس مسؤولين عما لحق الشركة من ضرر³.

وتجدر الإشارة أن المشرع لم يتطرق بنص خاص إلى حالة غياب التقرير الخاص بمندوب الحسابات، إلا أنه يمكن تنظيم هذه الحالة قياسا على حالة غياب مصادقة الجمعية العامة، فإذا أخذنا بالإعتبار أن المشرع لم يرتب البطلان للإتفاقية التي تصادق عليها الجمعية العامة، فمن باب أولى، لا يجوز ترتيب البطلان للإتفاقية لمجرد إختلال التقرير الخاص، إلا في حالة التدليس، إلا أنه كان على المشرع التوسيع من إمكانية طلب إبطال الإتفاقية المصادق عليها في حالة غياب تقرير مندوب الحسابات لأنه إجراء شكلي جوهري⁴.

وقد يثور الجدل حول تحديد طبيعة البطلان المترتب عن تخلف الإذن المسبق لإبرام الإتفاقيات خاصة في شركة المساهمة نظام قديم، فهل هو بطلان مطلق أو نسبي؟ خاصة وأن المشرع الجزائري قد فصل في طبيعة البطلان الوارد في المادة 670 من ق.ت،

¹ لقد إستعمل المشرع الجزائري في المادة 629 / 1 من ق.ت مصطلح الإلغاء بدل البطلان، فهل أراد المشرع أن يقتصر أثر الإلغاء على المستقبل؟ في حين أنه عند الرجوع إلى نص المادة 629 / 1 من ق.ت باللغة الفرنسية، نجد قد إستعمل مصطلح « Nullité » والراجع أن الخطأ يقصد في الترجمة.

² المادة 1/629.ق.ت.

³ المادة 2/629 من ق.ت.

⁴ نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.219.

وأعتبره بطلان مطلقاً، يترتب عن عدم إحترام الشروط المتعلقة بإبرام الإتفاقيات مع شركة المساهمة نظام حديث.

نقول أن البطلان المقرر على عدم إحترام الشروط المتعلقة بإبرام الإتفاقيات في المادة 628 من ق.ت هو بطلان نسبي، طالما أقر المشرع بإمكانية تغطيته في حالة عدم إتباع إجراءات الإذن المسبق، وذلك بتصويت الجمعية العامة بناء على تقرير خاص من مندوب الحسابات تعرض فيه الأسباب التي أدت إلى عدم إتباع إجراءات الإذن¹.

وتتقدم دعوى البطلان بمرور 3 سنوات إبتداء من تاريخ إبرام الإتفاقية، إلا أنه إذا كانت مخفاة ، فيبدأ سريان حساب أجل التقادم من تاريخ إكتشاف هذه الإتفاقية².

¹المادة 630 /1 ق.ت.

²المادة 630/2 من ق.ت.

المطلب الثاني: الحد من تنازع المصالح الناتج عن هيمنة الشركة الأم

الأصل أنه يحق لكل مساهم في شركة المساهمة المشاركة في إتخاذ قرارات الجمعية العامة مهما كانت نسبة مساهمته¹ إلا أن مشاركة المساهم في إتخاذ قرارات الجمعية العامة، لا يعني بالضرورة التصويت عليها، ذلك أنه بإمكانه حضور مداورات الجمعية العامة دون التصويت عليها، خاصة وأن القانون أجاز للشركة النص في نظامها الأساسي على الحد من عدد الأصوات الذي يملكها المساهمون² وكما هو متعارف عليه، تحكم شركة المساهمة قاعدة الأغلبية، فالأغلبية المساهمة هي التي تتخذ القرارات المصيرية للشركة بإسم المصلحة الجماعية³، ويختلف مفهوم هذه الأخيرة عن مصلحة التجمع.

وعليه، يعتبر دور الأقلية المساهمة في المشاركة في إتخاذ القرارات في الجمعية العامة نظريا فقط، خاصة في إطار تجمع الشركات أين تجتمع جميع السلطات في يد الشركة الأم المالكة للأغلبية في الشركات التابعة، أين تجد الأقلية المساهمة لهذه الأخيرة أنفسها في الجمعيات العامة أمام المالكين الأغلبية الممثلين للشركة الأم، والذين يفرضون عليهم بإسم الشركة الأم إستراتيجية مشتركة تحقيقا لمصلحة التجمع، تعلوا المصالح الخاصة للشركات التابعة التي ينتمون إليها.

ومن هذا المنطلق، لا بد من تحديد مفهوم نظرية مصلحة التجمع، ومن تم تحديد طبيعة التصرفات الصادرة من الشركة الأم والتي تكيف بأنها تجاوزات، تهيمن من خلالها على شركاتها التابعة.

¹ G. Ripert, R. Roblot, Traité de droit commercial, tome 1, volume 2, 18^{ème} éd, L.G.D.P, Paris, 2002.

² المادة 685، ق.ت.

³ D. Shmidh, op.cit, p.19.

الفرع الأول: نظرية مصلحة التجمع

تقتضي نظرية تجمع الشركات أن تدار الشركة التابعة ليس في سبيل مصلحتها الجماعية ومصلحة مساهميها، وإنما في سبيل مصلحة التجمع، وعليه يمكن للشركة الأم أن تفرض على إحدى شركاتها التابعة بيع إحدى أصولها بغية تخصيص السيولة الناتجة عن البيع لاثرأء التجمع، أو تقترض الشركة الأم على إحدى شركاتها التابعة حصة من الأموال Apport d'actif، لمصلحة شركة تابعة أخرى منتمية إلى التجمع¹.

وإن مثل هذه التصرفات بعد ما كان يعتبرها القضاء الفرنسي تعسفا في إستعمال أموال الشركة إستنادا لنظرية مصلحة الشركة²، تراجع وأجازها في إطار تجمع الشركات³، ليخلق مفهومين متقاربين ومتمايزين، وهما مصلحة الشركة ومصلحة التجمع.

إلا أن الاشكال يطرح حول مصير المساهمين غير المباشرين أو ما يعرف بـ " L'actionnariat indirect"⁴، من قرار الشركة الأم الذي يفرض على هؤلاء التضحية بأموال شركتهم في سبيل مصلحة تجمع الشركات.

ومن جهة أخرى، إذا كان تقدير " normalité " أعمال الإدارة في الشركات المنفردة مسألة سهلة نسبيا، إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للعمل الإداري المتنازع فيه إذا كنا بصدد تجمع الشركات، فما هو معيار مشروعية تقدير العمل الإداري؛ هل هو مصلحة الشركة محل تنازع العمل الإداري أو مصلحة التجمع؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تتوقف على تحديد مفهوم مصلحة التجمع، خاصة إذا علمنا أن هذا الأخير محل إختلاف بين الفقه والقضاء.

¹ وجددي سليمان حاطوم ، المرجع السابق، ص.627.

² Cass. Chambre.civ.n° 09.10.209.16 -12-2009, cité par Farag Hmoda, thèse préc, p 94.

³ Farag HMODA, thèse préc, p.94.

⁴ أي المساهمين في الشركة التابعة.

أولاً: موقف الفقه من مصلحة التجمع

هناك ثلاث فرضيات لتحديد مفهوم مصلحة التجمع بالنسبة للفقه، فإما أن تتحدد مصلحة التجمع في مصلحة الشركة المراقبة (الشركة الأم)، أو مصلحة الشركات الأعضاء في التجمع أو مصلحة التجمع في حد ذاته ككيان إقتصادي .
وفيما يلي تفصيل ذلك:

I: مصلحة تجمع الشركات ليست هي مصلحة الشركة الأم المراقبة

إن مصلحة تجمع الشركات لا يمكن أن تتحدد في مصلحة الشركة الأم، وذلك قياساً لما هو عليه في نظرية مصلحة الشركة، إذ مصلحة هذه الأخيرة لا تحدد في مصلحة الأغلبية، وهو الأمر نفسه في تجمع الشركات وإلا تزول كلياً المصالح الخاصة للشركات التابعة الأعضاء في التجمع، ذلك أن إنضمام الشركات التابعة إلى التجمع لا يعني زوالها¹ ولقد أكد مجلس النقض الفرنسي مراراً استقلال الذمم المالية للشركات الأعضاء في التجمع². وبالإضافة إلى ذلك تعتبر تصرفات الشركة الأم عندما تتعدى على مصلحة الشركات التابعة تعسفية، وتنطبق عليها نظرية تعسف الأغلبية كما هو الحال بالنسبة للشركات التجارية. ومن المظاهر التي تنحرف فيها الشركة الأم عن تحقيق مصلحة التجمع تحقيقاً لمصالحها الخاصة وبالمخالفة للمصلحة الجماعية للشركات التابعة، أن تفرض على الشركة التابعة أخذ قرارات لا تتفق بل وتتعارض مع مصالح هذه الأخيرة لكنها تحقق المصالح الشخصية للشركة الأم. ومن صور هذه القرارات مثلاً إتخاذ الشركة الأم قرار في الجمعية العامة لشركتها التابعة لمصلحتها، كما لو كانت الشركة الأم هي المورد أو المشتري لمنتجات الشركة التابعة، ويكون ذلك بمقتضى عقود تفضيلية، ومن المتصور أن ترد في هذه العقود شروطاً تعسفية ينتج

¹ وجدى سليمان حاطوم ، المرجع السابق، ص.628.

² Cass. com.29 -11- 1982, Rev.soc.1983, p.615, note.J.L.Sibon.

عنها نوع من نقل أرباح الشركة التابعة إلى الشركة الأم، وذلك متى كانت أسعار المنتجات قد حددت بطريقة مبالغ فيها محاباة للشركة الأم¹.

وقد تسعى الشركة الأم إلى فرض قرار تحقق فيه مصلحة إحدى شركاتها التابعة على حساب مصلحة شركة تابعة أخرى، كما لو أجبرت إحداهما على التنازل عن براءة إختراع أو إمتياز للشركة التابعة الأخرى، مقابل ثمن منخفض، فمصلحة التجمع لا تبرر بأن تضحي بمصلحة شركة تابعة لحساب شركة تابعة أخرى من نفس المجموعة، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته في قضية « Sofige »².

فالشركة الأم ملزمة بأن تراعي جميع شركاتها التابعة عند إصدار قراراتها، وأن تحرس على عدم تحميلها أضرارا من جراء تنفيذ هذه القرارات، وإلا كان تصرفها مخالفا لمبدأ حسن النية، ومثال على ذلك أن تقوم شركة أم بصناعة مواد غذائية، ولها شركتين تابعتين، تتخذ الشركة الأم قرار بالتخلي عن إنتاج بعض المواد لشركة أخرى في مقابل أرباح طائلة تحصل عليها، مما يصيب الشركة التابعة بأضرار فادحة. فالشركة الأم ملزمة بأن تراعي مصالح شركاتها التابعة عند توجيه تعليمات وأوامر لها، وأن تكون قراراتها متوافقة مع الأهداف والمصالح العامة لشركات التجمع. وقد أدان مجلس النقض مدير شركة تابعة ضحى بمصالح هذه الأخيرة وهو على علم بذلك مسببا لها خسائر فادحة جعلتها تتعرض لإجراء التسوية القضائية، ورفض المجلس في هذه القضية دفع المدير بأنه كان ينفذ السياسة التجارية العامة لمشروع الشركة الأم، ولم يكن يأخذ قراراته بشكل مستقل³ ويمكن مساءلة الشركة الأم بإعتبارها المدير الفعلي للشركة التابعة عن التعسف الذي ترتكبه أثناء ممارستها للإدارة.

¹ وجدي سليمان حاطوم ، المرجع السابق، ص.630.

² CE 21 -01- 1995, J.C.P.E 95 II 747, note D.F.M.corian.

³ Cass.com.19 -04-1983.

أشار إلى هذا الحكم وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.631.

II: مصلحة التجمع هي مصلحة الشركات التابعة الأعضاء فيه

يرى بعض الفقه أن مصلحة التجمع ما هي إلا تعبير عن مصلحة الشركات التابعة الأعضاء فيه، فالشركة الأم بصفتها المراقبة، تمارس سلطتها في حدود مصلحة كل عضو من أعضاء التجمع، وعليه فإن مصلحة التجمع لا يمكن أن تتعارض مع مصلحة إحدى الشركات التابعة، بحيث لا يجب سحب أموالها أو زيادة ديونها لمصلحة الشركات الأخرى في التجمع¹.

III: مصلحة التجمع هي مصلحة التجمع ككيان اقتصادي بحد ذاته

إن الإعراف بمصلحة خاصة لتجمع الشركات من حيث أنها مصلحة مستقلة أمر في غاية الدقة، بسبب غياب إعراف تشريعي حاسم وقاطع لتجمع الشركات في حد ذاته، لكن هذا لا يمنع من أن بعض القوانين المقارنة؛ القانون الفرنسي على سبيل المثال يعترف بالوجود الواقعي للتجمع، وبطريقة ضمنية بالمصلحة المستقلة له، وذلك من خلال تعديل سنة 2001 أو ما يعرف بـ la loi NRE² الذي مس قانون الشركات، حيث جعلت المادتين 223-231 منه، مصلحة التجمع كمعيار قبول طلب مساهمي الأقلية في الشركة الأم، لتعيين خبير إداري³، وقد تسنى للقضاء تطبيق هذا النص، حيث قبل مجلس قضاء⁴ Versailles طلب تعيين خبير إداري المقدم من أحد مساهمي الشركة الأم للتحقيق في عملية إدارية قامت بها إحدى الشركات التابعة العضو في التجمع، معتبرة أن مصلحة التجمع تقضي بذلك.

¹ وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.632.

² La loi du 15 mai 2001, Relative aux nouvelles regulations économiques.

³ Aux termes de l'article L. 225-231 du code de commerce : « Une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 210-120, ainsi qu'un ou plusieurs actionnaires au moins 5% du capital social soit individuellement soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au Président du Conseil d'Administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société ainsi que le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3(...) à défaut de réponse dans un délai d'un mois, ou à défaut de communication d'éléments de réponses satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référer la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de représenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

⁴ CA Versailles, 23-10-2002, Bul july, 2003, Note Couret.

وبعد التطرق إلى موقف الفقه، لا بد من التطرق إلى موقف القضاء.

ثانيا: موقف القضاء من مصلحة التجمع

ليس هناك إستقرار قضائي حول مصلحة تجمع الشركات، فبعض الأحكام القضائية لم تعترف أصلا بما يسمى بمصلحة التجمع كمصلحة مستقلة عن مصلحة الشركات التابعة الأعضاء فيه، ومن هذه الأحكام مثلا قرار « Fruehauf¹ » المشهور، الصادر عن مجلس قضاء باريس، حيث غلب المجلس مصلحة شركة « Fruehauf » الفرنسية التابعة عن مصلحة التجمع.

وهناك من القرارات من رجحت مصلحة تجمع الشركات على المصالح الخاصة بالشركات التابعة له، ومن أهمها القرارات التي تدلي بالإعتراف بمصلحة التجمع في نطاق جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة، ومسائل عمليات الخزينة والمساعدات المالية بين شركات التجمع.²

وعليه سوف نتطرق إلى موقف القضاء الجزائري من مصلحة التجمع ثم نتطرق فيما بعد إلى موقف القضاء التجاري من ذلك.

I: موقف القضاء الجزائري من مصلحة التجمع

لم يتطرق المشرع سواء في القانونين الجزائري أو القوانين المقارنة إلى تنظيم جريمة إساءة إستعمال أموال الشركة داخل تجمع الشركات تاركا الأمر للقضاء.

وتجدر الإشارة أن طبيعة التجمع تقتضي أن تقوم الشركة الأم بتقديم المساعدات المالية لإحدى شركاتها التابعة، وذلك من خلال إستعمال فائض شركة تابعة لتغطية ديون شركة تابعة أخرى لتحقيق مصلحة التجمع، ولكن هل يجوز في هذا الصدد ملاحقة مدراء الشركة الأم في هذه الحالة بجريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة؟

تعتبر جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة إحدى أهم المجالات التي يحمي القضاء من خلالها مصلحة التجمع، وأول قرار صدر بهذا الصدد هو قرار

¹ C.A. Paris, 22-05-1965, Fruehauf, JCP 1965, II, n°14274. D.1968, p.147, note Contin

² Cass.FR ,4-02-1985,Rev soc 1985,Cité par Frederic Magnus,op.cit,P.57.

«Willot»، والذي من خلاله توصل القضاء الى عدم وجود جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة، عندما يتبث أن استعمال الأموال كان في مصلحة التجمع، ولو تم ذلك على حساب مصلحة إحدى الشركات التابعة.¹ إلا أن القضاء لم يترك هذا المبدأ على إطلاقه بل حدده، ووضع ثلاثة شروط لترجيح مصلحة التجمع على مصلحة الشركات التابعة وهي:

1- أن نكون أمام تجمع الشركات وحدة إقتصادية حقيقية.
2- أن تستفيد جميع الشركات الأعضاء في التجمع من تضحية إحدى الشركات التابعة التي تحملت العبء.

3- أن تكون التضحية المقدمة من قبل إحدى الشركات التابعة بمقابل.²
وقد أكدت محكمة النقض هذا الإتجاه القضائي في قرار مشهور معروف بقرار «Rozenblum»³؛ والذي أكد على الشروط التي طرحها القضاء في قضية «Willo»، معتبرا "أن المساعدات المالية التي قدمها مدراء إحدى الشركات إلى شركة أخرى في نفس التجمع يجب أن تملئها مصلحة إقتصادية إجتماعية أو مالية مشتركة، ويجب أن لا تكون هذه المساعدات مجردة من مقابل، أو تقطع التوازن بين التعهدات المختصة بالشركات ذات الصلة وألا تتجاوز الإمكانيات المالية للشركة التي يقع عليها العبء"⁴.

وإزاء هذه الشروط الواجب توافرها معاً لإمكانية إنتفاء جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة من تصرفات المدير، فإنه كثيراً ما يثار وجود حجة مصلحة التجمع في دفاع المدراء، وإن كان ليس من السهل عليهم إثبات توافر الشروط الثلاثة المطلوبة.⁵

¹أشار إليه وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.637.

²نفس المرجع، ص.637.

³أنظر الملحق رقم 02.

⁴ Frederic Magnus, op.cit.p.54.

⁵وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.639.

II: موقف القضاء التجاري من مصلحة التجمع

أعتبر البعض أن هناك دورا لمصلحة التجمع يلعبه خارج إطار جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة، وتحديدًا في عمليات التمويل المخالف للمصلحة الجماعية للشركة، ومثابه لذلك الذي يلعبه في تبرير جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة.

فإذا كانت مصلحة التجمع تقضي أن تقوم الشركة الأم بإستعمال ناتج فائض شركة تابعة لتغطية ديون شركة تابعة أخرى من نفس المجموعة، فهل يجوز إستنادا إلى نفس المعيار أي -مصلحة التجمع - تقديم الشركة الأم مساعدات مالية لإحدى شركاتها التابعة؟

وفي قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها¹ تتلخص وقائع القضية في أن الجمعية العامة للشركة الأم كانت قد قررت عفويا تحمل إعفاء ديون إحدى شركاتها التابعة في التجمع، وثم الطعن في هذا القرار من مساهمي الأقلية على أساس تعسف الأغلبية، وأبطل مجلس النقض هذا القرار بعد أن تبث من غياب المصلحة الجماعية للشركة الأم، وأن الغرض من هذا القرار هو مساعدة أحد مساهمي الأغلبية الذي هو مدير شركة المسؤولية المحدودة المنتفعة من هذه المساعدات المالية.

وعليه، إعتبرت محكمة النقض أن الفعل الصادر من الشركة الأم لا يرتكز على أسباب قانونية ولا على أسباب الملائمة *opportunité*، فالشركة الأم ليست ملزمة قانونا بديون الشركة التابعة، كما أنه ليس هناك أية كفالة صادرة عنها لكفالة ديون الشركة التابعة، الأمر الذي يجعلهما مستقلتان إستقلالًا كليًا.

¹Cass.com. 29 -05- 1972, jc, p.73 II 1737, note Guyon

أشار إليه وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.641.

وفي الأخير يمكن القول، أنه بالرغم من إقرار الأثرية من القضاء والفقهاء بمفهوم مصلحة التجمع لذاته ككيان إقتصادي له مواصفات محدودة، وبالذور الذي يلعبه في بعض المسائل التجارية والجزائية، إلا أنه ما زال بعض الفقهاء يوجه إنتقادا شديدا لما يسمى بمصلحة التجمع، وعلى راس هؤلاء الفقهاء D.Shmidt ، معتبرا أن مفهوم مصلحة التجمع غير محدود ومضمونه غامض وسلبى محض، كما أن مصلحة التجمع المتميزة عن مصلحة الشركات الأعضاء فيه تتطلب أساسا قانونيا والذي هو الشخصية المعنوية. فإذا كانت للشركة التابعة مصلحة جماعية ناتجة عن تمتعها بالشخصية المعنوية، فأى مصلحة تجمع يمكن التحدث عنها طالما لا يتمتع بالشخصية المعنوية وليس له سلطة إتخاذ قرارات جماعية بإسم التجمع !¹

إلا أنه وبالرغم من الإنتقادات الموجهة لمفهوم مصلحة التجمع، إلا أن القضاء ومنذ صدور القرار المشهور² « ROZENBLUM »، قد كرس مفهوم مصلحة التجمع كوحدة إقتصادية، وتضمن تليينا لقواعد حماية المصلحة الجماعية المتعلقة بجريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة، كما أنه لم يبلغ المصلحة الجماعية بالكامل وإنما أضعفها في سبيل مصلحة التجمع.

الفرع الثاني: صور هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات والآثار المترتبة على ذلك
تتجلى صور هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات على شركاتها التابعة بحكم إمتلاكها أغلبية رأس المال فيها أو أغلبية حقوق التصويت في التعسف في إستعمال السلطة « L'abus de pouvoir » والتعسف في إستعمال التصويت « L'abus de vote » ، ويترتب عن ذلك آثار كجزاءات نظير التعسفات التي تقوم بها الشركة الأم، وفيما يلي تفصيل ذلك :

¹ D. Shmidt, conflits d'intérêts, éd 2004, p.418.

أشار إليه وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.642.

² Cass.Fr ,4-02-1985, cité par Frederic Magnus, op.cit,P .57 .

أولاً: صور هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات

تتجلى صور هيمنة الشركة الأم على شركاتها التابعة في تجمع الشركات في التعسف في استعمال السلطة والتعسف في استعمال التصويت .

I: التعسف في استعمال السلطة

لم ينظم القانونان الجزائري والفرنسي جنحة التعسف في استعمال السلطة على مستوى تجمع الشركات، مما يستوجب دراسة هذه الجنحة على مستوى الشركات التجارية، ثم التطرق إلى التطبيقات القضائية لها على مستوى التجمع.

أ: جنحة التعسف في استعمال السلطة في الشركات التجارية

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 4/811 من ق.ت على جنحة التعسف في استعمال السلطة، إذ جاء فيها:

" يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط

-رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها ومديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية مالهم من سلطة...."

إلا أن المشرع لم يحدد في المادة السابقة الذكر المقصود بمصطلح "السلطة"، ومن أجل ذلك تدخل الفقه من أجل تعريفه لتحديد معالمه.

وفي هذا الإطار، يعتبر جانب من الفقه أن التعسف في استعمال السلطة هو الإستعمال التعسفي من طرف المسير للتفويضات الموجهة له من طرف المساهمين بقصد تمثيلهم في الجمعيات العامة.

وفي نفس الإتجاه، يعتقد هذا الجانب من الفقه بأن المدير يعد متعسفا في الحق في التصويت عندما يستعمل التفويضات الممنوحة له، ومتعسفا في إستعمال السلطة إذا تصرف في هذه التفويضات بإسم مستعار¹.

لم يحقق هذا التفسير نجاحا في الفقه، ولم يعمل به القضاء لأنه يحد من نطاق الجريمة التي لا تسري في هذه الحالة إلا على التصرفات الإجرامية التي يقوم بها مسيروا الشركات التجارية في إطار الجمعيات العامة، والتي تدخل في نطاق جريمة التعسف في الحق في التصويت، والذي نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة 811 من ق.ت.

ويوسع الفقه من نطاق مفهوم السلطة، بحيث يتضمن جميع الحقوق التي يكتسبها القائمون بإدارة الشركة بموجب مهمتهم، أي مجموع السلطات المخولة لهم من طرف القانون أو القانون الأساسي للشركة، ولقد أدان مجلس النقض الفرنسي مدير إحدى الشركات التجارية بجريمة التعسف في إستعمال السلطة في الشركة لإمتناعه إستعمال الصلاحيات والسلطات المخولة له التي كان من الواجب إستعمالها² وعليه، يلتزم القائمون بالإدارة بإستعمال السلطات المخولة لهم بمناسبة ممارسة مهامهم، وإذا إمتنعوا عن ممارسة هذه السلطات أو مارسوها لأغراض شخصية، تحققت جريمة التعسف في إستعمال السلطة .

إلا أن التفسير الواسع لمفهوم السلطة قد يؤدي إلى الخلط بين جريمة التعسف في إستعمال السلطة وجريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة أو بعبارة أخرى، إن المسير الذي يتعسف في إستعمال أموال الشركة، يكون في نفس الوقت متعسفا في السلطات المسندة له من قبل هذه الأخيرة.

¹أشار إلى هذه الآراء الفقهية عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

²أشار إليه وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.602.

بالفعل، فإن المدير الذي يستفيد من أجور باهظة بدون مقابل للشركة، أو الذي يتأخر في مطالبة ديون الشركة عند حلول أجل إستحقاقها تجاه مؤسسة له فيها مصالح مباشرة، يكون في نفس الوقت متعسفا في السلطة، وفي أموال الشخص المعنوي الذي يديره¹.

هذا التداخل بين الجريمتين يبين بوضوح أن نطاق تطبيقهما متقارب، إلا أن هذا التقارب لا يعني الإشتراك في ميدان تطبيقهما، فيعتبر هذا التصرف جنحة مستقلة لها نطاق خاص. وإذا كانت معظم القضايا مرفقة بجريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة، فإنه لا تكون موجودة في بعض الحالات هذه العلاقة، لأن التعسف في السلطة لا يشترط لتطبيقه إثبات خسارة أو ضرر مادي قد يصيب الشركة في ذمتها، وعلى سبيل المثال:

- الوعد بعدم منافسة مؤسسة في إنتاج منتجات معينة.
 - إبرام مدير الشركة إتفاقية مع الشركة أخرى، دون أن يترتب عن ذلك خسارة الشركة التي يديرها مقابل عمولة يحصل عليها².
- وعليه، فال تفسير الواسع للتعسف في السلطة يترتب عنه محاربة محاولة التعسف في أموال الشركة أو سمعتها، وهو تصرف إجرامي قد يهدد مصلحة الشركة، وبالتالي يكون للجريمة نطاق واسع جدا يتضمن أيضا التعسف في أموال الشركة، وهذا ما لا يتماشى مع مبدأ التفسير الضيق للقواعد الجزائية حماية لحقوق المتهم³.

ب: التطبيقات القضائية لجنحة التعسف في إستعمال السلطة في تجمع الشركات

تتولى الشركة الأم في إطار تجمع الشركات إدارة شركاتها التابعة وذلك من خلال ممثليها الذين تقوم بتعيينهم، وتلزمهم بتطبيق سياسة إستراتيجية مشتركة تملئها عليهم، وعادة ما ترجح الشركة الأم مصلحتها الشخصية على مصلحة الشركات التابعة لها،

¹ عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

² نفس المرجع.

³ المرجع نفسه.

مما يوجب إخضاعها لنفس القواعد التي يخضع لها المسيرين في الشركات التجارية¹، وتحملها نفس المسؤولية المدنية والجزائية تجاه شركاتها التابعة والأقلية المساهمة، وذلك سواء في حالة تعسفها في السلطة أو التصويت².

ومن التطبيقات القضائية التي تتناول التعسف في استعمال السلطة ما قضت به محكمة النقض في قضية Fruehauf الشهيرة، والتي تتخلص وقائعها في أن الشركة التابعة الفرنسية، التابعة للشركة الأم الأمريكية "Fruehauf" والتي تسيطر عليها أغلبية أمريكية، تعاقدت مع شركة "برليه" للحصول على العلامات التجارية لتوزيع عربات نقل إلى جمهورية الصين الشعبية، إلا أن الأمريكيين الأعضاء في مجلس الإدارة، والذين لم يحضروا إجتماع مجلس الإدارة، أعطوا أوامرهم للمجلس بإبطال التعاقد السابق إبرامه مع "برليه"، لأنه ضد المصلحة الوطنية للولايات المتحدة الأمريكية.

وأمام هذا التصرف من أغلبية أعضاء مجلس الإدارة الذي يمثله الأمريكيون، بادر الفرنسيون الثلاثة في المجلس بتقديم إستفالتهم، ورفعوا دعوى قضائية بتعيين إدارة مؤقتة، تكون مسؤولة عن تنفيذ إلتزامات الشركة. وقد إستجاب قاضي الأمور المستعجلة لمحكمة "Courbet" بتعيين إدارة مؤقتة وقد إستأنف الأمريكيون هذا الحكم، ففضى مجلس قضاء باريس بتأييد حكم قاضي الأمور المستعجلة بتعيين إدارة قضائية مؤقتة، وقد أسند المجلس هذا القرار على سند من القول بأن القائمون بالادارة الأغلبية قامو بالتعسف في السلطة، مما يمكن وصفه بأنه تصرف ضد مصلحة الشركة، كما أن الحكم قد أمر بتعيين إدارة مؤقتة، وهو تقييد لفكرة التعسف في السيطرة الإدارية الذي يعد صورة من صور التعسف في استعمال الحق.

وكما أن المستندات التي قدمت في القضية تثبت بوضوح المصلحة الكبيرة التي سوف تعود على الشركة التابعة من جراء تنفيذ العقد الذي أبرم مع عملياتها "برليه"،

¹ NZE NDONG DIT MBELE Jean-Richard, La direction de fait en droit privé Français, thèse de doctorat en droit prive , université de Nancy 2, France, 2009 ; « Il faut rappeler que la violation de l'intérêt social par les dirigeants de droit ou de fait est souvent incriminée et sanctionnée par les juges sous le délit d'abus de pouvoir ou de bien sociaux.

² Farag HMODA, thèse, pres, p.117.

كما تبين النتائج التي يمكن أن تعود عليها من جراء فسخ هذا العقد، وحجم التعويض الذي سوف تطالب به جمهورية الصين الشعبية¹.

II: التعسف في إستعمال التصويت

لم ينظم المشرع الجزائري جنحة التعسف في إستعمال التصويت على غرار جنحة التعسف في إستعمال السلطة في تجمع الشركات مما يستوجب التطرق إلى دراسة هذه الجنحة على مستوى الشركات التجارية ثم التطرق إلى دراسة إمتدادتها على مستوى تجمع الشركات.

أ: جنحة التعسف في إستعمال التصويت في الشركات التجارية

فضلا عن تجريم المادة 811 / 4 من ق.ت. لجريمة التعسف في إستعمال السلطة، فإنها تجرم كذلك فعل التعسف في إستعمال التصويت في الجمعيات العامة والمجالس (الإدارة والمديرين) على القرارات المتعلقة بموضوع الشركة ومصحتها.

إلا أن الإشكال يطرح حول تحديد نطاق الجنحة بسبب الصعوبات التي وجدها القضاء في تفسير مفهوم التعسف في الحق في التصويت، فإذا كان للقائم بالإدارة حق في التصويت بصفته مساهما فيها، فكيف يمكن له التعسف في ميدان يجعل له القانون منه وبصفة صريحة حقا؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إذا كان للمسير الأغلبية في أجهزة الشركة، وكان من الممكن له التصرف لتحقيق مصالح شخصية مخالفة لمصلحة الشركة، هناك نصوص جنائية أخرى تعاقب التعسف في الأغلبية، فما هي ضرورة وضع نص خاص يعاقب التعسف في التصويت؟ أو بعبارة أخرى ما المقصود بالتعسف في التصويت المنصوص عليه في المادة 811 / 4 من ق.ت.؟

توحد الفقه حول هذه النقطة، وقرر بأن الأصوات التي يمكن التعسف فيها هي التي يحوزها المسير بصفته وكيفا للشركة، وعادة ما يستعمل المسير التفويضات الممنوحة

¹حسن محمد هند، المرجع السابق، ص. 84 وما يليها.

له على بياض من قبل المساهمين من أجل تمثيلهم لتحديد النصاب في الجمعيات العامة أو المجالس أو التصويت بإسمهم، فيكون هؤلاء متعسفين في الأصوات إذا إستعملوا هذه التفويضات لجلب منافع شخصية أجنبية عن مصلحة الشخص المعنوي الذين يمثلونه¹.

ويسعى المشرع من تجريم هذا الفعل إلى حماية صغار المدخرين، وعليه لا بد أن يتدخل بهذا الصدد للحد من الآثار السلبية لعملية التفويض على بياض في تسيير الشركات، ووضع طريقة ثانية تسمح بالتصويت بالمراسلة، ولكن بعد إعلام كاف للمساهمين عن حالة الشركة التي ساهموا في تكوينها وكل ما يتعلق بالقرارات المرغوب إتخاذها².

ب: إمتداد جنحة التعسف في إستعمال التصويت لتجمع الشركات

تتجسد صورة التعسف في التصويت على صعيد تجمع الشركات في تصرف الشركة الأم في الأصوات التي بحوزتها في الجمعيات العامة لشركاتها التابعة على نحو يخدم مصالحها.

وبناء على الإجتهد القضائي الفرنسي الذي إعتبر في إحدى قراراته تعسفا في التصويت ذلك القرار الذي يمنع الأقلية المساهمة من الحصول على حقهم في الأرباح، إذا كان عدم توزيع الأرباح بصفة دورية، وإذا كانت الوضعية المالية للشركة جيدة وتمويلها الذاتي مؤمن، فيعتبر التصويت على ذلك القرار تعسفا من قبل الأغلبية في مواجهة الأقلية، خاصة إذا كان الأغلبية يتحصلون على أجور باهضة³.

وأمام إقتصار هذا القرار في نطاق ذات الشركة التجارية فقط، يثور التساؤل حول مدى إسقاط ذلك على تجمع الشركات والقول بوجود تعسف في إستعمال التصويت

¹ عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

² نفس المرجع.

³ Cass.com, 01-07-2003, Rev .Soc.2004,p.337, Note B Le Couret.

في حالة القرار المتخذ من قبل الشركة الأم بأخذ فائض ميزانية إحدى الشركات التابعة لتغطية ديون شركة تابعة أخرى مفتقرة.

وتصديا لهذا الطرح، نشير لوجود إجتهااد قضائي فرنسي أجاز مثل هذا التصرف، ولم يعتبره تعسفا في إستعمال التصويت، لكن إذا ما توافرت ثلاثة شروط حددها الإجتهااد وهي :

1- أن نكون أمام تجمع الشركات وحدة إقتصادية حقيقية.

2- أن تستفيد جميع الشركات الأعضاء في التجمع من تضحية إحدى الشركات التابعة التي تحملت العبء.

2- أن تكون التضحية المقدمة من قبل إحدى الشركات التابعة بمقابل¹.

ثانيا: آثار هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات

تتمثل آثار هيمنة الشركة الأم في الجزاءات المترتبة نتيجة تعسفها في السلطة أو التصويت، وهي تتمثل في إبطال القرار والتعويض، وإنسحاب المساهم من الشركة إضافة إلى حل الشركة التابعة.

I: إبطال القرار

لا يوجد في القانونين الجزائري والفرنسي أي نص يقضي ببطلان القرار الصادر عن التعسف في السلطة أو التصويت، إلا أن الفقه والقضاء أقرأ بوجود بطلان قرارات الجمعية العامة التعسفية وإن كانت صحيحة شكلا، عند ما يتخذ القرار من قبل أغلبية ليست مهمة بمصلحة الشركة²، وأن لا يمس الإبطال القرار المتخذ فقط، وإنما أيضا المداولات التي تسبقه³.

¹المزيد من التفصيل أنظر ص.89 من الرسالة.

²وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.424.

³ : Cass.civ.8-03- 1983, BULL Joly, 1983, p.152, Et voir dans ce sens Farag.HMODA, thèse, præc, p.126.

و الذي يرى أنه من شأن إبطال القرار التعسفي المتخذ من قبل الشركة الأم هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إتخاذ القرار، ولا شئ يمنع هذه الأخيرة من إعادة إتخاذ القرار نفسه سوى تعيين قائم بالإدارة مؤقت

La nomination d'un mandataire de justice

ولكل من له مصلحة مشروعة في الإبطال يمكن أن يتقدم بدعوى إبطال. منهم بطبيعة الحال الأقلية المساهمة والدائنين، وبخصوص الأقلية المساهمة، لا بد من أن يتمتعوا بصفة المساهم على الأقل عند تاريخ إتخاذ القرار التعسفي لمباشرة دعواهم¹. إلا أن السؤال يثور حول مصير الغير حسن النية عند إبطال القرار التعسفي، خاصة وأن هذا الأخير صحيح من حيث الشكل وغير مخالف للقانون والنظام الأساسي للشركة؟

بالفعل، فإن القرار التعسفي صحيح من حيث الشكل، ولا يمثل مخالفة للقانون والنظام الأساسي للشركة، ومن تم يكون للغير الإستناد على نظرية الظاهر، ولا يبقى للمدعي الأقلية أو الشركة التابعة المتضررة سوى رفع دعوى المسؤولية، والمطالبة بالتعويض عن الخسائر التي تكبدتها الشركة من جراء القرار التعسفي².

II: التعويض

لاشك أن أفضل سبيل لإزالة الضرر الناتج عن القرار التعسفي في إستعمال السلطة أو التصويت، هو إعتبار أن القرار الصادر عن الأغلبية باطلا، وأن هذا البطلان يعتبر بمثابة تعويض عيني، إلا أن هذا التعويض قد لا يكون ممكنا مما يستلزم اللجوء إلى التعويض البدلي، حيث أن القاضي له أن يقضي بجبر الضرر، وذلك بتحميل الأغلبية المتعسفة تبعة القرار الصادر عنها³.

وما تجدر الإشارة إليه، أنه لا يوجد في القانونين الجزائري والفرنسي نص ينظم المسؤولية المدنية للأغلبية المساهمة في حالة تعسفهم في التصويت أو السلطة، مما

¹ قرار صادر بتاريخ 8 مارس 1971، محكمة تجارة بيروت 5 جوان 1974، غير منشور، أشار إليه وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.425.

² وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.425. وتجدر الإشارة أنه لا يوجد في القانون التجاري الجزائري نص يحيل إلى تعيين قائم بالإدارة مؤقت، بل تم النص فقط في المادة 637 منه النص على إنتداب قائم بالإدارة، ويختلف مفهوم هذا الأخير عن القائم بالإدارة المؤقت، إذ ينتدبه المجلس في حالة وقوع مانع للرئيس أو وفاته أو إستقالته أو عزله.

³ وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.427.

يستوجب تطبيق القواعد العامة. ويشترط في هذا الصدد توافر ثلاثة شروط لتمكين الأقلية من رفع دعوى المسؤولية¹؛ خطأ مبني على تعسف في التصويت أو السلطة، وضرر، وعلاقة سببية .

III: إنسحاب المساهم من الشركة التابعة

يحق للمساهم الذي أصبح يشعر أنه مستهدف بإتخاذ قرارات تعسفية منظمة ضد مصالحه ومصالح الشركة التي ينتمي إليها، أن ينسحب من الشركة بإرادته وبالتالي إنهاء علاقته بها².

إلا أنه في شركة المساهمة، لكي ينهي المساهم علاقته بالشركة قبل إنقضاء مدتها، ليس أمامه وسيلة أخرى سوى التصرف في أسهمه.

ولا شك أن تنازل المساهم عن أسهمه فيه بعض المخاطر على المساهم المتنازل، ففي الشركات غير المسجلة أسهمها في البورصة، يكون السوق المحتمل لأسهم هذه

¹ والمساهم المتضرر يقوم إما برفع دعوى الشركة وذلك طبقا للمادة 715 مكرر 24 من ق.ت والتي تنص: "يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصيا أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة، والمدعين حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة والتعويضات التي يحكم لهم بها عند الإقتضاء". وبخصوص ممارسة دعوى الشركة على مستوى التجمع لا يجوز للمساهمين الأقلية في الشركة الأم رفع دعوى الشركة ضد الشركة التابعة، حتى وإن كانت هته الأخيرة تابعة كليا للشركة الأم أو دعوى المساهم الفردية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم .

« ...L'impossibilité pour les actionnaires minoritaires d'une société mère d'exercer l'action sociale de sa filiale et encore plus surprenante lorsque celle-ci est détenu à 100% dans la mesure où la filiale ne dispose pas d'actionnaires extérieurs pouvant exercer l'action minoritaire ». Frédéric Magnus, op.cit, p.76.

(3) : La cour de versailles, 20 Juin 2006, Bull.Joly 1424, note, P. le cannu ; affirme que ce qu'il importe de chercher pour qualifier l'abus de majorité si les trois critères en sont réunis, à savoir la violation de l'intérêt social, le dessein de favoriser les membres de la majorité et le préjudice causé à la minorité. L'actionnaire agissant sur le fondement de l'article 1382, il lui appartient de rapporter la preuve de l'existence d'une faute d'un préjudice et d'un lien de causabilité entre les deux »

² Deshamps, la liberté de se retirer d'une société, p. 123.

أنظر وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.433.

الشركة ضيقاً، من تم يجد المساهم الذي يريد التنازل عن أسهمه نفسه تحت رحمة المديرين والأغلبية المساهمة، الذين يصبحون هم المشترون المحتملون للأسهم، فضلاً على أن قيمة السهم الحقيقية قد تكون أكبر من سعر البيع.

وعليه، لا بد من إنشاء حق خاص بالانسحاب من الشركة يكره الأغلبية على شراء الأسهم التي تملكها الأقلية الراغبة بالانسحاب من جراء القرارات التعسفية الصادرة من الأغلبية، وبذلك يشكل الانسحاب وسيلة ضغط نموذجية تمكن الأقلية من إلزام الأغلبية بإحترام حقوق باقي المساهمين وإحترام مصالح الشركة، بحيث يعد الانسحاب نوعاً من الإحتجاج على سياسة الشركة ومخرجا لموقف الأغلبية المتعنت¹.

III: حل الشركة التابعة

يعتبر حل الشركة قضاء بسبب تعسف الأغلبية من الحالات الإستثنائية ومن أبغض الخيارات على القاضي، وعلى المصلحة الإجتماعية والإقتصادية للتجمع، يجد هذا الحكم أساسه القانوني في المادة 441 من ق.م.²، ويعتبر هذا الإجراء من النظام العام³.

ويعد تعسف الأغلبية السبب المبرر للحل القضائي، إذ وإن كان لا يعطل نشاط الشركة خاصة إذ تخضع هذه الأخيرة لمبدأ الأغلبية، إلا أنه كثيراً ما يكون أشد ضرراً على المساهمين وخصوصاً الأقلية. وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير

¹ P. DIDIER, le consentement sans l'échange : contrat de société.

أنظر وجدي سبيمان حاطوم، المرجع السابق، ص.434.

² "يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي، بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء الشريك بما تعهد أو لأي سبب آخر ليس هو من فعل أحد الشركاء ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة. ويكون باطلاً كل إتفاق يقضي بخلاف ذلك".

³ Cass.com. 12 -03-1996, Rev .soc.1996, p.554. note.D. Bureau.

مشروعية السبب المبرر¹.

وفي الأخير نقول أن حل الشركة التابعة يشكل جزاءا قاسيا ليس فقط على الشركة التابعة، وإنما على الوحدة الاقتصادية للتجمع ككل، لذلك فإن القضاء لا يستجيب من الناحية العملية لطلب الحل إلا إذا كان أثر التعسف قد أحدث تضاربا في المصالح أو أوقف الشركة عن أداء نشاطها.

¹وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.431،432.

المبحث الثاني

إستقلالية الشركة التابعة: كأساس لحماية الأقلية

إن هيكلية تجمع الشركات وتنظيمه القانوني الذي يفرض إنتماء الشركات التابعة إليه، وتكوين وحدة إقتصادية، يؤثر على الأقلية المساهمة في الشركة التابعة، كون أن هذه الأخيرة بالرغم من تمتعها بالشخصية المعنوية بكل ما يترتب عنها من آثار قانونية، إلا أنها تابعة إقتصاديا للشركة الأم، وهذا ما يؤدي إلى تناقض بين القانون والواقع. هذا التناقض ليس في صالح الأقلية المساهمة في الشركة التابعة، كون أن الشركة الأم تهيمن على التجمع بصفتها مالكة للأغلبية، وفي نفس الوقت ليس هناك نظام قانوني يعزز من حماية الأقلية المساهمة في الشركة التابعة، فهو يخضع لنفس قواعد الحماية المقررة للمساهمين في الشركات التجارية بصفة عامة.

كما أن رقابة الشركة الأم على الشركات التابعة وسيطرتها عليها لا يخولها الحرية المطلقة في تنظيم وتوزيع السلطات على مستوى أجهزتها، بالرغم من إمتلاكها الأغلبية فيها.

ومن هذه المنطلق، سوف نحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مختلف القواعد التي تضمن إستقلالية الشركة التابعة تجاه الشركة الأم، وذلك بالتطرق إلى واجب الشركة الأم بإحترام الأقلية المساهمة وواجبها بإحترام تنظيم السلطات داخل الشركة التابعة من خلال مطلبين على التوالي :

المطلب الأول : واجب الشركة الأم بإحترام حقوق الأقلية المساهمة

المطلب الثاني: واجب الشركة الأم بإحترام تنظيم السلطات داخل الشركة التابعة

المطلب الأول: واجب الشركة الأم باحترام حقوق الأقلية المساهمة

إن حقوق الأقلية المساهمة تجاه الشركة التابعة، تنقسم بحسب طبيعتها إلى نوعين :
حقوق غير مالية (الفرع الأول)، وحقوق مالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحقوق غير المالية

يحتاج المساهمون في الشركة التابعة، خاصة الذين لا ينتمون إلى مجلس إدارتها لحق الإعلام الذي يمكنهم من معرفة مختلف العمليات التي يقوم بها المجلس، ومن خلال حق الإعلام يمكنهم ممارسة حق التصويت، والمشاركة في إتخاذ القرارات المتعلقة بشؤون الشركة، وضمان الرقابة على مجلس إدارتها وفيما يلي تفصيل ذلك.

أولاً: الحق في الإعلام

إن الحق في الإعلام له أهمية كبيرة في إطار تجمع الشركات نظراً للأنشطة الموكلة لكل شركة من الشركات الأعضاء في التجمع والتي تعتبر أنشطتها مكملة لنشاط الوحدة الإقتصادية للتجمع. فإعلام المساهمين في الشركة التابعة لا يحقق نتائج بصفة مرضية إذا تم حصره في حدود نشاط الشركة التابعة، إذ يجب أن يتعدى حدود نشاط هذه الأخيرة ليشمل نشاط التجمع ككل، هذا التوسيع من شأنه الكشف عن الواقع الإقتصادي والمالي للتجمع ككل، وضمان شفافية ونزاهة الشركات التابعة تجاه مساهمهم الأقلية¹.

ويلزم القانون التجاري² مجلس الإدارة أو مجلس المديرين بإعتبارهما محيطان بأوضاع الشركة ويفترض فيهما العلم بكافة أمورهما، إبلاغ المساهمين أو وضع تحت تصرفهم الوثائق الضرورية وذلك قبل ثلاثين يوماً من إنعقاد الجمعية وذلك لتمكينهم من إبداء رأيهم عن دراية، وإصدار قرار دقيق فيما يخص إدارة أعمال الشركة وسيرها.

¹ Farag Hmoda, thèse préc, p.146, 147.

² المادة 677، ق.ت.

وبالرجوع إلى نص المادة 678 من ق.ت ، يتبين أن المعلومات الواجب تقديمها إلى المساهمين هي:

- 1- أسماء القائمين بالإدارة والمديرين العامين وألقابهم ومواطنهم، أو عند الإقتضاء بيان الشركات الأخرى التي يمارس فيها هؤلاء الأشخاص أعمال تسيير ومديرية أو إدارة.
 - 2- نص مشاريع القرارات التي قدمها مجلس الإدارة أو مجلس المديرين.
 - 3- عند الإقتضاء، نص مشروع القرارات التي قدمها المساهمون وبيان أسبابها.
 - 4- تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي يقدم إلى الجمعية.
 - 5- وإذا تضمن جدول الأعمال تسمية القائمين بالإدارة أو أعضاء مجلس المراقبة أو أعضاء مجلس المديرين أو عزلهم.
- أ: إسم ولقب المترشحين والمراجع المتعلقة بمهنتهم ونشاطاتهم المهنية طيلة السنوات الخمسة الأخيرة، ولا سيما منها الوظائف التي يمارسونها في شركات أخرى.
- ب: مناصب العمل أو الوظائف التي قام بها المترشحون في الشركة وعدد الأسهم التي يملكونها أو يحملونها فيها.
- 6- إذا كان الأمر يتعلق بالجمعية العامة العادية، فيجب أن يذكر جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والتقارير الخاص بمندوبي الحسابات المبين لنتائج الشركة خلال كل سنة مالية مغلقة من السنوات الخمس الأخيرة أو كل سنة مالية مغلقة منذ إنشاء الشركة أو دمج شركة أخرى في هذه الشركة إذا كان عددها يقل عن خمسة.
 - 7- إذا كان الأمر يتعلق بجمعية عامة غير عادية، تقرير مندوبي الحسابات الذي يقدم إلى الجمعية عند الإقتضاء.
- كما تنص المادة 680 من ق.ت على أن "يحق لكل مساهم أن يعلم خلال الخمسة عشرة يوماً السابقة لإنعقاد الجمعية العامة العادية على ما يلي:

1- جرد جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة¹ وقائمة القائمين بالإدارة بمجلس الإدارة ومجلس المديرين أو مجلس المراقبة.

3- تقارير مندوبي الحسابات التي ترفع الجمعية.

3- المبلغ الإجمالي المصادق على صحته من مندوبي الحسابات والأجور المدفوعة للأشخاص المحصلين أعلى أجر، مع العلم أن عدد هؤلاء الأشخاص تبلغ خمسة".

يتضح من نص المادة 680 من ق.ت ، على أن كل الوثائق السابقة الذكر هامة بالنسبة للمساهمين، وخاصة تقارير مندوبي الحسابات التي ترفع للجمعية، وذلك من أجل أن يتعرفوا على الوضعية المالية للشركة التابعة والوضعية المالية للتجمع ككل.

كما يقع على عاتق رئيس مجلس الإدارة واجب الإعلام تجاه بقية أعضاء مجلس الإدارة وذلك من أجل أن تصح مداوات المجلس، ويجب أن تكون المعلومات التي يقدمها الرئيس للأعضاء صحيحة وتعبر عن حقيقة الوضع المالي للشركة ولا يكون الغرض منها تظليلهم فقط².

ولم يحدد المشرع الجزاء المترتب في حالة عدم إيفاء المساهمين بالمعلومات الضرورية قبل إنعقاد الجمعية العامة فهل مداوات هذه الأخيرة تبقى صحيحة منتجة لآثارها؟ أو يترتب بطلانها؟

ولعل صحة هذه المداوات أو بطلانها يتعلق بأهمية المعلومات وضرورتها، فإذا تم إخفاء معلومات ذات أهمية بالغة، فإنه حتما سوف ينجم عن ذلك بطلان المداوات، إلا أنه

¹ تجدر الإشارة أنه في حالة تجمع الشركات، يتم إعداد الحسابات المدعمة ونشرها، ويقصد بهذه الأخيرة الحسابات الإجبارية التي تلتزم كل شركة بتحضيرها ونشرها والمحددة في المادة 716 من ق.ت ويتم تجميع حسابات المجمع حسب نسبة التبعية بإدماج إجمالي أو إدماج نسبي أو بطريقة التكافؤ، لمزيد من التفصيل أنظر المادتين 2 و3 من القرار المحدد لكيفية إعداد وتجميع حسابات المجمع السابق الذكر.

² فتيحة بن عزوز، حماية الأقلية في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص.54.

قد يحدث أن يعتمد مسيرو الشركة عدم تقديم المعلومات التي طلبها المساهمون خوفا من أن تستعمل ضدهم .

I: دور لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في تقديم المعلومات

لقد سعى المشرع الجزائري من خلال إنشاء لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها إلى تحقيق الضبط الإقتصادي وحماية المستثمر، وهذا لا يأتي إلا من خلال منحها سلطات هامة من ضمنها سلطة الرقابة، والتي لا بد أن تكون حريصة ومتواصلة¹ وعليه، تمارس اللجنة رقابة سابقة ورقابة لاحقة على الشركات المصدرة في البورصة، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ: الرقابة السابقة

طبقا للقواعد المنظمة لبورصة القيم المنقولة، يجب على كل جهة مصدرة للقيم المنقولة، إذا ما باشرت إدراج قيمها المنقولة في البورصة أن تعد مذكرة إعلامية، والتي تعد مصدرا للبيانات الرئيسية للمستثمرين، كون أنها توفر كافة المعلومات والبيانات الخاصة بالجهة طالبة الإدراج خلال الفترة السابقة على إدراجها² وبهذا الصدد تنص المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-10³ "يجب على كل شركة أو مؤسسة عمومية تصدر أوراق مالية أو أي منتج مالي آخر مذكور في المادة 30 أعلاه باللجوء العلني للإدخار، أن تنشر مسبقا مذكرة موجهة إلى إعلام الجمهور تتضمن تنظيم الشركة ووضعيتها المالية وتطور نشاطها.

يجب على كل شركة تطلب قبول سنداتھا للتداول في البورصة أن تنشر مسبقا مذكرة. يجب أن تؤشر لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها مسبقا على هذه المذكرة".

¹حورية سويقي، النظام القانوني لبورصة الجزائر، مذكرة ماستر تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص.10.

²جمال عبد العزيز عثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، مصر، سنة 2010، ص.159.

³مرسوم تشريعي رقم 93_10، مؤرخ في 23ماي1993، متعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر العدد34.

علاوة على المذكرة الإعلامية، يتوجب على الشركة المصدرة للقيم المنقولة إصدار بيان إعلامي ونشره، والبيان الإعلامي هو وثيقة تتضمن ملخص واضح ومختصر لكل ما جاء في المذكرة الإعلامية، ويجب أن يحتوي على معلومات غير تقنية، لكي يسهل فهمها من قبل الجمهور، كما يجب أن يتضمن البيان الإعلامي المعلومات الأساسية للشركة المصدرة.

ويسأل محرر البيان مسؤولية مدنية في حالة ما إذا احتوى هذا الأخير على معلومات خاطئة، غير صحيحة توقع الجمهور في غلط¹.

ب: الرقابة اللاحقة

بعد أن يتم قبول إدراج القيم المنقولة في البورصة، وما تم الإفصاح عنه من بيانات ومعلومات تتعلق بالشركة المصدرة، تأتي مرحلة ثانية تبدأ من تاريخ قبول إدراج القيم المنقولة، وهي المرحلة التي يتوجب من خلالها على الجهات المصدرة الإفصاح اللاحق لإدراج القيم المنقولة وذلك تحت رقابة اللجنة².

ولقد أصدرت لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في إطار مهمتها في ضمان الشفافية وحماية الإدخار، النظام رقم 02-2000³، ويلزم هذا الأخير الشركات المصدرة ب:
- القيام بنشر حالاتها السداسية والسنوية في اليوميات ذات الطابع الوطني⁴.

¹ Muruiel Gold Berg DARMON, l'introduction en bourse, 2^{ème} édition, France, 2008, p.46.

² جمال عبد العزيز عثمان، المرجع السابق، ص.162.

³ نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم 02-2000، مؤرخ في 20 يناير 2000، المتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة في البورصة، ج.ر العدد 50.

⁴ حيث يجب نشر تقرير سنوي ويتضمن هذا الأخير؛ الجداول المالية السنوية والمذكرات الملحقة بالجداول المالية، والحسابات المدعمة، وذا كنا بصدد تجميع الشركات، إذ تنص المادة 731 مكرر 3: "تلتزم الشركات القابضة التي تلجأ علنيا للإدخار و/أو المسعرة في البورصة بإعداد الحسابات المدعمة وسيرها كما هو محدد في المادة 732 مكرر 4 من هذا القانون".

كما يتضمن التقرير السنوي، تقرير مندوب الحسابات.

و يجب أيضا نشر تقرير سداسي، يتضمن جداول المحاسبة السداسية وتخص المدة الزمنية منذ إختتام السنة المالية الأخيرة إلى غاية نهاية السداسي الأول.

- القيام بإعلام الجمهور بكل معلومة مهمة لها تأثير على السندات أو أي حدث يمس نشاط أو يطور وضعية المؤسسة.

ثانياً: الحق في التصويت

يعد حق المساهم في التصويت الوسيلة الأساسية التي تضمن له المشاركة الفعالة في تقرير شؤون الشركة، وإتخاذ القرارات المتعلقة بها¹.

والحق في التصويت يختلف تبعاً لمقدار حصة المساهم في رأس المال الممثل، فكل سهم يعطي على الأقل صوت لصاحبه فلا يجوز حرمان المساهم من ممارسة حقه في التصويت، وإذا كان المشرع قد أورد قيوداً على ممارسة هذا الحق بهدف تنظيم ممارسته، فلا يجوز أن يصل إلى حد حرمان المساهم من هذا الحق².

وقد تشكل ممارسة الأقلية المساهمة لحقها في التصويت ضغطاً على الأغلبية والتي تحبذ في أغلب الأحيان الإستئثار في إتخاذ القرارات داخل الشركة، خاصة إذا كنا بصدد تجمع الشركات، وتوجيه الأصوات إلى نحو يخدم مصالحهم.

I: قاعدة تناسب الأصوات

يقصد بمبدأ تناسب الأصوات هو تناسب حق تصويت المساهم مع حصته في رأس مال الشركة، أي مع عدد الأسهم الممثلة لحصته في رأس المال، ولا يقصد بالتناسب المساواة التامة بين المساهمين³.

فكلما حاز المساهم على عدد كبير من الأصوات، كلما كان تأثيره على القرارات المتخذة في الجمعيات العامة أكبر، بينما المساهم الذي له عدد قليل من الأصوات، فلا يكون له وزن ثقيل في الجمعيات العامة⁴، ويعتبر الفقه هذه القاعدة على أن شركة المساهمة هي شركة أموال،

¹فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008، ص.190.

²عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، سنة 2001، ص.73.

³كميلة بلقايد، المرجع السابق، ص.17.

⁴محمد عمار تيبان، الحقوق الأساسية للمساهم، رسالة دكتوراه، القاهرة، ص.678.

فالعبارة برأسمال، وليس بالأشخاص المساهمين فيها، وعليه تقاس حقوق كل مساهم خاصة حق التصويت بمقدار مساهمته في تكوين رأس مال الشركة¹.

وعليه، فمن حق المساهم الحائز على أغلبية الأسهم الحصول على أصوات تتناسب مع قيمة وعدد الأسهم التي يملكها إذ لا يمكن أن يتساوى المساهم الذي يملك عددا ضئيلا من الأسهم مع المساهم الذي يملك أغلبية الأسهم، ومن هنا تظهر أهمية مبدأ تناسب الأصوات مع رأس المال، إذ يعد من النظام العام، وكل شرط يقضي بخلاف ذلك يعتبر كان لم يكن، وذلك طبقا للمادة 684 من ق.ت. ويمارس الحق في التصويت إما مباشرة من طرف المساهم أو بواسطة وكيل، ولم يشترط المشرع أن يكون هذا الأخير مساهما في الشركة²، بخلاف المشرع المصري الذي يشترط أن تكون الوكالة ثابتة في توكيل كتابي، وأن يكون الوكيل مساهما، ومن غير أعضاء مجلس الإدارة³.

ولصحة التصويت طبقا للمادة 681 من ق.ت، لا بد أن يذكر في ورقة الحضور إسم ولقب كل مساهم، وممثله في حالة الوكالة وتصديق مكتب الجمعية على صحة ورقة الحضور الموقعة قانونا من حاملي الأسهم الحاضرين والوكلاء، وبمفهوم المخالفة، يعتبر التصويت على بياض باطلا.

II: الحد من الحق في التصويت وتأثيره على الأقلية المساهمة

المبدأ العام هو أنه لكل مساهم في شركة المساهمة الحق في التصويت إلا أن هذا المبدأ يرد عليه قيد تم النص عليه في المادة 685 من ق.ت:

" 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 الأخرى".

¹ كميله بلقايد، المرجع السابق، ص.17.

² إذ تنص المادة 602 فق1 من ق.ت. ج' المكتتبي الأسهم حق الاقتراع بأنفسهم أو بواسطة ممثلهم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 603 أدناه.

³ أنظر بتفصيل ذلك محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص.284.

نستنتج من إستقراء المادة أنه يجوز للقانون الأساسي الحد من الحق في التصويت، وذلك عن طريق تحديد الأصوات التي يملكها كل مساهم في الجمعية العامة، بشرط أن يعرض هذا التحديد على جميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى، وعليه يمكن القول أن الغرض من هذا التحديد هو حماية المساهمين الأقلية، إذ من شأن هذا التحديد أن يقضي نوعاً ما على تعسف الأغلبية المساهمة، يساعد الأقلية المساهمة من إتخاذ القرارات داخل الشركة وإبداء رأيهم فيها، ويظهر ذلك جلياً في حالة إتحادهم عن طريق إتفاقيات التصويت.

أما في حالة عدم تحديد القانون الأساسي لعدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم داخل الجمعية العامة للمساهمين، فقد ينتج عن ذلك إستئثار الأغلبية المساهمة والمتمثلة في الشركة الأم إذا كنا بصدد تجمع الشركات، والتالي غالباً ما تستحوذ على إتخاذ القرارات.

ولقد ألزم المشرع من خلال المادة 603 من ق.ت أن يكون لكل مكتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي اكتتب بها دون أن يتجاوز 5% من العدد الإجمالي للأسهم وهذا التحديد من شأنه حماية الأقلية للمساهمة من سيطرة الأغلبية.

إلا أنه وفي أغلب الأحيان، قد يشترط القانون الأساسي للشركة حيازة الأقلية المساهمة نسبة معينة من الأسهم لممارسة حقهم في التصويت، إلا أن ذلك لا يحرمهم على الإطلاق من حقهم في التصويت، فبإمكانهم التكتل عن طريق إتفاقيات التصويت¹.

الفرع الثاني: الحقوق المالية

تتمتع الأقلية المساهمة في الشركة التابعة بمجموعة من الحقوق المالية، لعل أبرزها وأهمها هو الحق في الحصول على نصيب من الأرباح التي تحققها الشركة، ولما كان شكل الشركة التابعة هو شركة مساهمة، ولما كانت الميزة الأساسية لهته الأخيرة هي قابلية أسهمها للتداول، فإن المساهم يستمد من هذه الخاصية حق لا يقل أهمية عن الحق الأول، ألا وهو الحق في التصرف في أسهمه بكل حرية مع مراعاة القيود القانونية والإتفاقية التي ترد على هذا التصرف.

¹فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص.45.

كما يندرج ضمن الحقوق المالية للمساهم تمتعه بحق الأفضلية في إكتتاب الأسهم الجديدة عند زيادة رأس المال. وسوف يتم التفصيل في كل حق كالآتي:

أولاً: الحق في الأرباح

إن الحق في الحصول على الأرباح¹ هو من الحقوق اللصيقة بالسهم، إذ الهدف الرئيسي من مساهمة المساهم في أموال الشركة هو الحصول على أرباح تمكنهم من تنمية مدخراتهم، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما مقيد في حدود مصلحة الشركة.

I: القاعدة العامة: حق المساهم في الحصول على الأرباح

تتجسد القاعدة العامة في أن لكل مساهم الحق في الحصول على أرباح طالما يتحمل إمكانية الخسائر التي قد تنجم من جراء مساهمته في الشركة، ولقد خول المشرع للجمعية العامة سلطة تحديد هذا الحق، إذ تنص المادة 1/723 من ق.ت. على ما يلي:

" تحدد الجمعية العامة بعد الموافقة على الحسابات والتحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع الحصة الممنوحة للشركات تحت شكل أرباح وكل ربح يوزع خلافاً لهذه القواعد يعد ربحاً صورياً²."

كما إعتبر المشرع باطلاً أي شرط قد يتضمنه القانون الأساسي ويكون من شأنه تمكين المساهم من إستيفاء فائدة ثابتة أو إضافية³. ويقصد بالأرباح القابلة للتوزيع الأرباح الصافية التي حققتها الشركة في سنتها المالية، وبالرجوع إلى نص المادتين 720 و721

¹ يقصد بالأرباح بشكل عام تلك المبالغ التي تضاف إلى ذمة الشركة، وتكون المحصلة الإيجابية للعمليات التي تباشرها، ويكون تحقق الأرباح محاسبياً عن طريق المقارنة بين التكاليف التي تبذلها الشركة وبين العائد الإجمالي، ومن مجموع هذه العائدات يتكون الربح الإجمالي للشركة في سنتها المالية، والأرباح تكون إما أرباح إجمالية، أو أرباح صافية؛ لمزيد من التفصيل أنظر أحمد الورقلي، أرباح الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، 2006، ص.154.

² يقصد بالأرباح الصورية الأرباح التي لم تحققها الشركة بالفعل خلال سنتها المالية والتي يؤدي توزيعها إلى المساس بمبدأ ثابت رأس المال؛ لمزيد من التفصيل أنظر لحسن بن شيخ أمنونا، بحوث في القانون، دارهومة، 2003، ص.133.

³ المادة 725 ق.ت.

من ق.ت ، تكون الأرباح الصافية بعد خصم جميع المصاريف العامة من إستهلاكات ومؤونات وكذلك طرح الخسائر السابقة التي تكبدها الشركة.

تتعدد الطرق التي توزع بها الأرباح في شركة المساهمة¹، إلا أن التوزيعات النقدية للأرباح هي أكثر تفضيلا للمساهمين، فبمجرد الإعلان عنها يعتبر إلتزاما على الشركة، لا يحق التراجع عنها².

ولقد خول المشرع الجزائري صلاحية تحديد كيفية توزيع الأرباح المصادق عليها إلى الجمعية العامة، وفي حالة عدم تحديدها لذلك، يقوم به مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة بحسب الأحوال. غير أنه حدد ميعاد الوفاء بهذا الربح في أجل أقصاه تسعة أشهر بعد إقفال السنة المالية³، وذلك لتجنب تأخيره الذي قد يلحق أضرارا بالمساهمين، كما أجاز تمديد هذا الأجل بموجب قرار قضائي .

II: الإستثناء : مصلحة الشركة كقيد على حصول المساهم على الأرباح

إن حق المساهم في الحصول على أرباح يعد من الحقوق الأساسية التي يسعى للحصول عليها، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا، وإنما مقيدا في حدود مصلحة الشركة.

فإذا كان هدف الأقلية المساهمة هو الحصول على أرباح بصفة دورية وفي أقرب وقت ممكن، فإنه عادة ما يكون هدف الأغلبية هو تكوين إحتياطات لتوسيع نشاط الشركة وإنشاء فروع، أو جبر الخسائر⁴.

بالنسبة للإحتياطي الذي تكونه الشركة هو ثلاثة أنواع، فإما أن يكون قانونيا أو نظاميا أو حرا.

¹بالإضافة إلى التوزيعات النقدية هناك توزيع الأرباح على شكل أسهم وتعتبر شكلا من أشكال الزيادة في رأس المال.

²فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص.57.

³المادة 724 ق.ت.

⁴ Y. Chartier, note sous cassation (ch.com), 6 Juin 1990, Rv.Soc, 1990, p.60.

فالنسبة للإحتياط القانوني هو الذي يفرضه القانون على كل شركة مساهمة، والهدف منه هو تدعيم الضمان العام، إذ يأخذ حكم رأس المال لأنه مخصص أساس لتكملة رأس المال، وذلك إذا لحقت الشركة خسائر¹.

أما الإحتياط النظامي ، هو الذي ينص على إنشائه القانون الأساسي للشركة، ويتم تكوينه بتجنيب نسبة معينة من الأرباح الصافية ،نفس التنظيم بالنسبة للإحتياطي الحر، وعليه يؤثر كلا من الإحتياطين النظامي والحر على حقوق المساهمين عامة والأقلية خاصة، إذ تمتلك الجمعية العامة سلطة واسعة في تحديدهما، وبالتالي يمكن أن يكون إحتياطا تعسفيا ويلحق ضررا بالمساهمين، ويكون حجم الضرر أكبر إذا كنا بصدد تجمع الشركات أين تملك الشركة الأم أغلبية رأس مال الشركة التابعة، فالأقلية المساهمة لهذه الأخيرة يخضعون لإدارة الشركة الأم بحكم التبعية الإقتصادية ، وبالتالي يمكن للشركة الأم حرمانهم من حقهم في الأرباح إذا كانت مصلحة التجمع تقتضي ذلك² بل الأكثر من ذلك أجاز المشرع الجزائري من خلال المادة 79 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 للشركة الأم من القيام بعمليات الخزينة على مستوى التجمع، وبالتالي يجوز لها تحويل فائض شركة تابعة لتغطية ديون شركة تابعة أخرى إذا كانت مصلحة التجمع تقتضي ذلك³، وهذا ما ينتج عنه حرمان الأقلية المساهمة في الشركة التابعة الأولى من حقهم في الحصول على الأرباح.

وفيما يخص الإحتياطي النظامي والحر، قضى القضاء الفرنسي بإمكانية تكوين هذين النوعين من الإحتياطات في حدود ما تقتضيه مصلحة الشركة وتخضع قرار الجمعية

¹المادة 721 من ق.ت.

² Farag Hmoda, thèse préc, p.174.

³ لكي لا يعتبر التصرف تعسف في أموال الشركة لا بد من توافر شروط:

* الوحدة الإقتصادية للتجمع

* أن يكون الغرض من إستعمال فائض أموال الشركة التابعة لتغطية ديون شركة تابعة أخرى هو تحقيق توازن

في التجمع

* وجود مقابل كافي؛ لمزيد من التفصيل أنظر عبد الوهاب بموسات، المرجع السابق.

العامة لرقابة القضاء، ويمكن لهذا الأخير إبطاله متى كان هذا القرار ناتج عن تعسف الأغلبية دون مراعاة مصلحة الشركة¹.

كما قضى القضاء الفرنسي في قضية أخرى بقبول طلب الأقلية المساهمة في الشركة التابعة بإبطال شرط الإحتياطي الحر المتضمن في القانون الأساسي متى كان مبنيا عن تعسف من الأغلبية والمتمثلة في الشركة الأم².

ثانيا: الحق في تداول الأسهم

إن لكل مساهم في الشركة حق البقاء فيها، إلا أنه لا يمكن إبقاء المساهم رهين أسهمه، فقد يرغب الخروج من الشركة عن طريق التنازل عن أسهمه، ولهذا هناك حرية في تداول الأسهم في شركة المساهمة، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا وإنما مقيدا بقيود قانونية وأخرى إتفاقية.

I: المبدأ العام : قابلية السهم للتداول

يعتبر الحق في تداول الأسهم من الحقوق اللصيقة بالسهم، إذ هو ميزة جوهرية لا يمكن تجريد السهم منها، وإلا فقدت الشركة شكلها كشركة مساهمة ، إذ تعد هذه الخاصية الفيصل بين شركات الأموال وشركات الأشخاص، ويحظر على الأغلبية في شركة المساهمة إدراج شرط يمنع المساهم من التنازل على أسهمه. ولا يوجد إستثناءات على مبدأ حرية تداول الأسهم إلا التي نص عليها القانون أو ما قيده الإتفاق³.

II: الإستثناء : القيود الواردة على حق التداول

إن حرية تداول الأسهم ليست مطلقة، بل يمكن أن ترد عليها بعض القيود، شريطة أن لا تؤدي إلى حرمان المساهم من حق التنازل عن أسهمه، وهذه القيود بعضها يجد مصدره في

¹ أشار إلى هذه الأحكام فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص.58 و 173 Farag Hmoda, thèse préc.

² Cass.com. 17 -03- 2009 n° 08-11268 cite par Farag Hmoda, thèse préc , p.173.

³ بدين بوعزة، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2005، ص.2.

النص القانوني ذاته، و بعضها مصدرها إتقافي أي في النظام الأساسي للشركة¹ وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ: القيود القانونية

- لقد وردت المادة 715 مكرر 51 من ق.ت ثلاثة قيود خاصة بتداول الأسهم وهي:
- 1- يحظر تداول الأسهم قبل تسجيل الشركة في السجل التجاري، إذ الشركة قبل هذا الإجراء لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا نكون أمام شخص معنوي بالمعنى القانوني.
 - 2- يحظر تداول الأسهم في حالة الزيادة في رأسمال الشركة، وكانت هناك أسهم لم تسدد قيمتها بعد، فإنه لا يمكن طرحها إلا بعد تسديد قيمتها.
 - 3- يحظر التداول في الوعود بالأسهم بإستثناء الأسهم التي تنشأ بمناسبة الزيادة في رأسمال الشركة، وكانت الأسهم القديمة مسجلة من قبل تسعيرة البورصة².
- كما يحظر تداول أسهم الضمان الواجب على عضو مجلس الإدارة تقديمها كضمان حسن تسيير أموال الشركة طول فترة عضويته في مجلس الإدارة، ولا يجوز الإفراج عن هذه الأسهم إلا إذا إنتهت مدة وكالته³، ولقد تم النص على هذا القيد بموجب المادة 2/619 من ق.ت.

ب: القيود الإتفاقية

من المسائل التي أثارَت العديد من المشاكل هي أن يرد في القانون الأساسي لشركة المساهمة قيودا إتفاقية من شأنها حظر تداول الأسهم.

فهذه الشروط أو القيود لا تصل إلى درجة القضاء على التداول نهائيا وإلا كانت باطلة، فلا يجوز النص في عقد الشركة على حرمان المساهم من حق التنازل عن أسهمه، لأن ذلك يقضي على طبيعة السهم بل وعلى صفة المساهمة التي تقوم عليها الشركة.

¹محمد فريد العربي، المرجع السابق، ص.201.

²المادة 715 مكرر 51 ق.ت.

³ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص.3.

ويجوز أن يتضمن القانون الأساسي قيوداً ترد على حرية تداول السهم، كأن يلزم القيد عدم التنازل لغير المساهمين من أجل ممارسة نوع من الرقابة على مساهمي الشركة، أو منح مجلس الإدارة أو الجمعية العامة حق الموافقة للتنازل عن الأسهم للغير، فمثل هذه الشروط أو القيود الإتفاقيه تؤدي إلى إدخال نوع من الإعتبار الشخصي في شركات الأموال، والمتعارف عليه في شركات الأشخاص¹ وبهذا الصدد، نصت المادة 715 مكرر 55 من ق.ت :

" يجوز عرض إحالة الأسهم² للغير بأي وجه كان على الشركة، للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي مهما تكن طريقة النقل، ما عدا حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو أصل أو فرع. ولا يمكن النص على هذا الشرط إلا إذا اكتسبت الأسهم بصفة إستثنائية الشكل الإسمي بموجب القانون أو القانون الأساسي".

وعليه، فإنه لا يجوز تحديد شرط القبول في القانون الأساسي إلا إذا كانت الأسهم تكتسي الصفة الإسمية بموجب القانون أو عقد الشركة ومن باب المخالفة، يكون الشرط غير مجدي تجاه الأسهم لحاملها، فهذا الشرط له طابع فني، وموضوعه هو حماية الشركة من قدوم شخص غير مرغوب فيه، لذلك تترك الحرية للشركة في تملك السهم من قبل المساهم أو الغير الذين تختارهم³.

ثالثاً: حق الأفضلية في الإكتتاب

تنص المادة 694 /1 و2 من ق.ت على أنه :

" تتضمن الأسهم حق الأفضلية في الإكتتاب في زيادات رأس المال للمساهمين بنسبة قيمة أسهمهم، حق الأفضلية في الإكتتاب في الأسهم النقدية الصادرة لتحقيق زيادة رأس المال. ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن".

¹دين بوعزة، المرجع السابق ، ص.3.

²يجب عدم الخلط بين مصطلح الإحالة ومصطلح التداول، فالإحالة تتعلق بالحصص في شركات الأشخاص، والتداول يرتبط بالأسهم في شركة المساهمة.

³دين بوعزة، المرجع السابق، ص.5.

نستنتج من المادة السابقة الذكر أن المشرع منح للمساهم حق الأولوية للإكتتاب في الأسهم الجديدة التي تطرحها شركة المساهمة وذلك بمناسبة زيادة رأسمالها، ويكون ذلك في حدود نسبة ما يملكه من أسهم أصلية¹، إذ وفر من خلال هذا الحق حماية المساهمين القدامى بأن يكونوا أولى بالإكتتاب في الأسهم الجديدة، وهذا تجنباً لدخول طائفة جديدة من المساهمين.

ويمنح حق الأفضلية في الإكتتاب إذا لجأت الشركة للزيادة في رأسمالها بأسهم نقدية²، وهذا ما نصت عليه المادة 699 من ق.ت، وللمساهمين مدة 30 يوماً من أجل الإكتتاب في الأسهم الجديدة، وذلك طبقاً للمادة 702 / 1 من ق.ت، ولقد حدد المشرع هذه المدة تجنباً لتهاون المساهمين القدامى الذي من شأنهم الإضرار بمصلحة الشركة³.

كما تجدر الإشارة أن حق الأفضلية قابل للتداول طبقاً للفقرة 3 و 4 من المادة 694 من ق.ت، وذلك خلال فترة الإكتتاب، كما يمكن التنازل عنه منفصلاً أو بالتبعية معه. وحق الأفضلية في الإكتتاب مقرر لجميع المساهمين بدون إستثناء فهو مخول بالمساواة بينهم ولا يمكن حرمان أي منهما من هذا الحق، إلا أنه يوفر حماية خاصة نوعاً ما للأقلية المساهمة، وذلك بمنحهم فرصة زيادة عدد الأسهم التي يساهمون بها في تكوين رأسمال الشركة، فيمكن إعتبارها إن صح القول محاولة لتمكين الأقلية المساهمة من الإقتراب نوعاً ما من مركز الأغلبية خاصة إذا رفضت هذه الأخيرة الإكتتاب في الأسهم الجديدة، وهو ما يعرف بحق الأفضلية المنتقص⁴.

إلا أنه طبقاً للمادة 697 من ق.ت، فإنه يمكن للجمعية العامة غير العادية إلغاء حق الأفضلية في الإكتتاب، متى إقتضت مصلحة الشركة ذلك، كـرغبة تحويل حق دائن قبل

¹نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 309.

² إذ قد يحدث أن تقوم الشركة بزيادة رأسمالها لتقديم حصص عينية أو بإدماج الإحتياط في رأس المال أو تحويل حصص التأسيس أو السندات إلى أسهم، إلا أن حق الأفضلية في الإكتتاب لا يتقرر إلا إذا تمت الزيادة في رأس المال عن طريق الأسهم النقدية.

³فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص 60.

⁴نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 313.

الشركة إلى أسهم تزيد بقيمتها في رأسمال الشركة، بل وقد جرى العمل على تقرير زيادة رأسمال الشركة دون إستعمال حق الأفضلية خاصة في الحالات التي تلجأ فيها الشركة إلى الأسواق المالية الدولية، وبذلك يفقد المساهم حقه في الأفضلية تحت لواء مصلحة الشركة¹.

¹فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص.61.

المطلب الثاني: واجب الشركة الأم باحترام تنظيم السلطات داخل الشركة التابعة

إن وجود تجمع الشركات يفرض وجود شركة تراقب شركات أخرى، هذه الرقابة تكون ناتجة إما عن إمتلاك أغلبية رأس المال¹، أو إمتلاك نسبة من حقوق التصويت²، كما تخول الشركة الأم سلطة تعيين أجهزة إدارة الشركات التابعة طالما تمتلك الأغلبية في جمعيتها العامة مما يمكنها من تعزيز سيطرتها ورقابتها عليها.

وبالرغم من تمتع الشركة الأم بسلطة تعيين الأعضاء القائمين بالإدارة، إلا أن هؤلاء يستمدون سلطاتهم من القانون لأنها من النظام العام من جهة، ومن جهة أخرى تجنباً لأن تقوم الشركة الأم بمعارضة مصلحة الشركة التابعة وترجيح مصلحتها الشخصية، أو تجاوز سلطاتها لتعزيز العلاقات المالية والإقتصادية على مستوى التجمع.

ولقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على وجوب أن تتخذ الشركات الأعضاء في التجمع شكل شركة مساهمة، وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تنظيم السلطات في شركة المساهمة، بنظاميها القديم والحديث .

الفرع الأول: أجهزة التسيير في شركة المساهمة نظام قديم

تدار شركة المساهمة التقليدية من قبل مجلس إدارة، وهو هيئة جماعية تتألف من أعضاء مساهمين، يعينهم النظام الأساسي، أو ينتخبون من قبل الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية³.

¹المادة 729.ق.ت.

²المادة 731.ق.ت.

³المواد من 609 إلى 611. من ق.ت.

يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن إثني عشر عضواً على الأكثر، قد يكونوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ويجوز للجمعية العامة عزلهم في أي وقت¹.

أما بالنسبة لرئيس مجلس الإدارة، يتم إنتخابه من بين أعضاء المجلس لمدة لا تتجاوز مدة نيابته كقائم بالإدارة، ويجوز إعادة إنتخابه ويكون شخصا طبيعيا تحت طائلة البطلان²، ويجوز لمجلس الإدارة عزله في أي وقت³، مما يستدعي الأمر للتعرف على أجهزة تسيير الشركة التابعة في ظل النظام القديم، ثم التطرق بالدراسة لكل من مجلس الإدارة (أولا)، ومديره (ثانيا).

أولا :مجلس الإدارة

إن مجلس الإدارة من الناحية العملية هو الجهاز المكلف بوضع السياسة العامة للشركة التابعة، والذي يجب أن تكون مطابقة للسياسة العامة للتجمع المحددة من قبل الشركة الأم⁴، ويمارس سلطاته المخولة له قانونا بكل إستقلالية⁵، ولا يحد من هذه السلطات إلا ما يرد عليها من قيود قانونية وأخرى إتفاقية.

I: تحديد سلطات مجلس الإدارة

لقد منح المشرع الجزائري لمجلس الإدارة سلطات عامة لتسيير أمور الشركة، وأخرى خاصة، ولكل منهما آثار قانونية متميزة.

¹المادة 613. ق.ت.

²المادة 635. ق.ت.

³المادة 636. ق.ت.

⁴ Farag Hmoda, thèse préc, p.181.

⁵ بالرغم من أن الشركة الأم تملك الأغلبية في الشركة التابعة، وبالتالي تمارس رقابة على أجهزة هذه الأخيرة، كونها هي من تقوم بتعيين القائمين بالإدارة وعزلهم، إلا أن القانون يلزمها باحترام تنظيم السلطات في الشركات التابعة، وعدم المساس بهذا المبدأ.

أ: السلطات العامة لمجلس الإدارة

تنص المادة 622 من ق.ت:

" يخول مجلس الإدارة¹ كل السلطات للتصرف في كل الظروف بإسم الشركة، ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة ومع مراعاة السلطات المسندة صراحة في القانون لجمعيات المساهمين".

وعليه يتمتع مجلس الإدارة بجميع السلطات لتسيير أمور الشركة ، فله أن يقوم بموجب هذا النص بجميع أعمال الإدارة²، إلا أن المشرع لم يجعل السلطات المخولة للمجلس مطلقة، لأن من شأن ذلك الإضرار بمصلحة الشركة، ففقد مشروعيتها بدخولها في موضوع الشركة³، وعدم تداخلها مع السلطات المخولة صراحة لباقي أجهزة الشركة، مع إمكانية تضمين القانون الأساسي للشركة حدود إتفاقية تحد من سلطات المجلس⁴.

ب : السلطات الخاصة لمجلس الإدارة

لقد خص المشرع مجلس الإدارة بمجموعة من السلطات، ونظمها بنصوص كثيرة وصريحة، وحظر تفويضها أو التنازل عليها لفائدة جهاز آخر، وقد تجسد هذا الحظر صراحة في نص المادة 638 من ق.ت، والتي تنص:

¹ تجدر الإشارة أن المشرع خول لمجلس الإدارة هذه السلطات بصفته جهاز جماعي، وليس للعضو بصفته إنفرادية.
² يقصد بأعمال الإدارة جميع التصرفات المتعلقة بالتسيير العادي للمشروع، أي تشمل أعمال التسيير والإدارة، ويجوز له مباشرة كافة الأعمال القانونية والمادية، واللازمة لتحقيق غرض الشركة؛ لمزيد من التفصيل أنظر معزوزة زروال، المسؤولية المدنية والجنائية للمسيرين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2005-2006، ص.39.

³ إلا أنه الشركة في مواجهة الغير تلتزم حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تدخل في موضوعها، شرط أن يكون الغير حسن النية، والغرض من إلزام الشركة بهذه التصرفات هو عدم تمكين الشركة من التنصل من إلتزاماتها قبل الغير حسن النية، لمزيد من التفصيل أنظر محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص.257.

⁴ إذ تنص المادة 623 / 2 من ق.ت.

"لا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة".

" يتمتع الرئيس بالسلطات الواسعة للتصرف بإسم الشركة وفي كل الظروف مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لجمعيات المساهمين بمجلس الإدارة وفي حدود موضوع الشركة".

وتنقسم هذه السلطات الخاصة بالنظر إلى طبيعتها إلى قسمين: سلطة القرار وسلطة الإذن، وفيما يلي تفصيل ذلك.

1:سلطة القرار

ينفرد مجلس الإدارة بإتخاذ القرارات في عدة مجالات، إذ تعهد إليه مهمة تعيين رئيس مجلس الإدارة وعزله في أي وقت، وإعادة إنتخابه، وتحديد المكافآت الممنوحة له¹ ولا يمكنه تفويض هذا الإختصاص لجهاز آخر لأن به مساس بمبدأ التخصص أي الفصل بين السلطات.

كما يقوم المجلس بناءا على إقتراح من رئيسه بتعيين مدير أو مديرين عامين من الأشخاص الطبيعية لتولي إدارة الشركة إلى جانب الرئيس، كما يحدد المجلس بالإتفاق مع رئيسه مدة ومدى السلطات المخولة لهما، على أن تبقى إمكانية عزلهما في أي وقت قائمة بناء على إقتراح الرئيس².

ويجوز لمجلس الإدارة تعيين أعضاء مجلس إدارة مؤقتين في حالة شغور منصب أحد الأعضاء بسبب الوفاة أو الإستقالة، ويعرض بعد ذلك هذه التعيينات المؤقتة على أول جمعية عامة تتعقد بعد التعيين للمصادقة عليها أو رفضها³.

ويجوز المجلس إنتداب قائم بالإدارة ليقوم بمهام الرئيس في حالة وقوع لهذا الأخير مانع أو في حالة وفاته أو إستقالته أو عزله⁴.

¹المادة 635. ق.ت.

²المادتان 639،640. ق.ت

³المادتان 617،618. ق.ت

⁴المادة 637. ق.ت

كما أنه من مهام مجلس الإدارة تحديد كيفية توزيع المبالغ الإجمالية التي تمثل بدل الحضور على أعضائه، والمقدمة من قبل الجمعية العامة¹ ويجب على المجلس إعداد ميزانية الشركة عند قفل كل سنة مالية، وتحديد الموجودات وحساب الأرباح والخسائر، ويحرر تقريراً مكتوباً عن حالة الشركة ونشاطها ومركزها المالي خلال الأربعة أشهر التالية لقفل السنة المالية، وتودع حسابات الشركة وتقرير مندوب الحسابات لدى المركز الوطني للسجل التجاري خلال الشهر الموالي لمصادقة الجمعية العامة².

ويتولى مجلس الإدارة بدوره مهمة إستدعاء الجمعية العامة للمساهمين وتحديد جدول أعمالها، ويمكن المساهمين من ممارسة حقهم في الإعلام³.

وتعهد إليه أيضاً مهمة تحقيق الزيادة في رأس مال الشركة مرة واحدة أو عدة مرات، بناءً على تقرير الجمعية العامة غير العادية في الزيادة، على أن تتم عملية التحقيق في أجل لا يمكن أن يتعدى الخمس السنوات التالية لعملية التقرير⁴.

2: سلطة الإذن

الأصل أن يمارس كل جهاز مهامه بكل حرية، إلا أن المشرع في القانون التجاري إستلزم إستصدار إذن مسبق من قبل مجلس الإدارة بشأن بعض التصرفات نظراً لخطورتها على مصلحة الشركة.

فيجوز لمجلس الإدارة أن يأذن لرئيسه أو لمديره العام بإعطاء الكفالات والضمانات الإحتياطية بإسم الشركة، كما يجب على المجلس أن يحدد في هذا الإذن المقدار الإجمالي

¹المادة 625، من ق.ت.

²المادة 716، 717. ق.ت.

³المادة 716. ق.ت.

⁴المادتان 691 و692، ق.ت.

للدیون المضمونة، والتي يجب أن لا تتجاوز سنة واحدة، فإذا جاوز التصرف الحد الأقصى أو المدة وجب الحصول على إذن خاص من المجلس¹.

كما لا بد الحصول على إذن من مجلس الإدارة عند القيام بعقد أي إتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وينطبق نفس الحكم على الإتفاقيات التي تعقد بين الشركة ومؤسسة أخرى، وذلك إذا كان أحد القائمين بإدارتها مالكا شريكا أم لا، مسيرا قائم بالإدارة أو مدير مؤسسة، كما يمنع على القائمين بالإدارة أن يعقدوا على أي وجه من الوجوه قروض لدى شركة أو أن يحصلوا على فتح حساب جار لهم على المكشوف، أو بأي طريقة أخرى، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا إحتياطيا لإلتزاماتهم تجاه الغير².

II: حدود سلطات مجلس الإدارة

لقد خول المشرع الجزائري في القانون التجاري لأعضاء مجلس الإدارة السلطات الواسعة للتصرف في كل الظروف بإسم الشركة ولحسابها، غير أن هذه السلطات لا يمكن أن تكون مطلقة، بل سطر المشرع لها حدودا ووضع لها ظوابط قانونية وأخرى إتفاقية، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ : الحدود القانونية لسلطات مجلس الإدارة

إستنادا إلى نص المادة 622 من ق.ت التي تنص على وجوب ممارسة مجلس الإدارة صلاحياته في نطاق موضوع الشركة، مع إحترام السلطات المخولة صراحة لجمعيات المساهمين، فتنجسد الحدود القانونية في موضوع الشركة، والتوزيع القانوني للسلطات.

¹المادة 624. ق.ت

²لمزيد من التفصيل أنظر ص.55 وما يليها من الرسالة.

1: موضوع الشركة

يعتبر موضوع الشركة معيار لمشروعية تصرفات مجلس الإدارة، معنى ذلك أنه يجوز له القيام بأي عمل مهما كانت طبيعته أو قيمته إذا كان في حدود موضوع الشركة، وبمفهوم المخالفة، لا يجوز له أن يمارس أنشطة خارجة عن موضوع الشركة. ويحدد موضوع الشركة في قانونها الأساسي، فيستوي أن يكون خاصا أو عاما، واسعا أو ضيقا¹.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري حماية للغير، جعل الشركة ملزمة حتى بالأعمال التي يقوم بها المجلس والخارجة عن موضوعها، وهذا الإستثناء وضعه المشرع لإستقرار المعاملات الإقتصادية، بشرط أن يكون الغير حسن النية، ولا يكفي نشر القانون الأساسي لإثبات عكس ذلك².

2: التوزيع القانوني للسلطات

إستنادا لمبدأ التسلسل والفصل بين السلطات، يحظر على مجلس الإدارة مباشرة صلاحيات خولها القانون لجهاز آخر، فلكل جهاز صلاحياته الخاصة، فلا يجوز لمجلس الإدارة الحلول محل الجمعية العامة العادية لإقالة أحد أعضائها، كما لا يجوز للمجلس التعدي على صلاحيات الجمعية العامة غير العادية وتعديل القانون الأساسي، وبالمقابل لا يجوز للجمعية العامة بدورها التعدي على الصلاحيات الخاصة للمجلس³ ذلك أن المشرع نظم صلاحيات كل جهاز بقواعد آمرة، ولم يترك كيفية تنظيمها للمساهمين، لكونها قواعد متعلقة بالنظام العام وبالتالي يحظر كل تحويل مباشر أو تركيب إتفاقي للسلطة.

¹ عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق .

² المادة 623 ق.ت.

³ سيد أحمد صمود، معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد السابع، 2003، ص.160.

1-2: حظر التحويلات المباشرة للسلطة

إن مبدأ التسلسل والفصل بين السلطات يحظر كل تحويل مباشر للسلطة، كأن تقوم الجمعية العامة بتحويل كافة صلاحياتها للمجلس أو أن تحل محله في ممارسة مهام التسيير المخولة له، فلا يجوز لأي جهاز أن يتنازل كلياً عن جميع سلطاته لصالح جهاز آخر، ومثل هذه القرارات تعد باطلة بطلاناً مطلقاً، لكونها مخالفة لمبدأ التسلسل والفصل بين السلطات¹.

2-2: حظر التركيبات الإتفاقية للسلطة

يحظر كل تركيب إتفاقي من شأنه المساس بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالتوزيع القانوني للسلطات أو تمكين الغير من صلاحيات فعلية أو إتخاذ قرارات، في حين أن تلك الصلاحيات خولها القانون صراحة لجهاز معين². إلا أن هذا الحظر يرد عليه إستثناءان:

أولهما: لقد تبنى المشرع الجزائري تفويض السلطة في المادة 641 من القانون التجاري، عندما أجاز لمجلس الإدارة بناء على إقتراح الرئيس تعيين شخص طبيعي أو إثنين كمدير عام لمساعدة الرئيس³، إلا أنه إشتراط لصحة التفويض أن يكون جزئي بحيث لا يترتب عنه تجريد الجهاز من إختصاصاته، كما يشترط أن يكون مؤقتاً، لأن من شأن التفويض الكلي إلغاء الجهاز، والمساس بالتوزيع القانوني للسلطات⁴.

¹نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.229.

²حيث قضى القاضي ببطلان كل إتفاق كان موضوعه إقراض أحد المساهمين أموالاً للشركة، وإشتراط لضمان تسديد حقه كفالة دين من قبل الرئيس وزوجه، وأن يوقع مع الرئيس على كل محرر يترتب عنه تحويل أموال للشركة، فالشرط الثاني يخالف التوزيع القانوني للسلطات، لأنه منح المساهم صلاحيات في تسيير وإدارة الشركة. ويكون هذا الإتفاق باطلاً حتى لو صادقت عليه الجمعية العامة؛ لمزيد من التفصيل أنظر عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

³Francis leuminier, droit des sociétés, 11^{ème} ed, Delmas, France, 1993, p.165.

⁴ديدن بوعزة، تسيير الشركات، محاضرات ألقيت عن طلبة السنة الأولى ماستر قانون الأعمال، جامعة تلمسان، سنة

ثانيهما: أجاز العرف لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة إنشاء لجان فرعية لدراسة المشاكل التقنية المعقدة، وإبداء رأيها فيها، يستعين بها المجلس من أجل ممارسة مهامه بصفة فعالة وآراء هذه اللجان تبقى إستشارية ولا ترقى إلى درجة القرار¹.

ب : الحدود الإتفاقية لسلطات مجلس الإدارة

إن الشروط الإتفاقية هي الشروط التي يتم إدراجها في القانون الأساسي، ولا يمكنها سوى الحد من السلطات العامة التي يمنحها القانون لمجلس الإدارة²، ولا يجوز لهذه الشروط أن تمكن مجلس الإدارة من سلطات أكثر من السلطات المخولة له قانوناً، وكل شرط مخالف لذلك يعد باطلاً، لأنه به مساس بمبدأ التخصص ويجب أن تكون القرارات التي تتخذها الجمعية العامة من أجل القيام بتقييد سلطات المجلس قد تمت ضمن إختصاصاتها بشكل صحيح وقانوني، شريطة أن لا تصل إلى حد تجريده من السلطات المخولة له قانوناً³.

ولا يجوز في أي حال من الأحوال الإحتجاج بهذه الشروط تجاه الغير حسن النية طبقاً للمادة 623 / 2 من ق.ت: "لا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة".

ثانياً :رئيس مجلس الإدارة

لرئيس مجلس الإدارة دوراً هاماً في إدارة الشركة، فإذا كان مجلس الإدارة هو من يملك سلطة القرار، فالرئيس هو الذي يملك سلطة التنفيذ، وإذا كان المجلس هو الذي يقوم بإدارة الشركة، فالرئيس هو الذي يتولى قيادتها⁴.

¹نادية صابونجي، المرجع السابق، ص 232.

² إذ لا يجوز المساس بالسلطات الخاصة المخولة لمجلس الإدارة، لأنه نظمها المشرع بقواعد أمرة، وحدد شروطها وإجراءاتها.

³فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، الأردن، سنة 2009، ص.467.

⁴رضوان أبو زيد، الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن، دار الفكر الجامعي، مصر، ص.628.

I: سلطات رئيس مجلس الإدارة

تنص المادة 638 /1 من ق.ت على ما يلي:

" يتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة، ويمثل الشركة في علاقتها مع الغير.

يتمتع الرئيس بالسلطات الواسعة للتصرف بإسم الشركة وفي كل الظروف مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لجمعيات المساهمين وكذا السلطات المخصصة بكيفية خاصة لمجلس الإدارة وفي حدود موضوع الشركة".

من إستقراء المادة السابقة الذكر، نستنتج أن للرئيس مهام داخلية وأخرى خارجية.

ا: السلطات الداخلية لرئيس مجلس الإدارة

قبل التطرق إلى السلطات الداخلية لرئيس مجلس الإدارة، تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في القانون التجاري، خول لكل من المجلس والرئيس نفس السلطات وجعل الإدارة العامة للشركة قاسما مشتركا بينهما¹.

ويرى بعض الفقه أنه لا بد من إيجاد معيار للفصل بين إختصاصات الجهازين ومنع التجاوزات التي قد تحدث، والتي من شأنها المساس بمبدأ التسلسل والفصل بين السلطات وإقتراح أن تعهد الإدارة إلى الرئيس، والتسيير إلى المجلس².

إلا أن إقتراحه بعيد عن إرادة المشرع التي لم تسعى حتما إلى وضع فصل بين سلطات الجهازين، ويستحال تطبيقه ذلك أنه إن كان من الممكن التمييز بين السلطات الخاصة

¹المادتان 622 و638 من ق.ت.

²أشارت إليه نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.237.

للجهازين، فمن غير الممكن التمييز بين السلطات العامة المخولة لهم¹.

وتتمثل السلطات الداخلية لرئيس مجلس الإدارة فيما يلي:

1: رئاسة مجلس الإدارة

يتولى رئيس مجلس الإدارة إستدعاء المجلس وتحديد جدول الأعمال، ما لم يوجد شرط في القانون الأساسي ينص على خلاف ذلك² كما يتمتع الرئيس بصوت مرجح في حالة تعادل الأصوات ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك³.

ويلتزم الرئيس بضبط محاضر الحضور ومحاضر المناقشات، ويتعين عليه تعيين أمين لكل جلسة، تعهد إليه مهمة تحرير محضر ملخص المناقشات والمداولات التي يجب عليه الإحتفاظ بها في مقر الشركة، وذلك تحت طائلة غرامة مالية⁴.

كما تعهد إلى رئيس المجلس مهمة إخطار مندوب الحسابات عن أية إتفاقية تبرم بين الشركة وأحد القائمين بالإدارة، أو بين الشركة ومؤسسة أخرى، وذلك إذا كان أحد القائمين بإدارة الشركة مالكا شريكا أم لا مسيرا أم قائما بالإدارة أو مديرا للمؤسسة ويجب على الرئيس التأكد من تحقق النصاب المحدد قانونا لصحة إجتماع المجلس، وكذلك الشأن بالنسبة لشرط الأغلبية في التصويت⁵.

¹ عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

² معزوزة زروال، المرجع السابق، ص.79.

³ المادة 4/626 ، ق.ت.

⁴ المادة 812 ق.ت 'يعاقب بالغرامة من 5000 إلى 20000 دج كل من الرئيس أو القائم بالإدارة الذي يترأس الجلسة ويتخلف عن إثبات مداولات مجلس الإدارة في المحاضر التي تحفظ بمقر الشركة".

⁵ نبيلة خبيشات، تفويض السلطة في شركة المساهمة، مذكرة ماستر تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2011-2012، ص.14.

2: رئاسة المستخدمين

يتأخر رئيس مجلس الإدارة مصلحة المستخدمين، فهو الذي يتولى تحديد المناصب الشاغرة، والشروط الواجبة على المترشحين لتعيينهم ومعياره في ذلك مصلحة الشركة، كما يتولى الرئيس تحديد أجرهم وله أن يضع نظاماً للترقية خاص بكل فئة.

كما يمارس الرئيس رقابة على كل عامل في الشركة في إطار قانون العمل والنظام الداخلي، وتتجسد الرقابة في تحديد الأخطاء ودرجاتها، والعقوبات الملائمة لكل خطأ¹.

ب: السلطات الخارجية لرئيس مجلس الإدارة

لقد خول المشرع الجزائري بموجب المادة 638 من ق.ت. لرئيس مجلس الإدارة مهمة تمثيل الشركة تجاه الغير، فيتصرف بإسمها ولحسابها، ومنحه سلطات واسعة، إذ جعل الشركة مسؤولة تجاه الغير حسن النية حتى عن تصرفات الرئيس الخارجية عن موضوعها، إلا أنه في المقابل شذذ من مسؤوليته من خلال المتابعات المدنية² والجزائية³ التي قد تلحق به جراء إخلاله بالتزاماته وسوء إدارته.

II: حدود سلطات رئيس مجلس الإدارة

بعد أن منح المشرع الجزائري من خلال المادة 1/638 من ق.ت. لرئيس مجلس الإدارة سلطات شبه مطلقة، عمد في الفقرة الثانية إلى ضبط حدود هذه السلطات، ووضع قيوداً منها قانونية وأخرى إتفاقية.

¹نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.243، أنظر أيضاً القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المعدل والمتمم لقانون علاقة العمل، ج.ر. العدد 87.

²المادة 715 مكرر 23، ق.ت.

³المادة 811 ق.ت.

أ: الحدود القانونية سلطات رئيس المجلس الإدارة

هي كل الضوابط التي سنها المشرع الجزائري في القانون التجاري بغرض الحد من الصلاحيات التي يرى ضرورة تقييدها، وإن كانت تشبه ما سبق للمشرع أن قيد به صلاحيات مجلس الإدارة، فهي في ذات الوقت تختلف لتمتد إلى الصلاحيات الخارجية التي هي من إختصاص الرئيس.

وفيما يلي تفصيل ذلك:

1: مبدأ التسلسل والفصل بين السلطات

إن مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها شركة المساهمة، وهو بدوره يقضي بأن يراعي الرئيس عند ممارسته لسلطاته الواسعة ما خصصه المشرع من صلاحيات خاصة للأجهزة الأخرى، سواء الجمعية العامة أو مجلس الإدارة، وهذا القيد نافذا حتى في مواجهة الغير إذ يعد من النظام العام، ولا يجوز للغير الإحتجاج بحسن النية في مواجهة الشركة، لأنه بهذا الصدد ترجح مصلحة الشركة على مصلحة الغير¹.

2: موضوع الشركة

يمارس الرئيس مهامه في حدود موضوع الشركة، كما هو الحال بالنسبة لمجلس الإدارة، وتطبق عليه نفس الأحكام التي تنطبق على هذا الأخير، إلا أن الشركة تلتزم تجاه الغير حتى بتصرفات الرئيس الخارجة عن موضوعها بشرط أن يكون الغير حسن النية².

3: مصلحة الشركة

إن مصلحة الشركة هي مجموعة من المصالح المختلفة المتمثلة أساس في مصلحة المساهمين والعمال ومصلحة المتعاملين الدائمين والخزينة العامة.... إلخ، وكل هذه المصالح

¹نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.247،248.

²المادة 2/638 ق.ت.

تذوب وتصب في قالب واحد تتمثل في الدرجة الأولى في الحفاظ على بقاء الشركة وإستمراريتها.

ولقد جعل المشرع الجزائري ضمنا مصلحة الشركة معيارا لتقييد سلطات رئيس مجلس الإدارة، وذلك عندما حمله في المادة 3/811 و4 من ق.ت.¹ مسؤولية جزائية في حالة إستعمال عن سوء نية أموال الشركة أو سمعتها أو ماله من سلطات أو أصوات في غايات يعلم أنها مخالفة لمصلحتها².

ب : الحدود الإتفاقية لسلطات رئيس مجلس الإدارة

إن القيود الإتفاقية التي تعد من صلاحيات رئيس مجلس الإدارة من شأنها تعزيز المراقبة على ممارسته لمهامه، ضمانا لحسن إدارته من جهة، وتدعيما لثقة الغير المتعامل مع الشركة من جهة أخرى³.

ويتم إدراج هذه القيود في القانون الأساسي للشركة إذا كانت مصدرها هو الجمعية العامة غير العادية، كما يستوي أن تكون موضوع قرار وقف إجراءات وأوضاع مقررة قانونا متى كان مصدر القيد مجلس الإدارة⁴.

¹المادة 3/811 من ق.ت:

" يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات والغرامة من 20000 دج إلى 20000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: 3 رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية أموال الشركة وسمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها لأغراض شخصية، أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

4 رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية وبهذه الصفة ماله من السلطة أو حق في التصرف في الأصوات إستعمالا يعملون أنه مخالف لمصلحة الشركة."

² عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

³ Dominique Legeais , Doit commercial et des affaires, Armand Colin, 14^{ème} ed, 2001, p.204.

⁴نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.225.

غير أنه لا يجوز للجمعية العامة ولا لمجلس الإدارة تجريد رئيس مجلس الإدارة من جميع سلطاته بحجة هذه القيود، لأن من شأن ذلك زوال الجهاز.

الفرع الثاني: أجهزة التسيير في شركة المساهمة نظام حديث

لقد سعى المشرع من خلال تبني شركة المساهمة نظام حديث إلى الفصل بين التسيير والرقابة، إذ منح سلطة تسيير الشركة لمجلس المديرين، وهو عبارة عن هيئة جماعية تتكون من ثلاثة إلى خمسة أعضاء على الأكثر، يتم تعيينهم من قبل مجلس المراقبة، وتسد الرئاسة لأحدهم¹، واشترط المشرع كونهم أشخاصا طبيعيين تحت طائلة البطلان².

ويحدد القانون الأساسي للشركة مدة عضويتهم ضمن حدود تتراوح بين سنتين إلى ست سنوات، وفي حالة عدم النص، تقدر مدة العضوية بأربعة سنوات³.

أما فيما يتعلق بعزلهم، فيجوز للجمعية العامة بناء على إقتراح من مجلس المراقبة عزل أعضاء مجلس المديرين، وبالتالي سيكون وضعهم أكثر إستقرارا مقارنة بوضع أعضاء مجلس الإدارة كون أن من يملك سلطة التعيين لا يملك سلطة العزل⁴.

أما سلطة الرقابة، فتعهد إلى مجلس المراقبة، ويتكون هذا الأخير من ستة أعضاء على الأقل وإثنتي عشر عضوا على الأكثر⁵، ويتم إنتخابهم من طرف الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية، أما فيما يتعلق بمدّة وظائفهم فتحدد بموجب القانون الأساسي، وتكون ست سنوات في حالة التعيين من قبل الجمعية العامة، وثلاث سنوات في حالة التعيين بموجب القانون الأساسي للشركة⁶.

¹المادة 643 ق.ت.

²المادة 644 ق.ت.

³المادة 646 ق.ت.

⁴المادة 645 / 1 ق.ت.

⁵المادة 657 ق.ت.

⁶المادة 662 ق.ت.

وتعهد إلى الجمعية العامة مهمة عزل أعضاء مجلس المراقبة في أي وقت¹.

ووفقا بما سبق فلا يمكن التعرف على أجهزة تسيير الشركة التابعة وفق النظام الحديث دون التعرّيج على كل من مجلس المديرين (أولا)، ومجلس المراقبة (ثانيا).

أولا: مجلس المديرين

يعتبر مجلس المديرين جهاز هام ورئيسي في شركة المساهمة خول له المشرع صلاحيات واسعة للتصرف بإسم الشركة ولحسابها في جميع الظروف²، ولا يحد من هذه الصلاحيات إلا ما يرد عليها من قيود قانونية وأخرى إتفاقية³.

I: سلطات مجلس المديرين

لمجلس المديرين صلاحيات داخلية وأخرى خارجية، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ: السلطات الداخلية

لقد ميز المشرع صراحة بين نوعين من السلطات الداخلية، فمنها عامة وأخرى خاصة.

1: السلطات العامة

تنص المادة 1/648 من ق.ت. على ما يلي:

" يتمتع مجلس المديرين بالسلطات الواسعة للتصرف بإسم الشركة وفي كل الظروف".

يستشف من نص المادة السابقة الذكر أن مجلس المديرين ينفرد وحده بصفته جهاز جماعي⁴ بسلطة الإدارة العامة للشركة، وهو الجهاز الوحيد الذي يمارس بالإضافة إلى مهام مديرية الشركة سلطة الإدارة العامة، وهذه الأخيرة تمكنه من القيام بأعمال التسيير العادية⁵ أي جميع

¹المادة 662 /4.ق.ت.

²نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007، ص.262.

³المادة 648 ق.ت.

⁴نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.261.

⁵والمقصود بها أعمال الإدارة، الأعمال التحفظية وأعمال التصرف.

التصرفات الضرورية لحياة الشركة والتي تدخل في حدود سلطة القرار، لأنه إذا تجاوز هذا الحد، يكون قد إعتدى على إختصاص مجلس المراقبة الذي يتمتع بسلطة الإذن، وهته الأخيرة وإن كانت تدخل ضمن صلاحيات الإدارة العامة للشركة، إلا أن المشرع جعلها صلاحيات رقابية وخولها لمجلس المراقبة¹.

2: السلطات الخاصة

بالإضافة إلى السلطات العامة التي يتمتع بها مجلس المديرين، هناك سلطات خاصة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- إستدعاء الجمعية العادية وتحديد جدول أعمالها، كما يتوجب عليه إعداد جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية للجمعية العامة العادية السنوية².
- تبليغ المساهمين ووضع تحت تصرفهم ثلاثين يوما من إنعقاد الجمعية العامة الوثائق الضرورية لتمكينهم من إبداء الرأي عن دراية وإصدار قرار دقيق فيما يخص إدارة أعمال الشركة وسيرها³.
- تقديم تقرير مدة كل ثلاثة أشهر على الأقل وعند نهاية كل سنة مالية لمجلس المراقبة حول تسييره، كما يلتزم بأن يقدم له بعد قفل كل سنة مالية كل الوثائق الخاصة بالشركة، والمذكورة في المادة 716 من ق.ت.⁴
- و يتولى مجلس المديرين بدوره تعيين المستخدمين وكذلك عزلهم وهو الذي يقدر حجم الإستثمارات التي يمكن أن تستغل من قبل الشركة وكيفية توجيهها إلى ما يخدم مصلحة الشركة⁵.

¹المادة 654 ق.ت، وأنظر أيضا، عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

²المادة 676 ق.ت.

³المادة 677 ق.ت.

⁴حساب الإستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح والميزانية.

⁵معزوزة زوال، المرجع السابق، ص.103.

ب: السلطات الخارجية

صلاحية التمثيل من حيث المبدأ تعود لرئيس مجلس المديرين¹ فالمركز القانوني لهذا الأخير يختلف إختلافا جوهريا عن المركز القانوني لرئيس مجلس الإدارة، إذ يتمتع الرئيس بجميع السلطات للتصرف في كل الظروف بإسم الشركة ولحسابها، إلى جانب سلطة تمثيل الشركة، بينما ينفرد رئيس مجلس المديرين بسلطة تمثيل الشركة فقط، بل لا ينفرد حتى بسلطة تمثيل الشركة، إذ يجوز النص في القانون الأساسي على تأهيل مجلس المراقبة بإعطاء سلطة التمثيل نفسها لعضو أو عدة أعضاء آخرين²، إلا أنه في حالة عدم نص القانون الأساسي على ذلك، تنحصر سلطة الإدارة الخارجية في رئيس مجلس المديرين دون غيره، وكل إتفاق مخالف لذلك يعد مساس بمبدأ الفصل بين السلطات³.

II: حدود سلطات مجلس المديرين

ترد على سلطات مجلس المديرين قيود قانونية وأخرى إتفاقية :

أ : القيود القانونية

لا مجال للحديث عن طلاقة (مطلق) السلطات المخولة لمجلس المديرين لأن شأن ذلك الإضرار بمصلحة الشركة، فلا بد أن ترد على السلطات الواسعة المخولة لمجلس المديرين بعض القيود، تتجسد في موضوع الشركة، ووجوب إحترام السلطات المخولة للأجهزة الأخرى.

1: موضوع الشركة

لقد جعل المشرع الجزائري موضوع الشركة قيودا يحد من السلطات الواسعة المخولة للمجلس، إذ لا بد لهذا الأخير أن يستعمل تلك السلطات لتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله الشركة وكما هي القاعدة في شركات الأموال إن تجاوز التصرف موضوع الشركة، لا يمكن

¹المادة 1/652 من ق.ت.

²المادة 2/ 652 من ق.ت.

³نادية صابونجي المجمع السابق، ص.267.

الإحتجاج به في مواجهة الغير حسن النية¹، وذلك كما جاء النص عليه في المادة 1/649. من ق.ت.

2: السلطات الخاصة بالأجهزة الأخرى

إن سلطات مجلس المديرين مقيدة بالسلطات التي أسندها القانون صراحة لمجلس المراقبة وجمعيات المساهمين².

إذ لا يجوز لمجلس المديرين أن يتعدى على سلطات مجلس المراقبة الخاصة بالرقابة، كما لا يجوز له القيام بأي تصرف موضوع إذن من مجلس الرقابة دون الحصول على ترخيص صريح من هذا الأخير³ ولا يجوز له أيضا الإعتداء على صلاحيات الجمعية العامة التي نص عليها القانون صراحة، وذلك إعمالا بمبدأ تدرج السلطات.

ب: القيود الإتفاقية

قد ترد على سلطات مجلس المديرين قيودا تدرج في القانون الأساسي للشركة، كوجوب إخضاع بعض التصرفات لإذن مسبق من مجلس المراقبة، هذه القيود جائزة، بشرط أن لا تصل إلى حد سحب السلطة من مجلس المديرين وزوال الجهاز، إلا أن هذه القيود لا تكون نافذة تجاه الغير حسن النية⁴.

كما أنه لا يجوز لمجلس المديرين التنازل على الصلاحيات الخاصة بمديرية الشركة لفائدة أحد أعضائه، لأن هذه الصلاحيات خولت للمجلس بصفته جهاز تداولي جماعي وليس لكل عضو بصفة فردية، ومن شأن ذلك المساس بالتوزيع القانوني للسلطات، غير أنه يجوز لأعضاء مجلس المديرين بموافقة مجلس المراقبة أن يوزعوا فيما بينهم مهام المديرية توزيعا لا يمكنه أن يؤثر في أي حال من الأحوال على الطابع الجماعي لمجلس المديرين⁵.

¹ M. Cozian, A.Viandier, F Debossy, op.cit, p.311.

² المادة 648 / 2 من ق.ت.

³ المادة 654 / 2 من ق.ت.

⁴ المادة 2/649 ق.ت.

⁵ G.Ripert, R.Roblot , op.cit, p.465.

ثانياً: مجلس المراقبة

إن دور المجلس المراقبة لا يقتصر على آراء المهام الرقابية كما يصطلح عليه، بل يجد تنظيمه يقترب إلى ذلك الخاص بمجلس الإدارة في النمط القديم، ولا يمكن لأي متفحص للمواد المنظمة لمجلس المراقبة أن ينكر ماله من دور في تكوين الشركة وإدارة مشروعها الإقتصادي¹.

وعليه، يتمتع مجلس المراقبة بسلطات واسعة منها عامة وأخرى خاصة، وفيما يلي تفصيل ذلك:

I: السلطات العامة

تنص المادة 1/654 من ق.ت على ما يلي:

" يمارس مجلس المراقبة مهمة الرقابة الدائمة للشركة....."

يستشف من نص المادة السابقة الذكر أن لمجلس المراقبة مهام رقابية واسعة، تشمل حسب المادة 655 من نفس القانون، القيام بإجراءات الرقابة التي يراها ضرورية في أي وقت من السنة، بالإضافة إلى الإطلاع على الوثائق التي يراها مقيدة.

إلا أنه بالرجوع إلى المادة 715 مكرر 4 / 1 و 5، والتي تنص:

" تعين الجمعية العامة العادية للمساهمين مندوباً للحسابات أو أكثر لمدة ثلاث سنوات تختارهم من بين المهنيين المسجلين على جدول المصنف الوطني.

و تتمثل مهمتهم الدائمة، بإستثناء أي تدخل في التسيير في التحقيق في الدفاتر والأوراق المالية للشركة وفي مراقبة إنتظام حسابات الشركة وصحتها، كما يدققون في صحة المعلومات المقدمة في تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، وفي الوثائق المرسلّة إلى المساهمين حول الوضعية المالية للشركة وحساباتها".

و يجوز لهؤلاء أن يجروا طيلة السنة التحقيقات أو الرقابات التي يرونها مناسبة"

¹ معزوزة زروال، المرجع السابق، ص.113.

بمقارنة المادة 654 من ق.ت. والمادة 715 مكرر 4 من نفس القانون نستنتج أنه لكلا من مجلس المراقبة ومندوب الحسابات مهام رقابية مشتركة، فما هو الحد الفاصل بين السلطات الرقابية للمجلس بإعتباره جهاز ومندوب الحسابات؟

إن الفقرة الأولى من نص المادة 715 مكرر 4 من ق.ت، تحصر مهمة مندوب الحسابات في التدقيق في الحسابات وتقديم تقارير بشأنها دون التدخل في التسيير، بينما تتسع مهام مجلس المراقبة إلى إبداء ملاحظات حول التقارير المقدمة له من قبل مجلس المديرين طبقا لنص المادة 656 / 3 من ق.ت .

إلا أن الإشكال يبقى دائما مطروحا في حالة تقديم كلا من مجلس المراقبة ومندوب الحسابات تقريرين متعارضين إلى الجمعية العامة بخصوص مسألة معينة !
هذا عن السلطة الرقابية للمجلس، كما يتولى بدوره تعيين رئيس له من بين أعضائه، ويحدد دوره في تنظيم الأعمال الداخلية للمجلس¹.

كما تعود لمجلس المراقبة سلطة البث في نقل مقر الشركة في نفس المدينة².
لقد خول المشرع لمجلس المراقبة سلطة خاصة تتجسد في سلطة الترخيص المسبق كما هو الحال بالنسبة لمجلس الإدارة في النمط القديم، وعليه يتوجب على مجلس المراقبة الترخيص لكل إتفاقية تبرم بين الشركة وأحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة، ولا يجوز لمجلس المراقبة التنازل عن سلطة الإذن لفائدة جهاز آخر لأن هذه السلطة تدخل في إمتيازات الرقابة³.

كما يخضع للترخيص المسبق كل الإتفاقيات التي تعقد بين الشركة ومؤسسة إذا كان أحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة مالكا أو شريكا أو مسيرا أو قائما بالإدارة أو مديرا عاما لتلك المؤسسة، وكل إتفاقية تبرم خلافا لهذه القواعد، تعد باطلة بطلا مطلقا⁴.

¹المادة 666 ق.ت.

²المادة 651 ق.ت.

³عبد الوهاب بموسات،سلطات ومسؤولية الميسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

⁴المادة 670 من ق.ت.

ويجب أن تحظى هذه الإتفاقيات بمصادقة من الجمعية العامة العادية، و يتوجب على رئيس مجلس المراقبة إشعار مندوب الحسابات بكل الإتفاقيات الخاضعة للإذن ، ويتولى هذا الأخير إعداد تقرير خاص وعرضه على الجمعية العامة للمصادقة عليه، ويقصى صوت المعني بهذه الإتفاقية، ولا تؤخذ أسهمه بعين الإعتبار في حساب النصاب والأغلبية¹

¹المادة 672 من ق.ت.

الفصل الثاني

حماية عمال الشركة التابعة

"تحو تكريس للمزيد من الاستقرار لعلاقة العمل"

كما هو الشأن في سائر العقود المدنية، فإن عقد العمل المبرم بين الشركة التابعة والعامل لا يلزم - كأصل عام - سوى طرفيه، عملاً بمبدأ نسبية العقود¹، بحيث أن الشركة الأم والشركات التابعة الأخرى يصنفون كالغير الأجنبي عن العقد، فلا يحق لهم التدخل لتنفيذه ولا يعدون مسؤولين في حالة خرق بنوده التعاقدية من طرف الشركة التابعة المتعاقدة.

وفي هذا الصدد، وعلى الصعيد المقارن أكد الإجتهد القضائي الفرنسي في العديد من أحكامه أن الشركة الأم أجنبية تماماً عن هذا النوع من عقود العمل، ورفض منحها صفة رب العمل²؛ غير أن هذا الطرح الذي يبدو نظرياً لا يكفي من الناحية العملية للإجابة عن التساؤلات الهائلة التي يثيرها واقع حماية مصالح عمال الشركات التابعة، سواء من تصرفات هذه الأخيرة أو من تدخلات الشركة الأم؛ بحيث أن مراكز هؤلاء العمال ووضعياتهم الاجتماعية تواجه في الواقع العملي العديد من التغييرات والانعكاسات التي تنتج عن تصرفات تجمع الشركات، والتي قد تؤدي أحياناً حتى لإحالتهم على البطالة. إذ أن نسبية عقد العمل لا ينفي أبداً علاقة التبعية الموجودة بين الشركات التابعة والشركة الأم، والتي تمكن هذه الأخيرة من استعمال بعض صلاحيات وامتيازات أرباب العمل تجاه

¹ إن العقد إذا أبرم فإن أثره لا يمتد إلا إلى المتعاقدين باعتباره قانونهما، حيث تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، وترتبط على ذلك فإن الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في العقد لا تشمل آثاره، سواء تعلق الأمر بالحقوق أو بالالتزامات؛ غير أن المتعاقد أحياناً قد لا يباشر عملية التعاقد بنفسه، وإنما بواسطة شخص آخر كنائب عنه، إلا أن هذا لا يعني أن هذا النائب يعد طرفاً في العقد، ذلك أن آثار العقد الذي يبرمه النائب باسم الأصيل تنصرف إلى الأصيل، إذ تنص المادة 74 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل" وعليه فالنائب بالنسبة إلى العقد الذي يبرمه يعتبر من الغير، فلا يكتسب حقاً ولا يتحمل التزاماً؛ للمزيد من التفصيل حول مبدأ نسبية العقود من حيث الأشخاص أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية 2004، ص 205؛ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص 322.

² Voir : Cass. soc. 29-05-1973, n°72-10.664.

Cass. soc. 05-05-1986 ; cités par : Farag Hmoda , thèse, préc., p.199.

عمال الشركة التابعة¹، ويظهر ذلك بجلاء عندما تقرر الشركة الأم في إطار السياسة الإقتصادية للتجمع- التدخل لحل إحدى الشركات التابعة أو توقيف أحد نشاطاتها، الأمر الذي قد يؤدي إلى غلق العديد من مناصب الشغل²؛ وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء أن تنظيم العلاقات داخل التجمع غالبا ما يفرز تأثيرات بالغة على وضعية العمال.

« L'organisation des rapports intragroupes a souvent des implications importantes a l'égard de la situation de travailleurs³... ».

وعلى صعيد آخر، أكد الإجتهد القضائي الفرنسي في العديد من أحكامه مبدأ الوحدة الإقتصادية والاجتماعية للتجمع، « la notion d'unité économique et sociale » مما يجعل شركات متعددة ومختلفة تشكل وحدة اقتصادية من أجل إيجاد التجمع، مما يسمح لعمال إحدى الشركات التابعة ممارسة نشاطاتهم في أي من الشركات الأخرى، بشكل يمحو كل الحدود ويلغي تعدد الأشخاص المعنوية داخل التجمع، فيجعل العامل الواحد ينتقل من هيئة مستخدمة إلى أخرى رغم أنه لم يتعاقد أصلا إلا مع رب عمل واحد فقط.⁴

ونظرا لما سبق عرضه، سنحاول التركيز على القواعد المقررة لحماية عمال الشركة التابعة من تصرفات تجمع الشركات، سواء كانت صادرة من الشركة التابعة المستخدمة أم من الشركة الأم؛ إلا أنه من الضروري قبل ذلك أن ننوه إلى أن موضوع حماية العمال يبدو للوهلة الأولى من صميم دراسات القانون الاجتماعي ويخرج عن موضوع دراستنا، إلا أننا سنحاول تسليط الضوء على الشق الاجتماعي لقانون تجمع الشركات⁵، وهذا راجع لكونه موضوع مركب تستلزم دراسته الرجوع إلى كل من

¹ M. Gaye, L'influence du groupe de sociétés sur la relation individuelle de travail, thèse de doctorat soutenue en 2007 à l'université de Rennes I, p. 7.

² Farag HAMODA, thèse, préc., p.199.

³ Frederic Magnus,op.cit, p.105.

⁴ Marcelle MBALA MBALA, Les conventions intra-groupe de sociétés, mémoire de master, Université de Lille2, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales 2004-2005 p.7.

⁵ للشركات التجارية أهمية بالغة في مختلف جوانب الحياة، فهي تشكل من الناحية الاقتصادية ركيزة الاقتصاديات في مختلف الدول، كما أن لها بجانب ذلك دورا اجتماعيا كونها تشغل مجموعة من العمال، وتضمن لهم قدرا معينا من الحقوق التي تكفل لهم حياة كريمة.

القانونين التجاري والاجتماعي، في محاولة للإجابة عن أبرز التساؤلات التي تثور بصدد حماية العمال من تصرفات الشركة التابعة المستخدمة وتصرفات الشركة الأم تجاههم، سواء من خلال قابلية مركز العمال للتنقل والتغير داخل شركات التجمع، أم عبر الانعكاسات الهائلة التي تمسهم بها تصرفات الشركة الأم في إطار سياستها الاقتصادية، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حماية العمال من تغير أرباب العمل

المبحث الثاني: حماية العمال من التأثيرات الناجمة عن إعادة هيكلة التجمع

المبحث الأول

حماية عمال تجمع الشركات من تغير أرباب العمل

إذا كان الهدف من تشريعات العمل يتمثل دائما في استقرار واستمرار علاقات العمل، فمن الضروري أن تنظر هذه التشريعات إلى حماية وتشجيع الإنتاج كذلك، فلا يجب أن تغطي مصلحة العمال على المصلحة العامة للتجمع والمتمثلة في حماية الإنتاج، بحيث يأخذ المشرع أثناء تنظيم علاقة العمال بالشركات المستخدمة هاتين المصلحتين: مصلحة العمال، وضرورة حماية الإنتاج، بهدف توفير التوازن بين الضرورات الإقتصادية والاعتبارات الاجتماعية¹؛ وإن لهذه المعادلة -إن صح القول- أثر بالغ على استقرار الحياة المهنية لعمال الشركات التابعة ضمن تجمع الشركات، بحيث يجد العامل نفسه متعاقدا مع رب عمل محدد في العقد إلا أنه قد يسخر لتلبية متطلبات وأوامر رب عمل جديد، دون أن يتطلب ذلك موافقة العامل.

و يمكن للعامل في شركة تابعة ضمن تجمع الشركات أن يكمل كل مشواره المهني في هذه الشركة، دون أن تكون له أدنى علاقة مع الشركات التابعة الأخرى، لكن الواقع العملي أثبت أن هذه الحالة أصبحت جد نادرة في الوقت الحالي، أين أصبح العامل يقدم خدماته بشكل متتابع أو متوازي لدى عدة شركات في التجمع².

¹ جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، أثر الخصخصة على العلاقات الناشئة عن عقد العمل -دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري-، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص.5.

² «Le salarié d'une société faisant partie d'un groupe peut effectuer l'ensemble de sa carrière au sein de cette seule société, sans avoir nécessairement des rapports avec 'autres sociétés membres de ce groupe. Mais cette situation devient de plus en plus rare face aux pratiques adoptées en matière des groupes, où le parcours professionnel du salarié le conduit à travailler successivement ou parallèlement pour plusieurs sociétés»; Farag HAMODA, thèse, préc p.201 . Voir aussi : M. Claire, Le groupe de sociétés au regard du Droit social, thèse, Université de Toulon, 2001, p.138 : «si un salarié peut se voir confier un mandat social, il est plus fréquent encore de l'affecter successivement au sein de plusieurs filiales du groupe car ses compétences peuvent être utiles non seulement à l'entreprise qui l'a recruté mais aussi aux sociétés liées. Parfois cette affectation vise aussi au développement ou à l'enrichissement des capacités du travailleur qui, au retour de «mission » pourra se révéler utile à son employeur d'origine».

إن التغييرات البالغة والمتجددة لحجم العمل أو طبيعته داخل تجمع الشركات، وقلة الوسائل المادية لتشغيل عمال جدد، والحاجة المستمرة لمواجهة التقلبات الإقتصادية والمستجدات التقنية والمالية، هي كلها عوامل قد تدفع بتجمع الشركات لإحداث تغييرات هامة على مستوى نسيجه الاجتماعي، بحيث يحدث تعيينات مؤقتة أو تحويل نهائي للعمال بين الشركات التي تنطوي تحته، وذلك للسماح للتجمع بمواجهة كل تلك المتغيرات والظروف¹، فالشركة الأم قد تتخذ تدابير اقتصادية تجاه عمالها أو عمال الشركات التابعة، بحيث قد تنقل عامل إلى شركة أخرى بقصد المراقبة أو مشكل تقني يتطلب شخص ذو خبرة فنية ليس متوفر لدى هذه الشركة، أو ينتقل لشركة أخرى بهدف وضع حد لغياب أحد عمالها. وبالمقابل قد نجد شركة ذات نشاط جد مزدهر، في الوقت الذي تعاني فيه الأخرى من قلة نشاطاتها، فتقرر الشركة الأم نقل مجموعة من عمال هذه الشركة لنظيرتها ذات النشاط المزدهر².

و عليه فعقد العمل الذي يربط بين العامل والشركة التابعة يخضع إذاً لتنظيم خاص، بحيث يجد العامل نفسه أمام تغير لرب العمل إما بشكل مؤقت أو نهائي، مما يدفعنا إلى دراسة هذين الحالتين للتصدي للتساؤلات القانونية التي تثيرها، بهدف تحليل مدى إمكانية القيام بهذه التغييرات، ونتائجها على وضعية العامل، ونطاق التزامات الشركات التابعة المرتبطة به، ودراسة العلاقات القانونية التي تنشأ بين كل من العامل، الشركة التابعة المستخدمة، الشركة الأم والشركة التابعة المستقبلية؛ وذلك عبر المطالب التالية :

المطلب الأول: انتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات

المطلب الثاني: تحويل العامل داخل تجمع الشركات

¹ Dans ce sens voir : Frederic Magnus, op cit, p.106.

² Farag Hmoda, thèse, préc, p.201.

المطلب الأول: انتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات

الوضع تحت التصرف أو انتداب اليد العاملة هي عملية متداولة في إطار تجمع الشركات، والتي يتم من خلالها تحويل عامل أو عدة عمال لشركة أخرى من أجل القيام بمهمة معينة؛ كتصليح مشكل تقني لا تملك الشركة المستقبلية الكفاءة اللازمة للتصدي له، أو للحلول محل عامل آخر بصفة مؤقتة خاصة في حالة تضخم الإنتاج¹. إن الوضع تحت التصرف لا ينفي علاقة التبعية بين العامل والشركة المستخدمة الأصلية، بحيث يبقى تابعا لسلطتها ورقابته ولا يخضع في أي حال لسلطة الشركة المستضيفة؛ إلا إذا كان يربطه معها عقد عمل آخر، أو تنازلت الشركة المعيرة عن العقد الذي يربطها مع العامل للشركة المضيفة.

وإن هذا الطرح السابق بالرغم من بساطته، فإنه لا يمنع من القول أن موضوع انتداب اليد العاملة وتحويل العمال داخل تجمع الشركات هو على درجة بالغة من التعقيد، ويثير العديد من المشاكل من الناحية القانونية، مما يستلزم التطرق للقواعد العامة المتعلقة بالوضع تحت التصرف (الفرع الأول)، ثم تبيان حالاته الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد العامة المتعلقة بانتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات

لا بد من ذكر الشروط الخاصة بالوضع تحت التصرف، والآثار الناجمة عنه.

أولاً: شروط انتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات

حتى ينتج الوضع تحت التصرف آثاره القانونية لا بد من توافر ثلاثة شروط يتطلبها القانون والقضاء والمقارن، وهي:

شروط المشروعية، الوارد بالمادة L8231.1 من قانون العمل الفرنسي².

شروط إعلام واستشارة نقابة الشركة، حسب المادة L1233.25 من نفس القانون .

¹ Farag Hmeda, thèse, préc, p.202.

² Code du travail français, publié sur Legifrance :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>

وشرط موافقة العامل في حالة احتواء الوضع تحت التصرف على تغيير لشرط أساسي في عقد العمل.

ولا بد من توافر الشروط كلها مجتمعة، حسب ما سيأتي بيانه فيما يلي:

I: شرط المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية: " تطابق أعمال وتصرفات الشركة مع القانون، ولا بد أن يُفهم القانون بمفهومه العام، أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية،؛ ونظرا لعدم وجود أحكام خاصة بالوضع تحت التصرف، فإنه تطبق الأحكام العامة الواردة بالمادة 1-8231 L والتي تمنع تحت طائلة عقوبة جزائية كل عملية ذات هدف اقتصادي أو مالي ترمي إلى التصرف في العامل بشكل يلحق به ضرر أو يؤدي لعدم تطبيق قواعد قانونية أو عدم تطبيق اتفاقيات جماعية. وهذا المنطلق أكدته محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عنها في 12 ماي 1998¹.

II: شرط أخذ موافقة العامل

لا يشترط مبدئيا القبول المسبق للعامل إلا إذا أدى ذلك إلى تغيير وضعيته عقده، كساعات العمل، التأهيل، الأجر، بحيث لا بد من قبوله في حالة تغيير الأجر، أما بخصوص تغيير ساعات العمل فإن القضاء يفرق بين زيادة أو نقص ساعات العمل.

¹ Cass. crim. 12-05- 1998 n ° h 96-86.p.479, Cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.220

"Il s'agit dans cette affaire d'une société mère française (dénommée Comex Service) spécialisée dans l'exécution de travaux sous-marins pour le compte de compagnies pétrolières. Cette société a procédé au licenciement des plongeurs et scaphandriers qu'elle employait et qui ont été mis à sa disposition par sa filiale Sogexpat, ayant son siège en Suisse. Cette dernière, dont le seul objet est la mise à disposition de personnel, n'a ni le matériel, ni les matériaux nécessaires à l'activité des salariés, totalement subordonnée à la société mère française.

Selon la Cour de cassation, le but lucratif de l'opération a été bien caractérisé par le fait qu'elle est effectuée à titre onéreux, et qu'elle vise une réduction des charges sociales de la société utilisatrice. Elle cause d'autant plus un préjudice aux salariés concernés, les privant des avantages sociaux".

نلاحظ أنه إذا ما أدى انتداب اليد العاملة إلى تغيير أماكن العمل، فلا بد من قبول العامل، إلا إذا كانت الشركة المستضيفة في نفس الحيز الجغرافي، فيعتبر العامل وكأنه لم يغير المكان.

وكذلك الحال إذ احتوى عقد العمل على بند التنقل " Clause de mobilité " بين الشركة الأم والشركة التابعة، ففي هذه الحالة يعتبر العامل قد قبل بالتنقل بصفة مسبقة. وأمام خلو التشريع الجزائري و الفرنسي من أحكام خاصة بانتداب اليد العاملة على مستوى تجمع الشركات، يمكن الرجوع إلى القضاء الفرنسي، بحيث نلاحظ أن مجلس النقض الفرنسي أكد على أنه لا يعتبر العامل قد غير من طبيعة عمله إذا كان هذا العمل الجديد مطابقاً لمؤهلاته، وبالتالي فلا تطبق الأحكام السابقة الذكر ولا داعي لاشتراط موافقته¹.

III: إعلام واستشارة نقابة العمال

لا بد على أرباب العمل من إعلام نقابة الشركة بوضع العامل تحت التصرف، بما في ذلك مدة العمل، وآثاره على الشركة المستضيفة، وشروط الإعارة، وذلك في إطار الإعارة الجماعية للعمال، أما في حالة إعارة عامل واحد فليست الشركة المستخدمة مجبرة على احترام تلك الإجراءات، وهذا ما يستشف من المادة 6-2323 L من قانون العمل الفرنسي.

ثانياً: آثار الوضع تحت التصرف

رغم أن العامل يحتفظ بنفس عقد العمل إلا أن ذلك لا يمنع من وجود آثار على مستوى الشركة المستخدمة والشركة المستضيفة.

¹ Selon la Cour de cassation, la mise à disposition entraînera un changement d'emploi sans constituer une modification du contrat de travail si la nouvelle carrière est conforme avec la qualification du salarié. Dans un arrêt rendu en avril 2002, elle a déclaré qu'«il n'y a pas modification du contrat de travail lorsque l'employeur affecte un salarié à une tâche différente de celle qu'il exerçait antérieurement, mais correspondant à sa qualification, voir : Cass. soc. 9 avr. 2002 n° 1340 : RJS 7/02 n° 785.

I: الوضعية القانونية للعامل في الشركة الأصلية (الشركة المعيرة)

يبقى العامل تابعا للشركة المعيرة وخاضعا لنفس عقد العمل ولنفس الإتفاقيات الجماعية للعمل، وبالتالي يبقى يتقاضى الأجر من الشركة المعيرة دون إمكانية طلبه للأجر من الشركة المستعيرة.

وبعد انتهاء مدة الوضع تحت التصرف على الشركة المعيرة، يتم رد ودمج العامل المعار في نفس منصب عمله السابق، ولا يمكن لها التذرع باستبداله بعامل آخر أو تسريحه بعد انتهاء انتدابه لدى الشركة المضيفة.

وإذا كانت وضعية العامل المعار تجاه الشركة المعيرة لا تثير أدنى نقاش أو لبس، إلا أن السؤال الذي يعكر صفو هذا الوضع، هو هل يمكن للشركة المعيرة تسريح العامل بسبب خطأ ارتكبه لدى الشركة المستضيفة؟ وحسب البعض فإن رب العمل الأصلي لا يمكنه تسريح العامل بسبب خطأ قام به لدى شركة أخرى¹، إلا أن هذا الرأي تعرض للعديد من الإنتقادات خاصة ومنها أن العامل قد يرتكب خطأ تحت رقابة الشركة المعيرة².

II: الوضعية القانونية للعامل في الشركة المستضيفة

إن وضعية العامل المعار تجاه الشركة المستضيفة تطرح من جهة مشكلة عدم وجود عقد عمل بينهما، ومن جهة أخرى التزامات الشركة المستضيفة تجاهه.

أ: عدم وجود عقد عمل بين العامل والشركة المستضيفة

عندما لا يوجد عقد عمل بين العامل والشركة المستضيفة، لا يتقاضى أجره منها، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية³؛ غير أنه حسب اجتهادات قضائية أخرى يمكن للعامل أن

¹ Farag Hmoda, thèse préc, p. 228.

² Voir dans ce sens Cass. soc. 23-02-1994 : Bull. civ. n° 66 : « les juges du fond qui refusent de reconnaître la qualité d'employeur à une société après avoir, d'une part, estimé que les salariés en cause avaient travaillé au service de celle-ci seulement dans le cadre d'une simple mise à disposition et, d'autre part, relevé qu'aucun lien de subordination juridique n'avait été créé avec cette société, peu importe, à cet égard, que cette dernière ait eu autorité sur eux pour l'exécution du travail ».

³ la Cour de cassation française déclare que : « la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'indemnités de rupture d'un salarié à l'encontre d'une société, relève qu'aucun contrat n'a été conclu entre lui et cette société et que son travail au sein de ladite société résultait d'une convention de mise à disposition pour une mission précise et temporaire entre son employeur

يطلب تلقي الأجور إذا لم تدفع له من طرف الشركة المعيرة على أساس خضوعه لتبعية الشركة المستضيفة رغم عدم وجود عقد عمل بينهما¹.

هذا، وإذا أبرم العامل عقد عمل مع الشركة المضيفة فإن ذلك يوقف مؤقتاً عقد العمل الذي يربطه بالشركة الأصلية إلى غاية إنهاء عمله مع الشركة الثانية.

ب: التزامات الشركة المستضيفة تجاه العامل

لا بد على الشركة المستضيفة من الاستجابة للشروط العامة الموجودة بعقد العمل، خاصة فيما يخص ساعات العمل، وأيام العطل، والتمثيل النقابي،... الخ

الفرع الثاني: القواعد الخاصة المتعلقة ببعض حالات انتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات

في تجمع الشركات توجد بعض العمليات الخاصة التي تلجأ فيها الشركة الأم لإعارة أحد عمالها لإحدى شركاتها التابعة بغرض التدخل في إدارتها أو تسييرها، وبالتالي يقع نوع من التناقض بين استقلالية الشركة التابعة من جهة، وبين السيطرة عليها من طرف الشركة الأم من جهة أخرى؛ إلا أن هذه الفرضية توجد بكثرة في إطار الشركات متعددة الجنسيات، وبالتالي سيتم التطرق بالدراسة لحالة إعارة عامل الشركة الأم لإحدى شركاتها التابعة الموجودة بالخارج (أولاً)، ثم حالة إعارة عامل من أجل القيام بإدارة الشركة التابعة (ثانياً)، كحالتين بارزتين وشائعتين من الحالات الخاصة للوضع تحت التصرف لعمال تجمع الشركات.

أولاً: الوضع تحت التصرف لعامل لدى شركة تابعة موجودة بالخارج

هذه العملية موجودة بكثرة لدى الشركات متعددة الجنسيات، وخاصة بالنسبة للإطارات السامية؛ حيث تجد الشركة الأم نفسها مجبرة أحياناً على إعارة أحد إطاراتها لإحدى

et la société en cause, faisant ainsi ressortir que le salarié est resté sous la seule subordination de son employeur, peu importe que son salaire ait été réglé pendant la période de mise à disposition par l'autre société ». E. Dockes, E. Peskine et C. Wolmark, (Droit du travail, Dalloz, 5e éd, 2009., n°255, p. 228).

¹ CA. Versailles, ch.6, 12 -09-. 2010, n°09-03811, cité par Farag Hmoda, thèse .préc,P. 229.

شركاتها التابعة الموجودة بالخارج لتأدية مهام معينة تقتضيها الضرورة الملحة، بل وقد يتم ذلك بشكل تلقائي وإجباري إذا ما تم النص عليه في عقد العمل والاتفاقيات الجماعية. هذه الحالة من الوضع تحت التصرف، تتميز عن الحالة العادية للوضع تحت التصرف بكونها تجعل العامل المستعار خاضع لقانون دولة أجنبية؛ مما يستدعي البحث عن السبل التشريعية الكفيلة بحمايته، سواء من خلال التطرق لكيفية الوضع تحت التصرف (I)، أم بالبحث عن الآثار المترتبة عنه (II).

I: كيفية الوضع تحت التصرف لدى شركة تابعة موجودة بالخارج

أمام خلو التشريع الجزائري من أحكام خاصة بكيفية وضع العامل تحت التصرف لدى شركة تابعة موجودة بالخارج، يمكن اللجوء إلى التشريع الفرنسي أين نصت المادة L1231-5 من قانون العمل الفرنسي¹ على أنه إذا تمت إعاره عامل لشركة تابعة أجنبية، وتم تسريحه من قبلها، فإن الشركة الأم ملزمة برد العامل في منصب يساوي ذلك الذي كان فيه قبل الإعاره؛ وعليه فشرط الوضع تحت التصرف هي:

1- وجود شركة أم ولها شركة تابعة بالخارج.

2- إبرام عقد عمل بين العامل والشركة التابعة الأجنبية.

3- تسريح العامل من طرف الشركة المستعيرة.

II: آثار الوضع تحت التصرف لدى شركة تابعة موجودة بالخارج

لا بد من دراسة الآثار الناجمة عن هذه العملية سواء بالنسبة للشركة الأم (I)، أم بالنسبة للعامل في حد ذاته (II).

¹ " Lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein." .

I: الآثار بالنسبة للشركة الأم

حسب المادة 5-1231 L من قانون العمل الفرنسي، فإنه يقع على عاتق الشركة الأم إلزامية نقل العامل المعار إلى موطنه، وإعادة تأهيله في منصبه السابق.

أ: إلزامية إعادة نقل العامل إلى موطنه

تلتزم الشركة الأم بمصاريف نقل العامل المعار، وكذا المصاريف الناتجة عن التأخر في نقله؛ مما يفتح المجال أمام العامل للمطالبة بالتعويض في حالة الإخلال بهذه الالتزامات. وما نشير له في هذا الصدد، هو أن هذه المادة ورغم ما لها من إيجابيات، ورغم أنها تشكل إحدى الميكانزمات الفعالة في حماية العمال لدى تجمع الشركات، والتي لا مثيل لمثلها في التشريع الجزائري، إلا أنها أغفلت المصاريف الخاصة بنقل عائلة العامل (زوجته وأبنائه)، نظرا لما في ذلك من تفعيل لهذه الحماية، ومن ضمان لحق العامل في العيش عيشة إنسانية هنيئة.

ب: إلزامية إعادة العامل في منصبه السابق

إن رفض إعادة العامل لمنصبه السابق يعتبر كتسريح للعامل دون سبب جدي، يلزم الشركة الأم بدفع تعويض أمام القضاء. إلا أن السبب الوحيد الذي يعفي الشركة الأم من إعادة إدماج العامل هو استحالة إرجاعه لعمله السابق، لكن يقع على عاتقها الإلتزام ببذل عناية وأداء جهد لتوفير منصب للعامل، ولو استحال ذلك فعليها أن تدمجه في منصب يساوي ذلك الذي كان يمارسه من حيث الرتبة، المؤهلات، الأجر.

II: الآثار بالنسبة للعامل ذاته

تعتبر الالتزامات المفروضة على الشركة الأم -والمذكورة في الفقرة السابقة- بمثابة حقوق بالنسبة للعامل المعار، وتشكل ضمانات تشريعية فعالة أقرها التشريع الفرنسي لحمايته.

لكن تبقى المشكلة مطروحة في حالة رفض العامل العودة لمنصب عمله في الشركة الأم، ففي هذه الحالة وحسب القضاء الفرنسي، يجب التمييز بين ما إذا كان المنصب المعروض عليه هو نفسه منصبه السابق أم منصب آخر مساو له، ففي الحالة الأولى يعتبر رفضه بمثابة سبب جدي يسمح بتسريحه¹، في حين في الحالة الثانية فلا يشكل رفضه سببا جديا للتسريح².

ثانيا: الوضع تحت التصرف لعامل لدى شركة تابعة من أجل القيام بمهام الإدارة والتسيير
تحاول الشركات الأم التحكم في شركاتها التابعة وذلك بالاستعانة بأحد عمالها لإدارة وتسيير إحدى شركاتها التابعة، كما أنها قد تلجأ لطرق تعاقدية مختلفة، ويرى البعض أن المدير أو المسير في هذه الشركة التابعة يكون في وضعية متناقضة، فهو من جهة مديرها ويفترض فيه التسيير والإدارة بكل حرية، ومن جهة ثانية هو مجرد عامل أجبر لدى الشركة الأم وملزم بالخضوع لما تمليه عليه³.

وأمام عدم وجود نصوص خاصة تطبق على المسير الأجير في تجمع الشركات بالتشريع الجزائري، ونظرا لكون الشركة التابعة تأخذ صفة شركة مساهمة، فلا بد من التطرق للأحكام الخاصة بالأجير المسير في إطار شركة المساهمة، كنموذج للشركة التابعة لدى تجمع الشركات.

¹ Cass. soc. 2-03- 1994, n°1108.; la Cour de cassation censura une Cour d'appel pour avoir estimé que la rupture du contrat de travail était imputée à un salarié détaché à l'étranger dans une filiale, lequel, après rupture du contrat, avait refusé d'être rapatrié en France dans son entreprise d'origine sur un poste de cadre supérieur.

Selon la Cour de cassation, il fallait établir la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner ; sinon, la rupture devait s'analyser comme un licenciement.

² Cass. soc. 26 -01- 1983 n° 144 ; la Cour de cassation déclara que le refus d'un salarié détaché à l'étranger d'accepter à la fin de son détachement le poste qui lui était offert en France constituait une cause réelle et sérieuse, dès lors que le poste proposé ne constituait pas un déclassement. Voir aussi plus récemment Cass. soc. 10 -10-2009, n°08-41.758. Dans cet arrêt la Cour affirme que « le refus du salarié détaché de rejoindre une nouvelle affectation dans un poste équivalent et pour une même rémunération constitue une faute ; qu'en jugeant dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié détaché ayant refusé son rapatriement, sans constater ni un déclassement ni une baisse de rémunération, et au motif inopérant que le poste de chargé de mission serait imprécis, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1231-5, L. 1232-1 du code du travail ». pour plus de détail ; voir : FARAG HAMODA, Op Cit, p.241.

³ C. Malecki, Les dirigeants de la filiale, rev ;soc,n3, 2000, p. 453.

وفي هذا الصدد تنص المادة 02 من المرسوم 90-290¹ أن المسير الأجير الرئيسي هم: المدير العام، أو الوكيل أو أي مسير أجير رئيسي آخر. وتبعاً لهذا نحاول تحديده من خلال شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة (I) وشركة المساهمة ذات مجلس المديرين (II).

I: في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة

في هذه الشركة يتم توزيع الإدارة فيما بين أجهزة متعددة؛ جمعية عامة تتداول حول أمور نشاطها وإدارتها تطبيقاً لمبدأ ارتباط الإدارة بملكية رأس المال²، ولتعذر ممارسة كل المساهمين لحقهم في الإدارة مباشرة، يتم انتخاب هيئة محددة العدد تقوم بالتسيير الفعلي للشركة ألا وهي مجلس الإدارة.

يتولى مجلس الإدارة وهو جهاز تنفيذي بتسيير أمورها عن طريق اتخاذ القرارات اللازمة لتحقيق غرضها ويضع قرارات وتوصيات الجمعية العامة موضع التنفيذ وهذا ما جاء في تبينه المادة 610 من القانون التجاري " يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة" والمادة 622 من نفس القانون التي تنص "يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة " .

لكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 90-290 بحيث يطرح السؤال التالي:

من هم المسيرين المعنيين بهذا المرسوم ؟

ففي شركة المساهمة ذات مجلس إدارة نجد عدة فئات من المسيرين وهم:

1 القائمون بالإدارة.

2 رئيس مجلس الإدارة المنتخب من بين أعضاء المجلس .

¹مرسوم تنفيذي رقم 90-290، مؤرخ في 29 سبتمبر 1990، المتضمن النظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بالمؤسسات، ج 42 العدد.

² أنظر أحمد محرز: القانون التجاري مصر 1986 ص. 486.

3 المدير العام أو المديرين العامين المقترحين من قبل مجلس الإدارة لمساعدة الرئيس.

4 إدارات المديرية المعينين من قبل المدير في إطار المرسوم التنفيذي رقم 290/90.

باستثناء أعضاء مجلس الإدارة وإن كانوا مسيرين طبقاً لأحكام القانون التجاري، فإنهم لا يتمتعون بهذه الصفة حسب مفهوم المرسوم التنفيذي 290/90، فهم وكلاء اجتماعيين وهذا ما يجعل المجلس مجرد جهاز داخلي في الشركة، وكذا إدارات المديرية المساعدين للمدير العام والذين وفقاً للمادة الثانية من المرسوم المشار إليه أعلاه فإنهم يعدون مسيري مؤسسات¹.

وبالنسبة لكل من رئيس مجلس الإدارة والمدير العام، فهاتين الوضعتين تطرحان عدة تساؤلات حول مكانتهما القانونية في المؤسسة أين سنحاول دراسة كل واحدة على حدة.

أ: رئيس مجلس الإدارة:

هل يمكن لرئيس مجلس الإدارة أن يستفيد من أحكام المرسوم التنفيذي 290/90 وأن يحل محل المسير الأجير الرئيسي؟

ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه رئيساً ويتولى تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة وتمثيلها في علاقتها مع الغير، ويتمتع بالسلطات الواسعة للتصرف باسمها².

من خلال هذين المادتين نجد أن لرئيس مجلس الإدارة صلاحيات لرئاسة المجلس وإدارة الشركة، وعملياً يفهم أن الأولى يحكمها القانون التجاري باعتبارها تعد وكالة، والثانية ينظمها قانون العمل باعتبارها منظمة بعقد عمل وأنه يجمع بين وظيفتين قانونيتين بطبيعتين مختلفتين.

¹ المادة 02 من المرسوم 290/90 .

² المادتين 635 - 638 من ق.ت.

وبالرجوع إلى القانون التجاري وبالتحديد المادة 639 منه التي تنص على أنه "يجوز لمجلس الإدارة بناء على اقتراح الرئيس أن يكلف شخصا واحدا أو اثنين من الأشخاص الطبيعيين لمساعد الرئيس كمديرين عامين".

يظهر جليا أن وظيفة الإدارة العامة للشركة وظيفية لصيقة برئيس مجلس الإدارة فالوظيفتان مرتبطتان لا يمكن الفصل بينهما، ولا يوجد أي نص صريح يفصل بين وظيفة رئيس مجلس الإدارة وتولى المديرية العامة، والإستحالة التي تؤكدتها المادة 638 المذكورة آنفا والتي أتت في طابع الوجوب والإلزام على أن رئيس مجلس الإدارة يتولى تحت مسؤوليته الإدارة العامة، أيضا المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-290 لم تذكر صراحة مصطلح رئيس مجلس الإدارة.

وعليه يبقى رئيس مجلس الإدارة محل عقد وكالة ولا يحتاج إلى عقد آخر لتولى الإدارة العامة بناء على ذلك نستبعده من نظام علاقات العمل ومن تطبيق المرسوم التنفيذي 90-290 عليه ولا يمكنه بذلك أن يكتسب صفة المسير الأجير الرئيسي فهو وفقا للقانون التجاري وكيلا إجتماعيا فقط.

ب: المدير العام

يتولى رئيس مجلس الإدارة مهام ثقيلة ولهذا يمكنه أن يقترح على مجلس الإدارة تعيين شخص أو اثنين للقيام بمساعدته في القيام بمهام الإدارة العامة تحت مسؤوليته بصفته مديرا عاما ، ويحدد رئيس مجلس الإدارة مدى ومدة السلطات المفوضة للمدير العام المادة 1/644 من القانون التجاري، رغم أن له كل السلطات للتصرف باسم الشركة وله اتجاه الغير نفس سلطات رئيس مجلس الإدارة وفقا لأحكام المادة 2/641 من القانون التجاري. يرتبط المدير العام بعقد عمل مع المؤسسة طبقا للمرسوم 90-290 المتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات الذي لا يخص سوى الإدارة العامة

فهو أول منصب معنى به مباشرة، وعليه فهو يتمتع بصفة المسير الأجير الرئيسي في هذه الشركة.

تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-290 على أنه "يعتبر مسير المؤسسة وفق تطبيق هذا المرسوم كل من المسير الأجير الرئيسي، المدير العام، والوكيل أو أي مسير أجير رئيسي آخر....." وهذا ما يطرح الإشكالية التالية: فالمدير العام من جهة القانون التجاري يعد وكيلا اجتماعيا ومن جهة قانون العمل مسير أجير رئيسي.

ويشير الجمع بين الوظيفتين عدة صعوبات عملية ، خاصة في حالة قطع علاقة العمل باعتبار أن كل من عقد الوكالة وعقد العمل مستقلين عن بعضهما البعض ، مما يجعل المدير العام خاضع للقانون التجاري كقانون عام وقانون العمل كقانون خاص.

وما يجب أن يلاحظ أن عقد العمل هو تابع للوكالة وأن صفة المدير العام لم تنتج عن عقد العمل المبرم بل جاءت وفقا للقانون التجاري المادة 639 منه، وعليه بزوال الوكالة أو سحبها ينقضي عقد عمله.

لكن بالنظر إلى طبيعة تشريع العمل والذي من طابعه الخاص الحماية التي تفرض نفسها في كل مرة أين المرسوم التنفيذي 90-290 لم يأخذ بعين الاعتبار كل هذه الإشكالات بعدم التطرق إليها نتيجة الثغرات القانونية الواردة فيه¹.

II: في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين

يتولى إدارة هذه الشركة ثلاثة أجهزة ألا وهي: الجمعية العامة للمساهمين، مجلس مراقبة ومجلس مديرين، ويتولى هذا الأخير الإدارة العامة طبقا للمادة 1/643 من القانون التجاري، التي تنص على أنه "يدير شركة المساهمة مجلس مديرين يتكون من ثلاثة الى خمسة أعضاء على الأكثر" وعدد أعضاء مجلس المديرين يحدده القانون الأساسي، ويتم

¹ M- AHmed Nasr-Eddin KORRICHE , les relations de travail concernant les dirigeants de l'entreprise, un régime spécifique et problématique, Revue Algérienne du travail n° 24 Institut National du travail, P. 103.

تعيينهم من طرف مجلس المراقبة عن طريق عقد التعيين الذي يحدد كيفية دفع الأجر (المادة 647 من القانون التجاري)، وتسنّد الرئاسة لأحدهم (المادة 645 قانون تجاري)، والسؤال الذي يطرح: هل يمكن أن نطبق أحكام المرسوم التنفيذي 90-290 على أعضاء مجلس المديرين؟ إذا رجعنا إلى القانون التجاري نجدّه يعتبر أعضاء مجلس المديرين وكلاء إجتماعيين لكن نجد أن المرسوم التنفيذي 90/290 أضفى عليهم صفة الأجير أي صفة المسير الأجير الرئيسي، لأنهم يتمتعون بسلطات مماثلة في التسيير ويمكن تحديد لكل واحد منهم الأهداف والنتائج التي يجب تحقيقها فهم يرتبطون بعقود عمل ويستفيدون هكذا من أحكام المرسوم التنفيذي 90-290 والحماية المقررة للعمال بمقتضى قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل¹.

وإذا كانت الأحكام السابقة الذكر، والتي أتت على عمومها دونما أن تشمل على أحكام خاصة بانتداب العامل الأجير المسير لدى الشركة التابعة في تجمع الشركات، لا توفر الكثير من الحماية لهذه الشريحة العمالية في ظل تجمع الشركات بالجزائر، فإن التشريع الفرنسي وعلى العكس عالج هذه الحالة بوضع ميكانزمات تشريعية كفيلة بحماية العامل الأجير المسير لدى الشركة التابعة؛ بحيث حددت محكمة النقض الفرنسية شروط الوضع تحت التصرف للعامل لدى الشركة التابعة من أجل القيام بمهام الإدارة والتسيير²، وهي كالاتي:

1- وجود علاقة تبعية بين العامل والشركة التابعة³.

2- تلقي العامل أجر من الشركة الأم⁴.

¹ قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر العدد 17

² Farag Hmoda, thèse, préc, p.242.

³ Cass. soc. 2 -10- 1991, n°2878 .cité par Farag Hmoda, thèse préc, P.243.

⁴ Cass. soc. 2 -12- 2008, 07-44.68507-44.762, La Cour a déclaré en ce sens que « Alors, de deuxième part, que le versement de la rémunération du salarié engagé par la société mère de droit américain pour diriger l'une de ses filiales en France, par la seule filiale française, n'est pas de nature à exclure l'existence d'un lien de subordination entre ce salarié et la société mère ; qu'en déboutant M. X... de sa demande motif pris de ce qu'il n'avait jamais perçu de rémunération de la société Manpower Inc., la cour d'appel a statué par un motif inopérant, en violation des articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail ».

3-قيام العامل بأعمال التسيير والإدارة لدى الشركة التابعة ولصالح الشركة الأم¹.
كما بين الإجتهد القضائي الفرنسي آثار هذه العملية من خلال التصدي لحالتين ممكنتا
الطول من الناحية العملية؛ فإذا ما تم تسريح العامل من قبل الشركة الأم بعد عزله من
الشركة التابعة، فهنا لا يحق للشركة الأم الاستناد على عزل العامل من طرف الشركة
التابعة والتذرع به لتسريحه، لأن تجمع الشركات لا يملك شخصية قانونية مستقلة، مما
يجعلنا أمام شخصين معنويين مستقلين، وبالتالي فالتسريح في هذه الحالة هو تسريح
تعسفي².

أما في حالة ما إذا تم عزل العامل من الشركة التابعة بعد تسريحه من الشركة الأم، فإن
القضاء الفرنسي يعتبر ذلك صحيحا ومشروعا، استنادا على أحكام المادة 55-225 L من
قانون العمل ، نظرا لفقدان العلاقة بين العامل المعزول وباقي الشركاء³. إلا أن أحد
الفقهاء يعيب على الإجتهد القضائي أنه غير مؤسس ومتسرع، ويرى أن للعامل المعزول
الحق في طلب التعويض على أساس التسريح غير المؤسس إذا تم في ظروف مهيمنة،
وطبقا للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁴.

¹ Farag Hmoda, thèse, préc, p.245,246.

² Cass soc 10 -12- 2008, n°07-43.371. Cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.246.

³ Cass. Com. 12 -07- 2007, Bel c/ Sté CEBTP. Rev. soc. 2008, p.124. note J-P. Dom.

⁴ Voir M. Cozian, A. Viandier, Deboissy, Droit des sociétés, Litec, éd 17, 2004. « il faut se rendre compte que la révocation ad nutum n'autorise pas la malveillance gratuite . Le dirigeant, se fondant sur l'article 1382 du Code civil, peut réclamer des dommages-intérêts si son éviction intervient dans des circonstances injurieuses ou vexatoires. ».

المطلب الثاني: تحويل العمال داخل تجمع الشركات

غالبا ما يتم بشكل اعتيادي تحويل العامل في تجمع الشركات بين الشركة الأم وإحدى شركاتها التابعة، أو بين شركة تابعة وشركة تابعة أخرى، ويكون الهدف من هذا التحويل فضلا عن الاستفادة من كفاءته لصالح الشركة الأم أو شركة تابعة أخرى، وتسخير خبراته لمعالجة مشاكل تقنية، يكون كذلك هدف ذو طابع اقتصادي، فبدلا من اللجوء لتسريح العامل لأسباب اقتصادية، يستفيد من عملية التحويل لشركة تابعة أخرى، يمر بمرحلة إنتاجية مزدهرة أو يعاني من نقص في اليد العاملة¹.

تطرح هذه العملية عدة تساؤلات، من أهمها:

هل يعتبر تحويل العامل تعديلا لعقد العمل بسبب تغيير رب العمل؟ هل يمكن للعامل المحول رفض التحويل؟ وهل يمكن أن يتم النص على التحويل في بند خاص ضمن عقد العمل؟ هل يمكن للعامل طلب نفس الحقوق التي كان يستفيد منها قبل التحويل من الشركة المستضيفة؟ وهل يمكن له الرجوع للشركة الأصلية؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة سنتطرق لخصائص تحويل العامل داخل تجمع الشركات (الفرع الأول)، ثم للآثار الناجمة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص تحويل العامل داخل تجمع الشركات

رغم عدم وجود نصوص قانونية في هذا الصدد، إلا أنه حسب الفقه فإن التحويل يشكل اقطاع عقد العمل مع الشركة الأصلية، وإيجاد عقد عمل جديد مع الشركة المستضيفة؛ وحسب البعض تعتر هذه العملية بمثابة نقل دائم من شركة لأخرى، على خلاف الوضع تحت التصرف أين يتم نقل العامل لمدة محددة فقط².

¹ Farag Hmoda , thèse, préc, p.201.

² B. Boubli, Le groupe de sociétés et le droit du travail (la détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés), éd Panthéon-Assas, Paris 1999, p.23.

وباعتبار عملية التحويل بمثابة عملية ثلاثية الأطراف: العامل، الشركة الأصلية، الشركة المستضيفة؛ فتثور عنها العديد من المشاكل القانونية، سنحاول التطرق لها من خلال النقاط الآتية:

أولاً: مدى تعديل عقد العمل

تبعية العامل للشركة التابعة لا يعني تبعيته لباقي الشركات في التجمع، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية معتبرة أن العامل تابع للشركة التابعة وحدها، باستقلالية عن باقي الشركات¹.

يطرح هذا المبدأ الإشكال الآتي: هل يمكن استمرار العمل بالعقد السابق؟ أم لا بد من وضع قطيعة تامة للعقد السابق وإبرام عقد جديد مع الشركة المستضيفة؟ تكتسي الإجابة عن هذا السؤال أهمية بالغة، كونها تؤثر مباشرة على وضعية العامل، فإذا قلنا أن العقد يستمر، فلا مجال للتفاوض في طبيعة العمل (الأجر، التجريب...)، أما إذا سلمنا بأننا بصدد عقد جديد مستقل تماماً عن سابقه فلا بد من إعادة تنظيم جميع الترتيب المتعلقة بالعمل.

¹ Cass. soc. 08-15.776 – 13 -01- 2010 – Bull. 2010, V, n° 5; Selon cette décision, «l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier, d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi » ; Voir aussi Cass. soc. 18 janv. 2011, n°09-69.199 ; Cass. soc. 10-13.897, 15 -02-2012 ; Cass. soc. 10- 23.657, 29 -03-2012. Selon ce dernier arrêt « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; que, à défaut d'une telle obligation légale, il ne résulte pas de l'accord d'entreprise du 25 juillet 2005 faisant état, d'un côté, d'une simple possibilité de reclassement d'un nombre limité de salariés dans la société LC MAITRE en cas de poursuite du contrat Volkswagen et indiquant, de l'autre, devoir examiner le cas des autres salariés et étudier un plan social pour tous, un engagement ferme de la société EURODEC INDUSTRIE, qui n'a pas la qualité d'employeur, de procéder au reclassement de l'ensemble des salariés de la société BRIFFAZ, et en particulier de Monsieur Y...; qu'en jugeant que la société EURODEC INDUSTRIE avait violé l'engagement pris aux termes de l'accord du 25-07-2005 et engagé sa responsabilité extracontractuelle, la Cour d'appel a violé les articles 1134 et 1382 du Code civil ».

وفي هذا الصدد، نلاحظ عدم وجود أي تشريع ينظم هذه النقطة، غير أنه حسب الفقه والقضاء فتحويل العامل يشكل عقداً جديداً مستقلاً تماماً عن سابقه؛ وذلك أنه وجود علاقة ثلاثية بين الشركة الأصل والعامل والشركة المستضيفة، حتى ولو وجدنا بنوداً في عقد العمل تنص على استمرار العمل بالإمتهادات السابقة، إلا أننا في الأخير بصدد انتهاء العمل بالعقد القديم وبداية العمل بالعقد الجديد¹.

ثانياً: ضرورة موافقة العامل على التحويل

يعتبر تحويل العامل بمثابة تغيير في عقد عمله، وبالتالي لا بد من قبوله للتحويل، وعليه فعلى الشركة الأصلية تبليغ العامل برسالة موصى بها بكل المعلومات الخاصة بالعقد الجديد مع الشركة المستضيفة، وللعامل إما أن يقبل أو يرفض، وفي الحالة الأخيرة لا يشكل ذلك سبباً جدياً لتسريحه.

ولا يشترط أن يكون القبول صريحاً، بل قد يكون ضمناً كمباشرة العامل لعمله في الشركة الجديدة بعد تلقيه للرسالة.

الفرع الثاني: آثار عملية التحويل على الوضعية القانونية للعامل

رغم اعتبار القضاء أن تحويل العامل هو مجرد تغيير لرب العمل، إلا أنه قد يؤثر كثيراً في الوضعية القانونية للعامل، سواء فيما يخص مدة تجريبه (أولاً)، أم مصير الأقدمية التي يكتسبها (ثانياً)، أم في حالة تسريحه من طرف رب العمل الجديد (ثالثاً).

أولاً: مرحلة تجريب العامل

فرقت محكمة النقض الفرنسية بين حالتين:

الحالة الأولى، إذا تم التحويل لنفس المنصب أو منصب من نفس الطبيعة، ففي هذه الحالة لا جدوى من مرحلة التجريب، كون أن كفاءة العامل معروفة مسبقاً.

الحالة الثانية، إذا تم التحويل في منصب آخر، ففي هذه الحالة وضع العامل في مرحلة التجريب صحيح.

¹ M. Claire, op. cit, p.148.

ثانيا: مصير الأقدمية

إذا سلمنا بأنه ينتج عن تحويل العامل عقد جديد فإن هذا يطرح لنا مشكلة استمرار الأقدمية، على إعتبار أن العامل يعتبر حديث العهد مع الشركة المستضيفة. ولا يطرح أدنى إشكال إذا كنا بصدده حالة التحديد القانوني، كأن ينص القانون صراحة على أن التحويل لا يمنع من احتساب الأقدمية التي للعامل مع الشركة الأصلية في العطل والترقيات. وكذلك الحال إذا تضمن العقد بنودا تخص هذه النقطة؛ لكن الإشكال يثور في حالة سكوت النص والعقد. فالأقدمية تكون حسب محكمة النقض الفرنسية سارية المفعول إذا كانت الشركة الأصلية والشركة المستضيفة من نفس تجمع الشركات¹.

ثالثا: تسريح العامل من طرف الشركة المستضيفة

لا يوجد أي نص يتضمن ضرورة إعادة إدماج العامل المسرح إلى الشركة الأصلية بعد عملية التحويل، إلا أن هذا لا يعني أن الشركة معفاة من المتابعة القضائية، أين يمكن متابعتها على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك بشرط إثبات أن التسريح الذي تم هو تسريح تعسفي؛ ففي هذه الحالة يمكن إما إرجاع العامل لمنصب عمله وإما الحكم على الشركة المستخدمة بدفع التعويضات الكافية عن الضرر المتسبب له، وهذا ما هو معمول به في القواعد العامة للقانون الاجتماعي ككل.

فالقانون رقم 11/90 تضمن نصا خاصا يحدد من خلاله الجزاء الذي يمكن للقاضي فرضه في حالة كشفه عن قيام أي تعسف من جانب المستخدم في إستعمال سلطته في الإنهاء وكذا مخالفته للقواعد الإجرائية، ويتجلى هذا النص في المادة 04/73 منه التي جاء فيها: "إذا وقع تسريح العامل مخالفة للقيود الإجرائية القانونية أو الإتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم إحترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، ويمنح العامل تعويضا ماليا نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله.

¹ Farag Hmoda, Thèse prec, p

و إذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه، يعتبر تعسفيا.

إذ تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الإحتفاظ بإمتهاداته المكتسبة أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح للعامل تعويضا ماليا عن الأجر الذي يتقاضاه عن مدة ستة أشهر من العمل ، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة".

المبحث الثاني

حماية العمال من التأثيرات الناجمة عن إعادة هيكلة تجمع الشركات

إن الحاجة للتكيف مع التحولات الاجتماعية والاقتصادية وحتى القانونية، تشكل أبرز ميزة في حياة تجمع الشركات، والذي يتخبط يوميا في ضغوطات ومتغيرات السوق الإقتصادية من أجل تحقيق أهدافه التجارية وربح معاركه التنافسية؛ ومن أجل تلبية هذه الحاجة يلجأ عادة لاتخاذ العديد من القرارات الحاسمة والدقيقة، والتي غالبا ما تمس الحياة الاجتماعية لفئاته العمالية سواء بشكل مباشر أم غير مباشر.

وإن القرارات التي يتخذها تجمع الشركات والمتعلقة خاصة بهيكلته وكيفية سير شركاته التابعة، وإعادة ترتيب أولوياته في الإنتاج، ورغم اختلاف وتعدد أسبابها، بحيث قد تكون نتيجة لزيادة في نمو إنتاج التجمع، أو بسبب حالة خطر مالي، أو بسبب تغيرات أخرى كدخول تقنيات جديدة للسوق أو تغير النظام القانوني للدولة¹،...؛ إلا أنها تشترك كلها في كونها تمس الوضعية الاجتماعية للعامل في الشركة التابعة، إذ قد تهدده بتغيير جذري لعلاقته التعاقدية مع الشركة المستخدمة، بل وقد تصل أحيانا حتى إلى حذف منصب عمله على الإطلاق.

فإذا ما وجد تجمع الشركات نفسه مجبرا على إعادة هيكلة شركاته أو إعادة تنظيم إستراتيجيته التسويقية، أو تشجيع فقط إنتاج بعض الشركات دون الأخرى، فإن قراراته تحمل معها انعكاسات مشؤومة على وضعية العمال، الذين -بسبب تعديل مسار التسويق في التجمع- يجدون مناصبهم أو وضعيات شغلهم مهددة².

¹ Dans se sens voir : Farag Hmoda, thèse, préc, p.251 : «Les restructurations constituent donc un moyen habituel et efficace pour répondre à cette nécessité. Elles peuvent avoir pour fait déclencheur aussi bien une situation de croissance imposant une optimisation des moyens de l'entreprise, qu'une situation de détresse financière. La réduction ou l'augmentation d'actifs, l'externalisation d'activités, l'arrivée d'une nouvelle technologie et la transformation de la forme juridique de l'entreprise sont des éléments de réaction classique face à un climat économique fragile et aux incertitudes.».

² Frederic Magnus, op cit, p.112.

ولما كان القائمون على شؤون تجمع الشركات لا يسعون إلا لتحقيق أقصى معدل من الربح، سواء بلجوئهم إلى تقنيات جديدة وتكنولوجيات متقدمة ولو على حساب التخلي عن فئات عمالية داخل التجمع¹، أو من خلال لجوئهم إلى إنهاء علاقات العمل داخل الشركات التي لا فائدة منها، أو عبر فرض تغييرات جذرية على كيفية أداء العمال لخدماتهم بشكل يساير التحولات، فإن الوضع يستدعي منا البحث عن مدى الحماية القانونية التي يوفرها التشريع والقضاء لعمال الشركات التابعة لمواجهة التأثيرات الناجمة عن قرارات الشركة الأم، من خلال البحث في مدى إمكانية تسريح العمال لأسباب إقتصادية، وما هي حقوقهم في هذه الحالة، وهل يحق للتجمع تعديل عقود عمل العمال بشكل انفرادي، وما أثر ذلك على وضعياتهم الاجتماعية؛ وذلك عبر المطالب الآتية:

المطلب الأول: حماية العمال في حالة التسريح لأسباب إقتصادية

المطلب الثاني: حماية العمال في حالة إعادة التأهيل الذي يؤثر في وضعيتهم القانونية

¹ من بين نتائج الحرب العالمية الثانية هو التطور التكنولوجي والاقتصادي الذي أفرز أزمات إقتصادية ومالية انعكست آثارها على مختلف بلدان العالم، لذلك أصبحت معظم الدول تقوم على نظام اقتصاد السوق مما أدى الى ضرورة إيجاد آليات تتماشى مع الظروف الاقتصادية الجديدة خاصة بعد أن أصبحت تجمعات الشركات معرضة بصفة دائمة لصعوبات مالية وتكنولوجية، وذلك بغية التكيف مع الظروف المستجدة والتغلب على الأزمات الاقتصادية وزيادة الإنتاج والإنتاجية حتى تتمكن من فرض وجودها في عالم المنافسة الحرة والصراع من أجل البقاء، وذلك بأقل النفقات وزيادة المردودية والفعالية الاقتصادية، وإعادة التنظيم الهيكلي والوظيفي للمشاريع وما إلى ذلك من التدابير والأعمال المختلفة كدخول الآلة محل الإنسان.

هذه المعطيات كلها كان لها الانعكاس السلبي على عالم الشغل بصفة عامة وعلى عمال الشركات التابعة بصفة خاصة، إذ أصبحوا ضحية بالدرجة الأولى ولم يبق إجراء الفصل أو التسريح يتم في شكل فردي بل أخذ مفهوم الفصل بعدا واسعا أي جماعيا تحت غطاء مصلحة المشروع والمؤسسة، وكأن سلطة رب العمل في هذا لإنهاء نتيجة لحق الملكية؛ أنظر: حسين عبد الرحمان قدوس، إنهاء العمل لأسباب إقتصادية - مكتبة الجلاء، المنصورة 1990، ص.413.

المطلب الأول: حماية العمال في حالة التسريح لأسباب اقتصادية

إن انتهاء علاقة العمل مصير محتوم يواجهه كل عقد إذ لا يمكن أن يقوم إلى الأبد، وفي هذا الصدد تنص المادة 66 من قانون 90-11 على ما يلي: "تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية: البطلان أو الإلغاء القانوني، انقضاء أجل عقد العمل ذي المدة المحدودة، الاستقالة، العزل، إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة، التقاعد، الوفاة".

وانتهاء عقد العمل يضع بعض المصالح المتناقضة وجها لوجه، فالأجراء يرغبون في الحصول على ضمان شرعي لاستقرار الاستخدام، والفصل المفاجئ المطلق قد يسبب لهم أضراراً، أما أصحاب العمل فيدافعون عن حرية الفصل محتجين بذلك لمصلحة المشروع أو المؤسسة واستحالة الاحتفاظ باليد العاملة؛ لكن قانون العمل جاء أكثر حماية للأجراء حيث أن الهدف المنشود هو حماية العامل للاحتفاظ بعمله لذلك قيد إرادة المستخدم في إنهاء علاقة العمل من حيث ركن السبب الذي يبنى عليه قرار التسريح. حيث يجب أن يكون مشروعاً سواء تمثل في ارتكاب العامل خطأ جسيماً¹ أو وجود اعتبارات اقتصادية جدية، وهو ما يسمى بالتسريح لأسباب اقتصادية، ولعل ما يبرز خطورة هذا الأخير على العامل في الشركة التابعة، أنه يؤدي به لفقد منصب عمله دونما أدنى خطأ منه، وأنه يتم بقرار من الشركة الأم بحيث ليس للشركة التابعة سوى دور مساعد فقط، وأمام خطورة الوضع فقد أولى المشرع عناية خاصة بهذا التسريح وكان المنعرج الحاسم هو قانون 90-11 الذي ألغى قانون 78-12 المؤرخ في أوت 1978 ثم تلاه المرسوم التشريعي رقم 94-09 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن الحفاظ على الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية² والذي عبر عنه قانون رقم 90-11 بعبارة التسريح للتقليل من عدد العمال ثم المرسوم رقم 94-09 استعمل لأول مرة عبارة "فقدان العمل لأسباب لا إرادية".

¹ للمزيد زوية عز الدين، سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010-2011، ص.126 وما يليها.

² ج. ر. العدد 34

ولمعرفة الحماية الحقيقية التي يوفرها التشريع والقضاء للعمال المسرحين من تجمع الشركات لأسباب اقتصادية، لا بد من التعرف على مفهوم التسريح لأسباب اقتصادية(الفرع الأول)، و ضمانات العمال تجاهه(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التسريح لأسباب اقتصادية

سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق بالبحث والدراسة إلى تحديد مفهوم هذا الإجراء بإظهار أسبابه وتحديد دوافعه، والتي تعتبر كقيود واردة على سلطة رب العمل في الإنهاء لضمان عدم تعسفه، ثم نتعرض لدراسة آثار التسريح لأسباب اقتصادية.

أولاً: أسباب التسريح لأسباب اقتصادية

قد تعترض نشاط المؤسسة صعوبات اقتصادية تدفعها حتما للجوء إلى التقليل من عدد عمالها وذلك بهدف الاستمرار في نشاطها، وعليه يلجأ المستخدم إلى إلغاء بعض المناصب التي لا يراها ضرورية أو يعيد النظر في عقود العمل فيعدلها رغبة منه في إعادة هيكلة المؤسسة تجنباً لخسارة المؤسسة وإفلاسها.

ولتحديد الأسباب الباعثة على التسريح الاقتصادي للعمال، أوجد المشرع الفرنسي المادة L1233-3 من قانون العمل والتي حددت أسبابه بشكل دقيق ومفصل، وأضاف لها الاجتهاد القضائي كذلك سبباً آخر¹؛ وذلك لتكييف السبب الاقتصادي على خلاف المشرع الجزائري الذي ترك الغموض في تحديد المفهوم القانوني والأسس المعتمد عليها في تعريف هذا السبب، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن السبب الاقتصادي يجب ألا يرتبط

¹ « L'article L. 1233-3 du Code du travail français prévoit que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». La jurisprudence ajoute le cas du licenciement justifié par une réorganisation décidée par l'employeur pour s'attaquer à la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient » ; Cass. soc. 8 -12-2000, n°97-44219 ; Cass. soc. 20 -06-2007, n°05-45.924; CA Dijon. soc., 13 -01- 2011, n° 09-00591, « Pour avoir une cause économique, le licenciement pour motif économique doit être consécutif soit à des difficultés économiques, soit à des mutations technologiques, soit à une réorganisation de l'entreprise, soit à une cessation d'activité » ; CA. Angers, ch. soc. 10-02402, 28 -08- 2012, cités par : Farag Hmoda, thèse, préc ,p.253 et suite.

بشخص العامل بل هو مرتبط بالمؤسسة المستخدمة وبظروفها الخارجية (العرضية) أو الداخلية (الهيكلية).

I: الأسباب ذات الطبيعة العرضية

تتمثل الأسباب الاقتصادية ذات الطبيعة العرضية في ظروف خارجية تتصل بالمحيط الاقتصادي وتكون لها انعكاسات سلبية على سير نشاط المؤسسة وتشكل ضغوط على إرادة صاحب العمل، وفي هذا الصدد يرى المشرع الفرنسي أنه إذا اجتمعت في الظرف الخارجي عناصر القوة القاهرة فإن عقد العمل لا يخضع للأحكام الخاصة بالإلغاء للسبب الاقتصادي إذ أن تحقق القوة القاهرة يستدعي انقضاء العقد بالانفساخ.

وتتميز هذه الظروف بكونها ظرفية وليس لها بعد زمني تتمثل بصفة عامة في انخفاض الطلب على السلع والخدمات كأثر للمنافسة، ارتفاع معدلات التضخم كأثر للتطور التقني في مجال أساليب وسائل الإنتاج، أو في ارتفاع أثمان المواد الأولية.

II: الأسباب ذات الطبيعة الهيكلية

إن إنهاء علاقة العمل لأسباب اقتصادية ذات طبيعة هيكلية يعد أثرا لإجراء مجسد في تغيير أو تعديل هيكل المنشأة إما لمواجهة الصعوبات الاقتصادية أو التقنية التي تعترض سير نشاط المؤسسة وإما لتهيئة الوسائل التي تمكن من قدرة التكيف وظروف المنافسة الاقتصادية وإما زيادة العائد الاقتصادي من خلال خفض الأعباء، وإن السمة الأساسية لهذا النوع من الأسباب أنها تنتج وضع مستقر وثابت.

وقد يتصل التعديل الهيكلي بالهيكل الإداري أو التقنية كخلق إحدى الشركات التابعة أو التخصص في نوع معين من النشاط، كما قد يتصل بهيكلها القانوني إثر انتقال ملكيتها أو حالة الاندماج داخل مجموعة اقتصادية¹.

¹حسن عبد الرحمان قدوس، المرجع السابق ص 90 و130

ثانيا: آثار التسريح لأسباب اقتصادية

بالرجوع إلى الأحكام المنظمة للتسريح الاقتصادي نجد أن المشرع الجزائري حاول الموازنة بين المصالح الاقتصادية للمؤسسة بإخراجها من أزمتها الاقتصادية والمالية من جهة، ومن جهة أخرى المصالح الاجتماعية للعمال المعنيين بهذا الأجراء، فخصهم بضمانات مادية متمثلة في التعويضات وحقوق أخرى سنحاول إبرازها في هذا الإطار.

I: نظام الإحالة على التقاعد المسبق

لقد استحدث المشرع الجزائري نظاما جديدا يتماشى مع الظروف الاقتصادية الجديدة ألا وهو نظام التقاعد المسبق وكان ذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 94-10 فنصت المادة 02 منه على أنه " تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي على جميع أجراء القطاع الاقتصادي الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لسبب اقتصادي في إطار تقليص عدد من العمال أو التوقيف القانوني لعمل المستخدم".¹

ويمكن تعريف التقاعد المسبق على أنه: إحالة العامل على التقاعد بصفة مسبقة بفترة قد تصل إلى 10 سنوات قبل السن القانوني كما هو محدد في القانون الخاص بالتقاعد، وإن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي حدد الشروط الواجب توافرها في العامل للاستفادة من امتيازات التقاعد المسبق وكذا التزامات صاحب العمل.

أ: شروط الاستفادة من التقاعد المسبق

نصت المادة 07 من المرسوم التشريعي السالف ذكره على شروط الاستفادة من التقاعد المسبق والمتمثلة في:

- أن يبلغ من العمر 50 سنة إذا كان ذكرا أو 45 سنة على الأقل إذا كانت أنثى.
- أن يجمع عدد من سنوات العمل أو المماثلة لها القابلة للاعتماد في التقاعد يساوي 20 سنة على الأقل.

¹ مرسوم تشريعي رقم 94-10 ، مؤرخ في 26 مايو 1994، المتضمن إحداث التقاعد المسبق ، ج 34 العدد

- أن يكون قد دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي لمدة 10 سنوات على الأقل بصفة كاملة ومنها السنوات الثلاثة السابقة لنهاية علاقة العمل التي تثبت الحق في التقاعد المسبق.
- أن يرد اسمه في قائمة العمال الذين يكونون موضوع تقليص أو قائمة الأجراء لدى المستخدم في وضعية توقف عن العمل.
- أن لا يكون قد استفاد من دخل ناتج عن نشاط مهني آخر¹.

ب: التزامات صاحب العمل

يلتزم صاحب العمل من أجل تقليص عدد العمال عن طريق الإحالة على التقاعد المسبق بضرورة مساهمته في تمويل صندوق التأمين عن البطالة وصندوق التقاعد المسبق حسب ما أشارت إليه المادة 12 من المرسوم التشريعي 94-10 وقد سماها المشرع بالمساهمة الجزافية القبلية، تحسب على أساس عدد سنوات التسبيق المحددة قانوناً.

II: نظام الإحالة على صندوق التأمين على البطالة

لا شك أن إلغاء مناصب الشغل أو التقليص منها يؤدي إلى انتشار ظاهرة البطالة في المجتمع وما ينجر عن هذه الظاهرة من تأثيرات على مستويات عدة، والجزائر نتيجة لحملة التسريحات التي اكتسحت مؤسسات القطاع العام وأملا منها في مساعدة الأجراء الذين فقدوا عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية أنشأت الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة وذلك بموجب المرسوم 94-11 المؤرخ في 26 ماي 1994² وأسندت لهذا الصندوق مهمة الحماية ضد خطر فقدان منصب العمل بصفة لا إرادية ولأسباب اقتصادية.

¹آمال بن رجال، المرجع السابق، ص. 108.

²المتضمن التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، ج. العدد 34

III: الآثار الأخرى¹

يستفيد العمال المسرحون إضافة إلى الحقوق السالفة الذكر بما يلي:

أ: مهلة الإخطار المسبق

تقرر المادة 41 من الأمر رقم 31-75² أحكام مهلة الإخطار التي نص عليها القانون رقم 11-90 في المادة 05/73، وقد عبر عنها المشرع بمهلة العطلة، إلا أنه يبدو أن هذه التسمية غير صحيحة بدليل أن مدة الإخطار لا تعتبر بمثابة عطلة، ذلك أن العامل المسرح يبقى أثناء هذه الفترة في منصب عمله ولا يثبت له إلا الحق في ساعتي الراحة للبحث عن عمل جديد كما تبينه المادة 06/73 من القانون رقم 11-90، إضافة إلى أن هذه المهلة قد عممت على جميع حالات إنهاء علاقة العمل ما عدا الخطأ الجسيم وقد تناولها القانون رقم 11-90 في المادة 05/73 بنصه على تسريح العامل الذي لم يرتكب خطأ جسيماً يخول له الحق في "مهلة العطلة". وتحدد مدتها الدنيا في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية، ولكنه يجوز الاتفاق على تمديد هذه المدة بموجب عقود العمل الجماعية أو الفردية في بعض المهن والصناعات لإتاحة وقت أطول للعامل للبحث عن عمل آخر يناسبه. ولصاحب العمل لإشغال الفراغ الذي يتركه العامل المسرح، ولكن لا يجوز تقليص هذه المدة لتفادي احتمال الإضرار بمصلحة العامل بتضييق فرصة عثوره على عمل جديد.

¹ إلى جانب هذه الحقوق يستفيد العمال في إطار التقليل لأسباب اقتصادية من ضمانات أخرى تتمثل في: -إفادتهم بالخدمات الاجتماعية التي تؤديها مؤسساتهم المستخدمة الأخيرة لمدة سنة كاملة على الأقل كما يمكنهم أن يستمروا من الخدمات الاجتماعية لمدة تفوق تلك السنة، حسب الشروط والأشكال التي تحددها الاتفاقيات الجماعية، وهذا ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم التشريعي 09/94.

-إفادتهم من أداءات الضمان الاجتماعي، لا سيما فيما يتعلق بالأداءات العينية عن المرض، الأمومة والمنح العائلية ورأس مال الوفاة لذوي حقوق العامل المسرح؛ أنظر المادة 19 من المرسوم التشريعي 10/94 والمادة 11 من المرسوم التشريعي 11/94.

² أمر رقم 31-75، مؤرخ في 29 أبريل 1975، المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج 9، العدد 39

أما المادة 6-73 فجاءت بنصها على أن للعامل الحق طوال مدة مهلة العطلة في ساعتين كل يوم قابلتين للجمع ومأجورتين حتى يتمكن من البحث عن منصب عمل آخر، ويمكن للهيئات المستخدمة أن تفي بالتزام بإعطاء مهلة عطلة للعامل المسرح عن طريق دفعها مبلغا سنويا للأجر الكلي الذي كان العامل سيتقاضاه طوال المدة نفسها. والمشرع لم ينظم مهلة الإخطار بشأن بداية سريانها ولم يفوض للأطراف الاتفاق بشأنها، لكن مبدئيا فإن بداية سريانها تكون من تاريخ التبليغ الكتابي للعامل بقرار التسريح وذلك عن طريق رسالة مضمنة الوصول مع الإشعار بالإستلام.

ومبدئيا فإن مهلة العطلة لا تقبل التعليق ولا الانقطاع، فلا يمكن تأخير أجل هذه المدة بسبب المرض أو الحادث الذي يقع خلالها إلا إذا تعلق الأمر بحادث عمل، ومع هذا فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام ويمكن الاتفاق على مخالفتها، أو أن تتضمن الاتفاقية الجماعية أحكاما مخالفة فتتص على إمكانية تعليق هذه المدة أو وقفها في حالات معنية. لهذا يمكن القول إن مهلة الإخطار رغم كونها حق للعامل فإنها التزام أيضا لا يمكن التحلل منه بإرادته المنفردة وفي المعتاد فإن كلا من المستخدم والعامل يستمران في تنفيذ التزاماتهما الناشئة عن عقد العمل خلال مهلة العطلة ولا يطرأ على مركزيهما القانونيين أي تغيير، إذ يبقيان على نفس الحالة التي كانا عليها قبل التسريح.

ب: الحق في تسليم شهادة العمل

يلزم القانون صاحب العمل بتسليمه للعامل الذي يترك المشروع شهادة عمل في نهاية خدمته، وذلك لغرض تسهيل إعادة تشغيله، والسماح لصاحب العمل الجديد بالتأكد من أن العامل لم يعد مرتبطا بأي عقد للعمل، كما أن هذه الشهادة تفيد في إثبات مدة خدمة العامل ويقع هذا الالتزام على كاهل أصحاب الأعمال كافة بدون استثناء أيا كانت طبيعة علاقة العمل وظروف انتهائها أو مدة عمل الأجير في خدمة المشروع.

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى شهادة العمل في القانون 90-11 من خلال المادة 67 منه لكنه لم ينص على شكل معين لهذه الشهادة لكنه يفرض احتواءها على عدد من

البيانات يعتبرها هامة أي بيانات إلزامية تتمثل في تحديد تاريخ الالتحاق بالمؤسسة، وتاريخ إنهاء علاقة العمل، والمناصب التي تم شغلها والفترات المناسبة له، ولكننا نلاحظ أن النص قد أغفل ذكر بيانات أخرى قد تكون أكثر أهمية من البيانات التي ذكرها، كالبيانات المذكورة في النص المقابل في تشريع العمل الفرنسي باعتبارها إلزامية وهي: اسم وعنوان صاحب العمل، اسم وعنوان العامل، محل وتاريخ التسليم، توقيع صاحب العمل¹.

يلتزم المستخدم بتسليم شهادة العمل للعامل متى طلبها، ويقع على عاتق العامل إثبات إخلال المستخدم بذلك عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية التي تفصل ابتدائيا ونهائيا بتسليم شهادة العمل حسب ما تقضي به المادة 21 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية²، ويمكن للعامل في نفس الدعوى في حالة ما إذا فاتته فرصة الحصول على منصب شغل بسبب خلو ملفه من شهادة العمل أن يطلب إلزام المستخدم بتعويضه مقابل الضرر الناتج عن خطأ المستخدم المتمثل في عدم تسليمه لشهادة العمل.

جـ: الحق في التعويض عن عطلة مدفوعة الأجر

لقد أشارت المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 90-09 إلى حق العمال الذين انتهت علاقة عملهم في إطار التقليل من الاستفادة من العطلة المدفوعة الأجر، وبالرجوع إلى الأحكام العامة للعطلة المدفوعة الأجر المنصوص عليها في القانون رقم 90-11 أشارت المادة 40 إلى أن اعتماد حساب العطلة يكون على أساس السنة المرجعية التي تمتد من أول جويلية للسنة السابقة للعطلة إلى غاية 30 جوان من سنة العطلة.

¹ أما البيانات الأخرى فهي اختيارية فليس هناك ما يمنع صاحب العمل من تضمين الشهادة: تحديد رتبة العامل، تقدير كفاءة العامل وحسن سلوكه... وبصفة عامة يمكن إدراج أي بيان لا يلحق ضررا بالعامل وذلك تماشيا مع مبدأ حرية العمل لأن الغرض الأساسي من إعطاء الشهادة هو تسهيل إعادة تشغيل العامل.

² قانون رقم 90-04، المؤرخ في 06 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر العدد 6

د: الحق في التعويض عن التسريح لأسباب اقتصادية

لقد أشارت المادة 16 من المرسوم 94-09 أن المستخدم ملزم بدفع تعويضات عن التسريح، ويبين ذلك نص المادة 20 من هذا المرسوم التي بينت العمال الذين لهم الحق في اقتضاء هذا التعويض، وهذا لا يعني أن هذا الأخير أجر بل تم تقديره جبرا للضرر الذي يصيب العامل المسرح عن فقدانه لمنصب عمله.

ومن خلال القانون 90-11 والمرسوم التشريعي 94-09 تتضح الشروط الواجب توفرها حتى يستفيد العامل من التعويض وهي:

- وجود عقد غير محدد المدة كقاعدة عامة .
- يجب أن يتم إنهاء علاقة العمل بإرادة صاحب العمل .
- يجب توفر الأقدمية لأهميتها في حساب التعويض .
- أن تتوفر فيه شروط التأمين على البطالة .

هـ: حق الإعادة إلى العمل

لم يترك المشرع العمال الذين يشملهم التسريح لتخفيض عدد المستخدمين لأسباب اقتصادية يعانون من البطالة والحرمان وإنما منحهم حق الأولوية بالتوظيف في الوظائف التي تشعروا وتراعي فيها التجربة والمؤهلات التي اكتسبها العامل في منصب عمله. وإذا ثبت التعسف في فسخ عقد العمل أو إذا كان الفسخ مخالفا لأحكام القانون يعد باطلا ويأمر القاضي من جديد بإعادة العامل إلى عمله الأصلي كما يحكم له بتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تلحق نتيجة للتعسف في فصله¹.

ويرى الدكتور علي عوض حسن أن : هذا النص تطبيق لفكرة التعويض العيني متى كان ذلك ممكنا وليس فيه إرهاب للمدين، فإعادة العامل إلى عمله إذا كان تسريحه قد جاء مخالفا للقانون يعتبر إعادة للحالة التي كان عليها العامل وهذا أيضا تطبيق لفكرة

¹ الفقرة 1 من المادة 43 من الأمر 75-31 السالف الذكر .

إعمال أثر البطالان بكل مداه¹. ولإرغام صاحب العمل في الاستمرار على الخضوع لحكم القضاء بإعادة العامل إلى عمله قضي القانون بحق العامل في الاستمرار على الاستفادة من مجموع الحقوق الناتجة عن علاقة العمل². وذلك يعني حقه في تقاضي جميع أجوره ومخصصاته ومكافآته كما لو كان مستمرا بالعمل لدى صاحب العمل، إلى أن ينتهي عقده إذا كان محدد المدة أو إلى حين إعادته إلى عمله إذا كان عقده غير محدد المدة، وتحتسب له الفترة التي أبعدها عن العمل لغرض احتساب أقدميته في المشروع وإجازاته وجميع التعويضات.

الفرع الثاني: ضمانات حماية العمال المسرحين لأسباب اقتصادية

لقد قيل بحق أننا لا نستطيع أبدا التكلم عن حماية العامل في حياته المهنية بدون أن يكون هناك تأطير لحق التسريح³، ومن ثمة فإن المستخدم لا يستطيع اللجوء إلى التسريح الاقتصادي للعمال إلا بعد احترام مجموعة من الإجراءات القانونية، بحيث نظم المشرع التسريح لأسباب اقتصادية سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع، من خلال المرسوم التشريعي 94-09، والذي حمل في طياته مجموعة من التدابير والترتيبات تشكل - إلى جانب نظيراتها المقننة في نصوص أخرى - مجموعة من الضمانات الإجرائية والموضوعية التي وجدت لحماية العمال المسرحين لأسباب اقتصادية؛ وهذا ما سيتم تبيانه فيما يلي؛ مع الإشارة إلى أن هذه الضوابط الإجرائية والموضوعية للتسريح الاقتصادي لا تغدوا أن تكون مجرد حبر على ورق إذا ما تم تركها دون رقابة، إذ في حالة مخالفة المستخدم لهذه الضوابط فإن ذلك يعد إنهاء غير مشروع لعلاقة العمل يستدعي تدخل القضاء، مما يمكننا من القول أن الرقابة القضائية تعد هي الأخرى من أكبر ضمانات

¹ علي عوض حسن، المرجع السابق، ص. 112.

² المادة 43 الفقرة 2 من الأمر 31-75

³ Antoine MAZEAUD, Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non-professionnelle, Revue de droit social, N3,1992, p.291.

حماية العامل من التسريح الاقتصادي، إلا أننا سنقتصر في هذه الحالة على الضمانات الإجرائية والموضوعية فقط، حتى لا نخرج عن صميم موضوع بحثنا¹.

أولاً: الضمانات الإجرائية

لقد أخضعت التشريعات العمالية ومن بينها الجزائية إجراء التسريح للسبب الاقتصادي إلى مجموعة من قيود إجرائية يجب على صاحب العمل إتباعها وبدون إتباع هذه الإجراءات يعتبر التسريح غير شرعي، تتمثل هذه القيود الإجرائية في: إعداد وضع مخطط اجتماعي، التشاور مع ممثلي العمال، وكذا إعلام السلطة الإدارية المتمثلة في مفتشية العمل، كما يجب الاحتكام إلى معايير ومقاييس في اختيار العمال الذين يسهم هذا التسريح.

I: الشروط الأساسية العامة

تتخصر هذه الشروط في إعداد المخطط الاجتماعي، التشاور مع ممثلي العمال، وإعلام السلطة الإدارية متمثلة في مفتشية العمل.

أ: إعداد المخطط الاجتماعي²

ظهرت الخطة الاجتماعية لأول مرة في فرنسا ضمن المبادئ العامة التي أدخلت في الاتفاق المهني الوطني حول حماية التشغيل الصادر في 1974/11/21، ولم يظهر مصطلح الخطة الاجتماعية إلا مؤخراً من خلال القانون رقم 1989/08/02³.

أما المشرع الجزائري فلم يعرف الخطة الاجتماعية إلا بموجب المرسوم التشريعي 09/94 المتعلق بالحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية. واستعمل مصطلح "الجانب الاجتماعي" ترجمة للمصطلح الفرنسي "Plan social" فاشتراط على الهيئة المستخدمة أن تضع ترتيبات خاصة لحماية العمال المعنيين

¹ لتفاصيل أكثر حول الرقابة القضائية على التسريح الاقتصادي؛ أنظر: جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص. 276 وما يليها؛ أمال بن رجال، المرجع السابق، ص. 59 وما يليها،

Farag Hmoda, Thèse préc., p.276 et suite .

² لمزيد من التفصيل؛ أنظر: أمال بن رجال، المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها.

³ Pour plus de setails voir :Jean Pélissier ,Droit de l'emploi, Dalloz-Paris 1999- P476.

لتفادي التسريح وهذا باستنفاد كل الطرق التي من شأنها أن تساعدها في اجتياز أزمته، وبالتالي المشرع الجزائري لم يعرف الخطة الاجتماعية بل اكتفى فقط بذكر التزام صاحب العمل بوضع وتهيئة خطة اجتماعية قصد وضعها حيز التشاور والتفاوض مع ممثلي العمال حسب المادة 5 من المرسوم التشريعي 94-09.

ويمكننا تعريف الخطة الاجتماعية على أنها عبارة عن مجموعة من التدابير الواجب مراعاتها من صاحب العمل في تسريحه للعمال لأسباب اقتصادية وتهدف إلى تحقيق هدفين: الأول منه التقليل من عدد التسريحات والثاني التقليل من النتائج السلبية لمن يمسه التسريح¹.

ومن حيث مدى إلزامية الجانب الاجتماعي فرغم وجود عبارة "يجب" التي تضمنتها المادة الخامسة فإن المستخدم غير ملزم باتخاذ كافة تدابير المرحلتين ونستشف ذلك من عبارات نص المادتين 07 و 08 ".....يمكن أن تكون واحدة أو مجموعة ، تشمل إحدى العمليتين أو كلاهما" خلافا ما نص عليه القانون 75-31 في مادته 39 والقانون 78-12 والمراسيم التطبيقية له والتي نصت بعبارة "مراعي الترتيب....."، ومنه كانت هذه القوانين تنص على إلزامية إتباع جميع التدابير في إعداد المخطط الاجتماعي على خلاف ما هو منصوص عليه حاليا بموجب المرسوم التشريعي 94-09 السالف الذكر، فيجوز اتخاذ التدابير فقط أو أكثر من ذلك.

وعن مضمون الجانب الاجتماعي فإنه يتضمن 3 أنواع من التدابير، الأولى تهدف إلى تفادي حذف مناصب العمل وذلك بتحسين الوضعية الاقتصادية والمالية للمؤسسة كتخفيض أجر العامل أو تقسيم عمله مع الاحتفاظ له بعمله؛ والثانية تهدف لتفادي اللجوء إلى التسريح رغم حذف المنصب وذلك بالإحالة إلى التقاعد المسبق؛ أما الثالثة فتهدف إلى تصنيف العامل في شغل آخر وذلك بإعادة توزيعه²، ويسمى هذا الإجراء الأخير بإعادة

¹ Gérard Couturier, Droit du travail ; les relations individuelles du travail.3eme Ed, presse universitaire de France .Paris 1996,P251.

²آمال بن رجال، المرجع السابق، ص.50.

ترتيب العمال le reclassement ويعد من أنجع السبل الكفيلة بحماية العمال المسرحين في تجمع الشركات، بل إنه يصنف في التشريع الفرنسي من أهم الواجبات الملقاة على المجمع تجاه هؤلاء العمال¹.

ب: التشاور مع ممثلي العمال

يلتزم صاحب العمل طبقاً لنص المادة 13 من الاتفاقية الدولية رقم 158 الصادرة عن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بإخطار ممثلي العمال أصحاب المصلحة بما اتجهت إرادته إلى اتخاذه من قرار وأن يقدم لها في وقت ملائم كل المعلومات المتعلقة به، مشتملة على بيان البواعث ذات الطبيعة الاقتصادية التقنية، الهيكلية، أو ما تماثلها التي تؤدي إلى إنهاء علاقات العمل وكذا تبيان عدد وأصناف العمال الذين سوف يسهم وكذا الفترة الزمنية المرتقب أن يتم خلالها إجراؤه، كما يلتزم أن يمنحهم الوقت الكافي لتبادل الرأي والتشاور حول الإجراءات التي يمكن اتخاذاها لتجنب الإنهاء².

إن هذا المبدأ كرسه المشرع الجزائري في المادة العاشرة من المرسوم التشريعي 09-94 التي تلزم المستخدم، أو ممثله القانوني بأن يعرض محتوى التدابير المقررة في الجانب الاجتماعي بمجرد المصادقة عليها على لجنة المشاركة والمنظمات النقابية التمثيلية لعمال المؤسسة في إطار اجتماعات منفصلة تعقد خصيصاً لهذا الغرض، على أن يرفق الاستدعاء بوثيقة تتضمن محتوى الجانب الاجتماعي، ومع أن المشرع كرس مبدأ التشاور مع ممثلي العمال بشأن الجانب الاجتماعي إلا أنه لم يحدد له إجراءات خاصة بل أحال الأطراف إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون 02-90 والقانون 11-90، وفي إطار تجمع الشركات؛ مسؤول الشركة التابعة ملزم باستدعاء ممثلي العمال للاجتماع وبمدهم بكل المعلومات حول مشروع التسريح لأسباب اقتصادية، وتحديد أسبابه وعدد العمال المسرحين والفئات المهنية المعنية بالتسريح³.

¹ Pour plus de détails, voir : Farag Hmoda, thèse, préc, p.263 et suite.

² عبد الرحمان قدوس ، المرجع السابق ، ص 170 ، 172 .

³ Farag HAMODA, thèse, préc, p.273.

ج : إعلام السلطة الإدارية¹

لقد اعتبرت الرقابة الإدارية للتسريح لسبب اقتصادي في الفترة ما قبل 1990 في الجزائر رقابة سابقة فكان المشرع يشترط ضرورة الحصول على الرخصة الإدارية بهدف الرقابة على وجود توازن بين الاعتبارات الاقتصادية والاعتبارات الاجتماعية. ثم بدأت المرحلة الجديدة ابتداء من سنة 1990 وألغيت الرخصة الإدارية بموجب القانون 90-11 فتقلص دور مفتشية العمل، وعليه لم يصبح ملزماً لرب العمل الذي يلجأ إلى التسريح الحصول على رخصة إدارية مسبقة كما كان عليه الأمر 75-31 والمرسوم 82-302² المطبق للقانون الأساسي للعامل وإنما طلب منه مجرد إخطار مفتشية العمل بمشروع التسريح للتحقق من سلامة الإجراءات، خاصة الإجراءات المتعلقة باستشارة لجنة المؤسسة أو ممثلي العمال ومدى التزام صاحب العمل بترتيب التسريحات في إطار أعمال المخطط الاجتماعي.

II: معايير وشروط انتقاء العمال المعنيين بإنهاء علاقة العمل لسبب اقتصادي

إن إنهاء علاقة العمل في إطار التسريح لسبب اقتصادي، يفترض كما رأينا عدم الارتباط بشخص العامل وإلا اعتبرناه تسريحاً تأديبياً كارتكاب العامل لخطأ جسيم، ومادام التسريح ذو سبب اقتصادي لا يرتبط بشخص العامل أو بسلوكه وقدرته وإنما بأسباب موضوعية ترتبط بسير النشاطات الاقتصادية داخل المؤسسة، فإنه من الممكن أن يؤدي إلى ممارسات تعسفية وتمييز بين العمال، لذلك تحتتم ضرورة خضوع اختيار العمال المعنيين به إلى ضوابط ومعايير موضوعية تفادياً للتجاوزات.

Comme c'est le cas pour tout chef d'entreprise, le mandataire de la filiale est tenu de convoquer les représentants du personnel aux réunions et de leur adresser tout renseignement sur le projet de licenciement économique. Il doit indiquer les raisons financières, économiques ou technologiques de ce projet, le nombre d'employés à licencier, les catégories professionnelles concernées et le calendrier prévisionnel des licenciements

¹ للمزيد من التفاصيل حول هذا الإجراء في التشريع الفرنسي، أنظر: Farag Hmoda, thèse, préc, p.274 et suite.

² مرسوم رقم 82-302، مؤرخ في 11 سبتمبر 1982، المتضمن كليات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج.ر العدد 37

ولقد أشارت المادة 71 من القانون 90-11 إلى كيفية التقليل من عدد العمال بعد استفاد الوسائل على معايير من بينها : الأقدمية، الخبرة، والتأهيل لكل منصب، فهذه المعايير قد أوردتها المشرع على سبيل المثال ولم ينص على غيرها في المرسوم التشريعي 94-09 وترك المجال للمستخدم كي يحدد المعايير والمقاييس التي ينبغي أن تسمح بتحديد العمال الذين يكونون محل عملية التقليل، وهذا في إطار المرحلة الثانية من الجانب الاجتماعي، كما تنص المادة 09 من المرسوم التشريعي المذكور سابقا، وبالتالي اخضع تقدير هذه المعايير إلى إجراءات التشاور مع ممثلي العمال، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المراحل السابقة قام بتحديد هذه المعايير على سبيل الحصر، ويضع لها ترتيبا يجب على المستخدم احترامه عند اللجوء إلى تسريح العمال في إطار عملية التقليل¹، أما حاليا فنجده لا ينص على تلك المعايير على سبيل الحصر²، ولا يضع لها ترتيبا، ويكتفي بإلزام المستخدم أن يعرضها على التشاور مع ممثلي العمال مما يعني إعطاءه حرية كبيرة في تفضيل أحد هذه المعايير على الأخرى لدرجة قد تكفل الحماية الكافية للعمال.

في الأخير نقول إن المشرع قد ألزم المستخدم على احترام هذه الإجراءات القانونية، التي تعتبر كقيود على رب العمل الملزم باحترامها لما تمثله من ضمانة هامة للعمال المسرحين، فإننا نجد بالمقابل قد نص على ضمانات أخرى للتخفيف من وطأة هذا

¹ فالمادة 2/39 من الأمر 75-31 تنص على أنه المستخدم وبعد حصوله على رخصة مفتش العمل، وبعد الاتفاق مع ممثلي العمال فإنه يباشر عملية التسريح مع احترام الترتيب الآتي:
-العمال الأقل أقدمية.

-العمال الذين لهم اقل عدد ممكن من الأفراد تحت الكفالة.

-العمال أصحاب الأسبقية وهم العمال الذين يتمتعون بحماية قانونية خاصة لاسيما قدماء المجاهدين والمعاقين جسديا.
وحافظ المشرع على نفس الترتيب في القانون 12/78 المتعلق بالقانون العام للعامل المواد 94 ، 95 ، وكذا المرسوم التنفيذي 82-302، وطابعها الإلزامي وحصرها، الأمر الذي يسهل رقابة القاضي على مدى احترام المستخدم لتسلسل التسريحات كما يلزمه تقديم كل ما من شأنه أن يثبت ذلك.

²قرار المحكمة العليا -الغرفة الاجتماعية 23 -04-1997 الملف رقم 133952، غير منشور.

التسريح فحول لهم حقوق مادية وأخرى غير مادية لأبد من احترامها والتي تعتبر كضمانات موضوعية لحماية العمال.

ثانياً: الضمانات الموضوعية

إن رقابة القضاء لإجراء الإنهاء الاقتصادي لعلاقة العمل لا تتوقف عند فحصه وبحثه في مدى تنفيذ المستخدم للإجراءات القانونية الخاصة بهذا الإجراء ولا قيام السبب الاقتصادي فحسب، وإنما تمتد إلى مراقبته للحقوق الناجمة والمخولة للعمال المسرحين والتي تعتبر التزامات على المستخدم لأبد من احترامها.

I: الحقوق المالية

إن الحقوق المالية المقررة قانوناً للعامل المسرح اقتصادياً والتي يراقب القاضي مدى أدائها متعددة نتطرق لها كما يلي:

أ: حق التعويض عن التسريح

من الحقوق المقررة قانوناً للعامل المسرح اقتصادياً هي حق الاستفادة من تعويض التسريح والذي نصت عليه المادة 22 من المرسوم 94-09: "يحول للأجير الذي هو محل التسريح في إطار التقليل في عدد العمال والذي يقبل الاستفادة من نظام التأمين عن البطالة الحق في تعويض يساوي أجر ثلاثة أشهر يتحمل دفعها المستخدم عند التسريح" وإذا كان المشرع قد أقر هذا الحق إلا أنه قيده بشروط هامة يستند عليها القاضي عند بحثه وفصله في النزاع الخاص بالمطالبة بإلزام المستخدم لأداء هذا الحق نوضحها في النقاط الموالية.

1: رقابة القاضي لقيام شروط استحقاق تعويض التسريح

استناداً إلى نص المادة 22 من المرسوم 94-04 السالف الذكر يمكن حصر الشروط التي يبحث القاضي في توفرها:

-توافر صفة الأجير، فالقاضي يبحث فيما إذا كان المدعي عبارة عن أجير ذلك أن المشرع يشترط توافر صفة الأجير في الشخص المسرح، هذه الصفة التي تناولتها المادة

02 من القانون 90-11 بالتعريف: " كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم".

- أن يربط الأجير برب العمل أثناء فترة الإنهاء بعقد غير محدد المدة.

- أن يكون إنهاء العقد غير المحدد المدة عن طريق التسريح في إطار عملية التقليل من عدد العمال.

- أن يستفيد العامل المسرح من نظام التأمين عن البطالة الذي أحدثه القانون رقم 94-11 للفائدة الأجراء الذين يفقدون مناصب عملهم بصفة لا إرادية ولأسباب اقتصادية، وعليه فإذا لم يستفيد العامل المسرح من نظام التأمين على البطالة فإنه لا يستفيد من تعويض التسريح، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل فيما إذا كان هذا الشرط يشوبه خلل ذلك أنه في الحقيقة يقلص من المستفيدين من هذا التعويض، الشيء الذي ينجر عنه عدم استفادة بعض الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية من كلا التعويضين ومثل هذا الشرط لا نجده في التشريع الفرنسي.

2: رقابة القاضي لصحة مبلغ تعويض التسريح

إذا كان المشرع قد اتجه إلى تقرير أحقية المستخدم في إنهاء العمل لأسباب اقتصادية، إلا أنه أقام نوعا من التناسب بين شرعية قرار الإنهاء وبين الضرر الواقع على العمل والمتمثل في فقد دخله¹، فبالرجوع إلى نص المادة 22 من المرسوم 94-09 نجد أنها حددت مبلغ تعويض التسريح كونه يساوي أجر ثلاثة أشهر يدفعها المستخدم عند التسريح.

ويعتمد في حساب هذا التعويض على معدل الأجر الشهري الخام للمتقاضى خلال

12 شهرا قبل إنهاء علاقة العمل فيكون إذاً حساب هذا المبلغ على النحو التالي: مبلغ

التعويض = الأجر المرجعي × 03.

¹ IBRAHIM Daoud, Le contrôle juridictionnel du licenciement individuel pour motif économique, thèse, Université Panthéon Sorbonne (paris), 2004, p.213.

ب: الحق في التأمين عن البطالة

لقد أقر المشرع بمقتضى قوانين العمل ضمانات خاصة لصالح العمال المسرحين لأسباب إقتصادية تتجسد في حق قانوني تضمنه لهم هيئات خاصة وهو الحق في التأمين عن البطالة الذي يتكفل به الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة الذي حدد قانونه الأساسي وذلك طبقاً للمرسوم التشريعي رقم 94-11 المؤرخ في 26 ماي 1994.

هذا الحق يعتبر من أهم الحقوق التي تكون محل رقابة القضاء الذي يسهر على ضمان تنفيذه من الملتزم به وحمایته متى عرض عليه نزاع بشأنه، وإن الحق في التأمين عن البطالة لا يعتبر حق مطلق، وإنما هو مقيد بشروط تخص الأشخاص الذين يستحقونه والتزامات على عاتق المستخدم، ويتم حساب التعويض عن البطالة بتحديد أجر مرجعي وهذا الأخير يساوي نصف المبلغ المتحصل عليه بجمع الأجر الشهري المتوسط الخاضع للاقتطاع من الضمان الاجتماعي والذي يتحصل عليه العامل خلال اثني عشر شهراً السابقة لتسريحه مع المبلغ الشهري الأدنى المضمون الساري المفعول عند تاريخ التسريح.

وتحدد المادة 14 من المرسوم 94-11 مدة التكفل بتعويض التأمين عن البطالة بقدر شهرين عن كل سنة اشتراك وتعتبر كسنوات اشتراك الأقدمية المعتمدة لدى آخر هيئة مستخدمة، ومدة التكفل هذه لا يمكن أن تكون في أي حال من الأحوال أقل من اثني عشر شهراً ولا تتعدى ستة وثلاثين شهراً، وهو ما أكدته المادة 03 من المرسوم 94-11. وإن القاضي دائماً عليه التأكد من توافر هذه الشروط، وإذا توصل إلى وقوع خطأ أو تجاوز قضى بإصلاحه وبتحميل صندوق التأمين دفع الفارق.

II: الحقوق غير المالية

إلى جانب الحقوق المالية التي يحرص القضاء على ضمانها للعامل المسرح لأسباب إقتصادية، هناك حقوق غير مالية تحظى بنفس الحماية نتناولها مبرزين دور القاضي بشأنها.

1: الحق في مهلة الإخطار أو مهلة العطلة

يحضى هذا الحق بحماية قانونية هامة، فقد نصت عليه المادة 5/73 من القانون 90-11 حيث جاء فيها: " يخول التسريح للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيماً الحق في مهلة العطلة التي يحدد مدتها في الإتفاقيات الجماعية" والحكمة من تقرير هذا الحق هو تفادي مفاجئة الطرف المعني بالإنتهاء المتخذ اتجاهه، وكذا تحقيق مصلحة هامة تتمثل في تمكينه من البحث عن عمل جديد مما يسمح بممارسة العمل الجديد غداة إنتهاء مهلة الإخطار، وبما أن مهلة الإخطار أو ما يعبر عنها بمهلة العطلة هي الفترة الزمنية التي يجب أن تنقضي قبل سريان مفعول قرار التسريح فإنه يجب على القاضي مراقبة هذه المدة.

وبالرجوع إلى نصوص التشريع العمالي الجزائري وبالتحديد المادة 5/73 من قانون 90-11 فإننا نجد خالية من أي تحديد لمدة الإخطار، وعلى هذا الأساس نجد المشرع قد أحال مهمة تحديد الحد الأدنى لمهلة العطلة للإتفاقيات الجماعية.

2 :الحق في الحصول على شهادة عمل

لقد أقر المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات العمالية للدول، حق العامل المسرح في الحصول على شهادة عمل تسلم له بصفة مجانية من طرف المستخدم لاعتبارها من مستلزمات العقد، وعلى هذا نصت المادة 67 من القانون 90-11 على أنه: "يسلم للعامل عند إنتهاء علاقة العمل شهادة عمل تبين تاريخ التوظيف وتاريخ إنتهاء علاقة العمل وكذا المناصب التي شغلت والفترات المناسبة لها" وتقابلها المادة 16-122L التشريع الفرنسي. وهذا الحق في الحصول على شهادة عمل يعتبر حق غير مالي خاضع لرقابة القضاء الذي يكفل أدائه من طرف الملزم به أي المستخدم ويهدف إلى تزويد العامل بوثيقة تحتوي على بيانات تساهم في إمكانية الحصول على عمل جديد.

المطلب الثاني: إعادة تأهيل الشركة الذي يؤثر في وضعية العامل

أثناء حياة الشركة قد تقوم هذه الأخيرة بمجموعة من العمليات تتعلق بدمتها المالية من بينها: الدمج، التحويل من شكل إلى آخر، وضع تحت شركة كيان اقتصادي تابع لها؛ مما قد يؤثر في الوضعية القانونية للعمال الذين يربطهم معها عقد. كما أن هذه المسألة قد تتعدّد أكثر إذا كنا أمام شركة ذات حجم أكبر كالشركات متعددة الجنسية، أين قد تتشابه عدة قوانين لدول مختلفة، وعليه السؤال المطروح هل تبقى عقود العمل السابقة للتغيير اللاحق بالشركة سارية المفعول حتى بعد التغيير¹؟

حسب المادة L 1-1224 من قانون العمل الفرنسي الذي ينص على أنه "في حالة تغيير الوضعية القانونية لرب العمل (الشركة المستخدمة) سواء عن طريق: البيع أو تحويل الطبيعة أو تغيير في أصولها إما بالرفع أو الخفض أو أي تغيير قد يلحق بالشركة فإن عقود العمل السابقة عن هذا التغيير تبقى سارية المفعول إزاء رب العمل الجديد"². أما بالنسبة للقانون الأوروبي فإن التعلّيمية الأوروبية رقم 2001/23 الصادرة في 12 مارس 2002 تنص على ضرورة الاحتفاظ بعقود العمل بعد عملية التحويل القانوني لشركة أو تغيير مقرها الاجتماعي³.

وأمام هذه النصوص التشريعية المقارنة، ونظرا لخلو التشريع الجزائري من نصوص مماثلة لها لا بد من البحث في مدى الحماية المقررة للعمال عند إعادة تأهيل الشركة، سواء في حالة التنازل عن الشركة الأم أو أحد كياناتها الاقتصادية (الفرع الأول)، أم في حالة تغيير طبيعتهم القانونية (الفرع الثاني).

¹ Adrien Mairot, La société-partie au procès civil, thèse de doctorat, Université de Franche-Comté, 2010, p.414.

² « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

³ Art 2, Directive Européenne n°2001-23 du 12 mars 2001 2001/23/CE DU CONSEIL du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, Publie sur Internet : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0023> .

الفرع الأول : حقوق العمال في حالة التنازل عن الكيانات الاقتصادية للشركة الأم

التنازل عن الشركة التابعة يشكل تنازل عن الإدارة الفعلية وذلك ببيع حصصها مما قد يؤثر على الحالة الإدارية والاقتصادية للشركة التابعة المتنازل عنها.

و ترى محكمة النقض الفرنسية أن التنازل عن الشركة مسألة تتعلق بتسيير الشركة وبالتالي لا تطبق عليها أحكام قانون العمل¹.

بالإضافة إلى أنه في حالة التنازل عن الشركة التابعة، فإن هذه الأخيرة تحتفظ بشخصيتها القانونية وكون أن العامل مرتبط بالشركة (شخص معنوي)، فإن علاقة العمل تبقى سارية المفعول .

والتنازل عن الشركة التابعة قد يحدث مجموعة من الأخطار التي تلحق بالعامل والتي تنتج عن تغيير في وضعيتها الاقتصادية، وتظهر هذه الأخطار كالاتي:

1- إذا كان العامل يملك حصصا في الشركة التابعة المتنازل عنها، فقد تفقد هذه الأخيرة قيمتها إذا كانت الشركة الأم في وضعية صعبة، كما قد تقل نسبة الحصص في حالة زيادة في رأس المال.

2- يمكن أن يتم تحويل الشركة التابعة من شركة غير محدودة المسؤولية إلى محدودة المسؤولية مما قد يخفض للعامل الضمانات التي كان يتمتع بها إزاءها، ونفس الشيء في حالة التنازل إلى شركة أجنبية.

¹ La cession de filiale constitue une cession de contrôle. Il s'agit de vente massive de droits sociaux détenus par la société mère, qui entraîne la prise de contrôle de la filiale par un tiers. Autrement dit, cette opération induit un transfert massif des titres détenus par la société mère dans sa filiale au profit d'une société tierce. Elle implique à cet égard un changement de société contrôleuse et, conséquemment une modification dans la situation économique et administrative de la filiale. Dans une affaire relativement ancienne, la Cour de cassation définit la cession de filiale en déclarant que « s'il est vrai que la vente, régulièrement conclue entre particuliers, d'actions ou parts d'une société constitue, en règle générale, une opération d'ordre privé à laquelle les dispositions du code du travail ne sont pas applicables, il en va autrement dans le cas où la transmission négociée d'une partie du capital social est utilisée comme un moyen de placer la société qui exploite une entreprise sous la dépendance d'une autre société ; qu'une telle opération (...) équivaut dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même» Cass. crim. 2 -03-1978, Cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.285.

وتتجسد الحماية للعامل في الحالات السابقة الذكر في أمرين: دعوى المسؤولية ضد الشركة المتنازلة، وكذا الحق في الإعلام والاستشارة قبل التنازل¹.

أولاً: دعوى المسؤولية ضد الشركة الأم المتنازلة

مسألة التنازل عن الشركة التابعة هي مسألة داخلية غير أنه نتيجة الآثار الاقتصادية التي قد تلحقها بالعامل فإن التشريعات وكذا الاجتهادات القضائية وضعت أحكام تتعلق بحماية العامل خاصة إذا كانت الشركة الأم المتنازلة على علم بالوضعية الاقتصادية الصعبة للشركة المتنازل لها. وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذه مسألة متعلقة بالخطأ في التسيير وبالتالي فإنه يحق للعامل متابعة الشركة الأم المتنازلة نتيجة الأضرار اللاحقة به².

وفي قضية أخرى حكمت المحكمة بالتعويض للعمال الذين تم تسريحهم إثر نفس وقائع القضية السابقة الذكر. والسؤال المطروح ما هو أساس هذه المسؤولية: والجواب هو المسؤولية التقصيرية نظراً لانتفاء عقد العمل الرابط بين الشركة الأم المتنازلة والعمال³.

ثانياً: الحق في الإعلام والاستشارة من قبل ممثلي العمال

حسب المادة L19/232 من قانون العمل الفرنسي المتعلق بالإعلام والإرشاد الذي يحيلنا إلى المادة L1/233 من نفس القانون، والذي تفيد بأننا نكون أمام تنازل إذا تم تنازل عن أكثر من 50 بالمئة من رأس مال الشركة، و/أو التنازل الذي قد يعطي للمساهم أغلبية قانونية من شأنه أن يؤثر على مستقبل الشركة أو عمالها.

¹ Farag Hmoda, these prec, p.286.

² Cass. soc. 14 nov.2007, n°05-21.239, Bul 2007, V, N, n°188, cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.287.

³Farag Hmoda, these prec, p.287.; Voir aussi : O. Guéguen et I. Marguet, Quel risque pour l'actionnaire deep pocket face aux difficultés financières de la filiale ? Un article publié sur internet http://www.dechert.com/files/Publication/f582a0da-b1d5-4d63-9b17-ba954800913a/Presentation/PublicationAttachment/b3ba97ce-7221-44b8-9195-cafa9952b5be/102-chro_dechert.pdf ; « La question portait en l'occurrence sur le fondement de la responsabilité de la société mère qui n'était pas en lien avec les salariés licenciés. Ces derniers, victimes de la cession, sont en effet liés à la société filiale, et n'ont aucun rapport contractuel avec la mère, ni avant ni après la cession. selon certains auteurs ».

يتم هذا الإعلام والاستشارة أمام كل إدارات الشركة المعنية: الشركة الأم المتنازلة، الشركة المتنازل لها، الشركة التابعة المتنازل عنها¹.

و تنص المادة L4/2323 من قانون العمل الفرنسي على أن هذا الإعلان لا بد أن يكون كتابيا ودقيقا يحتوي على كل المعلومات (أسباب، الوضعية الاقتصادية، الهدف...) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية².

بالنسبة للجزء الذي يترتب عن مخالفة هذا الالتزام فهو مدني وجزائي؛ الجزائري بحيث يشكل عدم الإعلام أو الاستشارة جناحة عرقلة تسيير الشركة ونفس الشيء بالنسبة للاستشارة المتأخرة وهذا ما أكدته محكمة النقض، أما المدني فيشكل هذا الامتناع ضرر على العمال وبالتالي يعطيهم الحق في تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية³.

III: مصير عهديات ممثلي العمال أعضاء نقابة العمال

حسب المادة ل 1224-11 من قانون العمل الفرنسي فإنه على العمال الخضوع لرب العمل الجديد إذا كان التحويل تاما ما ينتج عنه إنتقال كل عهديات العمال الأعضاء المنتخبين لتمثيل العمال أعضاء النقابة، غير أن لهذا المبدأ قيود وهي :

من جهة: تعليمة 14 فبراير 1977 تنص على الاحتفاظ بالعهدات إذا كانت الشركة المتحولة (الدمجة) قد إحتفظت بشخصيتها القانونية.

من جهة أخرى : الإجتهاد القانوني الفرنسي نص على ضرورة احتفاظ العمال بنفس إختصاصهم وبالتالي فإن تغيير الشركة المتحولة لإختصاصها أو تغيير نشاط العمال في الشركة يفقدهم الحق في الاحتفاظ بعهداتهم الاجتماعية⁴.

¹ M. Cohen, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, L.G.D.J, 2003, p.575.

² Cass. crim. 6 avr. 1993, n°92-80.864, cite par Farag Hmoda, these prec, P.288.

³ Farag Hmoda, these préc,p288 et s.

⁴ Farag Hmoda, these préc ,p.289.

الفرع الثاني: حقوق العمال في حالة تغيير طبيعة الشركة الأم أو الشركة التابعة

تغيير الطبيعة يقصد به تلك التي يحددها القانون التجاري مثلا من شركة تضامن إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، حسب المادة 1844-3 من القانون المدني الفرنسي تغيير الطبيعة القانونية لشركة لا يخلق شخصية قانونية جديدة وبالتالي تبقى العقود التي أبرمتها سارية المفعول وكذا الالتزامات الواردة عليها.

وتغيير الطبيعة القانونية لشركة قد يؤثر على العمال خاصة إذا تحولت هذه الأخيرة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة مما قد يخفض الضمانات التي كان يتمتع بها العمال لما كانت الشركة ذات مسؤولية غير محدودة¹.

رغم عدم وجود أي نص يحمي العمال في القانون التجاري الفرنسي إلا أنه يمكن تطبيق المادة 4/1224 L من قانون العمل الفرنسي لعموميتها كونها تحتوي على عبارة: "أي تغيير".

أما بالرجوع للتشريع الجزائري، فنقضي المادة 01/74 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بأنه إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال.

و في هذا المعنى جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/20 "أن إعادة تنظيم الهيئة المستخدمة نتيجة إعادة هيكلتها لا تحدث أي تغيير في علاقة العمل، يبقى محتفظا بنفس الأجر، ويؤدي نفس العمل الذي يتمثل في المسؤولية عن الصيانة، أما الذي يتغير فهو حجم المصلحة إذا ما أدمجت في مصلحة نتيجة تقليص حجم العتاد بعد إعادة الهيكلة².

¹ Farag Hmoda, these préc ,p.295.

² قرار غير منشور، أشار إليه : مسعودان فريدة، تسريح العمال لأسباب اقتصادية في ظل القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، 2008، ص.11.

الملاحظ أنه، وفي إطار تحديد الهيئة المستخدمة في ظل تجمع الشركات، لا بد من التتويه بداءة إلى وجود صعوبة في تحديد صفة المستخدم خاصة بعد التطور الحديث في نظام الشركات، فقد تكون هناك شركات أم تتولى السيطرة على الشركات التابعة، وكل من هذه الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الأخرى من الناحية القانونية، أما من الناحية الاقتصادية والاجتماعية فهي تشكل وحدة اقتصادية من مجموع الشركات فمثلا تختص شركة بالتمويل، والأخرى بالإنتاج، والثالثة بالتسويق. فكيف نحدد هنا صفة المستخدم؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كانت الشركات في مجموعها متداخلة فيما بينها هنا تعتبر الشركات مشروعاً واحداً وتكتسب كل الشركات صفة المستخدم .

الحالة الثانية : إذا لم تكن الشركات متداخلة وتكتسب صفة المستخدم في مواجهة العامل، تعتبر مستخدمة الشركة التي تستفيد من عمل العامل.

أولاً: تحول الشركة التابعة

في هذه الحالة قد أوجد القانون الفرنسي حلولاً مختلفة

حسب القانون الفرنسي لا يكون تحول الشركة قائماً في مواجهة الغير إلا بعد إتمام إجراءات الشهر، وعليه بعد التحويل علينا أن نطبق أحكام المادة¹1224 من قانون العمل الفرنسي.

السؤال المطروح هو هل تبقى عقود العمل وكذا الاتفاقات الجماعية سارية المفعول إذا غيرت الشركة طبيعة نشاطها من مدني إلى تجاري؟

¹ L'article L.1224-1 du Code de travail prévoit que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'entreprise, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

في هذه الحالة لا نطبق المادة L224 والمادة 9/L261 من القانون التجاري كون انه تم تغيير كامل للنشاط. أما بالنسبة لعهدات التمثيل مثلا فهي لا تزول إلا بزوال هدفها وليس بحدوث تغير في النشاط.

ثانيا :تحويل الشركة الأم

يثير تحويل الشركة الأم إشكالا عميقا لما يتعلق الأمر بتحويل شركة أم ذات مسؤولية غير محدودة إلى شركة أم ذات مسؤولية محدودة، هذا الإشكال يتمثل في ما مدى إمكانية العمال التابعين للشركة التابعة الرجوع على مساهمي الشركة الأم التي تم تحويلها إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، على خلاف ما إذا احتفظت الشركة الأم على صفتها الأصلية.

غير أنه بعد تحول الشركة الأم إلى شركة ذات مسؤولية محدودة أين لا يصبح الشركاء مسؤولون إلا حسب حصصهم في رأس مال الشركة، يطرح السؤال فيما إذا يمكن للأجراء خاصة في حالة الطرد التعسفي الرجوع على شركاء الشركة الأم التي تم تحويلها إذا كان عقد عملهم سابق للتحويل الذي تم.

يرى البعض أن تحول الشركة الأم لا يعفي الشركاء من الديون السابقة لتحويلها كما أن العمال التابعين للشركة التابعة ذات المسؤولية غير المحدودة يمكنهم معارضة التحول الذي قامت به الشركة الأم¹.

الفرع الثالث: حقوق العمال في حالة دمج الشركة الأم أو الشركة التابعة

عملية الدمج هي عبارة عن عملية إعادة هيكلة يتم اللجوء إليها في العديد من الأحيان تهدف إلى تحقيق إقتصاد مالي أو تسهيل التسيير.

يأخذ الدمج في الواقع العملي شكلين؛ إما الدمج بطريق الضم وفي هذه الحالة تنصهر الشركة المنضمة ، أو الدمج بطريق المزج.

¹ Farag Hmoda,Thèse préc,p 299 .

حسب المادة L-1236 من القانون التجاري الفرنسي يؤدي الدمج إلى تحويل الشركة وبالتالي تطبق المادة 1224 من قانون العمل ، والشركة التي أنشئت بعد الدمج هي التي تكون مسؤولة على تنفيذ العقود.

ويمكن التساؤل فيما إذا كان للأجراء حق رفض عملية الدمج، ويرى البعض أنه يمكن معارضة الدمج في الآجال القانونية لشهر الدمج كما أنه يمكن المعارضة إعمالاً للمبدأ السائد في القانون المدني كون أن عقد العمل من العقود ذات الاعتبار الشخصي ولا يفترض تغيير أحد الأطراف إلا برضا الطرف الآخر وبالتالي يجوز للعامل التمسك بهذه القاعدة.

والمادة L236-14 من القانون التجاري الفرنسي تعطي الحق لدائني الغير معارضة الدمج في الآجال القانونية وللقاضي السلطة التقديرية في تأكيد الدمج أو رفضه أو الأمر بسداد الديون حالاً¹.

هذا، وبعد الانتهاء من هذا الفصل الذي سلطنا من خلاله الضوء على الحماية المقررة للعمال في تجمع الشركات، ومدى فاعليتها سواء على صعيد التشريع الوطني أم المقارن؛ نستنتج أن انتماء العامل الى مجمع الشركات لا يعني أنه خاضع لقانون اجتماعي من نوع خاص، أو أنه محل قواعد استثنائية غير تلك المعروفة في قانون العمل، بل إن وصف العامل الذي يتصف به الأجراء في تجمع الشركات يجعلهم عرضة للخضوع للقواعد القانونية المقررة لحماية العمال بصفة عامة، ومن ذلك القبيل ما رأيناه من خضوع العامل في تجمع الشركات للقواعد الخاصة بالتسريح لأسباب اقتصادية، أو لتعديل عقد العمل، وحتى تلك المتعلقة بنقل وإعارة العمال.

لكن ذلك لا يمنع من القول أن خضوع العامل في تجمع الشركات لتلك القواعد العامة بنفس الدرجة كباقي العمال، بل إن له من الخصوصيات والميزات ما جعل التشريعات تسعى لتدعيم قانون الشركات التجارية بكم هائل من المواد القانونية والإجتهادات القضائية

¹ Farag Hmoda, Thèse préc, p.302.

الكفيلة بالتكيف مع الخصوصيات الإقتصادية والقانونية لتجمع الشركات، ونفس الشيء بالنسبة لتشريعات العمل التي أصبحت تحظى بقسط وافر من العناية الموجهة لعمال الشركات التجارية والقائمين على النشاط الإقتصادي؛ لنجد أنفسنا اليوم بصدد ما يمكن تسميته بالشق الإجتماعي لقانون الشركات التجارية.

ولعل ما يلفت الإنتباه ونحن بصدد التكلم عن عناية التشريعات بالقانون الإجتماعي الخاص بالعمال في تجمع الشركات، هو التقدم المذهل الذي تعرفه الساحة التشريعية والقضائية في الأنظمة المقارنة، وبالأخص التشريعات الفرنسية، والذي يقابله السكوت التشريعي الذي يميز التشريع والقضاء الجزائري في هذا الصدد، رغم أن الساحة الإقتصادية للجزائر أصبحت تعرف في يومنا هذا دخول العديد من التجمعات الإقتصادية الضخمة، بل ونشأة عدة تجمعات لشركات جزائرية.

كما لا يفوتنا التنويه إلى المشاكل الفقهية والنظرية العويصة التي أصبحت تعرقل المسار التشريعي أحيانا، كون أن الغموض الذي لا زال يكتنف الطبيعة القانونية لتجمع الشركات لا زال لم ينجلي بعد، ويكمن الحل لهذه المشكلة في ضرورة إحداث نصوص قانونية تعرف لنا معنى تجمع الشركات وكذا وضع إلزام جديد يجبر الشركات التابعة على تقديم تقرير يبين الوضعية الإجتماعية للعمال، والمشاكل التي تعترضهم في تأدية أعمالهم من الناحية القانونية.

كما لا يفوتنا ونحن بصدد الإنتهاء من دراسة هذا الباب القول أن الدائنين الداخليين(العمال والمساهمين) يتمتعون بحماية لا بأس بها تجاه الشركة الأم، كما أن التشريع الفرنسي وكذا الاجتهاد القضائي الفرنسي -وعلى عكس ما هو عليه الحال في الجزائر- في إضافة مستمرة لقواعد تحمي الدائنين الداخليين، ومن بين هذه القواعد المستحدثة : القواعد المتعلقة بمختلف أنواع الاتفاقيات(المنظمة،الممنوعة، والحررة) وذلك لإقامة التوازن بين مصالح الأقلية المساهمة في الشركة ومصالح الشركة الأم التي ترمي الى وضع مخطط

عملي يرمي إلى تحفيز تكامل الشركات التابعة فيما بينهم لتحقيق هدف اقتصادي مشترك. نضيف إلى ذلك استقلالية الشخصية القانونية للشركات التابعة عن الشركة الأم مما يوفر لها استقلالية إدارية واستقلالية في التسيير ما لا يسمح للشركة الأم في التدخل في تسييرها .

غير أنه تجب الملاحظة أنه تم ظهور تطورات جديدة تفضل المصلحة المشتركة للتجمع ككل على حساب الشركات العضو كجزء.

الباب الثاني

حماية مصالح الدائنين في علاقاتهم مع تجمع الشركات

"الوحدة الاقتصادية للتجمع

تجاه دائني الشركات التابعة"

تقتضي المبادئ الأساسية والثابتة لقانون الشركات التجارية أن كل شركة عضو في تجمع الشركات تمتلك شخصية معنوية مستقلة، وبالتالي فهي تملك ذمة مالية مستقلة ومنفصلة تلي ديونها واحتياجاتها الخاصة.

ومن هذا المنطلق، فمجرد وجود شركة أم تتمتع بمركز مهيم يسمح لها بالسيطرة على شركة أخرى ليس كافي لوحده لإقرار مسؤوليتها عن ديون هذه الأخيرة¹؛ كما أن وجود روابط تعاقدية ومالية مختلفة بين الشركات الأعضاء في التجمع لا يستلزم السماح بتحريك الدعوى ضد التجمع ككل أو اتخاذ إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية تجاهه²؛ ما يعني أن دائني الشركة التابعة لا يحق لهم -كأصل عام- مقاضاة الشركة الأم أو أية شركة تابعة أخرى على أساس هذه الديون.

إلا أن هذه المبادئ المستمدة من المبادئ العامة لقانون الشركات التجارية تبدو غير متطابقة مع الواقع الذي يعيشه تجمع الشركات يومياً³؛ فالشركات التابعة تهدف دائماً لتحقيق هدفين متعارضين نوعاً ما: فمن جهة عليها المحافظة على استقلالها وشخصيتها المعنوية، وبالتالي حماية ذمتها ومكاسبها وسمعتها التجارية، ومن جهة أخرى فهي خاضعة لرقابة إدارة مركزية تصنع القرار في التجمع وتوزع الأدوار بين الشركات التابعة⁴.

هذا المنطق كرسه بشكل كبير الإجتهد القضائي الفرنسي⁵، حينما راح يحافظ على مصلحة التجمع ككل، خاصة فيما يتعلق بالجريمة الخاصة بالتعسف في استعمال أموال

¹ A. Mariot, op,cit, p.230 : « la filiale ne pouvant être considérée comme un établissement de la société mère, il n'est en principe pas possible d'ouvrir une procédure principale visant la société mère pour prétendre ensuite ouvrir des procédures secondaires pour chaque filiale. La filiale, juridiquement autonome, ne peut pas être considérée comme étant un établissement de la société mère... ».

² Farag Hmoda, thèse préc, p.308.

³ A. Mairot, thèse préc, , p. 230.

⁴ IBID, p.308.

⁵ Affaire Rozenblum , Cass.crim 04 -02-1985, cité par Frederic Magnus,op.cit,p.57.

الشركة التابعة، إذا ما علمنا أن الشركة الأم كثيرا ما تلجأ لاستخدام أموال الشركة التابعة للاستجابة لحاجات خاصة بالتجمع أو لمساعدة شركة تابعة أخرى تمر بأزمة مالية.

هذا التناقض بين المصلحة الخاصة للشركة التابعة والمصلحة العامة للتجمع يطرح مشكلا رئيسيا لمديني الشركات التابعة، وفي هذا الصدد يرى البعض أن الشركة التابعة المستقلة تستدعي حماية مصالحها الشخصية نظرا لما في ذلك من نفع على التجمع ككل، في حين أن الإهتمام بمصلحة التجمع وحدها سيضر بدائني الشركة التابعة¹.

كما يرى البعض الآخر أن المصلحة العامة للتجمع تسود على المصلحة الخاصة للشركة التابعة، ويبدو ذلك أنه من غير العادل تقسيم الذمم بين الشركات التابعة في حين أن الآثار يتحملها شخص واحد فقط وهو الدائن².

ونظرا للإشكالات التي ثارت بهذا الصدد، فقد اعترف الإجتهد القضائي الفرنسي لدائني الشركة التابعة بمقاضاة الشركة الأم، إما لعدم احترامها للشخصية المعنوية للشركة التابعة والمساس بها (الفصل الأول)، وإما نتيجة الخطأ الصادر من طرفها والذي يثير مسؤوليتها المدنية (الفصل الثاني).

¹ B Grimonprez, Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, revue des sociétés, 2010,p.715.

² C. Champaud, Groupe de sociétés notion de holding animatrice, R.T.D.Com,2007, p. 390 .

الفصل الأول

مسؤولية الشركة الأم عن الإخلال بالشخصية المعنوية

للشركة التابعة

آلية وقائية لحماية الدائنين

إن ما يثير النقا بصدد تجمع الشركات هو التناقض الذي قد يبدو للوهلة الأولى في طريقة عمل هذا التجمع وعلاقة هياكله، كون الشركة التابعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، إلا أنها تعتبر في ذات الوقت تابعة للشركة الأم وخاضعة لرقابتها. وأمام التضارب الموجود بين الاستقلالية القانونية للشركة التابعة وخضوعها الإداري والمالي للشركة الأم-من جهة- والتضارب الحاصل بين مصلحة الشركة الأم ومصالح الشركات التابعة-من جهة أخرى- فلا بد من دراسة الاستقلالية القانونية للشركة التابعة في تجمع الشركات، قصد البحث عن الشخصية القانونية التي تتمتع بها من الناحية القانونية والواقعية¹.

من المسلم به أن تجمع الشركات لا يتمتع بأية شخصية معنوية، وأن هذه الأخيرة تمنح فقط للشركات الأعضاء المكونة له، إلا أن الغريب في المعادلة أن الشركة الأم وبحكم سعيها لتطبيق هدف وإستراتيجية موحدة للتجمع ككل، فإن هذا الطرح القانوني يتقلص نوعا ما، خاصة إذا ما علمنا أن الشركات التابعة-ذات الشخصية المعنوية الكاملة- لا تقوم من الناحية العملية إلا بإتباع قرارات وتوجيهات الشركة الأم.

و يتبع ذلك أن الشخصية المعنوية للشركة التابعة قد تتلاشى أحيانا ويتم استبعاد التطرق إليها، إذا ما اتضح أنها لا تشكل في الواقع سوى وسائل لنشاط شركة وحيدة عملاقة من خلال هذه الشركات المختلفة، وقد تتعدم الشخصية المعنوية للشركات التابعة إما بشكل كلي في حالة الشركة الوهمية، وإما بشكل جزئي في حالة الخلط بين الذمم، مما يؤثر على مصالح الدائنين، فهل يقومون بمقاضاة التجمع ككل رغم عدم تمتعه بالشخصية المعنوية، أم يلجؤون إلى متابعة الشركة الأم؟ أم لا سبيل لهم سوى مقاضاة الشركة التابعة كونها صاحبة الصفة والاستقلالية القانونية؟

و تصديا لذلك، ورغم المبدأ القانوني الذي يقضي بأن الشركة الأم ليست ملزمة بديون شركاتها التابعة، نظرا لتمتع هذه الأخيرة بذمة مالية خاصة بها، إلا أن هذا المبدأ يتطلب

¹مع العلم أن مصدر العلاقة بين الشركة الأم وشركاتها التابعة هو ما تملكه الشركة الأم من أسهم في رؤوس أموال أو حقوق تصويت تلك الشركات، الأمر الذي يمكن الشركة الأم من السيطرة عمليا، بحيث تعمل الشركات التابعة وفق خطة عمل شاملة تضعها الشركة الأم لتحقيق المزيد من الأرباح.

أن تكون كل شركة من هذه الشركات مستقلة قانونا وواقعا في مواجهة الشركات الأخرى؛ أما في الحالة العكسية إذا ما ارتبطت هذه الشركات بأي شكل من الأشكال وفقدت شخصيتها القانونية من الناحية الواقعية لفائدة الشركة الأم، فإن هذه الأخيرة تظل مسؤولة عن ديون شركاتها التابعة¹. ويتم هذا الارتباط إما في حالة الغياب الكلي لذمة الشركة التابعة بحيث يصبح بصدد الشركة الوهمية، أم في حالة الخلط بين الذمم بحيث يصعب الفصل بين الشخصيات المعنوية وتحديد ديون كل منها.

سنحاول التركيز من خلال هذا الفصل على القواعد المقررة لحماية دائني الشركات التابعة عبر إلزام الشركة الأم باحترام ومراعاة الشخصيات المعنوية للشركات التابعة، وتقرير مسؤوليتها في الحالة العكسية، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حالات إخلال الشركة الأم بالشخصية المعنوية للشركة التابعة

المبحث الثاني: مسؤولية الشركة الأم عن الإخلال بالشخصية المعنوية للشركة التابعة

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي، المرجع السابق، ص.158.

المبحث الأول

حالات إخلال الشركة الأم بالشخصية المعنوية للشركة التابعة

سوف نتطرق لحالات إخلال الشركة الأم بالشخصية المعنوية للشركة التابعة من خلال مطلبين، نبين في الأول حالة خلط الذمم المالية للشركات التابعة، ونبحث عن حالة الشركة التابعة الوهمية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: حالة خلط الذمم المالية للشركات التابعة

الأصل أنه متى تكونت الشركة تكويناً صحيحاً فإنه يترتب على ذلك أن ينشأ شخص معنوي مستقل عن شخصية الشركاء الذين كونوه؛ وهذا ما قننه المشرع الجزائري ضمن المادة 49 من القانون المدني، ومن أهم آثار تكوين الشركة أن يكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها¹.

وهذا المبدأ ينطبق كذلك على تجمع الشركات بحيث كل شركة من الشركات التابعة تحتفظ لنفسها بذمة مالية مستقلة عن الأخرى، تشمل ما لها من حقوق وما عليها من التزامات؛ إلا أن الغريب في الأمر أن إنشاء تجمع الشركات يزلزل الشخصيات المعنوية للشركات التابعة، بحيث تدخل في وضعية فعلية غريبة تسمح للشركة الأم بإلزام الشركات التابعة ذات الشخصية المعنوية - بخياراتها وقراراتها، مما يجعل الشركات التابعة لا تعبر سوى عن مصلحة التجمع ككل ولا تنساق إلا وراء توجيهات الشركة الأم²؛ وبهدف إشباع مصالح التجمع وإرضاء قرارات الشركة الأم يوجد تقارب كبير جداً بين الذمم المالية للشركات التابعة، مما يخول للمسيرين استعمال هذه الذمم ككل لا يتجزأ دون

¹ وهذا ما يستوحى من نص م50 من القانون المدني

² Farag Hmoda, Thèse préc, p.312 .

احترام الاستقلالية المعنوية لكل واحدة من الشركات التابعة¹. ونتيجة لذلك قد يحدث الخلط بين الذمم المالية للشركات التابعة² داخل تجمع الشركات.

وإذا كان لخلط الذم المالية للشركات التجارية إيجابياته من الناحية الاقتصادية، فإنه يحمل الكثير من التساؤلات من الناحية القانونية. إذ أن غياب تأطير قانوني خاص لخلط الذمم في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، يطرح إشكالات مختلفة تتعلق بتعريفه وبمعايير تحديده، وبالعناصر المكونة له؛ مما يدفعنا بإلحاح للبحث عن تعريف خلط الذمم المالية للشركات التابعة (الفرع الأول)، وعن العناصر القانونية المكونة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف خلط الذمم³

رغم خلو التشريع من تعريف لخلط الذمم داخل تجمع الشركات، سواء في الجزائر أم على المستوى المقارن، إلا أنه بالرجوع إلى الفقه والقضاء المقارن -خاصة في فرنسا- فإننا نجد تعاريف متنوعة لخلط الذمم⁴.

¹ Farag Hmoda, Thèse préc, p.312.

² يختلف خلط الذمم عم اندماج الشركات التجارية؛ وظهر اندماج الشركات التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1865، ثم عرفته أوروبا أثناء حركة التركيز الاقتصادي، لا سيما بريطانيا وألمانيا؛ كما أن تطور الحياة الاقتصادية بفرنسا دفع المشرع إلى تبني أحكام اندماج الشركات التجارية، ثم صاغه بأحكام جديدة من خلال الأمر 2000-912 الصادر في 18-09-2000 المتضمن القانون التجاري؛ وقد حذى المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي، عندما أتى بتنظيم الاندماج ضمن أحكام القانون التجاري، من خلال المواد من 744 إلى 764؛ للمزيد من التفاصيل أنظر: بن حملة سامي، اندماج الشركات التجارية في القانونين الجزائري والفرنسي دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2003-2004.

³ Farag Hmoda, thèse préc, p.313.

⁴ من ناحية الإجهاد القضائي، كان قضاة الموضوع في الثمانينيات يميلون للإبتعاد عن المعيار الكلاسيكي للإندماج، والتوجه للأخذ بفكرة وجود سياسة اقتصادية في خدمة المصلحة المشتركة للتجمع؛ حيث كانوا يشيرون أحيانا إلى فكرة الوحدة الاقتصادية للتجمع، في بعض الأحيان إلى مفهوم التجمع في حد ذاته، لتبرير تمديد إجراءات جماعية لمتابعة الشركات المرتبطة بالشركة المدينة. هذا الإجراء سمح بتجاوز الكيان القانوني للتجمع لبلوغ الكيان الاقتصادي ككل، بحيث أصبح ينظر للشركات التابعة ككيان واحد، وبالتالي يجوز متابعتها كلها عن طريق إجراء قضائي جماعي واحد. وفي هذا الصدد نذكر قرار محكمة الإستئناف بباريس بتاريخ 2 مايو 1986، أين جاء به أن وحدة الأعمال بين الشركات وعدم وجود استقلالية تامة بينها كفيل بفتح اجرائ جماعي واحد ضدها ككل لا يتجزأ. ويمكن كذلك الإشارة لحكم مماثل اتخذته المحكمة التجارية في باريس بتاريخ 4 يونيو 1984، من قبل بعد أن مدد التسوية القضائية للشركتين

فهناك من الفقه من يعرفه بالقول أنه يمنح لدائني الشركة التابعة ضمان كبير، كونه يجمع عدة شركات في مواجهة دعوى جماعية واحدة من الدائنين ينظرون لهذه الذمم المختلفة على أنها كل لا يتجزأ؛ وفي هذا الصدد يرى البعض¹ أنه ذو أصل قضائي ويمكن تجسيده من خلال بعض النصوص القانونية ويستطرد في الشرح كما يلي :

"يمنح دائني الشركة المدينة امتيازات كبيرة، فهذا المعيار يسمح بجمع العديد من الدائنين إلى إجراء جماعي واحد، معتبرا ذمتها المالية واحدة، فهذا المعيار يجعل جميع أموال الشركات مجتمعة تستجيب لجميع ديونها، وينتج آثار ضارة على الشركات الأخرى". ويرى البعض الآخر² أن خلط الذمم ينتج من جمع أموال ذات مصادر مختلفة في تكتل واحد بحيث يصبح من الصعب التفرقة بينها.

وعلى مستوى الفقه العربي، يرى أحد الفقهاء أن الخلط بين الذمم المالية للشركة ومديرها يؤدي لزوال الشخصية المعنوية للشركة، ويبدوا الخلط في إطار تجمع الشركات عندما يكون شخصان أو أكثر من الأشخاص المعنوية التي لها ذمم مالية مستقلة لكن تختلط وتؤدي إلى إفلاس أحدها فإن ذلك يؤدي لإفلاسها جميعا³.

الفرع الثاني: عناصر تكوين خلط الذمم

يتمتع القاضي بسلطة كبيرة في تقدير مدى توافر الخلط في الذمم المالية لشركات التجمع، ويجب عليه أن يستخلص هذا الخلط من وقائع محددة يكشف عنها ويسبب بها حكمه؛ ولا تقتصر أهمية الكشف عن الخلط بين الذمم وتبيان عناصره فقط في تسبب الأحكام

محدودة مع خمسة فروع، أعلنت المحكمة أنه "من الواضح أن الشركات التابعة تساهم في مجالات مكملة ومترابطة لتحقيق الأهداف المشتركة لتلك الشركات الأم، فمن المناسب جمع كافة الإجراءات أمام جهة قضائية واحدة.

Pour plus de details voir Farag Hmoda, thèse préc, p,316, Voir aussi ; CA. Paris, ch. com. 2 mai 1986.

¹ Farag Hmoda, thèse préc, p.314.

² « la confusion de patrimoine s'entend d'un mélange de biens d'origines différentes dans une masse unique au sein de laquelle il devient plus difficile de les distinguer. Ce concept s'attache au sens concret du terme patrimoine puisqu'il se définit comme mélange d'éléments patrimoniaux et non comme fusion de deux patrimoines au sens abstrait du terme. », Ibid , p.315.

³ حسن محمد هند، المرجع السابق، ص.169.

القضائية والحيلولة بينها وبين التعرض للنقض من قضاء المحكمة العليا، بل تتعدى ذلك للتمييز بينه وبين الخلط في الأنشطة الاقتصادية بين أكثر من شركة، فهذا الأخير لا يعني حتما وجود خلط بين الذمم، بل للتعرف على وجود خلط في الذمم لا بد من فحص العلاقة بين الشركات ومدى التداخل في الحقوق والإلتزامات بينها ومدى الترابط بينها من حيث الميزانية العامة بشقيها الإيجابي والسلبي¹.

وللبحث عن العناصر المكونة للخلط بين الذمم، نجد أن هناك ثلاث معايير أوجدها الإجتهد القضائي المقارن لوجود الخلط بين الذمم؛ وهي:

أولاً: خلط الحسابات المالية.

ثانياً: سيرورة مالية غير عادية.

ثالثاً: علاقات مالية غير عادية.

وهو ما سيتم شرحه عبر الآتي:

أولاً: ضرورة مزج الحصص المالية

مزج الذمم يستخلص من وجود علاقات وتدفقات مالية غير طبيعية توضح أيلولة الحقوق والالتزامات (الديون) من شركة تابعة لأخرى، بطريقة تؤدي إلى إفتقار شركة تابعة وغنى شركة تابعة أخرى، أو كما يوضحه البعض "تكون أمام وجود خلط في الذمم عندما نجد الحقوق والمستحقات مختلطة بحيث لا يمكن ربط أحدهما بذمة معينة"² وفي السياق ذاته قررت محكمة النقض هذا الطرح بشكل واضح في حكم حديث وضحت فيه أنه فقط العجز عن فصل الروابط التي تصل شركتين وتميز ذمة كلاهما بإمكانه تبرير تمديد الإجراءات الجماعية المتخذة ضد طرف منهم³.

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.183.

² A. Jacquemont, , cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.323 .

³ Cass. Com. 5 avr. 2011, 09-16.705 cité par : Farag Hmoda, thèse préc, p.323.

أما محكمة الإستئناف بباريس قدمت هي الأخرى توضيحا مهما لهذا المعيار ، فبالنسبة لها مزج الذمم يتميز بوجود شخصين اعتباريين أو أكثر قاما بمزج ذمتهما بحيث مكونات الشركة التابعة الأقل توجد في الثانية والعكس¹.

وفي هذا الصدد تصرح محكمة النقض الفرنسية بأن خلط الذمم بين شركة تضامن وجمعية وشركة ذات مسؤولية محدودة لا يقرر فقط على أساس أن هذه الشركات لديها أعضاء مشتركون، أو أن الجمعية والشركة ذات المسؤولية المحدودة تساهمان في رأسمال شركة الأشخاص، أو أن الأعضاء الثلاثة تشترك في وظيفة تكميلية تمارس في نفس الموقع أو نفس المبنى. في غياب الكشف عن وجود تشابك الممتلكات والمستحقات المكونة لذمم الأطراف الثلاثة الاعتباريين؛ فإن مجلس القضاة لم يعط أي أساس قانوني لها².

ثانيا: وجود خلل (عدم توازن) في الذمم

للقول أن هناك خلافا في الذمم يجب أن تكون عمليات تحويل الممتلكات والمستحقات من شركة تابعة لأخرى ذات صيغة غير متوازنة، أي أنها تؤدي إلى افتقار وغنى متبادل، هذا الخلل يتميز بوجود تدفقات مالية بدون نظير من الجهة الأخرى، أو عدم وجود معاملة بالمثل فيما يخص الإلتزامات المالية التي تخص الشركات (الأعضاء) في التجمع³.

ويشترط الفقه والقضاء لإثبات الخلل أن يكون ذا قيمة معتبرة أي أن تحويل عناصر الذمة التي أدت للخلل يجب أن تكون مهمة للغاية لإثبات الخلل⁴.

¹ Cass. Com. 5 avr. 2011, 09-16.705 cité par : Farag Hmoda, these préc, p.323.

² Cass. Soc. 31 janv. 1995.

« La Cour de cassation affirma en ce sens que « la confusion des patrimoines d'une SCI, d'une association et d'une SARL ne peut être décidée aux seuls motifs que ces trois personnes ont communs, que l'association et la SARL participent au capital des membres et des dirigeants de la SCI, que les trois personnes ont une activité complémentaire exercée dans les mêmes locaux. En l'absence de toute constatation révélant l'imbrication des éléments d'actif et de passif composant les patrimoines de ces trois personnes morales, la cour d'appel n'a pas donné de bases légales à sa décision ». Farag Hmoda, thèse préc, p.324.

³ Cass. Com. 16 juin 2009, n°08-15.883, cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.324.

⁴ Farag Hmoda, thèse préc , p.325.

ثالثاً: وجود تدفقات أو علاقات مالية استثنائية

لتقرير الخلل في الذمم، لا يكفي أن يلاحظ القضاة وجود خلل في الذمم نابع من تحويل ممتلكات ومستحقات (ديون) من شركة تابعة لأخرى، هذه التحويلات يجب أن تتصف بالطابع غير العادي¹

لكن يتمركز المشكل الرئيسي في المصطلح أو المفهوم القانوني لاستثنائية التدفقات المالية، ولقد أثار هذا التساؤل خلافاً كبيراً لغموض مفهوم الطابع غير العادي.

بالنسبة للبعض فإن مصطلح "الطابع غير العادي" يمكن أن يعرف معنيين مختلفين، الأول هو أن الطابع غير العادي يعكس عدم معرفة أو عدم تقييم واجب؛ والثاني يعكس لكل ما هو طبيعي، فالطابع غير العادي هو فقط مظهر من مظاهر سلوك خاطئ مقارنة بمتوسط أو سلوك العامة، لا يعكس انتهاك واجب ولكن سلوك غير طبيعي طفيف أو هامشي.²

و حسب القضاء فإن مظهر الطابع غير العادي ينبثق من انعدام الطرف المقابل، ويتركز خلط الذمم على معيارين اثنين متكاملين وأحياناً ممزوجين معاً؛ الأول هو خلط الحسابات، والثاني خلط العلاقات المالية غير الطبيعية ذات الصلة بتحويل الذمم المالية عن طريق إما سلوك إيجابي أو امتناع، فالطابع غير العادي إذا يتمركز في غياب الطرف المقابل³.

¹ Farag Hmoda, these préc p.326, 327.

² « L'anormalité peut signifier deux sens différents : dans un premier sens, elle est synonyme de règle. Elle traduit alors la méconnaissance d'un devoir, d'une obligation, (...). En second sens, la norme se réfère à ce qui est normal, L'anormalité est alors seulement la manifestation d'un comportement erratique par rapport à une moyenne ou au comportement de la majorité. Elle ne se réfère pas à un devoir violé mais à un comportement inhabituel, minoritaire ou marginal. » Farag Hmoda, thèse préc, p.327.

³ CA Versailles. ch. 13, 10/07901, 03 mars 2011. Cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.327.

المطلب الثاني: حالة وهمية الشركة التابعة

ليس من النادر في إطار تجمع الشركات وجود واحدة أو أكثر من الشركات التابعة الوهمية، الغرض من تأسيسها إخفاء العمليات التي تجريها الشركة الأم. خاصة وأن هذه الأخيرة تجد نفسها بفعل الوحدة الاقتصادية للتجمع تسعى دائما إلى التخفيف من حدة الاستقلالية التي توجد في شركاته التابعة، وتعتبر الشركات التابعة كلها كوعاء شامل من الأصول يستعمل لتلبية الحاجات الاقتصادية؛ هذا الإتجاه هو الذي من شأنه ظهور شركات تابعة تعتبر في الحقيقة قوقعة فارغة ومجردة من كل حكم ذاتي أو وجود شرعي، فالشركة الأم تسعى إلى كثير من الفوائد من بينها ممارسة نشاط تجاري عن طريق التخفي وراء شركة تابعة وهمية؛ أو الحصول على قرض بنكي عن طريق إسم هذه الأخيرة وذلك لتجنب متابعات الدائنين، أو أيضا مشاركة الأخطار المالية بين الشركات التابعة الحقيقية عن طريق تحميلها بعضا من هذه المخاطر¹.

نعالج هذا الطرح ضمن فرعين، يدرس الأول المقصود بالوهمية بوجه عام ، ويحدد الثاني كيفية تقدير هذه الصورية في مجال تجمع الشركات.

الفرع الأول: المقصود بالوهمية في مجال الشركات

إن تحديد المقصود بالوهمية في مجال الشركات يستدعي أولا تعريفها ثم تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها، و فيما يلي تفصيل ذلك :

أولا: تعريف وهمية الشركة

تعرف الوهمية أو الصورية بمعناها العام على أنها اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقية للطرفين، أو هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب، فهي اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على

¹ Farag Hmoda, thèse préc, p.374.

إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفهما الظاهر يكون صورياً، أما تصرفهما المستتر، فيكون حقيقياً¹.
ولتفسير ذلك يوجد نوعان من الصورية، صورية مطلقة وصورية نسبية، وفي حالة الصورية المطلقة ليس للتصرف الظاهر وجود حقيقي، فالصورية تنصب هنا على وجود التصرف ذاته، فالتصرف الحقيقي يعدم كلية هذا التصرف الظاهر، بحيث يعتبر هذا الأخير مجرد مظهر كاذب ليس له في الحقيقة أي وجود.

أما في الصورة النسبية فإن التصرف القانوني الحقيقي له وجوده القانوني، ولكن الصورية تهدف إلى إخفاء جانب من حقيقته، كما لو وردت على طبيعة التصرف أو على بند من بنوده، أو على أحد أطراف التصرف.

ويهدف هذا النوع الأخير من الصورية النسبية والذي يسمى الصورية بطريق الاسم المستعار إلى إخفاء شخصية المتعاقد تحت اسم شخص آخر، وهو الذي يظهر في العقد بدلاً من الشخص الحقيقي، ومن ثم لا يعلم الغير حقيقة الشخص المتعامل معه.

وهذا النوع من الصورية هو الذي يهمننا هنا في مجال تجمع الشركات، فنكون بصدد هذه الصورية إذا كان المساهمون في الشركة التابعة ليسوا إلا مجرد أسماء مستعارة للشركة الأم التي تحتفظ بكل السلطات وإعطاء الأوامر والتوجيهات للشركة التابعة أثناء تعاقدتها مع الغير، كما أنها تحتفظ لنفسها بالاستفادة من كل المزايا التي يمكن الحصول عليها من التعاقد الذي يتم بين الشركة التابعة وبين الغير، وفي هذا الفرض تعتبر الشركة التابعة شركة وهمية وليست إلا مجرد واجهة تغطي أنشطة الشركة الأم أو مجرد قناع لأعمالها ونشاطها التجاري، وتخفي هذه الصورية وراءها الشخصية الحقيقية للشركة الأم التي ينصرف إليها آثار التصرفات والأنشطة التي تمارسها الشركة التابعة.

وهناك أسباب عديدة تدفع الشركة الأم إلى إنشاء شركة تابعة صورية، فقد تهدف الشركة الأم من ذلك إلى الحصول على ائتمان سهل أو الحصول على مزايا ضريبية

¹ أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، ط2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1999،

بالإعفاء منها أو الخضوع لضريبة أقل أو تقسيم المخاطر المالية بين شركات التجمع، وقد تتعلق هذه الأهداف أيضا بضرورات الرقابة ووحدة الإدارة المركزية التي تحرص الشركة الأم دائما على الحفاظ عليها، وقد تلجأ الشركة الأم إلى إنشاء شركة تابعة تعتبر أموالها وذمتها المالية ضامنة للوفاء بديونها كنوع من توزيع رؤوس الأموال هروبا من تنفيذ الدائنين عليها.

ثانيا: الوهمية ونظرية البطلان المطلق

يرى بعض الفقهاء أن الشركة السورية شركة لا يثبت لها الشخصية المعنوية بخلاف باقي الشركات التي نشأت صحيحة مستوفية لأركانها الموضوعية العامة والخاصة وأركانها الشكلية¹، ويرجع عدم اكتساب هذه الشركة الشخصية المعنوية إلى تخلف ركن هام من الأركان الموضوعية الخاصة والواجب توافرها في عقد الشركة ألا وهو نية المشاركة.

فلا يقصد الشركاء من وراء إنشاء الشركة السورية خلق هيكل قانوني مستقل قانونا ومشارك به هدف اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، ولكنهم يقصدون في الواقع إلى تكوين مجرد واجهة تخفي وراءها أنشطتهم الحقيقية، فلسنا في الحقيقة بصدد شركة حقيقية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكونها بحسب الأصل². وبالتالي يربط أنصار هذا الرأي بين سورية الشركة وبين بطلتها مطلقا، ويرون أن الشركة السورية تعتبر شركة لا وجود لها، وليست شركة باطلة بطلتا نسبيا.

و بينما يرى اتجاه آخر في الفقه أن تفسير سورية الشركة على أنها تؤدي إلى بطلان مطلق للشركة بسبب غياب نية المشاركة في العقد أنه أصبح تقليديا ولم تتبناه قرارات عديدة من مجالس النقض، ومن هذه القرارات الصادر عام 1992 الذي استبعد فيه

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.163؛ وقد استند في تدعيم رأيه هذا إلى قرار مجلس قضاء باريس الصادر عام 1975، أين أكدت أن الشركة السورية تمنع من اكتساب ذمة مالية خاصة بها.
Cour d'appel de Paris, 23-12-1975, gaz pall, 1976, 1, p.361.

² نفس المرجع، ص.163.

المجلس نظرية البطلان المطلق ولم تعتبر الشركة السورية شركة باطلة بطلانا مطلقا، هذا بالإضافة إلى أن القول ببطلان الشركة السورية لغياب نية المشاركة لا يتماشى مع التوجيه الأوروبي رقم 98_15 الصادر في 8 مارس 1968 والذي حدد في المادة 11 منه بشكل ضيق الأسباب التي يجب أن يتبناها المشرعون الوطنيون لبطلان شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة، إذ استبعد هذا التوجيه غياب نية المشاركة من أسباب بطلان هذه الشركات، وقد قضت محكمة العدل الأوروبية CJCE في حكمها الصادر في 13 نوفمبر 1990 بأنه يجب أن يطابق التفسير الداخلي في الدول الأعضاء نص المادة 11 من التوجيه الأوروبي رقم 68_151 لسنة 1968، ويجب ألا يتبنى التشريع الداخلي أو القضاء في الدول الأعضاء أسبابا أخرى بخلاف الأسباب الواردة في المادة سالفة الذكر¹.

وهنا يكمن الفارق بين الشركة السورية والشركة الفعلية، فالشركة السورية² لا تكتسب الشخصية المعنوية فهي مجرد مظهر كاذب أو ثوب بلا حقيقة، والقضاء يقرر انعدام هذه الشركة أصلا لا بطلانها بطلانا نسبيا، كما يعتبر أموال الشريك الحقيقي ضامنة للوفاء بالتزامات الشركة السورية لأنها لم تنشأ لها شخصية اعتبارية من الأصل، أما الشركة الفعلية³ فهي شركة بالمعنى الحقيقي للكلمة وتتمتع بشخصية معنوية وإن كانت شخصية

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.164.

² إذا ظهر أشخاص بمظهر الشركاء في الواقع بقصد الغش وتعامل معهم الغير حسن النية بصفتهم شركاء، فإن القضاء الفرنسي يعامل هؤلاء كشركاء في شركة واقع لغايات حماية الغير حسن النية، وغالبا ما تتخذ الشركة الوهمية مظهر الشركة ذات المسؤولية المحدودة بغية الوصول إلى تحديد مسؤولية الشخص المسئول عنها، ورغم أن أركان الشركة غير متوفرة حقيقة خاصة لانقضاء نية حقيقية للاشتراك، إلا أن حماية الغير تقتضي إلزام الأشخاص الذين خدعوه بمظهر الشركة بالمسؤولية الناشئة عن شركة الواقع وتحميلهم مسؤولية غير محدودة عن الالتزامات الناشئة، باعتبار أن الشركة الوهمية باطلة وغير موجودة ويوفر هذا الحل حماية للغير من خلال سهولة الإثبات بكافة الطرق، ومن خلال تطبيق أحكام شركة المحاصة خاصة فيما يتعلق باعتبار موجودات الشركة مالا شائعا بين الشركات غير قابل للقسمة، لمزيد من التفصيل أنظر عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 40.

³ تعد الشركة الفعلية وليدة القضاء الفرنسي، الذي بين الغاية منها ونطاق تطبيقها في العديد من أحكامه منذ القرن التاسع عشر، ولم يتدخل المشرع الفرنسي في نظرية الشركة الفعلية إلا بطريقة غير مباشرة سنة 1966 عندما منع بموجب القانون الصادر بتاريخ 24 يوليو 1966 وتم بالأمر الصادر في 20 ديسمبر 1968 تقرير بطلان الشركات

معنوية مؤقتة مرتبطة بالفترة السابقة على الحكم ببطانها، ولا تفقد شخصيتها المعنوية إلا متى صدر حكم قضائي ببطانها.

الفرع الثاني: تقدير وجود الوهمية في تجمع الشركات

لتقدير وجود الصورية في تجمع الشركات سار الفقه والقضاء إلى الكشف عن ذلك من وقائع مادية (أولاً) ومن خلق إعتقاد لدى الغير بوجود شخص معنوي (ثانياً).

أولاً: استنتاج الصورية من وقائع مادية

إن مجرد إنتماء شركة إلى تجمع الشركات لا يعني أن بينها وبين باقي شركات التجمع رابطة صورية . فالإستقلال القانوني بين أعضاء التجمع هو المبدأ المفترض، ونظراً لوجود إرتباط وعلاقات متبادلة بين شركات التجمع مما يترتب عليه صعوبة بالغة أمام الغير في التعرف على الصورية بين هذه الشركات. فإن تقدير وجودها أمر يترك لقاضي الموضوع الذي يأخذ في إعتباره ظروف الواقع ، ومدى سيطرة الشركة الأم على الشركات التابعة ومدى توافر عناصر الصورية المادية والمعنوية في الواقعة الماثلة. وقد حاول بعض الفقه أن يحدد بعض المؤشرات التي يستند إليها القضاء في استنتاج الصورية بين الشركات ، ومن هذه المؤشرات :

- صورية الأسهم التي يقدمها المساهمون .
- سلوك أحد المساهمين في الشركة ، كما لو قام أحدهم بممارسة سيطرة وتحكم مطلق على إدارة الشركة بموافقة صريحة أو ضمنية منهم . فهذه السيطرة من جانب شريك واحد ، تدل على إنتفاء نية المشاركة داخل الشركة.
- منح الأولوية أو الأفضلية لأحد المساهمين، فهذه الأولوية تخالف مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين المساهمين . وإذا لم تكن هذه الأفضلية ، كافية بذاتها

التي صدرت شهادة تسجيلها في كثير من الحالات، وخاصة فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، حيث أدى القانون والأمر المذكورين إلى تقليص نطاق الشركة الفعلية .

للقول بصورية الشركة ، فإنها تضع الشك حول مدى توافر نية المشاركة عند الشركاء والمساهمين الآخرين الذين يحصلون على حقوق قليلة بحيث لا تعكس مشاركة حقيقية منهم في نشاط الشركة ¹ .

- أصل المشروع يمكن أن يكون مؤثرا على صورية الشركة ، فالمشروع الفردي الذي يتحول إلى شركة عن طريق منح بعض الحصص إلى عدد من الأشخاص وإعتبارهم شركاء فيها ، لا يمكن إعتباره شركة حقيقية . فقد لا يهدف أصحاب هذا المشروع من التحول إلى نظام الشركة إلى مشاركة بعض الشركاء بشكل حقيقي في حياة الشركة وإنما تحقيق مزايا معينة لا تتم في ضوء المشروع الفردي كتلك المتعلقة بتحديد المسؤولية.

وفي العلاقة بين شركات التجمع يمكن للقاضي أن يستنتج هذه الصورية من أمور خارجية عديدة منها : وحدة الأنشطة بين الشركتين ، ووحدة المديرين ، وحدة مركز الإدارة الرئيسي² .

فإذا كانت الشركة التابعة شركة وهمية ، وليس لها وجود قانوني حقيقي وتتمتع بإستقلال في مواجهة الشركة الأم ، فنكون في الحقيقة بصدد صورية في الإرتباط بين الشركات مما يجعل الشركة الأم مسؤولة عن ديون الشركة التابعة .

ومن أحكام القضاء التي إستندت إلى وحدة المديرين للشركتين ووحدة المقر القرار الذي قضى بأنه إذا كان مدير الشركة الأم قد عين للشركات الوليدة مديرين مسخرين من قبله وكان هو المدير الحقيقي لها ، وكان موقع الشركات جميعا في نفس المدينة التي بها مقر الشركة الأم ، وكانت هناك وحدة في إدارة حسابات هذه الشركات، فإن كل هذه الأمور

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.176.

² أشار إلى هذا الحكم شريف محمد غنام ، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.176.

تجعل المجلس ينظر إلى هذه الشركات على أنها شركة واحدة ويجب إمتداد إجراء التسوية إلى كل هذه الشركات¹.

وفي قرار آخر أكد مجلس قضاء باريس أن شركة باتا للسينما وهي الشركة الأم تعتبر مسؤولة عن ديون شركتها الوليدة ؛ لأن الشركتين لهما نفس المديرين ونفس مركز الإدارة ونفس المستخدمين . وافترض المجلس أن العناصر تؤدي إلى صورية الشركة الوليدة وجعلها مجرد وسيط تفقد استقلالها وذاتيتها القانونية في مواجهة الشركة الأم التي تعتبر مسؤولة عنها كلية²، وقضى أيضا بأنه إذا كانت الشركتان تمارسان ذات النشاط تحت سلطة واحدة في ذات المقر وبذات المواد ويبدوا واضحا الخلط في الأسماء والعناوين . كما أن عمال كلتا الشركتين يعملون في ذات المقر يعد دليلا على صوريتهما.

وتطبيقا لذلك قضى القرار بأنه إذا كانت الشركة التابعة مجرد واجهة للشركة الأم، وكانت الشركتان لهما نفس المديرين ونفس المحاسبة فيعتبران شخصا قانونيا واحدا ، وأن الشركة التابعة في هذه الحالة تعتبر مجرد فرع أو قسم في الشركة الأم وليست شركة مستقلة .

وتظهر الصورية أيضا إذا تعاقدت الشركة التابعة مع الغير على أنها وكيلة عن الشركة الأم ففي هذه الحالة تظهر بوضوح عدم استقلال قانوني للشركة التابعة في مواجهة الشركة الأم وتعتبر هذه الأخيرة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة.

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية كبيرة في ترجيح بعض المؤشرات التي تبني عليها فكرة الصورية في القضية المطروحة دون البعض الآخر ، فقد تنتهي إلى أن وجود

¹أقرار مجلس قضاء باريس الصادر بتاريخ 13-05-1927، أشار إليه: شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.171.

Cass com, 13/05/1927.

² قرار مجلس قضاء باريس، 23-06-1936، أشار إليه : محمد شريف غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.171.

بعض المؤشرات يكفي وحده للقول بوجودها على الرغم من غياب باقي المؤشرات السابقة ، أو العكس . ومن القرارات الصادرة تطبيقاً لهذه الفكرة قرار مجلس قضاء Colmar الذي توصل فيه المجلس إلى عدم وجود الصورية بين شركات التجمع نظراً لعدم كفاية المؤشرات التي تبنى عليها الصورية في هذه القضية بالرغم من وجود وحدة كبيرة في الإدارة بين الشركتين ، وقد أشار القضاة في هذه القضية إلى أن الشركتين مختلفتان في المساهمين ولكل منهما أنشطته الخاصة ومقره المختلف¹.

ثانياً: خلق إعتقاد لدى الغير بوحدة الشخص المعنوي

لا تتحقق الصورية من أمور أو مظاهر خارجية فحسب ، وإنما لابد أن تؤدي هذه المظاهر الخارجية إلى خلق وهم أو إعتقاد لدى الغير بأن هناك شركة أو شخصاً معنوياً واحداً يتعامل معه لا شركتين منفصلتين.

وبتطبيق ذلك في تجمع الشركات يقتضي القول بأنه لا يكفي لمساءلة الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة أن يثبت الدائنون بأن هناك وحدة بين الشركتين في الإدارة أو الأشخاص العاملين أو الاسم أو العنوان ، وإنما يجب أن يثبتوا أيضاً أن هذه العناصر أدت إلى خداعهم وخلق إعتقاد لدى الغير أنهم تعاملوا مع هذه الشركات على أنها شركة واحدة . حتى لو كان للشركة التابعة إستقلال قانوني سواء عن الشركة الأم أو باقي الشركات .

وهذه الشخصية الاعتبارية المستقلة التي تتمتع بها الشركة التابعة في مواجهة الشركة الأم هي التي تميز الشركة التابعة عن الفرع .

ويشترط لتطبيق أحكام الصورية في ظل تجمع الشركات أن تؤدي هذه الصورية إلى تجريد الشركة التابعة من شخصيتها المعنوية. فالإلى جانب العناصر الواقعية، يجب أن

¹ Cour d'appel de Colmar , 21 mars 1972 RTD Com 1972 , P357.

أشار إلى هذا الحكم شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص

تتوافر أيضا عناصر معنوية تتمثل في الخداع والوهم الذي يصور للغير انه تعامل مع مشروع واحد وأن الشركتين لايشكلان إلا وجهة واحدة للتعامل .

وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية موقف قرار المجلس القضائي الذي لم يشر في قراره بوجود الصورية بين شركتين إلى العنصر المعنوي الذي تخلقه الوحدة في الإدارة بين الشركتين والمتمثل في خلق إعتقاد لدى الغير بوجود هذه الوحدة¹.

و لتفسير هذا القرار الصادر عن محكمة النقض، ذهب بعض الفقه إلى أن محكمة النقض في هذا القرار قد فرقت بين فكرة الصورية المتمثلة في وحدة في الإدارة ووحدة في الإسم والعنوان فحسب ، وبين فكرة الوضع الظاهر la theorie de l'apparence التي تتمثل في خلق إعتقاد أو وهم لدى الغير بوحدة الشركتين. ويرى أنصار هذه الفكرة أن حكم النقض قد فرق بين هاتين الفكرتين المستقلتين ، وأكد أن العنصر المعنوي أو النفسي لا يعتبر عنصرا مكملا للعناصر المادية لفكرة الصورية².

¹قرار صادر عن مجلس قضاء باريس بتاريخ 11-05-1993، أشار إليه شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...المرجع السابق، ص.177.

Cass com, 11/05/1993, bull joly, 1993, p.1993.

²شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...،المرجع السابق، ص 177.

المبحث الثاني

مسؤولية الشركة الأم عن الإخلال بالشخصية المعنوية للشركة التابعة

ساوى الفقه والقضاء بين حالتي ؛ الخلط بين الذمم المالية بين الشركة الأم والشركة التابعة وحالة جعل هذه الأخيرة وهمية، في مجال التسوية القضائية لتجمع الشركات الوطنية ومتعددة الجنسيات، بهدف مسائلة الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة، إذا كان بين هذه الأخيرة وبين الشركة الأم خلط بين الذمم المالية بحيث يعتبران مشروعاً واحداً¹ أو كانت الشركة التابعة مجرد كيان وهمي.

كما قد يترتب عن الخلط بين الذمم ترتيب المسائلة الجزائية للشركة الأم عن تعسفها في أموال شركاتها التابعة؛ مما يسمح باستنتاج نتيجتين أساسيتين قد تترتبان عن خلط الذمم ووهمية الشركة التابعة، واللذان ابتدعهما القضاء بهدف حماية جماعة دائني الشركات التابعة، وهذان النتيجتان إما: المسائلة المدنية للشركة الأم عن ديون شركتها التابعة (المطلب الأول)، وإما المسؤولية الجزائية لمسيرى الشركة الأم في حالة الخلط بين الذمم (المطلب الثاني).

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.198.

المطلب الأول : مسائلة الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة: كجزء مشترك لحالتي الخلط بين الذمم ووهمية الشركة التابعة

في حالة الخلط بين الذمم المالية نكون بصدد شركات تنتمي إلى مجموعة واحدة وكل منها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأخرى، وكان من المفروض أن كل شركة تلتزم بديونها بمفردها دون مساعدة من باقي الشركات، وبالتالي تستقل كل شركة بإجراء تسوية قضائية عن باقي الشركات في حالة عدم قيامها بذلك ، إلا أنه بسبب الخلط بين حسابات هذه الشركات بحيث يصبح من الصعب الفصل بينها، فانها تعتبر جميعا تشكل مشروعا واحدا، وأصبح إجراء التسوية القضائية الذي يتم شهره تجاه إحدى هذه الشركات يمتد إلى الشركات الأخرى، وفي هذه الحالة يصبح طبيعيا أن تمتد إجراءات الإفلاس إلى الشركة الأم التي تختلط أموالها بالشركة التابعة أو إذا كانت إحدى الشركات الأخرى وهمية(الفرع الأول) ، وذلك نتيجة لاتحاد دائني كل من الشركتين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اتخاذ إجراء تسوية قضائية واحد لكل من الشركة الأم والشركة التابعة

إن امتداد إفلاس الشركة التابعة إلى الشركة الأم بسبب الإخلال بالشخصية المعنوية للشركة التابعة بحالتيه نجد له تطبيقات عديدة في أحكام القضاء، ومن هذه التطبيقات قضت محكمة النقض الفرنسية أن الخلط بين الذمم المالية يعتبر سببا كافيا لمسائلة الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة¹، وقضائه أيضا أن الخلط بين الذمم المالية للمدينين يتضمن بالضرورة أن الإجراء الذي يتم أو يشهر في مواجهة أحدهما يجب أن يتم أيضا في مواجهة الآخر حتى ولو كانت هذه الأخيرة لم تتوقف عن الدفع².

ومن القرارات الصادرة في هذا الصدد أيضا القرار الصادر من مجلس قضاء باريس عام 1988 والذي أكدت فيه أنه في حالة وجود خلط بين الذمم المالية لشركتين، فإن التسوية

¹ أشار إلى هذا الحكم شريف محمد غنام، نفس المرجع، ص 203

² نفس المرجع، ص.203.

القضائية للأولى يجب أن تمتد إلى الثانية ولا نبحث بخصوص هذه الشركة الثانية ما إذا كانت متوقفة عن الدفع أم لا¹.

كما ينجم عن الشركات الوهمية عواقب على الكيان القانوني لتجمع الشركات، ففي بعض الحالات يظهر التجمع ككل بشكل وهمي لدرجة أن الدائنين لا يجدون أي أصل للشركات التابعة الوهمية². مما يحتم وضع سبل كفيلة لتحريك مسؤولية التجمع عن وهمية الشركة التابعة؛ وفي هذا الصدد نجد المادة 2-621 L من القانون التجاري الفرنسي تقضي بأن الإجراءات الجماعية المتخذة ضد كيان ما يمكن أن تمتد لأكثر من كيان في حالة وهمية بعض الشركات، وتطبيق هذه المادة يلقي مجالاً خصباً في إطار تجمع الشركات أين الشركة الأم يمكنها أن تمضي في إنشاء أكثر من شركة تابعة ليس من أجل تكليفهم بنشاط معين؛ ولكن من أجل الهروب من مرأى الدائنين وذلك عن طريق التخفي وراء الكيان الوهمي لهذه الشركات التابعة. من أجل هذا يستمر القضاء في إعلان افتتاح إجراءات الإفلاس ضد كل من الشركة الأم والشركات التابعة وذلك في حالة الوهمية.

ويتضح من هذه الأحكام أنه عند وجود خلط بين الذمم المالية أو وهمية إحدى الشركات التابعة يؤدي لأن يشمل الإفلاس كل شركات التجمع، ولا يشترط لكي يمتد الإفلاس إلى الشركة الأم أن تكون هي قد توقفت بصفة شخصية عن سداد ديونها أو تكون قد ارتكبت خطأ في التسيير بما يوجب مسؤوليتها كمسير قانوني أو فعلي للشركة التابعة.

وقد انتقد بعض الفقهاء هذه النتيجة التي تؤدي إليها مسألة الخلط بين الذمم المالية بين شركات التجمع ألا وهي امتداد إجراء الإفلاس إلى الشركة الأم، وبني هؤلاء حجتهم على أساس أن هذا التوسع يحمل في طياته خطورة كبيرة على حياة الشركات الأم، فهذه

¹ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص 204.

² « La fictivité engendre des conséquences sur la personne morale de la filiale qui s'avère, totalement ou partiellement, irréaliste. Dans certains cas, c'est l'ensemble de cette personne qui apparaît fictif, au point que ses créanciers ne trouvent plus aucun actif social. » ; Farag Hmoda, thèse préc, p.376.

الشركات دائماً تكون شركات كبيرة ولها مركزها الاقتصادي والمالي الضخم، وإذا سمحنا بامتداد الإفلاس إليها بسبب تعثر شركة تابعة صغيرة لا لشيء إلا لاختلاط الذمم المالية لها بالشركة التابعة، فسيؤثر ذلك على مركزها القانوني والاقتصادي، فالأفضل أن نقرر مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة التابعة، وإذا لم تسدد ديون شركتها التابعة فيمكن شهر إفلاسها في هذه الحالة على أن لا نمدد الإفلاس إليها مباشرة¹.

الفرع الثاني: وحدة دائني الشركة التابعة والشركة الأم

في حالة الخلط بين الذمم المالية للشركات داخل تجمع الشركات، فإن ثمة ذمة مالية واحدة لهذه الشركات، ويقتضي هذا بطبيعة الحال وحدة في جماعة الدائنين تشمل كل الدائنين لهذه الشركات، فتضم هذه الوحدة دائني الشركة التابعة السورية أو التي تختلط ذمتها بذمة الشركة الأم ودائني الشركة الأم أنفسهم. وفي كل هذه الحالات نحن أما شخص قانوني واحد له ذمة مالية واحدة، فتختلط أصول وخصوم الشركة الأم بأصول وخصوم الشركة التابعة، ويكون من المنطقي في هذه الحالة أن يختلط الدائنون معاً وتتكون وحدة واحدة منهم².

وإذا كانت وحدة الدائنين قاعدة متفق عليها في الفقه والقضاء في حالة الخلط بين الذمم المالية للشركات، فإن تطبيقها على هذه الشركات سوف يؤثر بشكل أو بآخر على حقوق الدائنين، فوجود وحدة واحدة للدائنين تضم دائني الشركة الأم ودائني الشركة التابعة سوف يؤدي إلى التنافس والتزاحم بين هؤلاء الدائنين مما يقلل من فرص الوفاء لهم جميعاً، ولا يقتصر أثر وحدة جماعة الدائنين على الدائنين العاديين ولكنه يمتد إلى الدائنين الممتازين أيضاً³.

¹ أنظر بتفصيل ذلك شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.204.

² Cass com .07 -03- 1972

أشار إليه شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.209.

³ شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق ، ص.210.

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية للشركة الأم عن التعسف في استعمال أموال الشركة التابعة: كجزء عن الخلط بين الذمم المالية للشركات

تسأل الشركة الأم إذا كانت عضو مجلس إدارة الشركة التابعة أو مديرا فعليا لها، وارتكبت تعسفا بالخلط بين الذمم المالية لشركاتها التابعة، مما قد يؤدي لإحداث أضرار بها وبالاقتصاد العام للتجمع ككل.

وفي هذا الشأن، فقد عمل المشرع الجزائري على سن نصوص قانونية تهدف إلى حماية الشركات التجارية وذلك عن طريق تشريع جزائي خاص بها يتعلق أساسا بتكوين وتسيير وتصفية الشركات؛ فأوجد جريمة الإستعمال التعسفي لأموال الشركة؛ والتي هي عبارة عن استعمال أموال الشركة من المسير بسوء نية استعمالا مخالفا لمصلحة الشخص المعنوي، من أجل تحقيق مصلحة شخصية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

وقد مرت هذه الجريمة بعدة مراحل في التشريع الجزائري¹ وقد تم النص عليها في الباب الثاني المتعلق بالأحكام الجزائية للقانون التجاري، وذلك بموجب المواد 800 فقرة 4، 811 فقرة 3 و840 فقرة 1 من القانون التجاري.

ورغم عدم وجود نص تشريعي خاص بجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التابعة، ولا وجود لنصوص خاصة بالمسؤولية الجزائية لمسير الشركة الأم عن هذه الأفعال، إلا أنه يمكن الرجوع للأحكام العامة المتمثلة في النصوص المجرمة للاستعمال التعسفي

¹ بحيث لو نظرنا إلى الواقع الجزائري أثناء العهد الاشتراكي وقبل إصلاحات سنة 1993 نلاحظ وجود قطاع اشتراكي قوي ومسيطر إلى جانب قطاع خاص غير مستغل، وبالتالي فكل استعمال تدليسي لأموال الشركات كان يدخل في إطار ما يسمى بالجرائم الاقتصادية، لكن منذ عام 1993 شهدت هذه الجريمة تطورا في طابعها، وأصبحت جريمة من جرائم الأعمال تخص الشركات التجارية، ولعل ما يفسر تدخل المشرع بنصوص جزائية خاصة في الشركات والذي يعتبر إجراء حديثا، يعود للحاجة إلى ردع تصرفات مدير أو مسير الشركة، وذلك بإضفاء وصف الجريمة عليها فنستوجب بالتالي جزاء جنائيا، وهذا يحقق أهدافا رئيسية تتمثل أساسا في حماية الذمة المالية للشركة وكذا حماية الاستثمار وبالتالي المستثمر وإعطائه الضمانات الكافية للإقدام عليه.

لأموال الشركة بصفة عامة؛ كون أن المشرع حصر مجال تطبيق هذه الجريمة فقط في مسيري شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة (متعددة الأشخاص أو ذات الشخص الوحيد)، وبما أن الشركات الأعضاء في التجمع تأخذ شكل شركة مساهمة فإنها تدخل ضمن هذه النصوص التجريبية وتطبق عليها.

وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى أركان جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، وكيف يعد خلط الذمم أحد أنواعها (الفرع الأول)، ثم نبحت في المسؤولية الجزائية المترتبة عن ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة

إنّ جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة لا تقوم إلا إذا كان استعمال المسير لأموال الشركة مخالفا لمصلحتها من جهة، وجاء بغرض تحقيق هدف شخصي من جهة أخرى، إذن يفترض لقيام هذه الجريمة توافر ركنين مكونين لها: ركن مادي، وآخر معنوي.

أولا : الركن المادي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة

يتكوّن هذا الركن من عنصرين أساسيين ويتمثلان في استعمال المسير لأموال الشركة، استعمالا مخالفا لمصلحتها.

I : استعمال أموال الشركة

يقصد بالاستعمال استخدام شيء لغرض معين في غرض آخر غير ذلك المتفق عليه، وبالتالي فإن الاستعمال المقصود في جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة يتمثل في استخدام المال المملوك للشركة بطريقة مخالفة لمصلحتها وذلك من أجل تحقيق أغراض شخصية، ومما لا شك فيه أن اختيار المشرع الجزائي لهذا المصطلح يعود لكونه واسع إذ يضم في طياته أعمال الإدارة والتي تتمثل في أعمال التسيير العادي كالصيانة والتأمين والإيداع والقرض والإيجار، وأعمال التصرف وهي العمليات التي تنصب على رأسمال الشركة بتحويله أو الإنقاص منه حاضرا أو مستقبلا (مثل البيع،

الهبّة، إبرام عقد الإيجار...) فكلّ هذه الأعمال إذا كانت في غير مصلحة الشركة تشكّل استعمالاً بمفهوم جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة. وبخصوص خلط الذمم؛ فسبق القول أن الشركة التابعة تتمتع بدمّة مالية مستقلة عن ذمّة المساهمين، وبناء عليه فإنّ المال الذي يكون محلاً لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة هو مجموعة الأموال المنقولة والعقارية المكونة للذمّة المالية للشركة التابعة أي مجموع الأموال الثابتة والمنقولة والملكية الأدبية والصناعية والتي تخصص لتحقيق غرض الشركة سواء تعلق الأمر برأسمالها أو الاحتياطات أي كل عقاراتها ومنقولاتها وعتادها ومخزونها وما لها من ديون وحقوق وإيجارات، وكذلك الأموال المعنوية من علامات تجارية أو براءات اختراع، في حال إستعمالها من قبل الشركة الأم إستعمالاً مخالفاً لمصلحة الشركة التابعة.

II : استعمال المال بصورة مخالفة لمصلحة الشركة

إنّ العنصر القانوني الثاني الذي يقوم عليه الركن المادي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة هو استعمال المسير أو المدير أو المصفي مال الشركة بصورة مخالفة لمصلحتها وذلك بسوء نية منه.

وبخصوص خلط الذمم في ظلّ تجمع الشركات، نجد أن القضاء الفرنسي يفرق بين ما إذا كان الاستعمال المخالف لمصلحة الشركة قد تم في إطار شركة مستقلة على النحو الذي تقدم أعلاه، أو في إطار تجمع الشركات، ففي القرار الصادر عن مجلس النقض الفرنسي بتاريخ 04 فيفري 1985 بمناسبة نظرها في قضية (Rozenblum) اعتبرت أن "الإعانة المالية المقدمة من شركة لأخرى والمتواجدة في نفس التجمع، يجب أن تملية المصلحة الاقتصادية والمالية والمقدرة بالنظر إلى السياسة المقررة لهذا التجمع، كما يجب أن تكون عديمة المقابل أو تقطع التوازن بين الالتزامات المتعلقة بمختلف الشركات المعنية، وألا تتجاوز الإمكانيات المالية للشركة التي تتحمل العبء".

ويعتبر القاضي وحده صاحب السلطة في تقرير ما إذا كانت الأفعال محل المتابعة مخالفة أو غير مخالفة لمصلحة الشركة، ويستند في تقرير ذلك إلى مقدار الضرر اللاحق بالشركة جراء هذا الاستعمال¹.

ثانيا : الركن المعنوي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة

يتضح من النصوص المعاقبة على جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة أنها تندرج ضمن الجرائم العمدية² والتي يستلزم فيها توافر قصد جنائي ذو شقين: قصد عام وآخر خاص.

ويتحقق القصد الجنائي في جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة بتوافر سوء النية، وهي أن يقوم مرتكب الفعل بفعله عن وعي وإرادة بغية تحقيق أغراض شخصية بصفة مباشرة أو غير مباشرة مع علمه بأنه مخالف لمصلحة الشركة³.

ويقع على القاضي عبء إحضار الدليل على اجتماع عناصر الجريمة حتى تتم الإدانة، إلا أن صعوبة إثبات الركن المعنوي للجريمة، جعل القضاء يعتبره شيئا مفترضا وهذا راجع للرابطة الوثيقة التي يمكن أن توجد بين الركن المادي والركن المعنوي للجريمة⁴. ويمكن القول أن إثبات سوء النية أمر في غاية الأهمية، لكونه الحد الفاصل بين جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة وجرائم أخرى وكذا بينها وبين المسؤولية المدنية ، ويستخلص

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار هومة، الجزائري، 2008، ص. 170.

² ولا يحدد المشرع في الغالب الصفة العمدية للجرائم بطريقة مباشرة، إذ يستعمل أحيانا مصطلحات تعبر صراحة عن تطلبه للقصد الجنائي ومثل ذلك قوله: "عمدا" أو "بقصد الغش" أو يحدد نتيجة معينة يشترط أن ينصرف إليها قصد الجاني ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري في نصه على جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة في المواد 800 فقرة 4 و5 والمادة 811 فقرة 3 و4 والمادة 840 فقرة 1 من القانون التجاري، لم يشترط صراحة إلحاق الضرر بالشركة، فالاستعمال عن سوء نية لا يخرج عن كونه اختلاسا ولا يستطيع المدير أو المسير أو المصفي الإفلات من المتابعة بتمسكه بان فعله لم يلحق أي ضرر بالشركة سواء تعلق الأمر بتقويت فرصة الكسب أو جلب خسارة للشركة.

³ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 174.

هذا الدليل من الظروف والأعمال المادية التي قام بها المسير أو المدير أو المصفي مثل إخفاء بعض العمليات أو إصدار شيكات أو سفاتج مجاملة، عدم انتظام كتابات المحاسبة الخ.

أما القصد الجنائي الخاص فهو الباعث أو المصلحة أو الهدف الذي يدفع الجاني إلى ارتكاب الفعل، ويشمل القصد الخاص في جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة في تحقيق مصلحة أو أغراض شخصية أو تفضيل مؤسسة أخرى تكون لمرتكب الفعل فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

هذا وقد أقام القضاء الفرنسي قرينة على وجود المصلحة الشخصية في حالتين هما:

- الأولى تتعلق بالعمليات الخفية، أين اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن أموال الشركة التي يفتطعها المدير خفية يكون قد أقتطعها بالضرورة لمصلحته الشخصية.
- أما الثانية تتعلق بالمصاريف غير المبررة بطريقة كافية بحيث قضت في هذا الإطار محكمة النقض الفرنسية بقيام في حق مدير المؤسسة ما دام هذا الأخير لم يقدم ما يبرر الطابع المهني لمصاريف المهمة والإستقبال ومصاريف النقل¹.

الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة

لا تقوم المسؤولية الجزائية إلا بتوافر أركان الجريمة مجتمعة أي الركن الشرعي والمادي والمعنوي.

كما نص القانون التجاري الجزائري على صلاحية مندوب الحسابات للإبلاغ عن الجريمة وذلك بمناسبة القيام بالمهام المسندة إليه، وهو الواضح من المادة 715 مكرر 4 وما يليها من القانون السالف الذكر والتي تنص على ضرورة أن يكون لشركة المساهمة مندوبا أو أكثر للحسابات تعينه الجمعية العامة العادية للمساهمين لمدة 3 سنوات ويتم اختيارهم من بين المهنيين المسجلين على الجدول الوطني، كما

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 175.

نص في المادة 732 مكرر 2 من نفس القانون على وجوب تعيين مندوبين حسابات على الأقل في الشركة القابضة والمراد بها الشركة الأم وذلك لمراقبة حساباتها. وتتص المادة 715 مكرر 13 / 2 و3 من القانون التجاري على أن "يعرض مندوبوا الحسابات على أقرب جمعية عامة مقبلة المخالفات والأخطاء التي لاحظوها أثناء ممارسة مهامهم ، ويطلعون علاوة على ذلك وكيل الجمهورية بالأفعال الجنحية التي اطلعوا عليها"، وإذا لم يبلغ بها النيابة العامة فإنه سوف يتابع بجريمة الإخفاء أو عدم الكشف عن المخالفات وجرائم علم بها وذلك حسب نص المادة 830 من القانون المذكور أعلاه.

ولقد منح قانون الإجراءات الجزائية للشخص المتضرر من الجريمة أن يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق به جراء هذه الجريمة أمام القضاء الجزائي وهو ما يعرف بالدعوى المدنية التبعية . ولجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة ضحايا متضررين منها ويتعلق الأمر هنا بالشركة والمساهمين

أولا : بالنسبة لدعوى الشركة

إذا لحق الشركة ضرر شخصي ومباشر من هذه الجريمة منحها القانون الحق في الإدعاء مدنياً أمام القضاء الجزائي من أجل المطالبة بالتعويض، وتتميز هذه الدعوى بأنها ملك للشركة تمارسها بنفسها ممثلة في شخص رئيسها أو أعضاء مجلس إدارتها، إلا أنه ومنعا لتخاذل هذا الأخير عن رفع الدعوى ، أعطى القانون للمساهمين الحق في رفعها باسم ولحساب الشركة سواء تم رفعها من قبل أحد المساهمين بمفرده أو رفعها المساهمين كلهم مجتمعين بحيث لا يجوز بأي حال من الأحوال حرمان المساهم من هذا الحق، وهو الثابت من نص المادة 715 مكرر 24 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه : " يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصيا ، أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى

على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة وللمدعين حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة ، وبالتعويضات التي يحكم لهم بها عند الاقتضاء".
أمّا إذا كانت الشركة في حالة تصفية فإنّ الحقّ في التأسيس كطرف مدني باسم هذه الأخيرة يعود للمصفيّ وحده الذي يعتبر النائب القانوني لها ، في حين أنّها ترفع من قبل الوكيل المتصرف القضائي إذا كانت الشركة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية .

ثانيا : بالنسبة لدعاوي المساهمين الفرديين

لقد أجاز القانون للمساهم الذي لحقه ضرر شخصي ومباشر من الجريمة أن يطالب بالتعويض عنه وبالتالي ترفع هذه الدعوى من قبل المساهم بصفته هذه ، وبناءا عليه فإنّه من الضّروري على المساهم متى استخدم هذه الدعوى أن يكون موضوعها مصلحته الخاصة المتضررة من الجريمة .

ويتمثل الضرر الذي يصيب المساهمين في الحرمان من الحصول على جزء من أرباح الشركة أو الإنقاص من قيمة السندات بسبب انخفاض أصولها ، وهكذا يعود التعويض الذي يحكم به للمساهم ، دون الشركة ، وهذا عكس حالة قيامه برفع الدعوى باسم الشركة أين يدخل التعويض المحكوم به في ذمتها.

وبخصوص العقوبة المقررة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة فهي السجن¹ من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة مالية من 20.000 د ج إلى 200.000 د ج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

و في نهاية هذا المطلب لا شك أنه يدور في ذهن القارئ سبب إدماج المسؤولية الجزائية للشركة الأم عن التعسف في استعمال أموال الشركة التابعة كجزء عن الخلط بين الذمم المالية للشركات، في ظل الفصل المتعلق بمسؤولية الشركة الأم عن الإخلال بالشخصية المعنوية للشركة التابعة كآلية وقائية لحماية الدائنين، وهذه المسؤولية لا توفر أية حماية للدائنين، ذلك أنه بتطبيق القواعد العامة ، لا يجوز للدائن التأسيس كطرف مدني في

¹ كان من المفروض النص على عقوبة الحبس لا السجن وهذا الخطأ وارد في نص المادة 800 من القانون التجاري.

الدعوى الجزائية المتعلقة بالتعسف في إستعمال أموال الشركة ،ذلك أن الضرر الذي أصابه ليس ضررا مباشرا.

أثناء البحث لانجاز هذا المطلب كان يأمل ايجاد قرارات قضائية تقضي بمنحه هذا الحق مثلما هو الحال بالنسبة لجريمة تقديم ميزانية غير مطابقة للواقع الذي إجتهد القضاء الفرنسي , وأقر بالسماح للدائنين التأسيس كطرف مدني في الدعوى الجزائية للمطالبة بالتعويض إذا كانت الميزانية غير المطابقة للواقع هي التي دفعتهم للتعاقد مع الشركة. و سار القضاء على نفس المنهاج في ما يخص جريمة تقديم حسابات مدعمة على مستوى تجمع الشركات غير مطابقة للواقع¹.

فلا شك أن الفعل المرتكب من قبل الشركة الأم والمتمثل في الخلط في الذمم المالية والمكيف على أنه إستعمالا تعسفيا لأموال شركاتها التابعة يضر الدائنين بنفس مقدار المساهمين، مما يحتم على المشرع التدخل من أجل سد هذا الفراغ التشريعي وحماية الدائنين والمساهمين، خاصة في ظل تقنية الحسابات المدعمة التي يتم إعدادها من قبل الشركة الأم ،و التي تملك حرية في التلاعب في الحسابات.

¹ بخصوص هذه الأحكام،أنظر ص.271. من الرسالة.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية للشركة الأم

كآلية علاجية لحماية الدائنين

الأصل أن تجمع الشركات يقوم على أساس استقلالية الشخصية المعنوية للشركات الأعضاء فيه، مما يستلزم أن ديون كل شركة عضو في التجمع لا تلتزم بها شركة أخرى، ولا يمكن لدائني أحد الشركات الأعضاء في التجمع مطالبة باقي الشركات الأخرى للوفاء بديونهم طبقاً لمبدأ استقلالية الذمم المالية، والذي يعد من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الشركات التجارية.

هذا من المنظور القانوني، لكن لا يمكن أن نتجاهل الوحدة الاقتصادية للتجمع، والتي ننوه على أساسها بضرورة حماية دائني الشركة التابعة من الأخطار التي قد تلحق بهم، والمتمثلة في عدم حصولهم على حقوقهم¹.

وعليه فإن أساس التجمع ليس قانوني محض والفصل بين مجموعة الشركات الأعضاء فيه ليس فصلاً مطلقاً، والاستقلال القانوني لهؤلاء الآخرين لا يستبعد مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها التابعة.

إلا أنه لا يوجد في القانونين الجزائري والفرنسي نص يقضي بمسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها التابعة²، مما يستوجب بنا الرجوع إلى الحلول التقليدية المتواجدة في القواعد العامة، فغالبا ما تتولى الشركة الأم تسيير شركاتها التابعة، وقد ترتكب أخطاء أثناء ذلك، مما يوجب قيام مسؤوليتها المدنية³، وذلك إما بتحميلها ديون الشركة التابعة⁴ أثناء إرتكابها

¹في ظل غياب النصوص القانونية، فإن الآراء الفقهية والإجتهادات القضائية ركزت على العلاقات التصاعدية فقط في ظل تجمع الشركات، أي التحويلات المالية التي تقدمها الشركات التابعة للشرطة الأم، متجاهلة الحالة العكسية التي تكون فيها الشركة التابعة بحاجة لمساعدة الشركة الأم (Relations descendantes)، إن الغرض من إنشاء التجمع في حد ذاته هو تكوين وحدة إقتصادية قوية، وليس في صالح الشركة الأم وحتى دائنيها تعثر ميزانية إحدى الشركات التابعة مما قد يؤدي إلى إفلاسها وزوالها، لأنه حتماً ذلك سوف يؤثر سلباً على سمعة التجمع، لمزيد من التفصيل أنظر Frédéric Magnus, op.cit, p.87.

²بالنسبة للقانون الفرنسي قانون Grenelle 2 نظم فقط مسؤولية الشركة الأم عن الأضرار البيئية التي تسببها شركتها التابعة.

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

³ م 715 مكرر 23 من ق.ت.

⁴ إن مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة تجد أساسها القانوني في المادتين 715 مكرر 27 و 715 مكرر 28 من ق.ت. المتعلقين بشركة المساهمة نظام قديم ونظام حديث واللذان تنظمان مسؤولية المسيرين عن العجز في

خطأ في التسيير، أو قيام مسؤوليتها التقصيرية، وإن كانت كلتا المسؤوليتان يندرجان ضمن مجال المسؤولية المدنية، إلا أن سبب إفرادنا المسؤولية الشخصية للشركة الأم عن ديون شركتها التابعة بمبحث منفصل ، يرجع لكون هذه المسؤولية ذات نوع خاص، لكونها مسؤولية مدنية مشددة.

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها التابعة.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للشركة الأم.

موجودات الشركة.و سبب إدراج هذا النوع من المسؤولية في الفصل المتعلق بالمسؤولية المدنية للشركة الأم راجع إلى إعتبار أن هذا النوع من السؤولية ما هو الا تطبيقا خاصا لقواعد المسؤولية المدنية التي تقوم على فكرة الخطأ، وإن كانت تتسم بالشدة في أحكامها،لمزيد من التفصيل أنظر :

Pierre. Bourel, L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonyme et responsabilités limitée en cas d'insuffisance d'actif, R.T.D Com, 1960.p 385 et S.

المبحث الأول

مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة

إن جوهر تجمع الشركات هو وجود سلطة ورقابة تمارسها الشركة الأم على شركتها التابعة، قد تستمد هذه السلطة أو الرقابة من القانون، كما قد تكون سلطة أو رقابة فعلية، تمارس على أساس التبعية الإقتصادية التي تفرضها ظروف الواقع، والتي تنجم عنها الوحدة الإقتصادية للتجمع.

وتبرر حماية الدائنين تجاهل الفواصل بين هذه الشركات، فإن تدخلت الشركة الأم في إدارة وتسيير شركتها التابعة سواء بصفتها مسير قانوني أو فعلي، فيجب أن تسأل عن الأخطاء التي قد تركبها أثناء هذه الإدارة¹.

وعليه، سوف نقوم أولاً بدراسة شروط قيام مسؤولية الشركة الأم عن إفلاس شركتها التابعة (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى آثار ذلك (المطلب الثاني).

¹شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة.....، المرجع السابق، ص.36.

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها التابعة

لقيام مسؤولية المسيرين عن ديون الشركة، لا بد من ارتكابهم خطأ في التسيير يؤدي إلى عجز في موجودات الشركة، ووجود علاقة سببية بين الخطأ في التسيير والعجز¹. وبتطبيق ذلك على تجمع الشركات، يتوجب أولاً تحديد صفة الشركة الأم باعتبارها مسيراً (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى أركان قيام دعوى المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد صفة الشركة الأم باعتبارها مسيراً

عادة ما تتولى الشركة الأم بحكم إمتلاكها أغلبية رأس مال أو حقوق التصويت في الشركة التابعة عضوية مجلس إدارتها، ويمثلها في ذلك ممثل قانوني²، أو تكون مديراً فعلياً لشركتها التابعة، تكون مديراً فعلياً وليس قانونياً، وذلك إستناداً إلى أن القانون يوجب على الشركات الأعضاء في التجمع أن تأخذ شكل شركة مساهمة، والنظام القانوني لهذه الأخيرة يمنع الشخص المعنوي من تولي منصب رئيس مجلس إدارة، وكذلك من العضوية في مجلس المديرين.

وعليه سوف نتطرق أولاً إلى عضوية الشركة الأم في مجلس إدارة شركاتها التابعة، ثم نتطرق فيما بعد إلى الحالة التي تكون فيها الشركة الأم مديراً فعلياً.

أولاً: عضوية الشركة الأم في مجلس إدارة شركاتها التابعة.

يمكن أن يكون عضو مجلس الإدارة شخصاً طبيعياً كما يمكن أن يكون شخصاً معنوياً، ومن تم جاز لكل شركة أن تصبح عضو مجلس إدارة في شركة أخرى، وهذا هو الحال

¹إباعتبار أن المشرع قد نص في المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على وجوب أن تتخذ الشركات الأعضاء في التجمع شكل شركة مساهمة، تطبق بهذا الصدد المادتين 715 مكرر 27 و715 مكرر 28 من ق.ت المتعلقان بمسؤولية المسيرين عن ديون الشركة، إلا أن المادة 578 من نفس القانون كانت أكثر تفصيلاً من حيث تحديد شروط قيام المسؤولية المتمثلة في ارتكاب خطأ في التسيير يترتب عنه عجز في ميزانية الشركة وافتراس علاقة سببية بين ذلك.

²المادة 612 / 2 من ق.ت.

بالنسبة لعضوية الشركة الأم في مجلس إدارة شركتها التابعة، ويمثلها في ذلك ممثلاً دائماً طبقاً للمادة 612/2 و3 من ق.ت التي تنص:

« و يجوز تعيين شخص معنوي قائماً بالإدارة في عدة شركات وفي هذه الحالة لا تطبق أحكام المقطع الأول على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين. و يجب عند تعيينه، إختيار ممثل دائم يخضع لنفس الشروط والواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان قائماً بالإدارة باسمه الخاص، دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله.»

و عضوية الشركة الأم في مجلس إدارة شركتها التابعة يستوجب أن تتوفر فيها جميع الشروط التي يوجب القانون توافرها في الشخص الطبيعي عضو مجلس الإدارة، إلا أن كونها شخص معنوي هو العائق الوحيد الذي يحول دون حضورها إجتماعات المجلس، ويمثلها في ذلك ممثل دائم.

I: شروط عضوية الشركة الأم في مجلس إدارة شركتها التابعة

إن علاقة التبعية بين الشركة الأم والشركة التابعة تنشأ إما بامتلاكها أغلبية رأس المال فيها أو حقوق التصويت أو بطرق أخرى جاء النص عليها في المادة 731 من ق.ت. فوجب تملك الشركة الأم نسبة من أسهم الشركة التابعة هو شرط ضروري لكي تتولى عضوية مجلس إدارتها ذلك أن القانون يوجب على أعضاء مجلس الإدارة تملك نسبة من الأسهم يشكل مجموعها 20% ، ما يعرف بأسهم الضمان، ولم يحدد القانون نسبة الأسهم بالنسبة لكل عضو تاركا تحديد ذلك إلى القانون الأساسي¹.

ويحظر على مالك أسهم الضمان التصرف في هذه الأسهم بكل شكل من أشكال التصرف سواء البيع أو الرهن.... الخ، كما أن حيازة أسهم الضمان تبقى دائماً ثابتة في يد الشركة، لأن عملية الإيداع لا تنتهي إلا بعد الإفراج عن هذه الأسهم إذا تعلق الأمر

¹المادة 619/1 من ق.ت.

بأسهم ثابتة في سند مادي، أما إذا كانت غير ذلك، فإن الإفراج لا يتم إلا بعد رفع القيد المتعلق بعدم إمكانية التصرف فيها.

وعليه، فلا يجوز لدائني عضو مجلس الإدارة الشخصيين القيام بأي إجراء تنفيذي في مواجهة الشركة إلا بعد الإفراج عن أسهم الضمان، بينما يجوز القيام بجميع الإجراءات التحفظية، وعليه فإن الحجز التحفظي لأسهم الضمان ممكن قانوناً، باعتباره لا يؤثر على وجود الضمان أو التنفيذ عليه كما أنه لا يترتب عنه أي التزام في ذمة الشركة¹.

هذا بخصوص أسهم الضمان، كما أن المشرع الجزائري في القانون التجاري لم يطبق على أعضاء مجلس الإدارة الأشخاص المعنوية الحظر المطبق على أعضاء مجلس الإدارة الأشخاص الطبيعية من منعهم الإنتماء إلى أكثر من (5) مجالس إدارة شركات يقع مقرها في الجزائر، وإنما خص بالحظر الممثلين الدائمين للأشخاص المعنوية².

كما لم يشترط المشرع الجزائري شرط الجنسية على أعضاء مجلس الإدارة على خلاف بعض القوانين المقارنة، فقانون الشركات المصري مثلاً يوجب أن تتمتع أغلبية أعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة بالجنسية المصرية، وإن إنخفضت هذه النسبة لأي سبب من الأسباب، وجب استعمال هذه النسبة خلال ثلاثة أشهر، على أن تصادق الجمعية العامة على ذلك في أول إجتماع لها³.

II: علاقة الشركة الأم بالشخص الطبيعي الممثل لها في عضوية شركتها التابعة

إن طبيعة علاقة الشركة الأم بممثلها القانونية هي علاقة وكالة، وهذه الأخيرة يعرفها القانون المدني في المادة 571 كالاتي:

¹نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.144.

²المادة 612 من ق.ت.

³لمزيد من التفصيل أنظر حسن محمد هند، المرجع السابق، ص.120.

« الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه.»

إلا أن علاقة الوكالة تفرض أن الممثل هو النائب، والشركة الأم الشخص المعنوي القائم بالادارة هي الأصل، وعقد الوكالة يفترض حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إنشاء التصرفات القانونية مع إنصراف آثار ذلك إلى الأصل كما لو كانت صادرة من هذا الأخير.

لكن في نفس الوقت، القانون يوجب على الممثل القانوني التحلي بجميع الشروط التي يفرضها القانون على القائم بالإدارة الشخص الطبيعي، وتحمله مسؤولية مدنية وجزائية بالتضامن مع الشخص المعنوي.

فالمسؤولية التضامنية بين الممثل والشخص المعنوي تعد في غير مصلحة الممثل لأن الأصل أنه مجرد وكيل أو نائب على الشخص المعنوي، وبالتالي فالقاعدة العامة تقتضي عدم مسؤوليته إلا في حالة الخطأ الصادر منه، أما إذا كان الخطأ صادر من الأصل، أو بناء على تعليمات موجهة إلى الممثل، فلا مجال لمساءلته.

وعليه نقول أن المشرع قد بالغ في تحديد شروط ممثل الشخص المعنوي وتشدد في مسؤوليته حماية لمصلحة الشركة، بل مسؤوليته تكون مشددة أكثر بحكم السلطات والمزايا المخولة له إذا تولى منصب عضو ممثل الشركة الأم في مجالس إدارة شركتها التابعة.

ثانيا: حالة الشركة الأم مديرا فعليا لشركتها التابعة

يعرف المسير الفعلي بأنه ذلك الشخص الذي يدير الشركة دون أن يولي بطريقة شرعية من طرف هيكل الشركة بسلطة تمثيلها، فهو الشخص الذي يقوم بتسيير الشركة دون أن يكون قد تم تعيينه بصورة قانونية من طرف أجهزتها المختصة، فهو ليس

الممثل الشرعي للشركة، ولكن نظرا لأعمال التسيير التي قام بها، أعتبر من حيث الواقع مسيرها¹.

وفي إطار تجمع الشركات، من الممكن أن تكون الشركة الأم مديرا فعليا للشركة التابعة، وذلك عندما تقوم بتوجيهها، أو بفرض سياسات إقتصادية معنية تقوم بتنفيذها تتماشى مع السياسة العامة للشركة الأم وليس للتجمع ككل.

وعليه، لا يكفي حيازة الشركة الأم لأغلبية رأس المال أو حقوق التصويت في الشركة التابعة لاعتبارها مديرا فعليا لها، وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن تقوم بأعمال إيجابية لا تصدر إلا من المدير الفعلي بصفة مستقلة ومتكررة، و فيما يلي تفصيل ذلك :

I: ممارسة الشركة الأم نشاط إيجابي في الإدارة

يظهر ذلك من خلال زاويتين ، فيجب أن تمارس الشركة الأم إدارة الشركة محل المسير القانوني، وأن تكون هذه الممارسة قد تمت بصفة إيجابية، فلا بد أن يبرر تصرف الشركة الأم بشكل ملموس وفعال، أي يجب أن تكون مشاركة الشركة الأم فعلية وجدية في إدارة الشركة².

وإستنادا إلى ما سبق، قضى مجلس قضاء باريس بأن شركة المساهمة التي لم تتدخل بشكل إيجابي في إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لا تعتبر مديرا فعليا لها، ولا تسأل عن ديونها على الرغم من أنها تمتلك أغلبية رأسمالها³.

وعلق الفقيه « sortais » على ذلك بأن المجلس أقت الضوء في قراره على نقطة هامة هي أن مدير الشركة التابعة لم تكن له أي صلة بالشركة الأم لا بصفته مديرا لها ولاعاملا

¹ محمد خليل، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.222.

² تنطبق على الشركة الأم مدير فعلي، نفس الشروط الواجب توافرها في المسير الفعلي، لمزيد من التفصيل بخصوص شروط المسير الفعلي أنظر نضيرة شيباني، مسؤولية مسيري الشركات التجارية في ظل الإفلاس والتسوية القضائية، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة الجامعية 2011-2012، ص.121.

³ Cour d'appel de PARIS, 14 ch.04 Mai 1990, Rev.soc.1990, p.449.

فيها، ويرى هذا الجانب من الفقه، أنه في الفرض العكسي الذي يكون فيه مدير الشركة التابعة تابعا بشكل أو بآخر للشركة الأم، من شأنه أن يجعل قرار القضاء مغايرا¹.

وفي قرار آخر، قضى مجلس قضاء باريس بمسؤولية الشركة الأم على إعتبار أنها مديرا فعليا، إذ قامت هذه الأخيرة بإقتطاع جزء من رأس مال شركة تابعة وتحويله إلى شركة تابعة أخرى، وقامت بذلك بخلق إئتمان زائف، وقدّر المجلس أن هذه الأعمال تعد تعسفا في إدارة الشركة التابعة من جانب الشركة الأم مما يقيم المسؤولية على هذه الأخيرة².

ويعتبر القيام بهذه الأعمال الإيجابية من قبل الشركة الأم ضروريا لإعتبارها مديرا فعليا للشركة التابعة، حتى لو كانت هي المساهم الوحيد في رأسمال الشركة التابعة، وبهذا الصدد قضت محكمة إستئناف باريس أن « صفة المساهم الوحيد للشركة الأم في رأسمال الشركة التابعة لا تعني بذاتها أنها مديرا فعليا لها، أما إذا أضيف إلى ذلك تدخل الشركة الأم في القرارات التي تتخذها الشركة التابعة، وإلزام هذه الأخيرة بها، فهذا يترجم السيطرة التي تمارسها الشركة الأم على شركتها التابعة مما يجعلها مديرا فعليا لها³ »

II: إدارة الشركة الأم الشركة التابعة بصفة مستقلة ومتكررة

حتى توصف الشركة الأم بأنها مسير فعلي، يجب تبوُّث قيامها بأعمال الإدارة بصفة مستقلة ومتكررة.

ويقصد بالاستقلالية قيام الشخص بمحض إرادته بالفعل وليس تنفيذا لأوامر غيره. أما التكرار، فالمراد به التدخل أكثر من مرة في أعمال التسيير مما قد ينتج عنه المظهر غير المطابق للحقيقة، والذي يعتمد عليه الغير في التعامل مع الشركة.

¹أشار إلى التعليق على هذا الحكم السابق شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي.....، المرجع السابق، ص.47.

² Cour d'appel de PARIS, 29 Avril 1983

أشار إلى هذا الحكم شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي.....، المرجع السابق، ص.47.

³ Cour d'appel de PARIS, 5 Janvier 1999, Bull.joly, sociétés 1999 n° 137, note B. Saintourens.

ولقد تبنى المشرع الجزائري نظرية المسير الفعلي في القانون التجاري، وساوى بينه وبين المسير القانوني في المسؤولية المترتبة عن الإدارة الخاطئة الصادرة منه، والتي تؤدي إلى الإضرار بمصلحة الشركة ويمكن متابعته قضائياً عن طريق شتى دعاوى المسؤولية، بما فيها دعوى تكملة ديون الشركة¹.

الفرع الثاني: أركان قيام دعوى المسؤولية

لا تختلف دعوى تكملة الديون التي ترفع على الشركة الأم بإعتبارها مسيراً قانونياً أو فعلياً للشركة التابعة عن باقي دعاوى المسؤولية المختلفة، وذلك بالتزامها توافراً خطأً وضرراً وعلاقة سببية، ولكن ما يميزها عن غيرها هو مضمون هذه الأركان التي تظفي على هذه الدعوى خصوصية معنية.

أولاً: الخطأ في التسيير

يعد الخطأ شرطاً لقيام المسؤولية المدنية بصفة عامة وتعد دعوى تكملة الديون أحد التطبيقات الخاصة للمسؤولية المدنية التي لا تتأثر إلا في حالة الإجراءات الجماعية، ويشترط لقيام هذه الدعوى ارتكاب خطأ في التسيير من طرف المسير. و الخطأ في التسيير لم يكن محل دراسات ونظريات فقهية مثلما هو الحال عليه بالنسبة للخطأ في المسؤولية المدنية، وذلك نظراً لغموضه، وإتساع نطاقه، بسبب إرتباطه بمفاهيم أخرى غير محددة المعالم.

و من التعريفات النادرة التي قيلت في الخطأ في التسيير أنه تصرف غير مطابق لمصلحة الشركة، يهدد مصلحة الشخص المعنوي في إستمراره².

و يرى البعض في هذا الصدد أن مجمل صلاحيات القائمين بالإدارة تترتب عن التزامهم العام بالتصرف في كل الظروف بإسم الشركة. و تحقيق لمصلحتها، وبالتالي يقع عليه

¹أنظر المادتين 224 و 805 من ق.ت.

² Serge Hadji Artinian, La faute de gestion, LITEC, Paris, 2001, p.180.

الإلتزام ليس فقط بالتصرف في حدود عقد الشركة، ولكن أيضا بتحقيق غرضها بكفاءة وعناية وحسن نية¹.

و يرى جانب من الفقه أن الخطأ في التسيير هو خرق لثلاثة نماذج من الإلتزامات الكفاءة والشفافية والعناية².

و إستنادا إلى ما سبق، نستشف أن مفهوم الخطأ في التسيير مرتبط بمفاهيم غامضة غير محددة المعالم من بينها مصلحة الشركة، إذ لم يقم المشرع الجزائري بتعريف مصلحة الشركة بالرغم من أنه قد أشار إليها في العديد من النصوص القانونية، وجعل منها دليلا أو "بوصلة" لمسيرى الشركات التجارية، وإن عدم إحترامها يمثل باعنا لقيام مسؤولياتهم. و لم يتفق الفقه بدوره في تعريف مصلحة الشركة. ففريق يعتبر أن مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء الذين ساهموا في تكوين الشركة وتمويل رأسمالها، فمصلحتهم متعلقة بمصلحة الشركة، وإثراءهم هو الغرض الأساسي. وتأثر هذا الجانب من الفقه في وضع هذه النظرية بالتحليل العقدي لمفهوم الشركة.

أما فريق ثاني مؤسس مدرسة Rennes، يعتبر أن مصلحة الشركة هي مصلحة المشروع، أي مصلحة الشخص المعنوي.

في حين هناك رأي ثالث وهو الغالب رأي توفيقى يجمع بين الإتجاهين السابقين، ويعتبر أن مصلحة الشركة هي مصلحة مشتركة تدور حولها مجموعة من المصالح وهي :

- مصلحة الشخص المعنوي.
- مصلحة الشركاء وهي مصلحة يحميها القانون تمنح هؤلاء الحق في جزء من رأس المال وفائض التصفية ونصيب من الأرباح مقابل للمساهمة في الخسائر.
- مصلحة العمال.
- مصلحة موردي الشركة ودائنيها.
- مصلحة عملاء الشركة.

¹ عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤوليةالمسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

² P. Bloch, La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de procédures collective, Gaz, pal, 1996, p.626.

أشار إليه وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.576.

- مصلحة الدولة بواسطة إدارة الضرائب.

فنجاح المشروع الإقتصادي الذي تستغله الشركة وتحقيق مصلحته هو الذي يسمح بتوزيع الأرباح على المساهمين ودفع الأجور للعمال وتسديد ديون الشخص المعنوي في آجالها، وتوفير البضائع للعملاء والتخلص من الضريبة، هذه المصالح المختلفة الأصل أنها متكاملة ولكن قد تكون متعارضة فيما بينها، وفي هذه الحالة ترجع السلطة التقديرية للقاضي¹.

و مهما قيل في تحديد مفهوم مصلحة الشركة، فانه بالرجوع لتجمع الشركات فيمكن القول أن مرجعية الخطأ في التسيير في هذا الأخير هي مصلحة التجمع.²

و يجوز الاعتقاد بأنه لا يجب الخلط بين مصلحة الشركة، ومصلحة التجمع، فإن كانت هذه الأخيرة استعملها القضاء كمبرر لجريمة التعسف في أموال الشركة على مستوى التجمع بإجازة القيام بعمليات الخزينة، إلا أنه قد قيدها بشروط، إذ يجب أن تكون الوضعية المالية للشركة التابعة جيدة مما يسمح لها بنقل الفائض الذي على مستوى ميزانيتها لتغطية عجز على مستوى ميزانية شركة تابعة أخرى، إذا كانت مصلحة التجمع تقضي ذلك.

ويعتبر خطأ في التسيير من جانب الشركة الأم عمليات الخزينة التي تقوم بها وتؤدي إلى افتقار ميزانية الشركة التابعة مما يؤدي بها إلى التوقف عن دفع ديونها، وإن كانت مرجعية الخطأ في التسيير بهذا الصدد هي مصلحة التجمع، لأعتبر تصرف الشركة الأم مباحاً³.

¹ لمزيد من التفصيل أنظر عبد الوهاب بموسات، المرجع السابق، و أنظر أيضا سيد أحمد صمود، معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية لجامعة سيدي بلعباس، 2009، العدد السادس، ص142 و ما يليها.

² Frédéric Magnus, op, cit, p.96.

«Lorsque une societe fait partie d'un groupe, la faute de gestion commise par l'un de ses administrateurs doit etre appreciee à lune de la notion de l interet de groupe. »

³ CA Paris, 15 nov. 2007, n°07-01.145 ; Rev. proc. coll., 2008, n°87, note A. Martin-Serf. «les dirigeants de la société mère sont reconnus responsables pour avoir affecté les fonds de cette dernière au financement sans contrepartie d'une filiale américaine alors qu'elle ne disposait pas des ressources pour rembourser un jour la société mère . »

وعليه، فيتحدد مضمون الخطأ في التسيير بالقيام بأعمال مخالفة لمصلحة الشركة، ويدخل في خضم الخطأ في التسيير الأخطاء الإيجابية والأخطاء السلبية (الإمتناع عن القيام بعمل¹) action ou omission كما يسأل المسير عن الخطأ الجسيم، والخطأ الصادر عن إهماله، وإن كان بعض الفقه يعتبر أنه يشكل ذلك إجحافاً في حق القائم بالإدارة ذلك أن المسير ملزم باتخاذ قرارات مصيرية ولا يعقل أن تكون قراراته كلها صائبة، فيجب حسب هذا الجانب من الفقه أن تقوم مسؤولية القائم بالإدارة على أساس الخطأ في التسيير في حالة الخطأ الجسيم، وبمفهوم المخالفة إعفاءه من المسؤولية إذا كان الخطأ الصادر عنه غير ذلك، إذا ثبت أنه تصرف بحرص الرجل المحترف وبنزاهته وفق لأحكام التسيير² وفي كل الحالات تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ذلك، وعلى هذا الأخير أن يأخذ بعين الاعتبار عند تحديده لمدى ارتكاب القائم بالإدارة للخطأ في التسيير، أن يراعي جميع الظروف التي أحاطت بالقائم بالإدارة وقت التصرف، وهذا في حد ذاته عسيرا، بإعتبار أن الخطأ في التسيير لا يظهر إلا مع النتائج السلبية على مصلحة الشركة، وبعد وقت معتبر مما يجعل اللجوء إلى الخبرة أمراً محتوماً³.

ثانياً: عجز الشركة التابعة عن سداد ديونها

تكمن خصوصية الخطأ في التسيير ضمن دعوى تكملة الديون التي ترفع على الشركة الأم بإعتبارها مسيراً في الشركة التابعة، في كون خطأ الشركة الأم قد تسبب في عجز في موجودات الشركة التابعة⁴ ويتحدد العجز بعدم كفاية المبالغ المحصلة من موجودات الشركة لسداد ديونها، ويشترط أثناء تحديد نسبة العجز أن يكون نقص الموجودات محققاً،

¹ Cass.com. 27 Avril 1993, j.c.p. 1993.Cité par Farag Hmoda, thèse préc,p

² أشار إلى هذا الرأي Y.Guon ،لمزيد من التفصيل أنظر نادية صابونجي، المرجع السابق، ص.280.

³ نادية صابونجي ، المرجع السابق ، ص.282.

⁴ يقصد بموجودات الشركة مجموع ما يكون للذمة المالية للشركة في فترة زمنية معينة، وهي تختلف عن رأس المال الذي يقصد به مجموع ما يقدمه الشركاء من حصص نقدية وعينية، والذي يحكمه مبدأ هام وهو مبدأ ثبات رأس المال.

والديون التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقييم نسبة العجز هي فقط الديون السابقة لافتتاح الإجراءات الجماعية¹.

ولم تنسم المادتان 715 مكرر 27 و715 مكرر 28 من ق.ت، بقدر من الوضوح الذي اتسمت به المادة 578 من ق.ت، والمتعلقة بمسؤولية مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديون الشركة، ولم تحدد هذه الأخيرة نسبة العجز التي يمكن تحميلها على عائق المسير المخطئ، مما يستتج أن للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في ذلك، وبالتالي يمكنه أن يأمر بتحميل كل الديون أو جزء منها على عائق الذمة المالية الشخصية للمسير، وذلك على حسب طبيعة الخطأ في التسيير المرتكب، فإذا كان خطأه هو السبب المباشر في تسبب العجز، فهنا من الطبيعي تحميله كامل العجز، في حين لو كان خطأه يعد سببا من الأسباب المساهمة، فقد يقرر القاضي تحميله جزء من نقص المجودات².

وفي حالة تعدد المسيرين، فللقاضي السلطة التقديرية في أن يحمل عبء التعويض على عائق كل المسيرين على وجه التضامن، وعليه فمصير المسير مرهون بيد القاضي طالما ترجع لهذا الأخير سلطة تقدير الخطأ في التسيير.

وفي إطار تجمع الشركات، يرى جانب من الفقه³ أن إفسار الشركة التابعة وعجزها عن الوفاء بديونها يعتبر شرطا مسبقا للرجوع على الشركة الأم، وهذا يقضي بطبيعة الحال مطالبة الدائنين الشركة التابعة أولا، وإن تبث عجزها الرجوع على الشركة الأم.

وبهذا الصدد قضى مجلس النقض الفرنسي في قراره الصادر في 4 يناير 1982، برفض طلب دائني الشركة التابعة بالرجوع على الشركة الأم، وذلك على أساس استقلال

¹ Yve. Guyon. Droit des affaires, tome2, Entreprises en difficultés redressement judiciaire, Faillite, Economica, 4^{ème} éd, Paris, 1999, p.208.

² Caroline Henry, Le rôle du lien de causabilité en l'action de comblement de passif, revue des sociétés, Dalloz, Paris, 1997, p.611.

³ Synvet أشار إليه شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي.....، المرجع السابق، ص.52

الشركتين من الناحية القانونية، وأن الدائنين لم يثبتوا العناصر التي تؤكد مسؤولية الشركة الأم عن عجز الشركة التابعة عن سداد ديونها¹.

ويتضح من هذا القرار، أنه لكي يستجيب المجلس إلى طلب الدائنين بقيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة، إما أن يثبت الدائن؛ بأن الشركتين شخص قانوني واحد، وذلك بإثبات صورية الارتباط بينهما، بحيث نكون أمام شركة واحدة وهي الشركة الأم، وتعتبر هي المسؤولة، أو أن يثبت أن هناك استقلالاً حقيقياً بين هاتين الشركتين، وتكون أحدهما قد تدخلت في إدارة الثانية، وعجزت هذه الأخيرة عن سداد ديونها بسبب خطأ ارتكبه الشركة الأولى أي (الأم) في التسيير.

ثالثاً: العلاقة السببية

أقر المشرع في ظل القانون 1967 أن عدم كفاية أصول الشركة للوفاء بديونها مرجعه وقوع خطأ في التسيير، بحيث يقع على المديرين المسيرين عبء إثبات خلاف ذلك، إلا أنه تخلى عن هذه القرينة بصدور قانون 1985 وتم إستبدال المادة 99 بالمادة 180²، وألزمت هذه الأخيرة الدائنين بإثبات خطأ المسير لانعقاد مسؤوليته عن ديون الشركة فضلاً عن إثبات أن هذا الخطأ أدى إلى عدم كفاية الأصول لسداد ديون الشركة، وأنه قد ساهم في زيادة النقص.

أما المشرع الجزائري، فقد إحتفظ بنفس مضمون المادة 99 من قانون 1967، بمعنى قرينة الخطأ المفترض والعلاقة السببية، وسعى بذلك إلى حماية الدائنين وتدعيم الائتمان،

¹ Cass. Com,4 Janvier 1982, Bull.civ, p.106.

² Art.180 de la loi française du 25-01-1985, a été modifié par la loi du 26-07-2005, relative à la loi du sauvegarde, et l'article 180 fut remplacé par l'article 651-2, qui est resté fidèle sur le principe de la faute de gestion prouvée, et ce dernier fut aussi modifié une autre fois en gardant toujours le principe de la faute prouvée par l'ordonnance n) 1512-2010, du 9 Décembre 2010, portant adaptation du droit des entreprises en difficultés et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

فافتراض الخطأ في المسيرين والعلاقة السببية، وما على الدائن سوى إثبات الضرر الذي لحق الشركة.

و في ظل هاتين القرينتين، خول للقاضي السلطة التقديرية لتقدير سلوك المسيرين المخطئين مع الأخذ بعين الاعتبار الإطار الزمني والإقتصادي لوقت ارتكاب الخطأ في التسيير، لكن أعتبر هذه القرائن بسيطة، ومكن مسيري الشركة من التحلل من المسؤولية، وذلك بإثبات أنهم قد بدلوا في إدارة الشركة ما يبده الوكيل المأجور من نشاط وحرص¹.

¹ وهذا ما يستشف من نص المادة 578 من ق.ت، والمتعلقة بمسؤولية مديري ش.ذ.م عن ديون الشركة، والتي كانت أكثر وضوحاً مقارنة بالمادة 715 مكرر 27.

المطلب الثاني: آثار مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها التابعة

إذا توافرت الشروط السابقة، فإنه من الممكن أن تتعرض الشركة الأم إلى نوعين من المسؤولية، فيمكن إلزامها بالتعويض وتكملة ديون شركاتها التابعة التي تديرها إن لم تكف أصولها لسداد الديون، وذلك عن طريق دعوى تكملة الديون "L'action en comblement de passif"، كما يمكن مساءلتها أيضا وذلك بتمديد إجراءات إفلاس الشركة التابعة عليها باعتبارها مسيراتها.

الفرع الأول: دعوى تكملة الديون

إن دعوى تكملة الديون هي دعوى مسؤولية مدنية لا تحرك إلا في حالة إثبات ارتكاب خطأ في التسيير¹، تهدف إلى نقل كل أو جزء من ديون الشركة إلى المسير سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، كجزء عن الخطأ الذي ارتكبه في إدارة هذه الشركة. و يتمثل الأساس القانوني لدعوى تكملة الديون بالنسبة لشركة المساهمة في المادة 715 مكرر 28 من ق.ت. ، والتي جاء فيها:

« في حالة التسوية القضائية للشركة أو إفلاسها، يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالتسوية أو الإفلاس أو التفليس مسؤولين عن ديون الشركة وفقا للشروط المنصوص عليها في الأحكام المذكورة»
بينما تنص المادة 578 من ق.ت. المتعلقة ب ش.ذ.م.م. على ما يلي:

« يجوز للمحكمة إذا أسفر تفليس شركة عن عجز فيما لها من الأموال، أن تقرر بطلب من وكيل التفليسية حمل الديون المترتبة عليها على نسبة القدر الذي يعنيه، إما على كاهل المديرين سواء أكانوا من الشركاء أو لا، أو من أصحاب الأجور أو لا، وإما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء أو المديرين على وجه التضامن من بينهم أو بدونه، بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفعل في إدارة الشركة».

¹ Cass. com. 10-28.067, 10 janv. 2012 Cité par Farag Hmoda, thèse préc, p.434

« la responsabilité des dirigeants en raison de l'insuffisance d'actif d'une société n'est pas présumée et ne peut être engagée que si le demandeur rapporte la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ».

والملاحظ أن المشرع الجزائري تبني أحكام هذه الدعوى من القانون الفرنسي، وبالتحديد المادة 99 من القانون رقم 67-563 الصادر في 13 جويلية 1967، المتعلق بالتسوية القضائية وتصفية الأموال وكذا الإفلاس الشخصي والتفليس.

ويتم تحريك دعوى تكملة الديون وفق لإجراءات قانونية خاصة، نظرا لارتباطها بقواعد الإفلاس والتسوية القضائية سواءا من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

أولاً: صاحب الصفة في رفع الدعوى

بمجرد صدور حكم الإفلاس بحق الشركة، يتم غل يد المسير عن إدارة شؤون الشركة، وتنتقل الإدارة إلى الوكيل المتصرف القضائي، وكل الدعاوى المتعلقة بالشركة، يتم ممارسته من قبل هذا الأخير، كما يتم وقف الإجراءات الفردية المتخذة من قبل الدائنين ضد الشركة، وتعود بدورها إلى الوكيل المتصرف القضائي، وعليه فقد منح المشرع لهذا الأخير سلطة تحريك الدعوى ضد مسيري الشركة، فهو الوحيد المخول له سلطة تقديم طلب إلى المحكمة من أجل التبليغ على العجز الذي اكتشفه في موجودات الشركة أثناء قيامه بحصر أموالها¹.

و على الوكيل المتصرف القضائي أثناء قيامه بالتحقيق في ديون الشركة أن يأخذ بعين الاعتبار فقط الديون الناشئة قبل افتتاح إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية².

¹ فبفضل إجراء الجرد يتمكن الوكيل من تقييم الذمة المالية للشركة، وإذا اتضح له أن موجودات هذه الأخيرة لا تكفي لتغطية الديون، فعليه التحرك بإبلاغ المحكمة، والتي تعود لها السلطة التقديرية في تحميل هذا العجز على عاتق الذمة المالية للمسير إذا توافرت شروط ذلك؛ لمزيد من التفصيل أنظر نظيرة شيباني، المرجع السابق، ص.31.

² الأصل أنه لا يجوز للدائنين شخصيا رفع دعوى تكملة الديون، ومع ذلك محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها قبلت إدعاء الدائنين لرفع دعوى تكملة الديون وسببت حكمها أن الغرض من ذلك هو السماح للدائنين التوصل إلى الذمة المالية للمدير والتنفيذ عليها.

ثانياً: المحكمة المختصة

إن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تكملة الديون هي المحكمة التي أصدرت حكم الإفلاس بحق الشركة، فهي الأولى وعلى دراية بحالة الشركة ومطلعة على شؤونها المالية، فمن الطبيعي أن تنظر في جميع المنازعات الناشئة عن التقلية. و عندما يقوم الوكيل المتصرف القضائي بتقديم طلب تحريك دعوى تكملة الديون، ينظر قاضي المحكمة التجارية في الوثائق والتقارير التي إستند عليها الوكيل في تقرير العجز، وإذا تأكد من وجود العجز، يتم إثارة مسؤولية المسير دون الحاجة إلى إثبات خطئه، وعلى المسير الذي يريد التخلص من المسؤولية أن يثبت أنه بذل العناية الكافية أثناء تسييره للشركة، وللقاضي السلطة التقديرية للأخذ بدليل المسير من عدمه.

ويفسر بعض الفقه السلطة التقديرية الواسعة التي تركها المشرع للقاضي بخصوص قيام مسؤولية المسير من عدمه، بأن مفهوم الخطأ في التسيير مفهوم غامض وغير محدد المعالم، بالإضافة إلى أن قرارات الإدارة تختلف من موقف لآخر، وتقديرها بشكل جيد لا يمكن أن يتم إلا بفهم الظروف الاقتصادية التي تحيط بصدور القرار، وعليه، فإن تقدير هذه القرارات، وما إذا كانت تنطوي على الخطأ أم لا يتم وفقاً لمعيار شخصي، ويختلف من قاضي لآخر¹.

إلا أن هذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها القاضي ليست مطلقة، وإنما مقيدة بمبدأ عدم التدخل في إدارة الشركة، فعلى القاضي الاكتفاء بتقييم مشروعية العمل في التسيير الذي يقوم به المسير، وليس بتقييم ملاءمته باعتبار أن سلطة الملاءمة هي من إختصاص المسير، إلا أن ميدانياً صعب تحقيق ذلك، فكلما كانت الفترة الزمنية التي ارتكب فيها الخطأ في التسيير بعيدة، كلما صعب إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر²، ومن أجل ذلك إفترض المشرع الخطأ في التسيير في المسير، ويتوجب على هذا الأخير لدفع المسؤولية

¹ J. Dagré, De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, Rev.soc.1988, p.205.

² André Jacquemont, manuel de droit des procédures collective 1s, Litec, Paris, 199, p.275.

نفي العلاقة السببية بين أعمال التسيير التي قام بها، والعجز الذي أصاب موجودات الشركة وأدى إلى تعثر ميزانيتها.

ثالثا: التقادم

لم ينص المشرع الجزائري في القانون التجاري على المدة التي تتقادم فيها دعوى تكملة الديون، في حين أن المشرع الفرنسي حددها ب 3 سنوات، تبدأ إحتسابها من يوم إنهاء إجراء التسوية القضائية¹، وبصرف النظر عن تاريخ وقوع الخطأ في التسيير.

وأمام عدم تحديد المشرع الجزائري ذلك، فتأخذ دعوى تكملة الديون نفس الحكم فيما يتعلق بمدة تقادم دعاوى المسؤولية ضد المسيرين، بمرور ثلاث سنوات إبتداء من تاريخ ارتكاب العمل الضار، أو من وقت العلم به إذا كان قد أخفى، غير أن الفعل المرتكب إذا كان جنائية، فإن الدعوى في هذه الحالة تتقادم بمرور 10 سنوات².

الفرع الثاني: تمديد إجراءات إفلاس الشركة التابعة وتسويتها القضائية على الشركة الأم

تتمثل الوسيلة الثانية التي يمكن بها مساءلة الشركة الأم على اعتبار أنها مسيرا³ في

¹Art L651 alinéa3 code com Français « L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. »

²المادة 715 مكرر 26 من ق.ت.

³إن تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على المسيرين في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة يتعارض مع شروط الإفلاس المنصوص عليها في المادة 215 من ق.ت.ج، والمتمثلة في صفة التاجر والتوقف عن الدفع. ولل قضاء على هذا العارض القانوني، تدخل المشرع من أجل إعطاء أكثر فعالية للقواعد المنظمة لمسؤولية القائمين بإدارة الشركات التجارية، فقد أضيف صفة التاجر على أعضاء مجلس الإدارة (بالنسبة لشركة المساهمة التقليدية) وأعضاء مجلس المراقبة (بالنسبة لشركة المساهمة نظام حديث) بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها، وذلك طبقا للمادة 31 من القانون 90-22، المؤرخ في 18 غشت 1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10 يناير 1996، والمتعلق بالسجل التجاري. وعلى ضوء هذا النص الصريح، يستطيع القاضي إعتبار المسير تاجرا، أما بخصوص التوقف عن الدفع فلقد نصت المادة 224 /1 و 2 من ق.ت، أن تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة للمسير هو التاريخ المحدد بالحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو إفلاس الشخص المعنوي.

الشركة التابعة في إمتداد إجراءات إفلاس هذه الأخيرة وتسويتها القضائية عليها، وإضافة ديونها إليها، بحيث يستطيع دائنو الشركة التابعة التنفيذ على أموال هذه الأخيرة وعلى أموال الشركة الأم أيضا، بحيث تصبح أموال الشركة الأم ضامنة للوفاء بديونها، وبديون الشركة التابعة على حد سواء.

وسوف نتعرض في هذا الفرع إلى الأساس القانوني لتمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على الشركة الأم باعتبارها مسيرا في الشركة التابعة، وإجراءات ذلك.

أولا: الأساس القانوني لتمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على الشركة الأم

تنص المادة 224 من ق.ت/1 و 2 على ما يلي:

في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز إشهار إفلاس ذلك شخصا على كل مدير قانوني أو واقعي أو ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا:

- إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

- أو باشر تعسفا لمصلحته باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع".

وهناك عدة اعتبارات إستند عليها المشرع في تقرير تمديد الإفلاس على المسير ومنها:

I: إجراء التمديد هو جزاء على سوء التصرف في الإدارة

باعتبار أن المسير هو وكيل عن الشركة، فإنه يقع على عاتقه الالتزام بأداء مهامه بعناية وكفاءة، ومراقبة أعمال الشركة، والتصرف بجدية في إدارتها تحقيقا لمصلحتها، لذا يحظر عليه إستغلال مركزه في الشركة لتحقيق أغراض خاصة، كما يحظر عليه إساءة

إلا أن المادة 31 من القانون رقم 90-22، لم تأت بالحل بصفة كاملة إذ أضفت صفة التاجر على أعضاء مجلس الإدارة، وأعضاء مجلس المراقبة فقط، دون أعضاء مجلس المديرين والمديرين العامين الذي يعينهم رئيس مجلس الإدارة لمساعدته في أداء مهامه، وكذلك مسيري ش.ذ.م.م.

إستعمال صلاحياته، وترجيح مصالحه الخاصة عن مصلحة الشركة¹. بالمقابل، فإن خروج المسير عن هذا الموجب القانوني الذي يتوجب عليه إتباعه سيؤدي إلى مساءلته، ومن صور ذلك في تجمع الشركات قيام الشركة الأم بتصرفات في غير مصلحة الشركة التابعة، ترجيحاً لمصلحتها الشخصية.

وعليه، فعند توقف الشركة عن الدفع، وافتتاح إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية بحقها، إذا رأى القاضي أن سلوك المسير وتصرفاته كانت وراء تعثر ميزانية الشركة وانهيارها، يمكن تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية عليه شخصياً. و لقد حصر المشرع في المادة 224 من ق.ت السابقة الذكر التصرفات المؤدية إلى التمديد².

II: إجراء التمديد هو تدبير وقائي

إن إجراء تمديد الإفلاس أو التسوية القضائية يهدف إلى الحفاظ على الإقتصاد العام إذ الغرض من هذا التدبير ليس إدانة المسير فقط، وإنما التدليل على خطورته، فكل مسير مخطأ لا بد من عزله عن باقي المسيرين ، واستبعاده ليس فقط من الشركة التي يشغل بها منصب المسير، وإنما من كل الشركات التجارية، فهو يشكل مصدر خطر يهدد مصلحة كل شركة³.

¹ وجدي سليمان حاطوم، المرجع السابق، ص.544.

² يهدف إجراء تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على المسيرين المنصوص عليه في المادة 224 فـ1 و 2 من ق.ت.ج إلى تقوية الضمان العام لدائني الشخص المعنوي وذلك بتقديم مدين جديد تضمن أمواله إلى جانب أموال الشخص المعنوي الوفاء بحقوق الدائنين، بينما دعوى تكملة الديون، ما هي إلا تطبيق خاص لدعوى المسؤولية المدنية، الغرض منها تعويض النقص في ديون الشخص المعنوي، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

و إذ لم يستطع المسير تعويض ذلك النقص، فيمكن أن يخضع لإجراء تسوية قضائية، وعليه فممكن أن تؤدي دعوى تكملة الديون إلى إجراء التسوية القضائية، ولكنها ليست نتيجة مباشرة عنها، لمزيد من التفصيل، أنظر شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي.....، المرجع السابق، ص.104.

³ لمزيد من التفصيل أنظر نضيرة شيباني ، المرجع السابق، ص.147.

III: إجراء التمديد هو نتيجة للتعسف في استعمال الشخصية المعنوية

يمنح القانون المسير سلطات واسعة لتسيير الشركة في سبيل تحقيق مصلحتها، وليس من أجل تحقيق مصالحه الشخصية، فعندما يتعسف المسير في استعمال الشخصية المعنوية للشركة، فمن الطبيعي أن يكون جزاؤه هو تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية عليه.

قضت محكمة الإستئناف الفرنسية بمسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة، وذلك بسبب تسبب القرارات التي صدرت من مجلس إدارة الشركة التابعة والتي كانت بالفعل صادرة من الشركة الأم بما لها من سيطرة وقوة وتأثير على مجلس إدارة شركتها التابعة، بما يحقق مصالحها الخاصة بغض النظر عن مصلحة الشركة التابعة، ويعكس ذلك مدى التعسف الذي ترتكبه الشركة الأم في استخدام الشخصية المعنوية لشركتها التابعة¹.

ثانيا: إجراءات تمديد الإفلاس والتسوية القضائية

لم تشمل المادة 224 من ق.ت. على أي نظام إجرائي واضح يحدد الإجراءات الواجب إتباعها بخصوص تمديد إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية على المسيرين، مما يستدعي بنا الرجوع إلى القواعد العامة التي تستند عليها قواعد الإفلاس والتسوية القضائية، وذلك لتحديد الإجراءات الشكلية ثم التطرق إلى آثار التمديد.

I: الإجراءات الشكلية

تتطلب الإجراءات الشكلية معرفة المحكمة المختصة بتمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على المسيرين، وتحديد صاحب الصفة في تقديم هذا الطلب بالإضافة إلى تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.

¹ Cour d'appel de Versailles, 27 Octobre 1988, j.c.p. Ed, 1989.

أشار إلى هذا الحكم شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي، المرجع السابق، ص.73

أ: المحكمة المختصة لدراسة طلب التمديد

إن المحكمة المختصة بالنظر في تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على المسيرين هي المحكمة التي أعلنت إفلاس الشركة أو تسويتها القضائية، فالقاضي التجاري الذي يبت في مسألة التمديد أدرى بوضعية الشركة، فهو مختص ليس فقط بشهر إفلاس الشركة وتسويتها القضائية وإنما بكل المنازعات الناجمة عن ذلك والمتعلقة بإجراءات التفليسية.

وقد اتجهت بعض الآراء والأحكام الفرنسية إلى اعتبار أن جزاء التمديد هو مجرد أثر من آثار حكم شهر إفلاس الشركة، تختص به المحكمة التي أصدرت هذا الحكم.

ب: صاحب الصفة في تقديم طلب التمديد.

لم تأت المادة 224 من ق.ت بحكم بشأن صاحب الصفة في تقديم طلب تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، مما يستدعي بنا الرجوع إلى القواعد العامة التي يقوم عليها نظام الإجراءات الجماعية.

و الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب شهر إفلاس الشركة أو تسويتها قضائيا هم المسير ودائنو الشركة والمحكمة، مع الإشارة أنه بمجرد تحريك الدعوى، يتم إستبعاد المسير ودائنو الشركة ليحل محلهم الوكيل المتصرف القضائي الذي يمثل كلا الطرفين. ويحق للمحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم بتمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على المسيرين، فهي تملك السلطة التقديرية اللازمة لإقرار مسؤولية مسيري الشركة، كما يمكن للنيابة العامة أن تقدم طلب التمديد إذا كان المسير بصدد متابعة جزائية، وتبين خلال التحقيقات أنه قد تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

ج: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع

رغم أن الاجراءات المفتحة بحق المسيرين هي مستقلة، لكنها مرتبطة في تحريكها بالإجراءات الرئيسية المطبقة على الشخص المعنوي، وإعتبر القانون أن تاريخ التوقف

عن الدفع بالنسبة للمسير هو نفسه تاريخ المحدد بالحكم الذي قضى بالإفلاس والتسوية القضائية¹.

II: آثار تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية

إذا ما توافرت شروط تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على المسير أي الشركة الأم بهذا الصدد، وتم الحكم به تبعا لإفلاس الشركة التابعة وتسويتها القضائية، فإن هذا التمديد يؤدي إلى نشوء تفضيل جديدة إلى جانب تفضيل الشركة التابعة، وينفذ دائني الشركة التابعة على أصول تفضيلها وتفضيل المسير أي الشركة الأم الذي امتدت إليها إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، بينما لا يجوز لدائني هذه الأخيرة التنفيذ على تفضيلها، ويرجع تفضيل دائني الشركة التابعة على دائني المسير على هذا النحو إلى طبيعة إجراء التمديد في حد ذاته²

¹المادة 224 ق.ت.

²شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي...، المرجع السابق، ص.102.

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية للشركة الأم

الأصل في نظرية الشركات التجارية أنه لا يمكن متابعة القائمين بالإدارة من طرف الغير على أساس المسؤولية التقصيرية بسبب الأخطاء التي يرتكبونها أثناء القيام بمهامهم، ذلك أنهم يتمتعون بكل السلطات للتصرف في كل الظروف بإسم الشركة¹

لكن إستثناء عن القواعد العامة، يمكن للقائم بالإدارة أن يتحمل شخصيا مسؤولية مدنية في مواجهة الغير على أساس الخطأ الشخصي الأجنبي الخارج عن النشاط النيابي.

ولبناء نظرية خاصة بمسؤولية المسيرين التقصيرية، إستعمل الفقه² والقضاء القياس على القانون الإداري الذي يميز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي.

فالمسير يكون مسؤولا على أساس المسؤولية التقصيرية، ويلزم بالتعويض تجاه الغير إذا أثبت هذا الأخير وجود خطأ صادر عن المسير خارج عن مهامه التعاقدية³.

وأمام غياب تنظيم قانوني ينظم المسؤولية التقصيرية للشركة الأم، يتوجب علينا الاعتماد في هذه الدراسة على القواعد العامة، مع تحديد الأخطاء الشخصية للشركة الأم التي يمكن

¹ أنظر المادتين 622 و638 من ق.ت.

² Farag Hmoda, thèse pré .p.420 «Comme M. Cozian et ses coauteurs l'ont fait remarquer, Les juges ont transposé en droit des sociétés les solutions admises en droit administratif selon lesquelles l'agent ne répond que de sa faute personnelle détachable de ses fonctions et non de sa simple faute de service.... »

³ C.A. Paris. 20 -09- 2011

« La cour a affirmé que la responsabilité personnelle d'un dirigeant de société 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 lorsqu'il commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, une incompatible avec l'exercice normale de ses fonctions sociales qu'en revanche, il n'est pas responsable des fautes de la personne morale ».

على أساسها تحريك دعوى المسؤولية التقصيرية (المطلب الأول) ثم التطرق إلى آثار ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات المسؤولية التقصيرية للشركة الأم

من الثابت قانوناً أنه يشترط لقيام دعوى المسؤولية التقصيرية توافر خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وبتطبيق ذلك في إطار تجمع الشركات، يتطلب وقوع خطأ من جانب الشركة الأم، يترتب عليه ضرر بدائي الشركة التابعة، وتقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر المترتب على ذلك.

الفرع الأول: الخطأ

ليس هناك تأصيل وتحديد وضبط لمصطلح الخطأ التقصيري المرتكب من طرف الشركة الأم في نظرية تجمع الشركات، مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة، فسوف نقوم أولاً بتعريف الخطأ التقصيري، ثم التطرق إلى بعض الحالات المرتكبة من طرف الشركة الأم، والمكيفة حسب بعض الفقه على أنها خطأ تقصيري.

أولاً: تعريف الخطأ التقصيري

يعرف الخطأ التقصيري بأنه إخلال بالتزام قانوني، والإخلال هو تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه.

كما يعرف بأنه عمل غير مشروع ينتج عنه ضرر يجب تعويضه من جانب مرتكب الخطأ¹.

و أساس المسؤولية التقصيرية يختلف باختلاف مصدر الخطأ، فإما أن تكون مسؤولية شخصية لمرتكب الخطأ، أو مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، أو مسؤولية عن فعل الغير.

¹ إبراهيم إبراهيم إسماعيل، نوفل رحمان الجبوري، المسؤولية القانونية للمستحوز على شركة المساهمة دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، سنة 2012، ص. 27.

لا جدال في أن القانون التجاري لم ينظم المسؤولية التقصيرية بالنسبة للمسير في الشركات التجارية ، ولا بالنسبة للشركة الأم المسيرة لشركاتها التابعة، وما نحن بصدد دراسته، يتم على ضوء القياس الذي أجراه الفقه والقضاء على القانون الإداري، واستحداث مصطلح الخطأ الخارج عن النشاط النيابي كأساس للمسؤولية التقصيرية في مجال الشركات التجارية، وإسقاطه في مجال تجمع الشركات، بالرغم من أن إثبات الخطأ في إطار التجمع يبقى صعبا ما لم يكن مستحيلا.

يرى جانب من الفقه¹ أنه يمكن مساءلة الشركة الأم على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، حيث أن الشركة الأم القائم بالادارة أو المسير الفعلي للشركة التابعة ، يستحيل عليها القيام بمهامها باعتبارها شخص معنوي، فتمارس مهامها من قبل ممثلها القانوني، وبالتالي تسأل عن الأخطاء الذي يرتكبها هذا الأخير.

أما بخصوص شروط تحقق هذه المسؤولية، فيشترط :

1. وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع؛ أي الشركة الأم والممثل القانوني، بالإضافة

الى تحقق علاقة التبعية الإقتصادية بين الشركة الأم والشركة التابعة.

2. أن يصدر خطأ من التابع وذلك بارتكابه عملا غير مشروع أثناء تأدية وظيفته.

إلا أن هذا الطرح يبقى بدون أساس قانوني، فمن المستحيل تكييف علاقة الشركة الأم الشخص المعنوي بممثلها القانوني بعلاقة متبوع بتابعه، ذلك أن الممثل القانوني يعتبر وكيل عن الشخص المعنوي، وإن كان حتى مصطلح وكيل لا يعبر عن العلاقة التي تربطهما بحكم أن المشرع شدد مسؤولية الممثل القانوني حماية لمصلحة الشركة .

¹إبراهيم إبراهيم إسماعيل، نوفل رحمان الجبوري، المرجع السابق، ص.32 وما يليها.

أنظر أيضا سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مصر، سنة 1999، ص.236.

"لا تقتصر مسؤولية الشركة على العقود والتصرفات التي يعقدها المدير لحسابها وبعنوانها، بل تمتد لتشمل أيضا الأعمال غير المشروعة التي يرتكبها المدير أثناء إدارتها وتسبب ضررا للغير، كما لو قام بأعمال منافسة غير مشروع أو غشا ماليا، و يختلف الفقه حول أساس هذه المسؤولية، فالبعض يرى أنها تستند الى نص المادة 174 من القانون المدني المصري، التي تنص على أن يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها"

وسعى جانب آخر من الفقه في إطار مشروع Catala¹ لتعديل قانون الإلتزامات، ومدة سريان التقادم في القانون المدني الفرنسي إلى بناء نظرية المسؤولية المدنية للشركة الأم في ظل تجمع الشركات، وذلك من خلال تأسيس مسؤولية تستمد أساسها من القواعد العامة "المسؤولية عن فعل الغير"، أي مسؤولية لا تقوم على فكرة الخطأ وإنما على أساس تحمل المخاطر ، بشرط إثبات أن الضرر ناتج عن الرقابة التي تمارسها الشركة الأم على شركاتها التابعة.

إذ إقترح هذا المشروع تعديل المادة 1360 من القانون المدني الفرنسي كالتالي :
"و بالمثل يعد مسؤولاً كل من يراقب النشاط الإقتصادي أو المالي لمهني في حالة تبعية، إلا أنه يتصرف لحسابه الخاص عندما يثبت المتضرر أن الفعل الضار يرتبط بممارسة الرقابة، و نفس الحكم بالنسبة للشركة الأم عن الاضرار التي تسببها لشركاتها التابعة أو وكلائها"².

إلا أنه تعرض هذا المشروع إلى عدة إنتقادات كون أن مصطلح الرقابة بحد ذاته غير محدد المعالم، فيستوي أن تكون الرقابة مباشرة، غير مباشرة، واقعية، قانونية... الخ
و مثل هذا التعديل سوف يؤدي حتما إلى إعاقاة الاستثمار خاصة بالنسبة للشركات الأم الأجنبية التي ترغب في الاستثمار في شركات تابعة فرنسية في إطار مشروع P.E.M.³

¹ AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil) publié sur Internet,

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf , Date de consultation : 27,03,2015.

² « De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires. »

³ PASCAUD-BLANDIN Perle , La responsabilité de la société mère du fait des actes commis par sa filiale, Mémoire de master , Université de Paris sud, France, année universitaire 2013, P. 32.

هذا الاقتراح لم يأخذ به، بالرغم من أن قانون " Grenelle2 " قام بإسقاط حاجب الشخصية المعنوية، وتبنى نظرية مسؤولية الشركة الأم عن الأضرار البيئية التي تسببها شركاتها التابعة.

ثانيا :حالات المسؤولية التقصيرية للشركة الأم

لا يمكن حصر جميع الأخطاء التي ترتكبها الشركة إضراراً بدائني الشركة التابعة ومن تم يكون من المناسب في هذه الحالة أن نذكر بعض المعايير التي يمكن أن يقدر على ضوئها سلوك الشركة الأم.

I: إنشاء شركة تابعة برأس مال غير كاف

تقوم مسؤولية الشركة الأم وفقا لهذا الأساس إذا قامت بإنشاء شركة تابعة برأس مال غير كاف، وتعهد لها بالمقابل أنشطة كبيرة تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، مما يؤدي إلى تعثر ميزانية الشركة التابعة، وتصبح غير قادرة على مواجهة متطلبات الأنشطة التي عهدتها إليها الشركة الأم، ويعتبر القضاء في هذه الحالة أن الشركة الأم قد ارتكبت خطأ بإنشاء هيكل قانوني ضعيف ماليا، تعهد له بالإستثمار في مشاريع ضخمة.

و من تطبيقات ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الألمانية في قضية « Lufthansa ، والتي تتلخص وقائعها في أن الشركة الأم « Lufthansa » قامت بإنشاء شركة تابعة برأس مال محدد، ثم عهدت إليها مشاريع تفوق بكثير قيمة رأسمالها، مما أدى إلى تعثر ميزانية الشركة التابعة، ولم تتمكن من الوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقدين معها، فطلبوا منها إجراء تصفية قضائية لها، وطالب دائنو الشركة التابعة الشركة الأم بالديون، على أساس أن الشركة الأم ارتكبت خطأ يتمثل في رصد أموال ضئيلة كرأس مال يقابله أنشطة وعمليات تفوقه بكثير، ووافقت محكمة الموضوع على هذا الطلب، وألزمت الشركة الأم بدفع ديون شركتها التابعة¹

¹أشار هذا الحكم شريف محمد غنام ، الإفلاس الدولي.....المرجع السابق، ص.114.

وفسر جانب من الفقه هذا الحكم على أساس مخالفة الشركة الأم للهدف الذي يتطلب القانون شرط رأس المال في الشركة، والمتمثل في ممارسة نشاطها وتنميته، إلى جانب أنه يعتبر الضمانة الأساسية التي يستطيع الدائنون الاعتماد عليها عند إجراء التسوية القضائية للشركاء لاستيفاء حقوقهم، وحتى تتحقق هذه الأهداف يجب أن يتمشى مبلغ رأس المال مع قدر وأهميته الأنشطة التي تزاولها الشركة والمخاطر الاقتصادية التي تواجهها¹.

وبالتالي، إذا كان رأس المال أقل بكثير من قيمة الأنشطة والعمليات التي تقوم بها الشركة، فإنه لا يحقق الهدف المرجو، وبالتالي تسأل الشركة الأم عن أي ضرر يصيب دائني الشركة التابعة بسبب ضالة رأس مال هذه الأخيرة مقابل المشاريع المعهدة إليها.

II: مخالفة حسن النية والإلتزام بالأمانة

تقوم مسؤولية الشركة الأم في هذه الحالة إذ أخلت بمبدأ حسن النية، ولا تطابق تصرفاتها الأمانة الواجب توافرها في المعاملات مما يترتب على ذلك ضرر بمصالح الشركة التابعة.

فالشركة الأم ملزمة بأن تراعي عند إصدار قراراتها وتعليماتها إلى الشركة التابعة أن تحقق القرارات مصلحة الشركة التابعة، وعدم تحميلها أضرار من جراء تنفيذها.

ومن تطبيقات ذلك بأن تقوم الشركة الأم المالكة للأغلبية في شركتين (x) و(y)، وتتخلى الشركة الأم عن إنتاج بعض المواد لشركة أخرى (z) مقابل مادي تحصل عليه من هذه الأخيرة، وتكون بقرارها هذا قد تسببت في أضرار مصالح شركاتها التابعة ودائنيهم. وعليه فيعتبر تصرفها مخالف لمبدأ حسن النية والإلتزام بالأمانة وتكون بذلك قد رجحت مصلحتها الشخصية عن مصلحة التجمع بصفة عامة، فيجوز لدائني شركاتها التابعة الرجوع عليها بدعوى المسؤولية التقصيرية للتعويض عن الضرر الذي أصابهم.

¹ نفس المرجع، ص. 114.

وتبنى القضاء الألماني هذا المعيار في حكمه الصادر في 5 يونيو 1975، في قضية (ITT) ، حيث قضت المحكمة بمسؤولية الشركة الأم على أساس أن القرارات التي أصدرتها لم تكن تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق مصلحة الشركات التابعة، وإنما إستهدفت في المقام الأول تحقيق مصالحها الخاصة، دون الاكتراث بما سوف يترتب عن ذلك من أضرار لدائني الشركة الأم¹.

III: مسؤولية الشركة الأم على أساس سيطرتها على الشركة التابعة

تعتبر خصوصية العلاقة التي تجمع الشركة الأم وشركتها التابعة من أبرز ما يميز تجمع الشركات، وتكمن هذه الخصوصية في أن هناك تناقض واضح بين الوضع القانوني للتجمع الذي يفرض استقلالية الشركات الأعضاء، والوضع الاقتصادي الذي يفرض تبعية الشركة التابعة للشركة الأم « Subordination économique » .

فإذا تدخلت الشركة الأم في إدارة شركتها التابعة بشكل يفقد الشركة التابعة استقلالها القانوني، فإن القرارات التي تتخذها الشركة الأم في هذه الحالة تعتبر صادرة عنها بصفة شخصية، ومن تم تسأل عن الأضرار التي تنتج عنها.

ويؤسس القضاء هذه المسؤولية على أساس ضرورة وجود توازن بين السلطة التي تمارسها الشركة الأم على الشركة التابعة، والمسؤولية الناتجة عن هذه السلطة.

ومن تطبيقات ذلك ما قضى به مجلس قضاء Amiens في قراره الصادر سنة 1976، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة Nove blacas شركة تابعة لشركة « Compagnie des compteurs »، التي تعتبر شركة أم لها، أبرمت شركة Nove عقدا مع الشركة FODOR، تلزم بمقتضاه أن تورد إلى هذه الأخيرة صفقة مسامير، ولكنها لم تتمكن من الوفاء بالتزاماتها، رفعت شركة FODOR دعوى المسؤولية على الشركة الأم

¹أشار إلى هذا الحكم، شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي.....، المرجع السابق، ص.117.

محتجة بأن عدم تسليم الشركة التابعة الكميات المتفق عليها إنما يرجع إلى القرارات التي تتخذها الشركة الأم أثناء تدخلها في تسيير الشركة التابعة.

وافق المجلس على حجة شركة «FODOR»، وأوضحت هذه الأخيرة مدى تدخل الشركة الأم في إدارة الشركة التابعة، وأنها حددت أسعار الصفقة دون أخذ رأي الشركة التابعة، وأنها تصرفت وكأن الشركة التابعة فرعا لها، وليس شركة مستقلة قانونا، والتي يجب أن تتصرف إليها آثار العقد مباشرة.

وقدر المجلس أن هذه الوقائع تعكس مدى السيطرة والتدخل الذي قامت به الشركة الأم في إدارة شركتها التابعة.

وعلى أساس هذه الأسباب، أسست المجلس قراره بمسؤولية الشركة الأم التقصيرية¹.

أما بخصوص عبء إثبات الخطأ، فقضت المحكمة أنه يكفي على المضرور إثبات تدخل الشركة الأم في إدارة الشركة التابعة بشكل يتعدى حدود سلطتها ويمس بالشخصية المعنوية للشركة التابعة، ذلك أنه يصعب إثبات خطأ الشركة الأم نظرا للسرية الكبيرة التي تميز العلاقات التي تربط الشركة الأم بشركتها التابعة، وإثبات الخطأ في هذه الحالة إلتزام مستحيل على المضرور مما يجعل من الحصول على حقة وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية أمر صعب².

IV : مسؤولية الشركة الأم على أساس الثقة التي تمنحها للغير

تفترض هذه الحالة أن تعلن الشركة الأم من جانبها أن تضمن ديون الشركة التابعة، ويمكن أن يتخذ هذه الضمان عدة أشكال أكثرها تطبيقا الكفالة³ أو خطاب إعلان

¹أشار إلى هذا القرار شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص.120.
Cour d'appel d'Amiens, 3 Février 1976, Bull.civ.1996, n°249, p.423

²حكم محكمة النقض الألمانية صادر في فبراير 1979، أشار إليه شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي....، المرجع السابق، ص.121.

³تنص المادة 644 من ق.ت.

النوايا¹ الذي يتضمن تعهد أو كفالة، و على أساس هذا الضمان يتعاقد الدائنين مع الشركة التابعة.²

بالنسبة لشركة المساهمة، لا يمكن منح الضمان إلا إذا رخص به من قبل مجلس الإدارة طبقا للمادة 624 ق.ت وإذا كانت الشركة التي تم ضمان تعهداتها والشركة الضامنة لها مديرين مشتركين، فالأمر قد يستدعي تطبيق إجراءات الإذن والرقابة المنصوص عليها في المادة 628 من ق.ت، وتؤدي هذه الضمانات إلى خلق الثقة في نفس الغير المتعامل مع الشركة التابعة، وتحثه على التعامل معها.

تجدر الإشارة إلى أن الخطأ التقصيري في حد ذاته في مجال الشركات التجارية على وجه العموم وشركة المساهمة على وجه الخصوص يصعب تحديده وإثباته، ذلك أن المشرع خول للمسير سلطات واسعة لإدارة الشركة، و صعب إثبات خطأه الخارج عن النشاط النيابي.

« الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه»
فالكفالة لها صفة التبعية، فاللتزام الشركة التابعة الذي قامت بضمانه الشركة الأم، لا يمكن أن يلزم الشركة الأم إلا إذا لم تتمكن الشركة التابعة من تنفيذ إلتزامها، غير أنه إذا تعلق الأمر بالكفالة التجارية، فإن قضاء النقض الفرنسي يطبق على الكفالة التجارية مبدأ التضامن المفترض في العقود التجارية.

Voir aussi Francis Lefebvre, op.cit, p.447 .

¹خطابات النوايا « Les letters d'intentions » هي عبارة عن رسالة توجه من الشركة الأم لدائن شركتها التابعة (غالبا ما يكون بنك) تؤكد فيه للدائن احترام التعهدات التي تم التعاقد عليها بواسطة الشركة التابعة. عرفت المادة 2322 من القانون المدني الفرنسي بأنها «...تعهد للقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، مضمونها تقديم سند أو دعم للمدين من أجل تنفيذ إلتزامه في مواجهة دائنه».

²Frédéric Magnus, op.cit.p.92

« Lorsqu'une société mère apporte son soutien à sa filiale, il lui emportera d'être particulièrement vigilante à examiner préalablement la situation financière de sa filiale sous peine de voir sa responsabilité engagée à l instar du régime de responsabilité applicable aux dispensateurs de crédit .Si la filiale est déficitaire et que les chances d'amélioration de sa situation sont faibles, il pourra, en effet être imputé à la société mère d'avoir cree une apparence fallacieuse de solvabilité préjudiciable aux tiers, la responsabilité de la société mère bien qu'ayant pour origine la conclusion d'un contrat, aura ,cependant uniquement la nature d'une responsabilité aquilienne à l égard des tiers créanciers qui trompés par la garantie offerte par la mère à sa filiale. »

و الأمر كذلك بالنسبة لتجمع الشركات، فإن الأساس القانوني الذي يسمح بمتابعة الشركة الأم من طرف دائني شركتها التابعة هو مهام الإدارة التي تقوم بها الشركة الأم بحكم إمتلاكها أغلبية رأس المال أو حقوق التصويت في شركاتها التابعة.

إن الحالات التي سبق إستعراضها من قبل جانب من الفقه، والذين دعمو رأيهم بقرارات قضائية ، أغلبها جرائم، وكما نعلم أنه لا يجوز للدائن التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض في جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة، أو التعسف في التصويت أو التعسف في السلطة ، لأنه يشترط أن يكون الضرر الذي أصابه ضرر مباشر¹.

لكن الاشكال يبقى في جريمة نشر أو تقديم ميزانية غير مطابقة للواقع²، فالميزانية هي التي تعكس نتائج نشاط الشركة وقوتها المالية بالنسبة للعملاء والمستثمرين ، كما يستند عليها في تحديد سعر القيم المنقولة إذا كانت الشركة مسعرة في البورصة.

و عليه، أجاز القضاء³ للدائنين التأسيس كطرف مدني في جريمة تقديم ميزانية غير مطابقة للواقع للمطالبة بالتعويض، ذلك أن الضرر الذي يصيبهم هو ضرر مباشر، بشرط أن تكون الميزانية غير المطابقة للواقع هي التي دفعتم للتعاقد مع الشركة أو إستمرارية التعاقد معها نتساءل عن إمكانية تطبيق نفس المبدأ بالنسبة للحسابات المدعمة الذي أمر المشرع في المادة 732 مكرر³ من القانون التجاري الجزائري القائمين بالادارة بنشرها⁴ والتي تجعل الوضعية المالية لشركات التجمع وكأنها تشكل نفس الوحدة؟

¹ عبد الوهاب بموسات، سلطات ومسؤولية المسيرين في الشركات التجارية، المرجع السابق.

² يختلف مفهوم الميزانية غير المطابقة للواقع عن الميزانية المغشوشة المتعلقة بجنحة توزيع أرباح صورية، والتي تتضمن أخطاء تهدف الزيادة في قيمة عناصر الأصول أو النقصان من الديون من أجل الكشف عن أرباح قابلة للتوزيع، فيحتوي مفهوم ميزانية غير مطابقة للواقع على مفهوم أوسع، ويشمل كل كتابة أو نسيان يترتب عنه المساس بحقيقة الحسابات. لمزيد من التفصيل أنظر المرجع السابق الذكر، ص 80.

³ Cass. crim. 16 juin 2011, n°10-81.744.

⁴ إن المشرع الفرنسي على خلاف المشرع الجزائري قرر عقوبة 9000 يورو على رئيس مجلس الإدارة وأعضاء مجلس الإدارة ، أو أعضاء مجلس المديرين الذين يتخلفو عن إلتزامهم بنشر الحسابات المدعمة للمساهمين والشركاء.

Article L.247-1 du Code de com.FR :

« sont punis d'une amende de 9000 € le fait pour les présidents, les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants des

إن محكمة النقض الفرنسية أقرت لدائني الشركات الأعضاء في التجمع حق التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض في حالة تقديم حسابات مدعمة عن الوضعية المالية للتجمع غير مطابقة للواقع¹.

الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية

لكي تتحقق المسؤولية التقصيرية، لا بد من تحقق الضرر الناتج عن الخطأ، إذ ليس الخطأ هو الركن الوحيد لقيام المسؤولية التقصيرية، بل يجب أن تجتمع معه الأركان الأخرى من ضرر وعلاقة سببية وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً: الضرر

إن الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة له، وهو عنصر اساسي لقيام المسؤولية التقصيرية، وإمكانية المطالبة بالتعويض، لأن المدعي في دعوى المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر².
و يعد الضرر واقعة مادية يتم إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويشترط بالضرر في حد ذاته أن يصيب المتضرر في حق أو في مصلحة مشروعة، كما يشترط أن يكون محققاً.

I :المساس بحق أو مصلحة مشروعة

يشترط في الضرر أن يمس المتضرر في حق من حقوقه سواءا كانت هذه الحقوق مالية أو غير مالية³.

كما قد يمس الضرر مصلحة الشخص، ويشترط أن تكون هذه الأخيرة مشروعة حتى وإن لم تصل إلى مرتبة الحق.

فاذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة، فلا يستحق الشخص المتضرر التعويض عن الضرر الذي أصابه⁴.

sociétés tenus d'établir des comptes consolidés, qui ne les auront pas établis ou adressés aux actionnaires ou associés »

¹ Cass. crim. 29 nov. 2000, note. B. Bouloc, Rev. soc. 2000, p.380.

² إبراهيم إبراهيم إسماعيل، نوفل رحمان الجبوري، المرجع السابق، ص.34 وما يليها.
³ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، سنة 1992، ص.76.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.143.

II: أن يكون الضرر محققا

إن القول بضرورة تحقق الضرر يراد به التأكيد على ضرورة حصوله حتى يتم التعويض عنه، حيث يكون الضرر محققا متى كان حالا ومتوافرا وقت رفع دعوى المسؤولية. كما يستوي أن يكون الضرر مؤكدا الوقوع في المستقبل، أما الضرر المحتمل ، فلا يجوز التعويض عنه.

كما يجب التفرقة بين الضرر المحتمل وتقويت الفرصة خاصة في مجال قانون الشركات، فهذه الأخيرة يجوز التعويض عنها لأنها في حد ذاتها ضرر ، ولكن القاضي يقدر التعويض بالنسبة لتقويت الفرصة وليس بالنسبة للنتائج المترتبة عن تحقق الفرصة¹.

ثانيا: العلاقة السببية

لتحقق المسؤولية التقصيرية، لا بد من توافر خطأ وضرر وعلاقة سببية، إذ نص المشرع الجزائري في المادة 124 من ق.م :

"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

و يقع عبئ إثبات الرابطة السببية على المدعي المضرور، وله أن يثبتها بكافة طرق الإثبات لكونها تستخلص من وقائع مادية.

و لكن يصعب إثبات ذلك في مجال الشركات خاصة بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، على عكس المسؤولية العقدية، التي تترتب عن مخالفة القائم بالادارة للأحكام التشريعية أو التنظيمية للشركات التجارية، فاشكالية الخطأ الخارج عن النشاط النيابي الذي يرتكبه المسير يجعل إثبات العلاقة السببية أمرا لا نقول مستحيلا ولكن نادرا تحققه خاصة إذا كنا بصدد تجمع الشركات وكان مرتكب الخطأ هو الشركة الأم .

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 79، 80.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية للشركة الأم

إذا توافرت شروط قيام المسؤولية التقصيرية للشركة الأم من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فإن الأثر الطبيعي المباشر هو إلزام الشركة الأم بتعويض دائني الشركة التابعة عن الأخطاء الشخصية التي تقع منها أثناء إدارتها للشركة التابعة.

وتتجلى خصوصية التعويض الممنوح وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية بالمقارنة بالتعويض الممنوح وفقا لدعوى تكملة الديون، وخصوصية هذا التعويض تطرح من جانب آخر تساؤلا هاما حول إمكانية الجمع بينهما.

الفرع الأول: التعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية

يتميز التعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن التعويض وفقا لدعوى تكملة الديون في ثلاث أمور:

أولاً: من حيث الجهة التي لها حق طلب التعويض

لقد حدد المشرع على سبيل الحصر في المادة 224 من ق.ت الأشخاص الذين يجوز لهم المطالبة بالتعويض على أساس المادة 715 مكرر 27 و 715 مكرر 28 من ق.ت ، وهم دائنو الشركة مع الإشارة أنه بمجرد تحريك الدعوى يتم استبعاد دائنو الشركة ليحل محلهم الوكيل المتصرف القضائي الذي يمثل كلا الطرفين، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لغير هؤلاء مطالبة الشركة الأم إذا تأسست هذه الدعوى على أساس دعوى تكملة الديون.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لدعوى المسؤولية التقصيرية، فقواعد هذه المسؤولية تسمح لكل مضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه إذا توافرت شروط هذه المسؤولية، ومن تم فحق المطالبة بالتعويض وفقا لهذه الدعوى لا يقتصر على شخص دون سواه، بل يمنح لكل شخص بشرط أن يثبت إصابته بالضرر.

وتمثل هذه الخصوصية ميزة كبيرة في مجال تجمع الشركات، إذ يمكن بها مساءلة الشركة الأم من جانب كل دائني الشركة التابعة، دون أن يتطلب الأمر أن يرفع الدعوى بدلا عنهم وكيل الدائنين، أو وكيل التفليسة.

و الجدير بالذكر أن رفع الدعوى سوف يتم بشكل فردي أي كل دائن على حده، وليس بدعوى جماعية.

وتتأني هذه التفرقة في أن دعوى تكملة الديون لا ترفع إلا إذا كان هناك إجراء تسوية قضائية ثم اتخاذه ضد الشركة التابعة.

ثانيا: من حيث جبر الضرر

بخصوص التعويض، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقرير التعويض في دعوى تكملة الديون، فله أن يحمل المسير بجزء من النقص أوكله في أصول الشخص المعنوي، وذلك حسب جسامه الخطأ في التسيير المرتكب¹.

وليس هناك ما يلزم للمحكمة بأن تقضي بإلزام المسير بكل النقص في أصول الشركة، ولو ثبت خطؤه أمامها.

على عكس التعويض الذي يحكم به المسير وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، فالمبدأ العام الذي يحكم هذا التعويض هو التعويض الكامل الذي يجبر كل عناصر الضرر، فتشمل الخسارة التي لحقت المضرور وما فاتته من كسب².

الفرع الثاني: مدى جواز الجمع بين دعوى تكملة الديون ودعوى المسؤولية التقصيرية

إن خصوصية دعوى المسؤولية التقصيرية عن دعوى تكملة الديون تثير إشكالا هاما وهو إمكانية الجمع بين الدعويين.

و بهذا الصدد، هناك ثلاث إتجاهات مع تحديد موقف محكمة النقض الفرنسية كإتجاه رابع.

¹المادة 578، ق.ت.

²لمزيد من التفصيل أنظر محمد صبري السعدي، القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص.160.

و فيما يلي تفصيل ذلك:

أولاً: الإتجاه الأول

يتجه هذا الإتجاه إلى عدم جواز الجمع بين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى تكملة الديون، ويعتمد أنصار هذا الاتجاه في حججهم أنه في حالة وجود نص خاص يجبر التعويض عن الضرر بشروط معينة، فهذا الضرر لا يمكن التعويض عنه إلا إذا توافرت هذه الشروط، واستخدام الوسيلة الخاصة التي حددها القانون للمطالبة بهذا الحق. ولا يجوز اللجوء في هذه الحالة إلى القواعد العامة للمسؤولية لاقتضاء هذا التعويض أو الجمع بين الدعيين، فالخاص يقيد العام¹، وعليه فالمادتين 715 مكرر 27 و715 مكرر 28 من ق.ت. وضعتا نظاما خاصا لمسؤولية المسير، فلا يجوز اللجوء في هذه الحالة إلى دعوى المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: الإتجاه الثاني

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إمكانية الجمع بين الدعيين، ذلك أنه ليس هناك ما يمنع ذلك قانونا من حيث الجمع، ولا من حيث الرجوع على المسيرين بقواعد المسؤولية التقصيرية².

ثالثاً: الاتجاه الثالث

يتوسط هذا الاتجاه الاتجاهين السابقين، حيث يتجه أنصاره إلى أنه لا يجوز للدائنين الرجوع على المسير بالدعيين معاً، أي لا يجوز الجمع بينهما، فيجب تقرير دعوى واحدة فقط.

¹ Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 4éd, p.24 .

أشار إليه شريف محمد غنام ، مدى مسؤولية.....، المرجع السابق، ص. 453.

² J. Daigré, op .cit,p.201.

كما أن هناك ترتيب يجب مراعاته في اللجوء إلى هتين الدعويين، فإذا توافرت شروط دعوى تكملة الديون، فيمتنع اللجوء في هذه الحالة إلى دعوى المسؤولية التقصيرية، ويكون اللجوء إلى دعوى تكملة الديون فرضا إلزاميا. ويرى أيضا أنصار هذا الاتجاه أن دعوى المسؤولية التقصيرية تعتبر دعوى احتياطية لدعوى تكملة الديون، فلا يتم اللجوء إليها إلا في نهاية الأمر إذا لم تتوفر شروط هذه الأخيرة¹.

رابعاً: إتجاه محكمة النقض الفرنسية

إذا كان الفقه قد اختلف في مسألة الجمع بين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى تكملة الديون، فإن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت موقف صريحا في ذلك، حيث قضت المحكمة بهذا الصدد أن المسؤولية المدنية لمسيرو الشركات التجارية في حالة الإفلاس والتسوية القضائية تحكمها نصوص قانونية خاصة والتي تعالج دعوى تكملة الديون، فلا مجال لتطبيق القواعد العامة².

إلا أن محكمة النقض الفرنسية وضعت استثناءات، وأجازت الجمع بين الدعويين في حالات استثنائية ومن هذه الحالات:

I: المسؤولية عن الأفعال التالية لحكم شهر الإفلاس

يسأل المسير بمقتضى دعوى تكملة الديون عن الأخطاء السابقة لحكم شهر إفلاس الشركة، ولا يجوز الجمع بين دعوى تكملة الديون ودعوى المسؤولية التقصيرية. أما الأخطاء الصادرة عن المسير والتالية لحكم شهر إفلاس الشركة، فيجوز مساءلته وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ذلك أنه لا يمكن مساءلته من خلال دعوى تكملة الديون، ومن هنا تظهر الحاجة الماسة إلى الاحتكام بقواعد المسؤولية التقصيرية³.

¹ أشار إلى هذا الاتجاه شريف محمد غنام، مدى مسؤولية.....، المرجع السابق، ص. 453.

² Cass.com. 20 -06- 1995, Bullciv, 1995, TV. N 187, p.173.

Cass.com. 26 -05- 1999. Bull joly, sociétés, 1999, n 226.

Cass.com. 30-10- 2000, in lany, Droit commercial, 2000, n 3507, p.1710.

أشار إلى هذه الأحكام القضائية شريف محمد غنام، مدى مسؤولية.....، المرجع السابق، ص. 453.

³ Cass.com.14 -03- 2000, J.c.p. 2000, p.127, note PORACCHIA.

II: حالة إخفاق الدائن في إثبات النقص في ديون الشركة

إذا لم يستطع الدائن إثبات العجز الذي لحق موجودات الشركة من جراء أخطاء المسير في التسيير، إذ عادة ما يتعذر على الدائن إثبات الضرر وذلك لصعوبة الحصول على الوثائق المالية من الشركة التي تثبت ذلك العجز، وفي هذه الحالة يجوز مساءلة المسير على أساس دعوى المسؤولية التقصيرية¹.

III: المسؤولية عن الأخطاء الشخصية للمسير

إذا حصل المصفي أو أحد الدائنين على حكم جنائي بادانة المسير عن الأخطاء الشخصية التي وقعت منه، وحكم على المسير بالتعويض بحكم صادر من القضاء الجنائي، فيجوز في هذه الحالة الجمع بين دعوى تكملة الديون والتعويض المحكوم به له من جانب القضاء الجنائي².

IV: دعوى الدائنين

بمجرد صدور الحكم بالإفلاس، تغل يد المسير عن إدارة شؤون الشركة ويحل محله الوكيل المتصرف القضائي، كما يتم وقف الإجراءات الفردية المتخذة من قبل الدائنين ضد الشركة. وتعود بدورها إلى الوكيل المتصرف القضائي، وهذا الأخير هو من يقدم طلب دعوى تكملة الديون.

وإذا لحق بأحد الدائنين ضرر شخصي، فيجوز له جبر الضرر برفع دعوى المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة ترفع على المسير دعويان؛ دعوى تكملة الديون من الوكيل المتصرف القضائي، ودعوى مسؤولية تقصيرية لجبر الضرر الشخصي الذي لحق بأحد الدائنين³.

¹ Cass.com. 28-03- 2000, Bull jily, sociétés 2000. N° 606, note J.J Daigre.

² Cass.com.29 -02- 2000, Bull joly.civ. IV. N° 42, p.36.

³ Cour d'appel de versailles, 22 Juin 2000, Bull joly.sociétés, 2000, p.1051, note JJ. Daigre

وفي نهاية هذا الفصل نقول أن تجمع الشركات لا يتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي ليس هناك نظرية قانونية توجب تطبيق إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على التجمع كوحدة إقتصادية، فإذا كانت الوحدة الإقتصادية للتجمع تشجع الدائنين على التعامل مع الشركات الأعضاء فيه، فالأولى أن يتحمل التجمع مسؤولية ذلك، وإن كانت الشركة الأم بحكم مركزها وقوتها الإقتصادية توفر حماية لدائنيها، فالأولى حماية دائني الشركة التابعة، خاصة إذا كانت الشركة الأم تتولى العضوية في مجلس إدارتها، أو تديرها بشكل كامل بصفتها مديرا فعليا.

ولا يبقى في وسعنا بهذا الصدد سوى تطبيق الآليات التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة لمساءلة الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة بسبب أخطائها الشخصية أو أخطاء التسيير الصادرة عنها أثناء إدارة شركتها التابع

خاتمة

ختاماً، وبعد تكريس هذه الدراسة لموضوع حماية المصالح الفئوية في ظل تجمع الشركات، نلاحظ أن الشركة الأم تهدف إلى تحقيق هدف اقتصادي للتجمع ككل وبالتالي فهي لا تتردد في إعطاء تعليمات تهدف إلى الموازنة بين مصالح الشركات الأعضاء ولكن قد تصدر عنها بعض التجاوزات. ومن جهة أخرى فالمبادئ العامة لقانون الشركات التجارية تخول للشركة الأم الحرية التامة للتسيير والتحكم في الشركات التابعة كون أنها تملك أغلبية رأس المال أو حقوق التصويت، فهي تملك كامل السلطات في الجمعية العامة وبالتالي تعين نفسها كقائم بالادارة أو كمدير فعلي في الشركات التابعة ، وبالتالي تمارس سلطتها بكل حرية أحيانا على حساب باقي الشركات الأعضاء.

و الملاحظ كذلك أن باقي المساهمين ليسوا مكتوفي الأيدي في مواجهة الشركة الأم المهيمنة كون أن الإجراءات المتعلقة بالاتفاقيات المنظمة تشكل ضمانا هاما للمساهمين في مواجهة الشركة الأم، إذ أنها تمنعها من استغلال الشركة التابعة خارج النتائج الفعلية المحققة للأرباح.

كما أن الاستقلالية القانونية للشركة التابعة تسمح لباقي المساهمين (الأقلية) بتطبيق الأحكام التشريعية التي تسمح لهم بالحفاظ على حقوقهم. وعليه فإن الشركة الأم لا يمكنها التحكم في الشركة التابعة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون، ولا يمكنها التأثير على حقوق باقي المساهمين دون إرادتهم.

وإذا ما تمعنا النظر على الصعيد المقارن، نلاحظ تطورا بارزا للاجتهد القضائي الفرنسي فيما يتعلق بتجمع الشركات خاصة بخصوص قانون العمل في هذا الشأن، حيث خلق مبدئين جديدين وهما مبدأ الوحدة الإقتصادية ومبدأ تعدد أرباب العمل.

ومن جهة أخرى وتحت غطاء حماية المصالح الخارجية للشركات التابعة، تبين من خلال هذه الدراسة أن التذرع بالشخصية القانونية لأهداف تدليسية غير مسموح به بل ويعاقب عليه الاجتهاد القضائي بصرامة كبيرة؛ وبرز ذلك من خلال منع الشركة الأم من المساس

بالشخصية القانونية للشركة التابعة سواء من خلال إيجاد شركات وهمية أو عبر الخلط في ذمم الشركات التابعة.

كما أنه من المعلوم أن الوجود الفعلي لتجمع الشركات يفترض وجود روابط مالية بين رؤوس أموال الشركات الأعضاء، مع وجود شركة مهيمنة هي الشركة الأم، وكل هذا قد يخلق خلط أو لبس في رؤوس الأموال.

وفي كلتا الحالتين يمكن لدائني الشركة التابعة المعسرة إذا ما ثبتت طبيعتها الوهمية أو وجود خلط في ذمتها المالية بهدف التشكيك في شخصيتها القانونية مقارنة مع الشركة الأم أو باقي الشركات التابعة الأخرى، يمكن لهم تمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية إلى الشركة الأم، بل ويمكن كذلك متابعتها على أساس المسؤولية المدنية وحتى الجزائية بشروط وفي حالات محددة.

كما اتضح من خلال هذه الدراسة أن الشركة الأم يمكن متابعتها من قبل دائني الشركة التابعة باعتبارها مسير قانوني أو مدير فعلي للشركة التابعة، عن طريق مختلف مصادر مسؤولية مسير الشركة.

ونشير كذلك إلى أن التطور الملحوظ في الاجتهاد القضائي الفرنسي يميل إلى حماية دائني الشركة التابعة من تصرفات الشركة الأم، بحيث أن كل خطأ في التسيير من الشركة الأم في شركتها التابعة قد يعرضها إلى المسؤولية الشخصية عن تلك الديون، إما بناء على مسؤوليتها التقصيرية أم بناء على المسؤولية المدنية المشددة.

وأبرزت هذه الدراسة التطور التشريعي والارتباط الوثيق لمبادئ ونصوص تجمع الشركات بباقي فروع القانون على المستوى المقارن، بحيث تم الوقوف عند العديد من الأحكام الخاصة بتجمع الشركات -خاصة مسؤولية الشركة الأم- مستحدثة في مجالات قانونية أخرى كقانون البيئة.

وبالتالي يمكن القول أن التطور التشريعي والقضائي على الصعيد المقارن وبالتحديد في النظام القانوني الفرنسي- فيما يخص تجمع الشركات يسمح بتحقيق نوع من الحماية

لدائني الشركة التابعة مما يعطينا تنظيم قانوني محكم يسمح بتوفير حماية للمصالح الفئوية الناجمة عن تجمع الشركات ويمكن من تنظيم هذه الظاهرة الاقتصادية المعقدة. وإذا كان هذا الطرح يصدق في التشريعات المقارنة، فإن دراستنا لهذا الموضوع في ظل التشريع والقضاء الجزائريين جعلتنا نلمس:

1- غياب تعريف خاص بتجمع الشركات في التشريع الجزائري، إذ لم يقم المشرع الجزائري بتكريس نصوص قانونية خاصة تنظم هذا الأخير بشكل مفصل، وإنما أشار فقط إلى بعض الميكانيزمات التي يقوم عليها التجمع في بعض النصوص، كتلك التي تنظم المساهمات والمراقبة، بل وما زاد الطين بلاءً هو عدم تصدي الاجتهاد القضائي لسد هذا الفراغ من خلال الدور المنشأ للمحكمة العليا، إذ لم نجد أي تعريف لتجمع الشركات وللمعايير المتخذة لإقامته من طرف القضاء الجزائري.

2- حصر المشرع الجزائري الشركات التي لها الحق في تكوين تجمع في شركة المساهمة فقط، بحيث ضيق من نطاق تجمع الشركات في المنظومة التشريعية والاقتصادية بالجزائر، كونه يقتصر فقط على شركات المساهمة؛ على عكس المشرع الفرنسي الذي سمح لكل الشركات التجارية بالانضمام لتجمع الشركات، وبالتالي أن تصبح شركة تابعة سواء كانت شركات مساهمة أم غيرها، بل وحتى الشركات المدنية يمكنها ذلك على غرار الشركات التجارية.

3- كذلك إذا كانت المادة 138 مكرر/4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، تحيل لتنظيم العلاقات بين الشركات الأعضاء في التجمع على أساس أحكام القانون التجاري، إلا أن هناك اختلافات ما بين القانونين بخصوص إشكالية المعيار الكمي المحدد لنسبة المساهمات بالنسبة للشركات الأعضاء في التجمع، كما أن القانون التجاري بالرغم من اعتباره قانوناً خاصاً فإنه لم يقد بتحديد الشكل القانوني للشركات الأعضاء في التجمع (الشركة الأم والشركات التابعة).

4- لايزال الغموض الذي يكتنف الطبيعة القانونية لتجمع الشركات لم يتجلى بعد، مما يستدعي وضع الإطار التنظيمي لإنشائه وتنظيمه وسيره ونهايته، وتأطر بدقة المسؤوليات والالتزامات والحقوق المترتبة عنه.

الملاحق

ملحق رقم 01:

قرار مؤرخ في 19 أكتوبر 1999 ، والمتضمن تقنيات إعداد وتجميع حسابات التجمع.

ملحق رقم 02:

Cour de cassation, chambre criminelle, N° de pourvoi: 84-91581, Bulletin criminel 1985 n° 54.

ملحق رقم 01:

قرار مؤرخ في 19 أكتوبر 1999 ، والمتضمن تقنيات إعداد وتجميع حسابات التجمع.

وزارة المالية

قرار مؤرخ في 29 جمادى الثانية عام 1420 الموافق 9 أكتوبر سنة 1999، يحدد كميّات إعداد وتجميع حسابات المجمع.

إن وزير المالية،

- بمقتضى الأمر رقم 75 - 35 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1395 الموافق 29 أبريل سنة 1975 والمتضمن المخطّط الوطني للمحاسبة،

- وبمقتضى القانون رقم 91 - 08 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد،

- وبمقتضى الأمر رقم 95 - 25 المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995 والمتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة،

- وبمقتضى الأمر رقم 96 - 27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق 9 ديسمبر سنة 1996 الذي يُعدّل ويتمّ الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، لا سيّما المادة 732 مكرّر 4 منه،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 96 - 318 المؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1417 الموافق 25 سبتمبر سنة 1996 والمتضمن إحداث المجلس الوطني للمحاسبة وتنظيمه،

- وبعد الاطلاع على رأي المجلس الوطني للمحاسبة رقم 05 - 99 المجتمع في جمعية علانية بتاريخ 21 يونيو سنة 1999،

يقرّر ما يأتي :

المادة الأولى : تطبيقا للأمر رقم 96 - 27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق 9 ديسمبر سنة 1996 والمذكور أعلاه، يحدّد هذا القرار كميّات إعداد وتجميع حسابات المجمع.

المادة 2 : يتمّ إعداد عملية تجميع حسابات المجمع حسب الكميّات المحدّدة في ملحق هذا القرار.

المادة 3 : ينشر هذا القرار في الجريدة الرّسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية.

حرّر بالجزائر في 29 جمادى الثانية عام 1420 الموافق 9 أكتوبر سنة 1999.

عبد الكريم حرشاي

الملحق

كميّات إعداد وتجميع حسابات المجمع

أولا - تعريف التجميع :

المادة الأولى : إن حسابات الشركة القابضة التي تمّ تجميعها مع حسابات الشركات المعنية التي هي تحت رقابتها تشكّل الحسابات المجمّعة للمجمع.

المادة 2 : يتمّ تجميع حسابات المجمع حسب نسبة التبعية، بإدماج إجمالي أو إدماج نسبي أو بطريقة التكافؤ طبقا للكميّات الآتية :

- تعتمد طريقة الإدماج الإجمالي على الإحلال الكليّ لحسابات سندات المساهمة للشركة القابضة محلّ حسابات الميزانية ولنتائج الشركات المجمّعة المعنية لإعداد ميزانية واحدة وجدول واحد لحسابات نتائج للمجمع.

تسجّل الفوائد المرتبطة بالمساهمات خارج المجمع في الشركات المراقبة ضمن خصوم الميزانية المجمّعة.

- تكون المعلومات الضرورية لإعداد الحسابات المجمعة غير متوفرة أو يقتضي الحصول عليها مصاريف باهظة أو في آجال لا تتوافق مع تاريخ الإقفال.

- يكون إجمالي الأصول أقل من 5٪ من الأصول المجمعة.

ثالثا - الكيفيات التقنية للتجميع :

المادة 5 : يتم إعداد الحسابات المجمعة حسب المبادئ المحاسبية وقواعد التقييم والتسيير المطبقة على الحسابات السنوية الفردية.

يضمن المخطط المحاسبي للمجمّع تجانس قواعد التقييم الاختيارية.

المادة 6 : إن الفرق المسجل عند دخول الشركة في محيط التجميع الناتج عن تكلفة تحصيل السندات وحصّة الشركة القابضة في رؤوس الأموال الخاصة للشركة أو في المساهمة بما فيها نتيجة النشاط في هذا التاريخ، يشكّل الفرق الأوّل للتجميع.

في حالة ما إذا لم يوزّع هذا الفرق على مختلف عناصر الثروة، فإنّه يسجّل ضمن رؤوس الأموال الخاصة.

المادة 7 : ينقسم فرق التجميع الأوّل المعرف في المادة 6 أعلاه، إلى فرق التقييم وفرق التّحصيل.

يخصّ فرق التقييم العناصر المعروفة التي أعيد تقييمها حسب القيمة المحتفظ بها لتحديد القيمة الإجمالية للشركة المجمعة.

ويخصّ فرق التّحصيل الرصيد غير المخصّص.

يسجّل فرق التّحصيل في أصول الميزانية إذا كان إيجابياً، ويمثّل المكافأة المسدّدة للحصول على السندات.

وفي حالة ما إذا كان سلباً يسجّل في خصوم الميزانية، ويمثّل مؤونة الأخطار.

- تقصى كلّ من الحقوق والديون والتكاليف والمنتجات والأرباح على المخزونات داخل المجمع وأرباح الأسهم المتحصّل عليها من الشركات الفرعية لفائدة الشركة القابضة المعنية، من الحسابات المجمعة للمجمّع إلا إذا كانت مبالغها غير معتبرة.

- تعتمد طريقة الإدماج النسبي وفقاً لنسبة المساهمة المحصّل عليها على إحلال حسابات سندات المساهمة للشركة القابضة محلّ حسابات الميزانية والنّتائج للشركات المجمعة وإعداد ميزانية واحدة وجدول واحد لحسابات نتائج المجمع.

- تعتمد طريقة التكافؤ على إحلال القيمة المحاسبية لسندات المساهمة للشركة القابضة محلّ حصتها في الأموال الخاصة بما فيها نتيجة السنة المالية للشركات التي وضعت محلّ التكافؤ.

ثانيا - مجال التطبيق :

المادة 3 : تجمّع حسابات الشركات التي هي تحت رقابة الشركة القابضة دون سواها حسب مفهوم المادة 731 من الأمر رقم 96 - 27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق 9 ديسمبر سنة 1996، والمذكور أعلاه بطريقة الإدماج الإجمالي.

إن حسابات الشركات التي تراقب بعدد محدد من الشركاء أو المساهمين حيث تنجم القرارات عن اتفاق مشترك، تجمع حسب طريقة الإدماج النسبي.

توضع حسابات الشركات محلّ التكافؤ في حالة ما إذا كان للشركة المجمعة تأثير بارز وهذا بحياسة مباشرة أو غير مباشرة لقسط يعادل على الأقلّ خمس ($\frac{1}{5}$) حقوق التصويت.

تجمع المساهمات التي يكون غرضها مالياً محضاً حسب طريقة التكافؤ.

المادة 4 : مع مراعاة كلّ المبررات التي يمكن تقديمها في ملحق المعلومات المذكور في المادة 11 أدناه، يمكن أن تقصى من التجميع كلّ من الشركات والمساهمات عندما :

- توظّف حصّة رأس المال المحازة لغرض مالي محض، أو للتنازل عنها مستقبلاً.

يشير هذا الملحق أيضا إلى :

- المبادئ المحاسبية وطرق التجميع الملتزم بها،

- طرق التقييم المطبقة على المناصب الرئيسية للميزانية وحسابات النتائج،

- طرق التحويل الملتزم بها للقيام بتجميع الشركات الأجنبية،

- الاسم والمقر ونسبة رأس المال المحازة مباشرة أو غير مباشرة في الشركة الممّعة،

- الاسم والمقر ونسبة رأس المال المحازة مباشرة أو غير مباشرة في الشركات التي وضعت محلّ التكافؤ،

- الاسم والمقر ونسبة رأس المال المحازة مباشرة أو غير مباشرة في الشركات التي أقيمت من التجميع والأسباب التي تبرر هذا الإقصاء،

- توزيع رقم الأعمال المجمع حسب قطاع النشاط والمنطقة الجغرافية،

- توزيع الحقوق والديون حسب استحقاقيتها القصيرة والمتوسطة أو الطويلة المدى،

- تعداد المجمع.

المادة 12 : تسجل السندات التي تحوزها الشركات الممّعة في رأس مال الشركة القابضة كما يأتي :

- تسجل سندات المساهمة بصفة منفصلة مع تخفيض رؤوس الأموال الخاصة الممّعة،

- يحتفظ بسندات التوظيف في الأصول الممّعة.

المادة 13 : يخضع تجميع حسابات المجمع للإجراءات المحاسبية السارية.

المادة 14 : تحدّد الاجتهادات المهنية لمحافظي الحسابات، عند الحاجة، كلّ ما يتعلق بالمصادقة وطبيعة مراقبة حسابات المجمع ومداهها.

ينقل الرصيد غير المخصّص إلى النتيجة وفقاً لمخطّط الاهتلاك أو استرجاع المؤونة.

المادة 8 : تتضمن حسابات أموال الشركة وعلاوة المساهمة التي تظهر على مستوى خصوم الميزانية الممّعة، أموال الشركة القابضة وعلاوات المساهمة فيها دون سواها.

تتضمن حسابات الاحتياط الممّعة :

- النتائج غير الموزعة للشركة القابضة،

- حصة الشركة القابضة في النتائج غير الموزعة للشركات الممّعة منذ تاريخ تحصيلها أو إنشائها أو تجميعها الأول.

المادة 9 : يسجل الفرق الناتج بين الضريبة على أرباح الشركات الواجبة الأداء فعلاً للمجمع والشركات الممّعة والضريبة على أرباح الشركات المحدد بدءاً من النتيجة الممّعة بعد إعادة فحصها في حساب يُدعى : فرق الضريبة على أرباح الشركات على النتيجة المعاد فحصها.

المادة 10 : تشمل الوضعيات المحاسبية الممّعة، الميزانية وجدول حسابات النتائج وملحق المعلومات المحدد في المادة 11 أدناه.

ويمكن استكمالها بجدول التمويل.

تاريخ إقفال الوضعيات المذكورة أعلاه وكذا شكلها ومضمونها متوافق مع الوضعيات السنوية الفردية، وتوضّح زيادة على ذلك الحسابات الخاصة للتجميع.

تضاف خانة على مستوى الميزانية وجدول حسابات النتائج، يظهر من خلالها المبلغ الصافي للنشاط السابق (ن - 1).

المادة 11 : يضاف إلى الوضعية المحاسبية الممّعة ملحق المعلومات الذي يحتوي على كلّ المعلومات المعبرة، والتي يمكن من خلالها تقدير الثروة والوضعية المالية ونتائج المجمع.

ملحق رقم 02:

Cour de cassation, chambre criminelle, N° de pourvoi: 84-91581, Bulletin
criminel 1985 n° 54.

Cour de cassation

chambre criminelle

Audience publique du 4 février 1985

N° de pourvoi: 84-91581

Publié au bulletin

Rejet

Pdt. M. Escande Faisant Fonctions, président

Rapp. M. Le Gunehec, conseiller apporteur

Av.Gén. M. Rabut, avocat général

Av. demandeur : SCP Lyon-Caen Fabiani Liard, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

STATUANT SUR LES POURVOIS FORMES PAR :

- X... MARC,

- Y... WILLIAM,

CONTRE L'ARRET DE LA 9E CHAMBRE DE LA COUR D'APPEL DE PARIS, EN DATE DU 14 FEVRIER 1984, QUI LES A CONDAMNES, LE PREMIER A TRENTE MOIS D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS ET CINQUANTE MILLE FRANCS D'AMENDE, POUR ABUS DE BIENS SOCIAUX ET ABUS DE CREDIT, LE SECOND, POUR COMPLICITE DE CES DELITS, A DIX-HUIT MOIS D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS ET VINGT MILLE FRANCS D'AMENDE ;

JOIGNANT LES POURVOIS EN RAISON DE LA CONNEXITE ;

VU LES MEMOIRES PRODUITS ;

SUR LE MOYEN UNIQUE DE CASSATION, PRESENTE PAR X..., PRIS DE LA VIOLATION DES ARTICLES 425-4 ET 437-3 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1966, 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, DEFAUT DE MOTIFS ET DE REPOSE A CONCLUSIONS, MANQUE DE BASE LEGALE,

" EN CE QUE L'ARRET ATTAQUE A DECLARE X... COUPABLE D'ABUS DE BIENS SOCIAUX POUR AVOIR FAIT CONSENTIR PAR CERTAINES SOCIETES DES CONCOURS FINANCIERS A D'AUTRES SOCIETES DANS LESQUELLES IL ETAIT INTERESSE ;

AUX MOTIFS QU'IL N'EXISTAIT PAS DE LIEN LOGIQUE MINIMAL ENTRE LES SOCIETES AYANT FAIT LES AVANCES OU APPORTER LEUR CAUTION ET CELLES EN AYANT BENEFICIE, LES UNES AYANT POUR OBJET LA CONSTRUCTION OU LA PROMOTION IMMOBILIERE, LES AUTRES L'EXPLOITATION DE FONDS DE COMMERCE DIVERS ;

QUE LES CONCOURS FINANCIERS LITIGIEUX NE CONTRIBUAIENT PAS A LA REALISATION DE LA FINALITE GENERALE DE L'ENSEMBLE DES SOCIETES MAIS ASSURAIENT DANS LE SEUL INTERET DES DIRIGEANTS LA SURVIE DES SOCIETES BENEFICIAIRES ;

QU'IL N'EXISTAIT AUCUNE STRUCTURE JURIDIQUE DE NATURE A CARACTERISER L'EXISTENCE D'UN GROUPE ;

ALORS QUE, D'UNE PART, UN GROUPE DE SOCIETES EXISTE DES LORS QUE LES SOCIETES COMPOSANTES SONT UNIES PAR UN LIEN DE DEPENDANCE LES METTANT, EN FAIT, SOUS LE CO-CONTROLE D'UNE DIRECTION UNIQUE ;

QUE, EN REFUSANT D'ADMETTRE EN L'ESPECE L'EXISTENCE D'UN GROUPE DIRIGE PAR LE PREvenu POUVANT JUSTIFIER LES CONCOURS FINANCIERS REPROCHES AU MOTIF QU'IL N'EXISTAIT PAS DE LIEN LOGIQUE MINIMAL ENTRE LES ACTIVITES DES SOCIETES GROUPEES, LA COUR D'APPEL, QUI NE CONSTATE PAR AILLEURS QUE TOUTES LES SOCIETES CONCERNEES DEPENDAIENT D'UNE MEME SOCIETE CONTROLEE PAR LE PREvenu, N'A PAS TIRE LES CONSEQUENCES LEGALES DE SES PROPRES CONSTATATIONS ;

" ALORS QUE, D'AUTRE PART, NE S'EXPLIQUANT PAS AUTREMENT QUE PAR UNE AFFIRMATION GRATUITE SUR L'INTERET QU'AVAIT PERSONNELLEMENT LE PREvenu DANS LA SURVIE DES SOCIETES BENEFICIAIRES DES AVANCES, LA COUR D'APPEL N'A PAS MIS LA COUR DE CASSATION EN MESURE D'EXERCER SON CONTROLE SUR LA LEGALITE DE SA DECISION ;

" ET SUR LE PREMIER MOYEN DE CASSATION PRESENTE PAR Y..., PRIS DE LA VIOLATION DES ARTICLES 59 ET 60 DU CODE PENAL, 437-3 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1966, 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, DEFAUT DE MOTIFS, MANQUE DE BASE LEGALE,

" EN CE QUE L'ARRET ATTAQUE A, POUR ENTRER EN CONDAMNATION, CONSIDERE QUE L'ENSEMBLE DES SOCIETES DU " GROUPE X... " NE CONSTITUAIT PAS UN GROUPE DE SOCIETES ;

" AUX MOTIFS QU'A DEFAUT D'UNE COMPLEMENTARITE DIRECTE OU ETROITE ENTRE LES OBJETS DES DIVERSES SOCIETES REPUTEEES CONSTITUER LE GROUPE, IL EST TOUTEFOIS INDISPENSABLE QUE SOIT CONSTATE DANS LES ACTIVITES DE SES COMPOSANTES UN LIEN LOGIQUE MINIMAL, EN VUE DE LA REALISATION SELON UNE STRATEGIE BIEN DEFINIE AU PREALABLE, D'UN OBJECTIF ECONOMIQUE COMMUN, PROFITABLE A L'ENSEMBLE ET, PAR LA MEME, A CHACUN DE SES ELEMENTS MIS DANS UNE STRUCTURE JURIDIQUE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE SUFFISAMMENT PRECISE ET APPARENTE POUR FAIRE RESSORTIR UNE VERITABLE ENTITE ;

QU'EN OUTRE, LES CONCOURS FINANCIERS DOIVENT CONTRIBUER A LA REALISATION DE LA FINALITE GENERALE DE L'ENSEMBLE ET NON INTERVENIR DANS LE SEUL INTERET PERSONNEL DES DIREGEANTS OU DE QUELQUES-UNS D'ENTRE EUX ;

QU'EN L'ESPECE, CES CONDITIONS NE SONT PAS REUNIES ;

" ALORS QU'EN MATIERE PENALE LE GROUPE DE SOCIETES SUPPOSE LA MISE EN OEUVRE D'UN CERTAIN NOMBRE DE MOYENS, SOUS UNE DIRECTION FINANCIERE UNIQUE ;

QU'IL N'EST PAS NECESSAIRE, AU SURPLUS, QUE SOIT CONSTATEE L'IDENTITE D'OBJET, LAQUELLE EST ETRANGERE A LA NOTION DE GROUPE QUI IMPLIQUE LE SIMPLE EFFACEMENT DE LA PERSONNALITE MORALE DES SOCIETES DANS UN BUT FINANCIER UNIQUE ;

QU'IL S'ENSUIT QU'EN FAISANT ETAT DE L'ABSENCE D'IDENTITE D'OBJET POUR ADMETTRE L'EXISTENCE D'UN GROUPE, LA COUR D'APPEL A MECONNU LE CRITERE DE LA NOTION DE GROUPE EN DROIT REPRESSIF ;

” LES MOYENS REUNIS ;

ATTENDU QU’IL APPERT DE L’ARRET ATTAQUE QUE MARC X..., EN SA QUALITE DE DIRIGEANT DE FAIT DE LA SA SERIMO ET DES SARL AFICO, SIVIM, DISCALP, MAFICO, POULIQUEN & ROUSSEL, ET SOGETH ET CELLE D’ADMINISTRATEUR DE LA SA COMPAGNIE DE PARTICIPATION ET DE GESTION FINANCIERE CPGFA, A ETE POURSUIVI DU CHEF D’ABUS DES BIENS ET DU CREDIT DE CES SOCIETES, WILLIAM Y... L’ETANT, POUR SA PART, DU MEME CHEF, A RAISON DE SA QUALITE DE GERANT DES SARL AFICO ET SIVIM, DE DIRIGEANT DE FAIT DES SARL DISCALP, MAFICO, POULIQUEN & ROUSSEL, ET SOGETH, ET DE PRESIDENT DU CONSEIL D’ADMINISTRATION DE SA CPGF ;

QU’IL LEUR EST REPROCHE, ESSENTIELLEMENT, D’AVOIR UTILISE DES FONDS PROVENANT DE CES DIVERSES SOCIETES, DONT L’ACTIVITE ETAIT LIMITEE A LA PROMOTION OU A LA CONSTRUCTION IMMOBILIERE, AFIN D’ASSURER, SOUVENT PAR L’INTERMEDIAIRE DE LA CPGF, LA TRESORERIE D’ENTREPRISES PUREMENT COMMERCIALES DANS LESQUELLES ILS POSSEDAIENT UNE PARTICIPATION PERSONNELLE IMPORTANTE OU DONT ILS ASSURAIENT LA DIRECTION DE FAIT, TELLES LES SARL MEUBLES ALFA, CHAUSSURES SAFARI, GLORIA VOYAGES, COIFFURE PROMOTION OU PRO-SERVICE IMPRIMERIE MINUTE, ET CE, POUR UN MONTANT TOTAL DE PLUS DE 11 500 000 FRANCS ENTRE 1977 ET 1980 ;

ATTENDU QUE LES PREVENUS, QUI NE CONTESTENT PAS LA MATERIALITE DE CES TRANSFERTS DE FONDS, ONT FAIT DEVELOPPER, DEVANT LE TRIBUNAL ET LA COUR D’APPEL, DES CONCLUSIONS, REPRISES AUX MOYENS, SELON LESQUELLES LES OPERATIONS REPUTEES FRAUDULEUSES PAR LA POURSUITE AURAIENT ETE JUSTIFIEES PAR L’EXISTENCE, ENTRE LES DIVERSES SOCIETES DU “ GROUPE X... ”, D’UNE UNITE ECONOMIQUE ET FINANCIERE FORTEMENT STRUCTUREE, REPOSANT SUR DES BASES NON ARTIFICIELLES, ET EXCLUSIVE DU DELIT D’ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D’UNE SOCIETE ;

ATTENDU QUE LA COUR D’APPEL, POUR REJETER CES CONCLUSIONS ET DECLARER ETABLIES LES INFRACTIONS POURSUIVIES-EN REQUALIFIANT TOUTEFOIS, A L’EGARD DE WILLIAM Y..., LA PREVENTION INITIALE EN CELLE DE COMPLICITE DES FAITS COMMIS PAR MARC X...- CONSTATE, COMME LES PREMIERS JUGES, QU’IL N’EXISTAIT AUCUN LIEN VERITABLE ENTRE LES SOCIETES AYANT POUR OBJET LA CONSTRUCTION OU LA PROMOTION IMMOBILIERE, CREEES DE 1964 A 1978, ET CELLES DONT LES PREVENUS PRIENT LE CONTROLE A PARTIR DE 1977, AYANT POUR OBJET L’EXPLOITATION DE FONDS DE COMMERCE DIVERS, “ CES DERNIERES AYANT BENEFICIE, SANS AUCUNE CONVENTION ET SELON LES IMPERATIFS DU MOMENT, DE CONCOURS FINANCIERS OU D’ENGAGEMENTS DE CAUTION DE LA PART DES PRECEDENTES “

;

QUE, SELON L’ARRET, LES AVANCES DE TRESORERIE DES PREMIERES SOCIETES N’ONT PU ETRE CONSENTIES QUE PAR LE RECOURS A DES EMPRUNTS A COURT TERME OU A DES DECOUVERTS BANCAIRES, AUCUNE D’ELLES NE DISPOSANT DE FONDS PROPRES SUFFISANTS, CERTAINES D’ENTRE ELLES OMETTANT DE MANIERE DELIBEREE DE SATISFAIRE A LEURS OBLIGATIONS FISCALES OU ENVERS L’URSSAF ET QUELQUES-UNES, TELLES LES SOCIETES MAFICO ET SERIMO, AYANT PERDU LES TROIS QUARTS, SINON LA TOTALITE, DE LEUR CAPITAL SOCIAL ;

QU’EN OUTRE, EN DEHORS DE LA SEULE CIRCONSTANCE QUE MARC X... ETAIT, DE DROIT OU DE FAIT, A LA TETE DES SOCIETES CONCERNEES, IL N’EXISTAIT AUCUNE STRUCTURE JURIDIQUE DE NATURE A CARACTERISER L’EXISTENCE D’UN GROUPE, CELUI-CI NE POUVANT RESULTER DE LA TENUE, PAR LES MEMES PREPOSES DU PREVENU, DES DOCUMENTS COMPTABLES AFFERENTS A CHACUNE

DES SOCIETES ;

QU'ENFIN, ENONCENT LES JUGES, LES PRELEVEMENTS OPERES PAR LES PREVENUS DANS LES TRESORERIES SOCIALES, A DES FINS PERSONNELLES, CONTRAIRES A L'INTERET DES SOCIETES DONT LES DENIERS ONT ETE FRAUDULEUSEMENT APPREHENDES, SONT DEPOURVUS DE TOUTE JUSTIFICATION ET " LOIN DE TRADUIRE LA MISE EN OEUVRE D'UNE POLITIQUE FINANCIERE ET ECONOMIQUE MUREMENT DELIBEREE EN VUE DE LA REALISATION D'UN OBJECTIF COMMUN PRECIS ", DE TELS AGISSEMENTS NE SONT, EN FAIT, QUE " L'EXPRESSION DU SEUL SOUCI DES DIRIGEANTS D'ASSURER, COUTE QUE COUTE, DANS LEUR SEUL INTERET, LA SURVIE DES SOCIETES BENEFICIAIRES DES TRANSFERTS DE FONDS OU DES ENGAGEMENTS DE CAUTION IMPOSES A DES SOCIETES EXSANGUES " ;

ATTENDU QU'EN L'ETAT DE CES MOTIFS, LES JUGES, QUI ONT REPONDU COMME ILS LE DEVAIENT AUX CONCLUSIONS DONT ILS ETAIENT SAISIS, ONT DONNE, SANS INSUFFISANCE NI CONTRADICTION, UNE BASE LEGALE A LEUR DECISION ;

QU'EN EFFET, POUR ECHAPPER AUX PREVISIONS DES ARTICLES 425 (4°) ET 437 (3°) DE LA LOI DU 24 JUILLET 1966, LE CONCOURS FINANCIER APPORTE, PAR LES DIRIGEANTS DE FAIT OU DE DROIT D'UNE SOCIETE, A UNE AUTRE ENTREPRISE D'UN MEME GROUPE DANS LAQUELLE ILS SONT INTERESSES DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT, DOIT ETRE DICTE PAR UN INTERET ECONOMIQUE, SOCIAL OU FINANCIER COMMUN, APPRECIE AU REGARD D'UNE POLITIQUE ELABOREE POUR L'ENSEMBLE DE CE GROUPE, ET NE DOIT NI ETRE DEMUNI DE CONTREPARTIE OU ROMPRE L'EQUILIBRE ENTRE LES ENGAGEMENTS RESPECTIFS DES DIVERSES SOCIETES CONCERNEES, NI EXCEDER LES POSSIBILITES FINANCIERES DE CELLE QUI EN SUPPORTE LA CHARGE ;

QUE TEL N'ETANT PAS LE CAS EN L'ESPECE, LES MOYENS REUNIS DOIVENT ETRE ECARTES ;

SUR LES DEUXIEME ET TROISIEME MOYENS DE CASSATION PROPRES A WILLIAM Y... ET PRIS, LE DEUXIEME DE LA VIOLATION DES ARTICLES 59, 60 DU CODE PENAL, 425-4, 437-3, 463 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1966, 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, DEFAUT DE MOTIFS, MANQUE DE BASE LEGALE,

" EN CE QUE L'ARRET ATTAQUE A REQUALIFIE LA PREVENTION ET DECLARE LE DEMANDEUR COUPABLE DE COMPLICITE PAR AIDE ET ASSISTANCE DANS LES AGISSEMENTS DELICTUEUX RETENUS A LA CHARGE DE X... ;

" ALORS QUE LES TRIBUNAUX CORRECTIONNELS NE PEUVENT STATUER LEGALEMENT QUE SUR LES FAITS RELEVES PAR L'ORDONNANCE OU PAR LA CITATION QUI LES A SAISIS ;

QU'EN L'ESPECE, LE DEMANDEUR A ETE RENVOYE DEVANT LE TRIBUNAL CORRECTIONNEL POUR AVOIR A PARIS, DE 1977 A 1980, ETANT GERANT DE LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE AFICO, VICE-PRESIDENT DU CONSEIL DE SURVEILLANCE DE LA SOCIETE SERIMO, GERANT DE LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE SIVIM ET DIRIGEANT DE FAIT DES SOCIETES DISALP, MAFICO, POULIQUEN ET ROUSSEL ET SOGETH, DE MAUVAISE FOI, FAIT DES BIENS ET DU CREDIT DE CES SOCIETES UN USAGE QU'IL SAVAIT CONTRAIRE A L'INTERET DE CELLES-CI, A DES FINS PERSONNELLES ET POUR FAVORISER D'AUTRES SOCIETES DANS LESQUELLES IL ETAIT INTERESSE DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT, A SAVOIR LA SOCIETE G. P. G. F. ET LES SOCIETES DITES DU SECTEUR COMMERCIAL ;

QUE LE DEMANDEUR A ETE RECONNU COUPABLE DU DELIT D'ABUS DE BIENS SOCIAUX, QUE SUR APPEL DU PREVENU ET DU MINISTERE PUBLIC, LA COUR D'APPEL QUI A REQUALIFIE LES FAITS RELEVES PAR LA PREVENTION EN DECLARANT LE DEMANDEUR COUPABLE DE COMPLICITE PAR AIDE ET

ASSISTANCE DANS LES AGISSEMENTS DELICTUEUX RETENUS A LA CHARGE DU DEMANDEUR SANS CONSTATER QUE LE PREVENU AIT ACCEPTE D'ETRE JUGE SUR CETTE NOUVELLE INFRACTION DISTINCTE DE CELLE VISEE PAR LA PREVENTION, LA COUR AJOUTE AUX FAITS DE LA POURSUITE ET AINSI EXCEDE SES POUVOIRS ;

SUR LE TROISIEME MOYEN DE CASSATION, PRIS DE LA VIOLATION DES ARTICLES 59 ET 60 DU CODE PENAL, 425-4, 437-3, 463 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1966, 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, DEFAUT DE MOTIFS, MANQUE DE BASE LEGALE, " EN CE QUE L'ARRET ATTAQUE A DECLARE LE DEMANDEUR COUPABLE DE COMPLICITE PAR AIDE ET ASSISTANCE DANS LES AGISSEMENTS DELICTUEUX RETENUS A LA CHARGE DE X... ;

" AUX MOTIFS QU'IL APPARAIT A L'EVIDENCE QUE Y... ETAIT CONSEILLER JURIDIQUE, QU'IL EST NECESSAIREMENT INTERVENU DANS LA CONSTRUCTION DES MECANISMES JURIDIQUES QUI ONT ETE LE SUPPORT INDISPENSABLE DES DECISIONS DE TRANSFERT OU DE PRELEVEMENT DE FONDS ET D'ENGAGEMENT DE CAUTION, ARETEES PAR X... ;

QUE CE CI EST CORROBORE PAR LES DIVERSES DECLARATIONS DE Y... DEVANT LE MAGISTRAT INSTRUCTEUR, NOTAMMENT CELLE DU 31 MARS 1981, PAR LAQUELLE, TOUT EN CHERCHANT A MINIMISER SA RESPONSABILITE PENALE, IL A PRECISE " FINALEMENT, MON ROLE CONSISTAIT A METTRE EN FORME LES DECISIONS QUE X... PRENAIT SEUL ", QUE PAR LA, IL A PAR AIDE ET ASSISTANCE, CONCOURU A LA REALISATION DES ABUS DE BIENS OU DE CREDIT QUE LA COUR A RETENUS A LA CHARGE DE X... ;

QUE LA CONNAISSANCE QU'AVAIT Y... DES INFRACTIONS COMMISES PAR X... RESULTE DU CARACTERE DU LIEN NOUE ENTRE CES DEUX PREVENUS ;

" ALORS QUE, D'UNE PART, LA COMPLICITE SUPPOSE ET L'AIDE ET L'ASSISTANCE EFFECTIVE A DES ACTES DELICTUEUX ;

QU'EN L'ESPECE, EN SE BORNANT A FAIRE ETAT DE LA QUALITE DE CONSEIL JURIDIQUE DU PREVENU, SANS AUCUNEMENT CARACTERISER SA PARTICIPATION ACTIVE ET DIRECTE PRETEE A L'AUTEUR PRINCIPAL, LA COUR D'APPEL N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ;

" ALORS, D'AUTRE PART, QUE LA COUR D'APPEL QUI LAISSE INCERTAIN LE POINT DE SAVOIR SI L'AIDE OU L'ASSISTANCE PRETEE A L'AUTEUR PRINCIPAL, A ETE ANTERIEURE, CONCOMITANTE OU POSTERIEURE A L'INFRACTION, N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ;

" ALORS, ENFIN, QUE L'ELEMENT FONDAMENTAL DE LA COMPLICITE EST L'INTENTION COUPABLE ;

QUE LA COUR QUI SE BORNE A FAIRE ETAT DE LA PRETENDUE CONNAISSANCE QUE POUVAIT AVOIR L'INTERESSE DU COMPORTEMENT DELICTUEUX DE L'AUTEUR PRINCIPAL N'A PAS D'AVANTAGE DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ;

" LES MOYENS ETANT REUNIS ;

ATTENDU QUE, POUR REQUALIFIER EN COMPLICITE DES ABUS DE BIENS ET DE CREDIT COMMIS PAR X... LES FAITS DONT Y... AVAIT ETE DECLARE CO-AUTEUR PAR LES PREMIERS JUGES, DANS LES TERMES DE LA PREVENTION, L'ARRET ATTAQUE CONSTATE QUE LA FONCTION DE " CONSEILLER JURIDIQUE ET NON FINANCIER ", TELLE QUE LA REVENDIQUE LE PREVENU, " IMPLIQUE QU'IL EST NECESSAIREMENT INTERVENU DANS LA CONSTRUCTION DES MECANISMES JURIDIQUES QUI ONT ETE LE SUPPORT INDISPENSABLE DES DECISIONS DE TRANSFERTS OU DE PRELEVEMENT DE FONDS ET D'ENGAGEMENT DE CAUTION ARRETES PAR X... " ;

QUE LA COUR D'APPEL, QUI RELEVE EN OUTRE LA DECLARATION DE Y... SELON

LAQUELLE SON ROLE “ CONSISTAIT A METTRE EN FORME LES DECISIONS QUE X... PRENAIT SEUL “, AINSI QUE LE CARACTERE FRAUDULEUX DES RELATIONS ENTRE LES DEUX PREVENUS, D’OU RESULTE LA CONNAISSANCE, PAR LE PREMIER, DES INFRACTIONS COMMISES PAR LE SECOND, ENONCE QUE Y... A AINSI, PAR AIDE ET ASSISTANCE, CONCOURU A LA REALISATION DES ABUS DE BIENS OU DE CREDIT RETENUS A LA CHARGE DE X... ;

ATTENDU QU’EN PRONONCANT COMME ILS L’ONT FAIT, ALORS QUE LA PEINE ENCOURUE PAR LE COMPLICE D’UN DELIT EST IDENTIQUE A CELLE PREVUE POUR L’AUTEUR PRINCIPAL, LES JUGES N’ONT MECONNU AUCUN DES TEXTES VISES AUX MOYENS ;

QUE, DES LORS, CEUX-CI NE SAURAIENT ETRE ACCUEILLIS ;

ET ATTENDU QUE L’ARRET EST REGULIER EN LA FORME ;

REJETTE LES POURVOIS

Publication : Bulletin criminel 1985 n° 54

Décision attaquée : Cour d’appel de Paris chambre 9 , du 14 février 1984

Titrages et résumés : 1) SOCIETE - Société à responsabilité limitée - Abus de biens sociaux - Eléments constitutifs - Utilisation des fonds d’une société dans l’intérêt d’une autre - Fait justificatif - Intérêt du groupe - Limites.

Voir le sommaire suivant.

2) SOCIETE - Société par actions - Société anonyme - Abus de biens sociaux - Eléments constitutifs - Utilisation des fonds d’une société dans l’intérêt d’une autre - Fait justificatif - Intérêt du groupe - Limites.

Pour échapper aux prévisions des articles 425 (4°) et 437 (3°) de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d’une société, à une autre entreprise d’un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d’une politique élaborée pour l’ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l’équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge.

Textes appliqués :

· Loi 66-537 1966-07-24 art. 425-4, art. 437-3

قائمة المراجع

1: المراجع العامة

I: باللغة العربية

1. أحسن بوسقيعة, الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة ، دار هومة، الجزائري2008.
2. أحمد شوقي عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه ، المطبعة العربية الحديثة،مصر.
3. أحمد محرز، القانون التجاري، مصر، 1986.
4. إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، عوبيدات للنشر والطباعة، الجزء الثاني، لبنان، 1999.
5. إيمان بن طاوس، مسؤولية العون الإقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012.
6. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
7. بلخضر عبد الحفيظ، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دار الحداثة لبنان، سنة 1986.
8. جمال أبو الفتوح، محمد أبو الخير، أثر الخصخصة على العلاقات الناشئة عن عقد العمل "دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، دار الكتب القانونية ، مصر، 2008.
9. جمال عبد العزيز عثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، مصر، 2010.
10. حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

11. شريف محمد غنام ، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.
12. رضوان أبو زيد الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن، دار الفكر ، مصر.
13. سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية للمتعاملين مع الشركات التجارية دراسة تأصيلية مقارنة، مصر، 1999.
14. شريف محمد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.
15. علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
16. عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، 2001.
17. فاروق ابراهيم جاسم، حقوق المساهم في شركة المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
18. فايز اسماعيل بصبوص ، اندماج شركات المساهمة العامة والآثار القانوني المترتبة عنها، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2001.
19. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، الأردن، 2009.
20. محمد شوقي شاهين، الشركات التجارية المشتركة طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1998.
21. محمد خليل، المسؤولية الجزائرية للشركات التجارية في القانون التجاري الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.
22. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى الجزائر، 1992.
23. محمد صبري السعدي، القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، الجزائري، 2004.

24. محمد فريد العريني الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، الأردن، 2009.
25. نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
26. ناصر لباد، القانون الإداري النشاط الإداري الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لباد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
27. وجدي سليمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

II: باللغة الفرنسية

1. André Jacquemont, Manuel de droit des procédures collectives, Litec, Paris, 1991.
2. B.MERCADAL, Ph. Jamin, A.Charvériat, et A.couret, Mémento pratique. Lefebvre-groupe de société, éd.2004.
3. C. champaud, le pouvoir de la concentration de la société par action, éd Sirey, Paris, 1962.
4. Dominique Legeais, Droit commercial et des affaires, Armand colin, 1^{4ème} éd, 2001.
5. Dominique vidal, Droit des sociétés, 6^{ème} éd, 2008.
6. E. Doces, E.Peskin, Droit du travail, Dalloz 5^{ème} éd, 2009.
7. François Goré, Droit des affaires, tome 2, Paris monchrestien, 1999.
8. Francis Lemeunier, Groupement d'intérêt économique (G.I.E), 10^{ème} éd, delmas, France, 1999.
9. Francis Lemeunier, Droit des sociétés, 11^{ème} éd, Delmas, France, 1993.
10. Françoise DEKEUWER, DEFOSSEZ, groupes de sociétés, contracts et responsabilités, L.G.D.j.France, 1994
11. George Ripert, Rène Roblot, Traité de droit commercial, tome1, 16^{ème} éd, L.G.D.J. 1996.
12. George Ripert, Rène Roblot, Traité de droit commercial, volume 2, tome1, 18^{ème} éd, L.G.D.P. Paris, 2002.
13. Gérard Couturier, Droit du travail ; les relations individuelles du travail.3eme Ed, presse universitaire de France .Paris 1996,

14. H. BARDET, B. Gauthier, A. Charveriat, PH. Janin, Les holdings (guide juridique fiscal) 2^{ème} éd, le febre, 1995
15. Jean Pelissier, Droit de l'emploi, Dallaz, Paris, 1999.
16. Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, Droit des sociétés, 22^{ème} éd, L.I.T.E.C. France.
17. Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, Droit des sociétés, Litec, éd 17, 2004
18. Muriel Golberg Darmon, L'introduction en bourse 2^{ème} éd ; France, 2008.
19. Olivier Delcourt, Les opérations de trésorerie internes aux groupes de sociétés, éd. Publibook, 2008.
20. P. Didier, Droit commercial, tome 3. 1996.
21. Pariente Maggy, Les groupes de sociétés, éd. L.I.T.E.C ; Paris, 1993.
22. R. Houn, Droit des groupes de sociétés, analyse propositions, librairie technique de la cour de conation, France, 1972.
23. Reine Rodière, Bruno oppetit, Droit commercial : groupement commerciaux, 10^{ème} éd, Dalloz, 1980.
24. Serge Hadj ARTINIAN, Faute de gestion en droit des sociétés, L.I.T.E.C, 2001.
25. T. Gauthier, Les dirigeants, Les groupes de sociétés, Librairie de la cour de cassation, 2000.
26. Yve Guyon, Droit des affaires, tome 2, Economica, 4^{ème} éd, Paris, 1999.
27. Yve Guyon, Droit des affaires, tome 1, 6^{ème} éd, Economica, Paris.
28. Yve. Guyon. Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficultés redressement judiciaire, Faillite, Economica, 4^{ème} éd, Paris, 1999.

2: المراجع المتخصصة

I: باللغة الفرنسية

1. Bernard Boubli, Le groupe de sociétés et le droit du travail (La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés) éd Panthéon, Paris, 1999.
2. D. Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, éd Sirey, Paris, 1970.
3. Frédéric Magnus, Les groupes de sociétés et la protection des intérêts catégoriels, éd, LARCIER, Belgique, 2011.
4. O. Delcourt, A. Bienvenue, les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, Lexis Nexts, 2011.

3: الرسائل الجامعية و المذكرات

I: باللغة العربية

1. حورية سويقي، النظام القانوني لبورصة الجزائر، مذكرة ماستر تخصص قانون الأعمال، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
2. داود منصور، مراقبة التجميعات الإقتصادية، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2009-2010.
3. رتيبة شويطر، النظام القانوني للتجمعات ذات المنفعة الإقتصادية في القانونين الجزائري والفرنسي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2005.
4. زوبة عز الدين، سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010.
5. سعيد بوقرور، الإتفاقيات بين شركة المساهمة ومديرها أو الشركة، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية 2011-2012.
6. سميرة عدوان، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2001.
7. سيد أحمد صمود، نظام إتفاقيات شركة المساهمة مع مسيرها مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002-2003.
8. فتيحة بن عزوز، حماية الأقلية في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد السنة الجامعية 2007_2008.
9. فوزية ميراوي، أجور مديري الشركات التجارية في القانونين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة وهران، 2011-2012.

10. كميلى بلقايد، حق التصويت في الجمعيات العامة في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009.
11. ليندة سعدون، النظام القانوني لإندماج الشركات في القانون التجاري الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007.
12. هند محمد حسن، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة للشركات متعددة العموميات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين الشمس، مصر، 2005.
13. محمد عمار تيار، الحقوق الأساسية للمساهم، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1998.
14. معزوزة زروال، المسؤولية المدنية والجنائية للمسيرين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2005-2006.
15. نادية صابونجي، إدارة شركة المساهمة، دراسة تحليلية ونقدية، مذكرة ماجستير، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2001-2002.
16. نبيلة خبيشات، تفويض السلطة في شركة المساهمة، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011-2012.
17. نضيرة شيباني، مسؤولية مسيري الشركات التجارية في ظل الإفلاس والتسوية الفضائية، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.

II: باللغة الفرنسية

1. A. Mariot, La société partie au procès civil, Thèse de doctorat en droit, université Franche-Comté, 2010.
2. Farag H MODA, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, Thèse de doctorat, école doctorale de droit privé, université Franche-Comté, 2003.

3. IBRAHIM Daoud, Le contrôle juridictionnel du licenciement individuel pour motif économique, Thèse de doctorat, université Paris1.
4. Marcelle MBALA MBALA, Les conventions intra groupent de sociétés, Mémoire de master, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille 2, 2004.
5. Manambra Goye, L'influence du groupe de sociétés sur la relation individuelle de travail, Thèse de doctorat, université de Rennes¹, 2007.
6. M.Claire, Le groupe de sociétés au regard du droit social, Thèse de doctorat, université de Toulon, 2001.
7. NZENDONG DIL-MBLE Jean-Richard, La direction de fait en droit privé français, Thèse de doctorat en droit privé, université de Nancy France, 2009.
8. Pascaud Blandim Perle, La responsabilité de la société mère du fait des actes commis par sa filiale, Mémoire de master, université de Paris sud, France, 2013

4: المقالات

I: باللغة العربية

1. ابراهيم ابراهيم اسماعيل، نوفل رحمان الحموري، المسؤولية القانونية للمستحوز على شركة المساهمة دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي العلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2012، ص. 27.
2. ديدن بوعزة، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005، ص. 02 .
3. سيد أحمد صمود، معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد السابع، سنة 2003، ص. 142.
4. شريف محمد غنام، مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة، دراسة في بعض جوانب الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، مجلة الحقوق الكويتية العدد الأول، 2003 ص. 230 .

5. قاسم علي سيد، التجمع ذو المنفعة الاقتصادية، مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية، مصدر، 1981 ص. 305.

6. مروان بدري الابراهيم، طبيعة العلاقة القانونية بين كل من الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات من جهة والشركات التابعة لكل منها من جهة أخرى، مجلة المنارة، المجلد 19، العدد 9، 2007، ص. 74.

II: باللغة الفرنسية

1. Alexis Jacquemin , La dynamique du groupe d'entreprises, une perspective du droit économique, revue d'économie industrielle n°47, 1^{er} trimestre, 1989, P.6, publiée sur internet : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_1989_num_47_1_1280 , Date de dernière consultation : 13_03_2015, P.06 .
2. Alain Viandier, Les conventions réglementées visées par la loi, Rev, éco-compt, 1998 ,p.11.
3. Antoine Mazeaud, Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non-professionnelle, revue de droit social, n3.1992,p.291.
4. B Grimonprez, Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, revue des sociétés, 2010,p.715.
5. C. Champaud, Responsabilité de la société mère aux dettes de sa filiale, R.T.D.com.2002,p.576.
6. C.Champaud, Groupe de sociétés notion de holding animatrice, R.T.D.com,2007,p.390.
7. Caroline Henry, Le rôle du lien de causabilité en l'action de comblement de passif, revue des sociétés, Dalloz, Paris, 1997, p.611.
8. D.Gibirila, Conventions conclues avec la société anonyme, champ d'application de la réglementation, jrisel.com.2008. Fasc.1394, n° 30, p.12.
9. J. WISNER, Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes.Rev.soc.1986,p.317.
10. J-P. casmir et M. Germain, dirigeant de société, juridique, fiscal et social, revue fiduciaire, ed 2007, p.171.
11. J. p Dom, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, revue des sociétés, 2001, p.14.

12. M.AHmed Nasr-Eddin KORRICHE , les relations de travail concernant les dirigeants de l'entreprise, un régime spécifique et problématique, Revue Algérienne du travail n° 24 Institut National du travail, P. 103.
13. M. Golestamian, Des contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 Juillet 1966, R.T.D Com.2001, p.339.
14. Pierre BOUREL, L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonyme et responsabilités limitées en cas d'insuffisance d'actif, R.T.D.com ,p.385.
15. P. Le cannu, Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article 233-31 du code de commerce, R.T .Com, 2005, p.675
16. Y. GUYON, Assemblées d'actionnaires, revue société Dalloz, n° 197, 2002,p.27.
17. C. Malecki, Les dirigeants de la filiale,rev .soc.n3, 2000, p. 453.
18. O. Guéguen et I. Marguet, Quel risque pour l'actionnaire deep pocket face aux difficultés financières de la filiale ? Un article publié sur internet
http://www.dechert.com/files/Publication/f582a0da-b1d5-4d63-9b17-ba954800913a/Presentation/PublicationAttachment/b3ba97ce-7221-44b8-9195-cafa9952b5be/102-chro_dechert.pdf

5: الأحكام والقرارات القضائية

I: باللغة العربية

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة الإجتماعية 23-1997 رقم، غير منشور .

II: باللغة الفرنسية

1. Cass.com.11 Octobre 1983, Bull Joly, civ.. n° 259, p.225.
2. Cass.com.29 Février 2000, Bull joly.civ. IV. N° 42, p.36.
3. Cass pouvoir n° 02-13449, 10 Décembre 2003, www.legifrance.Gouv.fr
4. Cass. Com. 19-04, 2005, revue jurisprudence de droit des affaires, Francis Lefebvre, n° 43.
5. A.Couret : Note sous Versailles. 16 Février 2007, Bull.Joly-soc.2007, n° 236.
6. B Le Couret , Note sous cass.com, 01-07-2003, Rev .Soc.2004,p.337.
7. Bureau : Note sous cass.com. 12 Mars 1996, Rev.soc.1996.
8. Contin , Note sous C.A. Paris, 22 -05-1965, Fruehauf, JCP 1965,. II, n°14274. D.1968, p.147.
9. Francis Lefebvre : Note sous cass.com.19.04.2005, n° 866.Rev. Jurisprudence de droit des affaires, Francis Lefebvre, n° 43.
10. I.BALENSI : Note sous cass. 17 Avril 1980.Rev.soc.1981.

11. J-P. Dom ,Note sous Cass. Com. 12 -07- 2007, Bel c/ Sté CEBTP. Rev. soc. 2008, p.124.
12. J.F. BARBIER : Note sous crim.13 Décembre 2000, Bull.Joly.soc.2001, n° 126,p.449.
13. J.J Caussain ; F. Deboissy et G. Witber : Note sous cass. 11 Mars 2003. J.C.P.E. 2003.1203, n° 2,p.1331.
14. L. Godon ,Note sous Paris : 4 -06- 2003, Bull.joly.soc.2003. n° 273, p.1351.
15. Martin-Serf : Note sous CA. Paris. 15 Novembre 2007, n° 07-01-145.Rev.pro.coll. 2008, n° 87.
16. M.Guiberteau : Note sous cass.21 Avril 177.Rev.soc. 1978
17. Moulay : Note sous cass.com.25.11.1981.Rev.soc.1981.p.579.
18. P. Lecannu : Note sous cass. 6 Mai 1996. Bull.Joly.soc.1996, n° 286,p.821.
19. P. Lecannu : Note sous cass. 1^{er} Octobre 1996.Bull.Joly.soc, n° 46,p.138.
20. P. Vidal : Note sous cass. 11 Mars 2003.Bull.joly.soc.2003,p.684.
21. Sainlourens : Note sous cour d'appel de Paris, 5 Janvier 1999, Bull.Joly. sociétés 1999, n° 137.
22. Y. Chartier : Note sous cass. 6 Juin 1990. Rev.soc.1990,p.60.

6-النصوص القانونية والتنظيمية

I: باللغة العربية

1. أمر رقم 75-31، مؤرخ في 29 أبريل 1975، المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج.ر. العدد 39.
2. أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02، مؤرخ في 6 فبراير 2005.
3. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي سنة 2007.
4. أمر رقم 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، متعلق بتسيير الأموال العمومية التجارية التابعة لدولة، ج.ر. العدد 55.

5. أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001، متعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها خوصصتها، ج.ر. العدد 47.
6. أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، متعلق بالمناقشة، ج.ر. العدد 43.
7. أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003، متعلق بالنقد والقرض، ج.ر. العدد 52.
8. قانون رقم 90-04، مؤرخ في 6 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر. العدد 6.
9. مرسوم رئاسي رقم 30-287، مؤرخ في 14 أوت 2003، ج.ر. العدد 50.
10. مرسوم تنفيذي رقم 90-290، مؤرخ في 29 سبتمبر 1990، المتضمن النظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بالمؤسسات، ج.ر. العدد 42.
11. مرسوم تنفيذي رقم 82-302، مؤرخ في 11 سبتمبر 1982، المتضمن كفاءات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج.ر. العدد 37.
12. مرسوم تشريعي رقم 94-10، مؤرخ في 26 ماي 1994، المتضمن أحداث التقاعد المسبق، ج.ر. العدد 34.
13. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 2000-02، مؤرخ في 20 يناير 2000، متعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمتها مسعرة في البورصة، ج.ر. العدد 50.
14. قرار مؤرخ في 19 أكتوبر 1999، المتضمن تقنيات اعداد وتجميع حسابات التجمع، والمحدد لكيفية تطبيق نص المادة 731 مكرر من القانون التجاري الجزائري، ج.ر. العدد 87.

II : النصوص الفرنسية

1. Loi n° 66-537 du 24 Juillet 1966, sur les sociétés commerciales, J.O.R.F. 26 Juillet 1966.
2. - Loi n° 2001-420, du 15 Mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, J.O.R.F. 16 Mai 2001, n° 113.
3. Loi n° 2003-706 du 19 Août 2003, relative à la sécurité financière, J.O.R.F. 20 Août 2003, n° 117.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
أ	الإهداء.....
ب	الشكر والتقدير.....
ج	قائمة المختصرات.....
01	مقدمة.....
08	الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات.....
11	المبحث الأول: مفهوم تجمع الشركات.....
11	المطلب الأول: تعريف تجمع الشركات.....
12	الفرع الأول: التعريف الفقهي للتجمع.....
15	الفرع الثاني: التعريف القانوني لتجمع الشركات.....
18	المطلب الثاني: تمييز تجمع الشركات عن الأنظمة المشابهة له.....
18	الفرع الأول: تجمع الشركات والشركات متعددة الجنسيات.....
18	أولاً: تعريف الشركات متعددة الجنسيات.....
20	ثانياً: الفرق بين الشركات متعددة الجنسيات والشركة الدولية.....
20	الفرع الثاني: تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الاقتصادية.....
21	أولاً: تعريف التجمع ذي المنفعة الاقتصادية.....
22	ثانياً: الطبيعة القانونية للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية.....
23	ثالثاً: الفرق بين تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الاقتصادية.....
24	الفرع الثالث: تجمع الشركات والتجميعات الاقتصادية.....
24	أولاً: تعريف التجميعات الاقتصادية.....
29	ثانياً: الفرق بين تجمع الشركات والتجميعات الاقتصادية.....
31	المبحث الثاني: هيكلية تجمع الشركات.....
32	المطلب الأول: الشركة الأم (المراقبة).....
33	الفرع الأول: الشخصية المعنوية للشركة الأم.....

36 الفرع الثاني: الرقابة.
37 أولاً: الرقابة القانونية: (المباشرة وغير المباشرة).
39 ثانياً: الرقابة بموجب اتفاقيات التصويت.
41 ثالثاً: رقابة الواقع.
43 المطلوب الثاني: الشركة التابعة.
43 الفرع الأول: تعريف الشركة التابعة.
47 الفرع الثاني: تمييز الشركة التابعة عن الفرع.
48 أولاً: أوجه التشابه.
49 ثانياً: أوجه الاختلاف.
50 الباب الأول: حماية المصالح الناجمة عن العلاقات الداخلية لتجمع الشركات...
52 الفصل الأول: حماية الأقلية المساهمة في مواجهة الشركة الأم "تحو الحد من تضارب المصالح".
54 المبحث الأول: إقامة التوازن بين المصالح كآلية لحماية الأقلية المساهمة.....
55 المطلوب الأول: الحد من تنازع المصالح في مجال الإتفاقيات المبرمة بين الشركة الأم والشركة التابعة.....
55 الفرع الأول: الاتفاقيات الخارجة عن نطاق التنظيم.....
56 أولاً: الإتفاقيات المحظورة.....
59 ثانياً: الإتفاقيات العادية.....
68 الفرع الثاني: الإتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق.....
68 أولاً: الأشخاص المعنيين بنظام الترخيص المسبق.....
75 ثانياً: موضوع الإتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق.....
77 ثالثاً: تطبيق شرط الإذن والآثار المترتبة على مخالفته.....
84 المطلوب الثاني: الحد من تنازع المصالح الناتج عن هيمنة الشركة الأم.....
85 الفرع الأول: نظرية مصلحة التجمع.....
86 أولاً: موقف الفقه من مصلحة التجمع.....
89 ثانياً: موقف القضاء من مصلحة التجمع.....

92	الفرع الثاني: صور هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات والآثار المترتبة على ذلك.....
93	أولاً: صور هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات.....
99	ثانياً: آثار هيمنة الشركة الأم في تجمع الشركات.....
104	المبحث الثاني: استقلالية الشركة التابعة: كأساس لحماية الأقلية.....
105	المطلب الأول: واجب الشركة الأم باحترام حقوق الأقلية المساهمة.....
105	الفرع الأول: الحقوق غير المالية.....
105	أولاً: الحق في الإعلام.....
110	ثانياً: الحق في التصويت.....
112	الفرع الثاني: الحقوق المالية.....
113	أولاً: الحق في الأرباح.....
116	ثانياً: الحق في تداول الأسهم.....
118	ثالثاً: حق الأفضلية في الاكتتاب.....
121	المطلب الثاني: واجب الشركة الأم باحترام تنظيم السلطات داخل الشركة التابعة.....
121	الفرع الأول: أجهزة التسيير في شركة المساهمة نظام قديم.....
122	أولاً: مجلس الإدارة.....
129	ثانياً: رئيس مجلس الإدارة.....
135	الفرع الثاني: أجهزة التسيير في شركة المساهمة نظام حديث.....
136	أولاً: مجلس المديرين.....
140	ثانياً: مجلس المراقبة.....
143	الفصل الثاني: حماية عمال الشركة التابعة ¹¹¹ نحو تكريس للمزيد من الاستقرار لعلاقة العمل.....
147	المبحث الأول: حماية عمال تجمع الشركات من تغير أرباب العمل.....
149	المطلب الأول: انتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات.....

149	الفرع الأول: القواعد العامة المتعلقة بانتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات.....
149	أولاً: شروط انتداب اليد العاملة داخل تجمع الشركات.....
150	ثانياً: آثار الوضع تحت التصرف.....
	الفرع الثاني: القواعد الخاصة المتعلقة ببعض حالات انتداب اليد العاملة داخل تجمع
153	الشركات
153	أولاً: الوضع تحت التصرف لعامل لدى شركة تابعة موجودة بالخارج.....
	ثانياً: الوضع تحت التصرف لعامل لدى شركة تابعة من أجل القيام بمهام الإدارة
156	والتسيير.....
163	المطلب الثاني: تحويل العمال داخل تجمع الشركات.....
163	الفرع الأول: خصائص تحويل العامل داخل تجمع الشركات.....
164	أولاً: مدى تعديل عقد العمل.....
165	ثانياً: ضرورة موافقة العامل على التحويل.....
165	الفرع الثاني: آثار عملية التحويل على الوضعية القانونية للعامل.....
165	أولاً: مرحلة تجريب العامل.....
166	ثانياً: مصير الأقدمية.....
166	ثالثاً: تسريح العامل من طرف الشركة المستضيفة.....
168	المبحث الثاني: حماية العمال من التأثيرات الناجمة عن إعادة هيكلة تجمع الشركات....
170	المطلب الأول: حماية العمال في حالة التسريح لأسباب اقتصادية.....
171	الفرع الأول: مفهوم التسريح لأسباب اقتصادية.....
171	أولاً: أسباب التسريح لأسباب اقتصادية.....
173	ثانياً: آثار التسريح لأسباب اقتصادية.....
179	الفرع الثاني: ضمانات حماية العمال المسرحين لأسباب اقتصادية.....
180	أولاً: الضمانات الإجرائية.....
185	ثانياً: الضمانات الموضوعية.....
189	المطلب الثاني: إعادة تأهيل الشركة الذي يؤثر في وضعية العامل.....
190	الفرع الأول: حقوق العمال في حالة التنازل عن الكيانات الاقتصادية للشركة الأم.....

191	أولاً: دعوى المسؤولية ضد الشركة الأم المتنازلة.....
191	ثانياً: الحق في الإعلام والاستشارة من قبل ممثلي العمال.....
193	الفرع الثاني: حقوق العمال في حالة تغيير طبيعة الشركة الأم أو الشركة التابعة.....
194	أولاً: تحول الشركة التابعة.....
195	ثانياً: تحول الشركة الأم.....
195	الفرع الثالث: حقوق العمال في حالة دمج الشركة الأم أو الشركة التابعة.....
199	الباب الثاني: حماية مصالح الدائنين في علاقاتهم مع تجمع الشركات "الوحدة الاقتصادية للتجمع تجاه دائني الشركات التابعة".....
202	الفصل الأول: مسؤولية الشركة الأم عن الإخلال بالشخصية المعنوية للشركة التابعة "آلية وقائية لحماية الدائنين".....
205	المبحث الأول: حالات إخلال الشركة الأم بالشخصية المعنوية للشركة التابعة.....
205	المطلب الأول: حالة خلط الذمم المالية للشركات التابعة.....
206	الفرع الأول: تعريف خلط الذمم.....
207	الفرع الثاني: عناصر تكوين خلط الذمم.....
208	أولاً: ضرورة مزج الحصص المالية.....
209	ثانياً: وجود خلل (عدم توازن) في الذمم.....
210	ثالثاً: وجود تدفقات أو علاقات مالية استثنائية.....
211	المطلب الثاني: حالة وهمية الشركة التابعة.....
211	الفرع الأول: المقصود بالوهمية في مجال الشركات.....
211	أولاً: تعريف وهمية الشركة.....
213	ثانياً: الوهمية ونظرية البطان المطلق.....
215	الفرع الثاني: تقدير وجود الوهمية في تجمع الشركات.....
215	أولاً: استنتاج الصورية من وقائع مادية.....
218	ثانياً: خلق إعتقاد لدى الغير بوحدة الشخص المعنوي.....
220	المبحث الثاني: مسؤولية الشركة الأم عن الإخلال بالشخصية المعنوية للشركة التابعة..
	المطلب الأول: مسائلة الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة: كجزء مشترك لحالتي الخلط

221	بين الذمم ووهمية الشركة التابعة.....
221	الفرع الأول: اتخاذ إجراء تسوية قضائية واحد لكل من الشركة الأم والشركة التابعة....
223	الفرع الثاني: وحدة دائني الشركة التابعة والشركة الأم.....
224	المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للشركة الأم عن التعسف في استعمال أموال الشركة التابعة: كجزء عن الخلط بين الذمم المالية للشركات.....
225	الفرع الأول: أركان جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.....
225	أولاً: الركن المادي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.....
227	ثانياً: الركن المعنوي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.....
228	الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.....
229	أولاً: بالنسبة لدعوى الشركة.....
230	ثانياً: بالنسبة لدعاوي المساهمين الفرديين.....
232	الفصل الثاني: المسؤولية المدنية للشركة الأم كآلية علاجية لحماية الدائنين.....
235	المبحث الأول: مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة.....
236	المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة.....
236	الفرع الأول: تحديد صفة الشركة الأم باعتبارها مسيراً.....
236	أولاً: عضوية الشركة الأم في مجلس إدارة شركتها التابعة.....
239	ثانياً: حالة الشركة الأم مديراً فعلياً لشركتها التابعة.....
242	الفرع الثاني: أركان قيام دعوى المسؤولية.....
242	أولاً: الخطأ في التسيير.....
245	ثانياً: عجز الشركة التابعة عن سداد ديونها.....
247	ثالثاً: العلاقة السببية.....
249	المطلب الثاني: آثار مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها التابعة.....
249	الفرع الأول: دعوى تكملة الديون.....
250	أولاً: صاحب الصفة في رفع الدعوى.....

251	ثانيا: المحكمة المختصة.....
252	ثالثا: التقادم.....
252	الفرع الثاني: تمديد إجراءات إفلاس الشركة التابعة وتسويتها القضائية على الشركة الأم.....
253	أولا: الأساس القانوني لتمديد إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على الشركة الأم.....
255	ثانيا: إجراءات تمديد الإفلاس والتسوية القضائية.....
258	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للشركة الأم.....
259	المطلب الأول: حالات المسؤولية التقصيرية للشركة الأم.....
259	الفرع الأول: الخطأ.....
259	أولا: تعريف الخطأ التقصيري.....
262	ثانيا: حالات المسؤولية التقصيرية للشركة الأم.....
268	الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية.....
268	أولا: الضرر.....
269	ثانيا: علاقة السببية.....
270	المطلب الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية للشركة الأم.....
270	الفرع الأول: التعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.....
270	أولا: من حيث الجهة التي لها حق طلب التعويض.....
271	ثانيا: من حيث جبر الضرر.....
271	الفرع الثاني: مدى جواز الجمع بين دعوى تكملة الديون ودعوى المسؤولية التقصيرية..
272	أولا: الإتجاه الأول.....
272	ثانيا: الإتجاه الثاني.....
272	ثالثا: الإتجاه الثالث.....
273	رابعا: إتجاه محكمة النقض الفرنسية.....
276	خاتمة.....
281	الملاحق.....

284.....	المراجع
299	الفهرس

تم بتوفيق الله والحمد لله

الملخص

يظهر تجمع الشركات التجارية في صورة تجميع شركتين أو أكثر تحت إدارة شركة واحدة تسمى الشركة الأم، وتسمى الشركات الخاضعة لرقابتها بالشركات التابعة؛ وإن ما يثير النقاش بصدد تجمع الشركات هو التناقض الذي قد يبدو للوهلة الأولى في طريقة عمل هذا التجمع وعلاقة هياكله، كون الشركة التابعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، إلا أنها تعتبر في ذات الوقت تابعة للشركة الأم وخاضعة لرقابتها؛ وما يزيد من حدة النقاش في الجزائر هو غياب نص قانوني مفصل خاص بتنظيم خبايا هذا الهيكل الإقتصادي العملاق.

وأمام التضارب الموجود بين المصالح الناجمة عن تجمع الشركات لا بد من دراسة الحماية القانونية للمصالح الفئوية الناجمة عن تجمع الشركات، سواء كانت مقررّة لأشخاص من داخل التجمع، أم للغير الأجنبي عن هياكل التجمع.

الكلمات المفتاحية: تجمع الشركات، الشركة الأم، الشركة التابعة، المساهمين الأقلية، العمال الأجراء، تسريح العمال، خلط الذمم المالية، الشركة الوهمية، المسؤولية التقصيرية، المسؤولية الجزائية.

Résumé

Le groupe de sociétés apparaît comme l'unification de deux ou plusieurs sociétés sous la direction d'une seule société appelée la société mère ; les sociétés qui sont sous sa tutelle sont des filiales. Ce qui soulève le débat concernant le groupe de sociétés est la contradiction qui apparaît, à première vue, dans le modus operandi de ce groupe et de la relation qui existe entre ses structures, sachant que la société affiliée a un statut juridique indépendant, mais est en même temps subordonnée à la société mère et soumise à son contrôle. L'absence d'un texte juridique indépendant et détaillé qui permet d'organiser les mystères de cette structure économique géante rend ce débat plus intense.

Face à l'incohérence existant entre les intérêts qui résultent de ce groupement, il s'avère nécessaire de réfléchir à une protection légale des intérêts catégoriels, qu'elle soit assignée à des personnes de la société elle-même ou bien de l'extérieur.

Mots clés : *groupe de sociétés*, société mère, filiale, actionnaires minoritaires, travailleurs salariés, licenciements, mélange de créances financières, responsabilité délictuelle, responsabilité pénale.

Abstract

A business cluster is the merging of two businesses or more, *under* the authority of one company called the parent company; the companies under its control are called the affiliates. What raises the debate about *business clustering* is the contradiction that may appear, at first glance, in the modus operandi of this business cluster and the relationship existing between its structures, knowing that the affiliated company has a legal independent status, but is at the same time subordinate to the parent company and subject to its control. The absence of an independent and detailed legal text to organize the mysteries of this giant economic structure makes this debate more intense.

Faced with the inconsistency existing between the interests that result from the merger, it is urgent to study the legal protection of the factional interests resulting from the merging of companies, whether they are assigned to people from within the merger, or to others from outside.

Keywords: Merger, parent company, affiliate, minority shareholders, waged workers, layoffs, mix of finance receivables, fictitious company, tort, criminal responsibility.

